MAGNUS ULVÄNG

PÅFÖLJDSKONKURRENS – PROBLEM OCH PRINCIPER

EJ HEMLÅN

99

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

IUSTUS FÖRLAG

JURIDISKA BIBLIOTEKET
VID UPPSALA UNIVERSITET

345 SWE

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4469

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

99

Redaktör: Nils Jareborg

Påföljdskonkurrens – problem och principer

Magnus Ulväng

Juridiska biblioteket
2013 -12- 02
Uppsala

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Ulväng. M. 2005. Påföljdskonkurrens – problem och principer. Concurrence of Punishments – Problems and Principles. Iustus förlag 585 pp. Uppsala 2005. ISSN 0282-2040. ISBN 91-7678-602-1.

This is a thesis in criminal law concerning concurrence of crimes and principles of sentencing multiple offenders. *Concurrence of crimes* occurs in situations where more than one rule (or the same rule several times) can be applied on a certain case. The fact that it is possible to apply the law more than once does not imply that this is also appropriate. When dealing with *concurrence of punishment*, it is always established that the offender is to be convicted of more than one crime. The main question is what principles should be used in sentencing multiple offenders. Traditionally a number of legislative models and principles have been used, which all are reflections of three principles, namely the principles of *cumulation*, *absorption* and *asperation*.

Depending on whether sentencing multiple offending arises on *one occasion* or on *different occasions*, distinct types of problems of concurrence occur. The special feature that distinguishes sentencing multiple offenders on different occasions is the time aspect. Under the condition that the previous sentence has not been fully implemented when the new criminality is committed, the court is obliged to—to various extents—take the previous sentence into account when deciding on the new sentence. Thus, the sentencing becomes *iterative*.

The overarching purpose of the thesis is to examine what principles underpin the regulation on sentencing multiple offenders and whether these principles are compatible with the general principles and the ideology of sentencing in Swedish law. A further purpose is to reconstruct the principles applied in iterative sentencing and to examine whether these principles correspond with the general principles of sentencing. My conclusion is that the Criminal Code Ch. 34 rests on partly different rationales and values than the ones governing the Swedish sentencing policy. Hereby, the regulation causes a number of practical problems. The main proposal is that the concurrence doctrine should be based on the same rationales and ideological foundation as the regulation of sentencing in general.

Magnus Ulväng, Juridiska institutionen, Uppsala universitet, Box 512, S-751 20 Uppsala.

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2005
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-602-1
Omslag: IdeoLuck
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Tryck: Edita, Västerås 2005
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

I skrivande stund har drygt tre och ett halvt år passerat sedan jag påbörjade forskarutbildningen vid Juridiska institutionen i Uppsala. Termen forskarutbildning är verkligen träffande, eftersom det enligt min mening i alla avseenden har varit fråga om en utbildning. Tiden har varit ofattbart lärorik och jag är nu skyldig så många personer så mycket att det bör formuleras i skrift och publiceras.

Att få skriva avhandling i straffrätt vid Juridicum i Uppsala måste betraktas som ett stort privilegium. Det innebär i princip att man gör *vad* man vill, *hur* man vill och *när* man vill – och för detta får man betalt! Det är nästan bisarrt. Det bygger dock på förutsättningarna att man trivs med detta och att man har ständig hjälp, övervakning, stöd och uppmuntran, framförallt från sina handledare. Jag har trivts alldeles förträffligt och har haft förmånen att ha två eminenta handledare: Nils Jareborg och Petter Asp. Vi tar dem i tur och ordning.

Det är svårt att formulera ett tack till Nils. Detta beror till att börja med på att jag främst betraktar Nils som en nära vän och mentor. Och för detta brukar man inte tacka, i vart fall inte offentligen i förord till böcker ... fast man kanske borde. Vad som sägs i det följande inskränker sig till att avse handledarskapet i detta projekt. Inte i något annat avseende vill jag acceptera att Nils handledarskap upphör. Jag kan fortfarande alltför litet om de saker som verkligen är viktiga i livet. Dit hör inte straffrättslig konkurrens.

Under alla omständigheter har Nils med sitt skarpsinne, enorma beläsenhet, inspirerande sätt och uppmuntran varit helt avgörande för mig och denna avhandlings tillkomst samt – inte minst – att jag aldrig har haft tråkigt. Vid sidan av detta har Nils uppvisat ett outsinligt tålamod genom att låta mig hållas med mina exkurser till andra (konkurrerande) frågor än dem som främst har varit föremål för undersökningen. Resor, sidoprojekt, artiklar och konferenser har givit mig en inblick i hur (riktig) forskning verkligen bedrivs, vilket är en kunskap som man aldrig kan läsa sig till. Handledarskapet kunde inte ha fullgjorts på ett bättre sätt och jag kan inte nog uttrycka min tacksamhet.

Vid sidan av Nils fick jag efter två år formellt en biträdande handledare i Petter. Detta var i alla avseenden ett formellt beslut. Petter har redan

från min första dag i Uppsala fungerat som biträdande handledare i form av idéspruta, ständigt bollplank, lärarkollega etc. Jag har i tid och otid kunnat attackera honom med mer eller mindre genomtänkta funderingar, infall och utkast. Petters förmåga att omedelbart förstå materian, se problemen och komma med en analys på alla tänkbara områden upphör aldrig att förundra mig. Som en bonus är det min uppfattning att det alltid har varit en fröjd att gå till jobbet!

Genom Nils försorg har jag vidare fått viktig hjälp utanför straffrättsgruppen i Uppsala. Vissa personer förtjänar att framhållas. Professor Vagn Greve i Köpenhamn tog sig tid att komma till Uppsala och genomlida ett seminarium om "Sammenstød och gentagelse", vilket dels var mycket givande för mig, dels utmynnade i en artikel som jag har haft stor nytta av. Hovrättslagmannen Martin Borgeke har likaså deltagit i ett högre seminarium i Uppsala och besvarat mina många och långa frågor om BrB kap. 34. Därutöver har Høyesteretsdommer Magnus Matningsdal varit mig behjälplig med material som annars skulle ha varit svårt att få tillgång till. Vid sidan av dessa riktas ett varmt tack till Alvar Nelson, Håkan Westin, Karin Påle, Josef Zila, Lena Holmqvist, Peter Lundkvist och övriga deltagare i straffrättsseminarierna samt Eric, Evelina, Birgitta m.fl. som funnits i korridoren på Riddartorget.

Till sist vill jag rikta ett särskilt tack till Håkan Andersson, som helt utan förpliktelser erbjöd sig att korrekturläsa hela manuskriptet i slutskedet, vilket var en ovärderlig hjälp och resulterade i att många fadäser kunde undvikas.

Andra välgörare har möjliggjort min avhandlingstid och denna bok genom ekonomiskt stöd. Jag har innehaft doktorandtjänst vid Uppsala universitet samt erhållit generösa tryckbidrag från Emil Heijnes stiftelse och Juridiska institutionen. Därutöver har jag vid ett tillfälle tilldelats Tore Alméns stipendium.

Sist men inte minst vill jag tacka mamma, pappa och min bror Claes som alltid uppmuntrat mig att göra vad jag vill, när jag vill och hur jag vill. Utan sådant stöd kommer man nog inte på idén att påbörja en forskarutbildning.

Uppsala, (som alltid) mitt i natten, i maj 2005

Magnus Ulväng

Innehållsförteckning

Förkortningar 13

DEL I INTRODUKTION 17

1 Allmänt om straffrättslig konkurrens 19

1.1 Om konkurrensproblem 19
1.2 Den straffrättsliga konkurrensens systematik 22
1.2.1 Inledning 22
1.2.2 Konkurrens på flera plan och på olika nivåer 24
1.2.2.1 Allmänt om brottslighetskonkurrens 24
1.2.2.2 Gärningskonkurrens 26
1.2.2.3 Påföljdskonkurrens 30
1.2.2.4 Förhållandet mellan brottslighets-konkurrens och påföljdskonkurrens 32
1.2.2.5 Legalitetsprincipens och rättskraftens betydelse på de olika planen 36
1.2.2.6 Konkurrenslärans struktur 38
1.2.3 Premisser för konkurrens 40
1.2.4 Några terminologiska anmärkningar 42
1.3 Lösningar på konkurrensproblem 49
1.3.1 Inledning 49
1.3.2 Möjligheter och principer 51
1.3.3 Åtalsplikt och konkurrens 57

2 Den fortsatta framställningen 68

2.1 Om syftet 68
2.1.1 Om rationalitet 68
2.1.2 Om frågeställningen 72
2.2 Om innehållet 74

2.2.1 Framställningens disposition 74
2.2.2 Begränsningar i undersökningen 75
2.3 Om forskningsläget 77

3 Principer för påföljdsbestämning vid flerfaldig brottslighet 79

3.1 Inledning 79
3.2 Påföljdsbestämningens utgångspunkter 85
3.3 Proportionalitetsprincipen 95
3.3.1 Om retrospektiv och prospektiv proportionalitet 95
3.3.2 Olika former av retrospektiv proportionalitet 97
3.3.3 Proportionalitet och det svenska påföljdssystemet 100
3.4 Humanitetsprincipen 102
3.4.1 Inledning 102
3.4.2 Humanitetsprincipens budskap 106
3.4.3 Humanitetsprincipens förhållande till andra principer 112
3.4.3.1 Humanitet och straffvärdeproportionalitet 112
3.4.3.2 Humanitet och likabehandlingsprincipen 115
3.4.3.3 Humanitet och prospektiv proportionalitet 122
3.5 Principen om gemensamt straff 123
3.5.1 Inledning 123
3.5.2 Olika tänkbara modeller 127
3.5.3 Bakgrund till den svenska modellen 130
3.5.3.1 Straffmätning 130
3.5.3.2 Val av påföljd 143
3.5.4 Konklusioner 148

DEL II PÅFÖLJDSBESTÄMNING VID FLERFALDIG BROTTSLIGHET 151

4 Påföljdsbestämning när en person samtidigt döms för flera brott 153

4.1 Inledning 153

4.2 Straffskalor vid flerfaldig brottslighet 155
4.2.1 Allmänt om straffskalor 155
4.2.2 Olika principer för konstruktion av straffskala vid flerfaldig brottslighet 166

4.3 Straffmätning vid flerfaldig brottslighet 185
4.3.1 Inledning 185
4.3.2 Historisk bakgrund 189
4.3.3 Lagförarbeten 194
4.3.4 Rättspraxis 197
4.3.5 Doktrin 201
4.3.5.1 Inledning 201
4.3.5.2 Rabatt på grund av sammanhang, samband etc. 204
4.3.5.3 Rabatt på grund av gärningens karaktär 211
4.3.5.4 Rabatter som perspektivtänkande 213
4.3.5.5 Rabatter och proportionalitet 216
4.3.5.6 Rabatt som billighet, nåd eller barmhärtighet 222

4.4 Val av påföljd och principen om gemensamt straff 226
4.4.1 Inledning 226
4.4.2 Huvudregeln 226
4.4.3 Undantag från huvudregeln 232
4.4.4 Sammanfattning 236

5 Konfrontation 238

5.1 Inledning 238

5.2 Utformningen av straffskalor 239
5.2.1 Straffskalors betydelse för proportionalitet och humanitet 239
5.2.2 Straffskalors betydelse för straffmätningen 241
5.2.3 Behöver straffskalorna revideras? 244

5.3 Straffmätning vid flerfaldig brottslighet 248
5.3.1 Betydelsen av brottens samtidighet, samband, sammanhang m.m. 248
5.3.1.1 Inledning 248
5.3.1.2 Betydelsen av samband vid skenbar konkurrens 249
5.3.1.3 Betydelsen av samband vid lagkonkurrens 251
5.3.1.4 Betydelsen av samband vid brottskonkurrens 253
5.3.1.5 Konklusioner 255
5.3.2 Mängdrabatt 257
5.3.2.1 En förklaringsmodell 257
5.3.2.2 Närmare om när mängdrabatt bör ges 263
5.3.2.3 Något om hur stora rabatter som ges 276
5.3.3 Konklusioner 281
5.4 Val av en gemensam påföljd vid flerfaldig brottslighet 286
5.4.1 Betydelsen av en enhetlig påföljd 286
5.4.2 Konsekvenser 290

DEL III PÅFÖLJDSBESTÄMNING NÄR EN PERSON VID OLIKA TILLFÄLLEN DÖMS FÖR BROTT 293

6 Iterativa tillämpningssituationer – allmänna utgångspunkter 295
6.1 Inledning 295
6.2 Tillämpningsområdet för bestämmelserna rörande iterativa tillämpningssituationer 299
6.2.1 Huvudbestämmelsen i BrB 34:1 299
6.2.2 Situationer utanför regleringen i BrB kap. 34 308
6.2.2.1 Inledning 308
6.2.2.2 Den tidigare domen består i ett bötesstraff 309
6.2.2.3 Den tidigare domen består i överlämnande till särskild vård 313
6.2.2.4 Utländska brottmålsdomar 316
6.2.3 Principen om gemensamt straff i överrätt 320

6.3 Närmare om syftena bakom regleringen 322
6.3.1 Inledning 322
6.3.2 Rättviseargumentet 323
6.3.3 Behandlingsargumentet 324
6.3.4 Kompetenskonfliktargumentet 327
6.3.5 Intresset av en enhetlig reglering 328
6.4 Om återfall 330
6.4.1 Inledning 330
6.4.2 Olika sätt varpå återfall kan påverka påföljdsbestämningen 332
6.4.3 Olika sätt att förklara återfallets betydelse 335
6.4.3.1 Straffskärpning på grund av särskild attityd 335
6.4.3.2 Återfallsskärpning som led i behandling 339
6.4.3.3 Återfallsskärpning som konsekvens av en privilegieringsmodell 342
6.4.4 Konklusioner 347

7 Analys av lösningsalternativen 353

7.1 Inledning 353
7.2 Konsumtionsdom 354
7.2.1 Inledning 354
7.2.2 Fullständig absorption 355
7.2.2.1 Fängelse på livstid 355
7.2.2.2 Den tidigare domen är tidsbegränsat fängelsestraff 358
7.2.2.3 Den tidigare domen består i en icke frihetsberövande påföljd 367
7.2.3 Asperation förklädd till absorption 370
7.2.3.1 Inledning 370
7.2.3.2 Konsumtionsdom genom tillämpning av asperationsprincipen 371
7.2.4 Principerna bakom konsumtionsdom 377
7.3 Särskild dom 387
7.3.1 Inledning 387
7.3.2 Fullständig kumulation 388
7.3.2.1 Den tidigare domen är ett tidsbestämt fängelsestraff 388
7.3.2.1.1 Inledning 388

7.3.2.1.2 Den nya domen avser ett tidsbestämt fängelsestraff 389
7.3.2.1.3 Den nya domen avser en icke frihetsberövande påföljd 397
7.3.2.2 Den tidigare domen avser en icke frihetsberövande påföljd 399
7.3.3 Asperation förklädd till kumulation 406
7.3.4 Konklusioner 417
7.4 Ny gemensam dom 421
7.4.1 Inledning 421
7.4.2 Bakgrunden till möjligheten att undanröja tidigare dom 428
7.4.3 När bör undanröjande ske? 434
7.4.3.1 Undanröjande av fängelsestraff 434
7.4.3.2 Undanröjande av sluten ungdomsvård 441
7.4.3.3 Undanröjande av icke frihetsberövande påföljder 443
7.4.4 Konklusioner 454
7.5 Utländska motsvarigheter till BrB kap. 34 458
7.5.1 Inledning 458
7.5.2 Norsk rätt 459
7.5.3 Dansk rätt 463
7.5.4 Finsk rätt 466
7.5.5 Tysk rätt 470
7.5.6 Konklusioner 475

8 Principer för en reform 478
8.1 Inledning 478
8.2 Probleminventering 480
8.2.1 Inledning 480
8.2.2 Bestraffningsideologiska problem 481
8.2.3 Praktiska problem 485
8.2.4 Systematiska problem 487
8.3 Grunder för en godtagbar konkurrensreglering 489
8.3.1 Syftet med en konkurrensreglering i iterativa tillämpningssituation 489
8.3.2 Grundläggande principer 496
8.3.3 Om tillämpningsområdet 498
8.4 Före och efter dom – var går gränsen? 503

8.4.1 Var bör brytpunkten förläggas? 503
8.4.1.1 Inledning 503
8.4.1.2 Betydelsen av att den tidigare domen har vunnit laga kraft 504
8.4.1.3 Närmare om brytpunktens placering 508
8.4.2 Betydelsen av att en dom överklagas 523
8.4.3 Kombinationsfall av nyupptäckt brottslighet och återfall 532
8.5 Val av lösningsalternativ 532
8.5.1 Inledning 532
8.5.2 Vilka lösningsalternativ bör finnas i BrB kap. 34? 533
8.5.3 En ny modell 536
8.5.3.1 Huvudregel om särskild dom 536
8.5.3.2 Konsumtionsdom som komplement i vissa fall 538
8.5.3.3 Undanröjande och ny gemensam dom endast i undantagsfall 542
8.5.3.4 Konklusioner 544
8.6 Konsekvenser 545
8.6.1 Fördelar 545
8.6.2 Risk för repressionsökning? 547

Summary 551

Käll- och litteraturförteckning 564

Rättsfall 582

Begreppsregister 584

Förkortningar

Abs.	Abschnitt
BGH	Bundesgerichtshof
BrB	Brottsbalken (1962:700)
BrP	Lag (1964:163) om införande av brottsbalken
BRÅ	Brottsförebyggande rådet
Cit.	citeras
Ds Ju	Departementsserien (justitiedepartementet)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
f (f_1, f_2 etc.)	fall
f.	och följande sida
ff.	och följande sidor
FSK	Fängelsestraffkommittén
HR	häradsrätt(en)
HD	Högsta domstolen
HovR	hovrätt(en)
jfr	jämför (vilket skall förstås som *se däremot*)
JFT	Tidsskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JT	Juridisk tidskrift
JuS	Juristische Schulung
JustR	justitieråd(et)
kap.	kapitel
KBrB	Brottsbalken. En kommentar.
LUL	Lag (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare
LVM	Lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avd. II
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NSL	Narkotikastrafflagen (1968:64)

NstZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NTfK	Nordisk tidsskrift for Kriminalvidenskab
p.	punkt(en)
Prop.	proposition
R (R1, R2 etc.)	regel
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
rf	referat
RH	Rättsfall från hovrätterna (Rättsfallen citeras genomgående genom angivande av årtal/nummer)
RR	rådhusrätt(en)
Rt.	Norsk Retstidende
RÅ	Riksåklagaren
s.	sida
S.	Satz
SL	Strafflagen (om inte annat anges avses svenska strafflagen 1864:11)
SLB	Strafflagberedningen
SLK	Strafflagskommissionen
SoL	Socialtjänstlagen (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar
st.	stycket
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
SvJT	Svensk juristtidning
SvJT rf	Svensk juristtidnings rättsfallsavdelning
TBL	Lagen (1951:649) om straff för vissa trafikbrott
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
TR	tingsrätt(en)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

DEL I

INTRODUKTION

1 Allmänt om straffrättslig konkurrens

> Varje redovisning av vetenskaplig verksamhet utgörs av en sorts *berättelse*. Ordet "berättelse" skall tas på allvar. Dels därför att det hela rör sig om att kommunicera med andra människor. Dels därför att det är omöjligt att berätta om något utan att implicit oavbrutet bygga på värderingar.
>
> *Nils Jareborg*

1.1 Om konkurrensproblem

I straffrättsliga framställningar används uttrycket konkurrens för att beskriva en situation där en domstol har att ta ställning till *om* den skall döma över flera brott som (teoretiskt sett) har förövats av samme person samt *hur* påföljd i så fall skall bestämmas.[1] Problematiken utmärks av att rättsregler (inom straffrätten aktualiseras främst straffbud) sammanträffar. Detta kan ske antingen genom att flera regler, i vart fall teoretiskt, är tillämpliga samtidigt eller genom att en regel är tillämplig flera gånger. Konkurrens kan således beskrivas som en särskild form av konflikt inom en regelrelation. Frågan gäller om och hur reglerna skall tillämpas på det föreliggande fallet.

Det finns anledning att skilja konkurrens från en annan form av regelkonflikt, nämligen *kollision*. Denna form av konflikt föreligger då flera olika regler föreskriver olika rättsföljder, vilka sinsemellan är oförenliga.[2] Om vi t.ex. antar att en regel föreskriver att ett visst handlande är

[1] Se bl.a. Jareborg 2001 s. 430, Strahl 1976 s. 410 och Löfmarck 1974 s. 11.

[2] Med Frändbergs terminologi tillhör de alternativa reglerna varandras *antitetiska spektrum* om rättsreglernas olika rättsföljdsmodaliteter utgör varandras motsatser. Frändberg 1984 s. 87. Ross definierar kollision som "*modsigelse mellom to normer*", vilket föreligger då de "til samme faktiske betingelser knytter uforenlige retsfølger". Se Ross 1953 s. 150.

förbjudet samtidigt som en annan regel anger att samma handlande är påbjudet, är det omöjligt att tillämpa reglerna samtidigt. Rättsreglerna består av samma rättsfakta, men reglernas rättsföljdsmodalitet utgörs av varandras motsatser (t.ex. tillåtelse/förbud, får/icke-får etc.).[3] Beroende på hur reglerna kommer att sammanträffa kan kollision beskrivas antingen som en temporär konsekvens av att flera olika rättsfakta sammanträffar[4] eller som en permanent felreglering.[5] Gemensamt för dessa fall är dock att kollisionen på ett eller annat sätt måste lösas.[6] Denna konfliktsituation aktualiseras inte i den för detta arbete aktuella frågeställningen, varför kollisionsfall inte kommer att diskuteras i det följande.

Det faktum att en regelkonflikt föreligger behöver emellertid inte innebära att de alternativa reglerna är logiskt oförenliga. Det är ju fullt tänkbart att reglerna är möjliga att tillämpa samtidigt genom att rättsreglernas rättsföljdsmodaliteter inte står i ett motsatsförhållande. I dessa fall beskriver man relationen mellan reglerna som **konkurrens**. Vad som skiljer konkurrens från kollision är således att tillämpningssituationen i det förra fallet möjliggör en kollektiv tillämpning.[7]

[3] Kollision mellan regler kan förklaras som att reglerna antingen logiskt, empiriskt eller värderingsmässigt är – helt eller delvis – oförenliga, se Peczenik 1995 s. 273 f. Beträffande kollision mellan olika typer av regler, se Eckhoff 1969 s. 79 ff.

[4] Denna situation inträffar vid s.k. flerfallskollision, vilket inträder då ett rättsfaktum enligt en regel föreligger i en tillämpningssituation tillsammans med ett eller flera andra rättsfakta tillhörande andra rättsregler där de olika rättsreglernas rättsföljder är oförenliga. Denna form av kollision behöver inte bygga på en felreglering. Istället är det ett resultat av att vissa omständigheter inträffar. Frändberg 1984 s. 93 f.

[5] Detta är fallet då två sinsemellan oförenliga regler samtidigt är tillämpliga på ett och samma fall, se Frändberg 1984 s. 94. Om reglerna motsäger varandra – och kollisionen inte har kunnat upplösas genom tolkning eller genom principen om att en författning av högre dignitet upphäver en författning av lägre dignitet (*lex superior derogat legi inferiori*) – består kollisionen i en direkt felreglering. Jareborg beskriver sådana regler som logiskt inkonsistenta. Se Jareborg 2001 s. 122.

[6] Om det rör s.k. ettfallskollision kan konflikten lösas genom att endera regeln antingen helt eller delvis reduceras genom att man (på rättstillämpningsnivå) ger den ena regeln företräde. Om det däremot är fråga om flerfallskollision finns det inte något behov av att definitivt lösa konflikten. Flerfallskollision uppkommer genom att vissa rättsregler temporärt är tillämpliga tillsammans med andra rättsregler. Vid flerfallskollision behöver man endast fastställa en preferensordning. Detta sker ofta genom att domaren söker en lösning i t.ex. prejudikat eller förarbeten, gör en systematisk tolkning av reglerna eller en teleologisk intresseavvägning mellan reglerna. Därutöver kan de olika derogationsprinciperna *lex specialis derogat legi generali, lex superior derogat legi interferiori* samt *lex posterior derogat legi priori* tjäna som utgångspunkt för valet mellan vilken rättsregel som skall ges företräde. Se närmare Frändberg 1984 s. 94 ff. och Zippelius 1971 s. 48 ff.

[7] Kollision kan således beskrivas som ett specialfall av konkurrens. Den väsentliga skillnaden ligger i vad som är logiskt möjligt i en tillämpningssituation. Det finns emellertid situationer där det råder en subtil skillnad mellan vad som t.ex. är värderingsmässigt möjligt respektive omöjligt och vad som är lämpligt respektive olämpligt.

Att något är möjligt implicerar emellertid inte att det är lämpligt. Rättsreglernas ovan antydda ofullkomlighet visar att lagstiftaren sällan har kunnat förutse – eller i vart fall har avstått från att ta ställning till – konsekvenserna av en kollektiv tillämpning. Vad som karaktäriseras som icke lämpligt består således inte i att enskilda rättsregler – i sig – har oönskade följder, utan att reglerna tillämpade kollektivt åstadkommer ett icke önskvärt resultat.[8] Detta gäller både de tillämpningssituationer som har beskrivits som att flera regler är tillämpliga på ett fall och sådana tillämpningssituationer där en eller fler regler är tillämpliga på flera fall. Konkurrensproblem kan därför ofta beskrivas som olika brister eller ofullkomligheter i ett rättssystem. Problemen emanerar ur det faktum att det inte i tillräcklig mån har tagits – eller kan tas – hänsyn till att regler skall tillämpas tillsammans. Ibland är emellertid en överreglering avsiktlig. Oavsett vilket, kan en beslutsfattare inte undvika att ta ställning i en sådan situation. Det ankommer såväl på lagstiftaren som på rättstillämpare att bestämma hur konflikter av detta slag skall lösas.

Konkurrensproblematiken är inte förbehållen enbart den straffrättsliga disciplinen och dess begreppsbildning. Däremot är konkurrenssituationer utomordentligt vanliga i straffrätten, och det kan nog utan överdrift påstås att det är inom straffrätten som konkurrensläran har erhållit sin mest utvecklade systematik, terminologi och begreppsbildning.

För att kunna analysera situationer där olika regler i ett rättssystem på ett eller annat sätt sammanträffar, är det nödvändigt att inledningsvis klargöra varför konflikter av detta slag uppstår samt hur relationer mellan regler kan se ut. I det närmast följande kommer konkurrensproblematiken främst att betraktas utifrån rättstillämparens perspektiv.

När en domstol i en bestämd situation har att pröva ett eller flera individuella fall kan en *tillämpningssituation* sägas föreligga.[9] Med en tillämpningssituation avses ett rättstillämpningstillfälle där ett individuellt fall (f) är underkastat prövning. En tillämpningssituation måste på intet sätt avse regler eller fall som alla aktualiseras samtidigt eller i samma domstol. Om domstolen i en tillämpningssituation är skyldig att beakta vad som förevarit i en annan tillämpningssituation, på så sätt att vad som där har avgjorts får betydelse för bedömningen i det aktuella målet, föreligger också en tillämpningssituation. I dessa fall kommer domstolen att pröva ett fall, varvid bedömningen blir avhängig prövningen av ett tidigare fall. Genom att den tidigare tillämpningssituationen aktualiseras på nytt – innebärande att den bedömning som tidigare har gjorts kan komma att ändras eller bestämma hur det nya fallet får avgöras – kan en upprepad

[8] Frändberg 1984 s. 102.
[9] Termen har lånats av Frändberg, se Frändberg 1984 s. 85 ff.

prövning sägas föreligga. Vid dessa förhållande kan man lämpligen tala om en *iterativ tillämpningssituation*.[10]

Att det är fråga om *olika* fall, i vilka *olika* regler tillämpas i *olika* rättegångar utgör således inget hinder för att betrakta den senare lagföringen som *en* tillämpningssituation. De två viktigaste parametrarna i en regelkonflikt består i regler och fall och att det kan vara fråga om såväl regel- som fallpluralism. Utifrån dessa komponenter kan man konstruera ett antal olika typfall avseende en tillämpningssituation. Utan att gå närmare in på problematiken kan vi konstatera att det teoretiskt sett kan bli fråga om tillämpningssituationer med:

1. en regel och ett fall
2. flera regler och ett fall
3. en regel och flera fall
4. flera regler och flera fall

1.2 Den straffrättsliga konkurrensens systematik

1.2.1 Inledning

Hittills har jag lämnat en relativt generell beskrivning av konkurrensens huvudsakliga orsaker samt de teoretiska utgångspunkterna för en rekonstruktion av konkurrensläran. Även om exemplifieringen primärt har varit inriktad på straffrättslig konkurrens, torde problematiseringen kunna beskrivas som allmängiltig för liknande konfliktrelationer på andra rättsområden. Eftersom en konkurrenslära är en konstruktion som syftar till att besvara frågor om hur sammanträffande av regler och fall i komplicerade händelseförlopp skall lösas i olika tillämpningssituationer, är det av stor vikt att man har en begreppsbildning som resulterar i relevanta distinktioner och frågeställningar samt acceptabla resultat. Detta förutsätter att terminologin är tillräckligt klar och entydig för att motsvara begreppsbildningens krav på precision.

Konkurrensfrågor har i Sverige diskuterats ingående sedan i vart fall drygt etthundrafemtio år tillbaka i tiden. Dessvärre har behandlingen av konkurrensfrågor inte präglats av någon enhetlig begreppsbildning eller terminologi, vilket försvårar möjligheterna att skapa ett koherent system. Detta beror inte minst på det faktum av att man fram till 1938 använde sig av distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens för att systematisera konkurrensläran.

[10] Även denna term är lånad av Frändberg, se Frändberg 1984 s. 87 f.

I detta avsnitt avser jag att lämna en mycket översiktlig beskrivning av hur konkurrensproblem systematiseras *idag* inom straffrätten. Det finns anledning att inledningsvis göra en reservation: Varje försök att kortfattat sammanfatta essensen i konkurrensläran innebär en risk för ett alltför långt drivet generaliserande. Beskrivningen kan därför bli vilseledande. Likafullt tror jag att det är nödvändigt att ge en allmän orientering om läran och dess systematik för att kunna få en förståelse för hur man på olika plan dels utifrån olika distinktioner kan sortera bort brottslighet som inte bör bestraffas, dels kan skapa modifierade regler för när flera brott skall bestraffas tillsammans.

Vad avser den terminologi och begreppsbildning som jag ansluter mig till i detta arbete bör det understrykas att mycket av den är konstruerad och preciserad i modern tid, och att det således vid analys av äldre framställningar är viktigt att hålla i minnet att överensstämmelsen kan brista och att jämförelser därför bitvis kan halta.

Som konstaterats ovan kan konkurrens beskrivas som en tillämpningssituation där flera regler (eller samma regel fler gånger) är tillämpliga på ett eller flera fall samt att det också är möjligt att tillämpa reglerna kollektivt. Med hänsyn till att konkurrensen kan hänföra sig till såväl straffbudens rättsfaktum- som rättsföljdssida, står det klart att en konkurrenslära aktualiseras såväl beträffande de allmänna förutsättningarna för om brott föreligger (straffrättens allmänna del) som beträffande bestämmelserna om påföljdsbestämning. Warda anger att:

> "Die Konkurrenzlehre nimmt damit ... eine eigentümliche Doppelstellung ein, aus der sich manche ihrer Schwierigkeiten erklären."[11]

Det är säkerligen riktigt att säga att konkurrensläran har en dylik dubbelfunktion samt att dess komplexitet till stora delar kan förklaras härigenom. Däremot tror jag inte att detta är särskilt egendomligt. I vart fall inte om man accepterar att det handlar om att söka anpassa bestraffningen till hur klandervärd gärningsmannen är.

Inga resonemang om konkurrenslösningar blir begripliga om man inte beaktar att konkurrensproblem inom straffrätten aktualiseras på olika plan och nivåer. För att bringa ordning i begreppsapparaten samt systematisera de rättspolitiska argumenten måste man beakta på vilket plan konkurrenssituationerna uppkommer.

Frågekomplexen rörande de olika konkurrensformerna är komplicerade, delvis oreglerade i lagtext och tillhör olika delar av straffrätten: straff-

[11] Warda 1964 s. 81. Se även Schmitt som anger att konkurrensläran intar "eine Nahtstelle zwischen der Lehre von der Straftat und der Lehre von der Straffolgen", Schmitt 1963 s. 44.

rättens allmänna läror och läran om påföljdsbestämning.[12] Inte desto mindre finns ett nära samband och ett intimt samspel mellan hur frågor om brottslighets- respektive påföljdskonkurrens regleras, och lösningsprinciperna vid de olika konkurrensformerna präglas av likartade överväganden. Det ovan sagda gör det angeläget att identifiera och analysera vilka gemensamma problem och principer som aktualiseras vid de olika konkurrensformerna.

1.2.2 Konkurrens på flera plan och på olika nivåer

1.2.2.1 Allmänt om brottslighetskonkurrens

En grov indelning av konkurrenssituationer kan göras utifrån vad det är som konkurrerar. Enligt min mening bör man inledningsvis skilja mellan två övergripande plan i konkurrensproblematiken: nämligen å ena sidan konkurrens som uppkommer då man tar ställning till huruvida någon skall dömas för brottslighet och å andra sidan konkurrens som uppkommer då man skall bestämma påföljd för den som har begått mer än ett brott.[13]

På planet för brottslighetskonkurrens finns det anledning att skilja mellan om konkurrensen mellan regler är abstrakt eller konkret. Abstrakt konkurrens mellan regler kan uppstå därför att det logiska förhållandet mellan tillämpningsområdet för olika straffbud helt eller delvis överlappar varandra.[14] En sådan relation mellan straffbud är rent begreppslig, och konkurrensen beror på att den klass av gärningar som konstateras falla under ett straffbud – helt eller delvis – också faller under ett annat straffbud. En lösning på ett sådant konkurrensproblem kan ges utan att man relaterar till ett i verkligheten inträffat händelseförlopp.

Den tolkningsmetod som används för att klarlägga huruvida tillämpningsområdena för de olika straffbuden täcker varandra kan beskrivas som analyserande. Denna tolkning påminner i stor utsträckning om s.k. subordinerande tolkning, vilket innebär att man måste fastställa en rättsregels betydelseområde eller tillämpningsområde genom att precisera lagtexten. De abstrakta, generella och öppna formuleringarna i en straffbestämmelse måste på ett eller annat sätt konkretiseras och brytas ned i mer hanterliga termer som kan översättas mot den beskrivning av verk-

[12] Se även Schmitt 1963 s. 44.

[13] De olika planen och nivåerna åskådliggörs i en bild på s. 39.

[14] Vad som utgör en brottstyp eller ett straffbud i konkurrensförhållanden är bitvis komplicerat att avgöra, vilket särskilt aktualiseras vid brottstyper med alternativa rekvisit. Se närmare Löfmarck 1974 s. 16 f. och Jareborg 1995 s. 166. Beträffande äldre rätt, se Hagströmer 1901–1905 s. 613 f.

ligheten som utgör det konkreta fallet.[15] Vid denna precisering är den aktuella gärningen det objekt mot vilket lagtexten preciseras.

Samtidigt måste domaren avgöra om det konkreta fallet kan inordnas under regeln, vilket sker genom s.k. subsumtion. Subsumtion innebär att den konkreta beskrivningen av gärningen överensstämmer med den utpekade klassen av gärningar som lagtexten anger. Här förenas på ett belysande sätt den subsumerande och subordinerande verksamheten. Helheten (rättsregelns tillämpnings- eller betydelseområde) kan inte bestämmas utan att man undersöker delen (det konkreta fallet).[16] När vi preciserar en abstrakt text och söker efter de klasser av fall som omfattas av en rättsregel gör vi detta med olika – verkliga eller föreställda – konkreta fall. Motsatsvis jämför vi det enskilda fallet mot dessa klasser av fall när vi avgör om detta ingår i rättsregelns tillämpningsområde. Det finns således en nära växelverkan mellan domarens undersökning av om den konkreta gärningen kan placeras in under lagens ord (varvid han beskriver gärningen) och preciseringsproceduren (varvid lagtexten utifrån det konkreta fallet preciseras till olika klasser av gärningar som brottsbeskrivningen ger vid handen).

Då tillämpningsområdet för olika straffbud överlappar varandra kommer en konkurrenssituation att uppstå. Regelkonflikter som aktualiseras vid denna typ av överlappning kallar jag fortsättningsvis **regelkonkurrens**.[17]

[15] Jareborg 2001 s. 107 f. och Engisch 1963 s. 23 f.

[16] Synsättet att helheten endast kan förstås genom att man ser delarna samt att delarna förstås utifrån helheten beskrivs ofta som en "*hermeneutisk cirkel*". Eftersom växelspelet är dynamiskt är det egentligen mer rättvisande att tala om en "spiraleffekt". Angående den hermeneutiska cirkeln se bl.a. Bernt & Doublet 1998 s. 182 ff., Alvesson & Sköldberg 1994 s. 156 ff., Andersson 1993 s. 219, Andersson 1994 s. 127 ff. och Jareborg 1974 s. 139. Se även Lindell 1987 s. 369 f. och Engisch 1963 s. 14 ff. Engisch benämner emellertid inte växelspelet mellan översatsen och undersatsen som en "hermeneutisk cirkel". Särskilt Heidegger och Gadamer bör framhållas när det gäller vidareutvecklingen av den hermeneutiska cirkeln till att innefatta ett växelspel mellan även förförståelse (fördom) och förståelse, varvid cirkeln erhåller ytterligare en dimension. Detta är av särskild betydelse för juridisk tolkningsverksamhet eftersom de källor som skall tolkas ofta är en produkt av tidigare erfarenheter, där andra värderingar och uppfattningar om rationalitet har gjort sig gällande. Se bl.a. Gadamer 2002 s. 139 ff.

[17] Termen *regelkonkurrens* används i Jareborgs arbeten, se Jareborg 1995 s. 166 ff. Han har i tidigare arbeten benämnt denna form av konkurrens "logisk konkurrens" eller "begreppslig konkurrens", jfr Jareborg 1975 och Jareborg 1987. Det bör noteras att denna term används av Frändberg som en övergripande beteckning på alla relationer där regler konkurrerar, se Frändberg 1984 s. 101 ff. Löfmarck använder sig av uttrycket "det logiska förhållandet mellan straffbud" för att beskriva olika relationer mellan straffbud, se Löfmarck, 1974 s. 58 ff. I tysk rätt talas om *Gesetzeskonkurrenz* eller *Scheinbare Konkurrenz* med avseende på samtliga konkurrensformer som uppstår då flera regler är möjliga att tillämpa på

Det abstrakta förhållandet mellan brottstyper skall skiljas från ett större frågekomplex som behandlar konkurrensförhållanden som uppkommer då någon i ett konkret händelseförlopp formellt sett har överträtt flera straffbud (eller samma straffbud flera gånger) och teoretiskt sett kan dömas för dessa. På denna nivå går det inte att lösa konkurrensen enbart utifrån en begreppsanalys eller en tolkning av straffbudens tillämpningsområde. Konkurrens på denna nivå avser ytterst att besvara frågan om gärningsmannen också skall/bör dömas för mer än ett brott. När konkurrensproblem beträffande konkreta gärningar uppstår, talar man om **gärningskonkurrens.**[18]

Även om det är av stor vikt att skilja mellan de abstrakta och de konkreta konkurrensformerna, så integreras dessa i varandra genom att olika former av abstrakta relationer mellan straffbud ingår i gärningskonkurrensens systematik och används för att avgöra huruvida en person i ett konkret händelseförlopp skall anses – formellt sett – ha begått flera brott eller inte. Gemensamt för dessa båda former av konkurrens är att de avser att besvara frågan om brottsflerhet föreligger eller inte. Hela problemkomplexet på detta plan finner jag lämpligt att fortsättningsvis benämna **brottslighetskonkurrens.**[19]

1.2.2.2 Gärningskonkurrens

När man skall avgöra huruvida ett konkret händelseförlopp (oavsett om detta består i en eller flera gärningar) skall anses utgöra ett eller flera brott samt om gärningsmannen därutöver skall dömas för ett eller flera brott, är det nödvändigt att använda sig av en rad olika distinktioner.[20] Inled-

---

ett fall. Den tyska definitionen innesluter vad som här kallats regelkonkurrens (*Spezialität* och *Subsidiarität*). Beträffande den tyska begreppsbildningen se bl.a. Klug 1956, Geerds 1961 s. 146,156 ff., och 179 ff., Jescheck & Weigend 1996 s. 732 ff., Roxin 2003 s. 846 ff. samt Jakobs 1983 s. 710 f. och 713 ff.

[18] Även denna term har introducerats av Jareborg. Se Jareborg 1995 s. 159 f. samt 198 ff., Jareborg 2001 s. 430 f. samt 438 ff. Jareborg har i tidigare arbeten kallat denna form av konkurrens för "empirisk konkurrens", jfr Jareborg 1975 s. 314 och 319 ff. samt Jareborg 1987 s. 101.

[19] Termen är introducerad av Jareborg såsom en beteckning på huvudfrågan om en person, som teoretiskt sett kan dömas för mer än ett brott, skall dömas för mer än ett brott, se Jareborg 1976 s. 237 och Jareborg 1984 s. 106. Jareborg har dock senast använt uttrycket "konkurrens mellan brott" för att beskriva samma sak, se Jareborg 2001 s. 430.

[20] Redogörelsen av gärningskonkurrens baserar sig i huvudsak på Jareborgs framställningar i ämnet, se Jareborg 1995 kap. 10 samt Jareborg 2001 s. 438 ff. Se även Strahl 1976 s. 411 ff. Hänvisningar i notapparaten kommer i följande avsnitt att inskränka sig till särskilda påpekanden.

ningsvis bör man skilja mellan fallen då tillämpningssituationen avser överträdelse av ett respektive flera straffbud.[21]

I det förstnämnda fallet anses konkurrensen vara **likartad**. Den huvudsakliga konkurrensfrågan gäller om ett händelseförlopp skall anses utgöra ett eller flera brott. Ett typfall av dylika problem uppkommer t.ex. vid narkotikabrottslighet. Antag att en person vid tio tillfällen överlåter ett gram heroin. Skall detta betraktas som tio narkotikabrott avseende ett gram eller som ett narkotikabrott avseende tio gram? Ett annat typfall kan bestå i att någon i samband med ett inbrott stjäl tio saker tillhörande olika personer. Skall detta betraktas som en stöld eller som tio stölder?

Frågan besvaras utifrån konstruktionen av en *brottsenhet*. I praxis och doktrin har olika kriterier uppställts för att avgöra vad som utgör en brottsenhet vid olika brottstyper.[22] Det skall framhållas att slutsatsen att ett visst händelseförlopp utgör flera brottenheter visserligen i regel leder till att gärningsmannen skall dömas för flera brott. Det är emellertid inte säkert att dessa brott behöver vara mer straffvärda än om händelseförloppet hade bedömts vara begånget inom samma brottsenhet. Vad som påverkas är främst konstruktionen av straffskala för brottsligheten.

Om motsatsvis flera straffbud har överträtts genom ett händelseförlopp anses konkurrensen vara **olikartad**. I dessa fall måste man skilja mellan om överträdelserna har skett inom samma *gärningsenhet*. Med gärningsenhet förstås att brotten begås samtidigt; överträdelsen av det ena straffbudet sker till någon del under det att ett annat straffbud överträds. Tillämp-

[21] Notera att *ett straffbud* inte är detsamma som *en brottstyp*. Kretsen som utgör "ett straffbud" är mera vidsträckt och innefattar alla brottstyper av visst slag inom olika svårhetsgrader, ibland även privilegierade/kvalificerade varianter samt ibland hela klasser (t.ex. tillgreppsbrott), se Jareborg 1995 s. 203 f.

[22] De utpekade kriterierna betonas på olika sätt vid olika brottstyper. De vanligast förekommande kriterierna är (a) antalet angreppsobjekt (målsägande), (b) tidsligt/rumsligt sammanhang samt (c) antalet distinkta brottsobjekt, se Jareborg 2001 s. 441 och Strahl 1976 s. 412. För en genomgång i äldre litteratur av liknande omständigheter samt deras relevans vid olika brottsarter, vilka föranledde att s.k. likartad strafflagskonkurrens förelåg, se Hagströmer 1901–1905 s. 618–648. För liknande kriterier och argument i utländska konkurrensläror, se bl.a. Frände 2004 s. 322 ff., Røstad 1993 s. 281 f. och Greve m.fl. 2001 s. 294. I tysk rätt finns en omfattande litteratur om vad som utgör brottsenhet. Eftersom man i tysk rätt skiljer mellan ideal- och realkonkurrens är det nödvändigt att ta ställning dels till vad som utgör en handlingsenhet (*Handlungseinheit*), dels till vad som utgör gärningsenhet (*Tateinheit*). Vid likartad konkurrens motsvarar det svenska brottsenhetsbegreppet vad som i tysk rätt kallas *tatbestandliche Handlungseinheit*, se Blei 1996 s. 287. Den tyska termen Tateinheit omfattar vad jag har benämnt *brottsenhet* och *gärningsenhet*. Det står härvid klart att Tateinheit är synonymt med idealkonkurrens. Det är inte befogat att gå närmare in på denna problematik i detta arbete. Angående kriterier för bestämmande av det i tysk rätt omstridda begreppet naturlig handlingsenhet (*natürliche Handlungseinheit*), se Roxin 2003 s. 804 ff.

ningssituationen består i dessa fall av ett fall och flera regler. Konkurrensfrågan gäller här huruvida det som anses utgöra ett händelseförlopp skall anses innefatta överträdelser av flera straffbestämmelser. Den konkreta konkurrensen mellan gärningar löses i dessa fall med hjälp av den ovan diskuterade (abstrakta) regelkonkurrensen. Det finns alltså olika lösningsmodeller beroende på hur det logiska förhållandet mellan olika straffbud ser ut.

I många fall innebär överträdelse av ett straffbud automatiskt överträdelse av ett annat (*subordination*). I dessa fall är överlappningen mellan straffbudens tillämpningsområde total. Typexempel på dessa är olika former av gradindelade brott. Den som begår dråp (BrB 3:2) – som är en privilegierad form av mord – begår automatiskt mord (BrB 3:1). Samtidigt är det utifrån lagstiftningens systematik uppenbart att lagstiftaren inte har avsett att gärningsmannen skall dömas för båda brotten. Vid subordination skall gärningsmannen dömas enligt det mer speciella straffbudet (lex specialis).

I andra fall är överlappningen endast partiell (*interferens*). Med detta förstås att det finns *dels* fall som endast tillhör tillämpningsområdet för det ena straffbudet, *dels* fall som endast tillhör tillämpningsområdet för det andra straffbudet, *dels* fall som tillhör tillämpningsområdena för båda straffbuden. I dessa fall är det mer oklart hur konkurrensen skall lösas. En viss presumtion finns för att händelseförloppet skall anses innebära en överträdelse av båda straffbuden. Det finns emellertid en rad olika faktorer som kan medföra att bedömningen går i motsatt riktning. Ett sådant skäl är att det finns en subsidiaritetsklausul som anger vilket lagrum som skall ges företräde. I andra fall framgår det av lagstiftningens systematik eller genom förarbetsuttalanden. Det skall framhållas att lösningarna inte alltid är konsekvent eller logiskt genomförda.

Lösningen på de nu diskuterade situationerna kan bli att gärningsmannen *anses ha begått ett brott* (varvid konkurrensen sägs vara **skenbar**) eller *anses ha begått flera brott* (varvid konkurrensen sägs vara **verklig**). Det är endast vid skenbar konkurrens som ett slutligt svar på brottslighetskonkurrensen nås med hjälp av regelkonkurrensen. Vid verklig konkurrens måste en domstol, för att kunna lösa konkurrensproblemen slutgiltigt, ta ställning till om gärningsmannen också *skall dömas* för samtliga de brott som han anses ha begått.

En utgångspunkt är att om inget står att finna om hur situationen skall lösas, skall gärningsmannen dömas för samtliga brott. Man säger då att han döms i **brottskonkurrens**. Det finns emellertid en rad viktiga undantag i förarbeten, doktrin och praxis, vilka möjliggör för domaren att istället välja att döma endast för ett brott. Om domstolen når slutsatsen att det endast skall dömas för ett brott, anses de övriga brotten (som gärnings-

mannen visserligen anses ha begått) konsumeras. I dessa fall sägs gärningsmannen dömas i **lagkonkurrens.**

På denna nivå går det inte att uppställa logiska eller begreppsliga förhållanden mellan klasser av gärningar som utgör ett straffbud och klasser av gärningar som utgör ett annat. Inte heller kan vi använda oss av olika kriterier för att tolka de olika rekvisiten i respektive straffbestämmelse för att avgöra hur långt ett brott kan sträcka sig i tid och rum. De viktigaste skälen för att konsumera viss brottslighet på denna nivå är att vissa brott utgör medbestraffade gärningar och att gärningsmannen döms i lagkonkurrens med citering.

Medbestraffade (för-, sido- och efter)handlingar är en konstruktion som bygger på tanken att viss brottslighet kan konsumeras på den grunden att bestraffningen av ett brott sker genom bestraffningen av ett annat.[23] En förutsättning är därför att de brott som konsumeras inte skulle påverka straffmätningen märkbart. Ett skolboksexempel är förhållandet mellan å ena sidan stöld (BrB 8:1) och å andra sidan häleri (BrB 9:6) eller olovligt förfogande (BrB 10:4), där samma person som har förövat tillgreppet senare tar befattning med eller tillägnar sig det stulna.[24]

Även i detta led är det rena straffvärdebedömningar och praktiska skäl som avgör bedömningen av vad som anses vara rimligt. En kumulationslösning skulle i dessa fall medföra en orättvis dubbelbestraffning som svårligen kan ha varit avsedd då respektive förfarande kriminaliserades. Den skada som gärningsmannen har åstadkommit i och med huvudbrottet – vilket i ovanstående exemplet är stöld – blir inte större för att gärningsmannens fortsätter ta befattning med den stulna egendomen.[25] Man kanske kan säga att det i dessa fall finns en stor överlappning avseende det intresse (skyddsintresse, rättsgoda etc.) som respektive kriminalisering avser att skydda trots att brotten inte begås inom samma händelseförlopp (enhet). Den efterföljande gärningen är medbestraffad därför att den inte tillför händelseförloppet någon ytterligare dimension av skada, fara eller kränkning.[26]

[23] Angående motsvarande reglering i tysk rätt, se bl.a. Baumann & Weber & Mitsch 1995 s. 725, Warda 1964 s. 92, Jescheck & Weigend 1996 s. 736 och Geerds 1961 s. 206 ff.

[24] Se bl.a. Elwin 1969 s. 265, Strahl 1976 s. 427, Jareborg 1975 s. 329 och Jareborg 1995 s. 215. Exemplet används även i andra rättsordningar, se bl.a. Geerds 1961 s. 206, Warda 1964 s. 92, Røstad 1993 s. 288 och Frände 2004 s. 322.

[25] Geerds 1961 s. 206 och Baumann & Weber & Mitsch 1995 s. 725.

[26] För en liknande uppfattning, se Warda 1964 s. 92.

Lagkonkurrens med citering kan litet förenklat beskrivas som ett specialfall av medbestraffade handlingar, med den skillnaden att det konsumerade brottet som har motiverat att det brott för vilken gärningsmannen döms normalt bedöms som grovt.[27] Det normala förfarandet vid dessa fall är att det konsumerade brottet (som gärningsmannen alltså inte döms för) ändock skall citeras i domen. Denna idé måste enligt Jareborg ses mot bakgrund av att man under utarbetandet av BrB introducerade möjligheten att låta förekomsten av ett brott föranleda att ett annat placeras i en högre svårhetsgrad.[28] De absolut vanligaste fallen då denna möjlighet används är vid kombinationer av förmögenhetsbrott och förfalsknings/ sanningsbrott, varvid de sistnämnda konsumeras genom att förmögenhetsbrottet bedöms som grovt. [29]

Bortsett från det faktum att en reglering rörande brottskonkurrens primärt syftar till att rensa ut brottslighet som på grund av olika lagtekniska misstag eller ofullkomligheter annars skulle föranleda en dubbelbestraffning, kan vi notera att valet mellan att döma för ett eller flera brott spelar stor roll för hur den fortsatta påföljdsbestämningen skall ske. Därmed är vi framme vid nästa plan, nämligen påföljdskonkurrens.

1.2.2.3 Påföljdskonkurrens

I den andra huvudgruppen av konkurrensläran kan man sortera in de situationer där samhällets reaktioner mot den dömde konkurrerar. I dessa fall är det klarlagt att en person skall dömas för flera brott och sammanträffandet avser regler om bestämmandet av påföljd. Konkurrens uppstår i relationen mellan *påföljd* och *rättsregel,* dvs. hur de föreskrivna reaktionsformerna skall förhålla sig till den dömdes olika brott. Eftersom denna form av konkurrens utgör undersökningsobjektet för denna framställning nöjer jag mig med att ge en kort introduktion till problematiken.

[27] Det är mer korrekt att säga att det brott för vilket gärningsmannen döms placeras i den näst följande högre svårhetsgraden. Det kan således förekomma att uppflyttningen i svårhetsgrad avser steget mellan ringa brott och brott av normalgraden.

[28] Jareborg 1995 s. 235.

[29] Beträffande bl.a. grovt bedrägeri (BrB 9:3), grov förskingring (BrB 10:3) och grov oredlighet mot borgenärer (BrB 11:2) framgår det direkt av lagtexten att vissa förfalsknings- eller sanningsbrott utgör sådana omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av om förmögenhetsbrottet är grovt. Vid sidan av dessa fall finns möjlighet att använda lagkonkurrens med citering, även om detta inte framgår av lagtexten, i syfte att påverka straffmätningen eller placeringen i svårhetsgrad och i vissa andra fall beträffande brott som endast skenbart konkurrerar med den övriga brottsligheten. I det sistnämnda fallet torde syftet vara närmast allmänpreventivt. Se Jareborg 1995 s. 230 f.

Beträffande denna form av konkurrens måste man beakta olika tidsaspekter av tillämpningssituationen, och konkurrensfrågorna kan i sin tur delas upp i å ena sidan regelkonflikter, som uppstår då den dömde vid ett och samma tillfälle skall ådömas en påföljd för flera brott, och å andra sidan konkurrensproblem, som betingas av att den dömde vid olika tillfällen skall ådömas påföljd för flera brott, men där domstolen på grund av regleringen i BrB kap. 34 är skyldig att beakta påföljder i tidigare domar.

I nära anslutning till hur dessa frågor löses finns en särskild typ av konkurrenssituationer som behandlar frågor om hur man skall förfara när en person, som har ådömts flera påföljder, skall verkställa dessa samtidigt. Denna senare fråga benämns ibland *verkställighetskonkurrens.*[30] Denna form av konkurrens befattar sig med frågor om hur olika sammanträffanden av verkställighet skall lösas (t.ex. en pågående skyddstillsyn och ett kortare fängelsestraff), hur olika frivårdsmyndigheter skall samordna verkställigheten av olika frivårdspåföljder (t.ex. föreskrifter om alkoholavvänjande behandling och samhällstjänst samt kontakt med övervakare), beräkning av strafftid vid flera påföljder etc. Vid dessa konkurrenssituationer är frågor om konkurrerande brott respektive påföljder redan lösta.

Jag kommer i den fortsatta framställningen att skilja mellan olika nivåer av påföljdsbestämning och följaktligen olika former av konkurrens. Som nyss nämnts finns det inledningsvis anledning att skilja mellan olika tillämpningssituationer, vilka bestäms av huruvida påföljdsbestämningen skall ske samtidigt för flera brott och iterativa tillämpningssituationer. Påföljdsbestämningen – och således även konkurrensregleringen – kan därefter upplösas i frågor rörande *straffmätning* och *val av påföljd.* Den förstnämnda delen kan till sist upplösas i en abstrakt nivå rörande *konstruktionen av straffskala för den samlade brottsligheten* och en konkret nivå rörande *straffmätning vid flerfaldig brottslighet.*

Som en gemensam benämning på frågekomplexet som anknyter till hela planet med påföljder kan lämpligen användas termen **påföljdskonkurrens.**[31]

[30] Se t.ex. Jareborg 1976 s. 237.

[31] Termen påföljdskonkurrens (eller straffkonkurrens om det avser endast frågan om flera straff avseende fängelse eller böter) används av bl.a. i Fängelsestraffkommitténs (FSK) betänkande som en beteckning på situationen "[n]är påföljd skall bestämmas för mer än ett brott", se SOU 1986:14 s. 84. Se även Jareborg 1976 s. 237, Jareborg 1995 s. 158 och Jareborg 2001 s. 430. I Tyskland synes påföljdskonkurrens motsvaras av uttrycket *Strafenkonkurrenz.* Geerds hänvisar till ett uttalande av Höpfner: "Von Strafenkonkurrenz spricht Höpfner beim Zusammentreffen mehrerer Strafen, d.h. wenn – bei sogenannter Verbrechensmehrheit – mehrere Sanktionen verwirkt sind", se Geerds 1961 s. 58. För en liknande definition, se Jakobs 1983 s. 711.

1.2.2.4 Förhållandet mellan brottslighetskonkurrens och påföljdskonkurrens

Man kan ställa frågan vilken betydelse det har huruvida gärningsmannen (slutligen) döms i lag- eller brottskonkurrens. Om vi utgår från att det primära syftet med regleringen bakom brottslighetskonkurrens är att rensa ut sådan brottslighet som inte anses vara begången eller som gärningsmannen inte bör dömas för, ligger det nära till hands att uppfatta detta som baserat på en viss rättvisekonception som syftar till att anpassa bestraffningen efter vad gärningsmannen faktiskt har gjort oavsett hur många straffbud som han tekniskt sett har överträtt eller hur händelseförloppet har gestaltat sig.[32] Konkurrensregleringen syftar således till att bestämma ett lämpligt antal brott som gärningsmannen skall dömas för. Vid sidan av intresset att undvika omotiverad dubbelbestraffning finns även ett intresse av att åstadkomma en effektiv vägledning för hur åklagarens åtalsplikt skall uppfattas. Till detta återkommer vi i avsnitt 1.3.3.

Om nu brottslighetskonkurrens har de ovan nämnda syftena, blir följdfrågan vilken betydelse som lösningen av brottslighetskonkurrens får för lösandet av den efterföljande påföljdskonkurrensen.

Det finns anledning att beröra ett konkurrensfall som är särskilt problematiskt. Syftet med nedanstående exkurs är inte att lämna något förslag till lösning på hur konkurrensen skall lösas. Däremot tror jag att det kan fungera som exempel för att påvisa hur konkurrensproblem kan lösas på olika plan eller nivåer samt vilka konsekvenser som valet av lösningsprincip får. Jag kommer att återkomma till exemplet längre fram i avhandlingen.

Antag att någon systematiskt vid 200 tillfällen förskingrar en större summa pengar av sin arbetsgivare (69 000 kr). Vid de inledande förskingringsgärningarna tillägnar sig gärningsmannen ett belopp om 9 000 kr. Vid de följande gärningarna används det förskingrade beloppet till att täcka förluster i bokföringen i syfte att dölja brottet.[33] Hur kan detta lösas och vilka blir konsekvenserna?[34]

(a) Ett sätt att lösa konkurrensen är naturligtvis att se detta som ett fall av likartad konkurrens där de – i sig – brottsliga gärningarna inte kan anses vara begångna inom samma brottsenhet. Resultatet av detta blir att gärningsmannen anses ha begått 200 brott. Under förutsättning att gärningsmannen döms för samtliga brott vid ett tillfälle, skall domstolen

[32] Jareborg 1995 s. 161.

[33] Exemplet baserar sig på ett refereratavgörande från HovR för Västra Sverige, se SvJT 1970 rf s. 50. Fallet diskuteras i Jareborg 1995 s. 213 ff. samt SOU 1983:50 s. 118.

[34] Jag vill understryka att de diskuterade lösningarna inte utgör min bedömning av hur konkurrensen bör lösas. De olika lösningarna representerar endast olika synsätt.

enligt BrB 30:3 utdöma ett gemensamt straff för sammanlagt 200 förskingringsbrott (BrB 10:1). Enligt BrB 26:2 blir straffskalan för den samlade brottsligheten fängelse i lägst 14 dagar och högst 3 år. Straffminimum för varje enskilt brott är 14 dagars fängelse. Det skall dock uppmärksammas att vid straffmätning av flerfaldig brottslighet kommer straffmätningen normalt att påverkas på så sätt att en väsentlig straffreduktion sker (s.k. mängdrabatt).

(b) Ett alternativt sätt att lösa konkurrensen är att betrakta hela händelseförloppet (de upprepade förskingringsgärningarna) som ett och samma brott. Brott som kännetecknas av en viss repetitiv verksamhet ingår i den grupp av brottslighet som sker genom fortlöpande överträdelse av ett straffbud och där en ständigt förnyad skada eller fara uppstår (*persevererande brottslighet*).[35] I så fall skall gärningsmannen dömas för endast ett brott. Samtliga brottsliga moment inom brottsenheten ingår dock som försvårande omständigheter vid straffmätningen. Eftersom gärningsmannen endast döms för ett brott, gäller straffskalan för enkel brottslighet, dvs. fängelse i lägst 14 dagar och högst 2 år.

(c) Ett tredje alternativ är att domstolen i anslutning till bedömningen av brottenhet finner att brottsligheten skall anses vara begången inom en brottsenhet, men att detta brott – med hänsyn till värdet på den förskingrade egendomen och/eller sättet för brottets förövande – skall bedömas som grovt brott. Den tillämpliga straffskalan för förskingringen hämtas i så fall från BrB 10:3, vilket innebär fängelse i lägst 6 månader och högst 6 år.[36] På samma sätt som ovan ingår samtliga brottsliga moment i brottenheten och kan således påverka straffmätningen.

[35] Typexempel på persevererande brottslighet är inledningsvis olika former av innehav av t.ex. narkotika, vapen, giftämne etc. (*kontinuerliga brott*). Gärningsmannen behöver efter brottets fullbordan på intet sätt företa några ytterligare moment i det brottsliga handlandet (annat än en underlåtenhet att upphäva det uppkomna tillståndet ifråga). Vidare kan persevererande brottslighet bestå i en repeterad ensartad aktivitet där intervallet mellan repetitionerna kan variera kraftigt. Den brottslighet som bedrivs näst intill kontinuerligt (dvs. i det närmaste kontinuerligt brott) och där intervallerna mellan det repetitiva handlandet är frekvent benämner Strömberg *drivande av verksamhet*. Man skulle kunna tänka sig att vissa former av miljöbrott bestående i att en viss typ av förorenande verksamhet (t.ex. i form av utsläpp) fortlöpande bedrivs skulle kunna inordnas i denna kategori. Till sist kan man tänka sig att det förekommer längre intervaller mellan den likartade brottsliga verksamheten. Strömberg nämner som exempel på denna tredje grupp – s.k. *intermittenta brott* – olovlig försäljning av alkoholdrycker. Vid denna typ av brottslighet kan således en viss brottslig verksamhet, som endast förekommer sporadiskt, föras samman till en brottsenhet och bedömas i ett sammanhang. Se närmare Strömberg 1956 s. 161.

[36] Jareborg anger beträffande denna lösning att det är förståeligt att åklagare vill se händelseförloppet i ett sammanhang och som ett grovt brott, men att det knappast kan tillåtas utan en ändring i lagstiftningen, se Jareborg 1995 s. 214.

(d) Till sist finns det möjlighet att förena resonemangen i alternativ (a) och (c), varvid domstolen dels bedömer varje förskingringsgärning som ett separat brott, dels använder det faktum att det är fråga om flerfaldig brottslighet eller sättet för brottets förövande som argument att rubricera samtliga gärningar som grova brott (BrB 10:3).[37] I så fall bestäms straffskalan enligt BrB 26:2 till fängelse i lägst 6 månader och högst 8 år. Straffminimum för varje enskilt brott är 6 månaders fängelse. Även i dessa fall skall s.k. mängdrabatt ges vid straffmätningen.

Syftet med att påvisa ovanstående alternativ är att ge en provkarta på olika konsekvenser av lösningar på konkurrensproblem. På planet för brottslighetskonkurrens består problemen i att man är tvungen att avgränsa konkreta gärningar utifrån abstrakta och generaliserade brottsbeskrivningar. Det är inte alltid enkelt att avgöra om ett brottsligt händelseförlopp skall anses utgöra ett eller flera brott samt hur rubriceringen i så fall skall göras. Detta gäller särskilt vid brottslighet som kännetecknas av viss pågående verksamhet eller upprätthållande av ett visst tillstånd och där handlingsverben i brottsbeskrivningen är öppna. Liknande problem föreligger vid bl.a. bedrägeribrott, förfalskningsbrott (t.ex. penningförfalskning) samt olika former av innehav.

På planet för påföljdskonkurrens uppkommer motsvarande problem. Oavsett hur man har löst konkurrensen på planet för brottslighetskonkurrens, skjuts problematiken över till påföljdsbestämningen. Om man t.ex. – enligt alternativ (a) eller (d) – har funnit att det är fråga om 200 brott uppstår frågan hur straffskala och straffmätning skall hanteras för så många brott. Är det t.ex. lämpligt att gärningsmannen erhåller minimistraffet för samtliga brott? Det stora antalet brott innebär att straffmätningen i så fall skulle uppgå till straffmaximum (detta gäller oavsett om brottsligheten rubriceras som brott av normalgraden eller som grovt). Är det av intresse att det finns ett samband mellan brotten? Är detta en försvårande eller förmildrande omständighet?

Om domstolen motsatsvis – enligt alternativ (b) och (c) – har funnit att hela händelseförloppet skall rubriceras som ett brott uppkommer också frågan hur straffmätningen skall göras. Är det lämpligt att gärningsmannen bedöms lindigare beroende på att händelseförloppet anses utgöra endast ett brott jämfört med om det hade bedömts som 200 brott? Skall antalet gärningar utgöra en försvårande omständighet? Vilket belopp av den förskingrade egendomen bör läggas gärningsmannen till last (9 000

[37] Denna lösning torde vara helt utesluten. Se även Jareborg 1995 s. 215. Av vissa praxisdiskussioner framgår att det finns en benägenhet att se bedrägerigärningar som grovt brott genom att hänvisa till att brottsligheten har skett systematiskt. Härigenom det blir möjligt att samma omständighet leder till att brottsligheten anses utgöra flera brott och att samtliga placeras i en högre svårhetsgrad. Se bl.a. Protokoll HSB 2004 s. 27.

kr eller 69 000 kr)? Det förhållandet att vinsten (och därmed den egentliga sammanlagda skadan) inte utgjorde mer än en bråkdel av den i och för sig förskingrade egendomen samt att syftet med flertalet gärningar – vid sidan av att dölja brottet – delvis varit att kompensera målsäganden för tidigare uppkommen skada, är ju omständigheter som är av relevans vid straffvärdebedömningen, dvs. då man mäter hur stor skada gärningsmannen har orsakat.

En fråga i sammanhanget är om det bör bli någon skillnad i fråga om det slutliga straffet beroende på vilken lösning som domstolen har kommit fram till på planet för brottslighetskonkurrens. Mot att det borde bli någon skillnad talar det faktum att det är fråga om ett och samma händelseförlopp. Om det skall bli skillnad, måste man i så fall kunna ange varför olika lösningar av konkurrensproblemet på planet för brottslighetskonkurrens skall resultera i olika bestraffning för vad som utgör samma brottsliga handlande.

Det finns vissa skillnader i karaktären på lösningarna av konkurrensfrågor på de olika planen. Vid brottslighetskonkurrens innebär konsumtion en tämligen definitiv lösning på problemet genom att gärningsmannen inte döms för mer än ett brott. Om kumulation tillämpas döms gärningsmannen för flera brott. Valet av konkurrenslösning har en "allt-eller-intet-karaktär". Vid lösningar av påföljdskonkurrens finns möjlighet att göra en differentiering. Detta skall inte uppfattas som att det inte finns ett samband mellan hur lösningar på de olika problemen nås eller att det är uteslutet att beakta konsumerade brott på planet för påföljdskonkurrens.

Det är värt att påpeka att vid likartad konkurrens är det inte säkert att den konkreta straffmätningen överhuvudtaget påverkas av lösningen av brottslighetskonkurrensen. Detsamma torde gälla vissa fall av medbestraffade handlingar, där det konsumerade brottet beaktas vid bestraffningen av det brott för vilken gärningsmannen döms. Under förutsättning att straffskalan är tillräckligt vid är det således inte säkert att konsumtion på planet för brottslighetskonkurrens spelar någon större roll vid straffmätningen. Normalt torde dock ett konsumerat brott spela en mindre roll än då gärningsmannen faktiskt döms för ett brott som han anses ha begått. Vad avslutningsvis gäller lagkonkurrens med citering, kan vi konstatera att det citerade (och konsumerade) brottet visserligen inte skall läggas till grund för straffmätningen i det konkreta fallet, men att konsumtionen har ansetts kunna ske därför att brottet har placerats i en högre svårhetsgrad. Normalt sett har brottet i den högre svårhetsgraden ett betydligt högre straffminimum. Härigenom kommer lösningen att medföra att den konkreta straffmätningen kommer att påverkas av den abstrakta straffskalan.

Sammantaget är det sålunda på intet sätt säkert att domstolens slutsats att gärningsmannen skall dömas i lagkonkurrens resulterar i en lindrigare straffmätning. Däremot kommer den abstrakta straffskalenivån att påverkas av det faktum att domstolen skall döma gärningsmannen för flera brott. En gemensam straffskala måste konstrueras för den samlade brottsligheten, vilken kommer att ha ett högre abstrakt straffvärde jämfört med det svåraste brottet som gärningsmannen döms för. Situationen kompliceras dock av att straffmätningen vid flerfaldig brottslighet normalt skall bli lindrigare jämfört med summan av straffvärdena för de enskilda brotten (mängdrabatt). På detta vis kan således slutsatsen att gärningsmannen skall dömas i brottskonkurrens – i vissa fall – leda till ett lindrigare resultat.

Konklusionen av det sagda är att det – bortsett från de fall där brottslighet helt har rensats bort på grund av en överreglering (regelkonkurrens) – är mycket svårt att dra några slutsatser huruvida det är av betydelse att gärningsmannen döms för ett eller flera brott. Det hela beror på vilka överväganden som styrt lösningen av brottslighetskonkurrensen.

Man kan kanske säga att det finns det en presumtion för att straffet skall bli strängare om det är fråga om flerfaldig brottslighet (jämfört med enkel brottslighet) under förutsättning att det är fråga om olika brott begångna vid olika tillfällen och mellan vilka det saknas ett samband. Men på grund av de stora möjligheterna att ändock ta hänsyn till konsumerad brottslighet vid straffmätningen är det långt ifrån klart huruvida någon reell reduktion verkligen sker genom att på planet för brottslighetskonkurrens döma i lagkonkurrens. Trots att gärningsmannen inte döms för viss brottslighet, behöver straffet inte påverkas i förhållande till vad som hade gällt om han hade dömts för båda brotten. Man kan inte räkna med att denna problematik alltid uppmärksammas i domstolar.

1.2.2.5 Legalitetsprincipens och rättskraftens betydelse på de olika planen

Det finns anledning att notera att legalitetsprincipen och rättskraften tillmäts olika stor betydelse på de olika konkurrensplanen.

Vad först gäller rättskraftsinstitutet finns den centrala bestämmelsen för en brottmålsdoms betydelse som processhinder i RB 30:9. Av denna bestämmelse framgår att efter fristen för domens vinnande av laga kraft "må ej fråga om ansvar å den tilltalade för gärning, som genom domen prövats, ånyo upptagas". Principen uttrycker således att samma gärning inte skall kunna prövas två gånger (*ne bis in idem*).[38] Den processrättsliga

[38] Ekelöf & Bylund & Boman 1994 s. 154 f.

utgångspunkten är att *samma gärning* inte skall kunna bli föremål för prövning i en senare rättegång om domen har vunnit rättskraft.

I konkurrenshänseende kommer rättskraftsfrågor främst att aktualiseras i s.k. iterativa tillämpningssituationer. Här får rättskraften olika stor betydelse om det är fråga om brottslighetskonkurrens eller påföljdskonkurrens.

Vid brottslighetskonkurrens är de relevanta parametrarna *regler* och *fall*. Vad som utgör *ett fall* (i konkurrenshänseende) och *en gärning* (i rättskraftshänseende) kommer nästintill uteslutande att vara identiskt. Om det handlar om att vid ett senare tillämpningstillfälle avgöra huruvida ett fall som redan har prövats utgör brott, kommer en res judicata-situation att föreligga, varvid talan skall avvisas.[39, 40]

Om det däremot är fråga om påföljdskonkurrens är situationen väsentligt annorlunda. Det finns i BrB kap. 34 stora möjligheter att ändra den tidigare utdömda påföljden. Detta sker genom att den tidigare påföljden undanröjs och ersätts med påföljd av annan art. Eftersom de iterativa tillämpningssituationerna kommer att omfatta tidigare påföljder, vilka således kan ha vunnit laga kraft, blir slutsatsen att rättskraften inte har samma betydelse vid påföljdsbestämning som den har vid ansvarsbedömningen. Gärningsmannen anses inte ha samma intresse av att den tidigare domen står fast. Orubblighetsprincipen spelar således en marginell roll vid påföljdskonkurrens.[41]

Vad beträffar legalitetsprincipens betydelse för de olika konkurrensplanen är situationen snarlik. Legalitetsprincipens ställning som grundläggande princip för hela straffrätten kan inte ifrågasättas.[42] Principen – och dess olika underprinciper – kan sägas utgöra en hörnsten i alla straffsystem i stater som gör anspråk att kalla sig rättsstater. Däremot har den en något mindre betydelse vad gäller frågor om påföljdsbestämning jämfört med frågor huruvida straffrättsligt ansvar föreligger.

[39] Teoretiskt sett kan man också tänka sig att ett fall av misstag prövas samtidigt av olika domstolar. I dessa fall föreligger *litispendens*, varvid talan också skall avvisas. Se Ekelöf & Bylund & Boman 1994 s. 176.

[40] Det skall dock noteras att i vissa brottsbeskrivningar kan tidigare brott, för vilket gärningsmannen redan har dömts, utgöra ett bevisfaktum för att ett rekvisit är uppfyllt. Se t.ex. BrB 4:4a, där tidigare domar avseende likartad brottslighet kan utgöra belägg för att de åtalade gärningarna "varit ett led i en upprepad kränkning". Detta innebär emellertid inte att de tidigare bedömningarna prövas på nytt i ansvarsdelen.

[41] Agge 1937 s. 626 ff.

[42] Legalitetsprincipen anses innefatta fyra olika krav eller förbud, nämligen (1) ett krav på begriplighet och precision i lagstiftningen (obestämdhetsförbudet), (2) kravet på stöd i skriven lag, (3) förbud mot analogisk rättstillämpning till den tilltalades nackdel samt (4) förbud mot retroaktiv rättstillämpning till den tilltalades nackdel, se bl.a. Jareborg 2001 s. 57 f. och Frände 1989 s. 4.

Intresset av att på kriminaliseringsnivån uppställa klara begränsningar för hur straff får ådömas någon för en gärning motiveras av rättssäkerhetsskäl. Legalitetsprincipen kan således komma att spela en stor roll när man tar ställning till frågor med anknytning till brottslighetskonkurrens.

När det däremot gäller hur den straffrättsliga reaktionen (straff, påföljder och annan rättsverkan av brott) skall bestämmas har legalitetsprincipen inte motsvarande starka ställning. Vad gäller kravet på stöd i skriven lag, följer detta av straffbudet. Med den lagstiftningsteknik som används i Sverige framgår således straffet direkt av lagtexten i form av en straffskala.[43] Denna ram får inte överskridas såvida inte annat framgår av särskilda bestämmelser.[44] Till sist gäller förbudet mot retroaktiv lagstiftning till den tilltalades nackdel.

Men om man lämnar frågan om – och på vilket sätt – den/de begångna gärningen/gärningarna är belagda med straff och övergår till frågan hur denna påföljd skall bestämmas, finns inte motsvarande krav på preciserade eller bestämda regler som leder till förutsebara resultat.[45] Inom de angivna ramarna bygger systemet i många avseenden på lämplighets- eller skälighetsavgöranden, vilket inte sällan flyttar fokus från legalitet och förutsebarhet till diskretionär prövning och billighet. En väsentlig förbättring i detta avseende har emellertid åstadkommits sedan man i Sverige 1989 införde allmänna bestämmelser beträffande straffmätning och val av påföljd.[46]

1.2.2.6 Konkurrenslärans struktur

Sammanfattningsvis kan straffrättsliga konkurrensproblem struktureras på två övergripande plan, vilka i sin tur kan indelas i ett antal undergrupper eller nivåer som aktualiserar olika frågeställningar. Strukturen kan schematiskt beskrivas på följande vis:

[43] Frände anger t.ex. att helt öppna hot om fängelse och/eller böter inte kan accepteras, men att ett visst spelrum måste accepteras, se Frände 1989 s. 240.

[44] Frände påpekar att vid bestämmandet av ett konkret straff inom de stipulerade gränserna, skall en rad olika och kolliderande principer vägas mot varandra, se Frände 1989 s. 145.

[45] Victor 1999 s. 137. Se även Toftegaard Nielsen 2002 s. 123.

[46] Att legalitetsprincipen annars riskerar att bli en chimär anfördes som ett argument för att införa nuvarande bestämmelser i BrB kap. 29–30, se SOU 1986:14 s. 420. Se även Prop. 1987/88:120 s. 40 f. Straffsystemkommittén ansåg i sitt betänkande att straffsystemet i ännu större utsträckning borde präglas av förutsebarhet vad gäller påföljdernas innehåll och omfattning än vad som är fallet idag, se SOU 1995:91 s. 56 f.

STRAFFRÄTTSLIG KONKURRENS

PLAN 1	BROTTSLIGHETSKONKURRENS	
Nivå 1 **Skenbar/ Verklig konkurrens**	(1) **Regelkonkurrens** (a) Hur förhåller sig straffbud logiskt till varandra	(2) **Gärningskonkurrens** (a) Skall i en konkret situation ett eller flera brott anses vara förövade?
Nivå 2 **Lag-/ Brotts-konkurrens**		(b) Skall gärningsmannen dömas för samtliga brott som anses vara förövade?

PLAN 2	PÅFÖLJDSKONKURRENS		
Nivå 1	Hur skall man bestämma påföljd då en person samtidigt döms för flera brott?		
Nivå 1.1	Straffmätning		Val av påföljd
	Abstrakt	Konkret	
Nivå 2	Hur skall påföljd bestämmas då en person som redan är dömd för ett eller flera brott skall dömas för ny brottslighet?		
Nivå 2.1	Straffmätning		Val av påföljd
	Abstrakt	Konkret	
Nivå 3	Hur skall verkställighet ske då flera påföljder utdömts och verkställigheten av dem aktualiseras samtidigt?		

1.2.3 Premisser för konkurrens

Anpassat till den straffrättsliga disciplinen kan vi karaktärisera konkurrens som att:[47]

(1) Ett eller flera fall skall bedömas i en tillämpningssituation[48]
(2) Samtliga fall rör samme person[49]
(3 Flera straffbud är tillämpliga på ett individuellt fall *eller* samma straffbud är tillämpligt på flera fall *eller* flera straffbud är tillämpliga flera individuella fall
(4) Det är möjligt att tillämpa reglerna kollektivt[50]

Ovan noterades att det förhållandet att olika rättsföljder skall utdömas i en tillämpningssituation i sig inte är tillräckligt för att man skall tala om en konkurrenssituation. Av denna anledning kan man ifrågasätta varför det uppstår konkurrens om olika regler skall tillämpas på olika fall och det enda som binder dem samman är det faktum att de avser påföljder för brott.

Att någon begått flera brott för vilka det är föreskrivet olika rättsföljder är ju egentligen inte konstigare än att någon t.ex. i ett civilmål på olika grunder yrkar ersättning i två fall av en annan person. Om käromålet vinner bifall i sin helhet och svaranden förpliktas utge X kr på grund av det första yrkandet och Y kr på grund av det andra yrkandet, kommer domen

[47] De angivna premisserna kan jämföras med av Frändberg uppställda (tänkbara) konkurrensförutsättningar, se Frändberg 1984 s. 103 ff.

[48] En terminologisk anmärkning kan här göras rörande Frändbergs användning av uttrycket *realkonkurrens*, såsom en benämning av konkurrens som involverar flera fall, se Frändberg 1984 s. 103 ff. och 110. Denna användning överensstämmer inte med gängse användning av detta uttryck inom straffrätten. Beträffande terminologin jfr bl.a. Jareborg 1995 s. 162 f.

[49] Att konkurrensfrågor inom straffrätten uppkommer endast då olika fall eller regler konkurrerar i en tillämpningssituation avseende en person torde vara allmänt accepterat. Jfr dock att på vissa andra rättsområden torde det inte finnas något krav på att det skall vara fråga om en och samma part för att man skall kunna tala om en konkurrenssituation.

[50] Denna premiss inbegriper vad som ovan har beskrivits som logiskt möjligt (dvs. reglernas rättsföljdsmodaliteter är inte oförenliga) varvid reglerna således kan tillämpas samtidigt på ett efterlevbart sätt. Detta krav på "att det skall vara möjligt att tillämpa reglerna" torde täcka Frändbergs särskilda konkurrensförutsättning "att de alternativa rättsreglernas rättsföljder (normtemata) är kommensurabla", vilket är uppfyllt om rättsföljderna är mätbara och går att översätta till varandra. Jfr Frändberg 1985 s. 106. Vid straffrättslig konkurrens är detta aldrig något problem eftersom alla straffbud i vilka domaren åläggs att utdöma straff följer en angiven straffskala. Straffskalan anger såsom straff endast böter och fängelse, vilka kan omvandlas enligt vissa förhållanden, se t.ex. BrB 25:8, 26:2 st. 3, Bötesverkställighetslagen (1979:189) § 15. Angående omräkningsförhållandet, se NJA 1989 s. 12. Att straff sedan får ersättas med andra påföljder ändrar inte det förhållandet att de i straffskalan angivna straffen är jämförbara.

att innehålla två rättsföljder som på detta sätt sammanträffar. Rättsföljderna är vidare kommensurabla (utmätta i samma enhet). Det förefaller vara osannolikt att man i ett sådant civilmål skulle tala om att domstolen står inför en konkurrenssituation i målet.[51]

Vad som gör det naturligt att säga att en konkurrenssituation uppstår i motsvarande straffrättsliga situationer – då flera regler skall tillämpas kollektivt på flera olika fall – är att principen om gemensamt eller kollektivt straff förutsätter att rättsföljderna skall bedömas i ett sammanhang. Detsamma gäller för de s.k. iterativa tillämpningssituationerna, då en annan tillämpningssituation (en tidigare dom) som aktualiseras kan påverka påföljdsbestämningen i det aktuella fallet.[52] Om en person t.ex. dömts av en domstol till en påföljd och därefter döms för ett nytt brott begånget före den första domen eller innan påföljden till fullo har verkställts, skall reglerna i BrB kap. 34 tillämpas. I båda dessa situationer uppstår konkurrensproblem.

Att det finns särskilda regler som anger att vissa fall (behandlade i samma eller olika tillämpningssituationer) skall beaktas vid påföljdsbestämningen gör att det blir naturligt att uppmärksamma konkurrensförhållandet. Jag tror emellertid inte att det är en nödvändig förutsättning att det finns explicita bestämmelser om gemensam tillämpning för att konkurrens skall uppstå. I situationer där flera yrkanden förekommer i samma käromål (avseende t.ex. betalning enligt flera olika fordringar eller utomobligatoriskt skadestånd på olika grunder) kan man säga att konkurrens föreligger. Att konkurrenssituationen inte särskilt uppmärksammas beror på att lösningen på konkurrensproblemet är uppenbart. Yrkandena skall behandlas vart för sig och om talan bifalls, skall svaranden föreläggas att utbetala yrkat belopp utan att speciell hänsyn tas till att det handlar om olika yrkanden. Stöd för denna ståndpunkt hittar vi hos Larenz, som anger såsom exempel en situation där skadeståndsskyldighet uppkommer på två alternativa grunder, vilka föreskriver samma rättsföljd. I dessa situationer "ist die Konkurrenz problemlos".[53]

De för straffrätten väsentliga lagrummen som anger att konkurrensfrågor avseende påföljdsbestämningen kommer att aktualiseras är dels BrB 30:3 (med följdlagstiftning) som anger en huvudregel innebärande att den som döms för mer än ett brott normalt skall ådömas *en* påföljd, dels reglerna i BrB kap. 34 som anger att tidigare domar i vissa fall skall beaktas vid ny påföljdsbestämning. Att det sedan finns undantag till dessa regler ändrar inte att det (från början) blir fråga om en konkurrenssituation.

[51] Jfr Frändberg 1984 s. 103 f.
[52] Se Frändberg 1984 s. 87 f.
[53] Larenz 1991 s. 266.

1.2.4 Några terminologiska anmärkningar

Avhandlingens titel och undersökningsobjekt fordrar att vissa terminologiska klarlägganden görs. Jag har i det föregående valt att benämna de olika problemkomplexen inom konkurrensläran brottslighetskonkurrens respektive påföljdskonkurrens.

Synonymt med konkurrens används i straffrättsligt språkbruk ofta uttrycket "sammanträffande av brott" (samt i vissa fall "sammanträffande av straff").[54] Vad som avses med dessa uttryck är emellertid långt ifrån klart. Med sammanträffande av brott kan *dels* förstås en slutsats att brottsflerhet föreligger, *dels* ett indicerande att omständigheterna i det enskilda fallet medger att fallet kan bedömas som flera brott. En genomgång av befintlig äldre och modernare litteratur utvisar en rad olika bestämningar.

Humbla definierar sammanträffande av brott (concursus deliktorum) som situationen då:

> "flera af samma person begångna brott blifva på en gång föremål för samma domstols dom".[55]

Bestämningen förutsätter sålunda att det är utrett att gärningsmannen skall dömas för flera brott, dvs. att vad jag ovan har kallat brottskonkurrens föreligger och att konkurrensen ligger på påföljdssidan. Med uttrycket att brotten skulle blir föremål för "samma domstols dom" begränsar emellertid Humbla sammanträffande av brott till den situationen att en och samma domstol samtidigt skall bestämma straff för brotten.

Hagströmer ansåg Humblas uppfattning vara förlegad avseende kravet på gemensam dom och diskuterade i sin framställning olika (då moderna och äldre) betydelser av sammanträffande av brott samt olika alternativa benämningar.[56] Han likställde sammanträffande av brott med "brottskonkurrens" och valde att avgränsa definitionen till:

> "det fall, då en flerfaldig brottslighet ligger en person till last".[57]

[54] I tysk rätt talas ibland om *Zusammenlaufen* som en synonym till *Konkurrenz*, se bl.a. Roxin 2003 s. 797.

[55] Humbla 1851 s. 1.

[56] Hagströmer 1901–1905 s. 611 ff.

[57] Se Hagströmer 1901–1905 s. 612. Bergström använder en liknande definition, nämligen "då en och samma person samtidigt är förfallen till straff för flera förbrytelser", se Bergström 1923 s. 447. Wetter likställer sammanträffande av brott med brottskonkurrens, dvs. att flerfaldig brottslighet samtidigt ligger en gärningsman till last, se Wetter 1932 s. 151.

Hagströmers begreppsbestämning överensstämmer med Humblas i så måtto att de båda uttrycker en slutsats, nämligen att brottsflerhet föreligger. I likhet med Humbla är sammanträffande av brott detsamma som att gärningsmannen skall straffas för flera brott.

En liknande uppfattning möter man hos Thyrén som visserligen gör en skarp åtskillnad mellan sammanträffande av brott och sammanträffande av straff, men med det förstnämnda uttrycket avser

> "alla fall, där två (eller flera) av samma person förövade brott komma under samma lagföring eller skola rekonstruktionvis så bedömas".[58]

Sammanträffande av straff omfattade de fall:

> "då en brottsling, som blivit dömd för ett brott, därefter, innan straffet blivit till fullo verkställt, förövar ett annat".[59]

Thyrén utkristalliserar från sammanträffande av brott således endast ett av de fall av vad jag ovan har benämnt påföljdskonkurrens, nämligen då ny brottslighet (återfall) aktualiseras efter att en person redan har dömts för viss brottslighet.

Innebörden i Hagströmers och Thyréns definitioner av "sammanträffande av brott" är betydligt mer vidsträckta än det jag ovan har kallat brottslighetskonkurrens. Deras definitioner inrymmer samtliga konkurrenssituationer som kan uppkomma då ett nytt brott begås innan ett (tidigare) straff till fullo verkställts. Med deras definitioner kommer sammanträffande brott att omfatta åtskilligt av vad som med min ovanstående klassificering sorterar under uttrycket sammanträffande av påföljd (påföljdskonkurrens) samt dessutom delar av vad jag ovan har kallat verkställighetskonkurrens.

Även Agge ger uttrycket sammanträffande av brott en vidsträckt betydelse. Det bör dock noteras att Agge formulerar sin definition utifrån antagandet att flerfaldig brottslighet ligger den dömde till last.

Sammanträffande av brott innefattade tre huvudfrågor, nämligen:

> "1. När föreligger enkel och när flerfaldig brottslighet och vilka former kan den senare taga?
> 2. När skola brotten bestraffas vart för sig och när skall i bestraffningshänseende en s.k. konkurrens etableras mellan brotten?
> 3. Vilka särskilda bestraffningsregler gälla för olika konkurrensfall?"[60]

[58] Thyrén 1916 s. 11.
[59] Thyrén 1916 s. 11 f. Jfr vidare SOU 1923:9 s. 356 ff. samt 394 ff.
[60] Agge 1952 s. 53.

I modernare litteratur har uttrycket kommit att användas i mindre utsträckning, dock utan att det har bildats någon enhetlig uppfattning om vad det avser. Strahl anger att:

> "Om en domstol samtidigt har att döma över flera brott, säges dessa brott sammanträffa eller, med ett i juristspråket brukat uttryck, konkurrera. Detta är mycket vanligt. I 1:6 ... föreskrives såsom huvudregel, att det, om någon skall dömas för flera brott, skall dömas till gemensam påföljd för brotten."[61]

Av Strahls formulering framgår att "sammanträffande av brott" är detsamma som konkurrens. Det är något oklart om Strahl med uttrycket "har att döma över" avser frågor *hur* domstolen skall hantera tillämpningssituationer där domstolen skall döma över flera brott eller om uttrycket avser frågan *huruvida* domstolen skall döma för flera brott. Strahl uppmärksammar dock att i vart fall nuvarande reglering i BrB kap. 34 inte avser sammanträffande av brott utan istället sammanträffande av påföljder.[62]

Jareborg, som har introducerat de ovanstående begreppen brottslighetskonkurrens och påföljdskonkurrens, använder sammanträffande av brott som en synonym till straffrättslig konkurrens och anger att sådan föreligger om:

> "en domstol ställs inför frågan, om den skall döma över flera brott förövade av viss gärningsman."[63]

Därefter delar han upp konkurrensfrågor i konkurrens mellan brott och påföljdskonkurrens.[64] Skillnaden man kan notera mellan Strahl och Jareborg är att emedan Strahl tycks utgå från *att* brottsflerhet föreligger, betonar Jareborg att domstolen skall besvara frågan huruvida den skall döma över flera brott, dvs. frågan *om* brottsflerhet föreligger.

En kort jämförelse med norsk och dansk rätt påvisar uppenbara likheter. I dansk rätt talas om *sammenstød af straffe* när en person som efter en tidigare dom – men innan straffet till fullo har verkställts – döms för

[61] Strahl 1976 s. 410.
[62] Strahl 1976 s. 411.
[63] Jareborg 2001 s. 430.
[64] Det är något oklart om Jareborg härmed menar att sammanträffande av brott är en övergripande beteckning för all straffrättslig konkurrens. Det skall emellertid framhållas att Jareborg i sina arbeten inte begagnar sig av uttrycksformen "sammanträffande av" annat än parentetiskt som en synonym till konkurrens.

brott till nytt straff.[65] Detta motsvarar vad jag ovan har kallat iterativa tillämpningssituationer och förutsätter att lagföringen sker vid olika tillfällen. När någon samtidigt skall dömas för flera brott talas om *sammenstød af forbrydelser*, vilket närmast kan översättas med samanträffande av förbrytelser (eller brott).[66] Andenæs anger att man i norsk rätt talar om *sammenstøt av forbrytelser* (realkonkurrens) när:

> "den tiltalte i en straffesak har flere forgåelser å svare for som nå kommer till pådømmelse under ett".[67]

Av sammanhanget framgår att detta handlar om den situationen att domstolen skall avgöra huruvida den tilltalade skall dömas för ett eller flera brott.[68] I ett senare sammanhang rörande bestämmelser om gemensamt straff vid påföljdsbestämning används uttrycket *sammenstøt av forbrytelser* för den situationen att den tilltalade skall dömas för flera brott.[69]

Uppenbarligen har innebörden av uttrycket sammanträffande av brott och liknande uttryck inte varit föremål för någon homogen uppfattning under historiens gång. Sammanträffandet har bland vissa författare relaterats till tidpunkten då brotten bedöms. Hos andra författare hänförs uttrycket till frågan huruvida det är rättsreglernas rättsfaktum- eller rättsföljdssida som orsakar sammanträffandet. Likaså har vissa författare i sin definition utgått från förhållandet *att* brottsflerhet föreligger, medan andra uppmärksammat att frågan gäller *om* brottsflerhet föreligger eller inte.

Lagstiftaren har emellertid – med vissa språkliga förändringar – konsekvent behållit den i 1864 års SL introducerade rubriken "om sammanträffande av brott och förändring av påföljd" för BrB kap. 34, vilket behandlar de konkurrenssituationer som uppstår då någon som redan är dömd skall dömas för annan brottslighet. I dessa situationer är det redan klarlagt att brottsflerhet föreligger.

[65] Sammenstød af straffe ingår som en del i det vidare begreppet *sammenstød af strafferetlige sanktioner*, vilket omfattar andra påföljder än frihetsberövande eller böter, se Greve 2003 s. 473.

[66] Waaben 1993 s. 95. Det skall noteras att när Waaben därefter går in på de olika klassificeringarna av sammenstød af forbrydelser (konkurrence) sker detta med utgångspunkt i vad som ovan har kallats brottslighetskonkurrens. Denna form av konkurrens syftar emellertid till att utreda om det föreligger ett eller flera brott. Man kan inte rimligen avgöra *hur* någon skall dömas för flera brott (sammenstød af forbrydelser) förrän frågan *om* någon överhuvudtaget har begått flera brott har avgjorts. Jfr Waaben 1993 s. 95 ff.

[67] Andenæs 2004 s. 365.

[68] Andenæs 2004 s. 365 ff. samt Røstad 1993 s. 265 ff.

[69] Andenæs 2004 s. 447.

På grund av det anförda finns anledning att göra vissa påpekanden. Begreppen, eller termerna, "konkurrens" och "sammanträffande av" har som ovan visats inte behandlats på ett konsekvent sätt. Förklaringen till att viss begreppsförvirring råder är flera. En sådan torde vara att man tidigare inte hade en lika utvecklad lära om brottslighetskonkurrens som den som finns idag. De flesta konkurrensproblemen behandlades som påföljdskonkurrens och eftersom få brottsliga gärningar hade konsumerats på planet för brottslighetskonkurrens, blev det naturligt att anse att det var brotten som konkurrerade på planet för påföljdskonkurrens.

Vidare skiljer man inte tydligt mellan vad det är som konkurrerar (vilket delvis kan förklaras med den tidigare uppfattningen om att konkurrensfrågor skulle lösas vid påföljdsbestämningen). Som jag ser det kan konkurrensproblem definieras utifrån

(1) vad det är som konkurrerar, eller
(2) vad konkurrensen gäller.

Den förstnämnda indelningsgrunden bygger på att man sorterar konkurrensproblem utifrån de *faktorer* som påverkar bedömningen (t.ex. "gärningar" eller "regler"). Den andra indelningsgrunden av konkurrens utgår istället från *föremålet för konkurrensen*, dvs. vad konkurrensfrågan skall utmynna i (t.ex. om ett händelseförlopp utgör ett eller flera brott, vilket straff som skall följa på flera brott etc.).

Båda dess indelningsgrunder är naturligtvis möjliga när man skall bestämma en adekvat terminologi. Vad som emellertid försvårar en renodlad terminologi i enlighet med denna dualism är dels att vissa termer och uttryck är vedertagna sedan länge i doktrin och förarbeten, dels att det finns ett behov att hålla konkurrensläran någorlunda lättfattlig och konsekvent.

Vidare måste uppmärksammas att det – som framgått – existerar två parallella beteckningar på den konfliktsituation som nu är aktuell. Om "konkurrens" och "sammanträffande av" är synonyma uttryck, så borde en likartad systematik användas. Detta skulle ge följande resultat för respektive uttrycksform:

SYSTEMATISERING AV KONFLIKTEN:

	Utifrån vad det är som konkurrerar	**Utifrån vad konkurrensen avser**
Plan 1	Gärnings-/regelkonkurrens	Brottslighetskonkurrens
	Sammanträffande av gärningar och regler	Sammanträffande av brott
Plan 2	Konkurrens mellan straffmätning och påföljdsbestämningsregler (vilket kan omfatta vissa fall av verkställighets-konkurrens när det avser vissa iterativa konkurrenssituationer)	(Slutlig) Påföljdsbestämnings-konkurrens[70]
	Sammanträffande av olika straff och påföljder	Sammanträffande av påföljdsbestämning

Ingen av kolumnerna representerar någon använd eller etablerad terminologi. Enligt min uppfattning är det av praktiska skäl tillrådligt att begränsa introduktionen av nya termer om de inte fyller någon särskild funktion. Konkurrensläran är så komplicerad att den kräver en stringent och enhetlig terminologi för att möjliggöra och underlätta undersök-

[70] Jag har här angivit att konkurrensen avser *påföljdsbestämning*, och inte endast påföljd, eftersom det teoretiskt sett är möjligt att bestämma påföljd för respektive brott. Vad konkurrensen slutligen skall utmynna i är en påföljdsbestämning för de olika brotten som gärningsmannen döms för. Denna form av konkurrens omfattar även de iterativa tillämpningssituationerna. Uttrycket "slutlig" syftar här på att en tidigare utdömd påföljd kan komma att förändras i ett senare skede och uppgå i en påföljd av annan art. Den förblir slutlig till dess den till fullo har verkställts eller till dess en ny iterativ tillämpningssituation aktualiseras. Termen påföljdsbestämningskonkurrens är normalt förbehållen konkurrensfrågor med anknytning till påföljdsbestämning. I regleringen i BrB kap. 34 ingår dock flera bestämmelser som behandlar konkurrens mellan verkställighet av olika påföljder. För att skilja mellan dessa nivåer kan man uppställa *påföljdsbestämningskonkurrens* och *verkställighetskonkurrens* som undergrupper till *påföljdskonkurrens*.

ningar, tillämpning och jämförelser. Att byta namn på situationer som tidigare betecknats på ett annat sätt gagnar inte behovet av enkelhet, klarhet och konsekvens.

Ett alternativ är därför att man accepterar att terminologin med brottslighets- respektive påföljdskonkurrens är någorlunda vedertagen och behåller denna.[71] Dessa två större problemkomplex systematiseras således utifrån vad konkurrens gäller, dvs. brottslighet eller påföljd. När det därefter gäller de olika undergrupperna av konkurrensproblematik, inom de olika övergripande problemkomplexen, kan termerna gärnings- respektive regelkonkurrens användas.

Systematiken och terminologin rörande konkurrens bygger här på vad det är som konkurrerar. Jag kan inte se att det är inkonsekvent att på undernivåerna terminologiskt namnge konkurrensproblemen utifrån vad det är som konkurrerar samtidigt som de övergripande problemkomplexen betecknas utifrån vad det är konkurrensen avser att besvara. Eftersom konkurrensformerna på undernivåerna sorterar under den mer övergripande brottslighetskonkurrensen är det närmast klargörande att på respektive nivå ställa sig frågan vilka faktorer det är som bidrar till att konkurrens (om resultatet) uppkommer.

Däremot skulle en betydande klarhet kunna åstadkommas genom att man upphör med att använda det synonyma uttrycket "sammanträffande av brott". Denna del av konkurrenslärans terminologi framstår som otidsenlig, och är dessutom inkonsekvent tillämpad. Det råder ingen överensstämmelse vad gäller valet av storheter i modern och äldre litteratur. Därtill kommer att rubriken på BrB kap. 34 ("Vissa bestämmelser om sammanträffande av brott och förändring av påföljd") hänför sig till en form av konkurrens som av flera författare anses utgöra sammanträffande av påföljder och inte av brott. Inte heller har det visat sig att uttrycket "sammanträffande av brott" alltid i sin helhet skall förstås som detsamma som brottslighetskonkurrens, varför det kan ifrågasättas om uttrycken överhuvudtaget är synonyma. Lokutionen "sammanträffande av" förkommer så gott som aldrig i nutida doktrin eller moderna rättskällor.

Jag kan därför inte se några nackdelar med att detta uttryckssätt (eller denna terminologi) sorteras ut. Enligt min uppfattning är det endast förvirrande att tala om sammanträffande av brott om man i själva verket avser att någon är förfallen till straff för flera gärningar. Brotten samman-

[71] Det torde däremot vara mindre lämpligt att, såsom Jareborg numera gör, benämna vad jag ovan har kallat brottslighetskonkurrens för "konkurrens mellan brott", eftersom det noga taget är frågan om konkurrens *mellan* gärningar eller regler. Däremot gäller konkurrensen resultatet (dvs. omfattningen på brottsligheten), varför "brottslighetskonkurrens" är mer med systematiken överensstämmande, jfr Jareborg s. 430.

träffar (eller konkurrerar) inte på annat sätt än att de utgör grund för att utdöma straff i en tillämpningssituation. Märk väl att lagföringen inte behöver ske samtidig. När brottsligheten varken sammanträffar på ett logiskt eller konkret plan, utan den enda sammanhållande faktorn mellan brotten är att påföljdsbestämningen påverkas av att det är fråga om flerfaldig brottslighet, är det mer klargörande att tala om påföljdskonkurrens eftersom det är just ådömandet av påföljd för respektive brott som sammanträffar. Jag kommer fortsättningsvis inte att använda mig av uttrycksformen "sammanträffande av" annat än undantagsvis.[72]

Som en slutsats av det anförda finns det anledning att ifrågasätta om de konkurrenssituationer som behandlas i BrB kap. 34 utgör sammanträffande av brott samt om detta är en i övrigt adekvat rubrik. Enligt min uppfattning finns det goda skäl att ändra kapitelrubriken.

1.3 Lösningar på konkurrensproblem

1.3.1 Inledning

Om nu konkurrens innebär att det är möjligt att på ett efterlevbart sätt tillämpa flera regler på ett eller flera fall, så kvarstår frågorna hur detta *kan* ske samt om det *bör* ske. Vad vi nu är intresserade av är hur konkurrensproblemet skall lösas, dvs. dels hur de olika möjliga lösningarna ser ut, dels vilka skäl som avgör huruvida det är *lämpligt* att tillämpa reglerna kollektivt.

Om det är fråga om regelkonkurrens har vi att göra med ett fall och flera regler. Vid en undersökning av de begreppsliga förhållandet mellan reglerna är man främst intresserad av de olika reglernas rättsfaktumsidor. Oavsett om relationerna mellan dessa skall beskrivas som *identitet, inskränkning* (subsidiaritet), *disjunktion* eller *interferens*, löser inte detta frågan vad som utgör en lämplig lösning på konkurrens.[73] Man måste skapa hjälpregler eller principer för att avgöra vad som är lämpligt.[74]

[72] Eftersom denna terminologi förekommer i framförallt äldre litteratur är det nödvändigt att i vissa situationer begagna den. Med hänsyn till att jag ovan karaktäriserat brottslighetskonkurrens som en konflikt mellan regler rörande brott, där konkurrensproblemet avser att besvara hur många brott någon skall dömas för, är det lämpligt att fortsättningsvis förbehålla uttrycket *sammanträffande av brott* för dessa situationer. På motsvarande sätt skulle – den visserligen inte lika vedertagna – lokutionen *sammanträffande av påföljd (straff)* kunna användas synonymt med påföljdskonkurrens.

[73] Angående de använda termerna på de fyra mängdteoretiska relationer mellan brottens rättsfaktumsdior, se Frändberg 1984 s. 86 ff.

[74] Logiska konstruktioner och deduktiva metoder är nyttiga för att analysera ett rättsområde. Det bör dock noteras att de endast i begränsad utsträckning kan lösa problem, se bl.a. MacCormick 1978 s. 65 ff. och Andersson 2003 s. 15.

På samma sätt förhåller det sig när man har att göra med flera konkurrerande fall som skall tillämpas på flera regler (dvs. både regel- och fallpluralism). I dessa situationer behöver inte reglernas tillämpningsområde överlappa varandra överhuvudtaget. Tvärtom torde det vanligaste vara att de tillämpliga reglernas rättsfaktummängder är disjunkta.[75] Vad som konkurrerar är istället reglernas rättsföljder.[76] Ett exempel på en sådan situation är t.ex. att någon i en tillämpningssituation (i två olika fall) skall dömas för misshandel respektive stöld. Straffbudens rättsfaktumsidor har inget gemensamt. Däremot skall domstolen enligt respektive regel utdöma ett straff.

Gemensamt för dessa situationer är att reglerna tillämpade var för sig på respektive fall inte medför någon konflikt. Men när straff skall utdömas måste domstolen ta ställning till hur straff skall bestämmas för flera brott. I alla straffrättssystem som använder sig av gemensamt eller kollektivt straff har principer utvecklats för hur flerfaldig brottslighet skall behandlas. Oftast – men inte alltid – leder en kollektiv tillämpning av reglerna till ett för gärningsmannen lindrigare resultat jämfört med om respektive fall hade bedömts var för sig och straffen därefter kumulerats oberoende av varandra.

Vad som således måste etableras är principer för hur konkurrensproblem skall lösas i rättstillämpningen. Inte sällan försummas detta i samband med lagstiftningsarbete (främst i samband med kriminalisering). Istället utvecklas principer i praxis eller doktrin. Det torde utan tvekan kunna sägas att inom straffrätten har lagstiftaren, sedan lång tid tillbaka, ägnat mest uppmärksamhet åt de lösningsanvisningar och principer som avser lösandet av de konkurrenssituationer som kan hänföras till frågan hur påföljd skall bestämmas när någon skall dömas för att ha begått mer än ett brott.[77]

[75] Med rättsfaktummängd avses att varje rättsregel utifrån de angivna rättfakta (rekvisiten) har en mängd situationer där regeln vid en given tidpunkt enligt sina rättsfakta är tillämplig, se Frändberg 1984 s. 85 f. och Frändberg 1973 s. 92 ff.

[76] Jakobs 1983 s. 752.

[77] Lagreglering för denna typ av konkurrensproblem har funnits åtminstone sedan införandet av 1864 års SL kap. 4. Problematiken var emellertid uppmärksammad långt tidigare. Hemmer anger att vissa former av begränsad kumulation vid straffmätning av bötesbrott funnits ända sedan landskapslagarna, se Hemmer 1934 s. 768 ff. Se även Humbla 1851 s. 4 ff., Tablå 1841 s. 53 ff., Förslag till Straffbalk 1844 s. 11 ff. Lagstiftning rörande påföljdskonkurrens finns i BrB 25:5–6, 26:2, 30:3 och kap. 34. Lagstiftning angående brottslighetskonkurrens förekommer endast undantagsvis och då i form av s.k. subsidiaritetsklausuler.

1.3.2 Möjligheter och principer

Rent logiskt finns det tre möjligheter att hantera en konkurrenssituation. En *första* möjlighet är att man låter samtliga konkurrerande regler vara tillämpliga fullt ut. En *andra* möjlighet består i att man gör ett urval bland de tillämpliga reglerna och endast tillämpar en av dem. En *tredje* och sista möjlighet består i att man underkastar samtliga konkurrerande regler någon form av modifikation vad avser deras tillämpningsomfång eller faktiska tillämpning; dvs. man uppställer en särskild reglering för lösandet av konkurrenssituationen.[78]

Utifrån dessa tre möjligheter har inom konkurrensläran framvuxit motsvarande antal lösningsprinciper (vilka förekommer i ett flertal olika varianter). Jag kommer fortsättningsvis att kalla lösningarna för **kumulation**, **absorption** samt **asperation**. Termerna utgör en beteckning på de tre logiska möjligheterna som står till buds.[79] Denna terminologi ansluter till de lösningsprinciper som används vid lösningar av olika former av påföljdskonkurrens. Som kommer att framgå nedan har dessa möjligheter formulerats som lösningsprinciper. I andra sammanhang används en terminologi med *kumulation*, *urval* och *modifikation*.[80] Skillnaden är endast terminologisk.

Här måste något sägas om förhållandet mellan möjligheter och principer. De logiskt möjliga lösningarna är som sagts ovan kumulation, absorption och asperation. Vad som kvarstår att utreda är hur dessa möjligheter blir lösnings*principer*? Övergången från möjlighet till princip förutsätter att något inledningsvis sägs om vad som utmärker en princip.

Det finns en nästintill oöverskådlig litteratur rörande principer, deras innehåll, vad som karaktäriserar principer, hur principer skiljer sig från

[78] Se Frändberg 1984 s. 111 och 116. Han vidareutvecklar innebörden av denna lösning såsom "(1) att de individualiserade rättsföljderna kumuleras och (2) att därefter en större eller mindre subtraktion (jämkning) av totalsumman företas".

[79] Se Löfmarck 1974 s. 25 och Jareborg & Zila 2000 s. 124. I tysk används motsvarande terminologi vid konkurrens rörande påföljdsbestämningsregler. Se t.ex. Jescheck & Weigend 1996 s. 707 ff., Jakobs 1983 s. 712, Geerds 1961 s. 327, 339 f. och 452 ff., Wessels 1988 s. 243, Bringewat 1987 s. 117 f. samt Streng 2002 s. 270 f. Därutöver förekommer benämningar såsom t.ex. *Kombinationsprinzip* för att beteckna situationen att en huvudprincip om absorption delvis har modifierats, se Streng 2002 s. 270, Wessels 1988 s. 243, Jescheck & Weigend 1996 s. 724 och Jakobs 1983 s. 712, och *Exklusionsprinzip*, vilket avser situationen där olika lösningar av regelkonkurrens utesluter tillämpningen av ett straffbud, se Jakobs 1983 s. 712.

[80] Frändberg 1984 s. 115 f. Jag anser den av Frändberg använda terminologin vara mest neutral när det gäller att beteckna de olika logiska möjligheterna. Emellertid används i påföljdssammanhang reglermässigt termerna kumulation, absorption och asperation, varför jag fortsättningsvis (huvudsakligen) kommer att använda de sistnämnda i syfte att inte skapa missförstånd.

regler etc. Möjligheten att sammanfatta, jämföra och kritisera de framförda åsikterna försvåras av att *olika* författare talar om *olika* typer av principer på *olika* områden. Jag kan i det följande endast i korthet beröra min syn på vad jag tror att vi menar när vi talar om principer.

Av intresse i denna framställning är rättsliga principer. Dessa är uteslutande normativa. Normativa principer kan finnas uttryckta i lagtext eller vara okodifierade och kan användas i den rättsliga argumentationen, varvid de normalt återfinns i rättsvetenskapliga framställningar, i förarbeten eller i sammanställningar av praxis. Principerna fungerar som ett slags vägledning för hur man *bör* göra i en viss situation. Normativiteten hänför sig till det nödvändiga i att företa en värdering av de goda skäl som finns för att tillämpa principen och handla i enlighet med ett föreskrivet handlingsmönster. Den modala termen "bör" anger den relativa styrkan av skälen för att följa det angiva handlingsmönstret. Att man "bör" göra X, betyder ungefär detsamma som att "det finns goda skäl att göra X om man vill uppnå Y".[81] Y representerar här syftet eller målet med att uppställa handlingsmönstret. Principen uttrycker följaktligen en utsaga om vad man bör göra och utgör således en utsaga om vad det finns skäl att göra.

Varför man bör handla på ett visst angivet sätt styrs av olika skäl.[82]

[81] Se bl.a. Jareborg 2003b s. 142 och Raz 1975 s. 28 f. Som Raz framhåller finns utrymme för att säga att "bör" är logiskt likvärdigt med "det finns skäl att", men att detta inte innebär att dessa uttryck är synonyma. Skillnaden visar sig dock på ett annat plan än det som är relevant för analys av normer och argumentation. Se närmare Raz 1975 s. 28 ff.

[82] Raz har enligt min uppfattning på ett klargörande sätt analyserat olika typer av skäl som är relevanta i praktisk argumentation (inklusive juridisk argumentation). Han utskiljer inledningsvis operativa skäl (*operative reasons*) som avser skälen för eller emot att göra något i relation till olika värden, intressen eller begär. Vid sidan av dessa finns särskilda hjälpskäl (*auxiliary reasons*) som bidrar till att rättfärdiga ett handlande, vilka inte – i sig – fungerar som ett skäl att göra något. Till sist skiljer han de nu nämnda skälen från en tredje typ av skäl, vilka har den funktionen att man avstår från att utföra en avvägning mellan skälen för eller emot att göra något. Istället grundar man sitt handlande på ett skäl som anger att man bör följa det föreskrivna handlingsmönstret och avstå från att göra en avvägning. Raz kallar dessa *exclusionary reasons*. Regler, principer och tumregler är exempel på den sistnämnda formen av skäl. De utgör en empirisk generalisering av vad man bör göra i vissa föregivna situationer. Med detta är inte sagt att dessa skäl är bättre än operativa skäl eller hjälpskäl. Däremot är det nödvändigt att uppmärksamma denna indelning om man skall förstå juridisk argumentation. Se närmare Raz 1975 s. 33 ff. och s. 58 ff. Angående principers funktion som handlingsskäl, se även Raz s. 227. Ett argument mot Raz indelning är att den endast är användbar då argumentation analyseras *i efterhand*. Precis som uppställandet av syllogismer, kan Razs modell för praktisk argumentation endast fungera vid en retrospektiv analys, varvid *den rättfärdigande aspekten* bakom norm- eller regeltillämpning påvisas. Angående syllogismers retrospektiva och rättfärdigande funktion, se närmare Tuori 2002 s. 140 ff., Golding 1984 s. 12 ff., Zippelius 1971 s. 107 f. och MacCormick 1978 s. 73.

Dessa skäl kan vara olika starka.[83] Det råder stor enighet om att principer har en dimension av vikt eller styrka, vilket innebär att de olika skälen kan viktas emot varandra. Detta visar sig tydligt då flera principer skall tillämpas samtidigt i en tillämpningssituation. Skälen för att följa de olika principerna måste då viktas mot varandra, varvid styrkan av skälen bedöms utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. De modala termerna (skall, bör, kan, får etc.) uttrycker styrkan av skälen som finns för att följa handlingsmönstret.[84] Det skall noteras att med styrka av skälen skall förstås en värdering av skälen för att följa den aktuella normen sedd isolerad. Ställs regeln (eller principen) i relation till andra regler (eller principer), kan skälen viktas på olika sätt.[85]

Vad som nu sagts ger vid handen att rättsliga principer är mycket närbesläktade med rättsregler.[86] En rättslig princip är – på samma sätt som t.ex. en pliktregel – relevant på ett visst (rätts)*område*, innehåller ett angivet *handlingsmönster* [om X, så Y], riktar sig mot en bestämd *adressat* samt har *en deontisk operator* som uttrycker den relativa styrkan av skälen att följa normen.[87] Som angivits ovan relaterar principer till hur man "bör" göra i vissa föregivna situationer.

Vad som skiljer en rättslig princip ifrån en rättslig regel är främst att skälen för att handla i enlighet med dess budskap relativt sett är svagare.

[83] Raz 1975 s. 25 ff.

[84] Jareborg 1974 s. 218, Jareborg 1975a s. 164 ff. samt Mackie 1977 s. 73 ff. Notera här skillnaden mellan om skälen hänför sig till att göra något eller att tro något. I det förra fallet talar man om deontiska modaliteter; I det senare fallet om alethiska modaliteter.

[85] Styrkan av skälen är således relativ i förhållande till andra normer och de värden som ligger bakom dessa även om det får antas vara en presumtion att en regel går före en princip, se Frände 1989 s. 50.

[86] Jfr Dworkin som menar att det finns en *logisk* skillnad mellan regler och principer. Vari denna logiska skillnad närmare består utvecklar Dworkin inte. Flera andra författare anser att skillnaden mellan principer och andra rättsregler består i en gradskillnad och inte en artskillnad, se bl.a. Hart 1997 s. 260 ff. och MacCormick 1978 s. 155.

[87] Det är i juridisk och (rätts)filosofisk litteratur vanligt att man med regel synonymt använder termen *norm*. Som Jareborg visat finns det vissa skäl att upprätthålla en skillnad mellan dessa termer. Se närmare Jareborg 1975b s. 85 och Jareborg 1974 s. 238. Jareborg utgår i sin beskrivning från att såväl regler som principer relaterar till *normer*. Med norm åsyftas (åtminstone beträffande rättsliga normer) endast en i förväg uppställd standard eller ett handlingsmönster för mänskligt handlande. Denna normkonception består i omsatsen av villkoren för regelns tillämpning (the conditions of applications) och i så-satsen av det föreskrivna handlandet (the norm act). Se närmare von Wright 1963 s. 70 ff., Ross 1968 s. 107 och Raz 1975 s. 50. Utöver det beskrivna handlingsmönstret (normen), innehåller en regel en *adressat* (eller normsubjekt), ett *område* på vilket normen är tillämplig samt en *modal term* (eller deontisk operator), genom vilken normen ges. Normen i form av ett i förväg uppställt handlingsmönster blir en regel genom att den förses med en deontisk operator i form av "skall", "kan" eller "bör" (alternativt formulerad i negerad form: "icke-skall", "icke-får", "icke-kan" etc.).

I en avvägning mellan två principer kan den ena principen få vika utan att detta äventyrar principernas ställning som giltig eller del av gällande rätt. Jag kan inte nå någon annan slutsats än att principer utgör en underklass till rättsregler, som utöver val av deontisk operator inte företer några särdrag från andra regler. Dvs. de är en form av rättsregler, där styrkan av de uttryckta handlingsskälen är formulerade såsom en böra-regel.

Nu kan det givetvis finnas en rad olika böra-regler som t.ex. en domare är tvungen att rätta sig efter. I syfte att avgränsa rättsliga principer från andra typer av böra-regler, har olika författare uppställt ett antal olika kriterier. Det gemensamma för dessa är att de formulerar det bakomliggande värde eller ideal som principen eftersträvar och rättfärdigar eller att de förklarar de mer explicita regler som bygger på principerna.[88]

Principer kan således betraktas ur flera perspektiv. Ett flertal rättsregler (som t.ex. straffbud) kan vara förenliga med eller tillsammans bygga upp en princip. Pliktreglerna ses som mer eller mindre konkreta utslag av principen. Samtidigt kan en princip – under förutsättning att den framstår som rationell, rättvis eller önskvärd – bidra med att rättfärdiga och förklara de explicita rättsreglerna.[89] Vad beträffar den rättfärdigande aspekten så kan man, om man t.ex. är oklar över en viss regels berättigande i ett system, ställa sig frågan om regeln går att subsumera under en princip (som i sig utpekar ett värde eller liknande). Om svaret är jakande, har man påvisat att regeln är rättfärdigad. Den förklarande aspekten framgår i två skepnader. Dels kan en princip bidra till att förklara en rättsregels innehåll om man är oklar över hur den skall tolkas, dels kan principen bidra till att

[88] Enligt MacCormick kan principer såväl rättfärdiga ("justify") som förklara ("explain") de mer specifika rättsreglerna i ett rättsystem. Principer är vidare allmängiltiga och relaterar till något önskvärt eller ett eftersträvansvärt värde, se MacCormick 1978 s. 152 och 156. Jareborg poängterar att principer tillgodoser olika syften och att de kan vara "förklarande", "rättfärdigande" eller "systematiserande", se Jareborg 2003b s. 144. Slutligen anger Hart att principer i större eller mindre utsträckning relaterar till något "purpose, goal, entitlement, or value" som ur någon synvinkel anses vara eftersträvansvärt. Han anger vidare att principer generellt sett är "broad, general or unspecific" i den bemärkelsen att andra rättsliga regler exemplifierar rättsprincipens budskap. Härigenom kan ofta ett flertal kodifierade (plikt)regler härledas tillbaka till samma princip, se Hart 1997 s. 260. Jfr dock Raz som tycks vilja uppställa en skillnad mellan normativa principer och värdeprinciper. Jag kan för egen del inte se någon avgörande skillnad dessa emellan, annat än att beträffande värdeprinciper så kommer skälen för varför man bör följa den uppställda normen att stanna vid att det utpekade värdet är önskvärt att beakta (av t.ex. moraliska, etiska eller politiska skäl). Varför detta värde är eftersträvansvärt är en annan fråga. Förmodligen bygger Razs ståndpunkt på att han vill göra en uppdelning mellan å ena sidan *värdeteorier* som behandlar frågan om vilka värden som är goda och värdefulla samt vilka värden som är bättre än andra, och å andra sidan *normativa teorier* som avser att besvara frågan vad man bör göra eller hur man bör handla. Se närmare Raz 1975 s. 31 och 49.

[89] MacCormick 1978 s. 152.

förklara varför regeln är värd att upprätthållas (dvs. utpeka de bakomliggande värden som rättssystemet avser att värna).[90]

En slutsats som vi kan dra av det ovan sagda är att de nu diskuterade lösningsalternativen i konkurrenssituationer egentligen inte uppfyller kriterierna för vad som utgör en rättslig princip. Kumulation, absorption och asperation är främst möjliga *lösningsalternativ*. Man kan givetvis säga att de nu berörda lösningsalternativen är konstruktionsprinciper i den bemärkelsen att de anger hur något förhåller sig till något annat eller genom att de utgör en modell för hur något skall lösas. T.ex. kumulationsprincipen innebär att alla (två eller fler) regler skall tillämpas samtidigt på ett fall etc. Med denna innebörd blir principen främst kausal, varvid den inte ges något direkt normativt innehåll.[91] Det är inte i den nu diskuterade kausala eller konstruktiva bemärkelse som jag fortsättningsvis kommer att behandla principerna. För att i det följande skilja de kausala modellerna från de mer normativa principerna kommer jag att benämna kumulation, absorption (urval) och asperation (modifikation) *lösningsalternativ* när de endast beskriver en konstruktionsmodell för lösning av konkurrensproblem.

Att man bör välja den ena eller andra lösningen följer inte av principerna, utan av de skäl som finns för att välja den ena eller andra lösningen. De är böra-regler, där normens försats inte har fyllts ut. För att de skall uppfylla kriterierna för att vara principer, krävs att man anger under vilka förutsättningar eller villkor som lösningen *bör* väljas.[92] I beskrivningen av konkurrenslärans lösningsprinciper saknar vi försatsen i normen (handlingsmönstret beskrivet enligt modellen "Om X, så Y") samt motiveringen – de goda skälen – till varför denna lösning bör väljas. För att kunna ta reda på vilka dessa skäl är, förutsätts att vi vet vilka syften, mål eller värden som regleringen på området avser att fylla eller uppnå.

Det blir härigenom klart att vi måste undersöka vilka skäl som motiverar att ett lösningsalternativ väljs framför de övriga möjliga. Det väsentliga blir således att på respektive konkurrensområde identifiera, jämföra och värdera de villkor som uppställs för att ett visst lösningsalternativ bör väljas. Härigenom kan vi förhoppningsvis blottlägga varför en viss lösning anses böra väljas och bedöma huruvida systemet är värderingsmässigt koherent. Detta fordrar dock att man undersöker och systematiserar konkurrenslärans anvisningar för hur konkurrens kan och bör lösas.

[90] MacCormick 1978 s. 152 f.

[91] Detta innebär dock inte att en beskriven princip av nu nämnt slag inte har en stark normativ komponent bestående i att ett urval har gjorts vid formuleringen av handlingsmönstret. Angående denna form av principer, se Jareborg 2003b s. 139 f.

[92] Frändberg definierar lösningsprinciper som "de principiella argument varmed val av någon viss lösning bland de möjliga motiveras". Se Frändberg 1984 s. 111.

Hur en konkurrenslösning anvisas beror dels på vilken typ av konkurrensproblem som lösningen avser, dels på var och av vem som lösningen har angivits. I vissa fall kan den finnas i en av lagstiftaren given anvisning. Detta sker vanligtvis genom att det – direkt i lagtexten eller indirekt genom lagstiftningens systematik – anges en bestämd prioritetsordning mellan olika konkurrerande rättsregler.[93] I andra fall har valet av lösningsalternativ överlämnats till rättstillämpningen, vars aktörer utifrån olika överväganden och avvägningar får tolka och lösa konkurrensförhållandet. Slutligen förekommer att lagstiftaren i en särskild reglering anger allmänna regler och principer för hur konkurrenssituationer skall lösas, men att utgången inte är explicit given. Tanken är istället att man i rättstillämpningen med stöd av dessa generella anvisningar skall göra en avvägning mellan olika intressen och hänsyn för att nå en lämplig lösning. Hur denna avvägning utfaller beror ytterst på vilka intressen och hänsyn som är relevanta för det specifika rättsområde där konkurrensen uppkommit.

Ett typexempel på den senare typen av lösningsanvisning återfinns i BrB 30:3 (och därtill hörande följdlagstiftning) samt BrB kap. 34. I dessa fall är det av naturliga skäl allmänna principer för påföljdsbestämning och ideologiska överväganden om straffets syften som blir avgörande för utgången. Men bedömningen kan naturligtvis påverkas även av rent praktiska överväganden.

Det kan inte nog understrykas att vad som uppfattas som "lämpligt" eller "rättvist" – alternativt "onödigt", "obehövligt" eller "orättvist" – är helt avhängigt vilken bestraffningsideologi som ligger till grund för ett straffsystem. Det är här som frågan om vilka värderingar som ligger till grund för konkurrensläran kommer in. Vad som styr den svenska påföljdsbestämningen kommer att diskuteras mer ingående i kapitel 3. Utan att föregripa den diskussionen kan dock konstateras att det oönskade/

[93] Detta gäller främst olika fall av brottslighetskonkurrens. Exempel på sådana direkta hänvisningar inom straffrättslig lagstiftning är de s.k. subsidiaritetsklausulerna, se t.ex. BrB 4:2 ("i annat fall än i 1 § sägs"), BrB 9:8 ("Den som, i annat fall än förut i detta kapitel är sagt"). Indirekta lösningsanvisningar, där det av lagens disposition finns en given preferensordning, är särskilt vanligt förekommande beträffande preciserade (privilegierade och kvalificerade) brottstyper. Stöd för att utesluta vissa konkurrerande brottstyper kan även hämtas från ett allmänt antagande om att reglerna i ett rättssystem utgör ett sammanhängande system som är rationellt uppbyggt och därför motsägelsefritt. Ur detta antagande kan därefter den tidigare nämnda principen om lex specials användas för att ge en mer speciell regel företräde. Se närmare Jareborg 1995 s. 168, Frändberg 1984 s. 112, Löfmarck 1974 s. 63 ff. och Strömholm 1992 s. 372 f. Det förekommer dock att vissa former av direkta lösningsanvisningar på konkurrensproblem rörande påföljdsbestämning ges i lagtext. Ett exempel härpå är att det i BrB 34:2 anges att om den som undergår fängelse på livstid skall dömas för nytt brott (nyupptäckt eller återfall), får endast konsumtionsdom meddelas (absorption).

olämpliga resultatet mycket ofta består i att (en möjlig) kollektiv tillämpning av reglerna skulle leda till en icke avsedd dubbelbestraffning eller i vart fall en bestraffning som inte är förenlig med vissa på området gällande principer eller ändamål.

1.3.3 Åtalsplikt och konkurrens

Det finns till sist anledning att säga något om betydelsen av åtalsplikten för konkurrensläran. I det följande bör man noga skilja mellan åtalspliktens betydelse för brottslighetskonkurrens respektive påföljdskonkurrens.

Ett av de viktigaste skälen till att konkurrensproblem överhuvudtaget uppkommer *i domstol* är att åklagare i Sverige har en (principiell) absolut åtalsplikt för brott som hör under allmänt åtal.[94] Många länder inom den kontinentala rättstraditionen har en bestämmelse om någon form av obligatorisk eller absolut åtalsplikt för åklagare.[95] De många undantagen från en sådan plikt gör emellertid att det kan ifrågasättas hur "absolut" eller "obligatorisk" den egentligen är. Som bl.a. Ekelöf framhåller är denna karaktäristik missvisande eftersom den enda påtagliga skillnad som finns mellan system byggda på absolut respektive relativ åtalsplikt är storleken på utrymmet för åklagare att avstå från åtal enligt de fakultativa bestämmelserna om åtalsunderlåtelse.[96] Frände talar klargörande om att man bör skilja mellan en regelnivå och en principnivå när man diskuterar frågan om absolut och relativ åtalsplikt. När det gäller regelnivån är det helt klart att t.ex. svensk och finsk rätt fastslår en åtalsplikt för åklagare så snart till-

[94] En princip som anger att en åklagare är skyldig att åtala all brottslighet som hör under allmänt åtal anses grundas på den s.k. legalitetsgrundsatsen eller (den processrättsliga) *legalitetsprincipen*. Motsatsvis bygger en ordning där åklagaren råder över processföremålet, och själv bestämmer över vilka brott som skall ingå i åtalet, på den s.k. *opportunitetsprincipen*. Begreppsparet legalitets- och opportunitetsprincipen används allmänt i nordisk doktrin, se bl.a. Ekelöf 1994 s. 118 not 3, Lindström 1999 s. 152 (svensk rätt), Träskman 1980 s. 226 f. (finsk rätt), Andenæs 1989 s. 426 (norsk rätt) och Feldtmann 2003 s. 36 (dansk och tysk rätt). Huruvida denna terminologi är adekvat har ifrågasatts. Om dessa principer utgör grunden för uppbyggnaden av respektive system, så förekommer en rad olika benämningar på åtalsplikten. Flera författare använder begreppsparet *absolut* och *relativ åtalsplikt*, se bl.a. Fitger s. 20:11, Olivecrona 1953 s. 41, Frände 1999 s. 148 samt Träskman 1980 s. 226 f. Ekelöf föredrog termerna *obligatoriskt* och *fakultativt åtal*, se Ekelöf 1994 s. 118.

[95] I bl.a. svensk, finsk och tysk rätt anses legalitetsprincipen vara dominerande. I dessa system är huvudregeln att åklagarna har en absolut åtalsplikt, se bl.a. Fitger s. 20:11, Wersäll 2003 s. 52, Träskman 1980 s. 226, Frände 1999 s. 147 samt Feldtmann 2003 s. 37. Motsatsvis anses norsk och dansk rätt bygga på *opportunitetsprincipen*, se Feldtmann 2003 s. 39 och Matningsdal & Bratholm 2003 s. 612.

[96] Ekelöf 1994 s. 118 not 4.

räckliga skäl härför föreligger. Men som kommer att framgå nedan existerar det regler som stadgar om undantag från åtalsplikten, varför förhållandet måste undersökas utifrån en principnivå.[97]

Detsamma gäller länder som saknar en absolut åtalsplikt på regelnivå. I dansk rätt saknas visserligen ett särskilt stadgande om att åklagaren under vissa omständigheter är skyldig att väcka åtal, men av litteraturen framgår att detta ändock är huvudregeln.[98] Något skönsmässigt eller fritt val att åtala förekommer inte i norsk eller dansk rätt.

Ett mer renodlat opportunistiskt system finns däremot inom den anglo-amerikanska rättstraditionen. Även om åtal väcks så existerar ett system med åtalsförhandlingar (s.k. plea bargaining), vilket ger åklagaren långtgående möjligheter att efter eget skön bestämma åtalets omfattning och utformning. Ett sådant system möjliggör för åklagaren att tillsammans med den misstänkte/tilltalade komma överens om åtalets omfattning samt straffets omfång.[99]

Man gör kanske klokt i att betrakta de ovan diskuterade modellerna som utgångspunkter för frågan avseende i vilken utsträckning åklagaren är skyldig att väcka åtal. Detta hindrar emellertid inte att man uppmärksammar att ett avgörande skäl till varför konkurrensproblem slutligen hänskjuts till domstolar är skyldigheten för åklagare att väcka åtal då tillräckliga förutsättningar föreligger.

De explicita motiveringarna för varför en absolut åtalsplikt bör finnas kan variera. Bl.a. hänvisas till allmänpreventiva skäl genom moralbildning eller upprätthållande av allmän laglydnad och den offentliga maktutövningens integritet gentemot den politiska eller folkliga opinionen. I grunden torde man emellertid bygga på någon form av rättvisekonception, som understryker legalitetsprincipen och har starka implikationer för hur principen om likabehandling skall tillämpas.[100] Om straff bygger på klander och på att lika fall skall behandlas lika, förefaller det vara naturligt att

[97] Se närmare Frände 1999 s. 147 ff.

[98] Åtal skall väckas om "der foreligger fornødent bevis". Åtalsunderlåtelse har undantagskaraktär, se Feldtmann 2003 s. 39.

[99] Angående åtalsförhandlingar, se bl.a. Cressey 1979 s. 144–159, Ashworth 2000 s. 23 ff. och 217 ff., Davies & Croall & Tyrer 1996 s. 200 ff. och Ashworth 1998 kap. 9. Det kan noteras att inom tysk rätt förekommer numera *Absprachen im Strafprozess*, vilket utgör ett i riktning mot plea bargaining orienterat – men mer begränsat – institut. Åklagaren kan i vissa fall tillsammans med den tilltalade inför domstolen bestämma om en begränsning av åtalet i utbyte mot strafflindring. En tilltalad kan t.ex. erkänna ett brott i syfte att förmå åklagaren att avstå från åtal rörande andra gärningar. Härigenom tillåts parterna delvis att påverka straffprocessens omfång. Se närmare Streng 2002 s. 49 och s. 247 ff. Liknande utvecklingstendenser finns i flera länder i Europa idag. Jung behandlar franska och italienska institut liknande det i Tyskland förekommande, se Jung 2004.

[100] Se bl.a. Ekelöf 1994 s. 119 f., SOU 1953:17 s. 127 samt Tirkkonen 1972 s. 749.

åklagaren har en skyldighet att åtala *i samtliga* fall där det föreligger tillräckliga skäl för att väcka åtal. I annat fall måste man besvara frågan varför någon – som bevisligen kan åtalas – skall undslippa rättegång eller varför endast vissa personer skall dömas.

Av RB 20:6 följer att åklagaren skall väcka åtal om det rör sig om brott som faller under allmänt åtal och inte annat är stadgat. Detta säger noga taget inte mer än att åklagaren är skyldig att väcka åtal för *brott* som ligger under allmänt åtal. Den absoluta åtalsplikten är dock i väsentliga avseenden inskränkt.

Inledningsvis bör nämnas de begränsningar som följer av formella förutsättningar för åtals väckande. Med lokutionen i RB 20:6, "*om ej annat är stadgat*", avses de fall där lindrigare brottslighet kan beivras genom strafföreläggande eller ordningsbot istället för genom åtal.[101] I andra situationer framgår av uttrycken i straffbestämmelserna att åklagaren är skyldig att företa en särskild prövning av om åtal är påkallat från allmän synpunkt. Likaså kan det förutsättas att vissa formella förutsättningar är uppfyllda innan en åtalsplikt uppkommer.[102]

Nämnda bestämmelser ger emellertid ingen uttömmande beskrivning av åklagarens åtalsplikt samt hur långt den sträcker sig. Vad som inledningsvis är av intresse är *för vilket eller vilka brott* åtal skall väckas. Av förarbetena till BrB 20:6 framgår att åtal skall väckas "*då åklagaren på objektiva grunder kan motse den misstänktes sakfällande*".[103] Detta ger en antydan om att de måste finnas objektiva skäl som talar i riktning mot en fällande dom. Det nu sagda måste emellertid läsas tillsammans med stadgandet i RB 23:2 enligt vilket det framgår att det "*under förundersökningen skall utredas ... om tillräckliga skäl föreligga för åtal*". Enligt Ekelöf skall med tillräckliga skäl förstås att "den åtalade gärningen är straffbar och bevisningen härför så stark, att den kan läggas till grund för en fäl-

[101] Se närmare RB kap. 48 samt LUL § 15.

[102] Som exempel på det sistnämnda kan nämnas krav på angivelse samt olika särskilda villkor för åtal, som t.ex. beslut om förordnande av åtal och medgivande från viss myndighet. Angående krav på *angivelse*, se t.ex. BrB 3:12, 4:11 och 8:13. De särskilda formella villkor som kan aktualiseras är främst *förordnande* om åtal, vilket gäller brott med anknytning till främmande makt, utländskt territorium, utländska medborgare eller folkrättsliga brott (se BrB 2:5–7a, 5:5 st. 3 samt 19:16) samt *medgivande* från särskild myndighet (se t.ex. BrB 16:19). Om åklagaren efter en särskild prövning finner att de särskilda skälen inte är för handen, så skall åtal inte väckas. Härigenom har den absoluta åtalsplikten kommit att vika för formella villkor eller en i vissa avseenden mer diskretionär prövning från åklagarens sida. Den sistnämnda kan naturligtvis innebära vissa risker vad gäller likabehandlingsprincipen samt intresset av enhetlig rättstillämpning. Se Jareborg & Zila 2000 s. 26 f.

[103] SOU 1938:44 s. 257. Finsk rätt innehåller en motsvarande bestämmelse som formuleras med sannolikhetsrekvisit ("en sannolikt fällande dom"), se Frände 1999 s. 149.

lande dom".[104] Sammantaget innebär detta att huvudregeln om åtalsplikten måste anses omfatta den *straffbelagda gärningen*.

Detta säger oss emellertid ingenting om hur man skall bedöma situationen då en konkret gärning eller ett händelseförlopp kan utgöra flera olika brott. Med straffbelagd gärning kan å ena sidan förstås ett i tid och rum bestämt utsnitt av mänskligt handlande som åklagaren – på ett eller annat sätt – väljer att klä i en språklig dräkt som motsvarar termerna i en brottsbeskrivning. Å andra sidan kan uttrycket straffbelagd gärning uppfattas som en synonym för brottsbeskrivningsenlighet. Dvs. varje handlande som uppfyller en brottsbeskrivning (och där det finns tillräcklig bevisning) måste leda till åtal.

Att uppfatta åtalsplikten enligt den senare tolkningen framstår som mindre plausibelt. Jareborg har påpekat att det finns en konflikt mellan åtalsplikten, som inriktar sig på straffbelagda gärningar, och rena praktikabilitetshänsyn.[105] Det är omöjligt att tänka sig att åtalsplikten skulle omfatta varje tänkbar straffbelagd gärning som ingår i ett konkret händelseförlopp som kommit att bli föremål för åklagarens prövning. De resurser som skulle krävas för att (på ett rättssäkert sätt) utreda all upptäckt brottslighet, skulle på intet sätt stå i paritet med intresset av att beivra brottsligheten.

Att åklagaren ändock har en grundläggande plikt att åtala för alla straffbara gärningar, då det finns "tillräckliga skäl", leder omedelbart till att en konkurrensproblematik uppstår eftersom åklagaren måste avgöra *för vilket eller vilka brott* som gärningsmannen skall åtalas? Hur den konkreta gärningen skall beskrivas, individualiseras samt preliminärt rubriceras är en uppgift för åklagaren att besluta (RB 45:4 p. 3). Förvisso ankommer det ytterst på domstolen att i domen ange hur en brottslig gärning skall betecknas, men genom att det är åklagarens gärningsbeskrivning som utgör underlaget för individualiseringen av den brottsliga gärningen och den rättsliga bedömningen, kommer den valda skildringen att bilda referensen för vilka brott som gärningen kan tänkas innefatta.[106]

Victor noterar en viktig skillnad i sätten att skapa objekt för en analys av juridiska undersökningar.[107] I sin analysmodell för juridiska undersökningar visar han att beskrivningar av olika händelseförlopp kan ges delvis olikartade betydelser i en brottmålsprocess. Man skulle kunna säga att

[104] Ekelöf 1994 s. 118.
[105] Jareborg 1995 s. 161.
[106] Angående utformningen av gärningsbeskrivningar, se bl.a. Victor 1996 samt Agge 1934 s. 21. Beträffande motsvarande regler om individualisering av åtalet i finsk rätt, se Frände 1999 s. 225 ff.
[107] Victor 1977 s. 191 ff.

man betraktar relationen mellan en "verklighet" och en språklig beskrivning av denna ur två olika perspektiv. Utgångspunkten för en straffrättslig bedömning i domstol är *ett individualiserat händelseförlopp*, vilket bestäms av hur åklagaren i ord har formulerat gärningsbeskrivningen. Utgångspunkten för frågan om åtals väckande är således "en språklig beskrivning till vilken man kan välja att hänföra eller inte hänföra en faktisk företeelse".[108] I dessa fall ges gärningsbeskrivningen en preskriptiv funktion och begränsar den fortsatta prövningen. Frågorna som aktualiseras är då om den språkligt beskrivna verkligheten uppfyller en eller flera brottsbeskrivningar (dvs. om straffbestämmelserna är tillämpliga på det beskrivna händelseförloppet) samt hur eventuella uppkomna kollisions- eller konkurrenssituationer i så fall skall lösas.

Det nu sagda får betydelse på det sättet att när en åklagare bestämmer vilka brott han skall väcka åtal för, så bygger detta på en bedömning av olika konkurrensfrågor. Härigenom kan man säga att det är åklagaren som – genom sin *berättelse* – bestämmer mellan vilka gärningar och regler som konkurrenssituationer uppkommer.[109] Detta implicerar att det egentligen inte är åtalspliktens utformning som avgör hur konkurrensproblemen formuleras utan istället hur åklagare väljer att beskriva den gärning för vilken åtal väcks.

Trots att åklagaren väljer hur han skall beskriva ett brottsligt händelseförlopp torde det inte sällan föreligga en risk för att beskrivningen innehåller skilda moment som – i sig – kan uppfylla rekvisiten för olika brott eller att hela det beskrivna förloppet uppfyller rekvisiten för flera olika brottstyper.

Vi ser här hur det finns en intim växelverkan mellan den processuella åtalsplikten, som fordrar att alla straffbelagda gärningar skall åtalas, och den straffrättsliga bedömningen av hur långt en kriminalisering är avsedd att sträcka sig. Det är följaktligen i första hand här som konkurrensläran aktualiseras. Något som ur ett straffrättsligt perspektiv – i ett visst sammanhang – inte anses utgöra brott eller som i sig inte skulle föranleda någon ytterligare bestraffning påverkar åklagarens processuella skyldighet att utforma åtalet.

Begränsningen av åklagarens åtalsplikt sträcker sig emellertid ännu längre. Vid sidan av de nu uppmärksammade fallen där åklagaren genom utformandet av gärningsbeskrivningen kan lösa en konkurrenssituation (rörande brottslighetskonkurrens), förekommer vid mer komplicerade och utdragna händelseförlopp att gärningsmannen gör sig skyldig till ett mycket stort antal brottsliga gärningar där vissa i förhållande till de andra

[108] Victor 1977 s. 192.
[109] Ordet "berättelse" anspelar på det inledningsvis gjorda citatet.

framstår som bagatellartade, mindre viktiga eller i vart fall (i princip) oväsentliga för den fortsatta *påföljdsbestämningen*. Dylika fall kan avse seriebrottslighet (t.ex. upprepad tillgreppsbrottslighet) eller brottslighet som begås vanemässigt (t.ex. upprepat bruk av narkotika). I förhållande till annan brottslighet som den dömde har gjort sig skyldig till råder givetvis ett konkurrensförhållande. Den väsentliga skillnaden är att det sällan torde ha en avgörande betydelse om en tilltalad vid sidan av ett allvarligare brott t.ex. har snattat eller om den tilltalade har brukat cannabis tre, fyra eller femton gånger.

Den obligatoriska åtalsplikten talar för att åklagaren borde ha en skyldighet att väcka åtal för samtliga brott. Om åklagaren ges möjlighet att utöva en diskretionär prövningsrätt kan likabehandlingsprincipen komma att äventyras.[110] Trots detta torde det inte vara orimligt att hävda att åtalspunkter för mindre allvarliga brott eller förseelser borde kunna rensas ut ur större brottsutredningar i syfte att begränsa åtalet. En sådan möjlighet skulle inte behöva allvarligt äventyra likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen eller andra beståndsdelar av den rättvisekonception som styr straffrätten. Vidare kan en möjlighet att rensa ut brottslighet motiveras av ekonomiska och andra effektivitetsskäl.

Det sist anförda utgör introduktion till ytterligare en aspekt på förhållandet mellan den obligatoriska åtalsplikten och konkurrensläran. Vid sidan av de diskuterade inskränkningarna av åtalsplikten (som avser särskilda åtalsvillkor samt tillräckliga skäl för åtal) förekommer begränsningar som relaterar till de materiellt utformade straffmätningsreglerna. Dessa begränsningar bygger på diverse brottspreventiva överväganden,[111] humanitetsaspekter, billighetsskäl,[112] den relativa obetydlighet som brotts-

[110] Vid sidan av intresset av likabehandling kan noteras att en målsägande ofta kan ha ett intresse av att åklagaren väcker talan i syfte att klarlägga det straffrättsliga ansvaret, vilket kan komma att utgöra grund för en skadeståndstalan. I avsaknad av åtal är målsäganden utelämnad till att själv föra talan i denna del.

[111] Detta avser de fall i RB 20:7 p. 1 och 2, då åtalsunderlåtelse kan ske beträffande ringa brottslighet på den grunden att brottet framstår som en ren impulshandling, begånget av ren obetänksamhet, tillfälligt förbiseende, förhastande eller liknande. Dessa grunder torde i allt väsentligt vila på olika allmän- och individualpreventiva överväganden. Åklagarens bedömning av huruvida åtal måste väckas eller inte bygger på faktorer som t.ex. huruvida lagföring behövs för att inte "något väsentligt allmänt intresse skall åsidosättas" eller att gärningen framstår som en engångsföreteelse som inte behöver beivras. Se bl.a. Ekelöf 1994 s. 128 ff. Även om processekonomiska aspekter givetvis kan tala för en sådan ordning, måste det ifrågasättas om inte en dylik diskretionär prövningsrätt för åklagare äventyrar likabehandlingsprincipen.

[112] Såsom motiv för att meddela åtalsunderlåtelse på grund av billighetsskäl kan anföras de extraordinära skäl som nämns i RB 20:7 st. 2 och som avser sådana omständigheter som likaväl skulle kunna resultera i påföljdseftergift, se Ekelöf 1994 s. 130 f. samt Löfmarck m.fl. 1986 s. 91.

ligheten har för den övriga straffmätningen samt processekonomiska skäl.[113]

Den viktigaste bestämmelsen rörande de materiella förutsättningarna för att avstå från att väcka åtal består i möjligheten för åklagare att meddela s.k. *åtalsunderlåtelse*.[114] En åtalsunderlåtelse innebär att den misstänkte sakerförklaras, varför det förutsätter att det är utrett att gärningsmannen har begått brottet.[115] Konsekvensen härav blir att den sakerförklarade förklaras ha begått brottet, vilket i det närmaste är att betrakta som en varning.[116] Däremot undgår gärningsmannen såväl åtal och rättegång som påföljd. Ett beslut om åtalsunderlåtelse kan emellertid i ett senare skede läggas till grund för påföljdsbestämningen, där återfall eller annan form av misskötsamhet påverkar straffmätningen eller valet av påföljd.[117]

Förutsättningarna för att meddela åtalsunderlåtelse framgår av RB 20:7.[118] Den för våra syften viktigaste förutsättningen anges i p. 3 av vilken framgår att beslut om åtalsunderlåtelse får ske "om den misstänkte begått annat brott och det utöver påföljden för detta brott inte krävs påföljd med anledning av det föreliggande brottet".[119] Innebörden av detta uttryck har i förarbeten preciserats till att den konkreta påföljden skall vara tillräcklig och adekvat för den samlade brottsligheten.[120] Detta kan således komma att innebära att åtal för ett brott som i och för sig skulle ha viss – om än begränsad – betydelse för påföljdsbestämningen ändock efterges på grund av dess marginella betydelse. Som kommer att framgå i kapitel 7 har denna bestämmelse stora likheter med – och i motsvarande mån stor betydelse för tolkningen av – vissa konkurrensbestämmelser i BrB kap. 34.

[113] Löfmarck m.fl. 1986 s. 100 samt Prop. 1964:10 s. 134.

[114] Termen "åtalsunderlåtelse" har kritiserats av flera författare på den grunden att underlåtenhet i straffrättsligt hänseende antyder att åklagaren har varit klandervärt försumlig i förhållande till en plikt. Det finns goda skäl att avstå från ett sådant språkbruk. Se bl.a. Lundkvist 1999 s. 281 not 1, Träskman 1999 s. 204 not 18 samt Jareborg 1992 s. 162 not 22. Före RB:s ikraftträdande användes det mer lämpliga uttrycket *åtalseftergift*. Termen åtalsunderlåtelse används numera emellertid i såväl lagtext som förarbeten, varför det är svårt att undvika denna terminologi i den fortsatta framställningen. Det kan även nämnas att liknande terminologi används i norsk rätt, där benämningen "påtaleunnlatelse" begagnas. I dansk rätt används termen "tiltalefrafald" och i finsk rätt uttrycket "åtalseftergift".

[115] Detta innebär i princip att brottet måste vara erkänt. Vissa författare har därutöver uppställt som krav att det av utredningen är styrkt att brottet har begåtts, se Lundkvist 1999 s. 282.

[116] BRÅ-rapport 1977:7 s. 429 f. Jfr Ekelöf 1994 s. 129 f. samt Träskman 1999 s. 204.

[117] Prop. 1987/88:120 s. 88.

[118] Se även RB 20:7 a, LVM § 46 och LUL §§ 13, 16–22.

[119] Vid sidan av de specifika rekvisiten för åtalsunderlåtelse i RB 20:7 p. 1–4, finns grundläggande krav på att något väsentligt allmänt eller enskilt intresse inte får åsidosättas. Om tolkningen av dessa rekvisit, se Fitger s. 20:19 ff. samt Lundkvist 1999 s. 283 ff.

[120] Se Prop. 1984/85:3 s. 31 f. och 50.

Åtalsunderlåtelse kan förekomma såväl under en pågående förundersökning som efter att åklagaren har väckt åtal. Inte sällan torde nya åtal aktualiseras gentemot en person mot vilken andra åtal redan är väckt. Gärningsmannen misstänks således för flera brott, men har ännu inte dömts för något av dem (s.k. *samtidighetsfall).*[121] I samband med att åtal väcks för något av brotten, kan åklagaren enligt RB 20:7 meddela åtalsunderlåtelse avseende ett brott som hör under allmänt åtal, om denne är av uppfattningen att påföljden för den samlade brottsligheten kommer att vara tillräcklig. Det står här klart att man genom att begränsa eller inskränka den absoluta åtalsplikten kan lösa eller i vart fall undvika en konkurrenssituation i domstol.

Ännu vanligare torde vara att en åklagare i samband med att ny brottslighet upptäckts efter en tidigare lagföring väljer att meddela åtalsunderlåtelse istället för att väcka nytt åtal (s.k. *successivfall*). Den nya brottsligheten kan omfatta såväl nyupptäckt brottslighet som återfall efter den tidigare domen. Om dessa fall hade lett till åtal, skulle de ha kommit att bli föremål för tillämpning av regleringen i BrB kap. 34. Utgången hade i allt väsentligt blivit likartad. Ännu en gång ser vi hur man kan undvika en konkurrenssituation genom att inskränka den absoluta åtalsplikten.

I allt väsentligt kan samma resultat beträffande eliminerandet av konkurrenssituationer i domstol uppnås genom att åklagaren utnyttjar den fakultativa möjligheten att *begränsa en förundersökning* (RB 23:4a). Annorlunda uttryckt: genom att avstå från att inleda en förundersökning eller nedlägga densamma rörande viss misstänkt brottslighet kan en potentiell konkurrenssituation i domstol undvikas. Grundförutsättningarna för att besluta om förundersökningsbegränsning är i princip desamma som beträffande åtalseftergift.[122] Det finns emellertid vissa väsentliga skillnader mellan dessa två institut. *För det första* aktualiseras en förundersökningsbegränsning på ett tidigare stadium, nämligen innan ärendet är redo för beslut i åtalsfrågan. *För det andra* vinner ett sådant beslut inte rättskraft och beslutet är inte heller på annat sätt begränsat. Ett beslut om förundersökningsbegränsning kan alltid ändras genom att förundersökningen återupptas.[123] *För det tredje* registreras inte ett beslut om förundersökningsbegränsning, vilket medför att det inte kan läggas till grund för t.ex. påföljdsval.[124]

[121] Terminologin torde gå tillbaka till RB:s tillkomst, se Fitger s. 20:25.

[122] Se Fitger s. 23:31 samt Lundkvist 1999 s. 282.

[123] Det skall dock noteras att även ett beslut om åtalsunderlåtelse enligt RB 20:7b får återkallas om särskilda omständigheter föranleder det. Reglerna härom är tämligen restriktivt utformade. För de närmare förutsättningarna för när återkallelse kan ske, se Fitger s. 20:33 ff.

[124] Lundkvist diskuterar lämpligheten av dessa skillnader, se Lundkvist 1999 s. 287.

Den för våra syften viktigaste lärdomen av det sagda är att den absoluta åtalsplikten är en viktig orsak till att konkurrensfrågor kommer att behandlas i domstol. Eftersom åtalsplikten – såsom huvudregel – är absolut, kommer i princip alla åtal att ackumuleras i domstolen. Härigenom kan vi dra slutsatsen att konkurrensfrågor är viktiga i svensk straffrätt. Samtidigt är det viktigt att uppmärksamma att åtalsplikten i väsentliga avseenden är uppluckrad och att en rad konkurrenssituationer kan lösas utanför domstolens behandling. Genom att åklagaren har givits möjlighet att i vissa fall underlåta att väcka åtal (eller avstå från att inleda förundersökning) har vissa åtalsfrågor – och därmed också konkurrensfrågor – kommit att bli avhängiga en lämplighetsbedömning. Ju fler undantag och inskränkningar som införs i ett system, desto mer brottslighet rensas ut på ett tidigare stadium, varigenom konkurrenssituationer avlägsnas från domstolen.

Man skall inte undervärdera betydelsen av möjligheten att kunna sortera ut brottslighet (genom förundersökningsbegränsning eller åtalsunderlåtelse) som annars i straffmätningshänseende skulle ha konsumerats. Det måste anses innebära en avsevärd avlastning för åklagare att inte behöva utreda, väcka åtal, åberopa och leda i bevis ett antal brott som i slutänden ändock inte skulle ha någon – eller endast marginell – betydelse för domslutet. På motsvarande sätt slipper domstolen en förhandling med upptagande av bevisning, bevisvärdering och domskrivning. Härigenom kan målen begränsas och koncentreras till den väsentliga brottsligheten. Såväl processekonomiska som effektivitetsskäl kan åberopas till stöd för en sådan ordning.

Baksidan av myntet är givetvis att det från legalitetssynpunkt framstår som orättvist att vissa brott, till vilka gärningsmannen har befunnits vara skyldig, inte leder till åtal. Kravet på likabehandling och förutsebarhet borde tala för att åtal inte kan efterges om såväl ansvarsfrågan som skuldfrågan är utredd.

Men mot detta kan anföras att det från rättvisesynpunkt inte innebär något problem om domstolen i samband med påföljdsbestämningen för den faktiskt åtalade brottsligheten, kan bestämma ett straff som framstår som tillräckligt och adekvat. Om brottet endast skulle ha en marginell eller försumbar betydelse för påföljdsbestämningen, behöver åtalsunderlåtelsen inte innebära någon egentlig straffreduktion.[125] Man kanske rent

[125] Vid denna bedömning är det viktigt att uppmärksamma att det vid flerfaldig brottslighet förutsätts att den kvantitativa ökningen av brott resulterar i en kvalitativ förändring i straffvärdhet för att det skall avspeglas i straffmätningen. Det finns på detta sätt ett slags "kvanttänkande" enligt vilket det krävs allt mer i straffvärde för att förflytta straffmätningen till nästa utnyttjade straffnivå. Se Jareborg 1999 s. 278. Det nu sagda får betydelse inte minst om beaktar den s.k. mängdrabatten vid straffmätning av flerfaldig brottslighet. Till detta återkommer jag i kapitel 4 och 5.

av kunde säga att rättssäkerheten blir bättre om målen avgränsas och domstolens uppgift begränsas till den allvarligare och viktigare brottsligheten.

Av det sagda kan vi sluta oss till två saker. Det finns ett intimt samband mellan den obligatoriska åtalspliktens utformning och behovet av en straffrättslig konkurrenslära. Ett avgörande skäl för att ha en straffrättslig konkurrenslära är att den begränsar den allmänna åtalsplikten. Likaså kan vi konstatera att konkurrensläran – och då särskilt den om påföljdskonkurrens – utgör en förutsättning för att kunna acceptera en mer relativ eller fakultativ åtalsplikt i vissa fall. När åklagaren undersöker om det finns förutsättningar för att meddela åtalsunderlåtelse, är det frågor rörande påföljdsbestämningen vid flerfaldig brottslighet som ligger i bakgrunden.

Man skulle kunna förmoda att förhållandet mellan åtalsplikten och konkurrensläran är reciprokt, dvs. att den straffrättsliga konkurrensläran förutsätter en absolut åtalsplikt. Annorlunda uttryckt: om åklagaren inte var skyldig att väcka åtal, skulle behovet av en konkurrenslära inte finnas eller i vart fall vara betydligt mindre.

Enligt min uppfattning skulle – under de angivna omständigheterna – problemen till stor del försvinna från domstolen. De skulle emellertid ändock finnas kvar. Skillnaden blir endast att de flyttas till en annan nivå i systemet. Det skulle istället primärt ankomma på åklagaren att besluta i dessa frågor. Som nämnts ovan är detta situationen redan idag såtillvida att åklagaren väljer hur han vill beskriva den åtalade gärningen. Genom individualiseringen kan ju en rad olika konkurrensförhållanden lösas. Men detta urval måste – på samma sätt som då konkurrensfrågor underkastas en domstols bedömning – bygga på någon form av skäl, såvida man inte accepterar en helt skönsmässig bedömning från åklagarnas sida. Huruvida åklagare bygger sina bedömningar på samma överväganden som domstolar går väl knappast att uttala sig om.[126] Det viktiga är dock att det finns en åtalsplikt samt att denna är knuten till vad åklagaren finner utgöra brott. Vi är därmed tillbaka i det grundläggande problemet att det behövs en konkurrenslära för att avgöra vilka brott en gärningsman bör åtalas för. Den principiella åtalsplikten och praktikabilitetshänsyn ger således främst upphov till att konkurrensfrågor uppstår *i domstol.*

[126] Det kan parentetiskt nämnas att i engelsk rätt finns en myndighet (The Crown Prosecution Service) som granskar åklagarnas verksamhet vid besluten att väcka åtal eller inte och som utfärdar rekommendationer för hur valet mellan olika tänkbara brott skall göras i samband med åtalet. Se Ashworth 2000 s. 23. Det skall emellertid noteras att polisen har stora befogenheter att besluta om åtal skall väckas eller inte. Frågan uppstår därför vem som kontrollerar polisen. För det fall denna verksamhet fortgår informellt och utan kontroll, riskerar systemet att bli helt godtyckligt. Angående beslut om åtal, se Ashworth 1994 kap. 1 (se särskilt s. 16 ff.).

Det skall avslutningsvis påpekas att i vissa rättssystem får åklagare, poliser eller andra ansvariga faktiskt helt godtyckligt bestämma om någon skall åtalas, varvid det inte uppställs några som helst principer för vilka brott som åtalet måste omfatta. Konkurrensfrågor förlorar därmed i stora avseenden sin betydelse. Men i ett dylikt godtyckligt system skulle även möjligheterna att skapa ett rättssäkert och rättvist straffsystem reduceras till ett minimum. Man skulle få påtagliga problem att överhuvudtaget kunna garantera någon form av legalitet eller likabehandling samt misslyckas med att på annat sätt upprätthålla några rättviseprinciper. Detta skulle strida mot den svenska straffrättens fundamentala principer, vilket gör saken ointressant att diskutera för våra syften. Jag avstår fortsättningsvis från att beakta ett sådant system som ett alternativ till det svenska.

2 Den fortsatta framställningen

"Vi skriver mycket då vi är säkra på vår sak,
annars skriver vi så litet som möjligt."
Det rakt motsatta förfaringssättet synes mig vara det riktiga.

Per Olof Ekelöf

2.1 Om syftet

2.1.1 Om rationalitet

Denna doktorsavhandling syftar till att klarlägga om det kan skapas mönster av grundläggande principer bakom regleringen av påföljdskonkurrens och vilka de i så fall är. Det blir härvid av intresse att analysera vilken eller vilka ideologier som bär upp den ifrågavarande lagstiftningen samt att undersöka i vilken utsträckning som regleringen av straffmätning och påföljdsval överensstämmer på ett ideologiskt/principiellt plan med regleringen av påföljdskonkurrens.

Det skall framhållas att jag i undersökningen utgår från att man eftersträvar någon form av *rationalitet* i systemet. Detta antagande innebär bl.a. att man måste utgå från att lagstiftning inte är avsiktligt motsägelsefull.[1] Kravet på rationalitet hänför sig vidare till de situationer där lagstiftningen kanske inte i alla avseenden innehåller en detaljerad reglering av hur ett fall skall lösas och där domaren måste tolka och tillämpa gällande rätt för att kunna lösa ett fall. I sådana fall kan man tala om olika typer av

[1] Detta gäller inte enbart situationer som i kap. 1 beskrivits som kollision (oförenliga rättsföljder). Det kan också vara fråga om en värderingsmässig defekt som innebär att det finns reglering som talar i en viss riktning, men att denna inte stämmer överens med principerna bakom en annan reglering. I dessa fall talar man om en axiologisk lucka, se Jareborg 2001 s. 124.

luckor i lagen.[2] I båda fallen måste man utgå från att lagstiftningen och gällande rätt är rationella entiteter, dvs. att de bygger på goda skäl.[3]

Vad som nu har sagts innebär inte att man förutsätter att *alla* regler är rationella eller att det inte förekommer olika motstridiga skäl som måste viktas mot varandra.[4] Normativa system, som t.ex. rättssystem, är visserligen inriktade på att i formellt hänseende vara motsägelsefria. Ett rationellt system är ett slags ideal. Däremot kan man inte förutsätta att rättssystemet, med dess olika begrepp och termer, alltid är rationellt ordnat. Hävdar man motsatsen, tror jag att man underskattar betydelsen av hur problem formuleras och hur lösningar väljs. Detta gäller inte minst med hänsyn till att alla regler måste utgå från språket och hur vi formulerar problem och skäl.[5]

Rationalitet är ett synnerligen komplext begrepp, vilket inte lämpar sig att utveckla i en presentation av en avhandlings syfte. Jag nöjer mig således med att göra några grundläggande reflektioner kring vad jag avser med detta begrepp.

Med rationalitet i systemet avser jag i all enkelhet att den reglering som ligger till grund för undersökningen bygger på förnuftsmässiga, logiska och sammanhängande skäl som ger någon anledning att tro att något förhåller sig på ett visst sätt (eller att något är sant).[6] En stor del av debatten om rationalitet utgår från att det är mänsklig tro och mänskligt handlande som är objektet. Annorlunda uttryckt: det handlar om frågan om vad som utgör rationellt mänskligt handlande. Rationalitet behöver emellertid inte relatera direkt till personer. Man kan diskutera rationalitet i avtrycken av mänskligt handlade. Ur denna synvinkel gäller frågan om en (mänskligt

[2] Om luckan består i att lagen eller gällande rätt saknar reglering, men att det med hänsyn till den värderingsmässiga grunden för ett rättsområde borde finnas en lösning, talar man om en *normativ lucka*. Det är således fråga om en värderingsmässig (axiologisk) avsaknad av reglering, se Jareborg 2001 s. 122.

[3] Harrison 1992 s. 107.

[4] Detta innebär att man måste acceptera att det inte finns lösningar att hämta från ett färdigt system. Däremot kommer man när man söker lösningar på olika problem – eller åtgärdar luckor – att, via argumentationen, söka legitimitet för lösningarna i systemet, se Andersson 2003 s. 14, Larenz 1991 s. 370 ff., Zippelius 1973 s. 175 f. och Engisch 1975 s. 134 ff.

[5] Se Bennett 1964 s. 86 ff. Om olika aspekter på språkets betydelse för tolkning och förståelse av (rättsliga) regler, system, strukturer etc., se Andersson 2003 (se särskilt s. 92 ff.).

[6] Se Jareborgs ram för rationell tro och argumentation, Jareborg 1975a s. 16 ff. Raz diskuterar på liknande sätt olika aspekter av rationalitet utifrån begreppen normativity och capacity-rationality, se Raz 1999 s. 67 ff. Agell uppställer som grundläggande krav på rättsvetenskaplig argumentation dels *debattrationalitet*, dels *sammanhangsrationalitet*, se Agell 2002 s. 245. Dessa rationalitetsbegrepp är hämtade från Peczenik, se 1995 s. 491. Se även Andersson 1994 s. 120 ff.

skapad) normordning är rationell, dvs. bygger på skäl som går att rättfärdiga.[7] Denna bedömning är främst retrospektiv. Dvs. att fälla ett omdöme om att något är rationellt är ett resultat av en utvärderingsprocess.

Det finns anledning att skilja mellan olika former av den rationalitet jag har beskrivit. En distinktion som skulle kunna hjälpa oss att utveckla olika rationalitetskonceptioner är den av von Wright diskuterade skillnaden mellan *rational* och *reasonable*.[8] Enligt Liedman skulle dessa termer möjligen kunna översättas med "rationellt" och "förnuftigt".[9] Jag accepterar i det följande denna översättning. Med rationellt förstås då ett målinriktat omdöme om att det finns skäl att välja något eftersom det leder till något mål som uppfattas som önskvärt (t.ex. större vinst, bättre prestanda eller effektivare hantering). Förnuftsinriktade skäl bygger istället på en helhetsvärdering, vilken präglas av en konsekvensinriktad bedömning, oftast i riktning mot olika intressen eller uppställda värden eller ideal.[10]

Victor diskuterar hur olika funktioner inom straffrätten fördelas på olika aktörer, vilka styrs av olika former av rationalitet. Lagstiftaren, som har som sin primära uppgift att omsätta värderingar till normer, styrs av *värderationalitet*. Vidare styrs domaren, som skall tillämpa normerna, av *normrationalitet*. Slutligen kommer de myndigheter som skall verkställa det givna målet att styras av *målrationalitet*.[11] I samtliga fall handlar det om hur man på bästa sätt uppnår ett visst mål, vilket i sin tur styrs av vad som anses vara förnuftigt på det området. Härigenom kan man förklara varför olika hänsyn och intressen kan göra sig gällande på olika nivåer i straffsystemet.

Med tanke på undersökningsobjektet i denna framställning verkar normrationaliteten vara det mest intressanta. Jag tror dock att perspektivet måste vidgas något. Det är inte endast frågan om huruvida de av lagstiftaren fastställda normerna (dvs. de kodifierade rättsreglerna) tillämpas på ett rationellt sätt som är av intresse. Man måste tränga under ytan för att se på hela den underliggande värderingsmässiga basen. Lagtext ger endast en grundläggande struktur för en bedömning av tillämpningens rationalitet. Bakom reglerna finns emellertid andra nivåer som påverkar den.

[7] Vad som gör ett beteende rationellt är att man har skäl för det, se Bennett 1964 s. 55 ff. En förutsättning för att kunna *ge* skäl för något och att *ha* skäl för att göra något, är att man har ett språk. Se närmare Bennett 1964 s. 86 ff.

[8] von Wright 1986 s. 21.

[9] Liedman 1997 s. 525. Jfr von Wright 1986 s. 21.

[10] Möjligen överensstämmer detta med den av Weber uppställda distinktionen mellan *målrationalitet* och *värderationalitet*, se Tuori 2002 s. 36. Det skall dock observeras att vad som bedöms vara förnuftigt värderas utifrån vad som redan utgör en etablerad eller vedertagen metod.

[11] Victor 1995 s. 63.

När det gäller att se större sammanhang talar Agell om *systemrationalitet*.[12] Med denna form av rationalitet syftar Agell på samordningen mellan rättsregler. Frågan är om rättsreglerna är harmoniserade i den meningen att de inte uttrycker motstridiga värderingar eller tekniska lösningar.[13] Enligt Agell kan systemrationalitet överlappa vad som beskrivs som *ändamålsrationalitet*. Med det sistnämnda avses en diskussion om syftena eller ändamålen som de olika rättsreglerna avser att tillgodose.[14] Härigenom kan man fråga sig vilka syften som t.ex. bör styra påföljdsbestämningen (prevention, rättvisa etc.) och vilka ändamål som bör styra konkurrensregleringen (enkelhet, motsägelsefrihet, logik, rättvisa etc.). Svaren relateras därefter till de funktioner som respektive reglering avser att uppfylla. Med denna form av rationalitet som utgångspunkt kommer varje område att betraktas självständigt.

Vad gäller påföljdsbestämningen som helhet är det säkerligen fruktbart att diskutera ändamålsrationalitet. Frågan är dock om man kan betrakta konkurrensläran som en egen entitet inom straffrätten, vilken har ett eget syfte eller ändamål. Jag tror att ett sådant synsätt är olämpligt eftersom det döljer att skälen bakom olika konkurrenslösningar bygger på ändamålet med de konkurrerande reglerna. Det går inte att se konkurrensläran som frikopplad från de regler från vilka konkurrensproblemen emanerar och som den avser lösa. Däremot är ändamålsrationalitet en viktig del av utgångspunkterna för systemrationalitet.

Jag tror att det nu sagda någorlunda väl fångar vilken typ av rationalitet som jag menar att ett straffsystem – och därmed också en konkurrenslära – måste präglas av. De skäl som anges för lösandet av en viss typ av konkurrensproblem måste överensstämma med den övriga regleringen på så sätt att regleringen är logiskt konsistent och värderingsmässigt koherent.[15] Detta betyder inte nödvändigtvis att man använder sig av samma

[12] Agell 2002 s. 250.

[13] Genom att förse beskrivningen med en negation uttrycker Agell egentligen en definition på vad som är irrationellt, dvs. vad som inte är systemrationellt (motstridiga värderingar och motstridiga lagtekniska lösningar). Det är dock klart att vad som åsyftas är att rationalitet bygger på att *skälen* bakom regleringen är samstämmiga och att lösningarna på olika problem leder till likartade resultat.

[14] Agell 2002 s. 249. Som Agell påpekar kan det vara nödvändigt att skilja mellan slutliga mål (ultimärmål) och delmål (primärmål).

[15] Detta synes överensstämma med Webers beskrivning av vad han kallade *logical interpretation of meaning* och vilket utgjorde det tredje steget i hans systematisering av rättsliga normsystem. Han beskrev detta enligt följande: "Only that abstract method which employs the logical interpretation of meaning allows the execution of the specifically systematic task, i.e. the collection and rationalisation by logical means of all the several rules recognised as legally valid into an internally consistent complex of abstract legal propositions.", se Weber 1978 s. 657 och Tuori 2002 s. 41.

lösningar och principer. Poängen är att systemet på principnivå måste hänga ihop på så sätt att regleringen inte undergräver sig själv eller leder till olika resultat beroende på var i systemet man befinner sig. Det handlar således uteslutande om (samordning av) *skäl* för rationellt beteende.[16]

2.1.2 Om frågeställningen

Syftet med avhandlingen kan sägas vara att ge en systematisk beskrivning av den straffrättsliga konkurrensläran rörande påföljdsbestämning i svensk rätt. Med en "lära" avser jag en uppsättning regler och principer som rekonstruerar ett lösningsschema för en viss typ av problem inom ett visst område.[17] En konkurrenslära av nu diskuterat slag rekonstruerar således (möjliga och lämpliga) lösningar då flera regler rörande påföljder skall tillämpas på flera olika fall. Rekonstruktionen omfattar vidare den argumentation som förser lösningarna med skäl som legitimerar lösningarna.

Av avhandlingens titel framgår att fokus ligger på konkurrenslärans *problem* och *principer*. Frågan gäller således vad det är som föranleder problem när påföljd skall bestämmas för flera brott och vilka principerna är som styr valet av lösning. Undersökningen har karaktären av en kritiskt deskriptiv analys av gällande rätt och förfäktade uppfattningar i doktrinen. Med utgångspunkt i vad jag har sagt ovan om rationalitet, kan syftet preciseras utifrån följande frågor.

(1) Vilka principer ligger bakom påföljdsbestämningen vid flerfaldig brottslighet?
(2) Är dessa förenliga med de generella principerna för påföljdsbestämning (bestraffningsideologin)?
(3) Vilka principer styr konkurrensregleringen rörande de iterativa tillämpningssituationerna?
(4) Är dessa förenliga med de övriga principer som styr konkurrensläran och de bestraffningsideologiska utgångspunkterna för påföljdssystemet?
(5) Om de olika principerna inte är förenliga, går det att förklara och/eller rättfärdiga varför skillnader finns?

Det hela kan uttryckas så att om man utgår från att konkurrens handlar om att lösa en viss form av konflikter, då flera regler skall tillämpas på flera fall, samt att påföljdsbestämningen är utformad efter vissa ideolo-

[16] Se Raz 1999 s. 73.
[17] Jfr om fårhållandet mellan formel, metod och arbetsprogram, Andersson 1993 s. 210 ff.

giska eller teoretiska principer, är den grundläggande frågan om de regler och principer som finns för att lösa olika konkurrensproblem – dvs. avgöra vad som anses vara lämpligt – är samordnade med de principer som styr påföljdsbestämningen. Med "principer" åsyftas dels de värderingar som rättfärdigar reglerna om påföljdsbestämning, dels de regler som används för att lösa konkurrenssituationer. Det står här klart att de olika principerna har olika funktioner. Vissa har en prospektiv funktion, andra har en retrospektiv funktion.

Vad som efterfrågas och eftersträvas är således en konkurrenslära som präglas av systemrationalitet där rättsreglerna harmonierar såtillvida att de uttrycker samstämmiga (eller i vart fall inte motstridiga) värderingar och innehåller lagtekniska lösningar som låter dessa värderingar komma till uttryck.

Det sagda förutsätter att man söker härleda vilka skäl som finns bakom en reglering, syntetiserar dem och systematiserar dem, varigenom man kan rekonstruera läran om påföljdskonkurrens. Resultaten av en rekonstruktion av påföljdskonkurrens motiverar en diskussion de lege ferenda. Om systemrationalitet inte kan påvisas, måste man fråga sig varför. Om svaret blir att systemet inte hänger ihop, så återstår frågan hur det istället bör vara utformat.

Detta är emellertid ingen lätt uppgift. Systemet bygger på en rad olika värden, intressen och hänsyn, vilka kan vara svåra att förena. En rekonstruktion av konkurrensläran kan naturligtvis leda till att vissa konsekvenser upptäcks inom systemet, vilka – i sin tur – kan upplevas som oönskade eller svårförenliga med vissa grundläggande antaganden som gäller idag. En alltför stark betoning på proportionalitet (samt på att konkurrensregleringen skall överensstämma med detta mål) kan ge oönskade effekter i förhållande till intresset av en human påföljdsbestämningslära och vice versa. Rationaliteten på ett område kan följaktligen leda till oönskade resultat på andra områden. Om så blir fallet, kan vi notera att resultaten av en (viss) rationell tillämpning leder till att vi måste prioritera mellan (och kanske omvärdera) de uppställda värdena och målen, dvs. utvärdera vad som är förnuftigt. Det finns således en ständig spiralverkan mellan förnuft och rationalitet som påverkar diskussionen.

2.2 Om innehållet

2.2.1 Framställningens disposition

Boken är disponerad i åtta kapitel som är uppdelade i tre avdelningar. Avdelning I har inletts med ett introduktionskapitel i vilket jag har redogjort för de teoretiska utgångspunkterna för konkurrens. I *kapitel 3* diskuteras de allmänna utgångspunkterna för påföljdsbestämning. Jag har byggt framställningen på de tre principer som jag har funnit främst styr påföljdsbestämningen, nämligen proportionalitetsprincipen, humanitetsprincipen samt principen om gemensamt straff. Syftet med att redogöra för dessa principer är att det enligt min uppfattning måste vara främst dessa som anger vad som utgör en "lämplig" lösning på olika konkurrensproblem. Som påpekats ovan är de möjliga lösningarna av konkurrensproblem alltid logiskt givna. Man kan tillämpa kumulation, absorption eller asperation. Vad vi efterfrågar är emellertid vilken lösning som *bör* väljas. Varför är det lämpligt eller olämpligt att välja den ena eller andra lösningen? Detta avgörs av de principer som styr de regler som konkurrensen gäller, dvs. regler om påföljdsbestämning.

Avdelning II behandlar påföljdsbestämning vid flerfaldig brottslighet. Underförstått här är att brottsflerheten är föremål för bedömning i samma rättegång. I *kapitel 4* inleds undersökningen av de materiella regler som styr påföljdsbestämningen då någon *samtidigt* skall dömas för flerfaldig brottslighet. I kapitlet görs en generell uppdelning mellan straffmätning och påföljdsval. Regleringen av straffmätning upplöses vidare i två undernivåer, den abstrakta straffskalenivån respektive den konkreta straffmätningsnivån. Redogörelsen i detta avsnitt är huvudsakligen kritiskt deskriptiv. Med detta skall förstås att jag analyserar vilka olika skäl som angivits för att välja olika modeller och lösningsalternativ samt vilka konsekvenser detta får. Detta ändrar dock inte det faktum att diskussionen genomgående ligger på principnivå. Konkurrensläran har vidare en utpräglat principiell och abstrakt natur. Definitioner av olika konkurrensproblem och val av lösningsprinciper är inte avhängiga av empiriska undersökningar. Resultat av statistiska undersökningar är till ringa hjälp om man inte kan identifiera rationella skäl för ett problems lösning. Jag har valt att i föreliggande arbete belysa konkurrensproblemen endast utifrån en teoretisk och principiell synvinkel. Hänvisningar till rättsfall har gjorts i den utsträckning det är befogat för att illustrera problem eller val av lösningsprinciper.

De modeller och principer som har diskuterats i kapitel 4 konfronteras därefter i *kapitel 5* med de principiella utgångspunkterna för påföljdsbestämningen. Frågan gäller i vilken utsträckning som det går att förklara konkurrensregleringen så att den blir förenlig med de i kapitel 3 uppställ-

da principerna. I den mån jag anser det vara (nödvändigt och) befogat diskuteras vissa korrigeringar.

Avdelning III skiljer dig från avdelning II såtillvida att det nu är fråga om en ny tillämpningssituation, nämligen påföljdsbestämning då någon som redan är dömd till påföljd skall dömas för ny brottslighet. Med lokutionen "ny brottslighet" avses såväl *nyupptäckt brottslighet*, som hade kunna bli föremål för domstolens tidigare prövning, som *återfallsbrottslighet* begången efter en tidigare dom. Avdelningen är uppdelad i tre kapitel.

Kapitel 6 behandlar de gemensamma utgångspunkterna för de iterativa tillämpningssituationerna. Inledningsvis diskuteras de allmänna förutsättningarna för att regleringen i BrB kap. 34 skall vara tillämplig. Därefter följer en genomgång av tillämpningsområdet samt de olika angivna syftena med en särskild konkurrensreglering rörande iterativa tillämpningssituationer. Med hänsyn till att återfallssituationer omfattas av konkurrensregleringen lämnas avslutningsvis en kortare redogörelse för återfallsregleringen i svensk rätt.

I *kapitel 7* behandlar jag i tur och ordning de tre olika lösningsalternativen som anges i BrB 34:1 st. 1, nämligen *konsumtionsdom*, *särskild dom* och *ny gemensam dom* (undanröjande). Undersökningen fokuseras på vilka principer som ligger bakom de olika lösningsalternativen, vilka konsekvenser dessa får samt i vilken utsträckning dessa är förenliga med de grundläggande principer som skall styra påföljdsbestämningen (se kapitel 3). Kapitlet avslutas med en kortare redogörelse för vissa utländska motsvarigheter till den svenska regleringen.

Mot bakgrund av de resultat som undersökningen har givit diskuterar jag avslutningsvis i *kapitel 8* vilka utgångspunkter och principer som bör ligga till grund för en eventuell reform av regleringen av påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer samt vilka konsekvenser en sådan reform skulle få.

2.2.2 Begränsningar i undersökningen

Som framgick av det citat som inledde kapitel 1 är denna framställning ett försök till en berättelse om påföljdskonkurrens. Det är inte alltid lätt att i några få ord fånga essensen i en berättelse. Något enklare är det att ange vad den *inte* handlar om.

Som framgått ovan är syftet att undersöka de olika konkurrensproblem som enligt den svenska regleringen uppstår då en person – i olika tillämpningssituationer – skall dömas till *påföljd* för flera brott.

Kursiveringen är gjord i syfte att inledningsvis markera att det är fråga om straffrättsliga reaktioner i form av straff och andra påföljder. Jag behandlar inte konkurrens mellan påföljder och andra rättsverkningar av

brott. Vidare faller vad i kapitel 1 beskrivits som verkställighetskonkurrens utanför undersökningen. Denna konkurrensform befattar sig med frågor om t.ex. hur olika sammanträffanden av verkställighet skall lösas (t.ex. en pågående skyddstillsyn och ett kortare fängelsestraff), hur olika frivårdsmyndigheter bör samordna innehållet i olika frivårdspåföljder (t.ex. två av varandra oberoende ådömda domar avseende skyddstillsyn), beräkning av strafftid vid flera påföljder etc. Vid dessa konkurrenssituationer är frågor om konkurrerande brott eller påföljder redan besvarade. Konkurrensproblematiken har en tydlig administrativ karaktär genom att de konkurrerande reglerna avser handläggningsfrågor på myndighetsnivå. När det gäller att avgöra vad som är lämpligt kommer lösningarna att bestämmas av helt andra överväganden än vid de övriga konkurrenssituationerna. Av denna anledning kommer inte denna konkurrensform att beröras närmare, såvida inte verkställighetskonkurrens och lösningar på denna nivå påverkar bedömningen av vad som är lämpligt på någon annan nivå.

Avhandlingen utgår från *svensk rätt*. De regler som konkurrerar är svenska bestraffningsregler och lösningsprinciperna bygger på hänsyn som är relevanta vid påföljdsbestämning i svensk rätt. Konkurrensproblem kan lätt elimineras och lösningsprinciperna kan ges ett helt annorlunda utseende om man översätter frågeställningarna till ett annat lands straffsystem. Några uppenbara institut som påverkar utseendet på konkurrensläran har redan berörts, t.ex. åtalsplikten, bestraffningsideologiska utgångspunkter och synen på återfall.

Samtidigt är det så att problemen finns representerade i de flesta utländska rättsordningar, varför det inte är ointressant att undersöka dessa och jämföra dem med den svenska konkurrensregleringen. Även om man inte kan genomföra en total jämförelse mellan de olika konkurrenslärorna eller kopiera lösningar rakt av för det svenska straffsystemet, så kan man i utländsk rätt åtminstone finna och hämta argument på ett detaljplan. Jag kommer därför fortlöpande att göra jämförelser med utländska motsvarigheter. Undersökningen innehåller dock ingen samlad och konsekvent genomförd komparation med utländska rättsordningars lösningar av påföljdskonkurrens. De jurisdiktioner som har använts för att studera likheter och olikheter är Norge, Danmark, Finland, Tyskland samt England & Wales.[18] Vad gäller engelsk rätt är systematiken och konkurrensregleringen bristfällig och belyses endast i den utsträckning som den existerar.

[18] När det gäller straffrättssystemet i England & Wales kommer hänvisningar till bestämmelser, principer och uppfattningar inom doktrinen fortsättningsvis att göras till *engelsk rätt*. Vid diskussioner av olika straff- och processrättsliga institut som är gemensamma för det engelska och australiensiska systemen samt flertalet stater i USA kommer jag att referera till det anglo-amerikanska rättssystemet.

Det torde redan ha framgått att avhandlingen inte innehåller någon empirisk undersökning. Faktum är att gällande rätt i form av *praxis* behandlas endast i begränsad omfattning. Förklaringen härtill är att det nästan helt saknas rättsfall som behandlar konkurrensfrågor. Till skillnad från vad som gäller i viss utländsk praxis har HD endast i ett fåtal fall prövat frågor med direkt anknytning till påföljdskonkurrens. Naturligtvis förekommer konkurrensproblem i majoriteten av de fall som prövas i domstol. Men argumentation i dessa frågor utelämnas nästintill undantagslöst. När man analyserar skälen bakom en reglering, dvs. *varför* en reglering ser ut som den gör, behöver man inte utgå från *hur* de ansvariga beslutsfattarna tillämpar bestämmelserna.

2.3 Om forskningsläget

Konkurrensfrågor har teoretiskt sett existerat så länge det har funnits regler att tillämpa på olika händelseförlopp. Trots detta har inte straffrättslig konkurrens rönt någon större uppmärksamhet förrän under 1800-talets andra hälft. Någon sammanhållen lagstiftning infördes inte förrän i och med SL:s ikraftträdande 1865. Detta innebär naturligtvis inte att konkurrensproblem inte har existerat i praxis och diskuterats i samband med lagstiftningsarbeten samt i juridiska framställningar. Inflytandet synes ha kommit främst från tysk doktrin samt von Feuerbachs utarbetande av den Bayerska strafflagen 1813. En väsentlig förklaring till att frågan har rönt mindre intresse tidigare torde vara att domstolarna före 1864 års SL inte var bundna av straffskalor eller straffarter. Härigenom kunde konkurrensproblem lösas i varje enskilt fall efter vad domstolen fann vara befogat. Detta förehållande ändrades i och med SL:s införande (varvid ett latitudsystem infördes, vilket åtföljdes av genomarbetade regler om sammanträffande av brott och straff). På grund härav kom en systematiserad begreppsbildning att utvecklas.[19]

Det tidigaste monografin på området är Philibert Humblas avhandling *Om strafflagens användande vid sammanträffande av brott*, som utkom 1851. Under starkt inflytande av tysk rätt kom därefter konkurrensproblematiken successivt att beröras i såväl lagstiftningsarbete som i doktrin. I Johan Hagströmers framställning över den svenska straffrättens allmänna del – *Svensk straffrätt* (1901–1905) – upptar konkurrensfrågor drygt 200 sidor av hela bokens 882 sidor.

[19] Se närmare Agge 1936 s. 393–414 (beträffande svenska förhållanden se särskilt. s. 408 ff.), Agge 1959 s. 89 f., Pettersson Hjelm 2002 s. 59 och Geerds 1961 s. 5–70.

I samband med en större lagreform 1938 rörande frågor om sammanträffande av brott har konkurrensläran väsentligen förändrats. Efter denna lagreform har konkurrensfrågor i samband med lagstiftningsprojekt behandlats ytterst sparsamt. I doktrin och litteratur finner man efter 1938 års reform förvånansvärt få bidrag rörande påföljdskonkurrens. Strahl behandlar i *Om påföljder för brott* (1948 och 1955) hela konkurrensproblematiken i ett kapitel. Vid den tiden hade visserligen principen om gemensamt straff kommit att ersätta principen om kollektivt straff och uppdelningen i ideal- och realkonkurrens. Emellertid bygger sammanställningen rörande iterativa tillämpningssituationer på bestämmelsen i SL 4:3, vilken helt har kommit att ändras i samband med BrB:s ikraftträdande. *Kommentaren till BrB* bygger endast på sammanställningar av förarbetstext. Frågan har i övrigt praktiskt taget inte diskuterats.

I de flesta framställningar rörande straffrättens allmänna del har brottslighetskonkurrens behandlas översiktligt. Två författare förtjänar emellertid att framhållas. Inledningsvis bör nämnas att Madeleine Löfmarck (numera Leijonhufvud) har författat en monografi med rubriken *Straffrättens konkurrensproblem* (1974). Den heltäckande titeln till trots behandlas främst det logiska förhållandet mellan straffbud och de konkurrensproblem som är förenade med att straffbestämmelser kan ha ett överlappande tillämpningsområde (dvs. regelkonkurrens).

Vidare har Nils Jareborg i olika framställningar behandlat hela problemkomplexet med brottlighetskonkurrens. Jareborg har i större eller mindre utsträckning behandlat frågeställningarna under flera decennier. Den mest omfattande beskrivningen av brottslighetskonkurrens återfinns i *Straffrättens gärningslära* (1995).

Vad beträffar påföljdskonkurrens är frågan mycket bristfälligt behandlad i doktrinen. Allmänna sammanställningar över påföljdsbestämningens struktur och systematik innehåller med nödvändighet vissa konkurrensspörsmål. Jareborg är den ende som i någon närmare utsträckning har berört frågeställningarna, då främst i artikelform eller i samband med allmänna framställningar om påföljdsbestämning.[20] Vad gäller de iterativa tillämpningssituationerna, har ingen genomgripande vetenskaplig analys gjorts efter Hagströmer. Samtidigt är det så att ingen del av konkurrensläran har försetts med så många och detaljerade regler (BrB kap. 34). Om man skulle parafrasera det inledningsvis i detta kapitel anförda citatet, skulle man få intrycket att lagstiftaren var mycket säker på sin sak då regleringen infördes, men att man numera är högst osäker. Detta är kanske en god beskrivning av rättsläget.

[20] Se särskilt Jareborg 1999 samt Jareborg & Zila 2000.

3 Principer för påföljdsbestämning vid flerfaldig brottslighet

Those are my principles.
If you don't like them I have others.

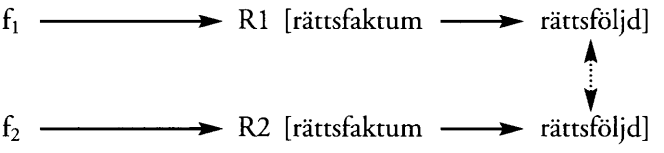
Groucho Marx

3.1 Inledning

I och med detta kapitel lämnar vi helt frågekomplexet med brottslighetskonkurrens och övergår till de fall som avser påföljdskonkurrens. Denna form av konkurrensproblem företer vissa väsentliga skillnader gentemot brottslighetskonkurrens vad gäller valet av lösningar och förutsättningar för problematiken. Utgångspunkten vid alla diskussioner rörande påföljdskonkurrens är, som angivits, att vi nu vet att det är fråga om brottsflerhet. Dvs. det är klarlagt att gärningsmannen skall anses ha begått flera brott och att han dessutom skall dömas för flera brott. De konkurrenssituationer som nu uppstår beror på reglerna om påföljdsbestämning.

Den första skillnaden som kan iakttas mellan detta frågekomplex och den tidigare diskuterade brottslighetskonkurrensen är att tillämpningssituationen ser väsentligt annorlunda ut. Konkurrensproblem uppstår inte främst på grund av ett överlappande tillämpningsområde eller därför att flera regler (eller samma regel flera gånger) är möjliga att tillämpa samtidigt på ett konkret fall (med fall avses en gärningsmans handlande i en individuell tillämpningssituation). Påföljdsbestämningen skulle i och för sig mycket väl kunna anpassas till varje brott sett isolerat, utan att hänsyn togs till det faktum att flera brott samtidigt är föremål för prövning. I praktiken skulle detta innebära att kumulationsprincipen tillämpades oinskränkt i samband med påföljdsbestämningen. Det skulle såtillvida alltid föreligga en konkurrenssituation i dessa fall, men genom att inte ta hänsyn till detta vid påföljdsbestämningen skulle samtliga problem hänföras till planet för verkställighetskonkurrens.

Vad som komplicerar bilden och föranleder behovet av tydliga lösningsprinciper är det faktum att en person, som skall dömas för flera brott, enligt huvudregeln i BrB 30:3 normalt skall ådömas *en* påföljd eller mer korrekt ett gemensamt straff. Om vi återknyter till den definition av konkurrens som gjordes i kapitel 1, så utgör detta ett exempel på en tillämpningssituation där en eller flera regler skall tillämpas på flera fall, och där det av särskilda regler framgår att resultatet skall anpassas inom vissa ramar. Annorlunda uttryckt: konkurrensen består i att flera regler (eller samma regel flera gånger) i en bestämd tillämpningssituation med vissa begränsningar är tillämpliga parallellt. Enligt den mycket elementära beskrivning av konkurrens som gjordes i kapitel 1 kan påföljdskonkurrens illustreras på följande vis (f står för fall och R för regel).



Att denna situation beskrivs som konkurrens – och inte som kollision – beror på att det är logiskt möjligt att på ett efterlevbart sätt tillämpa reglerna såväl samtidigt som kumulativt.[1] Detta skulle emellertid inte sällan vara mycket olämpligt och leda till ett resultat som framstår som orättvisa samt vålla avsevärda problem både för den dömde och för domstolar och andra myndigheter på doms- respektive verkställighetsplanet. Som påpekats intar en konkurrenslära ett slags särställning inom den juridiska dogmatiken mellan de allmänna lärorna om brott och påföljdsbestämning.[2] Detta gäller även i förhållandet mellan påföljdsbestämning och verkställighet. Att eliminera ett konkurrensproblem på en nivå innebär nästan alltid att ett annat konkurrensproblem uppstår på ett annat plan eller en annan nivå. Detta är egentligen inget egendomligt.

Detta leder oss till den andra väsentliga olikheten i förhållande till det frågekomplex som berördes vid diskussionen av brottslighetskonkurrens, nämligen de tillgängliga lösningsprinciperna. Vid påföljdskonkurrens används nämligen i stor utsträckning *asperationsprincipen*.[3]

[1] Man kan teoretiskt sett tänka sig att det i vissa rättssystem inträffar situationer som måste betraktas som kollisionssituationer, t.ex. om flera dödsstraff skall verkställas mot samma person.

[2] Se ovan avsnitt 1.2.1. Se även Roxin 2003 s. 798, Schmitt 1963 s. 44 och Warda 1964 s. 81.

[3] Angående asperation, se ovan under avsnitt 1.3.2. Vid brottslighetskonkurrens gäller frågan endast om någon skall dömas för ett eller flera brott.

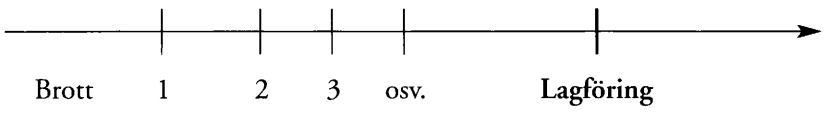
Vid brottslighetskonkurrens gäller frågan endast om någon skall dömas för ett eller flera brott. Frågan huruvida någon skall dömas för ett brott eller inte har ett slags "allt-eller-intet-karaktär". Man kan då rimligen inte avgöra frågan efter jämkning. Vid påföljdskonkurrens finns det emellertid möjlighet att tillämpa en regel och låta dess rättsföljd – i detta fall ett visst mått av straff – vara tillämplig endast till viss del. Dvs. man kan först kumulera de individuella reglernas rättsföljder för att därefter jämka totalsumman, vilket möjliggörs av att rättsföljden mäts i ett visst mått eller en bestämd mängd (en viss tid fängelse eller mängd pengar) som kan graderas skalärt. Detta erbjuder en möjlighet att differentiera påföljdsbestämningen utifrån vissa angivna kriterier. Enheterna, uttryckta i tid eller pengar, är vidare sinsemellan omvandlingsbara, vilket gör det möjligt att byta ut dem vid en sammanläggning.

I det följande kapitlet avser jag att redogöra för såväl den bestämmelse som främst medför att påföljdskonkurrens aktualiseras (BrB 30:3) som de grundläggande utgångspunkterna för påföljdsbestämning, vilka styr valet av lösningsprincip i konkurrenssituationer. Vad som främst är av intresse är att identifiera vilka *värden och intressen* som kommer att ange vilka *skäl* som skall läggas till grund för en *lösning* av konkurrensproblemen [värden/intressen → skäl → lösningsprinciper].

Mot bakgrund av hur jag ovan har beskrivit tillämpningssituationen rörande påföljdskonkurrens, kan vi konstatera att den aktuella brottsligheten kan avse – och oftast avser – brott som *inte* är begångna samtidigt (vid samma tillfälle, inom en enhet etc.). I enklaste form består påföljdskonkurrens i att domstolen vid en och samma rättegång skall ta ställning till två åtalspunkter avseende två olika gärningar för vilka åklagaren ansökt om stämning. Men situationen kan enkelt kompliceras genom att gärningsmannen fortsätter att begå brott (för vilka åklagaren väcker åtal). I praktiken kan sägas att samtliga åtal gentemot en misstänkt gärningsman ackumuleras ända till dess lagföring aktualiseras. Hela denna period kommer – från konkurrenssynpunkt – att utgöra den enhet inom vilken påföljdskonkurrens aktualiseras då någon samtidigt skall dömas för flera brott. Denna tidsperiod skapar så att säga en *påföljdsbestämningsenhet* inom vilken påföljdsbestämningsreglerna konkurrerar avseende de olika brotten. Gränsen för vilka brott som kan komma att aktualiseras i en tillämpningssituation dras noga taget då åklagaren inte längre i samma mål kan väcka åtal för nya brott.[4] Några krav på att det skall finnas ett

[4] I vilken utsträckning som åtal kan kumuleras i ett och samma mål beror dels på RB:s reglering av kumulation av åtal, dels på bestämmelser om domstols behörighet. Enligt RB 45:3 skall åtal mot någon för flera brott handläggas i en rättegång såvida inte särskilda skäl talar för att det är lämpligare med särskild handläggning. Åtal anses enligt RB 45:1 st. 2

samband eller sammanhang mellan brotten finns inte, och följaktligen kan konkurrensen mellan brotten i allra högsta grad vara reell. Tillämpningssituationen kommer således att omfatta all brottslighet för vilken åtal väckts fram till dess att ytterligare tilläggsstämningar inte längre kan tillföras målet.[5] Det nu sagda kan illustreras enligt följande (den heldragna pilen utgör nu en tidsaxel):



Det nu beskrivna avser emellertid endast den situationen att någon *samtidigt* skall lagföras för flera brott. Situationen kan enkelt kompliceras. Det kan t.ex. tänkas att åtal väcks i olika domstolar beroende på att viss del av den begångna brottsligheten inte hade upptäckts och sålunda inte var känd för åklagare eller domstol. Vidare kan det tänkas att olika åklagare handlägger olika mål gentemot samme person och att målen på grund av utredningstakt eller annat kommer att behandlas i olika rättegångar. Det kan därutöver tänkas att RB:s kumulationsregler eller regler avseende domstols behörighet förhindrar att åtal väcks i samma rättegång. Avslutningsvis är det självfallet möjligt att den dömde begår brott efter lagföringstillfället (återfall).

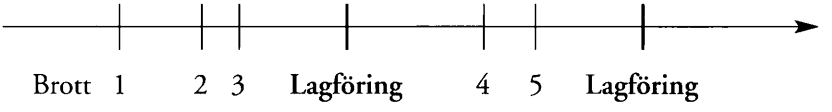
Vad som i strikt mening kommer att sammanträffa – under förutsättning att inga övriga regler beaktas – är egentligen verkställigheten av de olika påföljderna som följer av respektive dom. Utifrån bestämmelsen om gemensam påföljd i BrB 30:3 och regleringen i BrB kap. 34 står det emellertid, i flera fall av de nyss nämnda situationerna, klart att domstolen – vid

---

vara väckt i och med att stämningsansökan inkommer till rätten eller, om åklagaren utfärdat stämningen, i och med att denna delgavs den tilltalade. Undantagsvis förekommer att åtal väcks under pågående förhandling avseende förseelse i rättegång. De brott som kan komma att behandlas i ett och samma mål är således dels de som ursprungligen ingick i åtalet, dels de eventuella kompletterande åtalspunkter som tillförts målet genom tilläggsstämning. Därutöver finns möjlighet att under pågående rättegång – utan stämning – uppta mål om rättegångsförseelse (RB 45:2).

[5] Teoretiskt sett kan således ett gemensamt mål omfatta samtliga de nu nämnda åtalspunkterna. Gränsen för när det inte längre är möjligt att införa åtalspunkter i ett pågående mål torde ytterst begränsas av (1) när huvudförhandlingen avslutas, (2) reglerna som stadgar att den åtalade skall erhålla skäligt rådrum att ta del av förundersökning och förbereda sitt försvar (RB 23:18 och EKMR artikel 6) samt (3) huruvida rätten finner det vara lämpligt att målen handläggs i samma rättegång (RB 45:3).

påföljdsbestämningen i de efterföljande domarna – är skyldig att beakta den tidigare domen. Påföljdsbestämningen kommer i flera avseenden att påverkas och begränsas av tidigare domar. Graden av påverkan är delvis beroende av om den tidigare domen har verkställts till fullo eller inte. Det låter sig givetvis sägas att de iterativa situationerna kan bestå av kombinationer av nyupptäckt brottslighet och återfall. Det nu sagda kan illustreras enligt följande (den heldragna pilen utgör en tidsaxel):



Innan jag övergår till att diskutera de allmänna utgångspunkterna för påföljdsbestämningen skall vissa ytterligare avgränsningar rörande tillämpningssituationerna vid påföljdskonkurrens göras.

I avhandlingen behandlar jag påföljdsbestämning i *domstol.* Andra straffrättsliga sanktioner berörs egentligen inte. Det förutsätts således att åklagare har väckt åtal för flera brott, att domstolen nått slutsatsen att gärningsmannen skall dömas för flera brott samt (oftast) att en gemensam påföljd skall väljas.

En fråga i sammanhanget är därför hur man skall förhålla sig till de olika *summariska förfaranden* där åklagare eller polisman utfärdar föreläggande av ordningsbot eller strafföreläggande (RB kap. 48). I enlighet med hur jag tidigare definierat konkurrens, kan det givetvis vara fråga om konkurrens mellan olika påföljder. Som allmänna villkor för att strafföreläggande skall få utfärdas stadgas i RB 48:5 dels att förutsättningar för allmänt åtal föreligger, dels att föreläggandet avser alla brott av den misstänkte som åklagaren har vetskap om, dels att en eventuell målsägande inte har förklarat att han avser att föra talan om enskilt anspråk rörande annat än betalningsskyldighet i anledning av brottet, dels att talan om företagsbot inte skall föras i anledning av brottet. Strafföreläggandet innebär att den misstänkte godkänner ett bötesstraff eller – i vissa fall – en villkorlig dom eventuellt i förening med böter. I väsentliga delar gäller vad som nu har sagts om strafföreläggande även för utfärdande av ordningsbot. Skillnaden mellan ordningsbot och strafföreläggande är främst att den förstnämnda är begränsad till att avse brott för vilket ej stadgas annat straff än penningböter (RB 48:13–20). Ordningsbot får vidare utfärdas av polisman.

I båda fallen är det fråga om brott på vilket straff skall följa. Under förutsättning att det är fråga om flerfaldig brottslighet kan naturligtvis

konkurrensfrågor rörande konstruktion av straffskala för flerfaldig brottslighet, straffmätning och val av påföljd aktualiseras. Således är det fråga om påföljdskonkurrens. Den väsentliga skillnaden i förhållande till mål vid allmän domstol består i att det i dessa fall inte är domstol som handlägger ärendena. Såväl strafföreläggande som ordningsbot bygger istället på att den misstänkte godkänner föreläggandet eller boten (och erkänner gärningen), varvid brottsligheten kan beivras utan att åtal behöver väckas. Det rör sig således om de i avsnitt 1.3.3 diskuterade undantagen från åklagarnas åtalsplikt och det finns vissa likheter med det tidigare diskuterade utländska alternativen i form av "plea bargain" och "Absprachen im Strafprozess" med det väsentliga undantaget att det inte finns utrymme för någon förhandling. Som jag påpekade i nämnda avsnitt innebär inte detta att konkurrensen upphör. Den enda – icke oväsentliga – skillnaden gentemot påföljdsbestämning i domstol är att det är åklagaren eller den enskilde polismannen som nu måste avgöra för vilket brott gärningsmannen skall lagföras. Konkurrensproblematiken har endast förflyttats till en annan nivå eller ett tidigare stadium i lagföringsprocessen. Trots att det är fråga om summariska förfaranden aktualiseras lika fullt samma typ av tillämpningssituationer som då en domstol har att ta ställning till flerfaldig brottslighet vid påföljdsbestämningen. En åklagare eller en polisman måste ta ställning till hur flerfaldig brottslighet skall bedömas, vilket avser konkreta frågor såväl på planet för brottslighetskonkurrens som frågor rörande påföljdsbestämning då brottsflerhet väl har konstaterats.

Utrymmesskäl samt det faktum att frågor rörande påföljdskonkurrens i domstol är betydligt mera komplicerade, eftersom ett större antal påföljder är tillämpliga och den flerfaldiga brottsligheten kan omfatta betydligt allvarligare brottslighet, motiverar att framställningen i denna avdelning inriktas på principer för lösandet av påföljdskonkurrens i domstol.

Vad som har sagts ovan påverkar inte det faktum att samma principer kommer att göra sig gällande i samband med att tillämpningssituationerna och beslutsrätten flyttats till en annan nivå, dvs. till åklagar- eller polismyndighetsnivå. En slutsats är således att det ur principiell synvinkel inte bör råda någon skillnad mellan situationen att polis, åklagare eller domstol handlägger frågor om straff för flera brott.

3.2 Påföljdsbestämningens utgångspunkter

Vi övergår därmed till de allmänna principer som styr påföljdsbestämningen. Det är här av yttersta vikt att hålla i minnet att påföljdsbestämning består av två huvudelement, nämligen *straffmätning* och *val av påföljd*. Det finns i detta arbete ingen möjlighet att redogöra för påföljdsbestämningens bitvis mycket komplicerade struktur.[6] Men eftersom frågan om hur olika konkurrenssituationer skall lösas ytterst är avhängig vad som anses vara lämpligt eller önskvärt vid kollektiv eller gemensam bestraffning av flerfaldig brottslighet, måste något sägas om vad som allmänt sett styr påföljdsbestämningen.

Inget påföljdssystem kan – av praktiska och andra skäl (bl.a. politiska, kulturella och historiska) – sägas vara konstruerat utifrån ett enda ideologiskt synsätt eller bygga på en renodlad straffteori.[7] Det kan för övrigt ifrågasättas vad som är "en straffteori" eller "en bestraffningsideologi". Många ideologier har företrädare med högst skilda utgångspunkter och inriktningar, varför det är missvisande att tala om en allenarådande och homogen teoribildning. Alla lagstiftningsprodukter är i större eller mindre utsträckning kompromisser av idéer och principer som härrör från olika teoretiska utgångspunkter och tidsepoker.

Likaså är det, vid alla diskussioner rörande principer för påföljdsbestämning och bestraffningsideologier, av avgörande betydelse att man noterar att vad en princip eller en bestraffningsideologi implicerar inte behöver överensstämma med hur påföljdsbestämningen fungerar i praktiken.

Det finns även anledning att påminna om att all förståelse, såväl för det rådande påföljdssystemet som för en kritisk diskussion av olika bestraffningsideologier, förutsätter – oavsett vilken bestraffningsideologi man förespråkar – en uppdelning av straffsystemet i olika nivåer.[8] Genom att se straffsystemet i olika nivåer förklaras när, hur och varför de olika argumenten ges relevans.

Hart uppmärksammade att en rationell diskussion om straffsystem förutsätter att man skiljer mellan frågor som t.ex. *vad rättfärdigar generellt sett bestraffning (överhuvudtaget)?, vem bör man bestraffa?* och *hur bör man straffa?*[9] Hart menade att om vi bortser från de viktiga distinktioner som dessa frågor aktualiserar, förlorar vi möjligheten att identifiera och förstå vilka syften och berättigande skäl som bär upp straffsystemet på olika

[6] För sammanställningar rörande det svenska påföljdssystemet samt påföljdsbestämningens struktur, se bl.a. Jareborg & Zila 2000 s. 100–163 samt Jareborg 1992 kap. 8.
[7] Hart 1968 s. 3.
[8] Jfr dock Stenborre 2003 s. 16 ff.
[9] Hart 1968 s. 3 ff. samt 231 f.

nivåer. De ovan nämnda distinktionerna föranledde Hart att göra en uppdelning mellan vad han kallade "General justifying aims" och "Distribution (in punishment)". Medan teorier eller moraliska principer om varför vi straffar huvudsakligen ses ur ett framåtblickande perspektiv, varvid rättfärdigandet ligger i den (förväntade) effekten av ett straffhot, så betraktas frågan hur vi straffar ur ett tillbakablickande perspektiv och rättfärdigandet söks i tillskapandet av en relation mellan vad gärningsmannen har gjort och samhällets reaktion härpå.[10]

Uppfattningen att frågor rörande syftet med, och berättigandet av, kriminalisering och påföljdsbestämning måste skiljas åt och diskuteras på olika nivåer har vunnit bred acceptans inom doktrinen.[11] I Sverige har Jareborg tydligast uppmärksammat att straffsystemets struktur lämpligen bör beskrivas i tre nivåer.[12]

(I) Den första nivån omfattar *kriminaliseringsnivån* och befattar sig med frågeställningen varför och hur vi kriminaliserar eller, annorlunda uttryckt, belägger vissa gärningar med ett straffhot. Spörsmålen rörande varför och hur man bör kriminalisera är synnerligen omfattande. Det finns i denna framställning inte möjlighet att närmare gå in på problematiken. Jag nöjer mig med att göra vissa påpekanden som visar vilka överväganden som är av betydelse. Frågan om hur kriminalisering bör ske utelämnar jag helt och hållet.[13]

Svaret på frågan varför vi kriminaliserar olika utpekade gärningstyper är främst att staten genom hotet om bestraffning söker undertrycka vissa icke önskvärda gärningar samt uppmuntra till att vissa önskvärda gärningar företas (*allmänprevention*).[14] Skälen till att man söker undertrycka vissa gärningar är flera. Inledningsvis måste man utgå från att de utpekade gärningarna skadar, hotar eller kränker något särskilt (skydds)intresse, vilket anses förtjäna rättsordningens skydd. Vidare är det sedan århundraden tillbaka (av tradition) förutsatt att detta straffhot är nödvändigt för att skapa drägliga och anständiga förutsättningar för mänsklig samlevnad. All kriminalisering (eller hot om bestraffning) vilar på ett antagande om att

[10] Hart 1968 s. 159 ff.

[11] Se bl.a. Roxin 1997 s. 56 f., Roxin 1966 s. 381, Ross 1974 s. 110 ff. och Frände 2004 s. 20 ff. Se även Agge 1959 s. 74, Robinson 1987 s. 6, Victor 1995 s. 62 ff. samt i viss mån Mäkelä 1975 s. 276 f.

[12] Jareborg 1992 s. 135 ff. Betydelsen av nivåtänkandet har även framhållits i förarbeten och olika rapporter, se bl.a. SOU 1986:14 s. 67 ff. och BRÅ-rapport 1977:7 s.158 f.

[13] Angående frågan hur och när kriminalisering bör ske, se närmare Jareborg 2001 s. 53 ff. och SOU 1992:61 s. 110 f. Lernestedt har kritiskt granskat de olika problemen med att uppställa principer för hur och när kriminalisering bör ske, se Lernestedt 2003 (se särskilt den sammanfattande diskussionen s. 352 ff.).

[14] Raz 1979 s. 169.

den är nödvändig i syfte att undvika obegränsad vedergällning, privatjustis etc. samt skapa någorlunda drägliga förutsättningar för mänsklig samlevnad.[15]

De allmänpreventiva effekterna delas vanligtvis upp i *negativa* som avser straffhotets avskräckande funktion och i *positiva* som har att göra med internaliseringen av strafflagstiftningens normer (vilket stundom beskrivs som en moralbildande, moralförstärkande eller moralbevarande funktion). Detta begreppspar torde i kriminaliseringssammanhang i viss utsträckning kunna uppfattas som två olika aspekter av samma sak, nämligen att avhålla människor från att företa oönskade handlingar.[16] Det torde vara vanskligt att mäta vilken av aspekterna som har störst betydelse när det gäller att undertrycka det oönskade beteendet.[17] Enligt min uppfattning är det dock rimligast att betrakta den positiva allmänpreventiva funktionen som en sekundär effekt av straffsystemets existens som helhet och kriminaliseringens straffhot, varför man måste utgå från att avskräckningseffekten är viktigast.[18]

Det skall vidare framhållas att det råder olika uppfattningar om hur, och i vilken utsträckning, norminternaliseringsfunktionen fungerar. Enligt min mening kan man emellertid sammanfatta denna funktion som

[15] Se bl.a. Jareborg 1980 s. 40, Jareborg 2001 s. 45–49, Frände 1989 s. 145 och Jecheck & Weigend 1996 s. 64. Angående skyddsintressen (och rättsgoda) som utgångspunkt för kriminalisering, se Jareborg 2001 s. 51 ff., Lernestedt 2003 kap. 4 och Frände 2004 s. 22.

[16] Under förutsättning att man utgår från att den positiva allmänpreventiva effekten skall uppnås genom straffhot, skulle man kunna tänka sig en växelverkan mellan den positiva och negativa funktionen. Den negativa funktionen syftar till att avskräcka människor från att begå icke önskvärda handlingar, vilket i sin tur skapar eller förstärker positiva föreställningar hos människor om vad som är förkastligt och vad man således bör avstå från för att undvika straff. Uppfattningen att man bör avstå från det kriminaliserade handlandet ger nytt incitament att söka avskräcka potentiella lagöverträdare från att våga kränka det skyddade intresset. Man skulle kunna skilja mellan att framkalla lydnad rent instrumentellt genom avskräckning (negativ effekt) och instrumentell lydnad genom avskräckning i en normativ kontext (positiv effekt). Se von Hirsch & Bottoms & Burney & Wikström 1999 s. 39. Se även Harts distinktion mellan *internal* och *external aspect of rules*, se Hart 1997 s. 56 ff. och 255 ff.

[17] Det är behäftat med mycket stora svårigheter att överhuvudtaget mäta allmänpreventiva effekter och i synnerhet positiv allmänprevention eftersom det måste bygga på kontrafaktiska antaganden. Som Frände påpekar torde det mesta om vad som sägs om kriminaliseringens allmänpreventiva effekt basera sig på sunt förnuft och alldagliga observationer, se Frände 2004 s. 27. Man kommer med all sannolikhet att finna att de allmänpreventiva effekterna är olika beroende på i vilken kontext de undersöks, vilken brottslighet det är fråga om, vilka de potentiella brottslingarna är, vilket tidsperspektiv man mäter effekterna i etc. Se även Ashworth 1998a s. 70. Angående de praktiska svårigheterna med att mäta positiva allmänpreventiva effekter, se Schumann 1998 (inklusive hänvisningar) och von Hirsch & Bottoms & Burney & Wikström 1999 (slutsatserna presenteras på s. 45 ff.).

[18] Se även Ashworth 1998a s. 68.

att kriminaliseringen innebär ett utpekande av vissa gärningar såsom förkastliga genom att de förses med ett straffhot. Kriminaliseringen fyller, på ett allmänt plan, en *kommunikativ funktion* genom att vissa utpekade värden förmedlas till medborgarna samt att kränkningar av dessa utgör en orätt, vilken förtjänar klander.[19] Straffet utgör detta klander. Genom att visa att straffhotet realiseras vid lagöverträdelser upprätthåller staten förtroendet för rättsordningen och de normer som skyddar de utpekade värdena, varigenom normerna blir handlingsskäl för medborgare att efterfölja dem. Hela resonemanget förutsätter givetvis att straffhotet inte framstår som (helt) verkningslöst. I annat fall ställs man inför frågan varför man bör bibehålla bestraffning.[20]

Som en ytterligare funktion kan även kriminaliseringens *symbolfunktion* uppmärksammas. Eftersom en kriminalisering innebär att en viss typ av gärningar pekas ut såsom (socialt och/eller moraliskt) förkastliga, anger lagstiftaren att dessa gärningar är icke önskvärda. Symbolfunktionen indicerar att en gärningsman är klandervärd, vilket legitimerar det faktum att samhället bestraffar lagöverträdelsen. Härigenom blir det moraliska budskapet av en bestraffning begripligt. Detta undanröjer emellertid inte möjligheten att kritisera det moraliska budskapet i kriminaliseringen. Kriminaliseringen kan innehålla en moralisk konflikt. Å ena sidan finns ett moraliskt krav på lagstiftaren att inte kriminalisera gärningar om det inte finns skäl att tro att kriminaliseringen kommer att ha någon effekt. Å andra sidan är det inte oväsentligt att det finns en koherent syn på vad som utgör klandervärda gärningar. Om lagstiftaren väljer att endast kriminalisera sådana gärningar där man tror att kriminaliseringen kommer att få någon effekt, riskerar strafflagstiftningen att bli mycket fragmentarisk. Många synnerligen klandervärda gärningar skulle då aldrig synliggöras genom ett förbud i strafflagstiftning. Det kan således uppfattas som omoraliskt om en lagstiftning inte har kriminaliserat de mest klandervärda gärningarna. Symbolfunktionen fyller såtillvida en funktion att exponera de mest förkastliga och straffvärda gärningarna, även om det kan betvivlas att kriminaliseringen kommer att ha någon egentlig effekt. Exempel på brottstyper av den sistnämnda typen skulle kunna tänkas vara de svåraste miljöbrotten.

(II) Den andra nivån avser *domsnivån*. Den relevanta frågan är hur ådömande av straff bör motiveras. Det är även här viktigt att skilja mellan frågan *varför* man bestraffar överhuvudtaget och frågan *hur* bestraffning bör ske. För svenskt vidkommande besvaras den förstnämnda varför-frågan

[19] Se bl.a. Duff 2001 s. 80 ff. och von Hirsch 1998b s. 194.

[20] Se och jfr bl.a. Jareborg 1992 s. 137, BRÅ-rapport 1977:7 s. 196 ff., Roxin 1992 s. 36 f., von Hirsch 1985 s. 51 f. samt Frände 1989 s. 132 ff.

med att straff utgör den logiska eller begreppsliga konsekvensen av att ett brott har begåtts. Straffet utgör *vedergällning* för brottet och uttrycker klander.[21]

Jag är emellertid beredd att acceptera att skälen för varför vi bestraffar är mer mångfacetterat utformade och komplexa (även om dessa inte är nödvändiga för en straffrättsordning). Man kan således, utöver vedergällningsargumentet, uppmärksamma underliggande funktioner som följder av vedergällningen. Detta aktualiserar inledningsvis en *kommunikativ funktion* på bestraffningsnivån.[22] Argumentet vilar på att man betraktar människor och gärningsmän som moraliskt ansvariga agenter samt att kommunikation av *klander* förutsätter (moraliskt) ansvar.[23] Anledningen till att jag ser denna funktion som ett delsvar på frågan varför vi bestraffar, är att jag tror att den syftar till att tillfredsställa något mycket grundläggande i allt mänskligt handlande, nämligen dels behovet att reagera på händelser (uttrycka gillande eller ogillande), dels behovet av att kunna ange rationella skäl för vårt beteende. Att uttrycka ogillande och känna motvilja mot oönskade gärningar utgör en viktig del av vår moral, och att klandra kan således sägas utgöra en värdering av att något uppfattas som oönskat.[24] Detta implicerar nu inte att klander förutsätter straff. Klander behöver ju inte uttryckas i en straffrättslig kontext.[25] Däremot förutsätter bestraffning klander.[26]

Den nu diskuterade kommunikationen skiljer sig från den tidigare nämnda avseende samhällets eller statens kommunikation när det gäller kriminalisering av gärningar (även om det finns viss överlappning). Den kommunikativa funktionen rörande bestraffning är rent instrumentell och kan enligt min uppfattning sägas fungera i två led. Inledningsvis finns en relation mellan samhället och den individuelle gärningsmannen. Eftersom bestraffningen handlar om att förmedla klander upplyses den dömde genom domen om att han gjort något orätt som bemöts med ogillande

[21] von Hirsch 2001 s. 36 ff. och Jareborg & Zila 2000 s. 64. Författare i andra länder är delvis av annan uppfattning. Jfr Lacey 1988 s. 22 ff. Beträffande uppfattningen att straff utgör vedergällning framhåller Frände att begreppet "vedergällning" har religiösa undertoner och förutsätter att den som vedergäller har valfrihet att avgöra huruvida bestraffning skall ske eller inte. Jag tror inte att den institutionaliserade form av vedergällning som sker genom bestraffning lämpligen skall uppfattas på detta vis, jfr Frände 1989 s. 144 f.

[22] Duff 2001 s. 81.

[23] Strawson 1974 kap. 1 (se särskilt s. 16 f. och 21 ff.), von Hirsch 2001 s. 43, Jareborg 1992 s. 235 och Asp 1998 s. 378 ff.

[24] Se Strawson 1974 kap. 1 (se särskilt s. 6 ff. och 13 ff.), von Hirsch 1982 s. 111 och Murphy i Murphy & Hampton 1988 s. 8 och 16 ff.

[25] Jfr Kleinig s. 67.

[26] Jareborg 1992 s. 235. Det skall dock noteras att Jareborg anger att det för att rättfärdiga bestraffning i ett enskilt fall inte krävs mer än att gärningen är kriminaliserad.

och vidare får han i straffet ett mått på hur mycket klander som hans beteende förtjänar.[27] Vidare kommunicerar samhället med samtliga medborgare när någon bestraffas.[28] Denna aspekt är inte densamma som på kriminaliseringsplanet, även om ett visst släktskap finns.[29] På bestraffningsnivån handlar det inte om att avskräcka människor från att företa vissa gärningar. På bestraffningsplanet kommunicerar samhället inledningsvis med övriga medborgare genom att demonstrera att vedergällning (i form av straff) faktiskt äger rum, vilket i sin tur visar att straffhotet inte är tomt. Denna aspekt är viktig om staten har monopol på bestraffning och syftar till att avhålla människor från privatjustis. Vidare kommuniceras domstolens värdering av hur klandervärt någons beteende är. Detta möjliggör för en rationell kritik av domstolars arbete samt en utvärdering av hur klandervärdhet skall graderas. Kommunikationen syftar således till att uttrycka hur klandervärt något är på ett generellt – och inte partikulärt – plan.[30]

Den kommunikativa funktionen är förenlig med mer subtila budskap. Den kan sålunda förenas med tilldelning av mer positiva värden, såsom t.ex. medkänsla, tolerans och respekt. Som kommer att diskuteras senare kan man se frågor relaterade till *val av strafform* samt *utrymmet för tolerans* som delar i en kommunikation med gärningsmannen. Frågor med anknytning till betydelsen av återfall, möjligheten att erhålla icke frihetsberövande påföljder, förverkande av villkorligt medgiven frihet etc. kommer till uttryck i bestraffningen genom att den dömde förtjänar såväl klander eller varning som viss förståelse, tolerans eller en "andra chans".

Utöver den rent begreppsliga vedergällningsförklaringen samt kommunikationsargumentet menar jag att även argument hänförliga till likabehandling, rättvisa och förutsebarhet kan åberopas till stöd för varför vi

[27] Detta förutsätter förvisso inte att gärningsmannen måste ta intryck av klandret på så sätt att han ångrar sig eller på andra sätt gör bot för brottet. Jfr Duff 1998 s. 163 ff. Flera författare har uttryckt kritik mot synsättet att bestraffning utgör en uppmaning till ånger eller botgöring, se bl.a. von Hirsch 2001 s. 39 och Walker 1991 s. 79 f. Jag tror inte heller att man kan närma sig problemet genom att omvandla kommunikationen till någon form av övertalning, där den skall tillgodose ett preventivt syfte, jfr Duff 1998a s. 189. Kommunikationen är instrumentell på det viset att den rättfärdigar varför och hur någon klandras genom bestraffning. Den dömde ges en chans att rätta sig efter domen samt en möjlighet att förstå dess konsekvenser. Men i övrigt finns inget preventivt mål med bestraffningen. Enligt min uppfattning är argumentet mer etiskt än funktionellt.

[28] Duff 2001 s. 80.

[29] Den väsentliga skillnaden mellan (den moraliska) kommunikation som äger rum i och med bestraffningen och lagstiftarens kommunicering av värden och ideal i samband med kriminalisering är att den sistnämnda är framåtblickande medan den förstnämnda är tillbakablickande. För en liknande synpunkt, se Hudson 2003 s. 50.

[30] Se och jfr Duff 2001 s. 156 ff.

straffar.[31] Vissa författare anger att bestraffning behövs för att upprätthålla straffrättens allmänpreventiva effekt. Svaret på varför vi straffar skulle således sammanfalla med upprätthållandet av den avskräckande och moralbildande funktionen.[32] Jag vill hellre se det som en moralisk rättviseregel. I syfte att undvika fragmentarisk, godtycklig och oenhetlig bestraffning, måste – såsom huvudregel – alla som befunnits vara skyldiga till brott bestraffas. Detta beror inte så mycket på att man skall uppnå preventiva effekter av bestraffningen, som på att rättviseskäl förutsätter att alla (som befunnits vara ansvariga) behandlas på ett likartat sätt. På samma sätt som vi kan uppleva det som orättvist om samma gärning möts med olika grader av klander (ogillande), skulle det vara orättvist om vissa uppdagade brott inte lagfördes eller bestraffades alls.[33] En sådan uppfattning utesluter på intet sätt att påföljder differentieras, meddelas i form av varning eller i vissa speciella fall efterges. I vilken utsträckning som detta är möjligt bestäms utifrån principerna för hur vi bör straffa. Min poäng är endast att ett grundläggande krav på att vedergällning skall vara konsekvent, generell och likartad i viss utsträckning också kan motivera varför vi straffar.[34] Detta motsäger emellertid inte att förmedlingen av klander är den centrala funktionen.[35]

Om vi därmed lämnar frågan varför vi bestraffar och övergår till frågan *hur* bestraffningen bör ske, så kan vi konstatera att denna kan besvaras utifrån olika preventionsargument eller rättvisekonceptioner. För svenskt vidkommande är den sistnämnda aspekten den mest väsentliga. Utredningsarbetet som föregick den svenska påföljdsreformen 1989 var i många avseenden präglat av en rättvisekonception som betonar att straff skall utmätas (eller att klander skall utdelas) efter *förtjänst*. Vad man förtjänar beror på efter vilka värden man låter tilldelningen ske, men klart är att det

[31] Se Hart 1997 s. 159 ff. och Lacey 1988 s. 25.

[32] Se bl.a. Frände 2004 s. 29. Jareborg är beredd att acceptera "en viss allmänpreventiv verkan" av den samlade mängden domar därför att den konkretiserar det allmänna straffhotets karaktär. Se Jareborg 1992 s. 139. Gross anger att straffrätten "seeks to keep itself credible through its enforcement and to maintain the general attitude of respect ... that makes most people most of the time think it matters crucially what the law says when choosing what to do." Hans slutsats blir att "Impunity would destroy the law". Se Gross 1992 s. 103.

[33] Denna funktion ligger nära vad Frände beskriver som domarens plikt att efterkomma lagen, vilket skapar ett slags lojalitetsprincip, se Frände 1989 s. 144.

[34] Se och jfr Wasserstrom 1980 s. 138 ff.

[35] von Hirsch 2001 s. 44 och Wasserstrom 1980 s. 121. Jfr de författare som anser att bestraffningens syfte är att återställa den balans mellan fördelar och nackdelar som rubbats i och med brottet. Hudson ger en god sammanfattning av de olika argumenten, se Hudson 2003 s. 47 ff.

finns ett komparativt element i bilden (A förtjänar mer X än B).[36] Vad man jämför kan variera, t.ex. beröm, bidrag, uppmuntran eller skuld. Det relevanta kriteriet eller värdet som avgör hur mycket man förtjänar vid bestraffning är graden av (moralisk) skuld eller hur straffvärd man är med hänsyn till vad man har gjort. Eftersom den brottsliga gärningen har utpekats som förkastlig, bör straffet ge uttryck för gärningens grad av förkastlighet, vilken därefter justeras efter den skuld som kan tillskrivas gärningsmannen. Dvs. straffet skall vara proportionellt till brottets svårhet, vilket ytterst baseras på en retrospektiv objektiv moralisk bedömning av gärningens förkastlighet och det klander som gärningsmannen förtjänar.[37] Den bestraffningsideologi som lägger tonvikten vid proportionell bestraffning efter förtjänst benämns ofta *just desert*.[38] Proportionalitet utgör emellertid endast ett av elementen i en mer grundläggande rättvisekonception som styr påföljdsbestämningen. Vid sidan av proportionalitet finns andra moraliska begränsande principer och värden som styr hur bestraffningen bör utformas (däribland humanitet och likabehandling).

Sammanfattningsvis vilar det svenska påföljdsbestämningssystemet i allt väsentligt på dels en princip om att straff skall bestämmas utifrån brottslighetens svårhet och utgöra en rättvis och proportionell reaktion på det klander som gärningsmannen förtjänar, dels en humanitetsprincip som stadgar att fängelse i möjligaste mån skall undvikas. Innehållet i – eller innebörden av – dessa principer kommer att behandlas mer ingående nedan i avsnitt 3.3 och 3.4.

(III) Den tredje och sista nivån är *verkställighetsnivån*, som hänför sig till själva realiseringen av straffdomen. Varför-frågan bygger, som tidigare, på ett begreppsligt förhållande: om en ett straff har utdömts, så skall det verkställas. När det kommer till förklaringar avseende *hur* verkställighet av en utdömd påföljd lämpligast bör utformas, kan här helt andra hänsyn göra sig gällande än vad som sker på de tidigare nivåerna. För svenskt vidkommande är såväl prospektiva individualpreventiva hänsyn som etiska värden – där särskilt intresset av att åstadkomma en human kriminalvård betonas – relevanta. I förarbetena till 1989 års påföljdsreform understryks att även om det saknas belägg för att vård eller behandling i någon påtaglig utsträckning kan minska riskerna för återfall i brott, så bör inte detta innebära att man avstår från att sträva efter att inom ramen för de

[36] Jareborg 1980 s. 31.

[37] Wasserstrom 1980 s. 121, Jareborg 1992 s. 144 och von Hirsch 2001 s. 50 ff.

[38] Denna ideologi har i vissa sammanhang benämnts *nyklassicismen*, vilket anspelar på en förmodad koppling till den klassiska straffrättsskolan. Denna hänsyftning har tillbakavisats av flera författare, se bl.a. von Hirsch & Jareborg 1987 s. 300 f. Jfr Löfmarck 1986 s. 49.

ådömda påföljderna så långt som möjligt genom stöd och hjälp söka underlätta de dömdas resocialisering.[39]

Förväntningarna på sådana ambitioner bör förmodligen inte ställas särskilt högt. Av samma skäl som anförts beträffande individualpreventionens misslyckande vad gäller påföljdsbestämning, finns det anledning att tro att olika insatser inte kommer att ha något avgörande inflytande på fortsatt brottslighet eller den dömdes resocialisering. Däremot ger den etiska aspekten oss goda skäl att utforma kriminalvården med en ambition att göra kriminalvården moraliskt anständig, dräglig för de dömda samt konstruktiv för den som vill ta chansen att bryta ett tidigare destruktivt eller kriminellt livsmönster etc.[40] Man skulle kunna uppfatta detta som ett etiskt krav. Mottagliga interner eller dömda erbjuds möjlighet att förändra sina liv. Under alla omständigheter bör man undvika att de dömdas levnadsförhållanden blir sämre eller innebär ett incitament att fortsätta begå brott eller utvecklas i en negativ riktning.[41] Litet förenklat uttryckt kan sägas att även om verkställigheten inte kan förbättra den dömde, så bör man i vart fall söka undvika att försämra dennes förutsättningar (utöver vad som sker genom själva frihetsberövandet). Summan av det sagda är således att man på verkställighetsnivån främst av etiska skäl kan – och bör – kosta på sig att försöka med någon form av konstruktiva behovsinriktade insatser även om man inte har någon större förhoppning att detta skall leda till mindre brottslighet statistiskt sett (än mindre uppställa detta som en förutsättning för att sådana stöd- och behovsinriktade åtgärder skall vidtas). Utformningen av verkställigheten måste dock beakta intresset av likabehandling.

Poängen, vilken inte sällan förbises, med att betrakta straffsystemet i det ovan diskuterade strukturperspektivet – med tre separata nivåer – är att tydliggöra hur olika argument får olika relevans på olika nivåer.[42] Här-

[39] Se SOU 1986:14 s. 76 och 1987/88:120 s. 38.

[40] Borgeke 2002 s. 112.

[41] I tysk rätt talar man ibland om en humanitetsgrundsats (*der Grundsatz der Humanität*) som en av de grundläggande principerna för kriminalpolitiken. Humanitetsgrundsatsen syftar till att resocialisera och återbörda brottslingar till den samhälleliga gemenskapen, vilket i sin tur utesluter olika former av straff som t.ex. dödsstraff. Framförallt är humanitetsgrundsatsen en ledstjärna beträffande verkställigheten av olika straff. Se närmare Jescheck & Weigend 1996 s. 27 f.

[42] Lacey riktar kritik mot Hart och hävdar att hans uppdelning inte ger svar på frågan när förtjänstprincipen skall offras för andra intressen. Hon efterfrågar hur en princip om bestraffning baserad på förtjänst relaterar till det grundläggande syftet med kriminalisering baserad på allmänprevention eller utilitarism. Bortsett från att Laceys kritik inriktar sig på det relativt rudimentära nivåtänkande som Hart diskuterade, vilket gör kritiken mindre relevant, tror jag att frågeställningen ändock är felaktig. Den leder ingen vart

igenom kan missförstånd och felaktiga orsakssamband undvikas.[43] En annan sak är sedan att olika straffrättsteoretiker kan ha olika uppfattningar om vilka bestraffningsideologiska överväganden som bör ligga till grund för regleringen av respektive nivå.[44] Men att bortse från skillnaden mellan en bestraffningsideologis, eller en princips, teoretiska grund och dess praktiska konsekvenser samt att inte uppmärksamma att bestraffningsideologierna spelar olika roller på olika nivåer är att inbjuda till ändlösa resonemang och stor förvirring där det enda man kan vara säker på är att man inte diskuterar samma sak.

Det står nu klart att den viktiga nivån för den fortsatta diskussionen i denna framställning är *domsnivån*, dvs. frågor rörande hur påföljdsbestämningsregler bör utformas. Av detta följer att konkurrensfrågor med anknytning till – eller som utgör en del av – påföljdsbestämningsläran, måste utgå från svar som givits på varför- och hur-frågorna rörande påföljdsbestämning. För det fall att vi eftersträvar ett värderingsmässigt sammanhängande system – vilket jag hävdar att vi måste göra – blir vi härigenom bundna av de bestraffningsideologiska överväganden som har legat till grund för påföljdsbestämningsläran. Bestraffning sker således därför att den utgör en logisk eller begreppslig följd av att det har konstaterats att en viss person har begått ett brott.[45] När vi avgör hur gärningsmannen skall bestraffas är det primärt väsentliga att straffet uttrycker den grad av förkastlighet som gärningen har inneburit samt det klander som gärningsmannen förtjänar.

Det står likväl klart att individualpreventiva eller andra aspekter kan anses vara relevanta vid bedömningar av *verkställighetskonkurrens*. Mot bakgrund av att jag inledningsvis har begränsat framställningen till att

---

eftersom den inledningsvis förutsätter att det finns ett samband mellan varför-frågan och hur-frågan. Vidare blandar Lacey enligt mitt förmenande ihop frågor rörande principer för bestraffning på ett generellt plan med undantag från bestraffning motiverade av andra skäl (t.ex. preventiva skäl, humanitetsskäl etc.) Jfr Lacey 1988 s. 47 ff.

[43] Detta är också skälet till att det inte är fruktbart att diskutera i termer av absoluta och relativa straffteorier, se Jareborg & Zila 2000 s. 63 f. I sammanhanget är det intressant att notera att nivåuppdelningen följer den klassiska maktdelningslärans uppdelning av den lagstiftande, dömande och verkställande makten, se Victor 1995 s. 63.

[44] Se t.ex. Wennbergs kritik av det nuvarande påföljdssystemet i vilken hon hävdar att det måste finnas ett samband mellan varför vi straffar (nivå 1 – kriminalisering) och hur vi straffar (nivå 2 – dödomandet av straff), se närmare Wennberg 1994 s. 331 ff. Liknande uppfattning har framförts av Löfmarck, se bl.a. Löfmarck 1986 s. 412 f. Det ligger möjligtvis något i påståendet om man med detta menar att den samlade mängden domar måste ha en allmänpreventiv effekt genom att de (tillsammans) visar att straffhotet inte är tomt. I övrigt är det uppställda kravet på samband svårbegripligt. *Varför* man gör något implicerar inte med någon logisk nödvändighet *hur* man bör göra det.

[45] Hassemer konstaterar att straffet rättfärdigas av normen och att en överträdelse av normen rättfärdigar bestraffning av brottet, se Hassemer 2001 s. 411 f.

inte behandla denna konkurrensform, saknas det strängt taget anledning att närmare gå in på frågan i vilken utsträckning som dylika överväganden kan vara relevanta. Emellertid kan man, ur ett historiskt dogmatiskt perspektiv, notera att vissa konkurrensproblem har lösts genom att de har förflyttats från ett konkurrensplan eller en konkurrensnivå till en annan. Inför det fortsatta arbetet med att analysera skälen för hur en viss konkurrensproblematik bör lösas, kan det därför vara en värdefull insikt att olika bestraffningsideologiska hänsyn kan ges olika betydelse på olika nivåer i straffsystem för det fall att vi senare skulle vilja förflytta vissa frågor rörande påföljdskonkurrens till nivån rörande verkställighetskonkurrens.

3.3 Proportionalitetsprincipen

3.3.1 Om retrospektiv och prospektiv proportionalitet

Av vad som har sagts i föregående avsnitt följer att straff skall utmätas proportionellt i förhållande till det klander som gärningsmannen förtjänar. Vad som återstår är att avgöra vad "proportionellt" betyder samt att säga någonting närmare om vad den proportionalitetsprincip som präglar påföljdsbestämningsläran innebär.

Enligt Svenska akademins ordbok definieras proportionalitet såsom egenskapen "att vara *proportionell*", vars betydelse i sin tur förklaras såsom att vara "stående i proportion till", "anpassad till" eller "avvägd efter". Termen proportionell anger således ett bestämt förhållande mellan två eller flera storheter. Vilka dessa storheter är eller hur förhållandet skall bestämmas lämnas emellertid öppet. Definitionen säger oss inte heller ur vilket perspektiv vi skall bedöma proportionaliteten, efter vilket syfte avvägningen skall ske eller vilken betydelse som respektive storhet skall tillmätas.

Jag tror att det är av vikt att göra klart för sig att proportionalitet såsom princip kan ses i flera olika perspektiv och sålunda ges olika innehåll beroende på vilken sorts proportionalitet man avser. Inledningsvis bör man skilja mellan *prospektiv* och *retrospektiv* proportionalitet. Asp har på ett klargörande sätt illustrerat skillnaderna mellan dessa två typer av proportionalitet.[46] Prospektiv proportionalitet behandlar relationen mellan mål och medel.[47] Dvs. att förhållandet mellan straff och/eller andra sanktioner skall stå i proportion till det uppställda målet, vilket är avskräckning. Asp

[46] Se Asp 1998 kap. 4. Asp, som behandlar proportionalitet inom ramen för EG:s sanktionsrätt, benämner de olika formerna av proportionalitet för A-proportionalitet respektive S-proportionalitet.

[47] Asp 1998 s. 93.

påpekar att detta främst skall uppfattas som en konstitutionell eller förvaltningsrättslig princip som anger att man bör begränsa användandet av bördor (i form av sanktioner, straff m.m.) till sådana som är nödvändiga, dugliga samt rimliga.[48] Principen är prospektiv i den bemärkelsen att den relaterar till förhållandet mellan den förskrivna åtgärden och ett framtida mål och motiveras främst av ett rimlighets- eller skälighetstänkande.[49] Syftet med att föreskriva proportionalitet mellan åtgärd och mål är tydligtvis att man anses böra begränsa graden av ingripande till vad som är nödvändigt samt sätta bortre gränser för vad som är rimligt.[50]

Det står härmed klart att denna form av proportionalitet (som bygger på tilldelning efter behov) skiljer sig från den tidigare diskuterade proportionalitetsprincipen i straffrätten, nämligen straffvärdeproportionalitet (som bygger på tilldelning efter förtjänst). Behovskriterier må kunna uppskattas i förväg. Betydligt svårare är det att bedöma förtjänst i ett prospektivt perspektiv. Eftersom rättvisekonceptionen bygger på att gärningsmannen förtjänar något, torde det vara klart att proportionaliteten är retrospektiv.

Vad gäller frågan om efter vilka kriterier som förtjänsten skall mätas, har jag i avsnitt 3.2 konstaterat att bestraffning bör vara proportionell till *brottets svårhet* och *gärningsmannens klandervärdhet* såsom den kommit till uttryck i gärningen. Härigenom vet vi vilka de relevanta storheterna är. Vad som nu återstår är att hitta någon form av mått eller måttstock efter vilka dessa entiteter skall mätas och jämföras. I annat fall är det inte möjligt att säga något om förhållandet. von Hirsch och Jareborg har i denna del gjort en mycket viktig inledande ansats vad gäller kriterierna för en sådan mätning av brottets svårhet utifrån en analys rörande hur mycket brottet påverkar offrets levnadsstandard.[51] Fokuseringen på levnadsstandard innebär att modellen endast är tillämplig på offerrelaterad brottslighet. von Hirsch har vidare diskuterat förutsättningarna för en liknande metod för att mäta ingripandegraden vad gäller påföljder.[52]

Det finns i detta arbete inte möjlighet att närmare redogöra för hur straffmätningen bör gå till. Vissa korta påpekanden av allmän karaktär skall emellertid göras. Det svenska påföljdssystemet är uppbyggt kring en tydlig uppdelning i straffmätning och påföljdsval, vilka regleras i två skilda kapitel (BrB kap. 29 och 30). De vägledande principerna bakom straffmätningen är proportionalitet och billighet. Det centrala begreppet vid straff-

[48] Asp 1998 s. 96 ff.
[49] Asp 1998 s. 96.
[50] Asp diskuterar huruvida kravet på duglighet självständigt tillför proportionalitetsbegreppet någon funktion, se Asp 1998 s. 97 ff. med vidare hänvisningar.
[51] von Hirsch & Jareborg 1991.
[52] von Hirsch 1993 s. 33 ff. och von Hirsch 1998.

mätningen är *straffvärde*, vilket utgör en beteckning på funktionen av den skada, fara eller kränkning som gärningen inneburit samt den brottsliges skuld sådan den har kommit till uttryck i gärningen i form av insikter, avsikter eller motiv. När jag i det följande talar om proportionalitetsprincipen inom straffrätten avses en princip om *straffvärdeproportionalitet*.

Till hjälp vid fastställandet av straffvärdet finns dels brottsinterna omständigheter som framgår av rekvisiten i det enskilda straffbudet, dels brottsexterna omständigheter som utgör ett slags sammanfattningar av omständigheter som allmänt sett alltid skall beaktas i försvårande eller förmildrande riktning oavsett brottstyp (BrB 29:2 och 29:3). Samtidigt är det viktigt att påpeka att straffvärdebedömningen enligt BrB 29:1 skall ske med hänsyn till en enhetlig rättstillämpning, vilket innebär att bedömningen i allt väsentligt måste vara objektiv och att de konkreta gärningarnas straffvärde skall jämföras med andra liknande brott. Huruvida detta kan innebära problem är omdiskuterat.[53] Straffvärdebedömningen är således i sin helhet retrospektiv. Samtidigt är det viktigt att framhålla att andra faktorer utöver straffvärdet kan beaktas vid straffmätningen. I särklass viktigast i detta sammanhang är de s.k. billighetshänsynen, som består av omständigheter hänförliga till gärningsmannens person eller omständigheter som har inträffat efter brottet.[54]

3.3.2 Olika former av retrospektiv proportionalitet

Distinktionen mellan retrospektiv och prospektiv proportionalitet bygger på en jämförelse i tidsmässig riktning mellan de olika entiteterna. Om man uppehåller sig vid retrospektiv proportionalitet kan jämförelserna

[53] En aspekt på problematiken är att jämförelserna främst tar sikte på de kvalitativa skillnader som finns mellan olika brott, vilket innebär att straffvärdebestämningen kommer att bli delvis progressiv (dvs. en förhöjning av straffvärdet för ett enskilt brott förutsätter att det finns en reell kvalitativ skillnad i svårhet). Det är emellertid inte säkert att de stegvisa skillnader i straffvärde som används i praxis återspeglar graden av straffvärde. Se närmare Jareborg & Zila 2000 s. 108. Andra författare har påpekat att objektiviseringen av straffvärdefaktorer innebär ett problem på grund av att de är otillräckliga för att värdera den enskilde gärningsmannens individuella ansvar och skuld, se t.ex. Tonry 1994 s. 151. Enligt min uppfattning undanröjer de kompletterande billighetsskälen de flesta av dessa invändningar.

[54] Trots att billighetsskälen inte har att göra med straffvärdet på den konkreta gärningen, torde dock flertalet av de s.k. billighetsskälen anses vara förenliga med den rättvisekonception som bygger på förtjänst och klander. Särskilt vad gäller intresset av att undvika dubbelbestraffning samt graden av klandervärdhet kan förtjänstargument åberopas till stöd för billighetsskälen trots att de inte har med den konkreta gärningens straffvärdhet att göra. Se bl.a. Jareborg & Zila 2000 s. 130 ff. och von Hirsch 2001 s. 94. Billighetsskälen har även en stark koppling till den s.k. humanitetsprincipen, se Lappi-Säppälä 2002 s. 407.

mellan brott och straff göras efter olika beskrivningar av entiteterna brott och straff. Man måste härvid skilja mellan *relativ* och *absolut* proportionalitet.[55]

Med *relativ proportionalitet* avses frågan hur olika brott bestraffas i förhållande till varandra.[56] Att proportionaliteten härvid är relativ innebär – mot bakgrund av att vi utgår från att med rättvis bestraffning avses ett mått på det klander som gärningsmannen förtjänar – att det råder proportionalitet mellan hur olika svåra brott bestraffas. Hur denna relation ser ut beror på hur vi värderar klandervärdheten hos respektive brott. I detta sammanhang är inte utformningen av bestraffningen (val av strafform, den allmänna repressionsnivån eller i vilka enheter straff mäts) av betydelse. Relativ proportionalitet rör endast frågan om inbördes rangordning mellan brott utifrån deras svårhet. Hur vi än väljer att bestraffa ett brott, så följer att lika svåra brott skall erhålla lika stränga straff (ekvivalens) samt att straffen rangordnas så att de återspeglar brottens relativa svårhet.[57] von Hirsch uppställer för principen om relativ proportionalitet därutöver ett ytterligare krav, nämligen att det finns en tillräcklig spännvidd i straffskalan efter vilken straffen kan spridas ut och därigenom någorlunda tydligt åskådliggöra *hur mycket strängare* man ser på ett visst brott i förhållande till ett annat.[58] Principen om relativ proportionalitet är såtillvida bestämmande i den betydelsen att den uppställer krav på hur bestraffningen mellan olika brott skall förhålla sig.[59]

I alla system som bygger på att straffet skall återspegla graden av klandervärdhet i det begångna brottet är principen oeftergivlig. Däremot säger den oss ingenting om *hur mycket* något skall bestraffas för att vara proportionellt. Denna fråga anses av vissa författare kunna besvaras utifrån någon form av *absolut proportionalitet*, vilken således skulle ange vad som utgör

[55] Synonymt med relativ och absolut proportionalitet används *ordinal* och *kardinal* (eller icke-relativ) proportionalitet, se von Hirsch, 1993 s. 18 f., von Hirsch 1985 s. 40 ff., Jareborg 1999 s. 277, Duff 2001 s. 133 ff. och Hudson 2003 s. 45.

[56] von Hirsch 2001 s. 56, Jareborg 1999 s. 277 och Duff 2001 s. 133 ff.

[57] Med *rangordning* avses en jämförelse inom en bestämd klass (vilken bestäms av en viss faktor) där de olika individerna ordnas i en serie. Om den relevanta faktorn, t.ex. straffvärde uttrycks i längden på fängelse, kan man (med hjälp av en talserie) rangordna fängelsestraff efter dess längd. Rangordning bör skiljas från en *gradering*. Graderingar utgör också en form av jämförelse men skiljer sig ifrån rangordning på det sättet att den sker utifrån en bestämd måttstock. Denna måttstock kan vara en fastställd rangordning av olika möjliga fall. På den befintliga skalan kan olika brottstyper graderas utifrån hur straffvärda de är. Likaså kan man gradera straff/påföljder utifrån hur ingripande de är. Inom respektive brottstyp kan därefter olika brott eller brottskombinationer rangordnas. Se Jareborg 1975a s. 27 f. samt Baier 1958 s. 59 f.

[58] Se, von Hirsch 1985 s. 40 ff. och von Hirsch 1993 s. 18 f. von Hirsch 2001 s. 58.

[59] Se Jareborg & Zila 2000 s. 68 f. Jfr Morris som anser att proportionalitet endast är en begränsande princip, se Morris 1998 s. 180 ff. samt Morris 1982 s. 161 ff.

ett proportionellt straff. Annorlunda uttryckt: vad gärningsmannen förtjänar går att uttrycka i någon form av absoluta tal eller i ett värde. En princip om absolut proportionalitet är i så fall bestämmande.

Ett alternativ till detta är att uppfatta absolut proportionalitet som begränsande. Vissa menar sålunda att det finns vissa begränsningar i hur straffnivåerna kan förläggas i ett straffsystem. Genom att en fixering av straffsystemet således måste ske inom vissa begränsande ramar, existerar någon form av absolut proportionalitet.[60]

Personligen ställer jag mig tveksam till att det finns dylika begränsningar som följer av ett proportionalitetsresonemang. Möjligtvis kan det förefalla vara naturligt att påstå att man kan ange vad som (uppenbarligen) *inte* är proportionellt. T.ex. skulle man kunna hävda att dödsstraff inte är ett proportionellt straff för att uttrycka det klander som snatteri förtjänar eller att böter inte kan uttrycka något proportionellt klander för t.ex. ett mord.[61] Enligt min uppfattning är nog en mer korrekt reaktion på ett sådant straffsystem att det är *orimligt*, men för den skull inte nödvändigtvis oproportionellt. De begränsningar som finns är av moralisk och etisk natur, vilka – i sig – utgör goda skäl för att bevara och skapa ett straffsystem med en måttlig repressionsnivå. Men detta har inget att göra med vad gärningsmannen förtjänar eller hur proportionalitet skall bestämmas i absoluta termer.

Om man inte tror att det i absoluta tal går att ange vad en gärningsman förtjänar i straff, så innebär inte detta att det måste saknas en måttstock enligt vilken den relativa proportionaliteten kan mätas (i termer av mer eller mindre). Däremot måste den konstrueras utifrån andra hänsyn än ett mått på proportionalitet. Till skillnad från vad som gäller för den relativa proportionaliteten, så kan man därvidlag inte exakt bestämma vad som utgör ett proportionellt straff till ett visst brott. Principen är således endast begränsande och frågan om vilket straff som skall knytas till ett visst brott ytterst avhängigt värderingar och traditioner i samhället. Den absoluta proportionaliteten är såtillvida – med Jareborgs formulering – kulturellt relativ och därmed faller tanken på att det skulle finnas en absolut måttstock.[62]

Vad det istället handlar om är att ringa in en allmän repressionsnivå, vilket sker genom konstruktion av straffskalor med en viss spännvidd och genom angivande av vilka straff som skall användas för att återspegla det klander som straffet uttrycker. Hur proportionalitet mellan brott och straff bedöms i praktiken är avhängigt andra faktorer och intressen. Som

[60] von Hirsch 2001 s. 60 f. och Ashworth 2000 s. 101.
[61] Se Ashworth 2000 s. 101.
[62] Jareborg 1988a s. 92.

exempel kan nämnas rådande människosyn, föreställningar om preventionsbehov, behov av försoning med andra i en social gemenskap samt beaktande av humanitetens krav.[63] Det är såtillvida möjligt att förena en princip om relativ proportionalitet med allmänna föreställningar om behov av brottsprevention och humanitet.[64]

Det finns emellertid vissa praktiska premisser att utgå från. För det första måste man förutsätta att det finns såväl övre som nedre gränser för bestraffning. Vad gäller den förstnämnda kan man i absoluta tal (om vi håller oss till de gällande strafformerna av olika former av frihetsberövande och böter) säga att den bortersta gränsen är frihetsberövande på livstid samt böter bestående i en människas totala förmögenhet. Om man skall kunna gradera brottslighet och rangordna olika former av brottslighet, så har vi endast en människas livslängd och förmögenhet att laborera med. Det finns emellertid inga hinder mot att låta ett straffsystem baserat på proportionalitetsideologin bygga på en måttlig repressionsnivå.[65]

Vad gäller de möjliga nedre gränserna för repressionsnivån så kan man på ett teoretiskt plan hävda att det inte finns någon nedre gräns och att ett straff kan vara hur lindrigt som helst utan att äventyra proportionalitetsprincipen; dvs. ett straff behöver inte innefatta något som helst lidande eller obehag så länge som det uttrycker det klander som krävs för att återspegla gärningsmannens ansvar och skuld såsom den har kommit till uttryck i ett brott.[66] Säkerligen är det på detta vis, men det förutsätter ett samhälle där enbart lagens straffhot verkar avskräckande eller moralbildande/moralförstärkande. En mer realistisk angreppsvinkel för att fastställa repressionsnivåns nedre gräns leder till att man måste acceptera att straff innefattar ett lidande av något slag för att lagens straffhot inte skall framstå som innehållslöst och de preventiva effekterna av straffhotet helt utebli. Detta straffhot måste vidare för vissa brott bli (mycket) strängt.

3.3.3 Proportionalitet och det svenska påföljdssystemet

På ett övergripande plan kan man säga att de svenska reglerna om straffmätning och påföljdsval idag är utformade efter en princip om att straffets stränghet skall grundas på brottets svårhet eller förkastlighet med beaktande av intresset av proportionalitet och ekvivalens samt att de tidigare gällande preventionsidéerna vid bestämmandet av påföljd i de enskilda fallen har fått träda tillbaka till förmån för proportionalitet och humani-

[63] Se Jareborg & Zila 2000 s. 69 f.
[64] Se von Hirsch 1993 s. 42 ff.
[65] Jareborg har träffande kallat kravet på att ett absolut straffmaximum bör finnas samt att detta bestäms utifrån elementär moralisk anständighet för "livet-är-kort-premissen". Se Jareborg 1999 s. 277 f.
[66] Jareborg 1988a s. 93 ff.

tet.[67] Systemet är således öppet för att beakta andra hänsyn än strikt proportionalitet mellan gärning och påföljd. Humanitetsaspekten skall behandlas i avsnitt 3.4.

Det bör understrykas att det i det svenska påföljdssystemet finns en rad bestämmelser som motiveras av andra bestraffningsideologiska hänsyn än proportionalitets- och humanitetsprinciperna och som *inte* är förenliga med utgångspunkterna för påföljdsbestämningen.[68] För våra syften är den viktiga insikten härav att även straffbestämningsfrågor vid flerfaldig brottslighet kan komma att påverkas. Det går således inte att bortse från det faktum att påföljdsbestämningen i vissa fall styrs av andra hänsyn än intresset av rättvis och proportionell bestraffning. Detta påverkar även utformningen av regleringen rörande påföljdskonkurrens och leder till vissa viktiga konsekvenser.

Bl.a. måste man vid utformningen av en reglering rörande påföljdskonkurrens ta det rådande påföljdsbestämningssystemet för givet. Det står givetvis envar fritt att kritisera artbrottsinstitutet, återfallsregleringen eller de prognostiska rekvisiten och regleringen i BrB 30:7 och 30:9. Men på det hela taget måste en analys av en konkurrenslära – de lege lata – utgå från systemet som det är konstruerat. En annan sak är givetvis att i en rekonstruktion eller diskussion de lege ferenda föreslå förändringar rörande dessa undantag i syfte att göra konkurrensläran mer rationell.

En annan viktig konsekvens består i insikten i att straffsystem aldrig är fullkomliga. Oavsett på vilka goda grunder ett system än vilar, så kan det inte bortses från att systemet inte alltid tillämpas på det sätt det är avsett. Man bör dock vara på det klara med att det faktum att en grundläggande bestraffningsteori (eller ideologi) inte är renodlad eller att systemet inte alltid fungerar som det är tänkt i praktiken, inte betyder att det är fel på de teoretiska utgångspunkterna. Man bör härvid skilja mellan kritik på ideologisk grund och sådan kritik som riktar sig mot ett konkret straffsystem såsom det kommer till uttryck i en rättsordning. Det finns således viktiga skillnader mellan den kritik som riktas mot olika straffsystem och den som riktas mot bestraffningsideologier. De kan lämpligen sammanfattas i frågan huruvida kritiken avser straffsystemets *mål* eller dess *medel*.

[67] Se bl.a. SOU 1986:14 s. 66-77, Prop. 1987/88:120 s. 36, von Hirsch 2001 kap. 9, Jareborg & Zila 2000 s. 100, Leijonhufvud 1996 s. 102 samt Mæland 2000 s. 194.

[68] De tveklöst viktigaste exemplen härpå är brottslighetens art, såsom en avgörande faktor för att bestämma påföljden till fängelse, samt de prognostiska (eller behovsinriktade) kriterierna i BrB 30:7 respektive 30:9 såsom avgörande för valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn. Vid sidan härav kan nämnas återfallsinstitutet och det förhållandet att allmänpreventiva hänsyn i vissa fall kan tillåtas påverka det konkreta straffvärdet. Se även Träskman 2003 s. 173–194 för en probleminventering och diskussion rörande det nuvarande påföljdssystemets "officiella" bestraffningsideologi och dess genomslag i praktiken.

Att exempelvis kritisera ett på behandlingsideologin präglat system, på den grunden att det saknas empiriska och etiskt godtagbara belägg för att detta är lämpligt, är något annat än att kritisera den nuvarande utformningen av BrB kap. 29–30 för att vara (delvis) inkonsekvent uppbyggt eller för att vissa påföljdskombinationer äventyrar systemets grundprinciper. Att konstatera att t.ex. skyddstillsyn eller föreskrift om samhällstjänst i praktiken inte alltid fungerar som lagstiftaren avsett utgör således inget bärande argument mot t.ex. proportionalitetstanken såvida man inte finner att dessa påföljder i allt väsentligt alltid saknar förutsättningar att uppfylla ett angivet mål (t.ex. att utgöra "likvärdigt ingripande bestraffning", vara "tillräcklig ingripande" eller ha rehabiliterande, resocialiserande effekter). Dylik kritik riktar sig mot t.ex. skyddstillsyn och samhällstjänst såsom medel och inte mot målet (att straffet huvudsakligen bör utgöra ett i förhållande till brottets förkastlighet proportionellt tilldelande av klander som den brottslige förtjänar).

Det vanliga är nog att varje straffsystem utgör en produkt av respektive rättsordnings historia, traditioner, konventioner och värderingar, där olika ideologier och principer förekommer i mer eller mindre accentuerad form. Trots de ovanstående reservationerna torde det inte kunna sättas ifråga att utgångspunkten för påföljdsbestämningen i svensk rätt – i vid mening – är att straffet skall vara tillbakablickande och stå i rättvis proportion till brottets förkastlighet och det klander som den dömde förtjänar. Detta måste gälla även vid påföljdsbestämning vid flerfaldig brottslighet.

3.4 Humanitetsprincipen

3.4.1 Inledning

Så långt har jag konstaterat att det svenska påföljdssystemet bygger på en rättvisekonception som förespråkar att straff skall bestämmas utifrån ett förtjänsttänkande samt att straffmätningen styrs av en (retrospektiv) princip om straffvärdeproportionalitet och billighetshänsyn. Vad jag ännu inte har diskuterat är principerna för val av påföljd. Beträffande detta institut kommer jag att hävda att proportionalitetsprincipen inte kan erbjuda mer än en begränsad förklaring till regleringen samt att den bärande principen istället är en humanitetsprincip.

Att vara human är i princip likvärdigt med att vara *anständig, tolerant* samt visa *respekt* och *förståelse* för andra människor. Om man översätter dessa värden till straffrätten, kommer humanitet att hänföra sig till insikten om att bestraffning kan vara sträng och socialt destruktivt och att människor förtjänar och bör mötas med tolerans inför sina tillkortakom-

manden samt till en grundläggande respekt för utgångspunkten att människor kan ta till sig klander. Det nu sagda anknyter nära till begreppet *värdighet* (dignity). Murphy anger att:

> "A punishment will be unjust (and thus banned on principle) if it is of such a nature as to be degrading or dehumanizing (inconsistent with human dignity). The values of justice, rights and desert make sense, after all, only on the assumption that we are dealing with creatures who are autonomous, responsible, and deserving of the special kind of treatment due that status ... A theory of just punishment, then, must keep this special status of persons and the respect it deserves at the center of attention".[69]

Av det sagda följer att människor som begår brott ändock måste behandlas med respekt för deras värdighet. von Hirsch uttrycker saken så här:

> "convicted offenders are still members of the moral community and ... they remain persons and should be treated as such."[70]

Hur man behandlar människor med respekt för deras värdighet kan diskuteras. Men såvitt jag ser det handlar det om en generell inställning till hur vi utformar straff och behandlar människor som straffas. Humanitet är emellertid inte detsamma som nåd, även om det finns en viss överlappning. Walker uttrycker saken på följande vis:

> "Mercy is not the same as reasoned leniency. A sentencer, for instance, who reduces the penalty because the offender is already suffering from the consequences of his act is simply taking account of *sensibility*. If he reduces it because the harm intended was trivial he is merely honouring *proportionality*. If he deals lightly with a very stale offence it should be because he believes that the offender is no longer a person who is capable of such an offence. If he is lenient because he regards the offence as to some extent excusable, he is simply thinking in terms of *mitigation*. If he refuses to apply a penalty such as capital punishment because in his view it should be not applied to any human being, he is obeying a *humanitarian principle*".[71]

Enligt Walker är känslighet (*sensibility*) ett värde som måste upprätthållas vid rättvis bestraffning, vilket implicerar att samma straff kan uppfattas olika i ingripandegrad beroende på de enskildes personliga situation (beroende på dennes sociala situation, ålder, kön etc.).[72] En person som skulle lida mer av ett visst straff skall således kunna behandlas lindrigare inom ramen för rättvis och proportionell bestraffning.[73]

[69] Murphy 1979 s. 233.
[70] von Hirsch 1990 s. 166.
[71] Walker 1991 s. 115 f. [Mina kursiveringar.]
[72] Idén härrör från Bentham, se Bentham 1970 s. 182.
[73] Walker 1991 kap. 12 (se särskilt s. 99 ff.).

Vad som skiljer denna form av hänsynstagande till den enskildes känslighet från humanitet, är att medan känslighet och nåd är inriktad på strafflindring på grund att det finns skäl att känna medlidande ("pity") med den enskilde brottslingen,[74] så bygger humanitetsbegreppet mer på objektiva och generella kriterier.

Att eftersträva humanitet i straffrätten har egentligen mycket gamla anor (även om det i princip kan förefalla paradoxalt att förena humanitet och avsiktligt tillfogande av lidande i form av straff). Sedan i vart fall upplysningstiden har det gradvis vuxit fram en reaktion mot synnerligen stränga straff, vilka har varit förnedrande, nedbrytande och orimligt långa. Bland moralfilosofer och straffrättsteoretiker har det funnits en ambition att sträva efter att människor i allmänhet skall behandlas med respekt för sina rättigheter samt att detta i princip även gäller de som skall straffas. Att denna strävan inte alltid respekterats i praktiken är en annan sak. Man kan emellertid se en utveckling i synen på bestraffningens funktioner och medel, varvid strafformerna gradvis har mildrats. Detta skedde inte minst under den tid då olika varianter på individualprevention var den ledande bestraffningsideologin.[75] Även om en betydande kritik sedermera kom att riktas mot de olika preventionsteorier som låg till grund för påföljdsbestämningsreglerna fram till 1989 års påföljdsreform, kvarstår – som ett värdefullt arv från denna epok – en strävan att beakta humanitet vid straffrättskipningen.

[74] Hampton anger att "mercy is the suspension or mitigation of a punishment that would otherwise be deserved as retribution, and which is granted out of pity and compassion for the wrongdoer", se Murphy & Hampton 1988 s. 158. Liknande argument har framförts av Smart som anger att en person som genom ett trafikbrott dödar sitt eget barn, av barmhärtighetsskäl eller av nåd bör få ett lindrigare straff än den som dödar någon med berått mod. På samma sätt bör den unge och oerfarne brottslingen bestraffas lindrigare än den förhärdade brottslingen, se Smart 1969 s. 212 ff. Murphy påpekar dock helt riktigt att detta ger en felaktig eller grumlig beskrivning av vad vi menar med "mercy". Om strafflindring i ett enskilt fall kan rättfärdigas genom hänvisning till att gärningsmannen har sämre ansvarsförmåga, har tagit mindre risker etc. eller att vi generellt sett inte skall orsaka större lidande än vad som är nödvändigt, så följer detta direkt av vår konception av rättvisa ("demand for justice"). Av vad jag har sagt tidigare skulle dylika omständigheter kunna inordnas under kraven på proportionalitet och billighet. Man behöver således inte gå omvägen via en diskussion av nåd eller barmhärtighet i det enskilda fallet, vilket implicerar att man egentligen gör avsteg från det rättvisa. Se närmare Murphy & Hampton 1988 s. 169 ff.

[75] Till de viktiga reformer som infördes från sekelskiftet 1900 med hänvisning till individualpreventiva argument räknas bl.a. utvecklingen av villkorlig dom inklusive övervakning, minskad förvandling av obetalda bötesstraff, införandet av dagsbotssystemet, avskaffandet av tvångsuppfostran, möjlighet att meddela åtalseftergift för ungdomar, begränsningar i möjligheten att döma brottslingar under 18 år till fängelse samt regleringen av straffverkställigheten.

Trots att humanitet har varit ett grundläggande värde i straffrätten sedan lång tid tillbaka, så har det skrivits förvånansvärt litet i svensk doktrin och litteratur om detta. Än mer ovanligt torde det vara att tala om en humanitets*princip*. Om man vänder blicken mot utlandet finner man däremot, framförallt i angloamerikansk doktrin, en relativt flitig debatt rörande motsvarigheter till humanitetsprincipen, främst under benämningen the *principle of parsimony*.[76]

Parsimony betyder ungefär "snålhet" eller "njugghet" och applicerat på bestraffning ges principen den betydelsen att man bör vara försiktig, restriktiv eller återhållsam med bestraffning. Ashworth och von Hirsch ser denna princip som förenlig med en proportionalitetsprincip. Det skall dock noteras att Ashworth delar upp principen i två underprinciper. The principle of *parsimony* uppställer allmänna krav på att tillfogande av obehag och lidande i möjligaste mån skall minimeras, varför påföljder – inom ramen för vad som är nödvändigt för att uttrycka klander – skall vara så litet ingripande som möjligt.[77] The principle of *restraint in the use of custody* säger att man bör vara restriktiv och återhållsam med användning av fängelsestraff.[78] Skälet till att man bör vara restriktiv med fängelsestraff är helt enkelt att det har mycket negativa konsekvenser för såväl den frihetsberövade som för dennes omgivning.[79] En poäng med Ashworths åtskillnad är att det blir tydligare till vem principen riktar sig, nämligen lagstiftaren vid utformningen av straffsystemet respektive domaren i det konkreta fallet.[80]

[76] Se bl.a. Ashworth 2000 s. 78 ff. och 212 ff., Tonry 1994 s. 154 ff., Tonry 1998 s. 198 ff., Morris 1998 s. 182 ff., von Hirsch 1993 s. 109 ff. samt Hudson 2003 s. 60 f., och 185. Det skall dock framhållas att flera av dessa författare har delvis olika uppfattning om hur principen är tänkt att fungera. Redan Bentham förespråkade med utilitaristiska argument en begränsad repressionsnivå. Även om bestraffning främst tjänade ett preventivt ändamål ansåg han det samtidigt vara möjligt att förfäkta att straffsystemet inte borde tillfoga de dömda mer ont än vad som krävdes. Bentham kallade principen *the principle of frugality*, se Bentham 1970 s. 194. Angående den sistnämnda principen, se även Walker 1991 s. 103 f. Även Frände nämner *humanitetsprincipen* som en av rättsordningens grundläggande rättsprinciper, som – även utanför en viss juridisk teori – tillhör straffrättens allmänna läror och måste respekteras av såväl åklagare, polis, domare etc. som lagstiftaren. Frände utvecklar dock inte närmare principens innebörd eller plats i straffsystemet, se Frände 2004 s. 6.

[77] Ashworth 2000 s. 83 f. och Zedner 2004 s. 180.

[78] Ashworth 2000 s. 80.

[79] Att fängelse har allvarliga skadeverkningar kan inte betvivlas. Garland framhåller bl.a. att frihetsberövande medför såväl fysiskt som psykiskt lidande i form av ren fysisk nedbrytning av kroppen och en försämring av kognitiva och sociala förmågor. Därutöver drabbas den dömde (och dennes anhöriga) genom att fängelse medför en social utstötning samt försämrade ekonomiska resurser. Se Garland 1990 s. 242 och Jareborg 2003 s. 233 f.

[80] Jag tolkar Ashworth på detta sätt, jfr Ashworth 2000 s. 83 f.

Andra författare, däribland Morris och Tonry, utgår från en mer allmänpreventiv utgångspunkt och skiljer således inte mellan absolut och relativ proportionalitet. När proportionalitetsprincipen endast uppställs som en begränsande princip är dessa författare beredda att låta andra skäl än rättvisa få avgöra vilket straff som väljs så länge som det sker inom vissa ramar och inte är oförtjänt. Inom ramarna för vad som "inte är oförtjänt" kan t.ex. faktorer som humanitet, barmhärtighet och återhållsamhet i kombination med olika allmänpreventiva teorier vara bestämmande.[81] Av detta följer att bl.a. Morris och Tonry inte anser att likabehandling utgör ett krav för rättvisa.[82]

I svensk rätt är det främst Jareborg som har benämnt skälen för att beakta humanitet som värde eller övergripande syfte som en princip. I ett sammanhang relaterar Jareborg direkt till humanitetssträvanden som en princip:

> "Påföljdsvalet görs i BrB kap. 30. Regleringen går ut på att om man vid straffmätningen skulle finna att fängelse skall ådömas, så bör man ändå i princip döma till något annat. Den primära principen är således en sorts *humanitetsprincip* (som inte skall förväxlas med någon sorts behandlingsprincip). *Proportionalitetsprincipen* är vid påföljdsvalet sekundär i utgångsläget".[83]

Här framträder ett slags humanitetsprincip med ett tämligen enkelt och generellt budskap: man bör vara human i straffrättskipningen genom att vara restriktiv med att använda *fängelsestraff*. Annorlunda uttryckt: humanitetsprincipen är en princip som styr användningen av fängelsestraff i samband med val av påföljd och som främst påverkar den enskilde domaren i det konkreta fallet.[84]

3.4.2 Humanitetsprincipens budskap

Som framgick av det ovan citerade utgör humanitetsprincipen inte någon till välvilja eller liknande förtäckt behandlingsprincip. Även en förespråkare av humanitetsprincipen bör acceptera att bestraffning handlar om vedergällning och om att retrospektivt klandra gärningsmannen för vad

[81] Morris 1998 s. 182.

[82] Morris & Tonry 1990 s. 105, Morris 1982 s. 191 och Tonry 1998 s. 202 f. Se även Braithwaite & Pettit 1990 s. 197 ff.

[83] Jareborg 2003 s. 231.

[84] Det skall dock framhållas att Jareborg i flera olika sammanhang har diskuterat humanitet i straffbestämningsläran samt kriminalpolitik i allmänhet, varvid det klart framgår att humanitetsprincipen har ett betydligt vidare tillämpningsområde än enbart vid valet mellan fängelse och en icke frihetsberövande påföljd, se bl.a. Jareborg 2000 samt Jareborg 2003a s. 98.

denne har gjort. Kleinig framhåller att "treating people humanely does not mean treating them softly or even subjecting them to conditions that are less than spartan".[85] Men när detta klander utdelas eller utmäts är det inte oväsentligt att man dels drar lärdom av de historiska erfarenheter vi har om bestraffningens konsekvenser, dels slår vakt om de värden och värderingar som genomsyrar samhället.

Vi kan nu sammanfatta en sorts humanitetsprincip samt konstatera att dess budskap är relativt enkelt. Tentativt innebär den följande:

(1) Det finns ett generellt krav på *rimlighet* och *måttlighet* vid bestraffning.

(2) Man bör (till en viss gräns) visa *viss barmhärtighet* vid bestraffning genom att *visa förståelse* och *ha tolerans* för det mänskliga i att begå misstag, *medkänsla* med att straff innebär lidande samt *respekt* för människors förmåga att ta till sig klander.

(3) Man *bör undvika fängelse*.

Om vi skulle använda oss av Ashworths distinktion mellan olika underprinciper, så skulle p. 1–3 av humanitetsprincipen rikta sig mot lagstiftaren vid tillskapandet av ett anständigt och humant straffsystem, medan det för domstolarnas vidkommande främst är aktuellt att beakta p. 3 (vilket förutsätter att man använder sig av värden som tolerans, medkänsla eller barmhärtighet som skäl för att undvika fängelse). Likaså berörs domstolarna av p. 1 genom att det är domstolarna som anger var i straffskalan som straffmätningen börjar.

Den fråga som nu återstår att besvara är huruvida det nu existerar en humanitetsprincip i den svenska regleringen av påföljdsbestämning. I en undersökning rörande skillnaderna mellan regler och principer,[86] använder sig Tuori av en uppdelning i tre olika perspektiv.[87] Skillnaderna kan undersökas vad gäller (i) villkoren för att identifiera regler och principer, (ii) villkoren för att tillämpa regler och principer samt (iii) systematiseringen av en rättsordning. Samtliga dessa aspekter eller perspektiv är av intresse för vår diskussion av humanitetsprincipen. Vad som nu undersöks är emellertid endast själva identifieringen av principer.

[85] Kleinig 1998 s. 286.

[86] Parentetisk kan nämnas att utifrån vad jag har sagt i kapitel 2 om att principer utgör en särskild form av regler, så borde distinktionen formuleras som "skillnaden mellan regler som inte utgör principer och sådana som utgör principer".

[87] Tuori 2002 s. 178. Tuori har i sin tur hämtat uppdelningen från Tolonen.

I detta avseende framhåller Tuori att två kriterier används: dels den materiella relevansen eller värdet av principen (*substantive significance or worth*), dels kravet på stöd hos institutionella organ (*institutional support*).[88] Vid sidan av frågan huruvida principen har relevans för de materiella reglerna, skulle det således finnas ett krav på att systemets institutioner (representanter, organ etc.) stödjer principen. Med andra ord: principen måste utgöra en rättskälla.[89] Detta kan ske genom att principen kan identifieras i förarbeten, rättspraxis eller doktrin.[90] Parentetiskt kan sägas att om identifieringen av principer görs på detta sätt, så kan det sättas ifråga hur "institutionellt" stödet för principen är. Frågan är om det inte ligger sanningen närmare att hävda att principen skall kunna identifieras i den rättsliga *argumentationen*.

Poängen med det nu sagda är att vi – för att tillfredställa de olika krav som finns för identifieringen av rättsliga principer – måste kunna identifiera humanitetsprincipen i de olika rättsliga institutionernas sätt att handla ("practice"). Jag tror att detta är möjligt om man med identifiering menar att olika regler kan förklaras och rättfärdigas av principen samt att man i olika sammanhang i rättskällorna har givit uttryck för de värden, intressen eller mål som principen syftar till att tillgodose och uppnå. Principen kan ju i detta avseende anses vara medlet för att nå målet.

Om vi således utgår från att principen skall identifieras i rättskällorna och den juridiska argumentationen, så kan det konstateras att i förarbetena till 1989 års påföljdsreform framhölls på flera ställen att humanitära skäl talade för att man bör iaktta försiktighet med att använda fängelsestraff samt att man skulle slå vakt om de humanitära värden som präglat den kriminalpolitiska utvecklingen.[91] Värdet av en human kriminalpolitik och ett humant straffsystem har ofta betonats av lagstiftaren.[92]

Kritiker mot påföljdsreformen 1989 har däremot menat att just förskjutningen från individualprevention och fokuseringen på gärningsmannen emot den mer gärningsinriktade straffvärdeproportionaliteten har

[88] Tuori 2002 s. 178. Även dessa underbegrepp har hämtats från Tolonen, som i sin tur har lånat begreppet *institutional support* från Dworkin. Se Dworkin 1977 s. 66 ff.

[89] Det är värt att notera att detta innebär att principer hämtar sitt berättigande i rättskällor och samtidigt själva utgör rättskällor. Men enligt Tuori är principer som rättsliga normer inte exakt detsamma som principer som rättskällor. Om man diskuterar identifieringen av olika regler, så behandlas rättsprinciper som preciserade regler (norms) inom den befintliga regelnivån. När principer fungerar som en rättskälla betonas istället deras funktion som underbyggande normativa element för regelnivån. Se Tuori 2002 s. 178 f.

[90] Tuori framhåller dock att principer utvecklade inom doktrinen inte i sig uppfyller kravet på institutionellt stöd, se Tuori 2002 s. 179.

[91] Se bl.a. Prop. 1987/88:120 s. 31 och SOU 1986:14 s. 76, 78 och 80.

[92] Se bl.a. SOU 1981:92 s. 88, Prop. 1987/88:120 s. 31, SOU 1993:76 s. 61 och 126 samt SOU 1995:91 s. 57.

inneburit att de humanitära strävandena har gått förlorade.[93] Enligt min uppfattning förhåller det sig på precis motsatt sätt. Påföljdsreformen 1989 utgjorde egentligen inte den radikala omsvängning i straffrättspolitik som ibland påstås. Vad först gäller straffmätningen, så var det redan före 1989 års påföljdsreform allmänt accepterat att behandlingsideologin inte vunnit genomslag i straffmätningen. Någon form av princip om proportionalitet mellan brott och straff har tillämpats allt sedan den klassiska straffrättskolans dagar under 1800-talet.[94] Införandet av BrB kap. 29 innebar främst att argumentationen styrdes upp, vilket ger vissa garantier för att domstolarnas beslut görs mer rationella (argumentationen kan hängas upp på olika skäl) samt att man härigenom uppnår en större enhetlighet (genom att hänvisningar till olika gemensamma kriterier skall framgå av domskälen).

Vad sedan gäller val av påföljd är det förvisso sant att man genom att avlägsna de olika preventionsideologiernas inflytande över påföljdsbestämningen kunde undvika många av de negativa konsekvenserna av en alltför diskretionär (och bitvis helt godtycklig) påföljdsbestämning. I detta avseende var reformen radikal. Men det är samtidigt viktigt att notera att i princip förändrades inte katalogen av tillämpliga sanktioner. Samtliga icke frihetsberövande påföljder som tillkommit under perioden då de olika individualpreventiva teorierna påverkade påföljdsbestämningsläran kvarstod oförändrade efter 1988. Skillnaden är främst att efter införandet av BrB kap. 30 skall inte domaren längre söka anpassa påföljden efter vad denne tror vara bäst utifrån behandlingssynpunkt eller behovet av allmän laglydnad. Däremot är det inte så att bestämmelserna rörande val av påföljd har ersatts med ett proportionalitetstänkande. Proportionalitet kan endast i mycket begränsad utsträckning förklara hur valet mellan de olika alternativa påföljderna skall göras. Annorlunda uttryckt: principen om straffvärdeproportionalitet utgör ett instrument för att mäta relativ proportionalitet, men den lämnar ingen vägledning för hur vi skall fixera straffskalor eller bestämma den allmänna repressionsnivån. Om nu proportionaliteten förklarar måttet på bestraffningen, så kan – som bl.a. Robinson uppmärksammar – andra principer, intressen och hänsyn förklara hur valet av påföljd görs.[95]

Tanken bakom ett differentierat påföljdssystem med utbytbara alternativa påföljder styrs således främst av andra hänsyn än proportionalitet.

[93] Tham 1995 s. 101. Jfr von Hirsch 2001 s. 112 not 197.
[94] Se von Hirsch & Jareborg 1987 s. 305, Jareborg & Zila 2000 s. 101, Agge 1959 s. 146, SOU 1953:14 s. 113 och SOU 1986:14 s. 417.
[95] Robinson 1994 s. 98.

Frågan om i vilken utsträckning som det är möjligt att förena detta med proportionalitetsprincipen återkommer jag till strax nedan. Enligt min uppfattning kan emellertid inte påföljdsvalet förklaras med någon annan princip än just en humanitetsprincip som säger att vi i möjligaste mån bör undvika fängelse samt att vi vid valet av påföljd bör ingripa så litet som möjligt i den dömdes liv. Sett ur detta perspektiv torde påföljdsreformen snarare ha utökat möjligheterna till en mer human straffrätt.[96] Att påföljdsbestämningen i praxis därefter inte tillämpar regleringen på detta sätt eller att den allmänna kriminalpolitiken går i en annan riktning är en annan sak. Som påpekats tidigare kan alla system missbrukas.

Det viktigaste belägget för humanitetsprincipens existens i de svenska reglerna för påföljdsbestämningsläran är den s.k. presumtionen mot fängelse i BrB 30:4, vilken anger att domstolen särskilt skall beakta skäl som talar emot fängelse.[97] De s.k. billighetsskälen gör sig härvid särskilt gällande. Likaså kan humanitetsprincipen förklara varför *särskilda skäl* mot fängelse kan innebära att skälen för fängelse i vissa fall får vika.[98] Preciserat innebär detta att man inte bör använda frihetsberövande påföljder om det inte är nödvändigt. Det sagda får betydelse för hur man bör ställa sig till institut som t.ex. brottslighetens art, möjligheten att använda alternativ till fängelse (t.ex. föreskrift om samhällstjänst eller kontraktsvård etc.). Notera att det här finns en viss relativism i hur terminologin används. Att någon frihetsberövas i låt oss säga mellan 6 månader upp till 1 år på grund av t.ex. en misshandel kan i sig inte anses vara "inhumant". Detta hindrar emellertid inte att man stödjer sig på humanitetsprincipen för att hävda att man bör göra så små ingripanden i den dömdes (och dennes omgivning) liv som möjligt och av denna anledning i första hand välja en icke frihetsberövande påföljd. Om man, vilket jag ovan har gjort, i begreppet humanitet inte enbart lägger det som anses vara icke omänskligt, utan även uppställer krav på medkänsla, respekt och tolerans, så blir

[96] Detta stöds av det faktum att omedelbart efter 1989 års påföljdsreform så sjönk användningen av fängelse påtagligt till förmån för icke frihetsberövande påföljder. Se Jareborg 1995a s. 121 ff.

[97] Se Frände 2004 s. 388 om motsvarande presumtion för villkorligt fängelsestraff i finsk rätt.

[98] Se främst BrB 30:7 st. 2, BrB 30:9 st. 2 samt 30:11. Däremot finns det rester av ett individualpreventivt tankesätt representerat i de särskilda skäl mot fängelse som kommer till uttryck i BrB 30:9 st. 2 p. 1–3, där det framgår att positiv utveckling eller beredvillighet att underkasta sig lämplig behandling kan medföra att domstolen får avstå från fängelsestraff trots att presumtionen mot fängelse egentligen är bruten. Dessa undantag förklaras numera ofta vila på behovskriterier snarare än prognoser om återanpassning, varför ett kombinerat individualpreventivt och humanitetsbaserat tänkande ligger bakom regleringen. Se och jfr Jareborg & Zila 2000 s. 147 och SOU 1995:91 s. 145.

det klart att det inte utgör något problem att låta humanitetsprincipen styra överväganden rörande valet mellan fängelse och icke frihetsberövande påföljder.

Humanitetsprincipen har emellertid betydelse för mer än valet mellan en frihetsberövande och icke frihetsberövande påföljd. Ett mer ingripande straff bör enligt principen vara subsidiärt till andra mindre ingripande påföljder. Om en icke frihetsberövande påföljd skall väljas, framgår av HD:s avgöranden att villkorlig dom framstår som lindigare än skyddstillsyn.[99] Även om det fortfarande finns behovskriterier uttryckligt angivna i lagtexten, så kvarstår som en vägledande princip att man inte bör använda mer ingripande påföljder än vad som är nödvändigt.

Intimt knuten till frågan om påföljdsbestämning är den syn som präglar den svenska påföljdsbestämningslärans syn på återfall och betydelsen av tidigare brottslighet. Frågan om återfall kommer att behandlas mer ingående i avsnitt 6.4. För våra syften är det här tillräckligt att konstatera att beträffande valet av påföljd, så är den svenska uppfattningen om betydelsen av återfall förenlig med den s.k. toleransteori som diskuteras av von Hirsch, vilken vilar på ett liknande humanitetstänkande som det jag diskuterar. Att straffet gradvis skärps då ny brottslighet aktualiseras efter tidigare dom/domar, skall enligt von Hirsch inte uppfattas som att man bestraffar återfall strängare utan som en gradvis avtagande tolerans för det mänskliga i att begå misstag (vilka ibland utgör kriminaliserade gärningar).[100]

Bortsett från att humanitetsprincipen ger vägledning vid valet av påföljd, har den betydelse för andra delar av straffrättssystemet. Kravet på rimlighet och måttlighet medför inledningsvis att vi inte kan acceptera vissa bestraffningsformer såsom t.ex. dödsstraff, affliktiva strafformer eller tortyr.[101] Om man vidare beaktar att straffsystem generellt sett lider av ett effektivitetsproblem i den bemärkelsen att det är oklart huruvida bestraffningen har någon egentlig betydelse för brottsnivån i samhället, ges vi skäl att vara återhållsamma med användningen av straff. Vad vi däremot vet är att bestraffning har en stor inverkan på den dömdes liv. Härav följer ett krav på att varken strafformer eller omfattningen av bestraffningen

[99] Se Borgeke 2002 s. 118 ff.

[100] Se närmare von Hirsch 1985 s. 77 ff. och von Hirsch 2001 s. 71 ff. och 89 ff. Toleransteorin kommer att behandlas i avsnitt 6.4.3.3.

[101] Garland 1990 s. 242. Garland påpekar dock helt riktigt att de strafformer vi idag begagnar oss av – frihetsberövande och böter – har avsevärda negativa konsekvenser och innebär ett avsiktligt lidande som många gånger är likvärdigt med kroppsstraff. Att vi i ett modernt samhälle kan acceptera dessa former av (kroppslig) bestraffning beror på att dessa effekter inte är lika omedelbara. Därmed inte sagt att de inte kan vara inhumana.

bör vara mer ingripande än vad som behövs. Med "behövs" avses här "anses vara nödvändigt", vilket skall förstås som en uppmaning till försiktighet, återhållsamhet och moderation. För att kunna uppfylla detta krav måste vi arbeta med bortre gränser för vad som är möjligt att utdöma i straff. Detta innebär vidare att det måste finnas straffskalor för enkel och flerfaldig brottslighet som begränsar möjligheten att använda synnerligen långa fängelsestraff eller att vid straffmätningen av flerfaldig brottslighet tillåta användningen av en kumulationsprincip att leda till detta resultat. Detta sker genom att man uppställer straffskalor med väl avvägda straffmaxima vad gäller både enkel och flerfaldig brottslighet. Vi kan inte tillåta ens de allvarligaste brottkombinationerna att resultera i obegränsade eller orimliga fängelsestraff. Om straff skall uttrycka klander och om vi utgår från att människor är kapabla att ta till sig moraliskt grundat klander, så kan vi inte mäta ut straff som skall verkställas under större delen av gärningsmannens resterande liv (såvida inte straff skall tillgripas i ett rent inkapaciterande syfte, men då kan vi rimligen inte stödja oss på humanitetsprincipen).

Det finns säkerligen fler implikationer av humanitetsprincipen. Det nu anförda är emellertid tillräckligt för att dra slutsatsen att det existerar en humanitetsprincip i svensk rätt samt att denna bär tydliga drag av en *etisk* princip.

3.4.3 Humanitetsprincipens förhållande till andra principer

Som framgått ovan kan humanitetsprincipen dels sägas ha ett substantiellt innehåll, dels vila på såväl empirisk som etisk grund. Principen kan identifieras via rättskällorna och utgör en förutsättning för en rad olika bestämmelser i den gällande påföljdsbestämningsläran. Vidare riktar den sig till flera olika adressater på olika nivåer. Humanitetsprincipen opererar emellertid inte ensamt i påföljdsregleringen. Istället måste den vägas mot en rad andra viktiga principer i systemet. Viktigast i detta sammanhang torde principerna om *straffvärdeproportionalitet* och *likabehandling* vara. I detta avsnitt skall jag i korthet säga något om hur dessa principer interagerar.

3.4.3.1 Humanitet och straffvärdeproportionalitet

För det första kan vi konstatera att humanitetsprincipen *i utgångsläget* är primär vid påföljdsvalet. Detta följer av den i BrB 30:4 uttryckta presumtionen mot fängelse. Ett proportionellt utmätt straffvärde skall i första hand mötas med annan påföljd än fängelse. Påståendet måste emellertid kompletteras med ett mindre tillägg. En förutsättning för att humanitetsprincipen skall spela den primära rollen vid påföljdsvalet är att straffvärdet för

den aktuella brottsligheten ligger på fängelsenivå, dvs. att det inte ligger på bötesnivå. Av att det inte finns någon överlappning mellan böter och fängelse i straffskalorna (BrB 1:5) följer att det, då både böter och fängelse ingår i straffskalan och straffvärdet ligger på bötesnivå, endast återstår att i enlighet med proportionalitetsprincipen utmäta ett bötesstraff. I dessa fall spelar inte humanitetsprincipen någon roll för påföljdsvalet (vilket i och för sig är naturligt med hänsyn till att det enda straff som står till buds är det som lagstiftaren utpekat som det lindrigaste).

För det andra kan sägas att humanitetsprincipen är primär för påföljdsvalet genom att den sätter gränser för den allmänna repressionsnivåns övre gräns. När vi tar ställning till hur stränga straff vi kan acceptera (oavsett om detta sker med hänvisning till förtjänst-, effektivitets- eller brottspreventionshänsyn), uppställer humanitetsprincipen moraliska och etiska begränsningar.[102] Oavsett vilka effektivitetsvinster som skulle kunna göras med grymma eller omänskliga straff (i form av avskräcknings-, inkapaciterings- eller behandlingseffekter), uppställer humanitetsprincipen hinder mot att välja dessa. Det är viktigt att framhålla att vad som nu har sagts även gäller för flerfaldig brottslighet. Straffskalemaximum måste således fixeras även för brottskombinationer.

Samspelet mellan humanitetsprincipen och den retrospektiva proportionalitetsprincipen upphör emellertid inte här. Som påpekats tidigare behövs humanitetsprincipen för att kunna förklara en påföljdsbestämningslära som bl.a. föreskriver en presumtion mot fängelse och som ger återfall en tillbakaskjuten roll med hjälp av den s.k. toleransteorin. Om man närmare studerar dessa regler finner man emellertid att humanitetsprincipen inte kan drivas för långt. Låt oss exempelvis anta att de alternativa påföljder som finns till fängelse – och som således i enlighet med presumtionen mot fängelse skall användas i första hand – i alltför stort avseende skiljer sig från ett fängelsestraff. Vid dessa förhållanden blir det problematiskt att hävda att man upprätthåller en proportionalitetsprincip (relativ proportionalitet). I ambitionen att upprätthålla humanitetsprincipens krav på att undvika fängelsestraff finns – genom kravet på proportionalitet – ett krav på att alternativen som tillhandahålls är någorlunda dugliga för att uttrycka det klander som gärningen och gärningsmannen förtjänar.[103] Det kan väl diskuteras i vilken utsträckning en ren villkorlig

[102] Se även Kleinig 1973 s. 123.

[103] Se von Hirsch 1993 s. 59 ff. Proportionalitetsprinciperna utövar härigenom ett visst tryck på att de alternativa påföljderna måste innehålla ett minimimått av lidande eller obehag som är jämförbart med det straff som annars skall följa. Om skillnaden mellan straff och alternativa påföljder blir alltför stor förlorar straffsystemet karaktären av att bygga på proportionalitet mellan brottets svårhet och straffets stränghet. Att straff och

dom uppfyller detta krav. För att nå slutsatsen att en villkorlig dom – i sig – är likvärdig med ett fängelsestraff måste man betona dess kommunikativa aspekt i form av förmedlande av en varning om dels minskad fortsatt tolerans för ny brottslighet, dels risk för förverkande av den villkorliga domen vid misskötsamhet som en prövotid innebär. Behovet av att ge icke frihetsberövande påföljder ett någorlunda konkret och kännbart innehåll har emellertid föranlett lagstiftaren att utarbeta olika tilläggsstraff eller kombinationspåföljder som kan förenas med en icke frihetsberövande påföljd. Detta blir givetvis särskilt viktigt om presumtionen mot fängelse inledningsvis anses vara bruten men särskilda skäl talar för att man ändock bör välja en icke frihetsberövande påföljd. Ett belysande exempel härpå är då straffvärdet i sig är så högt att det är uteslutet att välja annan påföljd än fängelse även om särskilda skäl föreligger.[104]

Om man flyttar perspektivet till att avse påföljdsvalet då endast icke frihetsberövande påföljder aktualiseras är situationen likartad. Så länge som dessa påföljder är någorlunda likvärdiga i ingripandegrad, riskerar man inte att träda proportionalitetsprincipen (eller mer exakt: kravet på att upprätthålla den relativa proportionalitetens krav på ekvivalens) förnär. Vad däremot gäller hur detta val skall göras, brukar inte (till skillnad från valet mellan frihetsberövande och icke-frihetsberövande påföljd) humanitetsprincipen eller liknande överväganden läggas till grund för bedömningen. Tvärtom har det i olika sammanhang hävdats att detta val kan ske

---

alternativ påföljd måste ligga någorlunda nära varandra i ingripandegrad understryks av det faktum att det – inte minst på grund av det s.k. artbrottsinstitutet – ofta är godtyckligt vilken påföljd som väljs. Se även Robinson 1994 s. 98.

[104] I förarbetena utpekas en bortre gräns för när straffvärdet i sig med tillräcklig styrka talar för att påföljden måste bestämmas till fängelse, nämligen vid ungefär 1 års fängelse, se bl.a. Prop. 1987/88:120 s. 100 och SOU 1995:91 s. 103. I doktrinen har en alltför stelbent tolkning av denna gräns ifrågasatts, se Jareborg & Zila 2000 s. 142 f. Det skall för att undvika missförstånd understrykas att det inte krävs att straffvärdet är så högt för att påföljden skall bestämmas till fängelse. Skälen för fängelse bestäms genom en funktion av omständigheterna straffvärde, brottslighetens art och tidigare brottslighet. Varje omständighet behöver – i sig – inte tala för fängelse med tillräcklig styrka för att bryta presumtionen. Det är tillräckligt att de sammantagna är tillräckliga för att presumtionen mot fängelse skall brytas. Trots den ibland utpekade gränsen vid omkring ett års fängelse, har det utvecklats en praxis som i vissa fall medger att vissa påföljdskombinationer (t.ex. skyddstillsyn i förening med föreskift om kontraktsvård eller s.k. 28:3-fängelse) används även om straffvärdet överstiger ettårsgränsen. Se t.ex. NJA 1989 s. 564, NJA 1990 s. 622 och NJA 1994 s. 153. Likaså skall det framhållas att även om de utpekade skälen för fängelse är mycket starka (varför presumtionen normalt sett inte skall kunna återställas) kan det finnas omständigheter hänförliga till gärningsmannens person som är så starka att man ändock kan avstå från att välja fängelse (se bl.a. BrB 29:5).

på brottspreventiva grunder.[105] Med det svenska påföljdsbestämningssystemet i sikte står det klart att det i så fall är olika bedömningar rörande den dömdes återfallsrisk och behov av stödåtgärder som kommer att bli vägledande. Det är diskutabelt huruvida sådana hänsyn ger god vägledning.

Det måste exempelvis ifrågasättas huruvida de icke frihetsberövande påföljderna är ungefärligt likvärdiga i kännbarhet. Studerar man dem isolerat står det klart att så inte är fallet. Medan villkorlig dom endast innebär att den dömde underkastas en prövotid som löper i två år från att domen vinner laga kraft, innebär en skyddstillsyn dels en prövotid om tre år, dels att den dömde underkastas övervakning, dels en stor möjlighet för domstolen att ålägga denne särskilda föreskrifter, vilka delvis kan vara tämligen ingripande. Att det råder en asymmetri i ingripandegrad dessa påföljder emellan har bekräftas i såväl förarbeten som praxis.[106] Viss jämvikt kan uppnås genom tillämpning av huvudregeln om att böter skall fogas till den villkorliga domen (BrB 30:8).

Sammanfattningsvis kan sägas att även om det är korrekt att – såsom flera författare gör – hävda att humanitetsprincipen är primär i förhållande till proportionalitetsprincipen, så är det av intresse att notera att dessa principer står i ett beroendeförhållande till varandra samt att det råder en växelverkan dem emellan.[107] *Humanitetsprincipen* uppställer gränser för hur den allmänna repressionsnivån får utformas. *Proportionalitetsprincipen* förutsätter att alternativa påföljder innehåller ett visst mått av skärpa för att de skall kunna ersätta ett fängelsestraff samt att det finns en bortre gräns för när de icke frihetsberövande påföljderna (oavsett hur de kombineras med olika tilläggssanktioner) inte längre duger som alternativ till fängelse.

3.4.3.2 Humanitet och likabehandlingsprincipen

I påföljdsregleringen betonas likabehandling vid sidan av humanitets- och proportionalitetsprinciperna. Man skulle kunna tala om en likabehandlingsprincip som säger att "lika fall skall behandlas lika". En sådan defini-

[105] Se bl.a. Victor 1999 s. 140 ff.

[106] Se bl.a. Prop. 1987/88:100 s. 46, Prop. 1997/98:96 s. 90 samt NJA 2000 s. 314.

[107] Jag är såtillvida enig med bl.a. Hudson, Braithwaite & Pettit, Tonry m.fl. som argumenterar för att proportionalitetshänsyn inte alltid måste ges företräde framför humanitetssträvanden. Men det intressanta är inte *att* humanitetsprincipen kan övertrumfa proportionalitetsprincipen utan *hur* detta skall få ske. Härvid aktualiseras frågan om likabehandling. I denna del kan jag inte se att de nu nämnda författarna erbjuder en förklaring om hur humanitet (parsimony) bör fungera vid straffbestämningen på ett sätt som leder till ett mera rättvist system. Jfr Ashworth 2000 s. 212 ff. och von Hirsch 1993 s. 53 f.

tion är emellertid inte tillräckligt klar och otvetydig för att kunna fylla principen med ett meningsfyllt innehåll. I vilket avseende skall tilltalade behandlas lika? Är det inte möjligt för en domstol att i situationer där två personer begått ett och samma brott, bestämma påföljden olika för de båda tilltalade? Finns det t.ex. inte utrymme att särbehandla vissa grupper av brottslingar (t.ex. ungdomar, missbrukare eller psykiskt sjuka) utan att man kränker likabehandlingsprincipen?

Kritik har riktats mot en princip som anger att "lika fall skall behandlas lika" på grund av dess innehållslösa budskap, vaghet samt svårighet att tillämpa.[108] Enligt von Hirsch är likabehandling vid påföljdsbestämning att uppfatta som "ett *formellt* rättvisekrav – som är tomt utan *materiell* utfyllnad". Han tillägger att av en likabehandlingsprincip i straffrätten följer att man bör motverka oenhetlig påföljdsbestämning och begränsa möjligheterna till rent skönsmässiga beslut.[109] Detta är enligt min uppfattning helt riktigt. Problemen med en likabehandlingsprincip är delvis missvisande och delvis skenbara. Vad som fordras för att kunna avgöra om lika fall har behandlats lika är naturligtvis formulerade relevanta kriterier som gör att besluten blir förutsebara.[110] I annat fall kan man (retrospektivt) svårligen avgöra vad som har legat till grund för avgörandet eller om denna tillämpning överensstämmer med hur andra fall har avgjorts. Existensen av undantag i BrB beträffande de nyss angivna grupperna visar att det finns möjlighet att särbehandla vissa grupper utan att man uttryckligen kränker kravet på likabehandling. Detta betyder inte att domstolens resultat nåtts på godtyckliga grunder. Frågan gäller istället vilka begränsningar som finns för möjligheterna att kunna särbehandla vissa grupper utan att detta krav eftersätts.

För svenskt vidkommande finns anledning att understryka att det (främst i BrB kap. 29–30) finns utvecklade kriterier för hur påföljdsbestämning skall göras, varför man kan hävda att proportionalitets- och humanitetsprincipen utgör en del av likabehandlingsprincipen. I svensk påföljdsbestämningslära är likabehandlingsprincipen således inte innehållslös, utan det finns klara hänvisningar till straffvärde, billighet och

[108] Tonry 1994 s. 145 f. samt Frändberg 1973 s. 161. Se även Strömholm som dock menar att principen spelar en viktig roll som teoretiskt ideal, Strömholm 1992 s. 367 f.
[109] von Hirsch 2001 s. 86 f.
[110] Jareborg 1988 s. 123 ff. Jag uppfattar även Robinson på detta sätt, även om han ger uttryck för en viss skepticism rörande möjligheten att kunna hitta dylika kriterier. Bl.a. gör han den viktiga observationen att i ett system med en utbyggd relativ åtalsplikt, inkluderande en stor användning av plea bargaining, kan kriterierna lätt sättas ur spel. Se närmare Robinson 1987 s. 8 ff.

humanitet.[111] En annan sak är att normerna måste tolkas och att denna tolkning aldrig kan bli helt enhetlig.[112]

Jag skulle – i likhet med von Hirsch – vilja hävda att likabehandling innefattar ett formellt krav på att brottslingar i påföljdsbestämningshänseende behandlas efter samma kriterier samt att dessa måste vara relativt preciserade i syfte att motverka att domaren i enskilda fall ges utrymme för alltför skönsmässiga avgöranden. Detta innebär att vi måste ha huvudregler (som t.ex. en presumtion mot fängelse, kriterier för när denna presumtion bryts samt regler för hur alternativa påföljder skall väljas etc.). I annat fall riskerar systemet att bli orättvist. Det är inte svårt att se att ett system som bygger på vagt utformade prognostiskt inriktade bestämmelser – liknande den som tidigare fanns i BrB 1:7 rörande val av påföljd – gav upphov till en oenhetlig rättstillämpning, där den enda likabehandling som fanns var att samtliga påföljder skulle bestämmas utifrån prognostiska rekvisit.

Det blir här tydligt hur man under den period då behandlingsideologin var bestämmande för straffsystemets utformning *å ena sidan* kunde förespråka humanitet i påföljdsbestämningen (inklusive en minskad användning av fängelse), men *å andra sidan* inte satte något värde på att lika fall behandlades lika. När det väsentliga i påföljdsbestämningen var att uppnå en brottspreventiv effekt var det – eftersom olika gärningsmän var i behov av olika påföljder för att korrigeras till ett laglydigt liv – i det närmaste en

[111] Detta innebär att om rättstillämpningen blir oenhetlig på grund av att vissa domstolar bedömer straffbestämningsfrågor olika, så finns det någorlunda handfasta kriterier att falla tillbaka på i en kritik av att kravet på likabehandling inte efterlevs. Antag t.ex. att domstolar i norra Sverige finner att samhällstjänst utgör en tillräckligt ingripande påföljd för att utgöra ett alternativ till fängelse vid t.ex. grovt rattfylleri medan man i södra Sverige finner att så inte är fallet. Om kriterierna inte tillämpas på ett likartat sätt riskerar man att bryta mot likabehandlingsprincipen. Detsamma gäller praxis rörande t.ex. olika brotts normala *straffvärdenivåer* (BrB 29:1–3), hänsynstagande till *billighetshänsyn* (BrB 29:5), hur stora *ungdomsrabatter* som skall ges (BrB 29:7), hur stor *tolerans för återfall* som skall ges (BrB 29:4, 30:4 och 34:4), bestämmande av vilka omständigheter som konstituerar *brottslighetens art* (BrB 30:4) etc. Det faktum att man har kriterier – om än bitvis tämligen vagt utformade – innebär att man kan argumentera rörande vad den mest rationella lösningen på problemet är, vilket ytterst blir en uppgift för HD.

[112] En delvis liknande uppfattning möter vi hos Victor, som har påpekat att det inte är möjligt att i en norm helt och hållet ange normativa kriterier som automatiskt kan appliceras på ett enskilt fall (utan att normen tolkas på ett visst sätt i riktning mot ett visst ändamål) samt att det därför i praktiken inte är möjligt att upprätthålla en klar skillnad mellan tillbakablickande normativa kriterier (*normstyrning*) och framåtblickande prognostiska kriterier (*ändamålsstyrning*). Victor manar visserligen till försiktighet med att i straffrätten använda sig av olika ändamålsresonemang, men hävdar samtidigt att det är möjligt att vid påföljdsvalet använda rekvisit som är baserade på individualpreventiva överväganden utan att detta äventyrar intresset av likabehandling och förutsebarhet. Victor 1999 s. 139 ff.

förutsättning att man vid påföljdsbestämningen *inte* skulle behandla alla lika eller på annat sätt låsa påföljdsbestämningen vid fasta kriterier. Den enda likabehandling man härigenom uppnådde var att alla dömda skulle erhålla en individuell bedömning av vad som behövdes för att den dömde skulle återanpassas till samhället. Eftersom helt likvärdiga (eller samma) brottsliga gärningar kunde rendera de dömda helt olika straff kan man inte hävda att man upprätthöll en likabehandlingsprincip.[113]

De problem som nu har berörts beträffande relationen mellan individualprevention och likabehandling kan på samma sätt göra sig gällande beträffande relationen mellan allmänprevention och likabehandling. Jag vill här återknyta till den under avsnitt 3.4.1 diskuterade uppfattningen att proportionalitet endast utgör en begränsande princip samt att skälen för att visa humanitet (parsimony) överväger skälen för att respektera likabehandling. Härigenom uppstår från rättvisesynpunkt en obegriplig asymmetri.[114]

Enligt min uppfattning begränsar likabehandlingsprincipen humani-

[113] Jfr här Victor 1999 s. 139 ff. (se ovan not 112) angående förenligheten av rekvisit som bygger på individualpreventiva hänsyn och likabehandling/förutsebarhet. Hans resonemang går ut på att beträffande de grupper av dömda där individualpreventiva överväganden läggs till grund för påföljdsvalet lägger domstolar inte rena prognoser till grund för beslutsfattandet. Victor exemplifierar med *återfallsförbrytare, unga lagöverträdare, psykiskt störda lagöverträdare* samt *missbrukare* m.m. Enligt Victor kan i dessa fall de generella kunskaper som domstolar har om t.ex. korrelation mellan tidigare brottslighet och risken för återfall, att ungdomars brottsaktivitet i unga år avtar i takt med att de blir vuxna etc. översättas till generella normer som kan vägleda beslutsfattandet. Vad jag finner vara problematiskt med Victors slutsats är han *på normnivå* accepterar att samma prognostiska rekvisit, som tidigare låg till grund för påföljdsvalet och som på goda grunder ansågs vara otjänliga, går att använda vid valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn eller annan särbehandling i samband med att de nämnda kategorierna aktualiseras. Problemet är att den därvidlag förutsatta generella kunskapen förmodligen inte finns. Om man utgår från undersökningar av andelen s.k. falska positiva, då återfall används som grund för inkapacitering, ligger säkerhetsgraden på omkring 60 procent. Nästan hälften av bedömningarna slår således fel. Vidare skall det uppmärksammas att de i lagtexten utpekade kriterierna inte är utformade som normskäl. De är istället prognostiska rekvisit, vilka är inriktade på det konkreta beslutsfattandet, dvs. *beslutsskäl*. Enligt min uppfattning är det diskutabelt om domare generellt sett har en sådan kunskap som Victor beskriver. Av denna anledning ser jag det som en fördel att istället förklara särregleringen av unga lagöverträdare, missbrukare, recidivister, psykiskt sjuka etc. med *humanitetsprincipen* (vilket inkluderar upprätthållande av skuld- och konformitetsprinciperna). Diskussionen blir härigenom mer principiell och bygger på att man värderar styrkan i de goda skäl som finns för att generellt särbehandla vissa grupper i påföljdsbestämningen. Vidare underlättar det om man vill avlägsna de prognostiskt utformade rekvisiten som återfinns bl.a. i BrB 30:7 och 30:9. Se även Borgeke & Reimer 1999 s. 145–150.

[114] Jfr Morris & Tonry 1990 s. 105 ff., Morris 1982 s. 155 ff. och 200 ff. samt Morris 1998 s. 181 ff. Se även Brownlees kritik av Tonry, i vilken han beaktar rättvisefrågan ur offrets perspektiv, Brownlee 1994 s. 88 ff.

tetsprincipen på det sättet att skälen för att särbehandla (privilegiera) vissa lagöverträdare vid påföljdsbestämningen måste vila på goda skäl som dels rättfärdigar varför dessa personer förtjänar extra tolerans, medkänsla och respekt, dels är förenliga med straffsystemets grundläggande värden. Vidare krävs att dessa undantag är tillämpliga på samtliga personer som uppfyller de uppställda kriterierna eller tillhör den utpekade kategorin. Det nu sagda skall emellertid inte uppfattas som att det endast finns ett riktigt straff för varje brottslig gärning eller att det faktum att man gör avsteg från att behandla alla (exakt) lika innebär att man kränker en likabehandlingsprincip. Som sagts ovan är det väsentliga, för att kunna hävda att man respekterar en likabehandlingsprincip, att det finns huvudregler för hur påföljdsbestämning skall göras. Detta hindrar inte att man har undantagsregler om detta är motiverat. Det viktiga är att man har goda skäl för att särbehandla vissa (någorlunda preciserade) grupper samt att alla inom denna grupp är berättigade till samma behandling. Det är i detta avseende som humanitetsprincipen aktualiseras och det är här det blir intressant att undersöka hur denna princip förhåller sig till likabehandlingsprincipen.

Det är vidare i detta avseende som jag anser att humanitet skiljer sig från *nåd* (mercy). Att bevilja någon nåd bygger på att man i ett enskilt fall anser att någon bör behandlas lindrigare.[115] Skälen för att behandla någon lindrigare kan variera, men oftast bygger det på skönsmässiga bedömningar i det enskilda fallet. A beviljas nåd för att han har ångrat sig, B beviljas nåd för att han är allvarligt sjuk etc.[116]

Det är helt klart att det finns en överlappning mellan humanitet i påföljdsbestämningen och nåd genom att nåd implicerar humanitet.[117]

[115] Murphy & Hampton 1988 s. 158.

[116] Se t.ex. Bottoms 1998 s. 66. Observera att dessa omständigheter är fullt förenliga med de s.k. billighetsskälen, vilka i sin tur anses vara förenliga med den rättvisekonception som ligger till grund för den svenska påföljdsregleringen. I BrB 29:5 har lagstiftaren angivit ett antal generella omständigheter, vilka utgör skäl för att man vid påföljdsbestämningen bör visa större återhållsamhet. Vid t.ex. hög ålder, poena naturalis och dålig hälsa anses det finnas skäl att lindra straffmätningen samt avstå från att bestämma påföljden till fängelse. Genom att förvandla dessa omständigheter till generella skäl för en lindrigare behandling blir de förenliga med humanitetsprincipen. Att billighetsskälen medger en lindrigare bedömning baserar sig inte på att den enskilde domaren känner ömkan med någon som är sjuk, gammal eller som har skadat sig med anledning av brottet. De bygger istället på att det generellt sett finns goda skäl att behandla dessa personer med medkänsla. Genom att tillåta dessa omständigheter att påverka påföljdsbestämningen blir systemet humant utan att vara godtyckligt. Huruvida de är förenliga med proportionalitetsprincipen är en annan fråga. För en liknande uppfattning, se Harrison 1992 s. 120 ff.

[117] Lucas beskriver något han kallar en "rational exercise of mercy", vilken bygger på att beviljandet av nåd bygger på goda skäl. Ett sådant skäl kan vara att den dömde är ångerfull. Under förutsättning att alla likvärdigt ångerfulla tilltalade beviljas nåd (i form av

Däremot tror jag inte att humanitet – enligt den ovan gjorda definitionen av humanitetsprincipen – skall tillämpas som en princip om nåd. Skälet för detta är att nåd kan uppfattas på många olika sätt. Genomgående för de författare som förespråkar nåd är att det är ytterligt svårt att uppställa kriterier för när och varför man skall bevilja nåd annat än att omständigheterna i det enskilda fallet påkallar en lindrigare behandling.

Man bör vidare skilja på generell och individuell användning av humanitet och nåd. I den utsträckning, som dessa skäl kan göras allmängiltiga och appliceras på alla som befinner sig i gärningsmannens position, är de förenliga med humanitetsprincipen. Men om avgörandet av huruvida nåd skall beviljas bygger på huruvida domaren i det enskilda fallet känner medlidande med den dömde eller liknande, tvingas man dels offra likabehandlingsprincipen, dels förskjuta tyngdpunkten vid bedömningen till omständigheter som inte behöver vara direkt relevanta för en straffvärdebedömning. Härigenom uppstår risk för godtycklighet och oenhetlig rättstillämpning. För att en sådan ordning skall kunna fungera förutsätts det att det finns kriterier för att avgöra när nåd bör beviljas.[118] Jag tror emellertid att förespråkarna av en nådeprincip underskattar problemen med att formulera sådana kriterier. Det är dock inte omöjligt. En förutsättning är dock att man kan enas om vilka generella skäl som skall anses motivera en särbehandling. Exempel på att sådana skäl kan göras allmängiltiga och således förenliga med ett humanitetstänkande finner man eventuellt i de s.k. billighetsskälen i BrB 29:5.[119]

Sammanfattningsvis kan sägas att humanitets-, likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna står i ett inbördes förhållande där de kontrollerar varandra. Proportionalitetsprincipen uppställer de yttre kraven på lagstiftaren att tillhandahålla straff och andra påföljder, som med hän-

---

strafflindring), så är det slutliga resultatet inte orättvist, se Lucas 1980 s. 9. I denna tappning kommer kriterierna för att beviljas nåd att överensstämma med de s.k. billighetsskälen i BrB 29:5.

[118] Med detta avser jag att man inte kan lita till domares uppträdande förmåga att tillämpa lagen förnuftigt. Riskerna att ett humanitetstänkande därigenom förvandlas till diskretionärt beviljande av nåd blir alltför stora. Om humanitetsprincipen skall övertrumfa proportionalitetsprincipen måste det bygga på förutsebara och acceptabla skäl. Jfr bl.a. Harrison 1992 s. 121 och Bottoms 1998 s. 69.

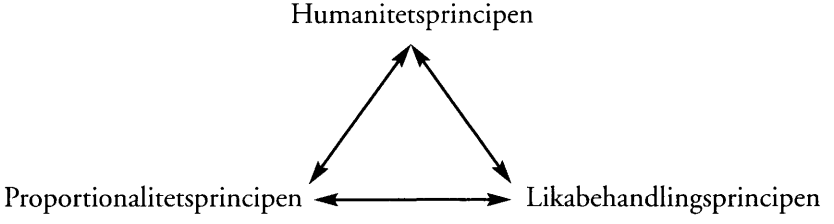
[119] Det är omdiskuterat och i viss mån fortfarande oklart i vilken utsträckning som de olika grunderna för strafflindring i BrB 29:5 är förenliga med proportionalitet. Den vägledning som ges i förarbetena rörande de olika omständigheternas betydelse klargör inte om de ger uttryck för *generella* goda skäl att vara mer tolerant, visa större respekt och i större utsträckning avstå från att använda fängelse eller om de har karaktären av att utgöra individuella omständigheter som domstolen efter eget skön får använda för att avgöra om den enskilde tilltalade förtjänar nåd. Skälen är omdiskuterade, se bl.a. Jareborg & Zila 2000 s. 130 och von Hirsch 2001 s. 94.

syn till den inre rangordningen dessa emellan ger uttryck för en gradvis ökande ingripandegrad, mot vilken den aktuella brottsligheten i sin tur kan graderas. Härigenom kommer kravet på proportionalitet att innebära att alla påföljder måste innehålla någon form av lidande eller obehag. Vidare finns det bortre gränser för när proportionalitetsprincipen inte längre kan få vika för intresset av att undvika fängelse. Då brottsligheten från proportionalitetssynpunkt är tillräckligt allvarlig tar proportionalitetsprincipen över humanitetsprincipen. I så fall är straffvärdet så högt att det inte längre är motiverat att ersätta straffet med (mer humana) alternativ.

Likaså ställer likabehandlingsprincipen krav på att humanitetsprincipen inte får drivas hur långt som helst. Vi kan acceptera avsteg från såväl en renodlad proportionalitet som rena humanitetshänsyn så länge som alla behandlas efter samma kriterier.[120] Såsom påpekats tidigare kan inte frågan huruvida humanitet skall visas den dömde vara något som det ankommer på domstolen att avgöra självständigt. Det måste vara en allmän utgångspunkt att fängelse generellt sett är en dålig påföljd och därför bör undvikas så långt det är möjligt. Därmed inte sagt att likabehandlingsprincipen kränks om fängelse anses vara ännu sämre för vissa grupper (t.ex. ungdomar, psykiskt störda lagöverträdare eller liknande).

Vad som nu sagts om skäl som skall utgöra utgångspunkt för bedömningen (på normnivå) påverkar givetvis inte att det slutligen är en domstol som måste avgöra huruvida kriterierna är uppfyllda (på beslutsnivå). Det är således skillnad mellan att formulera skälen och att tillämpa dem i den rättsliga argumentationen.

Jag skulle sammanfattningsvis därför vilja hävda att utifrån sett står de tre olika principerna i ett direkt beroendeförhållande till varandra. Det sagda kan illustreras i följande schematiska bild i vilken principerna kompletterar och begränsar varandra.



[120] Se Lucas 1980 s. 9 och Harrison 1992 s. 120 f.

3.4.3.3 Humanitet och prospektiv proportionalitet

Till sist skall något kort sägas om förhållandet mellan humanitetsprincipen och den tidigare i avsnitt 3.3.1 berörda principen om prospektiv proportionalitet. Den sistnämnda utgår som sagts från att sanktioner skall vara *användbara* för sina syften, *nödvändiga* från preventionssynpunkt och *rimliga* vad gäller ingripandegraden.[121] Prospektiv proportionalitet är en framåtblickande princip som är generell till sin natur. Den beaktar sanktionens stränghet i förhållande till framtida (presumtiva) skador (inklusive aggregerade skadeverkningar). Den uppställer gränser för hur man bör eller får införa sanktioner i förhållande till den sammantagna mängden av överträdelser.

Om man jämför prospektiv proportionalitet med vad jag ovan har sagt om humanitetsprincipen, så står det klart att principerna i vissa avseenden har ett liknande budskap (krav på måttlighet, rimlighet, nödvändighet). Således kommer de delvis att överlappa varandra. Båda principerna bygger på relationen mellan *mål* och *medel*. De handlar om hur förhållandet mellan ett medel (sanktionen) och ett utpekat mål bör se ut. Humanitetsprincipen är visserligen inte utformad utifrån en mål–medelrelation. Den har ett förutfattat budskap om hur relationen mellan mål och medel skall se ut, nämligen att bestraffning skall vara så lindrig och human som möjligt. Dvs. man har redan stipulerat att allmänpreventiva och utilitaristiska hänsyn inte kan får tillåtas spela någon avgörande roll när man bestämmer påföljd. Däremot skall det inte förnekas att det i hela principens grundval torde ligga ett antagande om (eller accepterande av) att det handlar om en reglering av hur relationen mellan mål och medel (klander och bestraffning) får se ut, och av naturliga skäl stipulerar principen en begränsning. Dvs. man måste utgå från att straffrätten behöver straff för att det klander som skall förmedlas skall vara kännbart och att påföljder måste användas.

Vad som emellertid är nödvändigt att understryka är att principerna närmar sig problematiken från diametralt motsatta håll. Vad som skiljer humanitetsprincipen från principen om prospektiv proportionalitet är att man utifrån humanitetsprincipen förutsätter att det är ytterst tveksamt om påföljden har någon effekt samt att man vet att bestraffning medför mycket lidande. Utifrån vissa humanitära värden ges vi därigenom skäl för att ingripa så litet som möjligt; dvs. sträva efter så små intrång som möj-

[121] Att vara måttliga – i bemärkelsen att mer än vad som behövs inte skall tillgripas – följer av de tre olika kriterierna.

ligt eftersom vi inte tror på att våra påföljder egentligen har någon påtaglig effekt. När det gäller prospektiv proportionalitet finns inte detta grundantagande. Däremot kan man säga att den prospektiva proportionaliteten är strängare *i sin formulering* av kravet på att sanktionen skall vara nödvändig och rimlig. Om dessa krav inte är uppfyllda blir sanktionen otillåten. En sanktion som strider mot humanitetsprincipen kan endast angripas såsom varande oetisk.

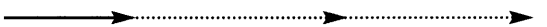
3.5 Principen om gemensamt straff

3.5.1 Inledning

Den sista principen som jag avser att beröra i detta kapitel anknyter mer direkt till konkurrensproblemen och de olika lösningarna som finns. Jag har hittills envist hävdat att anledningen till att konkurrensproblem blir viktiga i samband med påföljdsbestämning är *principen om gemensamt straff*. Eftersom denna princip utgör utgångspunkten för problematiken finns det anledning att titta närmare på dess innehåll och budskap, vad som berättigar den samt dess konsekvenser.

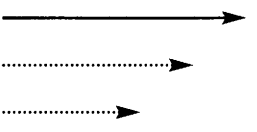
Utgångspunkten är som bekant att påföljdsbestämning – såväl vad gäller straffmätning som val av påföljd – utgår från att *en gemensam påföljd* skall bestämmas för hela den samlade brottsligheten. Vi kan dra oss till minnes att jag i kapitel 2 hävdade att det *inte* kan anses utgöra ett krav att det existerar en bestämmelse om gemensamt straff (eller liknande) för att man skall kunna tala om konkurrenssituationer. Enligt min uppfattning är inte BrB 30:3 någon förutsättning för att konkurrensproblem skall uppstå. Avsaknad av en sådan bestämmelse skulle säkerligen innebära att konkurrensproblem blir oproblematiska såtillvida att den skulle möjliggöra en ensidig användning av kumulationsprincipen. En legalistisk domare skulle kunna bedöma ansvar och skuld för respektive brott och därefter utdöma ett (proportionellt) straff för varje brott utan hänsyn till att gärningsmannen döms för andra brott. Men det är en sedan länge accepterad uppfattning att detta är olämpligt. Domstolar skulle härigenom vara utelämnade till att låta påföljderna verkställas antingen seriellt (successivt efter varandra) eller parallellt. De två varianterna kan åskådliggöras på följande vis.

(a) Olika påföljder utdöms i serie



Fängelse Skyddstillsyn Villkorlig dom

(b) Olika påföljder utdöms parallellt



En sådan modell med seriell och parallell verkställighet används i det angloamerikanska systemet (*consecutive* respektive *concurrent* sentencing).[122] Ingen av dessa varianter torde vara eftersträvansvärd såsom huvudprincip om de skall uppfattas i renodlad form. Förklaringen härtill är relativt enkel.

Om straffen skall utdömas och verkställas *i serie efter varandra*, innebär detta att kumulationsprincipen tillämpas oinskränkt, vilket lätt kan leda till bestraffning som uppfattas som omotiverat hård såvida inte respektive påföljd kan anpassas till de övriga påföljderna. Antag t.ex. att en person begått ett antal brott av olika karaktär (ett rån, ett antal fall av rattfylleri samt ett bedrägeri). En domstol som inte är skyldig att beakta en princip om gemensamt straff skulle teoretiskt kunna komma fram till att den tilltalade för rånet bör ådömas ett längre fängelsestraff, för rattfyllerifallen en skyddstillsyn med föreskrift om att undergå behandling på anstalt samt för bedrägeriet en villkorlig dom i förening med böter. Om påföljderna verkställs i serie skulle den dömde därigenom först verkställa fängelsestraffet för att därefter friges och underkastas en kontraktsvård inklusive treårig prövotid och övervakning. Den ådömda behandlingen för alko-

[122] I bl.a. engelsk och viss amerikansk rätt avgörs frågan om påföljderna skall verkställas seriellt eller parallellt utifrån om brottsligheten har begåtts samtidigt eller genom samma handling ("a single transaction"). Eftersom hela påföljdsbestämningen beror på hur denna fråga besvaras, innebär den i allt väsentligt detsamma som att acceptera skillnaden mellan ideal- och realkonkurrens. Se Ashworth 2000 s. 219 ff., Emmins 1985 s. 119 ff., Wasik 2001 s. 147 ff. och Jareborg & von Hirsch 1984 s. 139 ff. På samma sätt som i bl.a. tysk rätt (StGB § 54 Abs. 1 s. 3) skall en slutlig värdering av det slutliga resultatet företas i enlighet med den s.k. totalitetsprincipen (*the totality principle*).

holproblemen skulle komma till stånd först efter fängelsestraffet. Efter att skyddstillsynen till fullo har verkställts efter tre år, så skulle den dömde avslutningsvis åläggas en ny prövotid, vilken dessutom skulle förenas med böter.

Eftersom villkorlig dom och skyddstillsyn inte kan anpassas i någon större utsträckning efter brottslighetens straffvärde, torde det vara uppenbart att en sådan ordning skulle leda till en omfattande påföljd som skulle löpa under ansenlig tid. Bortsett från en viss konflikt med förutsättningarna för när villkorlig dom och skyddstillsyn bör väljas, skulle den vara förenad med påtagliga problem om ny brottslighet aktualiseras under det att påföljden verkställs. Det torde stå helt klart att ny lagföring bestående i t.ex. en frihetsberövande påföljd skulle kunna innebära att den dömde antingen – mitt under pågående verkställighet av en icke frihetsberövande påföljd – skulle komma att verkställa nya frihetsberövande påföljder (om dessa ges företräde) eller behöva vänta ansenlig tid med att verkställa fängelsestraffet. Det torde vara uppenbart att vissa brottsaktiva personer snabbt skulle få ackumulerade straff och pågående prövotider (förenade med övervakning och särskilda föreskrifter) som sträcker sig över ansenliga perioder av den dömdes resterande liv. Det kan på goda grunder ifrågasättas huruvida dylika – tidsmässigt sett – omfattande påföljder är önskvärda i ett proportionalitets- och humanitetsperspektiv.

Likaså finns det anledning att beakta straffets kommunikativa funktion. Om man hoppas på att domen skall förmedla det klander som brottets svårhet och gärningsmannens skuld bör föranleda, är det inte ointressant att påföljden framstår som någorlunda begriplig såväl för den dömde som för allmänheten. Verkställighetsformer som är utdragna i tiden och som innehåller alltför blandade inslag riskerar att underminera domens funktion som en effektiv och proportionell reaktion på vad gärningsmannen har gjort. Vidare kan man inte bortse från de problem som en sådan ordning skulle förorsaka kriminalvården genom att förskjuta konkurrenssituationer till nivån för verkställighetskonkurrens. Det faktum att intresset av den tilltalades resocialisering, individuella behov för stöd och återanpassning etc. inte längre skall tillmätas avgörande vikt i samband med påföljdsbestämningen innebär inte att det är i sin ordning att helt bortse från dessa faktorer vid utformningen av regleringen rörande påföljdskonkurrens. Hänsyn måste därutöver tas till vad som krävs av proportionalitetsprincipen genom att påföljden skall utgöra en proportionell och rättvis reaktion på brottet. Under alla omständigheter torde man kunna åberopa humanitetsprincipen till stöd för att det måste finnas en rimlig gräns för när verkställighet av påföljder avseende samma brottslighet upphör (även om inte verkställigheten av dessa påföljder – i sig – är att uppfatta som inhuman). I annat fall kan man svårligen hävda att man

uppvisat någon form av tolerans inför att det är mänskligt att begå misstag eller respekterat människors förmåga att ta till sig förmedlat klander.

Om straffen istället skall verkställas *parallellt* kan lätt den motsatta problematiken uppstå. I praktiken skulle vissa påföljder inte kunna verkställas på grund av att påföljder av annat slag verkställs samtidigt. Det är t.ex. svårt att föreställa sig hur övervakning skulle organiseras i praktiken om den dömde verkställer en frihetsberövande påföljd. Om fängelsestraffet är långt uteblir ju bestraffningen i form av de icke frihetsberövande påföljderna helt och hållet, varigenom absorptionsprincipen givits full genomslagskraft. Annorlunda uttryckt: en viss del av den faktiska påföljden kommer i praktiken aldrig att verkställas.

Den nu gjorda beskrivningen är alltför förenklad och delvis missvisande. Det är visserligen korrekt att de båda typfallen med seriell och parallell verkställighet utgör exempel på de två varianter av kumulation som uppstår om man saknade reglering rörande enhetsstraff, kollektivt eller gemensamt straff. Likaså är det korrekt att de tillämpade i sin renodlade form lätt kan leda till icke önskvärda eller olämpliga konsekvenser (som att t.ex. kumulerad parallell verkställighet kan leda till total absorption). Vi kan således konstatera att vid en första anblick måste vi på ett eller annat sätt eliminera de konsekvenser som en strikt tillämpning av kumulationsprincipen medför. Detta gäller oavsett om den sker i form av seriell eller parallell verkställighet. Jag tror emellertid att problematiken måste studeras mer ingående och att man därvid måste skilja mellan olika nivåer och olika påföljdskombinationer innan det är möjligt att dra några säkra slutsatser om vilka resultat det ena eller andra lösningsalternativet får. Utan att föregripa den fortsatta framställningen vill jag understryka att jag i och för sig inte ser några principiella eller praktiska problem med att låta påföljder verkställas parallellt, så länge som verkställigheten ges något konkret innehåll.

Om man accepterar att någon form av gemensamt straff måste väljas, återstår det att bestämma efter vilka principer detta bör ske. Som tidigare sagts är de logiska möjligheterna **kumulation**, **absorption** och **asperation**.

Det är nu av stor vikt att göra klart för sig att lösningsprinciperna opererar på olika nivåer. Då påföljd skall bestämmas när en person samtidigt skall dömas för mer än ett brott måste såväl *straffmätning* som *påföljdsval* göras för den samlade brottsligheten. Båda bedömningarna är avhängiga vilken *straffskala* som skall användas för den samlade brottsligheten. Vi har således tre olika parametrar som var för sig kan orsaka konkurrensproblem på olika nivåer. Det finns inga formella hinder mot att använda olika principer på olika nivåer. Principen om att använda ett kollektivt eller gemensamt straff är följaktligen dels lösningen på konkurrenspro-

blematiken, dels orsaken till att (andra) konkurrensproblem blir komplicerade och viktiga. Konkurrensen kan således röra utformningen av gemensam straffskala, kriterier för straffmätning vid flerfaldig brottslighet samt val gemensam påföljd.

3.5.2 Olika tänkbara modeller

Om vi nu accepterar att någon form av alternativ till ren kumulation eller ren absorption måste finnas – om inte annat av praktiska skäl – så kan man fråga sig hur detta bör vara utformat. Vid en undersökning av olika rättsystem, såväl äldre som nutida svenska och utländska, finner man ett antal olika modeller som kan användas för att bestämma påföljd för flerfaldig brottslighet. Med utgångspunkt från de nordiska, tyska och angloamerikanska systemen kan de enklast beskrivas som två olika grundmodeller.

Den första modellen kan benämnas **kollektivt straff** och bygger på att domstolen i en trestegsprocess (1) först tar ställning till påföljdsfrågan för respektive brott för att (2) därefter väga samman straffen för de skilda brotten och (3) avslutningsvis bedöma slutresultatet som under vissa omständigheter kan modifieras om det framstår som olämpligt.[123] Frågor med anknytning till påföljdskonkurrens görs således först på det konkreta planet efter det att ett straff har bestämts för respektive begånget brott som den tilltalade skall dömas för. Denna modell används i olika varianter bl.a. i Tyskland, England samt flera amerikanska stater och den tillämpades tidigare i Sverige.[124] Även om straffmätningen enligt de två första stegen sker separat för varje brott, varefter de kumuleras, så måste modellen som helhet beskrivas som en variant av asperationsprincipen eftersom det alltid görs en bedömning av det slutliga resultatet (huruvida kumulationen av straff är lämplig eller om straffmätningen bör korrigeras). Det äldre svenska systemet, som i denna fråga påminner om det nuvarande tyska, kommer att beröras mer ingående i avsnitt 3.5.3. I engelsk rätt är utgångspunkten att varje brott skall tilldelas ett straff, varefter denna kumulationsprincip modifieras av olika begränsande principer rörande parallell verkställighet samt en totalvärdering av det sammanlagda straffet.[125] Straffet är således aggregerat.[126] Det är mindre klart om det i engelsk

[123] Termen kollektivt straff har hämtats från Jareborg, se Jareborg 1999 s. 269.

[124] I Tyskland sker bildandet av ett totalstraff (Gesamtstrafe) vid reellt konkurrerande brott i tre steg. Bringewat behandlar frågan utförligt, se Bringewat 1987 s. 117 ff. Se vidare Jescheck & Weigend 1996 s. 728 ff., Roxin 2003 s. 797 ff. och Schäder 1990 s. 190 ff.

[125] Se bl.a. Lovegrove 1997 s. 30 f. och Thomas 1979 s. 52 ff.

[126] Se bl.a. Ashworth 2000 s. 226 ff. och Jareborg & von Hirsch 1984 s. 138.

rätt vid parallell verkställighet av olika straff anses att en gemensam påföljd verkställs eller inte.[127]

Även om huvudregeln vid kollektivt straff är att straffen skall mätas ut aggregerat och jämkas först om slutresultatet framstår som orimligt, så har man, enligt vad som har sagts ovan, i samtliga system som tillämpar denna modell insett konsekvenserna av en alltför stark betoning av kumulation. Detta har medfört två saker. För det första följer av principen om kollektivt straff att verkställigheten normalt skall ske i en och samma strafform, varför det förutsätts att den övriga brottsligheten – vars straff i och för sig inte skulle behöva utmätas i den aktuella straffarten – omvandlas till ett enhetligt straff. För det andra har det av olika skäl ansetts finnas anledning att lägga vikt vid sammanhanget mellan den aktuella brottligheten. I de flesta system som använder kollektivt straff begagnas uppdelningen mellan ideal- och realkonkurrens. Enligt såväl tysk som engelsk rätt läggs vikt vid huruvida brotten har begått genom "en gärning", "samma handling" etc. eller inte.[128]

Den andra modellen kallas vanligtvis **gemensamt straff** (enhetsstraff), och bygger på att man endast gör en gemensam påföljdsbestämning för den samlade brottsligheten. Jag kommer i det följande att använda mig av uttrycket *gemensamt straff* när jag talar om modellen för påföljdsbestämning. Som kommer att framgå har denna princip betydelse både för straffmätningen och för val av påföljd. När jag i det följande talar om *gemensam påföljd* avser jag endast den del av principen som reglerar valet av påföljd för flera brott.

Enligt principen om gemensamt straff görs begränsningar i det totala straffet redan på den abstrakta nivån genom att straffskalan begränsas för den samlade brottsligheten. En princip om gemensamt straff tillämpas i bl.a. Sverige (gemensam påföljd), Norge (fellesstraf), Finland (enhetsstraffprincipen) och i Danmark (fællesstraf).[129] I tysk rätt används principen gemensamt straff (Einheitsstrafenprinzip) vid lagföring av ungdomsbrottslighet.[130] Vid de ideellt konkurrerande brotten bestäms straffet inom ramen för straffskalan för det svåraste brottet, vilket innebär att

[127] Det finns en rad olika principer för när det är lämpligt att utdöma parallella respektive seriella straff samt hur man kan kombinera olika former av frihetsberövande. Av vad som framgår av litteraturen torde – då det anses vara olämpligt att olika sanktioner/strafformer sammanträffar – parallell verkställighet vara påkallad, vilket tyder på att man egentligen anser att endast en gemensam påföljd skall väljas. Se närmare Thomas 1979 s. 62 ff.
[128] Se bl.a. Gropp 2001 s. 508, Roxin 2003 s. 817, Bringewat 1987 s. 13, Thomas 1979 s. 53 och Ashworth 2000 s. 221 f.
[129] Havansi & Koskinen 2002 s. 96 f., Frände 2004 s. 378 ff. (Frände använder termen gemensamt straff), Matningsdal & Bratholm s. 549 ff. och Toftegaard Nielsen 2002 s. 117 och Straffelovrådets betænkning 2002 s. 471.
[130] Se Roxin 2003 s. 798 och Streng 2003 s. 130 ff.

endast ett straff utdöms trots att flera brott anses vara begångna.[131] Detta är ju också en variant på gemensamt straff.[132]

Principen om gemensamt straff förknippas ofta med individualprevention och system där påföljdsvalet spelar större roll än straffmätningen. Förklaringen härför torde vara att mindre vikt läggs vid straffmätningens exakthet än vid utdömandet av kollektivt straff.[133] Som jag hoppas kunna påvisa framöver behöver inte detta vara fallet. Utan att föregripa konkurrensfrågor rörande val av påföljd vid flerfaldig brottslighet, kan vi notera att enligt principen om gemensamt straff skall domstolen göra *en* gemensam straffmätning för den samlade brottsligheten (inom ramen för vad som följer av bestämmelserna om konstruktion av straffskala för flerfaldig brottslighet). Likafullt måste en domstol – vid avgörandet av såväl vilket det svåraste brottet är som hur mycket rabatt som skall ges på den övriga brottsligheten – ha någon form av värde att utgå från. Att domstolen vid utdömande av gemensamt straff företar en gemensam straffmätningsoperation måste i viss utsträckning betraktas som en rättslig fiktion. Precis som i länder med aggregerade straff innebär en gemensam straffmätning att varje brott i vart fall åsätts någon form av approximativt straffvärde, vilket sedan ställs i relation till de övriga brottens straffvärde. I annat fall skulle ju domstolen inte veta vilket brott som skall styra straffmätningen eller i vilken utsträckning som den övriga brottsligheten skall få inverka försvårande på den gemensamma straffmätningen. Skillnaden mellan en modell med gemensamt straff och den typ av aggregerade straff som blir följden av en användning av modellen med kollektivt straff ligger således i att enligt den svenska modellen är sammanläggningen mindre formaliserad och därför mindre exakt.

Oavsett vilken modell man använder så är det enligt min uppfattning nödvändigt att domstolen alltid gör en ungefärlig straffmätning för respektive brott. Intresset av en enhetlig straffmätningspraxis, och överinstansens möjlighet att i samband med överklagade domar få kännedom om hur brottsligheten har värderats, talar för att man borde inskärpa betydelsen av att domstolarna närmare redovisar vilka överväganden som har föregått straffmätningen samt att de alltid anger *ett samlat straffmätningsvärde*. Detta aktualiseras inte minst i de iterativa tillämpningssituationerna, då tidigare utdömda påföljder kan komma att undanröjas eller i vart fall skall beaktas vid påföljdsbestämningen. Personligen kan jag inte se några problem med att domstolarna åläggs en skyldighet att utföra en

[131] Jescheck & Weigend 1996 s. 723 f.

[132] Schmidhäuser 1975 s. 783.

[133] Jung anger att principen om gemensamt straff kan vara lämplig om man skall betona straffsystemets kommunikativa och uppfostrande syfte, t.ex. vid påföljdsbestämning av unga lagöverträdare, se Jung 1992 s. 111.

obligatorisk straffmätning för den samlade brottsligheten. Om straffet bestäms till böter eller fängelse framgår alltid straffmätningsvärdet för den samlade brottligheten. Problem finns emellertid när påföljden har bestämts till en icke frihetsberövande påföljd. Det förekommer redan idag att domstolar vid vissa påföljdskombinationer är skyldiga att ange ett alternativstraff (BrB 27:2a, 28:2a och 28:6a). Eftersom domstolar i ett senare skede inte är bundna av den redovisade straffmätning som angivits som alternativstraff kan jag inte se att några påtagliga olägenheter skulle kunna uppstå om man vid samtliga brott angav det samlade straffmätningsvärdet. Tvärtom skulle det utgöra en mycket god vägledning för den som önskar att få veta hur straffvärd en viss brottskombination har ansetts vara. Det skulle dessutom bli lättare att i efterhand få kännedom om hur stora rabatter som ges vid straffmätningen vid flerfaldig brottslighet. Att därutöver kräva att domstolarna i detalj redovisar hur straffmätningen utförts då olika brott viktats mot varandra leder säkerligen för långt.

I fortsättningen av detta kapitel avser jag dels att undersöka bakgrunden till den svenska principen, dels att säga något om vad jag tror att principens budskap egentligen är.

3.5.3 Bakgrund till den svenska modellen

3.5.3.1 Straffmätning

Gemensamt för principerna om kollektivt straff och gemensamt straff är att de söker undanröja olägenheterna av att flera olika brott skall bestraffas vid ett och samma tillfälle. Oavsett om det sker på den abstrakta straffskalenivån eller på den konkreta straffmätningsnivån, handlar det ytterst om att begränsa möjligheterna och effekterna av att kumulera straff för respektive brott som gärningsmannen döms för. Vid sidan av att det finns ett intresse av att söka begränsa straffmätningen, tycks det finnas rent praktiska skäl för att gärningsmannen – som huvudregel – skall verkställa endast ett straff i betydelsen påföljd av *samma sort.*

Att straffreduktion vid flerfaldig brottslighet har förekommit i svensk rätt under lång tid betyder inte att den alltid har motiverats på samma sätt. För att förstå bakgrunden till konkurrensproblematiken på straffmätningsnivån måste man gå tillbaka till tiden före 1938 års reform rörande sammanträffande av brott, då distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens användes. Eftersom denna uppdelning fortfarande är gällande i många länder kan en exkurs rörande denna reglering bidra till en ökad förståelse av hur konkurrenssituationer löses i dessa länder. Av detta skäl kommer jämförelser med den nuvarande tyska regleringen att göras fortlöpande.

Innan principen om gemensamt straff infördes i Sverige gjordes en generell uppdelning av straffbestämning vid brottsflerhet dels mellan principerna om kollektivt och gemensamt straff, dels mellan ideellt och reellt konkurrerande brott. Mycket förenklat kan man säga att denna uppdelning byggde på frågan om flera brott hade begåtts genom *en* eller *flera handlingar*. Om flera brott (straffbelagda i samma eller olika straffbud) var begångna genom flera handlingar förelåg s.k. **realkonkurrens**, varvid domstolen enligt huvudregeln i SL 4:2 ålades att utmäta (och ådöma) de särskilda straff som skulle följa på varje brott i domen, varefter straffen skulle adderas. Additionen begränsades av kompletterande bestämmelser i SL 4:4–7. Av särskilt intresse är härvid den s.k. tvåårsregeln (SL 4:5), vilken begränsade kumulationen genom att det sammanlagda straffet inte fick överskrida det högsta av de *konkret* utmätta straffen med mer än 2 år.[134] Vid straffmätningen tillämpades sålunda kumulationsprincipen intill dess att den straffskalebegränsande spärregeln i SL 4:5 slog till och hindrade att straffet ökades ytterligare. Det enda uttryckliga undantaget gällde då gärningsmannen för något av brotten skulle ådömas dödsstraff eller livstidsstraff, varvid absorptionsprincipen tillämpades såväl på straffskale- som på straffmätningsnivå.[135]

Något krav på att straffmätningen skulle avgöras efter en helhetsbedömning eller värdering av gärningsmannens person eller de fastställda straffen för varje brott – motsvarande den som finns i de länder som fortfarande bygger påföljdsbestämningen på distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens – fanns inte i den äldre svenska rätten. Som jämförelse kan nämnas, att i dag förekommer i tysk rätt en bestämmelse enligt vilken domstolen efter sammanläggningen av de särskilt utmätta straffen är skyl-

[134] Kursiveringen är gjord med avsikt att understryka att den möjliga förhöjningen *inte* avsåg två år utöver det svåraste brottets abstrakta straffskalemaximum utan det svåraste brottets konkreta straff. Detta är naturligtvis en avsevärd skillnad. Om man t.ex. tänker sig ett stort antal brott med ett ringa eller måttligt straffvärde fick begränsningen en större begränsande effekt jämfört med om man hade att göra med ett litet antal brott, men där straffet för det svåraste brottet var lågt. Angående den äldre bestämmelsen som tog sin utgångspunkt i det konkret utmätta straffet, se Carlén 1866 s. 74 och Hagströmer 1901–1905 s. 756 f. Bestämmelsen ändrades i samband med 1938 års reform till att avse 2 år över det i lagen utsatta straffet (abstrakta straffvärdet), se Hellquist & Regner 1939 s. 12.

[135] Det kan parentetiskt nämnas att Hagströmer understryker att undantagsregeln i SL 4:4, vilken stadgade att absorptionsprincipen skulle användas vid döds- eller livstidsstraff, inte kunde betecknas som en överflödig reglering eftersom det i och för sig var möjligt att förena dessa straff med andra strafformer. Det var t.ex. möjligt att någon innan ett dödsstraff verkställdes avtjänade ett fängelsestraff eller att någon som ådömts ett livstidsstraff samtidigt ålades att betala ett bötesstraff. Se Hagströmer 1901–1905 s. 755 f.

dig att företa en helhetsbedömning: "[Ein] zusammenfassenden Würdigung der Täterpersönlichkeit und der festgestellten Einzeltaten".[136]

I svensk rätt före 1938 kunde straffmätningen – i vart fall teoretiskt – kumuleras inom hela straffskalan för den samlade brottsligheten, vilket fick till följd att straffreduktion på grund av flerfaldig brottslighet medgavs först då den samlade brottsligheten var så omfattande att straffmätningen uppgick till straffskalemaximum.[137] Vid en sådan straffmätningspraxis framträder en tydlig tröskeleffekt. Upp till straffmaximum gavs ingen rabatt vid straffmätningen för den flerfaldiga brottsligheten medan gärningsmannen efter att denna punkt nåtts blev immun mot ytterligare bestraffning. Något stöd för hur man skall förklara mängdrabatter utifrån regleringen om bestraffning vid reellt konkurrerande brott är svårt att hitta, annat än genom hänvisning till att en bortre gräns fanns där allmänna humanitetsskäl övertrumfade intresset av kumulerad bestraffning.[138]

Om vi därefter övergår till **idealkonkurrens** så förelåg sådan då flera brott var begångna genom en och samma handling. Enligt den gällande bestämmelsen i SL 4:1 skulle absorptionsprincipen tillämpas vid fastställande av straffskalan för den samlade brottsligheten. Följaktligen sattes den bortre gränsen vid straffmaximum för det svåraste brottet.[139] Till skillnad från vad som gällde för de reellt konkurrerande brotten var domstolen i dessa fall inte skyldig att utsätta och utdöma särskilda straff för respektive brott. Istället skulle de brott som inte styrde straffbestämningen betraktas som försvårande omständigheter.[140] I princip innebar detta alltså att principen om enhetsstraff (eller gemensamt straff) tillämpades.

Till idealkonkurrens räknades enligt SL 4:1 st. 2 även den situationen att någon genom en handling förövat ett brott som var belagt med flera olika straff (s.k. *kombinativ strafflagkonkurrens*). Det är härvid fråga om

[136] Se närmare Bringewat 1987 s. 141 ff. och Meier 2001 s. 162 f. Att en gemensam värdering av gärningsmannens personlighet och de olika brotten skall ske framgår direkt av StGB § 54 Abs. 1, S. 3.

[137] SOU 1937:24 s. 39.

[138] SOU 1937:24 s. 29, 38 och 58.

[139] Man måste härvid skilja mellan likartad och olikartad idealkonkurrens. Om det var fråga om ett och samma straffbud (t.ex. mord på flera personer genom sprängande av en bomb) fanns endast en straffskala att tillgå. Om det däremot var fråga om flera olika straffbud (t.ex. mord, grov misshandel och skadegörelse genom sprängande av en bomb) bestämdes straffskalan av det svåraste brottet (eventuellt med modifiering av straffminimum, vilket bestämdes av det högsta av de olika brottens straffminima), se Hagströmer 1901–1905 s. 739 och Wetter 1932 s. 166. För motsvarande reglering i tysk rätt, se Jescheck & Weigend 1996 s. 723 f.

[140] Hagströmer 1901–1905 s. 742.

ett fall (en handling) och flera regler (flera tillämpliga straffbud).[141] Beskrivet i denna form överensstämmer detta med de konkurrenssituationer som jag i avsnitten 1.2.2.1 och 1.2.2.2 har beskrivit som regelkonkurrens och likartad konkurrens inom samma brottsenhet. Kombinativ strafflagskonkurrens utgjorde emellertid en form av påföljdskonkurrens och det säregna med denna var att man redan nått slutsatsen att endast ett brott förelåg.[142] Som exempel på en sådan situation angavs att någon förövade en stöld, varvid gärningen var förenad med sådana omständigheter som var för sig gjorde stölden hänförlig till förhöjt straff.[143] Det var således fråga om situationer där gärningsmannen genom samma handlande uppfyllde flera alternativa rekvisit som samtliga betraktades som försvårande och där straffen var olika. Konkurrensen ansågs kunna vara såväl likartad som olikartad (dvs. de alternativa rekvisiten kunde förekomma i samma straffbestämmelse eller i olika straffbestämmelser).[144] Såväl av namnet på denna grupp av ideellt konkurrerande brott som dess definition ger vid handen att det noga taget *inte* var fråga om påföljdskonkurrens. Endast ett brott ansågs vara förövat. Att alternativa kvalificerande omständigheter var för handen skulle emellertid beaktas som försvårande vid straffmätningen. Med dagens reglering skulle situationen lösas på planet för brottslighetskonkurrens och i den mån åklagaren åberopar omständigheterna vid brottets förövande såsom försvårande omständigheter skulle de kunna beaktas vid straffmätningen.[145] I praktiken löses dessa situationer idag på ett likartat sätt bortsett från att de inte betraktas som en särskild konkurrensform. Det särskilda stadgandet av-

[141] Att det skulle vara fråga om flera straffbud förutsatte emellertid inte att det krävdes att det vara fråga om *olika* straffbud eller olika straff beskrivna i straffbuden. Se Hagströmer 1901–1905 s. 716 not 2.

[142] Detta innebär således att man utifrån regleringen rörande regelkonkurrens har nått slutsatsen att konkurrensen är *skenbar*. Gärningsmannen anses således endast ha begått ett brott.

[143] SOU 1923:9 s. 369 och SOU 1937:24 s. 40.

[144] Som exempel på *likartad* kombinativ strafflagkonkurrens av detta slag angavs överfall på två personer med avsikt att tillgripa dem tillhörig egendom. Som exempel på *olikartad* kombinativ strafflagkonkurrens angavs inbrott i kyrka med efterföljande tillgrepp av dels en kyrkan tillhörig sak, dels någon annan tillhörig sak. I samtliga fall uppfyllde gärningen flera – ibland olika – rekvisit som kvalificerade stöldgärningen som grov (se SL 20:4). Angående exemplen, se närmare Hagströmer 1901–1905 s. 716, Thyrén 1914 s. 367 samt SOU 1937:24 s. 40.

[145] Typfall av dylika konkurrenssituationer skulle kunna vara de under avsnitt 1.2.2.2 behandlande interferensfallen, då en omständighet (ett brottsrekvisit) som kvalificerar en brottstyp till en högre svårhetsgrad består i utförandet av en annan straffbelagd gärning. Lösningen på konkurrenssituationen blir att konkurrensen är skenbar och att gärningsmannen endast skall dömas för ett brott.

seende kombinativ strafflagkonkurrens försvann i sin helhet i samband med 1938 års reform.[146]

Hur straffmätningen vid ideellt konkurrerande brott påverkades av den övriga brottsligheten (som inte styrde valet av straffskala) berodde på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är därför svårt att i absoluta tal ange hur stora rabatter som gavs. Hagströmer anger att "ett mildare, och säkerligen icke så litet mildare, bedömande, än den reella konkurrensen" var påkallat och fortsatte med att konstatera att det handlade om att "ett visst – och ett ej alltför ringa – afslag måste alltid ega rum". Det kunde aldrig bli tal om att låta ökningen för det andra brottet motsvara "hela dess straffbelopp". Hagströmer anger vidare att ju mer sammanvuxna brotten var, desto mindre skulle den övriga brottsligheten få verka försvårande.[147] Det kunde t.o.m. tänkas att förhöjningen var så obetydlig att den överhuvudtaget inte kom till uttryck i domen. Den enda begränsning som fanns var att straffminimum för något av brotten inte fick understigas.[148]

Utan att vi går in på detaljer kan således sägas att vitt skilda utgångspunkter gällde för hur straff utmättes vid reellt respektive ideellt konkurrerande brott. Medan det vid realkonkurrens stadgades kumulation av straffen upp till föreskrivet maximum, så utnyttjades vid idealkonkurrens den kringliggande brottsligheten endast som försvårande omständigheter. Med hänsyn till de svårigheter som fanns med att skilja idealkonkurrens från realkonkurrens samt de mycket olika resultaten som uppstod vid bestraffningen beroende på vilken konkurrensform som ansågs föreligga, står det klart att det fanns behov av att i vissa fall kunna nyansera bedömningen. Denna problematik är säkerligen också förklaringen till att ytterligare en konkurrensform användes vid sidan av ideellt och reellt konkurrerande brott, nämligen **fortsatt brott** ("fortsatt förbrytelse", "fortsättning av ett och samma brott").[149]

Fortsatt brott utgjorde ett specialfall av reellt konkurrerande brott. Om brottslighet förövats genom flera handlingar, och det förelåg ett nära samband mellan brotten, skulle motsvarande bestraffningsregler som gällde vid idealkonkurrens tillämpas vid bestraffningen. Dvs. absorptionsprincipen bestämde tillämplig straffskala och vid straffmätningen utgick man från det svåraste brottet (för vilket straff utdömdes), varefter den övriga

[146] För motiveringen till att utmönstra de särskilda stadgandena om denna konkurrensform, se SOU 1937:24 s. 40 och 70 samt NJA II 1938 s. 508.

[147] Hagströmer 1901–1905 s. 744.

[148] Hagströmer 1901–1905 s. 745.

[149] Fortsatt brott (*fortgesetzte Tat*) förekom tidigare som rättsfigur även i tysk rätt. Roxin sammanfattar de förutsättningar som gällde för att fortsatt brott skulle föreligga, se Roxin 2003 s. 871 f. Konstruktionen med fortsatt brott har övergivits efter ett uppmärksammat avgörande i BGH. Se Kindhäuser 2005 s. 361 f. och Gropp 2001 s. 512.

brottsligheten betraktades som försvårande omständigheter. Med fortsatt brott förstods att flera brott hade förövats, vilka dock hade något straffbart moment gemensamt varigenom det ena fullständigade det andra. Sambandet kunde bestå i ett gemensamt syfte, angrepp mot samma objekt eller enhet i tid och rum.[150]

Regleringen av vad som skulle anses utgöra fortsatt brott är komplicerad och utrymmesskäl fordrar att den följande beskrivningen görs översiktlig och därmed något förenklad. På ett övergripande plan kan sägas att man inom kategorin fortsatt brott skilde mellan å ena sidan *fortsatt brott i inskränkt mening* och å andra sidan *fortsatt brott i vidgad bemärkelse*.

Fortsatt brott i inskränkt mening förelåg om flera brottsliga handlingar tillsammans utgjorde ett enda brott. Noga taget var det alltså fråga om endast *ett* brott. En beskrivning av denna form av fortsatt brott kompliceras av att man i samband med SL:s tillkomst inte tydligt skilde mellan vad som i dag skulle betraktas som enkel brottslighet på grund av skenbar konkurrens och vad som utgör brottsflerhet. Enligt Hagströmer var det faktum att konkurrensen var skenbar "fullkomligt främmande för den tidens uppfattning".[151] Konsekvensen härav blev att vissa av de lösningar på konkurrenssituationer som jag i avsnitt 1.2.2.2 har benämnt som *skenbart* konkurrerande (och som därmed skulle sluta i lagkonkurrens), räknades såsom fortsatt brott. Detta gäller således fall av likartad konkurrens där brottsligheten anses vara begången inom samma brottsenhet. Det intima sambandet mellan brotten skulle med konstruktionen fortsatt brott istället beaktas vid straffbestämningen.

Konkurrensen kunde vara såväl likartad som olikartad. Tidigast uppträdde fortsatt brott som en konstruktion vid vissa tillgreppsbrott.[152] Som exempel på fortsatt brott kan nämnas *dels* penningförfalskning, där förfalskningshandlingen upprepades flera gånger (likartad konkurrens), *dels* stämpling och medhjälp till samma brott vid olika tillfällen (olikartad konkurrens).[153]

Det torde vara uppenbart att det – precis som beträffande den kombinativa strafflagkonkurrensen – inte var fråga om någon egentlig konkurrenssituation på påföljdsplanet.[154] Gärningsmannen dömdes inte för mer än ett brott. Likafullt var det klart att den brottsliga verksamheten i övrigt skulle beaktas vid straffmätningen. Att fortsatt brott i inskränkt mening

[150] Se närmare Tablå 1841 s. 53, Hagströmer 1901–1905 s. 723 ff., Bergendal 1928 s. 91, Wetter 1932 s. 160 ff. och SOU 1937:24 s. 39 ff.
[151] Hagströmer 1901–1905 s. 718 f.
[152] Winroth 1889 s. 112.
[153] Wetter 1932 s. 161, Hagströmer 1901–1905 s. 723 och Bergendal 1928 s. 91.
[154] Se även Hagströmer 1901–1905 s. 724.

ändå reglerades särskilt i SL 4:3 måste uppfattas som en påminnelse för domstolar att de vid straffmätningen skulle beakta samtliga de brottsliga moment som fullständigade brottet, och att slutsatsen att gärningsmannen dömdes i lagkonkurrens således inte skulle medföra att absorptionsprincipen tillämpades vid straffmätningen. Även om detta med dagens synsätt måste uppfattas som en tämligen överflödig erinran, kan denna konkurrensform lättare förstås om den ställs i historisk belysning. Alternativet till att betrakta detta som ett fall av lagkonkurrens (där gärningsmannen alltså döms för endast ett brott) är att – i exemplet med penningförfalskning – betrakta varje företagen förfalskningshandling som ett särskilt brott. Med den då gällande uppdelningen i ideal- och realkonkurrens skulle ett konstaterande av att varje reellt konkurrerande förfalskningsgärning utgör ett särskilt brott resultera i att det för domstolarnas bedömning blev av intresse hur många gånger som gärningsmannen t.ex. utnyttjat en tryckpress samt hur lång tid som förflutit mellan respektive förfalskningsgärning. Om man skulle lägga vikt vid dessa omständigheter och finna att varje handling utgjorde ett brott, skulle bestraffningen – på grund av att kumulationsprincipen skulle användas vid reellt konkurrerande brott – kunna bli mycket sträng om gärningsmannen *vid skilda tillfällen* förfalskat en viss mängd sedlar. Motsatsvis kunde bestraffningen bli förhållandevis lindrig om gärningsmannen *vid samma tillfälle* producerat motsvarande mängd sedlar eftersom domstolen då var hänvisad till absorptionsprincipen. Vad som anses utgöra samma tillfälle eller skilda tillfällen är ju i stort sett godtyckligt och blir avhängigt av vilka verb som beskriver gärningen. Vad man inte lyckades fånga med distinktionen mellan ideal och realkonkurrens var gärningsmannens skuld, samhällsfarlighet eller liknande.[155] Uppenbarligen måste lagstiftaren ha velat undvika en ordning där kumulations- respektive absorptionsprincipens ytterlighetseffekter tilläts styra straffmätningen. Det är värt att notera att det främst var just frågor med anknytning till intresset av att undvika oskäliga resultat vid *straffmätningen* som föranledde behovet av rättsfiguren fortsatt brott.

Förutsättningarna för att behandla vissa reellt konkurrerande brott såsom de ideellt konkurrerande brotten har aldrig kunnat preciseras mer än vad som gäller för de idag förekommande kriterierna för bestämmandet av brottenhet eller när en gärning skall anses vara medbestraffad.[156]

[155] Se bl.a. Wetter 1932 s. 160 f.

[156] Detta föranledde tidigt en kritik mot hela rättsfiguren "fortsatt brott" avseende dels det faktum att det var synnerligen svårt att finna kriterier för att avgränsa fortsatt brott, dels att denna konstruktion medförde en orättfärdig privilegiering vid straffmätningen jämfört med fall av reellt konkurrerande brottslighet samt att den föranledde processuella problem hänförliga till rättskraftsinstitutet. Se bl.a. SOU 1923:9 s. 361. Se beträffande motsvarande kritik i tysk doktrin bl.a. Roxin 2003 s. 872 ff. och Gropp 2001 s. 512.

Oftast angavs endast att det skulle föreligga "enhetlighet i uppsåtet, enhet hos det kränkta intresset, likhet och yttre sammanhang mellan de särskilda delarna av det brottsliga förfarandet".[157]

En hastig jämförelse med dagens reglering av motsvarande konkurrenssituationer ger vid handen att fortsatt brott i inskränkt mening byggde på i princip samma argument som idag används för att motivera att viss likartad brottslighet skall anses utgöra ett brott begånget inom samma *brottsenhet*[158] eller såsom en *medbestraffad för-, sido- eller efterhandling.*[159] Resultatet blev också i allt väsentligt detsamma.

Efter hand blev det uppenbart att hela den brottsliga verksamheten skulle beaktas vid straffmätningen trots att det var fråga om ett enda brott. I exemplet med penningförfalskning innebar ju upprepningen av den brottsliga verksamheten att brottsenheten vidgades. Att konkurrensen löstes med hjälp av urvalsprincipen (lagkonkurrens på grund av likartad skenbar konkurrens) och att gärningsmannen dömdes för endast ett brott kunde inte innebära att domstolen i sin straffmätning endast skulle beakta en av de förtagna förfalskningshandlingarna. Omständigheter av betydelse var istället brottslighetens varaktighet samt det totala antalet förfalskade sedlar eller mynt. Det fanns således ett behov av att ur bestraffningssynpunkt dels kunna se brottsligheten som en sammanhängande enhet, dels göra en värdering av gärningens och gärningsmannens straffvärdhet utan att vara bunden av ideal- och realkonkurrensens diametralt olika metoder.

Beträffande de fall av fortsatt brott i inskränkt mening, där konkurrensen var olikartad, var situationen delvis annorlunda även om man även här begagnade sig av urvalsprincipen. I fallen med olikartad konkurrens handlade det inte så mycket om att kunna hitta former för att bestämma en lämplig enhet inom vilken straffmätningen kunde utföras. Istället gällde frågan att bestämma för vilken av två olika gärningar som gärningsmannen främst skulle straffas. Eftersom gärningarna utmynnade i samma brott var det således en fråga om att hitta kriterier för att begränsa bestraffningen till en av dessa gärningar (urvalsprincipen), varvid den andra kunde fungera som en försvårande omständighet. Vi känner igen argumentet från de lösningar som idag används för att sortera ut brottslighet såsom medbestraffad eller genom att använda konstruktionen lagkonkurrens med citering. I det ovan nämnda exemplet med stämp-

[157] SOU 1923:9 s. 361. Se för liknande beskrivningar bl.a. Bergendal 1928 s. 91 och Carlén 1866 s. 67 ff.

[158] Ett ytterligare belägg står att finna i att Carlén som exempel på denna form av fortsatt brott nämner kollektivdelikten ("de kollektiva brotten"), se Carlén 1866 s. 69 f.

[159] Effekterna av att man i tysk rätt har övergivit fortsatt brott är att man numera använder ett mer extensivt brottsenhetsbegrepp samt korrigerar oönskade resultat på planet för påföljdsbestämning. Se Wessels & Beulke 2002 s. 269 f.

ling och medhjälp, kommer den föregående stämplingsgärningen att betraktas som medbestraffad genom bestraffningen av medhjälpen.[160]

Den överreglering som det innebar att låta vissa fall av reellt konkurrerande brott, vilka idag skulle dömas i lagkonkurrens, utgöra en särskild form av fortsatt brott komplicerade konkurrensläran på ett onödigt sätt. I samband med 1938 års reform togs det särskilda stadgandet om fortsatt brott i inskränkt mening bort med hänvisning till att det endast var fråga om ett brott samt att det inte krävdes någon uttrycklig bestämmelse för hur straffmätningen skulle utföras i dessa fall.[161]

Av större betydelse var emellertid den andra varianten av fortsatt brott – *fortsatt brott i vidgad bemärkelse*. Denna form av reellt konkurrerande brottslighet karaktäriserades av att de brottsliga handlingarna ansågs utgöra olika brott med en gemensam beståndsdel i det brottsliga resultatet.[162] Vad som förenade brotten kunde vara hänförligt antingen till något rekvisit i brottsbeskrivningarna eller bestå i tillvägagångssättet vid brotten.[163]

De viktigaste fallen bestod av sådana situationer där brottsflerhet förelåg (dvs. gärningsmannen skulle dömas i brottskonkurrens), men starka skäl fanns att betrakta sambandet vid straffbestämningen. Detta var bl.a. fallet vid kombinationer av olika sammansatta brott. Som ett exempel angav Hagströmer att en person misshandlar en kvinna för att först våldta och sedan råna henne.[164] Den gemensamma beståndsdelen i detta brottsliga förfarande består i det våld som utövats och som motiverade att brottsligheten bedömdes mildare än vad reglerna om realkonkurrens föreskrev (dvs. kumulation). I praktiken var det vanskligt att avgöra om flera brottsliga handlingar skulle anses utgöra särskilda brott som konkurrerade reellt (och där följaktligen kumulationsprincipen skulle tillämpas) eller om handlingarna skulle anses utgöra fortsättning på samma brott (varvid absorptionsprincipen tillämpades och där det faktum att det var fråga om flerfaldig brottslighet endast betraktades som en försvårande omständighet). I vissa fall tycks tidsutdräkten mellan de olika handlingarna ha spelat roll.[165] I andra fall tycks avgörande vikt ha fästs vid brottsobjektets identitet, platsen för brottets förövande eller liknande.

[160] Jareborg 1995 s. 218 f.

[161] Att en upprepning av samma brottslighet vid likartad konkurrens skulle betraktas som försvårande vid straffmätningen ansågs vara självklart, se SOU 1937:24 s. 70.

[162] Se Wetter 1932 s. 162, Hagströmer 1901–1905 s. 724 och SOU 1937:24 s. 45. Carlén karaktäriserar fortsatt brott såsom att brotten "äga det inre sammanhang, att de bilda hvar sin länk i den kedja, hvilken konstituerar hufvudförbrytelsen, eller med andra ord då det ena utgör ett steg till det andra, liksom medlet till ändamålet", se Carlén 1866 s. 67.

[163] Wetter 1932 s. 162.

[164] Hagströmer 1901–1905 s. 724.

[165] Thyrén 1914 s. 368 f.

Vad gäller de fall där sambandet mellan brotten *inte* bestod i något gemensamt moment som framgick av rekvisiten för de olika straffbuden, kan man hitta en tydlig överensstämmelse med vad som idag äger rum på nivå 2 av brottslighetskonkurrens under rubriken *medbestraffade gärningar*. Konkurrensen är i dessa fall verklig i den bemärkelsen att flera brott anses vara begångna. Lika fullt anses det i dessa fall finnas skäl att konsumera viss del av brottsligheten. För att viss brottslighet skall konsumeras som medbestraffad uppställer Jareborg som förutsättning att det fanns *ett visst organiskt samband* på så sätt att brotten hålls samman av *en gemensam faktor*, utgör *ett led i samma brottsplan* eller *normalt begås tillsammans*, varvid man kan förutsätta att straffvärdet för det viktigaste brottet inte påtagligt påverkas av att också de medbestraffade gärningarna begås eller att detta i vart fall kan beaktas inom ramen för straffmätningen för det viktigaste brottet.[166] Detta är ju nära nog en identisk beskrivning av de situationer som enligt äldre tiders uppfattning skulle ha bedömts som fortsatt brott. Likaså behandlas medbestraffade gärningar vid straffmätningen på samma sätt som tidigare gällde vid fortsatt brott, genom att straffskalan för det viktigaste (svåraste) brottet sätter den bortre gränsen för straffmätningen och att de medbestraffade gärningarna som mest tillåts påverka straffmätningen som försvårande moment. Annorlunda uttryckt: att konsumera viss brottslighet på nivån för brottslighetskonkurrens, men ändå låta den inverka på straffmätningen som försvårande omständigheter är detsamma som att tillämpa absorptionsprincipen vid påföljdsbestämningen. En stor del av den flora av brott som idag bedöms som medbestraffade gärningar utgör en provkarta på vad som tidigare skulle ha ansetts utgöra fortsatt brott.

Man skulle därför sammanfattningsvis – och måhända litet förenklat – kunna säga att väsentliga delar av de hänsyn, som tidigare togs genom konstruktionen "fortsatt brott", efter 1938 års reform har flyttats till planet för brottslighetskonkurrens. Brott som har begåtts i ett sammanhang eller där de brottsliga gärningarna knyts samman av ett inre samband kan sorteras bort såsom antingen ingående i samma *brottsenhet* eller *medbestraffade*. Trots att fortsatt brott inte längre används som en särskild grupp av reellt konkurrerande brott för vilka straff skall mätas ut, motiverar samma överväganden att viss brottslighet konsumeras såsom skenbart konkurrerande eller såsom medbestraffade gärningar. I praktiken blir det ingen större skillnad i det slutliga resultatet av hur viss brottslighet bestraffas.[167] Däremot kan det nuvarande systemet sägas vara något mera

[166] Jareborg 1995 s. 216 f.

[167] Någon egentlig förändring i det slutliga resultatet vid idealkonkurrens eller fortsatt brott var inte heller åsyftad med 1938 års reform. Se SOU 1937:24 s. 66 f., NJA II 1938 s. 496 (lagrådet), s. 500 (departementschefen) och Hellquist & Regner 1939 s. 14.

systematiskt och dogmatiskt uppbyggt, varvid de olika grunderna för strafflindring framträder tydligare än vad som gällde tidigare då all brottslighet som ansågs vara begången i något sammanhang skulle bedömas som fortsatt brott vid påföljdsbestämningen.

För att återknyta till den ovan gjorda jämförelsen med tysk rätt (där uppdelningen i ideal- och realkonkurrens fortfarande används), kan vi konstatera att vad som gör att man i den tyska konkurrensläran till stor del klarar sig utan konstruktionen med fortsatt brott är att medbestraffade gärningar utgör en väl utvecklad del av den tyska konkurrensläran.[168]

Om vi återgår till den svenska historiska utvecklingen, så kan det konstateras att det efter hand växte fram en stark kritik mot åtskillnaden mellan de olika konkurrensformerna. Kritiken avsåg inledningsvis det fundamentala problemet med att göra uppdelningen mellan konkurrensformerna ideal- och realkonkurrens, eftersom det inte går att på ett tillfredsställande sätt avgöra vad som utgör *en* (eller samma) *handling*.[169] Det är nämligen utomordentligt komplicerat att avgöra eller ens hitta adekvata kriterier för vad som utgör "en handling", "ett händelseförlopp", "samtidigt" eller liknande. Detta resulterade i att man i den äldre diskussionen var fastlåst i olika hopplösa försök att definiera vad som utgör *en* gärning.[170] Sådana försök bygger på ett antagande om att det tillfredsställande går att definiera vad som utgör en gärning som något naturligt enhetligt.[171] Mänskligt handlande kan emellertid betraktas ur ett flertal aspekter. Vad som klassificeras som en handling är socialt betingat och kopplat till våra språkhandlingar.[172] Det kan inte sägas att en handling har någon naturlig början eller slut.[173] Annorlunda uttryckt: en gärning är vad vi beskriver den att vara. Härigenom står det också klart att handlingsbegreppet och vad vi beskriver som *en* handling kommer att variera beroende på brotts-

[168] Som noterats ovan i not 149 har konstruktionen med fortsatt brott övergivits i tysk rätt.

[169] Se särskilt SOU 1937:24 s. 44–61. Beträffande modern kritik se Jareborg 1995 s. 162 ff. Finland övergav 1992 en motsvarande uppdelning av konkurrensformerna som den som gällde i Sverige före 1938. Beträffande kritik av den tidigare finska strafflagen, se bl.a. Koskinen 1982 s. 185 ff.

[170] Beträffande försöken att definiera vad som utgör "en handling" (med uppdelning i *enaktshandlingar* och *fleraktshandlingar*), se Hagströmer 1901–1905 s. 694–715. Det blev i bestraffningssammanhang vidare uppenbart att det inte räckte med en uppdelning mellan ideellt och reellt konkurrerande brott.

[171] Liknande uppfattning möter vi hos Ashworth som anger att "It is very difficult to construct a workable definition of a 'single transaction' especially since it seems to be little more than a pragmatic device for limiting overall sentences rather than a reflection of a sharp category distinction." Ashworth 2000 s. 222.

[172] Se bl.a. Andersson 2003 s. 78, 84 och 88 ff.

[173] Jareborg behandlar denna fråga utförligt, se Jareborg 1969 s. 76 ff.

beskrivningarna och de olika gärningstyper som kan subsumeras därunder.[174]

Viktigare är emellertid den kritik som kan riktas mot distinktionen på grund av dess *resultat*. Detta leder mig till att beröra det andra grundläggande problemet med ideal- och realkonkurrens. Vid sidan av svårigheterna med att uppställa godtagbara kriterier för vad som utgör "samma gärning", "en handling" eller "samtidigt", måste det sättas ifråga varför så diametralt olika bestraffningsprinciper skall användas.[175] Antag t.ex. att A skjuter B och C med en pistol. Om A skjuter B och C med samma skott (de står bredvid varandra), så föreligger idealkonkurrens. Om A först skjuter B med ett skott för att omedelbart därefter skjuta C, så föreligger realkonkurrens. Om A slutligen samtidigt skjuter B och C med två olika pistoler (en i vardera hand), så föreligger också realkonkurrens. Utifrån den rättvisekonception som jag presenterat i avsnitten 3.3 och 3.4, förblir det obegripligt vad det skulle spela för roll om gärningarna har begåtts genom en eller flera handlingar. Vari består skillnaden ur straffvärdesynpunkt i de olika exemplen ovan?

Det faktum att det ur straffvärdesynpunkt saknas goda skäl att göra någon skillnad mellan de olika situationerna förklarar varför konstruktionen med fortsatt brott var nödvändig. Men det besvarar inte frågan varför man som grundprincip bör skilja mellan ideellt och reellt konkurrerande brott.

I den utredning som föregick reformen av konkurrensreglerna angavs att absorptionsprincipen vid ideellt konkurrerande samt fortsatt brott stundtals begränsade straffskalan (och därmed straffmätningen) i sådan utsträckning att orättfärdiga rabatteffekter uppstod genom att straffskalan för det svåraste brottet inte räckte till för att mäta ut ett straff för den samlade brottsligheten.[176] Alternativet till att ändra konkurrensregleringen skulle ha varit att straffmaximum anpassades så att ideellt konkurrerande brott kunde beaktas som försvårande om det viktigaste brottet i sig förtjänade maximalt straff. På motsatt vis ledde den stränga bedömning som följde av en tillämpning av kumulationsprincipen vid reellt konkurrerande brott i vissa fall till att ett straff omedelbart ansågs böra nedsättas

[174] Distinktionen lever dock på sätt och vis kvar i och med att frågorna om gärningsenhet respektive brottsenhet besvaras utifrån likartade kriterier som de som användes för att avgöra ideal- och realkonkurrens. Jag stannar således vid att hävda att distinktionen är synnerligen svår och problematisk (men med ett pragmatiskt synsätt inte helt omöjlig).

[175] På straffskalenivå begränsades effekten av den tidigare nämnda tvåårsregeln. Däremot var inte straffmätningen begränsad inom den tillämpliga straffskalan.

[176] Se SOU 1937:24 s. 48 ff.

nådevägen endast på den grunden att lagstiftningen inte möjliggjorde att ett skäligt totalstraff utmättes.[177] Inte sällan bedömdes reellt konkurrerande brott såsom fortsatt brott i syfte att undvika den (begränsade) kumulationsprincipens effekter vid straffmätningen. Vad som kom att utgöra "fortsättning av samma brott" kunde således i praxis bli mycket långa händelseförlopp.[178] Risken för att rättstillämpningen därigenom blev oenhetlig måste ha varit uppenbar.

Sammantaget ledde kritiken fram till att man i Sverige övergav distinktionen 1938 och uppställde en gemensam bestraffningsprincip för alla former av flerfaldig brottslighet. Liksom numera skett i Danmark, Norge och Finland valde man att införa konstruktionen med gemensamt straff (enhetsstraff), varvid domstolen utdömer en påföljd för hela brottsligheten och gör en samlad straffmätning för hela brottsligheten. Detta innebar således att man kom att tillämpa samma princip som tidigare gällt beträffande ideellt konkurrerande brott och fortsatt brott, dock med det undantaget att straffskalan för den samlade brottsligheten konstruerades utifrån asperationsprincipen. I modernare tysk doktrin förekommer numera kritik mot att fortsätta att använda uppdelningen mellan ideal- och realkonkurrens.[179]

Denna korta sammanfattning av tidigare rättsläge visar att vid idealkonkurrens och fortsatt brott tillämpades dels principen om gemensamt straff, dels en princip om att ge straffreduktion vid flerfaldig brottslighet (mängdrabatt). Straffmätningen för det svåraste brottet utgjorde utgångspunkten både för konstruktionen av straffskalan för den samlade brottsligheten och för straffmätningen. Endast ett straff utdömdes och den övriga brottsligheten (för vilken man inte utdömde ett särskilt straff) fungerade endast som försvårande omständigheter. Beträffande realkonkurrens tillämpades asperationsprincipen endast på straffskalenivå, varvid den bortre gränsen för kumulationen begränsades av tvåårsregeln.

[177] Se SOU 1937:24 s. 58. Som jämförelse kan nämnas den ovan nämnda i tysk rätt förekommande bestämmelsen i StGB § 54 Abs. 1, S. 3, som ålägger domstolen att efter sammanläggningen göra en helhetsbedömning av det sammanlagda straffet. Se närmare Bringewat 1987 s. 141 ff. En motsvarande bestämmelse finns även i England, där domstolen efter att ha utmätt straffet skall göra en bedömning av om det totala straffet motsvarar vad gärningsmannen har gjort sig skyldig till genom sitt handlande (*the totality principle*). Se närmare Ashworth 2000 s. 226 ff.

[178] Se bl.a. SOU 1937:24 s. 46. Liknande iakttagelser har gjort i andra länder där konstruktionen med fortsatt brott använts. Se bl.a. Frände 2004 s. 314 f. och Koskinen 1982 s. 187.

[179] Se bl.a. Roxin 2003 s. 798 f.

3.5.3.2 Val av påföljd

En fråga som ännu inte har diskuterats är huruvida principen om gemensamt straff – utöver att avlägsna problemen med de komplicerade straffmätningsoperationer som uppstår med distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens – syftar till att åstadkomma ett gemensamt straff i bemärkelsen "en enhetlig påföljd". Besynnerligt nog har denna fråga behandlats ytterst litet i samband med de olika förslagen och förarbetena till införandet av gemensamt straff.

Redan Thyrén framlade ett förslag om att införa principen om gemensamt straff. Förslaget upptogs i SOU 1923:9, men ledde inte till lagstiftning. Även om Thyréns förslag i allt väsentligt var präglat av individualpreventiva överväganden, så var det huvudsakliga syftet bakom såväl detta Thyréns förslag som 1937 års utrednings förslag inriktat på att avskaffa distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens och de problem som var förenade med upprätthållandet av denna distinktion.[180] Följaktligen var det främst regleringen rörande *straffmätningen* som man ville göra än mer enhetlig och mindre komplex. Att straffet i slutänden skulle utmynna i en enhetlig påföljd blev inte föremål för någon egentlig diskussion. Detta var i sig inte särskilt märkvärdigt. Enligt den tidigare ordningen i SL medförde principen om kollektivt straff (med omräkning och förvandling av straff) att domen normalt utmynnade i ett straff i en och samma form.[181]

De äldre reglerna i SL avseende påföljdsbestämning i samband med kollektivt straff var tämligen komplexa och mekaniskt utformade. I SL 4:6 stadgades att om straffarbete och fängelse skulle utdömas parallellt för olika brott, så skulle det gemensamma straffet fastställas genom att fängelsestraffet övergick till straffarbete, varvid den utmätta fängelsetiden motsvarade halva tiden i straffarbete. Denna regel om *val av strafform* vid bestämmande av aggregerat straff ledde till samma resultat som med dagens regler om gemensamt straff. Omvandling av detta slag aktualiserades då brottsligheten konkurrerade reellt.

Vid idealkonkurrens och fortsatt brott tillämpades absorptionsprincipen, varvid straffet bestämdes av det svåraste brottet. Den övriga brott-

[180] Beträffande förslagen att avskaffa distinktionen, se Thyrén 1916 s. 11 f., SOU 1923:9 s. 360 ff., Stjernberg 1935 s. 167 ff. och SOU 1937:24 s. 44 ff.

[181] Angående den tidigare regleringen i SL 4:6–7 om hur de särskilda straffen (böter, fängelse på viss tid och straffarbete) skulle omräknas och förvandlas till ett straff, se Hagströmer 1901–1905 s. 756 ff. Principen om att straffen skulle förvandlas till en och samma strafform torde inte ha förändrats i och med införandet av nya påföljder. Eftersom förutsättningarna för att erhålla villkorlig dom (som i sin ursprungliga form inbegrep vad som idag utgör såväl villkorlig dom som skyddstillsyn) var betydligt strängare än idag, kunde dessa påföljder aldrig konkurrera med ett straff utmätt i fängelse eller straffarbete.

ligheten betraktades endast som försvårande omständigheter vid straffmätningen. Men domstolen var fortfarande tvungen att avgöra i vilken strafform som straffet skulle utmätas. Här utgick man från en kvalitativ bedömning och bortsåg från det kvantitativa förhållandet i straffmätningen.[182] Fanns det ett brott som var belagt med straffarbete smittade detta övriga brott i påföljdshänseende oavsett om de utmätta fängelsestraffen var längre. Domstolen skulle således utgå från detta straff och därefter förvandla övriga fängelsestraff till straffarbete. Motsvarande princip gäller i allt väsentligt även i nuvarande tysk rätt.[183]

Hagströmer exemplifierade omräknings- och förvandlingsprincipen vid reellt konkurrerande brott med ett fall där en person dels begått ett förfalskningsbrott som förskyllde 2 månaders straffarbete, dels 44 fall av bedrägerier som vardera motsvarade 1 månads fängelse. Vid en sådan tillämpning skulle straffet inledningsvis bestämmas till straffarbete i 2 månader, vartill skulle adderas ytterligare 660 dagar (vilket motsvarar fängelsestraffets längd, 1 320 dagar, efter omvandling). Föreningen av straff begränsades emellertid av stadgandet i SL 4:5, som angav att det sammanlagda straffet inte fick överstiga tiden för det svåraste straffet med mer än 2 år.[184] Som påpekats tidigare innebar detta det svåraste konkreta straffet och inte den högsta abstrakta straffskalan. I SL 4:7 meddelades slutligen regler för när någon skulle dömas till fängelse eller straffarbete och samtidigt skulle ådömas böter, vilka han inte kunde betala. Här gjorde

[182] Hagströmer 1901–1905 s. 740.

[183] Om de olika brotten *konkurrerar ideellt*, skall enligt StGB § 52 straffet bestämmas utifrån det strängaste straffet ("die schwerste Strafe"), vilket i princip bestäms utifrån den angivna straffskalan. Av naturliga skäl kommer detta brott också att styra valet av påföljd. Den övriga brottsligheten kommer endast att ges betydelse som försvårande omständigheter vid straffmätningen. Enligt StGB § 52 Abs. 3 kan i vissa fall ett bötesstraff läggas till ett frihetsstraff. I vilka situationer detta kan aktualiseras, se närmare Meier 2001 s. 160 f. Vid *reellt konkurrerande* brott skall enligt huvudbestämmelsen i StGB § 54 det högsta av de för respektive brott utmätta straffen ("Einzelstrafen") bilda utgångspunkt för den fortsatta påföljdsbestämningen ("Einsatzstrafe"). Detta innebär inledningsvis att vid bildandet av ett kollektivt straff ("Gesamtstrafe") kommer straffskalan att utgå från Einsatzstrafe, vilket därefter i enlighet med asperationsprincipen får överskridas med viss tid eller visst antal dagsböter (se närmare StGB § 54 Abs. 2). Vidare gäller enligt StGB § 54 Abs. 1 beträffande val av påföljd att Einsatzstrafe som huvudprincip kommer att styra valet av påföljd, varvid påföljden omvandlas till den strafform vari Einsatzstrafe är utmätt. Om t.ex. straffet för ett brott (X) har utmätts till 10 månaders fängelse och straffet för ett annat brott (Y) har utmätts till 60 dagsböter, kommer fängelsestraffet för X att utgöra Einsatzstrafe, varefter hela straffet (X + Y) utmäts i fängelse. I vissa speciella fall kan det förekomma att domstolen kan avstå från att omvandla de olika Einzelstrafe till ett kollektivt straff. Istället utdöms flera Einzelstrafe (StGB § 53 Abs. 2 S. 2). Se närmare Meier 2001 s. 161 ff.

[184] Se Hagströmer 1901–1905 s. 757.

man uppenbarligen skillnad mellan om den dömde kunde betala sina böter eller inte. Om han inte kunde betala dem, skulle de förvandlas till fängelse enligt omräkningsregeln i SL 2:11. Om det dessutom var fråga om att utdöma straffarbete på viss tid skulle detta fängelsestraff omräknas till tid i straffarbete. Böterna kumulerades obegränsat (dvs. om någon dömts till straffarbete 2 månader och fem fall av bötesbrott, slogs böterna ihop och omvandlades till straffarbete).

Vad gäller de icke frihetsberövande påföljderna, vilka gradvis framväxte från 1900-talets början, gällde i princip att dessa var möjliga att använda även i konkurrensfall.[185] Vad gäller de särskilda förutsättningarna för att kunna erhålla villkorlig dom är det att märka att dessa kom att ändras vid ett flertal tillfällen från 1906 och framåt.[186] I vilken utsträckning villkorlig dom (vilken även motsvarar dagens skyddstillsyn) kunde användas är emellertid inte av betydelse för denna undersökning.

Viktigt är dock att notera att villkorlig dom kunde användas för flera brott oavsett om de konkurrerade ideellt eller reellt. Konkurrerade brotten reellt, hade således särskilda straff utsatts för vart och ett av brotten. Dessa ersattes därefter med *en* villkorlig dom. Om så skedde var det nödvändigt att denna omfattade samtliga brott. Detta gällde oavsett om det var fråga om fängelse eller bötesstraff. Det var således som huvudregel inte tillåtet att ersätta endast ett av de utdömda straffen med villkorlig dom.[187] Villkorlig dom kunde även komma ifråga vid de iterativa konkurrenssituationerna, även om vissa begränsningar gällde.[188]

Vad som ovan sagts talar för att det fanns en princip innebärande att det kollektiva straffet skulle verkställas i en och samma form. Varför det var önskvärt eller lämpligt att endast en påföljd verkställdes har mig veterligen

[185] Stjernberg 1912 s. 3, Wetter 1912 s. 81 och Strahl m.fl. 1948 s. 93.

[186] Angående den villkorliga domens utveckling och olika innehåll, se bl.a. Häthén 1990 s. 278–298, Strahl m.fl. 1948 kap. 4, Strahl 1968 s. 109 ff. samt SOU 1995:91. Del III s. 69–79.

[187] Stjernberg 1912 s. 3 och 20 f. och Wetter 1912 s. 82. Huvudregeln tog sikte på det fall att de olika brotten utdömts i samma straffart (fängelse eller böter). I vissa fall kunde det förekomma att den tilltalade ådömts såväl ett frihetsstraff som att betala böter. I dessa situationer kunde den villkorliga domen ersätta antingen både frihetsstraffet och bötesstraffet eller endast frihetsstraffet. Det sistnämnda berodde på de stränga omvandlingsreglerna för obetalda böter som gällde vid denna tid och som kunde innebära att fängelsestraffet kombinerat med eventuella obetalda böter översteg den maximala gränsen för då villkorlig dom kunde komma ifråga. Däremot kunde en villkorlig dom aldrig ersätta endast det utdömda bötesstraffet. Det fanns således situationer där man tillämpade en slags kumulationsprincip, vilket byggde på att det var bättre för den dömde att erhålla villkorlig dom åtminstone för en del av straffet jämfört med att han inte skulle komma i åtnjutande av denna påföljd överhuvudtaget.

[188] Stjernberg 1912 s. 4 ff.

aldrig diskuterats utförligt.[189] Innan de olika icke frihetsberövande påföljderna gjorde sitt intåg i påföljdsbestämningen förefaller det ha följt av asperationsprincipens utformning att straffet bestämdes utifrån brottet med den strängaste straffskalan. Om straffskalan för ett brott angavs vara straffarbete, skulle denna strafform styra valet av påföljd för de övriga brotten. Beträffande val av strafform vid ideellt konkurrerande brott, diskuterade Hagströmer något som skulle kunna uppfattas som ett rättviseargument. Om någon genom samma handling begått ett brott, vilket ensamt skulle bestraffas med straffarbete, och ett annat brott, vilket skulle bestraffas med fängelse, så var det enligt Hagströmer inte rimligt att det sammanlagda straffet verkställdes som ett fängelsestraff eftersom detta skulle innebära att valet av strafform lindrades av det faktum att gärningsmannen begått flera (olika) brott.[190] Inte desto mindre vidhölls i olika sammanhang uppfattningen att en gemensam påföljd dels föreföll vara rationell, dels gagnade den dömdes möjligheter till återanpassning eller rehabilitering.[191]

Man kan misstänka att anledningen till att man eftersträvade vad Hagströmer benämnde "grundsatsen om enhet i bestraffningen" var dels att straffsystemet före 1864 års SL innehöll en mängd olika strafformer, vilka komplicerade såväl utdömandet av straff som verkställigheten därav, dels att olika preventiva effekter bättre kunde uppnås om straffet verkställdes i endast en form.[192] Till stöd härför kan anföras att Winroth

[189] Winroth anger parentetiskt att det ibland är vanskligt att verkställa straff av olika natur efter varandra. Varför detta var vanskligt utvecklas inte närmare, se Winroth 1889 s. 109.

[190] Hagströmer 1901–1905 s. 741.

[191] Stjernberg 1935 s. 175, SOU 1923:9 s. 387 ff., 404 ff. och 424 ff., NJA II 1938 s. 507, Wetter 1912 s. 82 och SOU 1956:55 s. 318. Även i tysk rätt tycks det vara olika preventiva hänsyn som avgör valet av påföljd för flerfaldig brottslighet samt om de skall förenas till ett gemensamt frihets- eller bötesstraff eller verkställas parallellt (kumulation), se Roxin 2003 s. 836 f. Det skall dock framhållas att tysk rätt innehåller en speciell bestämmelse som avser att undvika korta fängelsestraff (StGB § 47). Denna innebär att ett straff, som understiger 6 månaders fängelse, normalt omvandlas till ett bötesstraff. Detta gäller oavsett om det är fråga om ett straff för flera reellt konkurrerande brott. Detta torde innebära att även om enskilda straff först utmätts i fängelse och böter och därefter sammanlagts till ett kollektivt straff, så utdöms den gemensamma påföljden ändock i en annan straffart. Det finns emellertid möjlighet att på preventiv grund göra undantag från bestämmelsen i StGB § 47. Det ändrar dock inte på principen att det kollektiva straffet skall utmätas i en och samma form. Se närmare Schaeferdiek 1997 s. 129 ff., Meier 2001 s. 83, Schäfer 1990 s. 34 ff. och 185 samt Bringewat 1987 s. 97 f. Likaså finns möjlighet att låta ett något längre fängelsestraff (6 månader–1 år) verkställas genom övervakning (Bewährung), se Schäfer 1990 s. 40 ff.

[192] Se Hagströmer 1901–1905 s. 381 f. och 760.

anger att seriell bestraffning – av straff i olika former – var det naturliga i den germanska rätten då kumulationsprincipen tillämpades undantagslöst.[193] Jag har redan i avsnitt 3.5.1 behandlat det olämpliga med att som huvudregel välja såväl seriell som parallell verkställighet.

Om det ursprungligen varit individualpreventivt färgade argument som styrt utformningen av en princip som säger att olika straff skall verkställas i en och samma strafform, så utgör detta inget väsentligt problem för möjligheten att behålla principen i dagens system och samtidigt upprätthålla principen om straffvärdeproportionalitet och humanitetsprincipen. Att individualpreventiva skäl inte skall få vara bestämmande för vilken påföljd gärningsmannens ådöms innebär inte att man inte vid utarbetandet av principerna för straffmätning och val av påföljd kan beakta de praktiska konsekvenser som uppstår på verkställighetsplanet vid valet av den ena eller andra lösningen. Att straffet som huvudprincip inte skall få avgöras utifrån prognoser om den dömdes återfallsbenägenhet eller vårdbehov kan ju inte gärna innebära, att man inte kan beakta att vissa principer skulle leda till obilliga resultat för den dömde vid verkställigheten eller direkt motverka dennes återanpassning i samhället. Stöd härför kan härledas ur såväl humanitetsprincipen som principen om straffvärdesproportionalitet.

Vidare kan som ett skäl anföras att en enhetlig bestraffning underlättar väsentligt vid straffmätningen vid flerfaldig brottslighet då således domstolen på förhand vet att den sammanlagda brottslighetens straffmätningsvärde skall utmätas i en påföljd. Att hålla i sär respektive brotts svårhet samt att göra en gemensam värdering av straffvärdet är svårt nog. Att avstå från gemensam påföljd innebär noga taget att modellen med kollektivt straff måste användas, och denna är förenad med påtagliga problem när de för de olika brotten utmätta straffmätningsvärdena skall omvandlas till en enhetlig påföljd. Eftersom de olika utmätta (och utdömda) straffen sinsemellan inte är helt jämförbara finns en risk för att domstolen inte på ett konsekvent sätt kan upprätthålla principen om mängdrabatt. Detta kan leda till såväl orättvis dubbelbestraffning (genom att mängdrabatt inte ges fastän så borde vara fallet) som omotiverad straffreduktion (genom att vissa straff efter en omvandling absorberas av andra påföljder).

Men det är å andra sidan poänglöst att utan undantag upprätthålla principen om enhetlig påföljd om det visar sig att principen om straffvärdeproportionalitet kan upprätthållas och att humanitetsprincipen bättre kan tillgodoses genom användning av parallell verkställighet av olika påföljder.

[193] Winroth 1889 s. 109.

3.5.4 Konklusioner

Sammanfattningsvis kan vi således konstatera att principerna om såväl kollektivt som gemensamt straff har två huvudsakliga budskap.

(1) De utgör båda varianter av en **modell för hur straffmätning skall ske**. De system som tillämpar principen om *kollektiva straff* tenderar att skilja mellan ideellt och reellt konkurrerande brott, varvid absorptionsprincipen tillämpas beträffande de förstnämnda och kumulationsprincipen eller asperationsprincipen beträffande de sistnämnda. Det är förvisso inte nödvändigt att begagna sig av distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens för att ha en modell med kollektiva straff. Man kan ju tänka sig att modellen endast föreskriver att en separat straffmätning skall ske för varje brott, vilka därefter förenas i en sammanslagningsprocess. Som ovan framgått blir modellen då emellertid mycket lik principen om gemensamt straff.

I de system som tillämpar principen om *gemensamt straff* sker ingen separat straffmätning för varje enskilt brott, utan domstolen kan omedelbart göra en gemensam straffmätning för den samlade brottsligheten. Möjligheterna att (straff)värdera de olika brottskombinationerna begränsas endast av vilken princip som bestämmer straffskalan. Vanligtvis är det asperationsprincipen som tillämpas i någon form.

(2) Vidare innebär båda modellerna att det slutliga **straffet för den samlade brottsligheten som huvudregel skall utmätas i en och samma strafform**. Vid kollektivt straff utmäts (och utdöms) först de enskilda straffen för respektive brott, vilket förutsätter någon form av omvandlingsregel enligt ett angivet förhållande mellan de olika påföljdsarterna/påföljdsformerna. Vid gemensamt straff bestäms påföljden för den samlade brottsligheten direkt. Normalt är det brottet med den svåraste straffskalan som styr valet av påföljd. Det finns emellertid en rad olika undantag.

Av undersökningen av den historiska bakgrunden till den svenska modellen med gemensamt straff har framgått att övergången från kollektivt till gemensamt straff främst motiverades av en önskan om att avskaffa den godtyckliga distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens. Det var således främst problemen med den komplicerade och komplexa straffmätningen som resulterade i att principen om gemensamt straff infördes. En intressant observation i sammanhanget är att elimineringen av de fall som upplevdes som de mest artificiella och problematiska – *fortsatt brott* – har dykt upp på andra platser inom konkurrensläran. Många av de fall som utgjorde fortsatt brott sorteras idag ut på planet för brottslighetskonkurrens såsom skenbart konkurrerande brott eller som medbestraffade gärningar. Ännu en gång ser vi hur avskaffandet av en konkurrensdistinktion leder till att motsvarande frågor och problemen dyker upp på ett annat plan eller en annan nivå inom konkurrensläran.

Vad gäller frågan varför en gemensam påföljd bör väljas, så har detta inte varit föremål för någon mera utförlig diskussion. Förmodligen har det alltid tagits för givet att detta är den mest lämpliga lösningen. Jag erinrar i denna del om vad jag skisserat i avsnitt 3.5.1 rörande de problem som uppstår om man som generell huvudregel skulle tillämpa parallell verkställighet vid olika utmätta (och utdömda) straff. Som påpekats ovan torde en renodlad modell med seriell eller parallell verkställighet ofta leda till olämpliga resultat.

Jag har endast diskuterat val av påföljd utifrån seriell eller parallell verkställighet i dess ytterlighetsformer. De inledningsvis i detta kapitel illustrerade modellerna må upplevas som konstlade (främst eftersom de förutsätter att domstolar vid val av påföljd skulle bortse från när det är lämpligt att välja villkorlig dom eller skyddstillsyn). Likafullt tror jag att exemplen visar det olämpliga i att utgå från seriell eller parallell verkställighet av straffen och att sådan verkställighet leder till otillfredsställande resultat för såväl den dömde som de domstolar och myndigheter som skall utdöma respektive verkställa påföljderna. Enligt min uppfattning måste man acceptera att någon form av modifikation måste tillämpas vid påföljdskonkurrens. Såväl praktiska skäl, relaterade till de olika straffen och påföljdernas "kantighet", som rena straffvärde- och humanitetsskäl talar för att huvudregeln bör utformas så att domstolen är skyldig att ta hänsyn till att straffen/påföljderna skall utdömas och verkställas tillsammans (samtidigt, i ett sammanhang etc.). Det spelar beträffande val av påföljd i princip ingen roll om man väljer modellen med kollektivt straff eller modellen med gemensamt straff.

Emellertid bör man, enligt mitt förmenande, samtidigt inte vara alltför skeptisk till en ordning med parallell eller seriell verkställighet. Det är förvisso sant att parallell verkställighet i vissa kombinationer leder till ogynnsamma resultat om man vill upprätthålla principen om straffvärdeproportionalitet. Att det finns goda skäl att avstå från parallell verkställighet som huvudregel beror på att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att utmäta separata straff för respektive brott och därefter låta dessa verkställas var för sig. Det mest uppenbara exemplet är att en frihetsberövande påföljd verkställs parallellt med icke frihetsberövande påföljder eller vårdformer, och detta innebär att ingen verkställighet av de sistnämnda kommer till stånd. Om olika påföljder valts och det är uppenbart att verkställighet av vissa av dem aldrig kommer att komma till stånd, blir resultatet en straffreduktion som inte kan motiveras, åtminstone inte om man hoppas på att samhället genom straffet skall förmedla det klander som den samlade brottsligheten förtjänar.

Det nu sagda innebär inte att man behöver avvisa möjligheten att acceptera parallell verkställighet som en lösning i andra situationer. Som

kommer att framgå i avsnitt 4.4 förekommer redan idag att flera olika påföljder eller påföljdskombinationer verkställs parallellt. Vidare kan det visa sig vara nödvändigt att acceptera parallell verkställighet om en domstol i ett senare skede skall ådöma en redan dömd person en ny påföljd. I vissa fall följer som en konsekvens av flerfaldiga domar att t.ex. dubbla prövotider kommer att löpa parallellt. Likaså måste man acceptera att avtjänande av ett frihetsberövande straff (efter att ny lagföring har aktualiserats) kan komma att ske under det att en tidigare utdömd påföljd fortfarande verkställs (t.ex. en villkorlig dom som inte undanröjs i samband med den nya domen).

Det viktiga är att samtliga utdömda påföljder ges ett reellt innehåll. Detta kan ske antingen genom att påföljderna (och deras innehåll) på ett eller annat sätt faktiskt kan verkställas samtidigt eller att existensen av en utdömd påföljd fungerar som ett rättsfaktum för att i ett senare skede ingripa mot misskötsamhet eller ny brottslighet. Min poäng är endast att ett system med parallella påföljder inte kan göras till huvudprincip utan att avsevärda problem uppstår såväl praktiskt som principiellt. Men vid vissa påföljdskombinationer kan man mycket väl tänka sig att det är ett lämpligt system. Det beror på vilka påföljder man avser att kombinera samt hur tillämpningssituationen ser ut.

Till sist finns det anledning att understryka att man bör skilja mellan två nivåer då man utformar – och utvärderar – lösningsprinciper vid påföljdskonkurrens: en nivå avseende *straffmätning* och en nivå avseende *val av påföljd*. Dessa två nivåer kommer att behandlas mer ingående och i separata avsnitt i kapitel 4 och 5.

DEL II

PÅFÖLJDSBESTÄMNING VID FLERFALDIG BROTTSLIGHET

4 Påföljdsbestämning när en person samtidigt döms för flera brott

> Det svåraste är här att låta obestämdheten riktigt och oförfalskat komma till uttryck.
>
> *Ludvig Wittgenstein*

4.1 Inledning

I föregående kapitel har jag diskuterat de grundläggande principerna som styr påföljdsbestämning vid flerfaldig brottslighet. Det finns anledning att än en gång erinra om att man måste hålla isär frågor rörande å ena sidan *straffmätning* och å andra sidan *val av påföljd*. Även om förhållandet mellan straffmätning och val av påföljd är dialektiskt, så kan val av lösningsprincip skilja sig väsentligt åt på de olika nivåerna. Vidare leder det dialektiska förhållandet till att lösningen av konkurrensproblemet på en nivå kan få avgörande betydelse för valet av lösningsprincip på en annan nivå.

När det gäller frågor om straffmätning vid flerfaldig brottslighet måste man vidare skilja mellan *konstruktion av straffskala* och *regler rörande straffmätning*, vilka kan betraktas som två olika nivåer av straffmätningen: en *abstrakt* respektive en *konkret*.

Den abstrakta nivån avgör vilka gränser som gäller vid straffmätningen av flerfaldig brottslighet. För enkel brottslighet kommer dessa begränsningar till uttryck i den anvisade straffskalan som anger maximala straff som kan utdömas. Normalt anges även ett minimistraff.[1] Vad gäller straff-

[1] Beträffande straffminimum är det inte alltid så att detta uttrycks i det särskilda straffstadgandet. I t.ex. BrB 8:1 anges endast ett straffmaximum; "Den som ... dömes ... för *stöld* till fängelse i högst två år". I dylika fall följer straffminimum av det allmänna minimum som följer av den straffart som det maximala straffet angivits i. Beträffande det nämnda exemplet med stöld följer att straffminimum utgörs av allmänt minimum för fängelse. Enligt BrB 26:1 får fängelse på bestämd tid inte understiga 14 dagar. Straffskalan för stöld är således fängelse i lägst 14 dagar och högst 2 år.

minimum skall det framhållas att en rad olika bestämmelser i BrB möjliggör ett underskridande av angivet straffminimum. Vissa av dessa anknyter direkt till olika brottstyper, varvid förutsättningar för att utdöma ett lägre straff än vad som framgår av straffskalan anges i särskilda bestämmelser.[2] I andra fall framgår av allmänna bestämmelser rörande ansvar, skuld eller påföljdsbestämning att straffskaleminimum får underskridas.[3] I det sistnämnda fallet är möjligheten att underskrida straffminimum inte begränsat till särskilda brottstyper eller en brottsart.

De nu diskuterade straffskalorna anger emellertid endast gränserna för påföljdsbestämning vid enkel brottslighet. De ger inte särskilt mycket vägledning när påföljd skall bestämmas för flera brott i en tillämpningssituation. Så snart brottsflerhet har konstaterats föreligger en konkurrenssituation. Den enklaste lösningen är givetvis att utgå från att straffskalorna skall adderas till varandra. Det torde emellertid vara uppenbart att detta inte alltid är lämpligt. Ett inledande problem består därför i frågan hur straffskalor för flerfaldig brottslighet bör konstrueras.

Att uppställa principer och gränser för hur sammanläggande av straff får ske på straffskalenivå löser emellertid inte slutligt problemet med hur straffmätningen vid brottsflerhet skall göras inom den tillämpliga straffskalan (oavsett utifrån vilken princip denna har konstruerats). I en bestämd tillämpningssituation skall en konkret straffmätning utföras för flera brott begångna av samme person. Vid denna sammanläggning uppstår en konkurrenssituation genom att straffmätningen – inom den angivna begränsade straffskalan – måste avse hela den samlade brottsligheten.

Frågor om hur nu nämnd abstrakt respektive konkret straffmätning skall ske i samband med flerfaldig brottslighet kommer att diskuteras i avsnitten 4.2 (*straffskalor vid flerfaldig brottslighet*) respektive 4.3 (*straffmätning vid flerfaldig brottslighet*). Vad som därefter återstår att undersöka är hur val av påföljd skall göras vid brottsflerhet. Jag har redan i kapitel 3 redogjort för principen om gemensamt straff, vilken i stora delar utgör utgångspunkten för valet av påföljd. Jag har emellertid inte diskuterat efter vilka principer detta val skall göras och i vilken utsträckning det är adekvat att säga att principen om gemensamt straff verkligen resulterar i att *en* påföljd utdöms. Vidare finns det undantag från principen om gemensamt straff. Dessa frågor kommer att behandlas i avsnitt 4.4 (*val av påföljd och principen om gemensamt straff*).

[2] Se t.ex. BrB 13:11, 14:11, 15:14 och 22:8.

[3] Se bl.a. BrB 2:2 st. 3, 2:6 st. 2, 23:5, 27:6 st. 3, 28:9 st. 1, 29:3 st. 2, 29:5 st. 2, 29:7 st. 2, 34:3 st. 2, 34:5 st. 5, 34:6 st. 5, 34:7 st. 2 och 38:2a st. 2.

4.2 Straffskalor vid flerfaldig brottslighet

4.2.1 Allmänt om straffskalor

Det kan kanske hävdas att straffskalor inte utgör någon nödvändig förutsättning för att principen om relativ proportionalitet skall kunna respekteras. Man skulle sålunda kunna bestraffa lika svåra brott likvärdigt, rangordna brott som är olika i svårhetshänseende samt sprida straffen så att den relativa svårheten framgår utan att straffmaxima och straffminima finns angivna. Av praktiska skäl är emellertid straffskalor betydelsefulla för att proportionalitetsprincipen skall kunna upprätthållas. Genom att lagstiftaren har fixerat de bortre gränserna för bestraffningen finns givna utgångspunkter för var påföljdsbestämningen skall börja och kan sluta.

Straffskalorna torde vidare utgöra en viktig garanti för att påföljdsbestämningen blir någorlunda enhetlig. Som påpekats i olika sammanhang innebär straffskalorna ett (rätts)skydd mot att domstolar ges en alltför stor frihet att individualisera påföljder.[4] Denna synpunkt är inte minst viktig om straffsystemet – såsom i Sverige – vilar på proportionalitetsprincipen samt intresset av likabehandling, förutsebarhet och legalitet.

Därutöver är det ett faktum att vi har straffskalor, varför man i konkurrenssituationer måste börja med att bestämma hur dessa bör utformas om flera brott skall bedömas i samma tillämpningssituation. Av denna anledning måste något sägas om de allmänna principerna bakom utformningen av straffskalor.

För varje brottstyp finns, i respektive straffbud, en särskilt straffskala angiven inom vilken straffet skall mätas ut. I straffskalorna anger lagstiftaren hur straffvärd en viss brottstyp är (uttryckt i böter eller fängelse). Straffskalan anger därigenom brottets *abstrakta straffvärde*. Det finns ett flertal olika modeller för hur straffskalor skall konstrueras och efter vilka principer som maximum respektive minimum skall bestämmas. Oavsett vilken modell som används är uppgiften svår ur såväl ett principiellt som praktiskt perspektiv. Det handlar ytterst om att hitta kriterier och faktorer efter vilka man kan mäta den skada, fara eller kränkning som de olika gärningstyperna inom brottstypen innebär.[5] Att tilldela en hel brottstyp

[4] Se bl.a. SOU 1953:17 s. 136 f.

[5] Detta är emellertid inte alltid någon enkel uppgift. Det förutsätter inledningsvis att det relevanta skyddsintresset någorlunda kan identifieras och preciseras och att detta intresses vikt rangordnas i förhållande till andra skyddsintressen och brottstyper. Vidare är det nödvändigt att för respektive brottsart gradera närheten eller avståndet till den reella kränkning som brottet avser. Till sist måste man beakta vilken skuldform som är tillämplig. Utgångspunkten är att ett uppsåtligt brott är mer klandervärt än ett oaktsamt brott (eftersom gärningsmannens likgiltighet inför det skyddade intresset är större). Det saknas i allt väsentligt utredning om hur dessa bedömningar bör ske. En inledande ansats vad

ett abstrakt straffvärde är följaktligen (i princip) lika komplicerat som att bestämma straffvärdet för ett enskilt brott.

Även om man kan identifiera sådana kriterier, vilka möjliggör en rangordning av brottstyper, så kommer straffskalorna ofta att behöva göras relativt vida. Detta beror ytterst på att ett mycket stort antal olika varianter av brottet vanligtvis ryms under samma brottsbeskrivning, vilka sinsemellan har mycket olika straffvärde.[6] Ju fler extremfall som skall rymmas inom den angivna ramen, desto vidare blir straffskalan.

En principiellt viktig fråga är huruvida det finns något samband mellan hur olika brott rangordnas relativt i förhållande till varandra och hur straffens stränghet (med hänsyn till längd och form) graderas. Utifrån vad som har sagts i avsnitt 3.3.2 om absolut proportionalitet torde det inte finnas något samband mellan straffens ingripandegrad och brottets svårhetsgrad annat än vad som följer av sedvänja och inarbetade konventioner.[7] Det enda som binder samman graderingen av brott med graderingen av straff är således traditioner och praxis.

När man därefter undersöker möjligheten att anpassa olika brotts svårhet till de alternativa påföljderna är det ännu svårare att påvisa någon överensstämmelse mellan de olika skalorna, eftersom straffmätningen sker i termer av tid i fängelse eller storleken på böter. Om det inte går att översätta straffvärdet i absoluta termer avseende tid av frihetsberövande eller antal dagsböter, så går det inte heller att i absoluta termer ange vad t.ex. en uppskattad tid i fängelse motsvarar i antal timmar samhällstjänst eller omfattningen på en kontraktsvård. Allt beror på en värdering som bygger på annat än proportionalitet.

Att vi har straffskalor baserade på fängelsestraff respektive bötesstraff för att uttrycka brottets svårhet beror på att dessa påföljder är enkla att kvantifiera. Entiteterna tid och pengar går att dela upp i enheter, vilka fungerar som en måttstock. Men när vi bestämmer oss för var på denna skala som bestraffningen skall ske eller hur skalan skall konstrueras vad gäller minimum och maximum, finns det ingen överensstämmelse mel-

---

gäller offerrelaterad brottslighet har gjorts av von Hirsch och Jareborg. Utgångspunkten är att skadan mäts utifrån hur det tänkta offrets levnadsstandard påverkas, se närmare von Hirsch & Jareborg 1991. Se även Törnudd 1980, Ashworth 2000 s. 96 ff. och Asp & von Hirsch 1999 s. 167 ff. Avseende brott där skadan, faran eller kränkningen riktar sig mot kollektiva intressen saknas utförliga analyser efter vilka kriterier straffvärdet skall mätas.

[6] Vid graderingen av hur straffvärda brottstyper är i förhållande till varandra kan situationen kompliceras av att en brottstyp avser att skydda flera olika intressen. Som exempel kan nämnas de olika varianterna på *sammansatta brott*. Exempelvis är skyddsintressena vid rånbrott (BrB 8:5) dels annans förmögenhet (egendom), dels den kroppsliga integriteten. Vid bedömningen av hur kränkningen skall mätas har man således två olika intressen att ta hänsyn till.

[7] Se Lacey 1988 s. 20 f. och Walker 1991 s. 101 ff.

lan hur vi mäter straffvärdet på brottsligheten och ingripandegraden på straffet.[8] Det kan i övrigt ifrågasättas om rangordningen mellan de alternativa påföljderna verkligen återspeglar hur ingripande de faktiskt är. Vad som nu har sagts om det omöjliga med att förena en rangordning mellan brott med absoluta värden på straff, skall inte blandas samman med frågan om man kan utveckla kriterier för att mäta hur ingripande en påföljd är. Inte heller skall det uppfattas som ett argument mot att alternativa och utbytbara påföljder bör vara någorlunda jämförliga vad gäller ingripandegrad om principen om relativ proportionalitet skall upprätthållas.[9]

På ett övergripande plan kan sägas att man i Sverige tillämpar en princip om att man vid tilldelandet av straffskala för en brottstyp söker inrymma huvuddelen av de fall som kan subsumeras under de olika brottsbeskrivningarna.[10] Vid tilldelandet av straffskala för en enskild brottstyp måste således en avvägning göras mellan *å ena sidan* intresset av att alla tänkbara sätt på vilket brott kan begås skall kunna rangordnas utifrån något "värde" och *å andra sidan* intresset av att straffskalan är någorlunda realistisk och ger någon vägledning och utgångspunkt för domstolarna vid bedömningen av såväl en brottstyps relativa svårhet i förhållande till andra brott som konkreta gärningars straffvärde.[11]

En observation i sammanhanget är att frågan vilka fall som ryms inom brottsbeskrivningarna – och sålunda hur vid straffskalan behöver göras – beror på hur preciserade brottsrekvisiten är, dvs. vad som krävs för att brottsbeskrivningsenlighet skall föreligga. Ju mer preciserade brottsbeskriv-

[8] Jfr dock Ashworth som anser att det – inom vissa gränser – går att uttrycka vilket straff som i absoluta termer är proportionellt i förhållande till brottets svårhet, se Ashworth 2000 s. 101.

[9] Se von Hirsch 1998a s. 188 f. och von Hirsch 2001 s. 61.

[10] Åtminstone har denna princip framhållits i förarbeten och andra lagstiftningssammanhang, se bl.a. SOU 1986:14 s. 155 och SOU 1983:50 s. 357. På ett ställe i SOU 1986:14 uttalade FSK att straffskalan skall ge uttryck för en brottstyps straffvärde "och således innehålla ett straff som täcker även sådana extrema fall som förskingring av egendom i miljardklassen, försäljning av tonvis med heroin och en månadslång oavbruten plågsam tortyr och gradvis stympning med ett överlevande offer", se SOU 1986:14 s. 166. Straffeleovkommissjonen i Norge har beträffande tilldelande av straffskalor uttalat att "strafferammene skal utgjøre realistiske skranker for domstolens straffutmåling", vilket måste uppfattas som att latituderna skall uttrycka de begränsningar som är erforderliga för att täcka de fall som faktiskt aktualiseras i domstolar. Se NOU 2002:4 s. 337. I propositionen understryks vikten av att straffskalorna begränsas till de fall som normalt förekommer i domstolarnas straffmätningspraxis. Se Ot.prp. nr 90 s. 130 f. Dessa fall måste inkludera såväl de ordinära som de extraordinära fallen, se Slettan 2002 s. 383.

[11] Alternativen till att bygga straffskalekonstruktionen på tanken att *huvuddelen* av fallen ryms är att utgå från typiserade *normalfall* eller ha *heltäckande* straffskalor. Båda dessa modeller är emellertid behäftade med en rad olika problem. Se närmare SOU 1986:14 s. 153 f.

ningar som används, desto färre klasser av gärningar kommer att rymmas inom respektive brottstyp. Straffskalorna kan i så fall göras snäva. En konsekvens av detta blir emellertid att det leder till ett ökat antal straffbud, vilket gör lagstiftningen svåröverskådlig och otymplig. En balans måste således finnas mellan straffbudens omfång och antal.

På ett teoretiskt plan kan man i och för sig säga att det helt ankommer på lagstiftaren att ange hur straffvärd en viss brottstyp skall anses vara. Det går emellertid inte att bortse från att när lagstiftaren skall bedöma brottstypens relativa straffvärde i förhållande till andra brottstyper (både vad gäller faktiska och föreställda fall), så måste man utgå från de olika konkreta bedömningar som görs av brottens straffvärde i praxis. Att anpassa straffskalorna efter de tänkbara fallen innebär således att den rådande uppfattningen (i praxis) om straffmätning för ett visst brott påverkar utformningen på brottstypernas olika straffskalor. Det finns härigenom en växelverkan mellan den konkreta straffmätningen i domstolar och lagstiftarens fastställande av straffskala utifrån vilken straffmätningen skall göras.

Hur straffvärd en viss gärningstyp anses vara är en utpräglat normativ fråga, vilken påverkas av de bestraffningsideologiska synpunkter som gör sig gällande i ett straffsystem. Ett straffsystem som t.ex. betonar individualprevention kommer av naturliga skäl att ha behov av vida straffskalor i syfte att kunna avpassa straffet efter vad som behövs för att avhålla den enskilde lagöverträdaren från att återfalla i brott.[12] Detta kan innebära behov av icke tidsbestämda och t.o.m. icke tidsbegränsade straff för att kunna maximera inkapaciteringseffekter, individuell avskräckning eller nödvändig behandling.[13] På ett liknande sätt kan ett straffsystem baserat på allmänprevention vara i behov av vida straffskalor – eller i vart fall höga straffmaxima – i syfte att uppnå erforderliga avskräckningseffekter.[14]

Att straffskalorna görs tämligen vida i ett system som baseras på proportionalitet och humanitet är delvis nödvändigt för att man skall kunna upprätthålla principen om relativ proportionalitet. Straffminimum och straffmaximum måste således anpassas så att inte rangordningen mellan brottstyper sätts ur spel eller så att man inte förlorar möjligheten att inom

[12] SOU 1986:14 s. 68.

[13] Elwin m.fl. 1975 s. 85. Se även Jareborg & Zila 2000 s. 91. Stjernberg påpekade likaså att straffskalor blir mindre viktiga i ett system byggt på individualprevention, se Stjernberg 1935 s. 170 f.

[14] Jareborg och Zila framhåller att i ett system byggt på allmänprevention finns det inget behov av en principiell begränsning av strafformerna, även om allmän moralbildning anses kräva viss försiktighet, se närmare Jareborg & Zila 2000 s. 83. Uppfattningen torde vara förenlig med det av mig påpekade behovet av att ha vida straffskalor under förutsättning att detta anses vara erforderligt för att uppnå allmänpreventiva effekter.

respektive straffskala ge uttryck för gärningars relativa svårhet. Ju fler tänkbara situationer som kan rymmas inom brottsbeskrivningen, desto större blir behovet av att kunna differentiera straffmätningen med hänsyn till rangordning och spridning.[15] Samtidigt får inte straffskalan bli så vid att brottets abstrakta straffvärde inte överensstämmer med rangordningen i förhållande till övriga brottstyper. Vida straffskalor kan dessutom leda till problem för en rättstillämpare som önskar att få vägledning avseende var inom den givna straffskalan som straffvärdet för en konkret brottslig gärning (brottets *konkreta straffvärde*) skall placeras. Denna svårighet kan i de flesta fall övervinnas genom en rationell argumentation utifrån de angivna kriterierna för straffvärdebedömningar, genom en jämförelse med andra brottstyper och befintlig praxis på området.[16] Att straffskalorna bitvis är mycket vida ändrar inte på det faktum att vid de flesta brottstyper ligger straffvärdet i normalfallen någonstans vid straffskalans minimum.[17] Nor-

[15] von Hirsch 1993 s. 18 f. Behovet av spridning är beroende av vilka möjligheter som finns att kalibrera straffmätningen. Man kan härvid inte bortse från att dessa möjligheter – även vid beaktande av omständigheterna i BrB kap. 29 – är tämligen oprecisa. von Hirschs och Jareborgs utgångspunkt för enligt vilka kriterier som en gradering rörande brotten mot person bör ske ger viss vägledning, men på det stora hela är man utlämnad till en normativ bedömning som ytterst vilar på domstolens tolkning och värdering utifrån de givna rekvisiten och det konkreta händelseförloppet. Se närmare von Hirsch & Jareborg 1991. Man kan emellertid konstatera att det vid denna värdering inte bör bli fråga om en rent kvantitativ mätning av förekomsten av olika konstituerande eller försvårande omständigheter, utan att dessa måste kunna formuleras i en kvalitativ skillnad mellan olika brott. Se bl.a. Jareborg & Zila 2000 s. 108 f.

[16] Man kan här tänka sig att det beträffande flertalet brott finns ett antal *standardfall*, vilka kan tjäna som utgångspunkt för en jämförelse med det konkreta brott som domstolen har att bedöma. Greve benämner dessa fall som *normalstraff*, se Greve 2002 s. 234. Härigenom blir det möjligt att analysera det konkreta fallet i termer av "mer eller mindre straffvärt" i förhållande till de etablerade typfallen i praxis. I syfte att göra argumentationen mer enhetlig och kontrollerbar kan med fördel olika typiserade faktorer identifieras, vilka normalt sett anses vara relevanta vid straffvärdebedömningen vid de olika typfallen. Dylika *standardfaktorer* innebär dels vägledning om att dessa omständigheter skall anses vara relevanta vid straffvärdebedömningen, dels att praxis blir enhetlig på området. Beträffande mer ovanliga – eller helt nya – brott är det givetvis svårare att tillskapa standardfall. Lämpligt synes då vara att utgå från att standardfallen normalt sett ligger nära straffminimum, för att därefter göra jämförelser med andra brott. Angående standardfallstänkande, se närmare Ashworth & von Hirsch 1997 s. 193 ff. och Asp & von Hirsch 1999 s. 163 ff. Jfr Strahl m.fl. 1948 s. 130 ff. Beträffande äldre rätt, se Hagströmer 1901–1905 s. 494 ff.

[17] Se bl.a. BRÅ Rapport 1977:7 s. 267, SOU 1980:1 s. 36, SOU 1986:14 s. 165, Nelson 1990 s. 78, Asp & von Hirsch 1999 s. 165 och Prop. 1987/88:100 s. 78 f. Beträffande motsvarande uppfattning i äldre rätt, se Hagströmer 1901–1905 s. 497 och Strahl m.fl. 1948 s. 132. Liknande tendens att hålla sig i närheten av minimum eller nedre delen av straffskalan finns även i andra nordiska länder, se bl.a. Andenæs 2004 s. 459 och Waaben 1993 s. 91.

malt finns det därför ett stort spelrum kvar inom straffskalan, vilket får betydelse när man skall bestämma hur straffskalan för flerfaldig brottslighet skall se ut.[18]

Av naturliga skäl kommer fastställandet av straffskala för en viss brottstyp att bli avhängigt de rådande värderingarna vid tiden för lagstiftningen. Av det förhållandet att de nu gällande straffskolorna inte har skapats vid samma tid följer, som en oundviklig konsekvens, att man inte kan utgå från att respektive brottstyps straffskala återspeglar dagens uppfattning av en gärningstyps förkastlighet eller klandervärdhet. I många fall är straffskalemaximum betydligt högre än vad straffen för de svåraste brotten egentligen anses kunna vara. Det abstrakta straffvärdet uttrycker en värdering av brottstypens svårhet som inte motsvarar hur man i praxis bedömer olika brotts konkreta straffvärden även vid beaktande av att vissa extrema fall skall rymmas.[19] Härigenom kan rangordningen mellan olika brottstyper – såsom den framgår av straffskalorna – ge en missvisande bild.

Ett ytterligare skäl till varför man skall vara försiktig med att dra slutsatser av straffskalornas utformning (och därmed det relativa straffvärdet i förhållande till andra brottstyper) är det faktum att straffmaximum ibland höjs för att möjliggöra användandet av straffprocessuella tvångsmedel, undvika korta preskriptionstider eller liknande.[20] Det är värt att notera att straffskalor fyller ett drygt tjugotal olika funktioner och att det är långt ifrån säkert att det är en värdering av det abstrakta straffvärdet som har fått avgöra straffskalans övre gräns.[21]

Såväl straffskalornas bitvis föråldrade utformning som det faktum, att man inte har låtit principen om relativ proportionalitet helt styra utform-

[18] Karaktäristiskt för straffmätningen vid de flesta brottstyper är också att den övre delen av straffskalan mycket sällan används. Ett väsentligt undantag utgörs av narkotikabrotten där begynnelsepunkten för straffmätningen visserligen ligger vid straffminimum, men där hela straffskalan normalt används.

[19] FSK ansåg t.ex. att förmögenhetsbrott som inte innebar ett angrepp på den personliga integriteten generellt sett hade ett för högt straffvärde, se SOU 1986:14 s. 216. Kritik mot utformningen på straffskalorna vid förmögenhetsbrott framfördes även av Förmögenhetsbrottsutredningen, se SOU 1983:50 kap. 16. Redan i direktiven till nämnda utredning påpekade departementschefen att det abstrakta straffvärdet generellt sett var för högt vid förmögenhetsbrott, se SOU 1983:50 s. 44.

[20] Nelson 1990 s. 78 och Jareborg & Zila 2000 s. 19. Ett någorlunda aktuellt exempel på att denna typ av hänsyn anses vara relevanta för – och kanske t.o.m. kan föranleda – förändringar av straffskalan utgör ändringen av straffskalemaximum för skadegörelse (BrB 12:1). Se Ds Ju 2001:43 s. 31 f. Angående motsvarande förhållande i dansk rätt mellan principer för straffskalekonstruktion och intresset av att kunna använda straffprocessuella tvångsmedel, se Straffelovrådets betænkning 2002 s. 90 ff.

[21] För en uppräkning av de straff- och processrättsliga konsekvenser som konstruktionen av straffskalan kan få, se Jareborg & Zila 2000 s. 18 f.

ningen av dem, tydliggörs av att många straffskalor för gradindelade brott överlappar varandra och att denna överlappning i vissa fall är mycket stor.[22] Detta innebär ett flertal problem. Bl.a. uppstår en situation där gradindelningen avser att uttrycka att vissa brott skall anses vara mer eller mindre klandervärda än brott av normalgraden, men där det i realiteten är samma straffskaleintervall som används för såväl brott av normalgraden som de övriga gradindelade brottstyperna. Kort uttryckt: den optiska effekten, som rangordning mellan brott av olika svårhetsgrad borde uppnå, går förlorad. Samma omständigheter som brottsinternt motiverar placering i svårhetsgrad kan påverka straffmätningen. Härigenom försvåras möjligheterna att uppmärksamma den relativa proportionaliteten. Utifrån ett straffvärdetänkande borde ett brott av normalgraden aldrig kunna bedömas som lika svårt som ett grovt brott och vice versa. Ett brott som når gränsen där minimistraffet för brottet placerat i närmast högre svårhetsgrad börjar, borde – utifrån proportionalitetsprincipen – inte kunna åsättas ett högre straffvärde utan att brottet omrubriceras. En tentativ slutsats är att den överskjutande (och överlappande) delen är obehövlig. Problemen med en reglering där ett brott placerat i en högre svårhetsgrad vid straffmätningen kan bedömas som mindre straffvärt än ett brott placerat i en lägre svårhetsgrad, kan väcka frågor om relationen till legalitetsprincipen. Oklarheten rörande vilka rekvisit som skall styra rubriceringsfrågan samt hur dessa därefter förhåller sig till straffmätningsomständigheter har ansetts motivera att uppräkningen av kvalificerande rekvisit borde göras uttömmande och att överlappningen mellan straffskalorna tas bort.[23]

Det kan emellertid finnas skäl som motiverar en viss överlappning. Såvitt jag kan se finns det i vart fall tre omständigheter, som enligt gällande rätt kan komma att behöva beaktas vid straffmätningen och som *inte* påverkas av gradindelningen av brott, vilket följaktligen kan förklara behovet av en viss överlappning.

[22] Straffskalan för t.ex. våldtäkt (BrB 6:1) överlappar straffskalan för grov våldtäkt med 2 år. Särskilt påtaglig är överlappningen vid vissa förmögenhetsbrott. I förhållandet mellan straffskalorna för stöld (BrB 8:1), bedrägeri (BrB 9:1), förskingring (BrB 10:1) och brotten uppflyttade i en högre svårhetsgrad (BrB 8:4, 9:3 respektive 10:3), så överlappar straffskalorna varandra med 1 år och 6 månader. Samtidigt överlappar straffskalorna för brotten i närmast lägre svårhetsgrad (BrB 8:2, 9:2 respektive 10:2) brotten av normalgrad med 6 månader, varvid straffmaximum för ringa brott är lika med straffminimum för grovt brott.
[23] Se bl.a. Zila 1996 s. 258 f. Parentetiskt kan nämnas att man i tysk rätt upprätthåller en skillnad mellan omständigheter som påverkar gradindelningen av brottet och omständigheter som påverkar straffmätningen. I StGB § 46 S. 3 stadgas ett uttryckligt förbud mot att beakta omständigheter, som har varit nödvändiga för att konstatera att brottsbeskrivningsenlighet föreligger, såsom försvårande vid straffmätningen (*Verbot der Doppelverwertung*). Se Jescheck & Weigend 1996 s. 901 f. och Streng 2002 s. 280 ff.

För det första är det möjligt att vid vissa brott tillåta allmänpreventiva överväganden eller jämförelser med straffnivåer i andra länder att påverka straffmätningen.[24] Däremot kan dessa straffvärdehöjande omständigheter inte påverka brottets placering i svårhetsgrad.[25] Således kan det finnas ett visst behov av att ha en överlappande straffskala som möjliggör att detta straffvärde kan komma till uttryck.[26]

För det andra är det möjligt att låta återfall enligt BrB 29:4 påverka straffmätningen på så sätt att det är nödvändigt att överstiga gränsen för straffminimum för brottet placerat i närmast högre svårhetsgrad.[27] Återfallskärpning enligt BrB 29:4 är en straffmätningsbestämmelse och bygger inte på ett straffvärdetänkande. Brottets straffmätningsvärde kan inte påverka gradindelningen av brottet.[28] Däremot kan det tänkas att det finns ett behov av att låta detta straffmätningsvärde komma till uttryck utöver det bedömda straffvärdet, varför det i undantagssituationer kan finnas ett behov av en överlappning i straffskala. Detta avser de fall då redan brottslighetens straffvärde tar hela straffskalan i anspråk.

För det tredje är det tänkbart att det finns vissa straffvärdefaktorer som inte kan beaktas i samband med gradindelningen av brott, men som ändock bör komma till uttryck vid straffmätningen. FSK uppmärksammade detta förhållande och pekade på att omständigheter som t.ex. att gärningsmannen "avsett att brottet skulle få betydligt allvarligare konse-

[24] Se Prop. 1987/88:120 s. 80 (se även s. 37) samt SOU 1986:14 s. 146.

[25] Jag vill understryka att även om det i förarbetena till 1989 års påföljdsreform angavs att dessa faktorer kunde påverka straffvärdet, så är det enligt mitt förmenande synnerligen problematiskt att inordna dem under straffvärdebedömningen utan att göra våld på definitionen av straffvärde såsom en funktion av brottslighetens skada, fara och kränkning och gärningsmannens skuld såsom den kommit till uttryck i gärningen. På vilket sätt som en värdering av den åstadkomna skadan, faran, kränkningen eller gärningsmannens skuld påverkas av utseendet på straffnivåerna i andra länder eller intresset av att ingripa mot brottslighet som statistiskt sett "blivit mer utbredd eller antagit mer elakartade former" förblir oklart. Jfr Prop. 1987/88:120 s. 37. Även om lagstiftaren inte avsåg att legitimera exemplariska straff, så är det uppenbart att det handlar om att angripa ett strukturellt samhällsproblem genom att bestraffa enskilda personer hårdare. Det principiellt tvivelaktiga i detta kan givetvis ifrågasättas. Mer naturligt hade kanske varit att – såsom beträffande de övriga straffskärpnings- och strafflindringsgrunderna – inordna dessa faktorer som undantag till straffvärdeproportionalitet och betrakta dem som vad de är, nämligen undantag som vilar på preventiva överväganden (liknande regeln om återfallsskärpning i BrB 29:4). Emellertid är det med hänsyn till lagstiftningens utformning de lege lata nödvändigt att behandla dem som omständigheter som påverkar straffvärdet, och härigenom blir det klart att omständigheter av detta slag aldrig kan komma att beaktas vid gradindelningen av brott. Att dessa undantag från skade- och skulddimensionerna utgör en del av straffvärdebedömningen har bekräftats i praxis, se bl.a. NJA 1989 s. 870 och NJA 1991 s. 498.

[26] Jareborg & Zila 2000 s. 127.

[27] Jareborg & Zila 2000 s. 127 f.

[28] Prop. 1987/88:120 s. 79.

kvenser" eller att denne "förmått annan att medverka till brottet genom missbruk av dennes ungdom" kan innebära att straffvärdet påverkas utan att detta medför att brottet placeras i annan svårhetsgrad.[29] Dessa faktorer återfinns idag som brottsexterna försvårande omständigheter i BrB 29:2 p. 1 och 5 och torde inte alltid kunna beaktas i samband med att gradindelning av brottet görs.[30]

Det skall dock påpekas att det nu diskuterade behovet av överlappning inte är särskilt stort.[31] Vad vi talar om är endast undantagsfall i vilka det förutsätts att straffvärdet för den aktuella brottsligheten har nått "taket" (dvs. gränsen för där det brott som är placerat i närmast högre svårhetsgrad har sitt minimum placerat) och att det därutöver finns vissa omständigheter som påverkar straffmätningen. En slutsats är således att om det finns ett behov av överlappning, så är detta i vart fall relativt litet och det torde aldrig kunna motivera överlappningar som består i ett eller flera års fängelse.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att man inte alltid upprätthåller en princip som säger att straffskalorna bör återge olika brottstypers abstrakta straffvärde och att de är avpassade efter huvuddelen av de fall som aktualiseras i domstolar. Det finns således en konflikt mellan princip och verklighet. Straffskalorna uttrycker inte sällan att brottstyper har abstrakta straffvärden som ligger långt över vad de egentligen anses kunna förtjäna från straffvärdesynpunkt. Härigenom kommer straffskalornas spännvidd att fixeras på ett sätt som inte motsvarar hur de enskilda brotten värderas i förhållande till andra brott. Detta kan avse straffminimum och i synnerhet straffmaximum.[32] Man kan följaktligen endast säga att

[29] SOU 1986:14 s. 157.

[30] Det skall emellertid framhållas att om ett brott kan rubriceras som grovt på grund av subjektivt överskott eller liknande, är det tveksamt i vilken utsträckning som denna omständighet skall få utgöra ett skäl för att skärpa straffmätningen. Klart torde vara att om brottet har placerats i en högre svårhetsgrad på grund av att t.ex. gärningsmannen "haft avsikt att åstadkomma allvarligare skada", "visat särskild hänsynslöshet" etc., måste en rangordning kunna göras även inom denna brottstyp. Således torde graden av avsikt kunna utgöra en relevant omständighet vid straffvärdebedömningen även inom straffskalan för den aktuella brottsligheten. Samtidigt är det så att proportionalitetsprincipen torde kräva att samma omständigheter inte läggs den dömde till last mer än en gång. Ytterst får frågan bero på i vilken utsträckning som betydelsen av det subjektiva överskottet har uttömts genom att brottet placerades i en högre svårhetsgrad. Se närmare Jareborg & Zila 2000 s. 111 f.

[31] FSK föreslog att överlappningen borde minskas, vilket departementschefen anslöt sig till efter att förslaget hade bemötts positivt i remissbehandlingen. Någon egentlig förändring har emellertid inte skett. Se SOU 1986:14 s. 157 och Prop. 1987/88:120 s. 79.

[32] Hur skulle egentligen ett fall av snatteri (BrB 8:2) se ut för att det – relativt sett – skall ha ett straffvärde på fängelse i 6 månader när ett normalfall av stöld (BrB 8:2) har ett straffvärde motsvarande fängelse i 1 månad och straffminimum för grov stöld ligger på fängelse i 6 månader? Liknande jämförelser kan göras vid ett stort antal brottstyper.

straffskalorna *bör* återspegla det abstrakta straffvärdet i förhållande till andra brott; dvs. det är en princip. Men i verkligheten gör de inte alltid det. Detta kan komma att få återverkningar på hur man bör se på straffmätning inom straffskalorna för enkel respektive flerfaldig brottslighet. Utan att föregripa diskussionen i avsnitt 4.3, skall jag göra vissa korta påpekanden redan här.

Först skall det konstateras att betydelsen av straffskalornas utformning inte behöver ha mer än en marginell betydelse för straffmätningen. Straffskalornas mest väsentliga funktion består i fastställandet av det straffminimum som inte får underskridas (såvida inte särskilda skäl föreligger). En annan mycket viktig innebörd av straffskalorna är att principerna för konstruktionen av en gemensam straffskala vid flerfaldig brottslighet normalt anses implicera efter vilka principer som straffmätning för flerfaldig brottslighet bör ske. Till detta återkommer jag i avsnitt 4.3. Men i övrigt kan det sägas att straffskalan inte anger annat än den övre och den nedre gränsen för straffmätningen. Som redan har påpekats, används den övre delen av straffskalan ytterst sällan. Straffmätningen utgår normalt från straffskalans minimum. Beroende på vilka faktorer (relevanta för straffmätningen) som aktualiseras i det enskilda fallet kan straffmätningen därefter korrigeras och slutligen fixeras. Genom att domstolar – i sin straffmätning – väldigt sällan är beredda att använda den övre delen av straffskalan, kan man säga att praxis (och verkligheten) har räddat principen om relativ proportionalitet i de fall detta inte återspeglas i straffskalorna. Den relativa proportionaliteten framgår egentligen av de straffmätningsintervall som används i praxis och inte av dem som är angivna i straffskalorna. Detta väcker tanken på att det i vissa fall är fel på straffskalorna (och inte på verkligheten). Det nu gjorda påpekandet om att straffskalorna i många avseenden är felkonstruerade är förmodligen den viktigaste förklaringen till varför den övre delen av straffskalan normalt aldrig används i domstolarnas straffmätningspraxis.[33]

Emellertid finns det anledning att framhålla att straffskalorna ibland kan ges en tredje viktig funktion vid straffmätningen. Som jag har hävdat i kapitel 3 förutsätter den relativa proportionaliteten att vi kan rangordna och gradera olika brotts straffvärde i förhållande till varandra. Detta kan uttryckas som att det mellan olika brottstyper skall råda ekvivalens. Likvärdigt straffvärda brottstyper skall ha likartade straffskalor. Detta förutsätter vidare att vi kan rangordna brott av olika slag. Den relativa proportionaliteten kommer att ange huruvida ett brott är mer eller mindre

[33] Andenæs har framfört en liknande uppfattning om sambandet mellan straffskalornas delvis föråldrade utformning och det faktum att den övre delen av straffskalan sällan eller aldrig används, se Andenæs 2004 s. 459.

klandervärt än ett annat (oavsett vilka konkreta brottstyper som aktualiseras). Detta implicerar emellertid att det måste vara logiskt möjligt att olika brott tilldelas samma konkreta straffvärde. Här kan emellertid straffvärdebedömningen inom respektive brottstyp hamna i konflikt med de olika brottens straffskalor. Låt oss se på ett exempel.

Antag att en domstol har bedömt straffvärdet på ett brott (X) i förhållande till andra brott av samma slag och nått slutsatsen att det motsvarar 1 års fängelse. Antag vidare att domstolen på motsvarande sätt har graderat ett brott (Y) i förhållande till andra brott av samma slag och nått slutsatsen att även detta brott har ett straffvärde motsvarande 1 års fängelse. Vid en jämförelse mellan de konkreta brotten X och Y finner man att de omöjligen kan bedömas som lika klandervärda samt att detta beror på att brott Y har ett högre straffminimum (dvs. rangordningen av olika brott inom denna brottstyp har börjat från ett högre värde).

Frågan gäller således om man kan acceptera att olika konkreta brott – efter en jämförelse med andra brott inom respektive brottstyp – bedöms ha samma straffvärde, trots att en jämförelse brotten emellan säger oss att så inte är fallet. Om det konkreta brottet X anses vara mer straffvärt än brottet Y, borde man därför kanske låta intresset av relativ proportionalitet slå igenom på nivån för den konkreta straffmätningen. Detta förutsätter i så fall att man inte rangordnar endast olika konkreta brott inom en brottstyp, utan därutöver tar hänsyn till andra konkreta brott (tillhörande andra brottstyper). Om man låter jämförelsen i förhållande till andra brott vara avgörande, måste straffvärdet för brott Y korrigeras. Om man däremot prioriterar rangordningen inom respektive straffskala, så undertrycker man kravet på ekvivalens mellan olika brottstyper.

Asp och von Hirsch uppmärksammar denna problematik.[34] Författarna pekar på två olika sätt att lösa problemet med bristande straffvärdeharmoni olika brottstyper emellan. Antingen kan man tillse att de från straffvärdesynpunkt likvärdiga konkreta brotten får samma straff. Detta kommer att innebära att man låter den konkreta straffmätningen anpassas efter straffmätningsnivån vid andra brottstyper. Alternativt eftersträvar man att den relativa bedömningen av straffvärdet skall överensstämma med det abstrakta straffvärdet som kommer till uttryck i respektive straffskala. Författarna anser att den sistnämnda metoden skall ges företräde.[35]

[34] Asp & von Hirsch 1999 s. 165 ff.

[35] Författarna anför ett flertal goda skäl härför. Inledningsvis påpekas att BrB 29:1 anger att straff skall bestämmas inom ramen för *den befintliga straffskalan* och att det således är det abstrakta straffvärdet för den aktuella brottstypen som är avgörande (och inte jämförelser med andra brottstyper). Vidare framhåller de att jämförelser mellan olika bedömningar inom ramen för den aktuella brottstypen är mer tillförlitliga än jämförelser med andra brottstyper. Avslutningsvis betonar de att det inte är klart vilket av de divergerande

Den för vår undersökning viktiga insikten härav är att tilldelning av straffskala kan ges en väsentlig betydelse vid straffmätningen, vilket kan få motsvarande betydelse när en gemensam straffskala skall konstrueras för den samlade brottsligheten och således åskådliggöra det abstrakta straffvärdet för den brottskombination som straffmätningen avser. Som det kommer att visa sig är det långt ifrån säkert att den straffmätning som sker i ett konkret fall av flerfaldig brottslighet alltid kommer att uttrycka ett straffvärde som är jämförbart med andra motsvarande värden uppmätta i andra brottskombinationer. Tanken på ekvivalens och straffvärdeproportionalitet vid brottsflerhet kommer att behöva ges en delvis annorlunda förklaring.

Efter att således ha konstaterat att det finns vissa problem med de nuvarande straffskalornas utformning och deras brist på överensstämmelse med rådande värderingar rörande brottens relativa straffvärde är det möjligt att gå vidare. Trots undantagen och den bitvis inkonsistenta utformningen kvarstår det faktum att den principiella utgångspunkten är att straffskalor uttrycker en brottstyps abstrakta straffvärde i absoluta termer och att de sinsemellan är rangordnade efter graden av klandervärdhet. Vi övergår härmed till att undersöka hur straffskalor skall konstrueras när gärningsmannen skall dömas för flera brott, varvid straffskalorna kommer att konkurrera med varandra.

4.2.2 Olika principer för konstruktion av straffskala vid flerfaldig brottslighet

Allt vad som sagts hittills om tilldelning av straffskala utgår från antagandet att det är *ett* brott som skall bedömas. Även om det är tänkt att straffskalorna skall täcka huvuddelen av de fall som ryms inom de olika straffbuden, så säger de oss inget om hur flerfaldig brottslighet skall bedömas. Eftersom det är möjligt att i en tillämpningssituation använda samtliga rättsföljder av de brott för vilka gärningsmannen döms, blir den avgörande frågan om en kollektiv tillämpning är lämplig. Om det är olämpligt måste man förklara varför samt avgöra hur denna olägenhet bäst kan undanröjas.

---

normalfallen som skall korrigeras. Jämförelser av det slag som är aktuella bygger på ett relativt förhållande, och det torde saknas förutsättningar för att avgöra vilket av brotten det är som inte harmonierar med övrig straffmätningspraxis. Korrigering av bristande ekvivalens mellan straffvärdebedömningar av olika brottstyper är, enligt författarna, främst en uppgift för lagstiftaren i samband med utformningen av straffskalor. Se närmare Asp & von Hirsch 1999 s. 166.

Teoretiskt sett är de möjliga lösningarna, precis som tidigare, *kumulation*, *absorption* och *asperation*. Motsvarande principer gör sig gällande även när det blir aktuellt att göra en konkret straffmätning för den samlade brottsligheten. Däremot behöver inte samma princip tillämpas på den abstrakta och den konkreta nivån. Vad som anses vara olämpligt vid konstruktion av straffskala behöver inte vara olämpligt vid straffmätningen. Det är därför angeläget att skilja mellan dessa två nivåer.

Vanligtvis har man i olika straffsystem reglerat frågan om hur flerfaldig brottslighet skall bedömas på *en* av dessa nivåer. I Sverige förekommer t.ex. begränsande regler beträffande konstruktionen av straffskalan (på en abstrakt nivå), vilket beror på att man i Sverige som huvudregel använder sig av den i avsnitt 3.5 diskuterade principen om gemensamt straff.[36] Först konstrueras en gemensam straffskala för den samlade brottsligheten inom vilken därefter en gemensam straffmätning företas. I länder som tillämpar principen om kollektivt straff skiljer man mellan om brotten konkurrerar ideellt eller reellt. Vid idealkonkurrens sker begränsningen på straffskalenivån på samma sätt som vid gemensamt straff. Konkurrerar brotten däremot reellt sker straffmätning först för varje enskilt brott, varefter de olika straffmätningsvärdena läggs samman till ett kollektivt straff. Regler som begränsar sammanläggningen på den abstrakta nivån bestäms således först efter att den konkreta straffmätningen för de enskilda brotten har gjorts.[37]

Det skall framhållas att situationen oftast är mer komplicerad än att man enbart konstaterat vilken av dessa principer som används på de nämnda nivåerna.[38] I varje straffsystem finns regelmässigt samtliga lösningsprinciper representerade på ett eller annat sätt, och komplexiteten i påföljdssystemet tar sig uttryck i att en rad olika kombinationer och undantag förekommer på olika nivåer. Man kan ju exempelvis tänka sig att ett påföljdssystem i huvudsak använder sig av absorptionsprincipen för att bestämma tillämplig straffskala för det kollektiva straffet, men att undantag finns där man beträffande vissa påföljdskombinationer tillämpar kumulationsprincipen. Därutöver använder man sig kanske av asperations-

[36] Detsamma gäller i norsk och finsk rätt. Valet av lösningsprincip vid påföljdskonkurrens uttrycks på den abstrakta nivån genom en bestämmelse om konstruktion av tillämplig straffskala vid flerfaldig brottslighet. Beträffande finska SL 7:2, se Frände 2004 s. 378 f. Angående norska SL § 62, se Matningsdal & Bratholm 2003 s. 556.

[37] Se bl.a. Roxin 2003 s. 838 f.

[38] Schmitt framhåller att det av tysk rätt endast framgår att straffskalekonstruktionen skall ske utifrån ideal- och realkonkurrens. Han fortsätter: "Wie die Strafe innerhalb dieses Rahmens zuzumessen ist, ergibt sich nicht aus der Konkurrenzlehre", se Schmitt 1963 s. 180.

principen vid straffmätningen av flerfaldig brottslighet (mängdrabatt).[39] På motsvarande vis kan man tänka sig att ett bestraffningssystem vid sammanläggningen av samtliga straff utformar straffskalan efter asperationsprincipen, men vid straffmätningen tillämpar renodlad kumulation.[40] Det finns således ett stort antal kombinationsmöjligheter.

I det närmast följande avser jag att diskutera de olika lösningsalternativen när det gäller konstruktionen av straffskala vid flerfaldig brottslighet. Det skall framhållas att frågan om vilken eller vilka principer som används för att lösa konkurrensproblem beror på vilket bestraffningsideologiskt synsätt som straffsystemet bygger på samt vilka principer som bestämmer utformningen på straffskalorna vid enkel brottslighet (om sådana används). De styrande principerna för svensk påföljdsbestämning är, som ovan angivits, straffvärdeproportionalitet och humanitet, vilka måste utgöra utgångspunkten för vår analys.

I praktiken torde det vara mycket ovanligt att *kumulationsprincipen* används i sin mest renodlade form. Det förekommer endast i ett fåtal rättssystem att man (av rent optiska skäl) kan utdöma t.ex. fängelsestraff som överstiger en människas möjliga livslängd flera gånger om.[41] Man skulle kunna tänka sig att ett straffsystem byggt på ren individualprevention inte uppställer några krav på straffskalor, i syfte att kunna uppnå maximalt resultat av bestraffningen i form av individuell avskräckning, in-

[39] Detta är förhållandet i danska SL. Enligt huvudbestämmelsen i SL § 88 skall absorptionsprincipen användas vid fastställandet av ett gemensamt straff. Möjlighet finns för domstolen att vid behov gå utanför straffskalemaximum för det svåraste brottet. Straffmaximum får i vissa fall överskridas dels på grund av att det är fråga om flerfaldig brottslighet (vid "særdeles skærpende omstændigheder"), dels på grund av att särskilda bestämmelser om särskilda straffskalor (sidestrafferammer) är tillämpliga på vissa brott. Vid straffmätningen tillämpas asperationsprincipen (modereret kumulation). Samtidigt tillämpas absolut kumulation vid vissa fall av flerfaldig bötesbrottslighet. Se Toftegaard Nielsen 2002 s. 122 och Straffelovrådets betænkning 2002 s. 59 ff., 175 ff. och 471 ff.

[40] Som påpekats i avsnitt 3.5.3.1 gällde en sådan ordning i SL före 1938 års reform.

[41] Bl.a. i USA förekommer i vissa delstater obegränsad kumulation genom att domstolen anger att utdömda straff skall verkställas efter varandra (*consecutive sentecing*) och att det inte finns någon bortre gräns för hur lång straffet totalt sett kan bli. Vid allvarlig brottslighet kan resultatet sålunda bli månghundraåriga fängelsestraff. I andra delstater finns begränsningar av hur lång den sammanlagda strafftiden kan bli. Se bl.a. Jareborg & von Hirsch 1984 s. 138 ff. och SOU 1986:14 s. 84. Det skall framhållas att resultatet av denna principlösning kan lindras i avsevärd mån genom att de olika straffen tillåts verkställas parallellt. Så sker i det engelska och många av de amerikanska delstaternas straffsystem genom användandet av parallell verkställighet (*concurrent sentencing*). Se Wasik 2001 s. 147 och Emmins 1985 s. 119.

kapacitering eller behandling. Avsaknad av en straffskala vid flerfaldig brottslighet kan ju beskrivas som en gränslös kumulation.[42]

Kumulationsprincipen har historiskt sett – på goda grunder – utsatts för stark kritik. Ett adderande av brottstypernas straffmaxima leder inte sällan till alltför stränga resultat. Det är inte svårt att föreställa sig situationer där en enkel addition av straffmaxima leder till en tillämplig straffskala som i realiteten motsvarar livstids fängelse.[43] Någon djupare analys torde inte erfordras för att förklara det olämpliga i detta, och historiskt sett har man på olika sätt sökt metoder för att undvika effekterna av den rena kumulationen samtidigt som man inte berövar straffsystemets dess möjligheter att låta bestraffningens intensitet öka vid flerfaldig brottslighet (jämfört med enkel). Vid sidan av den okomplicerade observationen att kumulationsprincipen lätt kan leda till straffsummor som framstår som alltför stränga, innebär en tillämpning av denna princip lätt att de för svensk rätt viktiga principerna om proportionalitet och humanitet äventyras.[44] Även i straffsystem som i större utsträckning betonar intresset av resocialisering och annan form av prevention framstår ren kumulation som oförnuftigt.[45]

Det skall dock nämnas att i äldre svensk rätt uppfattades kumulation som det naturliga sättet att bestämma straff vid flerfaldig brottslighet (i den mån det var möjligt att skilja enkel brottslighet från flerfaldig brottslighet). De tidigaste skälen som anfördes mot att använda kumulativa straff byggde inte på överväganden hänförliga till gärningsmannens

[42] Det skall emellertid framhållas att kumulationsprincipen i allt väsentligt avvisades även i de svenska lagstiftningsförslag m.m. som lades fram under den period då olika preventionsteorier var dominerande. Detta skedde emellertid inte med direkt hänvisning till proportionalitetsideologin, utan byggde på att påföljdsbestämningen i många avseenden syftade till att eliminera den dömdes samhällsfarlighet och brottsliga viljebeskaffenhet vid en given tidpunkt. Eftersom det generellt ansågs att förövandet av flera brott inte behövde ge uttryck för en större samhällsfarlighet skulle kumulationsprincipen inte användas. Se t.ex. SOU 1923:9 s. 357 f. och Thyrén 1916 s. 12.

[43] Se Geerds 1961 s. 443.

[44] Jfr dock yttrandet från Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet som, i samband med 1989 års påföljdsreform, tycks ha ansett principen om kollektivt straff och kumulationsprincipen vara mer förenlig med FSK:s synsätt eftersom kumulationsprincipen uttryckligen baserar straffmätningen på svårheten vid varje enskilt brott. Fakultetsnämndens yttrande illustrerar tydligt hur viktigt det är att man skiljer mellan absolut och relativ proportionalitet. Det kan visserligen hävdas att kumulationsprincipen bäst överensstämmer med någon variant av strikt proportionalitet. Däremot torde man inte kunna hävda att den möjliggör en rangordning och jämförelse mellan olika kombinationer av brott. Departementschefen fann fakultetsnämndens resonemang vara verklighetsfrämmande och hänvisade till de rättssystem där denna princip tillämpas, se närmare Prop. 1987/88:120 s. 65.

[45] Stratenwerth 1981 s. 326 f.

straffvärdhet eller på resonemang om förminskad skuld vid flerfaldig brottslighet, utan istället på att det av rent praktiska skäl inte var möjligt att verkställa olika straff samtidigt. Om det var möjligt att verkställa straffen, kunde de kumuleras obegränsat.

Effekterna av den äldre rättens uppfattning om kumulation av straff kunde emellertid i praktiken ofta begränsas av överrätternas leuterationsbefogenhet samt det faktum att domstolarna inte var bundna av bestämda straffskalor, varvid större billighetshänsyn kunde tas vid straffmätningen.[46] Sedan 1864 års SL har tydliga begränsningar funnits för de fall lösningsprincipen kumulation använts, varigenom det svåraste straffet fick överskridas endast med viss särskilt angiven tid. Vad det egentligen var fråga om var således en begränsad kumulation eller, mer korrekt uttryckt, en form av asperationsprincip, vilken i denna form tidvis har kallats reduktionsprincipen eller skärpningsprincipen beroende på hur jämkningen skulle beräknas.[47]

För svenskt vidkommande torde det i dagsläget vara uteslutet att generellt tillämpa en ren kumulationsprincip. Även om inte gränserna för straffmätningen i form av angivet straffmaximum behöver reflektera hur straffmätningen vid flerfaldig brottslighet skall utföras, så torde risken för att man hamnar i konflikt med den ovan diskuterade principen om relativ proportionalitet ändock vara uppenbar. Problemet kan illustreras på följande vis. Antag att någon skall dömas för att ha begått 20 stölder. Eftersom straffmaximum för en stöld är fängelse i 2 år skulle en ren kumulativ beräkning av straffskalan utmynna i ett straffmaximum motsvarande 40 års fängelse. Brottskombinationer bestående av flerfaldig tillgrepps-

[46] Trots att lagen föreskrev synnerligen stränga straff för olika brott, vilka ofta även utdömdes i första instans, så verkställdes dessa sällan eftersom HovR utnyttjade möjligheten till leuteration. Man kan såtillvida säga att det framväxte en reaktion mot den äldre ortodoxa straffrätten i riktning mot en mer humaniserad straffrätt genom att HovR i praktiken inte var beredd att realisera det straffhot som lagen föreskrev. En förklaring till varför man upprätthöll en skillnad mellan å ena sidan vad lagen föreskrev och vad man i första instans utdömde och å andra sidan vad det slutliga straffet bestämdes till i HovR, kan kanske vara att straffrättskipningen byggde på en tydlig princip om omedelbar (och medelbar) avskräckning, vilken kom till uttryck vid de muntliga förhandlingar som fördes vid tingsplatserna. En mycket sträng praxis tjänade sitt avskräckande syfte genom att de vid tingsförhandlingen närvarande fick bevittna synnerligen stränga domar avkunnas. Efter att domen överklagats till HovR – i vilken handläggningen huvudsakligen var skriftlig – kunde därefter straffet lindras väsentligt utan att det kom att påverka gemene mans uppfattning om straffets stränghet på samma sätt som om det lindrigare straffet hade valts redan vid den muntliga förhandlingen vid tinget.

[47] Beträffande kumulationsprincipens tillämpning i svensk rätt enligt 1864 års SL, se Carlén 1866 s. 78 ff., Hagströmer 1901–1905 s. 734 f. och 753 och Wetter 1932 s. 164 f. Beträffande kumulationsprincipen i äldre svensk rätt, se Humbla 1851 s. 55 ff., Agge 1936 s. 408 ff. och Tablå 1841 s. 54.

brottslighet skulle således (teoretiskt sett) vara att anse som svårare än (ett) dråp. Relativ likvärdighet skulle uppstå först vid fyra kumulerade dråp, låt vara att straffmätningen inte behöver följa samma additionsprincip som gäller vid kumulation av straffskalor. Om det abstrakta straffvärdet skall uttrycka en brottstyps straffvärde i förhållande till andra brott, kan inte enkla brottskombinationer sätta denna rangordning ur spel. Vidare framgår tydligt att det teoretiskt sett skulle vara möjligt att utdöma straff som framstår som uppenbart orimliga, inhumana och stridande mot de värderingar som bestämmer den allmänna repressionsnivån.

Det nu sagda skall inte uppfattas som att ett användande av kumulationsprincipen vid påföljdsbestämning är helt uteslutet i svensk rätt. Det viktigaste exemplet på detta återfinns i den kompletterande bestämmelsen i BrB 26:2 som stadgar att fängelse som gemensamt straff inte får överskrida summan av maxima för de enskilda brotten. Detta påvisar den starka kopplingen mellan straffskalornas utformning och val av lösningsprincip. Om det finns en stor variation i straffskalor, där vissa brott har ett betydligt lägre straffskalemaximum än andra brottstyper, kan den situationen uppstå att en addition av de befintliga straffmaxima enligt kumulationsprincipen faktiskt leder till ett *lägre* straffskalemaximum än vad som blir resultatet med det schablonartade tillägg som skall göras enligt BrB 26:2 och som följer av asperationsprincipen.[48] BrB 26:2 kommer att beskrivas senare i detta avsnitt.

Slutsatsen är att kumulationsprincipen inte är utesluten i de fall denna lösning leder till ett lindrigare resultat än vad som blir fallet då alternativa principer används. Detta är givetvis helt förenligt med såväl humanitetsprincipen som proportionalitetsprincipen. Vad gäller den förstnämnda torde inte påståendet om överensstämmelse mellan princip och regel kräva

[48] Motsvarande dubbla bestämmelser för fastställandet av straffskalemaximum för flerfaldig brottslighet finns i flera andra straffrättsordningar. Frände kallar motsvarande precisering av huvudregeln vid konstruktion av straffskala för flerfaldig brottslighet i finska SL för *additionsregeln*, se Frände 2004 s. 378 f. I tysk rätt talar Jescheck och Weigend om en "doppelte Obergrenze", där den *relativa övre gränsen* fastställs av de enskilda brottens straffmätningsvärde summerade med varandra och *den absoluta övre* gränsen fastställs av ett straffskalemaximum om 15 års fängelse vid flerfaldig brottslighet. Valet mellan dessa övre gränser utfaller till förmån för det som ger lindrigast resultat. Det är att märka att straffmaximum enligt den relativa begränsningen bygger på en summering av de enskilda brottens straffmätningsvärde på den *konkreta* nivån (Einzelstrafe) medan den absoluta gränsen relaterar till den *abstrakta* nivån. Se närmare Jescheck & Weigend 1996 s. 729. Se även Roxin 2003 s. 839 och Schönke & Schröder 2001 s. 792. Möjligheten att enligt norska SL § 62 förhöja straffmaximum vid flerfaldig brottslighet till det dubbla av det svåraste brottets straffmaximum är på samma sätt begränsad såtillvida att straffskalemaximum inte får överskrida summan av de enskilda brottens straffmaximum. Detta framgår dock inte uttryckligen av lagtexten. Se Matningsdal & Bratholm 2003 s. 555.

någon närmare förklaring. Vad gäller proportionalitetsprincipen torde saken likaså vara klar. Om en ökning av straffskalemaximum sker enligt vissa schablonartade intervall och resulterar i en straffskala med ett högre maximum jämfört med vad en ren kumulation av de enskilda brottens straffmaxima medför, måste man – om denna lösning förordas – kunna förklara varför den samlade brottsligheten skall kunna åsättas ett högre abstrakt straffvärde än vad brotten tillsammans som mest anses kunna förtjäna.

Det förekommer vidare att kumulationsprincipen tillämpas genom att undantag görs från principen om gemensamt straff (BrB 30:3 st. 2). Detta kan innebära att en påföljd (vilken bestäms enligt vissa kriterier) används för viss del av brottsligheten medan en annan påföljd används för den övriga brottsligheten. Bestraffningen blir kumulativ genom att det inte sker någon jämkning eller liknande av de olika straffen. Denna fråga kommer att behandlas under avsnitt 4.4.

Till sist skall nämnas att kumulationsprincipen används i situationer då någon skall dömas för ny brottslighet (nyupptäckt eller återfall) och bestämmelserna i BrB kap. 34 inte är tillämpliga. I dagsläget omfattas inte tidigare bötesstraff av denna reglering. Härigenom exkluderas dessa fall från konkurrensbestämmelserna i BrB kap. 34, varvid den enda möjligheten är att utdöma ett straff som kommer att kumuleras till den tidigare påföljden utan att hänsyn tas till den tidigare brottsligheten vid konstruktionen av straffskala. Viss brottslighet som hade kunnat bedömas inom ramen för principen om gemensamt straff och asperationsprincipen (dvs. nyupptäckt brottslighet), kan således komma att bestraffas enligt kumulationsprincipen på grund av den tillfälligheten att brottsligheten behandlas i olika rättegångar.

Om vi därmed lämnar kumulation som styrande princip för konstruktion av straffskala vid flerfaldig brottslighet, står normalt valet mellan någon variant av absorptions- eller asperationsprincipen. Även dessa båda principer har varit föremål för diskussion och utsatta för kritik.

En av fördelarna med *absorptionsprincipen* är att den i teorin är mycket enkel att tillämpa.[49] Straffskalemaximum för det svåraste brottet utgör alltid straffmaximum för den samlade brottsligheten. Detta underlättar inte minst när man i efterhand skall konstruera straffskalor för brottslig-

[49] Forsman anger att om man utgår från att bestraffningen skall ske utifrån "handlingens enhet", så är det logiskt att även bestraffningen sker inom "en enhet", se Forsman 1930 s. 553. Problemet med detta synsätt är, som jag tidigare har påpekat, att skälen för att utgå från ett enhetstänkande är mycket diskutabla. I vart fall om man med detta avser att enheten skall tillmätas avgörande betydelse för hur mycket straff som gärningsmannens förtjänar.

het som lagförs vid olika tillfällen, dvs. när någon skall lagföras för nyupptäckt brottslighet eller återfall efter tidigare dom, genom att det endast skulle finnas en straffskala att utgå från.[50] Fördelarna i detta hänseende blir dock mycket begränsade eftersom denna princip normalt inte är avsedd att tillämpas vid straffmätningen på så sätt att straffmätningen för det svåraste brottet absorberar straffmätningen för den övriga brottsligheten. I t.ex. den danska SL § 88 anges att absorptionsprincipen som huvudregel skall användas vid fastställandet av straffskala vid utdömandet av ett gemensamt straff. Att straffskalan för det svåraste brottet normalt sätter gränserna för straffmätningen innebär emellertid inte att den konkreta straffmätningen påverkas. Enligt huvudregeln om gemensamt straff "udmåles en fællesstraf, der efter omstændighederne rummer en modereret kumulation".[51] Det är således inte fråga om att låta det svåraste enskilda straffet konsumera den övriga brottsligheten vid straffmätningen.[52]

I tysk rätt används huvudsakligen absorptionsprincipen för bestämmande av straffmaximum vid ideellt konkurrerande brott (StGB § 52). Vid likartad konkurrens blir denna bedömning mycket enkel. Det finns

[50] Detta argument åberopades av bl.a. SLK som pläderade för att absorptionsprincipen skulle införas som straffskalebegränsande princip i svensk rätt, se SOU 1923:9 s. 364 ff. och Thyrén 1916 s. 12 ff. Jfr dock Löfmarck som finner utredningens motivering vara anmärkningsvärd eftersom det skulle utesluta möjligheten att rensa ut brottslighet på grund av subsidiaritetsförhållanden, jfr Löfmarck 1974 s. 28. Det är helt korrekt att SLK:s formulering som Löfmarck diskuterar ger upphov till funderingar. Å andra sidan skall nog utredningens förslag inte tolkas alltför snävt. Vad SLK försökte uttrycka var nog endast att absorptionsprincipen innebar vissa fördelar i samband med att domstolen behandlade påföljdskonkurrensfrågor (sedan brottsflerhet hade konstaterats). Genom att avskaffa distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens (och fortsatt brott) och tillämpa absorptionsprincipen, skulle man *vid konstaterad brottsflerhet* kunna undvika problematiken med konstruktion av en särskild straffskala vid flerfaldig brottslighet. Hur privilegierade brottstyper skall ges företräde på grund av regler om subordination uttalade sig inte SLK om, men det måste förutsättas att någon ändring i detta avseende inte avsågs. Detta framgår också av sammanhanget. Man måste alltså utgå från att domstolen redan hade löst sådana konkurrensproblem på ett tidigare plan, dvs. på nivån som behandlar brottslighetskonkurrens. Att kvalificerade och privilegierade brottstyper uteslöt brott av normalgraden på grund av skenbar konkurrens var en vedertagen uppfattning. Se t.ex. Hagströmer 1901–1905 s. 656 f.

[51] Greve m.fl. 2001 s. 396. Se även Waaben 1993 s. 99 och Straffelovrådets betænkning 2002 s. 471.

[52] Precis som i andra länder förekommer en rad preciseringar eller undantag från huvudregeln om användande av asperationsprincipen. Vid bötesbrott används ofta kumulationsprincipen inom den tillämpliga straffskalan. Toftegaard Nielsen framhåller vidare att vid sammanträffande av vissa brott anges användning av kumulationsprincipen uttryckligen i straffbestämmelsen. Se Toftegaard Nielsen 2002 s. 122.

då endast en straffskala att tillgå. Om konkurrensen däremot är olikartad bestäms straffskalan genom att straffmaximum utgörs av det svåraste straff som kan följa på det brott som har den högsta straffskalan. Däremot bestäms straffminimum av det högsta minimum som kan följa på något av brotten (vilket inte nödvändigtvis måste vara det brott som har högst straffmaximum). Detta har föranlett att man tidvis har ansett det vara mer rättvisande att tala om en *kombinationsprincip* än en absorptionsprincip.[53]

Likheterna mellan det tyska systemet och den tidigare gällande regleringen i svensk rätt är uppenbar. Problemet med den tyska regleringen är därför att den fortfarande begagnar sig av distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens och att den således förutsätter att man kan skilja mellan brott som har begåtts genom samma handling och brott som begåtts genom olika handlingar. Jag har tidigare redogjort för det diskutabla med att upprätthålla denna distinktion i samband med påföljdsbestämningen.[54]

Som exempel på ett undantag från den nu diskuterade ordningen med olika former av gemensamt straff kan nämnas vissa former av straffbestämning i engelsk och amerikansk rätt. Av vad som sagts i avsnitt 3.5.1 om att utdöma straff parallellt (*concurrent*) och seriellt (*consecutive*), framgår att det enligt den förstnämnda varianten finns möjlighet att utdöma – åtminstone frihetsberövande – straff kumulativt men samtidigt förordna att de skall avtjänas parallellt.[55] Den praktiska konsekvensen härav blir att straffmätningen för det svåraste straffet absorberar den övriga brottsligheten. Det spelar ju ingen roll om en frihetsberövad person i formellt hänseende anses verkställa flera straff samtidigt, så länge som straffet de facto består i att han frihetsberövas.

Som jag har redogjort för i kapitel 3 finns det möjlighet att acceptera parallell verkställighet så länge som detta inte äventyrar principerna för påföljdsbestämning. Men absorption av det slag som kan komma att aktualiseras i engelsk och amerikansk rätt – med en renodlad parallell verkställighet – kan leda till betänkliga rabatteffekter och förutsätter att man kan avgöra i vilka fall som denna påföljdsbestämning skall användas. Är lösningen – som den förefaller vara i engelsk rätt – främst avhängig frågan om brotten har begåtts genom samma handling ("a single transaction") är vi tillbaka i problemet med distinktionen mellan ideal- och realkon-

[53] Se angående tysk rätt bl.a. Geerds 1961 s. 328 ff., Jakobs 1983 s. 712, Lackner 1995 s. 327 f., Jescheck & Weigend 1996 s. 724 och Streng 2002 s. 270.

[54] Se ovan i avsnitt 3.5.3.

[55] Se närmare Wasik 2001 s. 147, Thomas 1979 s. 52 och Ashworth 2000 s. 219 ff. Angående tillämpning av motsvarande bestämmelser i USA, se Jareborg & von Hirsch 1984 s. 138 ff.

kurrens.[56] I så fall har man i förenklingshänseende vunnit litet med att vid påföljdsbestämningen tillämpa absorptionsprincipen.

En försiktig slutsats av det hittills sagda är att argumentet om förenkling, som kan åberopas till förmån för absorptionsprincipen vid konstruktion av straffskala, väsentligt undermineras såvida inte motsvarande princip också gäller vid straffmätningen (vilket sällan torde vara fallet). Likaså kompliceras tillämpningen avsevärt om den endast skall gälla brottslighet som är begången genom "samma handling".

Det är naturligtvis oftast så att straffskalan för det svåraste brottet är tillräcklig för att även kunna återspegla straffmätningen av den samlade brottsligheten. Straffskalorna är generellt sett så vida att det sällan finns ett praktiskt behov av en straffskala som sträcker sig längre än straffmaximum för det svåraste brottet. Men detta påverkar inte frågan om principen för hur den abstrakta straffskalenivån skall utformas.

Den vanligaste invändningen *mot* absorptionsprincipen är att den innebär en alltför stor begränsning av möjligheten att bestraffa gärningsmannen för flerfaldig brottslighet.[57] Det har vidare – främst på allmänpreventiv grund – hävdats att absorptionsprincipen kan medföra att en gärningsman som har begått ett visst antal brott, vilka i straffmätningen kommer att närma sig straffskalemaximum för det svåraste av brotten, skulle kunna förutse att han inte kan komma att drabbas av någon ytterligare sanktion om han begår flera brott. Straffimmunitet skulle sålunda inträda efter ett eller ett visst antal brott, varvid straffets avskräckande effekt skulle gå förlorad.[58]

Farhågor om brottslingars kalkylerande av att de efter ett visst antal brott uppnår straffimmunitet får nog anses vara överdrivna. Resonemanget förutsätter att brottslingar i allmänhet har kännedom om hur straffskalor är utformade samt hur domstolens straffmätning kommer att gestalta sig. Vidare förutsätter det att brottslingar utgår från att all begången brottslighet kommer att bli föremål för prövning vid samma tillfälle. (Annars är det ju inte säkert att absorptionsprincipen skall tillämpas.) Det kan ifrågasättas huruvida det finns en empirisk grund för ett sådant antagande om brottslingars framsynthet vad gäller kommande bestraffning. Dessutom kan det väl sägas att den framförda kritiken om straffimmunitet också träffar asperationsprincipen (låt vara att straffskalan är något vidare i dessa

[56] Ashworth framhåller att det finns belägg för att engelska domstolar, när de avgör om straffen skall verkställas parallellt eller seriellt, utgår från huruvida brotten skall anses vara begångna inom samma handling eller genom olika handlingar. Han anger emellertid att det kan finnas fyra tänkbara undantag från denna princip, se närmare Ashworth 2000 s. 221 ff.

[57] Geerds 1961 s. 457.

[58] Se SOU 1923:9 s. 361 f. och Stjernberg 1935 s. 171.

fall). En annan sak är att vissa strafformer, som t.ex. döds- eller livstidsstraff, av naturliga skäl oftast absorberar övrig bestraffning. Problemet med straffimmunitet får därför betydelse för svensk rätts vidkommande främst i samband med att livstidsstraffet används.

Däremot kan absorptionsprincipen sägas bli diskutabel i ett proportionalitetsperspektiv om straffskalan för det svåraste brottet inte räcker till för att återspegla straffmätningen för den samlade brottsligheten.[59] Absorptionsprincipen kommer att innebära en betydligt mer radikal begränsning av straffskalan jämfört med en tillämpning av kumulationsprincipen eller asperationsprincipen. I vilken utsträckning som detta får praktisk betydelse är helt avhängigt utformningen på straffskalorna. I ett straffsystem med mycket vida straffskalor får absorptionsprincipen mindre konsekvenser och betydelse jämfört med ett system med mer begränsade straffskalor.

På ett principiellt plan kan man emellertid inte bortse från denna aspekt. I vart fall teoretiskt måste straffskalan för den flerfaldiga brottsligheten medge att olika brottskombinationer kan jämföras och rangordnas sinsemellan. I annat fall riskerar man att – nu på motsatt sätt jämfört med kumulationsprincipen – sätta den relativa proportionaliteten ur spel. Som påpekades tidigare kunde en tillämpning av kumulationsprincipen innebära att flerfaldig brottslighet tilldelas straffskalor som vida överstiger straffskalorna för viss enkel brottslighet (vars relativa straffvärde förmodas vara mycket högre), varigenom kravet på relativ proportionalitet mellan olika brottskombinationer inte kan upprätthållas. På motsvarande sätt kan nu absorptionsprincipen innebära att den tillämpliga straffskalan försvårar en rangordning av olika brottskombinationer i förhållande till varandra.

Låt oss anta att en person skall dömas för två eller flera brott, vilka samtliga omges av så försvårande omständigheter att det maximala straffet för respektive brott aktualiseras. Om straffmaximum för den samlade brottsligheten är begränsat till straffmaximum för det svåraste brottet, finns inget utrymme att uttrycka att den aktuella brottskombinationen är mer straffvärd än det svåraste brottet. Vid användande av absorptionsprincipen skulle man i dessa fall från samhällets sida signalera att utöver straffmaximum för det svåraste brottet är det likgiltigt hur många brott

[59] Som nämnts ovan får i dansk rätt straffskalan i vissa fall överskridas vid flerfaldig brottslighet. Enligt danska SL § 88 får det svåraste brottets straffmaximum ökas med hälften om *særdeles skærpende omstændigheder* föreligger. Med detta avses mycket omfattande brottslighet eller liknande. Det torde vara ovanligt att en domstol på denna grund utvidgar straffskalan. Enligt Toftegaard Nielsen används möjligheten dock vid narkotikabrottslighet, se Toftegaard Nielsen 2002 s. 117. Se även Straffelovrådets betænkning 2002 s. 78 f. och Greve m.fl. 2001 s. 396. Vad som har ifrågasatts är huruvida en ordning, som helt överlämnar till domstolarna att efter eget skön avgöra efter vilka kriterier som straffskalan skall bestämmas, uppfyller legalitetsprincipens krav på tydlig och preciserad lagstiftning. Se närmare Toftegaard Nielsen 2002 s. 123 ff.

som den dömde har begått.[60] Flerfaldig brottslighet kan – men behöver inte – vara svårare än vad som framgår av det straffmaximum som följer av det svåraste brottet. Såsom ovan nämnts är straffskalorna för olika brottstyper konstruerade så att de skall rymma huvuddelen av de fall som ryms inom de respektive olika brottsbeskrivningarna. Med detta avses endast *ett fall* av brottslighet, och det skall sålunda (teoretiskt sett) finnas enskilda fall som är så straffvärda att de förtjänar straffmaximum. Med en tillämpning av absorptionsprincipen skulle man således kunna förlora möjligheten till differentiering om flera likvärdigt straffvärda handlingar aktualiseras samtidigt. I vart fall kan det förmodas att straffskalorna skulle behöva revideras om de alltid – i egenskap av strängaste straffskala – vore avsedda att utgöra ramen för alla tänkbara kombinationer av flerfaldig brottslighet som skulle bedömas i en tillämpningssituation.

Det nu anförda skall inte sammanblandas med det faktum att de befintliga straffskalorna för enskilda brott är så vida att den övre delen i praktiken sällan behöver användas, och att det således endast undantagsvis finns ett behov av att vid flerfaldig brottslighet överskrida straffskalan för det svåraste brottet. Detta är en konsekvens av rådande straffmätningspraxis och utformningen av straffskalorna i Sverige. Det utgör inte något principiellt argument rörande frågan huruvida absorptionsprincipen är förenlig med proportionalitetsideologin. Det sagda kan enkelt påvisas genom att man föreställer sig att straffskalorna i Sverige drastiskt skulle ändras i lindrande riktning. Ju mer utrymmet för straffmätning krymper i det enskilda fallet, desto mindre blir möjligheten till differentiering. Även om det inte förefaller sannolikt att en straffskalerevision i dagsläget kommer att aktualiseras, framgår ändå att proportionalitetstänkandet kräver att brottsflerhet på något sätt kan beaktas och rangordnas, vilket förutsätter en straffskala för flerfaldig brottslighet som medger ett dylikt utrymme.[61]

Detta leder oss avslutningsvis till *asperationsprincipen* som alltså utgör en blandning av de två tidigare principerna och ett exempel på lösningsprincipen modifikation; dvs. de individualiserande straffskalorna kumuleras, varefter en större eller mindre jämkning av totalsumman företas.[62] Asperationsprincipen möjliggör en försiktig ökning av straffskalorna, varvid

[60] Se Stjernberg 1935 s. 169 f. Stjernberg angav dock "det allmänna rättsmedvetandet" som grund för att asperationsprincipen borde användas.

[61] Lagstiftaren har vid åtminstone två tillfällen de senaste två decennierna erhållit betänkanden från statliga utredningar i vilka en straffskalerevision föreslås. Inget av dessa har lett till lagstiftning. Se SOU 1983:50 kap. 16 (se särskilt s. 357 ff.) och SOU 1986:14 kap. 14 och SOU 1986:15 bilaga 4.

[62] Se Frändberg 1984 s. 116.

brottsflerhet kan differentieras i förhållande till enkel brottslighet, samtidigt som principen inte är förenad med samma problem som vid gränslös kumulation eller absorption.[63] Historiskt sett har också denna princip vuxit fram som en reaktion på kumulationsprincipens konsekvenser och inte som en princip som står på självständig grund.[64] Asperationsprincipen kan således sägas göra det möjligt att modifiera sammanläggningen av straffskalor så att mer rimliga resultat åstadkoms och såtillvida, sett utifrån ett strikt praktiskt perspektiv, sägas vara okomplicerad.[65]

Om vi för stunden söker finna argument för asperationsprincipen såsom straffskalebegränsande princip, kan man konstatera följande. *För det första* behövs någon form av kumulation för att kunna upprätthålla principen om relativ proportionalitet vid brottsflerhet. Därmed inte sagt att den behöver vara obegränsad. *För det andra* behöver det finnas begränsningar i hur mycket straffskalan får öka vid flerfaldig brottslighet, varigenom man kan undvika de konsekvenser som de övriga principerna (kumulation och absorption) leder till.

Vad gäller det första argumentet så förutsätter detta att lagstiftaren vid tilldelandet av straffskalor för de enskilda brotten har haft huvuddelen av de fall som ryms inom de olika straffbuden i åtanke. Eftersom man vid bedömningen av vad som är lämpliga straffskalor för enkel brottslighet (teoretiskt sett) inte har beaktat kombinationer av flerfaldig brottslighet, måste man acceptera att flerfaldig brottslighet kan vara allvarligare än som framgår av det maximum som är möjligt att utdöma för det svåraste brottet. I annat fall förlorar man möjligheten att säga att två fall av viss brottslighet, omgärdad av så försvårande omständigheter att straffmaximum bör användas, är mer straffvärt än ett fall. Som jag har påpekat är detta argument delvis underminerat av att straffskalorna inte konsekvent

[63] Att asperation kan beskrivas som en form av kombination av ren kumulation och absorption, varmed man uppnår en begränsad kumulation har påpekats ovan. Jareborg och Zila använder uttrycket *"kuperad" kumulation*. Se Jareborg & Zila 2000 s. 124. I dansk rätt benämns principen *modereret kumulation*, Se Waaben 1993 s. 98 och Toftegaard Nielsen 2002 s. 121. I norsk rätt talas om *asperasjonsprincippet* eller *straffskjerpelsesprincippet*, se Matningsdal 1985 s. 559.

[64] Behov av någon form av begränsad kumulation ansågs föreligga bl.a. på grund av det rent fysiskt omöjliga i att verkställa flera straff (t.ex. dödsstraff) mot den dömde parallellt, att vissa strafformer inte var kommensurabla eller möjliga att verkställa samtidigt m.m. Vissa av dessa situationer skulle med den av mig i kapitel 1 gjorda distinktionen mellan kollision och konkurrens hänföras till den förstnämnda. Beträffande de äldre motiveringarna till en modifierad variant av kumulation, se Humbla 1851 s. 55 ff., Carlén 1866 s. 78, Wetter 1932 s. 164 och Agge 1936. Se även Geerds 1961 s. 453.

[65] Detta hindrar emellertid inte att principen har varit utsatt för kritik, vilket kommit till uttryck i främst tysk doktrin. Se bl.a. Geerds 1961 s. 482 och Bohnert 1993 s. 846 f. Till detta återkommer vi i avsnitt 4.3.

har konstruerats utifrån ambitionen att straffskalan skall uttrycka brottets abstrakta straffvärde. Men från teoretisk utgångspunkt är det nödvändigt att beakta att straffskalan i vissa fall *kan* behöva utsträckas för att möjliggöra en rangordning av olika brottskombinationer. Annorlunda uttryckt: asperationsprincipen ger ett rimligt utrymme för upprätthållande av principen om relativ proportionalitet.

Det andra argumentet bygger huvudsakligen på humanitetsprincipen och intresset av att fixera straffsystemet på en måttlig och moraliskt anständig nivå. Det framstår nämligen som främmande för det svenska rättssystemet att, om så endast teoretiskt, möjliggöra en rent kumulativ straffmätning.[66]

Konkurrenslösningen på den abstrakta nivån bygger helt enkelt på att man pekar på det olämpliga i alternativen. Enkelt uttryckt: det "lämpliga" konstitueras av vad som bedöms vara "icke olämpligt". Våra allmänna värderingar och uppfattningar i samhället om vad som är rättvist eller förtjänt leder till ett behov av att dels kunna utsträcka bestraffningen utöver vad som kan följa på ett enkelt fall av brottslighet, dels sätta en bortre gräns för när en kumulation av straffen blir orimlig. Att straffsystemet måste fixeras och att absoluta straffnivåer måste fastställas enligt vissa principer har diskuterats ovan.[67]

Enligt mitt förmenande kan man – utan att underskatta det komplicerade sambandet mellan straffmätningspraxis och tilldelande av straffskalor för de enskilda brotten – nöja sig med denna förklaring såvitt avser bestämmandet av straffskala vid flerfaldig brottslighet.

En reservation skall göras för att det finns vissa normativa problem med att avgöra *hur stor jämkning* som skall göras vid bestämmandet av maximum för den gemensamma straffskalan. Ända från SL:s införande 1865 till 1989 års påföljdsreform gällde nämligen att straffskalan för flerfaldig brottslighet kunde utsträckas med 2 år utöver det svåraste brottet.[68] Oavsett hur stränga straffskalorna var, begränsade den statiska straffskalehöj-

[66] Jfr Wennberg 1986 s. 708.

[67] Se avsnitten 3.3.2, 3.4.2 och 4.2.1.

[68] Fram till 1938 års konkurrensreform gällde möjligheten till förhöjning endast reellt konkurrerande brott och utgångspunkten för en förhöjning med 2 år var *det högsta av de konkret utmätta straffen*. Dvs. man utgick från den konkreta straffmätningen för det svåraste brottet. Efter lagreformen 1938 ändrades bestämmelsen till att avse 2 år över *det i lagen utsatta högsta straffet*. Beträffande sammanträffande av bötesstraff medgav SL fram till 1938 års reform en obegränsad kumulation. De negativa konsekvenserna av en sådan kumulation (i form av bl.a. försämrad livssituation för den dömde och dennes familj) medförde att det ansågs vara nödvändigt att införa regler om gemensamt straff och bötesmaxima vid flerfaldig brottslighet. Se NJA II 1938 s. 511 ff. och Hellquist & Regner 1939 s. 12.

ningen med 2 år möjligheten till differentiering.[69] I sitt betänkande påtalade FSK att denna ordning kunde leda till orimliga konsekvenser.[70] Vid lindrig brottslighet – som t.ex. snatterier med ett straffmaximum på 6 månaders fängelse – kunde fem enkla brott bestraffas med fängelse i 2 år och 6 månader. Brottsligheten fick därigenom ett straffskalemaximum som översteg straffminimum för allvarliga brott som t.ex. våldtäkt (BrB 6:1). Vid mycket allvarlig brottslighet – som t.ex. grovt narkotikabrott med ett straffmaximum på fängelse i 10 år – kunde straffskalan inte överstiga fängelse i 12 år oavsett antalet brott.

FSK ansåg att en höjning av straffskalemaximum med 2 år medförde en orimlig ökning vid lindrig brottslighet (6 månader + 2 år) och en alltför kraftig rabatt vid allvarlig brottslighet (10 år + 2 år). Departementschefen anslöt sig till FSK:s uppfattning, varvid en differentierad skala infördes i BrB 26:2 med uttryckliga spärregler. Numera kan *straffmaximum* för det svåraste straffet överskridas med 1, 2 eller 4 år beroende på straffmaximum för det svåraste brottet.[71]

Huvudregeln om hur mycket straffskalan får utvidgas är emellertid försedd med en viktig kompletterande regel. Som ovan påpekats får straffmaximum för den samlade brottsligheten aldrig överskrida summan av maxima för de enskilda brotten. Dvs. om en addition av de enskilda brottens straffmaxima skulle innebära ett lindrigare resultat än vad de angivna spärreglerna medför, skall ren kumulation tillämpas.[72] Kumula-

[69] Intressant i sammanhanget är att i de tidiga förarbetena till 1864 års lag föreslogs att till förhöjningen vid reellt konkurrerande brott skulle knytas en särskild differentiering av fängelsestraff i ett gradsystem. Vid förening av straff skulle inte straffet få överskrida den fängelsegrad som var närmast över det svåraste brottet som gärningsmannens gjort sig skyldig till. Detta innebar således en möjlighet att differentiera straffskalemaximum för den sammanlagda brottsligheten. (Vid denna tid gällde emellertid inte bestämmelsen om gemensamt straff.) Se Förslag till Straffbalk 1844 s. 13 och Tablå 1841 s. 55 f. I det slutliga förslaget till SL, som antogs vid riksdagen 1862/1863, hade bestämmelsen dock ändrats till att avse en fixerad tid om 2 år som "straffarbete på viss tid" maximalt fick överskrida. Se Förslag till Straff-Lag 1862 s. 8. Av protokollet från statsrådens sammanträde framgår att det graderade strafflatitudsystem som föreslagits av Lagberedningen inte ansågs vara lämpligt med hänsyn till att det (i) i vissa grader medförde för stor lättnad vid reduktionen, (ii) var svårbegripligt, (iii) band lagstiftaren vid vissa tidsmått samt (iv) vid vissa bötesstraff kunde leda till en alltför sträng bestraffning och ojämnhet i bestraffningen. Varför man stannade vid en tvåårsgräns motiverades aldrig, se Förslag till Straff-Lag 1862 s. 106 ff.

[70] Se SOU 1986:14 s. 85 f.

[71] Prop. 1987/88:120 s. 65 f.

[72] Det kan diskuteras vilken regel som skall betraktas som huvudregel och vilken regel som skall utgöra undantag eller precisering. Helt klart är att om summan av de enskilda brottens respektive straffskalor understiger den straffskala som konstrueras enligt den stegvisa ökning som får ske enligt BrB 26:2, så skall kumulationsprincipen ges företräde.

tionsprincipen kan således leda till ett lindrigare totalresultat jämfört med asperationsprincipen. Man kan således inte dra några slutsatser utifrån vilken lösningsprincip som väljs.[73]

Straffminimum för den samlade brottsligheten bestäms av det högsta av de straffminima som är stadgade för de olika brotten. Det finns härigenom i vart fall en teoretisk möjlighet att *straffmätningen* för den flerfaldiga brottsligheten stannar på straffminimum för det svåraste brottet.[74] Denna ordning skiljer sig en aning från den tyska regleringen beträffande reellt konkurrerande brott. I tysk rätt måste nämligen även straffminimum för det svåraste brottet höjas med vissa i lagen angivna enheter, vilka beror på straffskalan för det svåraste brottet.[75]

En tentativ slutsats är således att, utifrån proportionalitetsprincipens krav på att straffmätningen skall återspegla varje brotts straffvärde på något sätt, borde inte den totala straffmätningen kunna stanna vid straffminimum för det svåraste brottet (såvida inte särskilda skäl föreligger). Såtillvida tycks den tyska varianten av asperationsprincipen bättre överensstämma med proportionalitetsprincipen och kravet på att varje brott måste komma till uttryck vid straffmätningen. Det skall noteras att detta är ett principiellt argument. Jag har därmed inte sagt något om i vilken utsträckning som straffmätningen måste återspegla att det är fråga om flerfaldig brottslighet eller om de enheter som straffminima förlängs med

---

I lagtexten anges emellertid regeln om en försiktig ökning enligt vissa intervall före regeln om addition av de enskilda straffskalorna, vilket skulle tala för att den förstnämnda utgör huvudregel och den sistnämnda utgör ett undantag. Vidare är det asperationsprincipen som är styrande på den konkreta straffmätningsnivån. Av störst praktisk betydelse torde otvivelaktigt bestämmelsen om ökning av straffskalan enligt asperationsprincipen vara. Till detta återkommer vi nedan i avsnitt 4.3. Till sist är det värt att påpeka att frågan om huvudregel respektive undantagsregel inte utgör något egentligt problem. I likhet med Frände tror jag att man gör klokast i att se de olika reglerna som preciseringar av en och samma huvudregel, som anger att vid flerfaldig brottslighet får straffmaximum för det svåraste brottet överskridas, se Frände 2004 s. 378. Frågan om vilken princip som skall tillämpas vid straffmätningen av den flerfaldiga brottsligheten behöver inte påverkas av förekomsten av en enskild sådan precisering som stadgar att kumulationsprincipen ibland ges företräde framför asperationsprincipen.

[73] Detsamma gäller när kumulationsprincipen används för att lösa konkurrensproblem på planet för brottslighetskonkurrens. Att någon döms i brottskonkurrens behöver inte medföra en strängare bestraffning än om han döms i lagkonkurrens. Se avsnitt 1.2.2.4.

[74] Det kan parentetiskt nämnas att FSK inte diskuterade några alternativ till den svenska modellen utan endast uttalade att "någon annan ordning är inte tänkbar", se SOU 1986:14 s. 85.

[75] Intervallen framgår av StGB § 39. Vid fängelsestraff uppgående till 1 år måste straffminimum höjas med 1 vecka. För fängelsestraff däröver måste straffminimum höjas med 1 månad, se Roxin 2003 s. 839 och Schäfer 1990 s. 190 f. Jag återkommer till detta i avsnitt 5.2.

i tysk rätt är väl avvägda. Likaså är den reella betydelsen av sådana bestämmelser främst optisk till sin natur. Dylika funktioner skall emellertid inte underskattas om man vill framhäva bestraffningens kommunikativa funktion. Vad straffsystemet uttrycker på den abstrakta nivån kan få stor betydelse på den konkreta nivån.

Vid sidan av de nu berörda generella bestämmelserna finns ytterligare en bestämmelse som kan påverka straffskalan vid flerfaldig brottslighet. I BrB 26:3 stadgas att i vissa situationer kan straffskalan – utöver vad som redan angivits – utsträckas med ytterligare 4 år, nämligen då det är fråga om återfall i grov brottslighet.[76] Bestämmelsen är tillämplig på såväl enkel brottslighet som flerfaldig brottslighet. Vad som krävs är att gärningsmannen dels döms för ett brott, vars straffmaximum överstiger fängelse i 6 år, dels att han tidigare har dömts till fängelse i lägst 2 år. Det är följaktligen fråga om en rent straffskärpande bestämmelse som bygger på att gärningsmannen tidigare är dömd för viss brottslighet. Det skall noga observeras att det endast är *återfallet* som motiverar denna utsträckning av straffskalan. Eftersom lagstiftaren genom att fastställa straffskalor för de enskilda brotten har angivit hur straffvärd respektive brottstyp är (det abstrakta straffvärdet) kan man således inte använda straffvärdeomständigheter i den utsträckta delen av straffskalan. Brottstypen kan ju rimligen inte bli mer *straffvärd* på grund av att gärningsmannen tidigare har begått brott. Enligt min mening kan den nu diskuterade överskjutande delen på straffskalan endast användas för att beakta återfallet med stöd av andra straffmätningsbestämmelser, dvs. BrB 29:4.[77] Behovet av att skärpa straffet med 4 år utöver det befintliga straffmaximumet kan rimligtvis inte vara särskilt stort. Därmed inte sagt att sådana straffskärpningar inte förekommer i praxis.

BrB 26:3 är tillämplig även i konkurrenssituationer. Då straffskalan skall konstrueras för flerfaldig brottslighet enligt BrB 26:2 – och något av brotten utgör sådant återfall som anges i BrB 26:3 – kan således straffskalan förlängas med ytterligare 4 år, vilket vid de allvarligaste brotten kan föranleda en total förlängning med 8 år. Betydelsen av återfall och BrB 26:3 kommer att diskuteras i avsnitt 6.4.

[76] BrB 26:3 infördes 1981 som en följd av att interneringspåföljden avskaffades, och var ursprungligen avsedd att endast tillämpas i fall där sådan påföljd tidigare kunnat aktualiseras och där den minsta tiden för interneringen var mycket lång. Detta förekom endast vid viss allvarlig våldsbrottslighet. Se närmare Prop. 1980/81:76 s. 57 ff.

[77] Detta stöds även av det faktum att departementschefen i Prop. 1987/88:120 s. 58 angav att en av de situationer då det kan bli aktuellt att låta tidigare brottslighet påverka straffmätningen var just i situationer där det är möjligt att förhöja maximistraffet med stöd av BrB 26:3.

När det gäller bötesbrottslighet är situationen snarlik den som allmänt sett gäller för brottslighet på fängelsenivå. Enligt BrB 25:5 får böter användas som gemensamt straff för flera brott om böter kan följa på vart och ett av brotten.[78] Om böter skall användas som gemensamt straff, utdöms dessa i dagsböter (BrB 25:6). Det existerar ett antal undantag från att använda böter som gemensamt straff. Till dessa återkommer vi i avsnitt 4.4.3.

Om böter används som gemensamt straff får det i BrB 25:2 angivna högsta antalet dagsböter vid enkel bötesbrottslighet utsträckas från 150 till 200 dagsböter (BrB 25:6). Det är således fråga om en försiktig ökning av straffmaximum som kan komma i fråga i konkurrenssituationer. Annorlunda uttryckt: asperationsprincipen gäller som lösningsprincip även vid konkurrerande bötesstraff.

I äldre rätt fanns emellertid inte några begränsningar för hur bötesstraff vid flerfaldig brottslighet skulle beräknas. Som Hagströmer konstaterar var det "lagens mening ... att böter genom sammanläggning kunna uppgå till huru högt belopp som helst".[79] Detta innebar således en form av obegränsad kumulation. Denna ordning ansågs medföra helt orimliga resultat. Den obegränsade kumulationen innebar att bötesstraffen kunde adderas till mycket höga belopp, vilket ansågs strida mot bötesstraffets karaktär av att vara ett lindrigt straff. Om bötesstraffen dessutom användes på personer som var mindre välsituerade, riskerade bötesstraffet att drabba denna grupp särskilt hårt (genom att helt undergräva den dömdes ekonomi, vilket drabbade denne närstående och beroende personer). Vid dessa förhållanden riskerade bötesstraff i slutänden att bli verkningslöst eftersom betalningsförmåga ofta saknades. Som en direkt följd härav uppstod problem då bötesstraffen skulle omvandlas till fängelsestraff, varvid strafftiden kunde blir mycket lång.

I samband med 1938 års reform rörande konkurrensfrågor ansåg de sakkunniga att det var nödvändigt att införa ett maximum för bötesstraff

[78] Med lokutionen "om böter kan följa på vart och ett av brotten" skall förstås att böter i det konkreta fallet kan utdömas oavsett av vad som är föreskrivet i straffskalan. Om någon särskild strafflindringsregel är tillämplig som möjliggör för domstolen att i det enskilda fallet underskrida föreskrivet straffminimum, får böter användas som gemensamt straff. Det finns i BrB ett relativt stort antal bestämmelser som möjliggör för domstolen att döma till lindrigare straff än vad som är föreskrivet. Se bl.a. BrB 23:5 (medverkan), BrB 29:3 st. 2 (förmildrande omständigheter vid straffvärdebedömningen), BrB 29:5 (billighetsskäl vid straffmätningen) och BrB 29:7 ("ungdomsrabatt" vid straffmätningen på grund av låg ålder).

[79] Hagströmer 1901–1905 s. 440. Se även Carlén 1866 s. 79.

som utdömdes gemensamt för flerfaldig brottslighet.[80] Departementschefen anslöt sig till förslaget, och den övre gränsen för böter såsom gemensamt straff bestämdes till 180 dagsböter.[81]

I samband med revideringen av bötesstraffet, varvid således asperation infördes som lösningsprincip i konkurrenssituationer, uppmärksammades problematiken med att den dömde kan tänkas ha begått olika brott, vilka är belagda med straff uttryckta i olika strafformer. Problematiken kvarstår delvis idag genom att den flerfaldiga brottsligheten kan vara sådan att den omfattar dels brottslighet på bötesnivå, dels brottslighet som ligger på fängelsenivå. Eftersom det inte finns någon överlappning mellan straffskalorna för böter och fängelse, måste en gemensam straffskala konstrueras. Detta löses genom att bötesbrott uppgår i brottslighet på fängelsenivå enligt ett särskilt omvandlingsförhållande. I BrB 26:2 framgår att bötesstraff motsvarar 14 dagars fängelse.

Asperationsprincipen används följaktligen vid konstruktionen av gemensam straffskala vid flerfaldig brottslighet på såväl bötes- som fängelsenivå. Gränserna för hur mycket som det totala straffet vid flerfaldig brottslighet tillåts öka är naturligtvis inte uppställda med någon precision. Såsom har framhållits i flera förarbeten är det inte möjligt att på ett teoretiskt hållbart sätt ange gränserna för hur mycket det svåraste straffet skall få överstigas.[82] Detta är inte konstigare än vad som har sagts om absolut proportionalitet och fastställande av straffskala för ett enskilt brott. Det finns inget absolut mått på vad gärningsmannen (teoretiskt sett) kan förtjäna som mest i form av maximalt straff. Istället måste man utifrån straffmätningstraditioner fastställa vad som är en lämplig repressionsnivå, och därmed bedöma hur mycket lidande flerfaldig brottslighet i olika kombinationsformer skall kunna resultera i. Att sätta de bortre gränserna för flerfaldig brottslighet är således en fråga om de olika värderingar som genomsyrar ett samhälle och i synnerhet dess straffsystem.

Det viktiga är att någon form av differentiering kan göras samt att denna – i den mån det är möjligt – återspeglar det proportionella förhållandet mellan olika brott. Vid allvarlig brottslighet tillämpas ett absolut straffmaximum (bortsett från fängelse på livstid). Ökningen tillåts dock

[80] Se närmare SOU 1937:24 s. 57 f. och 63 f. Förslag om att införa straffmaximum om 200 dagsböter vid utdömandet av bötesbrottslighet hade förslagits redan av Thyrén i dennes utkast till en allmän revidering av bötesstraffet (vilket inkluderade införandet av dagsbot), se Thyrén 1916 s. 6. SLK anslöt sig till förslaget om straffmaximum. Det högsta antalet dagsböter sänktes dock till 90 på grund av att man jämfört med Thyrén hade uppställt andra principer för förvandling av bötesstraff. Se SOU 1923:9 s. 287. Förslagen ledde aldrig till lagstiftning.

[81] Se NJA 1938 II s. 522.

[82] Se NJA II 1938 s. 492 f., SOU 1953:17 s. 137 och SOU 1986:14 s. 85.

vara större jämfört med om det varit fråga om lindrigare brottslighet. Ändringarna i samband med 1989 års påföljdsreform möjliggjorde en sådan proportionell ökning. I syfte att göra regleringen någorlunda lätthanterlig och enkel bör beräkningen av det nya straffskalemaximumet inte göras alltför komplicerad. Kravet på enkelhet medför därför att systemet blir litet kantigt. Som nämnts tidigare är det endast vid ett fåtal brott som den övre delen av straffskalan för den samlade brottsligheten överhuvudtaget utnyttjas. Det praktiska behovet för en i detalj differentierad beräkning av straffskalan för den samlade brottsligheten är således litet.

Vad som nu avslutningsvis har sagts om att straffskaleregleringen präglas av kantighet, men att den i övrigt är teoretiskt hållbar, skall inte uppfattas som att principlösningarna är oväsentliga. Det konstaterade behovet av differentiering får avgörande betydelse om man beaktar att konstruktionen av straffskalor får principiella återverkningar på det konkreta planet, dvs. när straffmätning för den samlade brottsligheten skall göras. Här blir konkurrensproblematiken högst påtaglig och fordrar att man kan förklara hur straffmätningen för flerfaldig brottslighet skall göras inom den gemensamma straffskalan.

Till sist: vad som nu sagts om konstruktionen av straffskala för flerfaldig brottslighet tar sin utgångspunkt i de tillämpningssituationer som detta kapitel behandlar, nämligen påföljdsbestämning då en person *samtidigt* döms för flera brott. Det skall inte förnekas att dessa tillämpningssituationer kan se mycket olika ut beroende på dels antalet brott som samtidigt är föremål för domstolens prövning, dels de enskilda brottens straffvärde. Att principen om relativ proportionalitet och humanitetsprincipen fungerar som en förklaringsmodell till varför man måste begränsa straffskalorna vid bedömningen av flerfaldig brottslighet vid *samma* tillfälle, behöver inte implicera att detsamma skall gälla då flerfaldig brottslighet bedöms vid *olika* tillfällen. Saken har delvis att göra med hur man uppfattar straffets kommunikativa funktion. Till detta återkommer jag i avdelning III.

4.3 Straffmätning vid flerfaldig brottslighet

4.3.1 Inledning

Att vi har bortre gränser för flerfaldig brottslighet löser inte frågan om hur straffmätningen inom den tillämpliga straffskalan skall göras. Precis som tidigare är det naturligtvis möjligt att tillämpa gällande straffmätningsbestämmelser på vart och ett av fallen utan att hänsyn tas till att de bedöms i ett sammanhang. Med en sådan modell skulle varje brott åsättas

ett straff(mätnings)värde som uttrycker graden av förkastlighet i gärningen samt det mått av klander som den brottslige förtjänar, varefter dessa värden adderas. Den intressanta frågan är emellertid om detta är lämpligt. Om det inte är lämpligt, måste vi söka en förklaring till varför straffmätning av enkel och av flerfaldig brottslighet skall skilja sig åt.

På samma sätt som i de tidigare behandlade konkurrenssituationerna består de möjliga lösningarna i kumulation, absorption och asperation. Som angivits utgör vald princip för konstruktionen av straffskala för den samlade brottsligheten en indikation på hur straffmätningen skall göras. Men det finns inget krav på att samma princip måste tillämpas på båda dessa nivåer.[83] I vart fall behöver inte valet av lösningsprincip göra sig gällande i samma utsträckning.

Utgångspunkten för all straffmätning är att brottsligheten åsätts ett "värde", vilket uttrycker ett mått på något.[84] Detta behöver inte utgöra ett proportionellt mått på klander i förhållande till brottets svårhet, utan kan bestämmas utifrån faktorer som är relevanta i ett individual- eller allmänpreventivt perspektiv.

Vid en första anblick förefaller det måhända logiskt att påstå att om en domstol – explicit eller implicit[85] – har kommit fram till att ett visst brott

[83] Som diskuterats ovan är i dansk rätt absorptionsprincipen huvudregel vid konstruktionen av straffskalan för den samlade brottsligheten. Däremot gäller vid straffmätningen att rätten skall företa en självständig värdering av den samlade brottslighetens straffvärde. Detta innebär således att man som huvudregel tillämpar absorptionsprincipen på den abstrakta nivån vid konstruktion av straffskala och asperationsprincipen (moderat kumulation) vid straffmätning av flerfaldig brottslighet. Att man i dansk rätt kan använda absorptionsprincipen vid konstruktionen av straffskalan för den flerfaldiga brottsligheten kan till stor del förklaras med de vida straffskalor som finns i dansk rätt.

[84] I det följande kommer jag att använda termen *straffvärde* för att beskriva det i svensk rätt relevanta "värdet". Jag kommer härvid inte att göra skillnad mellan brottets eller brottskombinationens straffvärde och dess *straffmätningsvärde*. Med det sistnämnda uttrycket avses brottets straffvärde efter att hänsyn har tagits till andra straffmätningsrelevanta omständigheter än de som är av betydelse för straffvärdebedömningen. Exempel på dylika omständigheter är billighetsskäl (BrB 29:5), ungdomsrabatt (BrB 29:7) och återfallskärpning (BrB 29:4). Angående termen straffmätningsvärde, se bl.a. SOU 1995:91 s. 123.

[85] Med uttrycken "explicit" och "implicit" avses skillnaden mellan om domstolen är skyldig att utföra en straffmätning för respektive brott för att därefter väga samman dem i ett kollektivt straff eller om domstolen kan göra straffmätningen av den samlade brottsligheten direkt, där det svåraste brottet fungerar som vägledande, varefter den övriga brottsligheten är försvårande omständigheter (principen om gemensamt straff). Som jag har hävdat i avsnitt 3.5.2 är det i många avseenden missvisande att hävda att domstolar genom användande av principen om gemensamt straff inte behöver ta ställning till de olika brottens respektive straffvärde. Utan att ha åtminstone ett preliminärt straffvärde är det omöjligt att ange i vilken utsträckning som brottsligheten skall verka försvårande vid den gemensamma straffmätningen.

har ett visst värde, så borde inte detta påverkas av att fler brott bedöms samtidigt. Det uppskattade måttet på respektive brott skulle sålunda adderas till en gemensam summa (kumulationsprincipen). Denna utgångspunkt är möjlig även om man utgår från principen om straffvärdeproportionalitet. Tanken är då att det straffvärde, som domstolen har bedömt att ett visst brott har, skall ges fullt genomslag vid straffmätningen. Mot bakgrund av att viss brottslighet har konsumerats på planet för brottslighetskonkurrens och att straffskalan för den samlade brottsligheten är begränsad har tillräcklig hänsyn tagits till humanitetsprincipen och proportionalitetsprincipen. När därefter straffmätning skall göras, finns det inte anledning att begränsa kumulationen.

I äldre framställningar finner man denna uppfattning representerad. Humbla angav att kumulationsprincipen måste anses vara den riktiga utgångspunkten och att:

> "ehuru sträng den är, måste det dock medgifvas, att hvarje afvikelse derifrån, som leder till lindrigare resultat, strider både mot rättvisans och criminalpolitikens grundsatser. Det kan nemligen icke rättsenligt försvaras att det lagliga straffet för ett brott minskas eller alldeles efterskänkes derför att brottslingen begått äfven ett annat brott; och statens eller dess medborgares trygghet äfventyras, om den, som begått ett visst brott vet sig kunna föröfva flera andra, utan att derför behöfva frukta något annat straff."[86]

Trots vad som nu sagts om det "logiska" i att använda kumulationsprincipen vid straffmätningen, är det ett faktum att domstolar inte tillämpar denna princip när ett straff utmäts för flera brott. Att asperationsprincipen numera ges avgörande betydelse även på straffmätningsnivån torde inte kunna sättas i fråga, även om det inte direkt framgår av lagtexten att så skall ske.[87] Sedan länge har man i svensk rätt i samband med straffmätningen av flerfaldig brottslighet begagnat sig av en form av "mängdrabattänkande", vilket innebär att totalsumman av de olika brottens straffvärde jämkas.[88] Detta är också fallet i de flesta västeuropeiska rättssystem.[89]

[86] Humbla 1851 s. 55.

[87] Av BrB 29:1 framgår dock att straff skall utmätas för den samlade brottsligheten inom ramen för den tillämpliga straffskalan.

[88] Strafflindringseffekten vid straffmätningen av flerfaldig brottslighet (mängdrabatt) har varit allmänt uppmärksammad i doktrin och förarbeten. Se bl.a. SOU 1937:24 s. 56 ff., SOU 1986:14 s. 124, Prop. 1987/88:120 s. 65, KBrB III s. 29:14 ff., Löfmarck 1974 s. 25, Jareborg 1999 och Jareborg & Zila 2000 s. 119.

[89] Se bl.a. Matningsdal & Bratholm 2003 s. 556 f., Røstad 1993 s. 298, Ashworth 2000 s. 229, Jescheck & Weigend 1996 s. 727, Havansi & Koskinen 2002 s. 97, Greve 2002 s. 484 och Waaben 1993 s. 98 f.

Termen "mängdrabatt" kan av många skäl förefalla tvivelaktig. Om rabatter talar man främst i ekonomiska sammanhang för att beskriva ett avdrag från det ordinarie priset. I vissa sammanhang anges att gärningsmannen kan begå brott "gratis", "billigt" eller att straff "kostar" mindre. Liknelsen mellan straff och priser är inte lyckad. Den bygger på en utgångspunkt att det "ordinarie" straffet är synonymt med de enskilt utmätta straffen adderade. Men enligt praxis sker straffmätningen vid flerfaldig brottslighet bevisligen inte utifrån kumulationsprincipen. Problemet med ett språkbruk som använder termen "rabatt" är att det implicerar att man har avvikit från det ordinära, vilket förutsätter att kumulation är det riktiga eller naturliga.

Termen "mängdrabatt" används emellertid sedan länge i Sverige.[90] När jag i det följande talar om (principen om) mängdrabatt så avses asperationsprincipen på straffmätningsnivån.

Att motivera varför inte straffmätning vid flerfaldig brottslighet är lika med en addition av de enskilda straffvärdena är tveklöst ett av de mest komplicerade konkurrensproblemen. Vad en domstol inför den slutliga straffmätningen har tagit för givet som ett någorlunda fixerat mått på hur förkastligt ett brott är, sätts genom användandet av asperationsprincipen i gungning. Den samlade straffmätningen blir mer eller mindre relativ beroende på hur den samlade brottsligheten ser ut. Detta är problematiskt inte minst eftersom det ursprungliga straffvärdet hos respektive brott i vissa fall har använts som jämförelseobjekt för att avgöra om urvalsprincipen skall tillämpas på planet för brottslighetskonkurrens.

Ett ytterligare skäl till att mängdrabatter – såväl i Sverige som utomlands – framstår som komplicerade är den omständigheten att återfall ofta leder till ett strängare straff. Det finns sålunda ett inneboende spänningsförhållande i regleringen. *Upprepad brottslighet utan mellankommande dom* leder till mildare bestraffning medan *ny brottslighet efter en tidigare dom* kan resultera i en strängare reaktion.

Mot bakgrund av vad som nu har sagts är det förvånande hur litet uppmärksamhet denna konkurrensproblematik har rönt i lagstiftningssammanhang, doktrinen och praxis.[91] Avsaknaden av diskussion har resul-

[90] Se bl.a. SOU 1937:24 s. 61. Den förekommer även i utländsk doktrin och litteratur. I Norge används såväl termerna "kvantumsrabatt" och "mengderabatt", se Matningsdal 1985 s. 559, Matningsdal & Bratholm 2003 s. 557, Mæland 2004 s. 183 och Andenæs 1998 s. 314. I tysk rätt förekommer termerna "Strafrabatt", se Streng 2002 s. 271, "Mengenrabatt", se Bohnert 1993 s. 856, och "Rabattrechnung", se Bruns 1974 s. 475 och Geerds 1961 s. 377.

[91] Det är värt att notera Victors och Aspelins särskilda yttrande i SOU 1986:14 i vilket de framhåller att de bestämmelser om straffmätning och påföljdsval som FSK föreslog främst tog sikte på bedömningen av enstaka brottlighet trots att det i domstolar vanligtvis är fråga om att ta ställning till situationer med flerfaldig brottslighet. Detta förhållande

terat i en situation där det tas för givet att mängdrabatt skall ges samtidigt som det i väsentliga delar är oförklarat varför så bör ske. Situationen kan inte anses vara tillfredsställande.

För att problematisera frågeställningen avser jag att inledningsvis i korthet undersöka den historiska bakgrunden till att straffreduktion skall följa vid bedömningen av flerfaldig brottslighet för att därefter inventera de olika sätt som fenomenet med mängdrabatter har förklarats på i Sverige och utomlands.

4.3.2 Historisk bakgrund

I vart fall två huvudlinjer tycks kunna spåras i den äldre doktrinen när det gäller att förklara varför inte kumulationsprincipen skall användas vid straffmätningen. Den första förklaringen till straffreduktion vid flerfaldig brottslighet är nära förbunden med argumentet om att det måste finnas en bortre gräns för hur sträng straffmätningen kunde tillåtas bli. Argumentet går ut på att på att bestraffningen och lidandet ökar progressivt i intensitet i takt med tiden.

Intensitetsargumentet kan endast ha relevans vid olika former av frihetsberövande straff. Med detta synsätt innebär bestraffningen ett större lidande för gärningsmannen i slutet av verkställigheten jämfört med i början. Om flera straff sammanläggs och verkställs i ett sammanhang kommer den gemensamma strafftiden att bli längre, varvid gärningsmannens lidande blir större jämfört med om han hade frigivits mellan de olika straffen.[92]

Man möter i svensk rätt tidigt en skepticism mot denna uppfattning, och frågan är vilken roll den egentligen har spelat som förklaring till mängdrabattsfenomenet.[93] Straffets ökade intensitet är emellertid fortfarande den officiella tyska förklaringen som anges i motiven till StGB till varför mängdrabatt skall ges vid utdömandet av ett kollektivt straff.[94] Inom doktrinen är flera författare starkt kritiska mot denna motivering. Geerds anför att:

> "[Die] These, das Kumulieren von Strafen vermehre das Strafleiden progressiv, ist bisher nicht bewiesen und auch nicht beweisbar. Ob eine Ver-

föranledde Victor och Aspelin att understryka det angelägna i att i framtiden åstadkomma en klarare reglering rörande de sistnämnda fallen. En dylik utredning har emellertid aldrig kommit till stånd. Se SOU 1986:14 s. 517 f.

[92] Se bl.a. Humbla 1851 s. 56, Wetter 1932 s. 164 och SOU 1923:9 s. 358. Se även Walker 1991 s. 100.

[93] Hagströmer 1901–1905 s. 733 not 1.

[94] Se Bohnert 1993 s. 847 och Bringewat 1987 s. 142.

schärfung eintritt, hängt von der Lage des Einzelfalles ab. Ein routinierter Häftling oder Zuchthäusler wird die kumulierten Strafen mit demselben stoischen Gleichmut ertragen wie die gemilderte Gesamtstrafe."[95]

Liknande argument om att intagna upparbetar en s.k. anstaltstillvänjning, och att känsligheten för lidande i vart fall är individuell, har framförts av flera andra författare.[96] Jareborg påpekar vidare att särskild känslighet för att verkställa långa straff kan utgöra ett billighetsskäl, vilket i enskilda fall kan motivera strafflindring (BrB 29:5 st. 1 p. 6).[97]

Även om man skulle acceptera att vissa personer kan uppleva det som mer påfrestande och därmed som ett större lidande att behöva verkställa ett längre straff än flera korta, så är detta något individuellt. Vidare torde det endast få relevans när den sammanlagda strafftiden är någorlunda långvarig. Vid korta fängelsestraff torde inte någon skillnad i intensitet hinna uppkomma. Samtidigt är det klart att rabatter ges i praxis även vid kortare fängelsestraff, varför intensitetsargumentet har ett begränsat förklaringsvärde även om man skulle acceptera det.

Sammantaget kan intensitetsargumentet inte ge någon generell förklaring till fenomenet mängdrabatter. I svensk rätt kan det numera betraktas som ohållbart och utan betydelse. Det förekommer inte heller hänvisningar till detta argument i lagstiftningssammanhang, doktrin eller praxis.

Den andra förklaringen till straffreduktion vid flerfaldig brottslig som ges i äldre framställningar bygger på att flerfaldig brottslighet i vissa fall innebär en minskad skuld eller straffvärdighet. Det skall härvid erinras om att konkurrensläran tidigare vilade på distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens. Det var endast i samband med brott som konkurrerade ideellt eller utgjorde fortsatt brott som det ansågs vara motiverat med någon form av reduktion i samband med straffmätningen. Jag har redan berört det ohållbara i att från straffvärdesynpunkt upprätthålla denna distinktion. Likafullt kan det vara av intresse att se på vilket sätt som mängdrabatt motiverades, i syfte att utröna skälen för varför man har ansett att vissa fall av flerfaldig brottslighet skall bedömas lindrigare.

Enligt Hagströmer var anledningen till en mildare bestraffning vid *ideell konkurrens* att:

[95] Geerds 1961 s. 455.

[96] Se SOU 1937:24 s. 60, där det påpekas att eftersom fängelsestraffet endast är inriktat på ett frihetsberövande (och inte längre innehåller ytterligare former av påförande av lidande etc.) innebär en längre vistelse endast ett starkare tillvänjande, vilket talar för att lidandet skulle vara mindre mot slutet av tiden jämfört med början av anstaltsvistelsen. Se även bl.a. Bohnert 1993 s. 848 f. och Streng 2002 s. 271 f.

[97] Jareborg 1999 s. 273.

"då brotten äro sålunda förbundna med hvarandra, de icke framträda skilda och därför icke hvart för sig med samma tydlighet som eljest för medvetandet, i följd hvarav de afhållande motiv, som ligga i tanken på hvad brotten innebära, göra sig mindre kraftigt gällande."[98]

Det är svårt att med någon säkerhet översätta detta argument till moderna straffbestämningsprinciper, men klart torde dock vara att det går att uppfatta Hagströmer som att en presumtion för minskad skuld förelåg om gärningsmannen genom samma handling hade begått flera brott. Under förutsättning att man upprätthåller skuldprincipen kan det inte vara uppsåtsbrist som Hagströmer refererar till (dvs. att utförandet av brott X leder till att gärningsmannen inte är medveten om att han samtidigt begår brott Y). Tanken måste istället vara att om brotten var begångna genom samma handling eller utgjorde en successiv fortsättning av ett annat brott, så var brottsligheten sammanvuxen på ett sådant sätt att den "brottsliga medvetenheten", "samhällsfarligheten" eller "motståndskraften mot brottsliga impulser" var mindre.[99] Det nära sambandet mellan brotten ansågs medföra att brottsligheten framträdde mindre tydligt i gärningsmannens medvetande, vilket gjorde denne mindre straffvärd.

Resonemanget är problematiskt. Det bygger på att man kan mäta sådant som "brottslig vilja" och "samhällsfarlighet". Oavsett vad dessa begrepp ger uttryck för, så förutsätter argumentet att sådan vilja eller farlighet påverkas av sambandet mellan brottsligheten. Vid ideellt konkurrerande brott består sambandet endast av att brotten är begångna genom samma handling. Jag tror att båda dessa antaganden är felaktiga.

"Samhällsfarlighet" och "brottslig vilja" är abstrakta begrepp, vilka förmodligen anspelar dels på gärningsmannens attityd mot samhället (i form av trots eller olydnad), dels på gärningsmannens karaktär och disposition, dels på dennes allmänna återfallsbenägenhet.[100] Att tillmäta liknande faktorer betydelse vid bestraffning av flera brott är förenat med samma problem som att förklara varför återfall efter tidigare dom skall anses utgöra en försvårande omständighet. Det bygger på att gärningsmannens karaktärsdrag är av betydelse för påföljdsbestämningen, utan att detta har kommit till direkt uttryck i gärningen. Den nära kopplingen till olika preventiva straffteorier torde vara uppenbar.

[98] Hagströmer 1901–1905 s. 702.

[99] Hagströmer 1901–1905 s. 725, SOU 1937:24 s. 54 f., SOU 1923:9 s. 359 f. och Wetter 1932 s. 164. Liknande argument förekommer i tysk doktrin såsom exempel på äldre motiveringar till varför det sammanlagda straffet inte skall konstrueras utifrån en addition av de enskilda straffen. Se bl.a. Geerds 1961 s. 339 och där gjorda hänvisningar.

[100] Angående begreppen individualvilja, samhällsvilja, samhällsfarlighet och samhällsfarlig vilja, se Thyrén 1907 s. 1–44.

Vidare torde det vara omöjligt att mäta och gradera denna farlighet enbart utifrån den brottslighet som domstolen har att avgöra i det enskilda fallet. Det gäller särskilt om den enda indikatorn på måttet av "brottslig vilja" eller "samhällsfarlighet" är huruvida brotten har begåtts genom samma handling eller i övrigt knyts samman i något hänseende.

Det förfaller också vara främmande att hävda att skulden förminskas av det faktum att gärningsmannen begår fler brott och att skuldkvoten till slut kan nå en punkt där den inte längre påverkas. Argumentet om att brottsflerhet innebär minskad skuld har framförts även i modern tysk doktrin, men avvisats såsom bl.a. empiriskt felaktig och förenad med svåra processuella problem.[101]

Om man däremot med "minskad skuld" avser att markera att skulden är mindre än summan av skulden för respektive brott, kan argumentet emellertid vara av visst intresse. Vad det i så fall är fråga om är en strävan att undvika att gärningsmannen bestraffas flera gånger för vad som egentligen utgör samma brottsliga verksamhet. Skälen för lindrande behandling beträffande *fortsatt brott* byggde, som ovan diskuterats, på en medvetenhet om att vissa moment, som ingick i ett brott, i sig konstituerade ett annat brott. Motiveringen till en lindrigare bedömning vilade således på en strävan att undvika vad som skulle uppfattas som en orättfärdig dubbelbestraffning. Om samma eller snarlika skyddsintressen hade kränkts genom olika brott och något av dem inte kunde anses innebära någon (beaktansvärd) ytterligare skada, borde det inte leda till att gärningsmannen erhöll full bestraffning härför.

Många av de konkurrenssituationer som utgjorde fortsatt brott (och även vissa fall av idealkonkurrens) torde idag vara att hänföra till konkurrensproblem som löses på planet för brottslighetskonkurrens. Om gärningsmannen anses ha begått flera brott mellan vilka det finns ett samband, kan detta utgöra ett skäl att betrakta viss del av brottsligheten som *medbestraffad* (eller såsom ingående i samma brottsenhet). Ett skäl att döma i s.k. lagkonkurrens är att vissa brott inte kommer att få någon (avgörande) betydelse vid påföljdsbestämningen och således kan konsumeras. Samtidigt anses gärningsmannen ha begått de konsumerade brotten, varför de kan påverka straffmätningen inom straffskalan för den brottslighet som han faktiskt döms för. En sådan lösning innebär noga taget att domstolen tillämpar absorptionsprincipen endast vid konstruktionen av tillämplig straffskala. Genom att domstolen, vid straffmätningen, ändock kan beakta den brottslighet som gärningsmannen inte döms för, kan lösningen på straffmätningsnivån betraktas som en form av

[101] Se närmare Bohnert 1993 s. 851 ff. Se även Geerds 1961 s. 456. Argumentet om minskad skuld diskuteras nedan under avsnitt 4.3.5.2.

asperation. Den viktiga insikten härav är dock att det i dessa fall finns ett intresse av att beakta sambandet och att straffmätningen på ett eller annat sätt påverkas av detta.

Vad som nu har sagts ger emellertid endast en begränsad förklaring till mängdrabatter. Det var ingalunda enbart det faktum att det fanns ett visst samband mellan brotten som motiverade en strafflindring. Samma argument om en lägre grad av "samhällsfarlighet" eller "brottslig vilja", vilket motiverade lindrigare bestraffning vid ideellt konkurrerande brott, ansågs gälla för fortsatt brott.[102]

Sammanfattningsvis återfinns i äldre doktrin tre olika grundtankar som motiv för en princip om strafflindring eller rabatt vid straffmätningen.

För det första har lagstiftaren ända sedan SL:s införande uppställt en övre gräns för hur långt kumulation får sträcka sig. Detta gällde såväl ideellt som reellt konkurrerande brott. Motivet härför var att man sökte undanröja de mest stötande konsekvenserna av kumulationsprincipen. Detta kan ses som en gradvis framväxande reaktion på den tidigare rättens uppfattning om det naturliga i att utmäta straff kumulerat.[103]

För det andra existerade ett slags straffvärdetänkande, vilket innebar att man försökte undvika dubbelbestraffning. Om vissa brottsliga moment var gemensamma för de olika brotten som gärningsmannen skulle dömas för, skulle straffreduktion ges. Det samband som fanns mellan de olika brotten ansågs huvudsakligen vara av subjektiv karaktär.

För det tredje har den under vissa perioder mycket starka fokuseringen på individualprevention medfört, att ett av straffets syften har angivits vara att bestraffa (och eliminera) intensiteten i gärningsmannens brottsliga viljebeskaffenhet eller samhällsfarlighet. Antagandet att denna vilja eller farlighet tog sig mindre uttryck, om gärningsmannen hade begått brotten i ett sammanhang eller om de var likartade, motiverade att bestraffningen blev lindigare.

Det förstnämnda argumentet är relevant även för dagens straffsystem. Däremot utgör det endast ett skäl för att beakta humanitetsprincipen i samband med konstruktionen av straffskala för flerfaldig brottslighet. Intresset av en måttlig repressionsnivå ger oss goda skäl att uppställa gränser för hur långt straffmätningen teoretiskt sett kan sträcka sig. Det utgör däremot ingen förklaring till varför mängdrabatter bör ges inom dessa gränser.

Det andra argumentet är i högsta grad relevant i ett straffsystem som vilar på proportionalitet, men har – av skäl som ovan angivits – till stor del kommit att förflyttas till ett annat plan av konkurrensregleringen. Att

[102] Hagströmer 1901–1905 s. 752 f.
[103] Se Agge 1936 s. 411 f.

konsumera brott, som står i ett nära samband med viss brottslighet som gärningsmannen döms för, sker numera på planet för brottslighetskonkurrens. Därutöver kan sägas att argumentet endast fokuserar på att undvika dubbelbestraffning genom att samma straffbara moment beaktas vid bedömningen av två olika brott. Att sådan dubbelbestraffning bör undvikas torde följa redan av straffmätningsreglerna för enskilda brott. Argumentet utgör således ingen tillräcklig förklaring till varför man generellt skall ge mängdrabatt vid flerfaldig brottslighet.

Argumentet att bestraffningen skall anpassas efter vad som behövs för att eliminera den brottsliga viljan eller samhällsfarligheten torde i dagsläget helt sakna betydelse.

Denna historiska exkurs till trots är vi fortfarande långt ifrån en hållbar förklaring till varför mängdrabatt generellt skall ges vid flerfaldig brottslighet, vilket fordrar att vi går vidare och undersöker hur frågan har diskuterats i andra sammanhang.

4.3.3 Lagförarbeten

I SOU 1937:24 angavs att det maximistraff som fick utdömas enligt de straffskalebegränsande reglerna endast bildade den yttersta gränsen för bestraffningen. Vad som utgjorde möjligt straffmaximum skulle inte tas till utgångspunkt för hur totalstraffet skulle bestämmas. Istället skulle domstolen utgå från de straffsatser som är stadgade för de enskilda brotten. De sakkunniga anförde vidare:

> "Detta hindrar icke, att det låter sig göra att på grundvalen av den eller de särskilda straffskalor, som äro tillämpliga, utmäta det straff som motsvarar hela den föreliggande brottsligheten, med hänsyn till de särskilda däri ingående brottens svårhetsgrad och antal samt icke minst till sammanträffandets beskaffenhet och dess innebörd för brottslighetens bedömande. Härvid är domstolen, med hänsyn till slutresultatet, icke beroende av de särskilda maxima. Och även det maximum, som enligt 2 § icke får överskridas[104] kräver i allmänhet intet närmare beaktande. Ty det totalstraff, som domstolen anser skäligt, torde i regel ligga ganska långt därunder. Följaktligen torde ett noggrant uträknande av maximistraff ... ofta icke erfordras; redan ett ungefärligt överslag lärer visa, att domstolen ej löper fara att vid sin straffmätning komma i närheten i detta maximum."[105]

Angående det förhållandet att straffskalemaximum för samtliga fall av flerfaldig brottslighet skulle bestämmas enligt den princip som tidigare gällt för reellt konkurrerande brott, fortsatte de sakkunniga:

[104] Detta avsåg den stadgade straffmaximum som inte fick överstigas, vilket utgjordes av det svåraste brottets straffsats överskridet med 2 år.
[105] SOU 1937:24 s. 66.

"Såsom nyss utvecklats bör ett sådant maximum icke med säkerhet anses kunna användas ens vid alla förekommande typer av realkonkurrens. Så mycket tydligare bör då vara, att det ingalunda kan ifrågakomma vid varje typ av idealkonkurrens eller fortsatt förbrytelse. Att dessa icke göras till föremål för särskilda regler, betyder överhuvud icke att därunder hänförliga fall skulle för framtiden erhålla ett genomsnittligen lika strängt bedömande som realkonkurrens, ej heller att i fråga om visst eller vissa slag av brott, svåraste fall idealkonkurrens eller fortsatt förbrytelse städse skulle beläggas med samma straff som svåraste fall av realkonkurrens. Lagen lämnar helt allmänt utrymme för en sådan likställdhet, och denna möjlighet lärer i vissa fall böra begagnas. Ty såsom ... har framhållits, kunna vid idealkonkurrens och i synnerhet vid fortsatt förbrytelse ibland förekomma försvårande moment av sådan vikt att de fullt motsvara den straffhöjande betydelsen av att flera brott förekomma i realkonkurrens. Men detta torde icke kunna inträffa i fråga om alla brott, och det lär på det hela taget vara mindre vanligt. Detta bör beaktas vid straffmätningen."[106]

Av det sagda framgår att asperation visserligen skulle tillämpas generellt (vid alla former av konkurrens), men att straffmätningen skulle återspegla att brott begångna under omständigheter som tidigare konstituerat idealkonkurrens och fortsatt brott kunde leda till större straffreduktion än vid brott där det inte fanns något samband. De tidigare angivna skälen för mängdrabatt skulle således i viss utsträckning beaktas även fortsättningsvis. Däremot skulle inte straffskalan vara begränsad på det sätt som tidigare varit fallet. Genom större flexibilitet vid straffmätningen skulle domstolen, i de fall där det framstod som stötande att inte kunna gå utöver straffmaximum för det svåraste brottet, nu kunna värdera den sammanlagda brottsligheten inom en gemensam straffskala konstruerad utifrån asperationsprincipen. På samma sätt skulle beträffande reellt konkurrerande brott inte längre straffmätningen kumuleras obegränsat inom den tillämpliga straffskalan. Detta möjliggjorde för domstolar att göra en straffmätning som framstod som rimlig.[107]

De straffmätningsregler som tidigare endast hade gällt idealkonkurrens och fortsatt brott upphöjdes till huvudregel, samtidigt som den nya regleringen utgick ifrån den straffskalebegränsande regeln för reellt kon-

[106] SOU 1937:24 s. 66 f.

[107] En jämförelse med finsk rätt – som 1992 övergav indelningen av konkurrensformerna i idealkonkurrens, realkonkurrens och fortsatt brott – visar att liknande argument framförs i litteraturen för när strafflindring skall medges. Domstolen skall i Finland fästa uppmärksamhet vid att det gemensamma straffet står i ett rättvist förhållande till *antalet* brott, dess *svårhet* och *samband*. Vid denna bedömning torde i allmänhet det faktum att fråga är om en situation som tidigare skulle ha utgjort idealkonkurrens tala för att strafflindring (rabatt) skall ges. Se Koskinen i Havansi & Koskinen 2002 s. 97. Frände påpekar angående de utpekade relevanta omständigheterna att domstolar borde ha en skyldighet att ange vilket straff de har uppfattat som svårast, se Frände 2004 s. 416.

kurrerade brott. Fördelen med 1938 års reform blev att de negativa konsekvenserna av den ohållbara distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens försvann. Den omotiverat höga rabatt som kunde uppstå vid ideellt konkurrerande brott kunde därigenom undvikas, och på motsvarande sätt undvek man den oskäligt stränga bestraffningen av reellt konkurrerande brott. Nackdelen kan sägas vara att det blev svårare att överblicka domstolens straffmätningsoperation. Det går inte att i efterhand kontrollera hur straffmätningen för respektive brott har gjorts eller – i vissa fall – ens för hur många brott gärningsmannen döms. Så länge som det av domen går att utläsa att brottens antal är större än två ansåg utredningen det vara "överflödigt att i utslaget exakt angiva antalet".[108]

Att 1938 års reform skulle uppfattas som att det för frågan om rabatt vid straffmätningen fortfarande var av betydelse om brotten konkurrerade ideellt eller utgjorde fortsatt brott bekräftas av Strahl i dennes beskrivning av straffmätning vid flerfaldig brottslighet. Han konstaterade:

> "Är det fråga om från varandra helt fristående och olika gärningar, synes domstolen hellre böra utgå från ett bedömande av de särskilda brotten och sedermera verkställa den reduktion, som må föranledas av att den dömde skall undergå straff samtidigt för dem alla. Föreligger åter en brottslighet som förövats genom endast *en handling* eller genom *handlingar som ha något, om också endast psykologiskt, samband med varandra*, torde domstolen böra utgå från den straffsats som är stadgad för det grövsta av de konkurrerande brotten och låta den omständigheten att även ett eller flera andra brott förövats inverka skärpande vid straffmätningen, i den mån brottsligheten därigenom framstår såsom grövre." [Min kursivering][109]

Om man nu jämför vad som sades i förarbetena till reformen 1938 med hur straffmätning vid flerfaldig brottslighet beskrevs i samband med 1989 års påföljdsreform, visar sig flera skillnader. I Prop. 1987/88:120 uttalade departementschefen:

> "I allt väsentligt anser jag att nuvarande praxis bör kunna tjäna till vägledning även fortsättningsvis. Det är emellertid samtidigt angeläget att regelsystemet tillämpas på ett sådant sätt att det såväl för dömda som för allmänheten tydligt framgår att straffvärdet klart påverkas av att det är fråga om flera brott. Särskilt om det i ett sammanhang är fråga om flera brott av allvarlig karaktär, bör detta få återspeglas i straffmätningen."[110]

Av uttalandet framgår att brottsflerhet vid allvarlig brottslighet bör komma till uttryck i straffmätningen. Detta säger noga taget inte mer än att vid allvarligare brottslighet bör straffmätningen ske så att det kan ut-

[108] Se SOU 1937:24 s. 69.
[109] Strahl m.fl. 1948 s. 176.
[110] Prop. 1987/88:120 s. 65 f.

läsas att det är fråga om flera och allvarliga brott. Däremot framgår inte huruvida rabatt skall ges i större eller mindre utsträckning beroende på om brotten haft något inre samband, förövats i en enhetlig följd eller liknande. Varken i FSK:s utredning eller i propositionen uppställdes som något krav för strafflindring att brotten hade begåtts genom samma handling, förenats av någon gemensam avsikt eller ingått i samma händelseförlopp. Avsaknaden av dylika hänvisningar torde kunna tolkas som att det inte (längre) är av betydelse för straffmätningen om – och i så fall hur – den flerfaldiga brottsligheten hänger samman. Frågan varför rabatt skall ges är emellertid fortfarande obesvarad. Men en viktig slutsats är dock att om det inte längre är av direkt intresse att det finns ett samband mellan brotten, så kan det inte vara ett sådant samband som motiverar att mängdrabatt skall ges.

4.3.4 Rättspraxis

Vid en undersökning av hur mängdrabatter uppfattas i rättspraxis måste man skilja mellan *om* asperationsprincipen tillämpas på den konkreta straffmätningsnivån, *hur* detta i så fall sker samt *efter vilka kriterier* som domstolen bestämmer mängdrabatters storlek.

Vad gäller frågan om rabatter verkligen ges har jag redan i det föregående sagt att det i olika rättskällor anges att det finns en utvecklad princip om att den sammanlagda straffmätningen (inom den tillämpliga straffskalan) inte bör motsvara summan av de enskilda brottens straffvärde. Några exempel från HD får påvisa att principen upprätthålls i praxis. Det ena fallet avser likartad konkurrens (grov förskingring) och det andra fallet olikartad konkurrens (grovt rån, olaga frihetsberövande samt grov våldtäkt). I båda fallen konkurrerar brottsligheten reellt.

I NJA 1997 s. 652 dömdes en tilltalad kamrer i en stiftelse för tre fall av grov förskingring (BrB 10:3). Förskingringsgärningarna bestod dels i att gärningsmannen hade utkvitterat medel från stiftelsens checkkonto, varefter han med förfalskade fakturor hade försökt dölja bristen, dels i att han tillägnat sig belopp för vilka han var redovisningsskyldig och där värdet av den förskingrade egendomen i sig var tillräckligt högt för att bedöma brottet som grovt. Straffskalan för grov förskingring är fängelse i lägst 6 månader och högst 6 år. Straffskalan för den samlade brottsligheten är fängelse i 6 månader–8 år. Straffvärdet hos den samlade brottsligheten bestämdes i HD till fängelse i 10 månader.[111] Om de enskilda brottens straffminimum adderas uppgår dessa till fängelse i 1 år och 6 månader.

[111] Angående rättfallet är följande att märka: I HovR bedömdes straffvärdet vara klart över 1 års fängelse, men vissa billighetsskäl talade för att nedsätta fängelsestraffet till 10

I NJA 2002 s. 270 dömdes en tilltalad 20-årig man för bl.a. grovt rån (BrB 8:6), olaga frihetsberövande (BrB 4:2) och grov våldtäkt (BrB 6:1 st. 3). Vid rånet, som avsåg en taxichaufför, hade en s.k. kolsyrepistol använts. Våldtäkten genomfördes under pistolhot på en ödslig plats till vilken målsäganden hade bortförts. HD konstaterade att de objektiva rekvisiten för människorov visserligen var uppfyllda, men att det saknades uppsåtstäckning för de kvalificerande rekvisiten i BrB 4:1, varför gärningsmannen dömdes enligt BrB 4:2 st. 1. Av BrB 26:2 följer att straffskalan för den samlade brottsligheten är fängelse i 4–14 år. Såväl grov våldtäkt som grovt rån har ett straffminimum på 4 års fängelse. Olaga frihetsberövande har ett straffminimum på fängelse i 1 år. Att döma av omständigheterna i målen var inget av brotten särskilt lindrigt eller av mindre allvarlig karaktär. Påföljden bestämdes i HD till fängelse i 5 år, varvid domstolen beaktade att gärningsmannen vid tidpunkten för brotten var nyligen fyllda 20 år. Straffvärdet på brottsligheten bedömdes ligga på fängelse i mellan 7 och 8 år. Eftersom domstolen inte angav straffvärdet för respektive brott går det inte att säga hur allvarliga de olika brotten bedömdes vara sedda var för sig. Däremot kan det konstateras att det av HD fastställda straffvärdet inte uppgick till summan av straffminimum för de enskilda brotten.[112]

Dessa exempel visar att straffmätningen vid flerfaldig brottslighet i praxis normalt inte motsvarar den summa som följer av en addering av de respektive brottens straffvärde. Inte ens om man utgår från att respektive brott har bestraffats med stadgat straffminimum motsvarar den samlade straffmätningen den aktuella summan.

Vad därefter gäller frågorna *hur* mängdrabatt ges samt efter vilka kriterier som asperationsprincipen tillämpas, är det betydligt svårare att utläsa något ur praxis. Det är inte någon överdrift att påstå att frågan om straffmätning vid flerfaldig brottslighet inte har uppmärksammats särskilt mycket. Varken i domskäl eller i kommenterad praxis framgår närmare hur straffmätningen bör ske och varför. Med stor sannolikhet hänger detta samman med dels det förhållandet att domstolar inte är skyldiga att i detalj redovisa för hur många brott de dömer, dels att någon straffmätning för de enskilda brotten inte behöver göras när domstolen utdömer

---

månader. HD:s majoritet (2 JustR) delade HovR:s bedömning vad gäller straffvärdet, men ansåg inte att omständigheterna i målet talade för att straffet skulle lindras enligt BrB 29:5. Eftersom endast den tilltalade hade överklagat HovR:s dom var HD, på grund av förbudet mot reformatio in pejus (RB 51:25), förhindrad att utdöma strängare påföljd. Minoriteten i HD ansåg att straffvärdet för brottsligheten var ungefär fängelse i 1 år.

[112] Summan av de nämnda enskilda brottens straffminima var fängelse i 9 år. Vid sidan av denna brottslighet dömdes gärningsmannen även för stöld och tillgrepp av fortskaffningsmedel.

ett gemensamt straff. Om den utdömda påföljden inte avser fängelse eller böter – vilka måste kvantifieras i en bestämd tid (uttryckt i antal dagar, månader eller år) eller en bestämd penningsumma – föreligger ingen skyldighet att närmare redogöra för straffmätningen. Normalt är det tillräckligt att domstolen anger att en till fängelse alternativ påföljd kan väljas, vilket måste förstås som att straffmätningen inte har hamnat över den utpekade gränsen för när straffvärdet (ensamt) talar för att påföljden skall bestämmas till fängelse (vilket är då straffvärdet ligger omkring fängelse 1 år).

Om nu domstolar sällan redovisar hur straffmätningen går till kan det vara av intresse att se hur kommentatorerna till brottsbalken uppfattar praxis på detta område. I kommentaren sägs följande:

> "Ingår det bland brotten något eller några brott som har ett markant lägre straffvärde än brottsligheten i övrigt torde det vara sällsynt att dessa brott tillmäts någon egentlig betydelse vid straffmätningen."[113]

> "De fall då bedömningen av straffvärdet av flerfaldig brottslighet vållar störst problem torde ... vara när de svåraste brotten var för sig har ett någorlunda likartat straffvärde. Domstolarna torde i sådana fall i allmänhet markera det förhöjda straffvärdet i förhållande till om fråga varit om ett brott genom att gå upp i straffmätningen. När det gäller fängelsestraff får en sådan höjning av naturliga skäl relativt störst genomslag vid brott av förhållandevis ringa straffvärde. Har någon exempelvis gjort sig skyldig till två fall av misshandel eller ett fall av misshandel och ett fall av stöld där vart och ett av brotten i sig skulle förskylla en månads fängelse torde det inte vara ovanligt att straffet bestäms till två månaders fängelse. Är det däremot fråga om misshandels- och stöldbrott som i sig förskyller exempelvis ett års fängelse är det normalt uteslutet att straffet fördubblas, utan höjningen inskränker sig till kanske ett par månader."[114]

> "Av stor betydelse för bedömningen av flerfaldig brottslighet är givetvis också vilken *typ av brott* som det är fråga om och *relationen mellan de olika brotten*. Vid vissa brott, t.ex. allvarligare narkotikabrott, torde antalet brott spela en helt underordnad roll i förhållande till karaktären av brottet eller brotten och vilka mängder av narkotika som den åtalade brottsligheten avser ... Förhållandena kan vara likartade vid exempelvis bedrägerier eller förskingring. Allmänt sett är det uppenbart att *den relativa betydelsen av varje brott för straffmätningen blir mindre ju fler brott som föreligger till bedömning.*" [Min kursivering] [115]

Kommentaren beskriver en praxis som tydligt upprätthåller en princip om mängdrabatt. Intrycket är att man anser att det i viss mån är av be-

[113] KBrB III s. 29:15.
[114] KBrB III s. 29:16.
[115] KBrB III s. 29:16

tydelse vilken typ av brott som det är fråga om, hur relationen mellan brotten ser ut samt om straffvärdena är likartade. Men av de ovan redovisade exemplen anges inget annat än att mängdrabatt skall ges generellt (dvs. oberoende av brottens samband). Vidare framgår att det uteslutande är straffvärdet hos brottsligheten som avgör hur stor rabatt som skall ges.

De slutsatser som man kan dra av beskrivningen av praxis i brottsbalkskommentaren är *för det första* att domstolar är benägna att ge mer rabatt ju fler brott som domstolen har att bedöma i ett sammanhang.

För det andra verkar det som om utrymmet för att ge rabatter är stort då ett brott har ett markant högre straffvärde jämfört med den övriga brottsligheten. Det skulle således finnas ett samband mellan brottens straffvärde och hur stora rabatter som ges. Ju högre konkret straffvärde som brottsligheten har, desto större rabatter ges. Denna – från proportionalitetssynpunkt något motsägelsefulla – slutsats överensstämmer med resultaten av praxisundersökningar som har gjorts i andra länder.[116]

För det tredje tycks det förhållandet att brottsligheten står i ett särskilt sammanhang inte ha någon avgörande betydelse för om mängdrabatt skall ges. Detta är i och för sig helt naturligt. Sett ur ett rent historiskt perspektiv torde det vara klart att intresset av att beakta sambandet mellan brotten har sitt ursprung i de hänsyn som motiverade att ideellt konkurrerande brott skulle särbehandlas. Efter att denna distinktion har avskaffats, upphörde även skälen för att vid straffmätningen särskilt beakta sambandet. Det kan emellertid tänkas att ett samband mellan brotten ändock kan bli aktuellt att beakta vid straffmätningen. Till detta återkommer jag nedan i avsnitt 5.3.1.

Kommentatorerna nämner därutöver att *relationen* mellan brotten spelar särskild roll vid t.ex. allvarligare narkotikabrott (och eventuellt bedrägerier eller förskingringar) och att domstolar härvid är benägna att lägga större vikt vid t.ex. de sammanlagda mängderna av narkotika än vid antalet brott. Eftersom straffmätning vid narkotikabrott är intimt förbunden med olika mängdresonemang, utgör väl hänvisningen i kommentaren till denna typ av brottslighet noga taget ett exempel på situationer där mängdrabatt *inte* ges. Om det går att dra några slutsatser utifrån detta låter jag vara osagt.

Däremot kan det parentetiskt nämnas att dylika argument med en tydlig fokusering på mängdresonemang riskerar att vid straffmätningen förvandla asperationsprincipen till en kumulationsprincip. Liksom på planet för brottslighetskonkurrens, då domstolen skall avgöra vad som vid likartad konkurrens utgör en brottsenhet, finns det uppenbara problem med

[116] Angående sambandet mellan de enskilda brottens straffvärde och storleken på rabatter, se Albrecht 1994 s. 395.

att lägga samman ett antal brottsliga moment till en enhet.[117] Samma sorts resonemang kan givetvis föras beträffande kumulation av straffvärden då det gäller narkotika. Skillnaden mellan tillskapandet av en brottsenhet och de straffmätningssituationer, där domstolen fäster avseende vid de sammanlagda mängderna narkotika m.m., är att i de sistnämnda fallen kan inte frågan om brottslighetens rubricering påverkas.[118] Däremot leder båda lösningarna på konkurrensproblemet till en strängare bestraffning genom att särskilt avseende inte fästs vid att brottsligheten har begåtts vid flera tillfällen. Härigenom kommer straffvärdet för respektive brottsligt moment att adderas, vilket leder till ett strängare resultat jämfört med de situationer där ytterligare brottslighet, utöver det svåraste, endast fungerar som försvårande omständigheter. Den enda slutsats man kan dra av det sagda är att *antalet brott* långt ifrån alltid tycks vara något avgörande kriterium för om någon skall anses vara mer eller mindre straffvärd.

I kommentaren görs inget försök till att förklara praxis på annat sätt än att asperationsprincipen skall tillämpas då en gemensam straffmätning sker inom ramen för en förhöjd straffskala samt att "av stor betydelse för bedömningen ... är givetvis också vilken typ av brott som det är fråga om och relationen mellan de olika brotten".[119]

4.3.5 Doktrin

4.3.5.1 Inledning

Det är svårt att i svensk litteratur och doktrin hitta någon närmare diskussion om mängdrabatter och de principiella problem som är förknippade härmed.[120] För att få en provkarta på hur mängdrabatter kan förklaras, måste man vidga perspektivet något. Jag kommer i det följande att beröra en rad olika förslag och förklaringsmodeller som diskuteras i utländsk doktrin och litteratur. Även om det är av intresse att undersöka hur

[117] I avsnitt 1.2.2.2 har jag berört problematiken med att konstruera en brottsenhet. Narkotikabrottslighet torde vara särskilt svårbedömd eftersom praktiskt taget varje handhavande med narkotiska preparat utgör "ett brott". Straffvärdebedömningen blir emellertid avsevärt olika beroende på om varje gärning bedöms som ett (ringa) brott eller om hanteringen ses som en brottsenhet och utgör ett brott (placerat i en högre svårhetsgrad). Detta gäller oavsett om gärningarna avser innehav, framställning, överlåtelse etc.

[118] Se dock NJA 2004 s. 354, där HD i domskälen anger att försiktighet bör iakttas med att fastställa och tillämpa schabloner avseende art och mängd narkotika när det gäller gränsen mellan brott av normalgraden och grovt narkotikabrott.

[119] KBrB III s. 29:16.

[120] Det väsentliga undantaget består i Jareborg 1999. Författarens slutsatser kommer att behandlas ingående nedan.

mängdrabatter eller strafflindring vid flerfaldig brottslighet förklaras eller diskuteras i andra rättssystem, vill jag ännu en gång erinra om att värdet av sådana diskussioner i många avseenden kan vara marginellt, eftersom dessa straffsystem kan bygga på helt eller delvis annorlunda principer för straffbestämning eller innehålla andra (främst processuella) regleringar som medför att mängdrabatter hanteras annorlunda.

Som jag har påpekat råder det i svensk rätt inga tvivel om att asperationsprincipen skall tillämpas även på straffmätningsnivån. Vad gäller Norden i övrigt och Tyskland kan inte heller sättas ifråga att flerfaldig brottslighet bedöms lindrigare än vad skulle bli fallet om de enskilda brottens straffvärde adderas.

När det emellertid kommer till hur detta rabattfenomen skall förklaras, slutar enigheten. Mycket av kritiken mot mängdrabatter angriper *metoden* för hur rabatter skall räknas fram eller vilka *resultat* som rabattänkandet medför. Få konstruktiva förslag till hur mängdrabatter skall kunna motiveras har framförts. Man kanske skulle kunna säga att många inom doktrinen accepterar mängdrabatter som fenomen, men däremot inte alltid grunderna för deras existens eller resultat.[121]

Särskilt i tysk doktrin framkommer en bitvis kraftig kritik mot hela den teoretiska grunden för att använda asperationsprincipen (vilket inkluderar den sammanläggningsprocess av de enskilt utmätta straffen som skall ske vid fastställandet av ett kollektivt straff).[122] Geerds anger att det faktum att asperationsprincipen är behäftad med färre angreppspunkter än kumulationsprincipen inte ändrar på att principens grundvalar är

[121] Kritik mot de resultat som en princip om mängdrabatt ger kan skönjas i norsk lagstiftning och praxis. Efter att det i olika sammanhang hade uttryckts missnöje med storleken på "kvantumsrabatten" genomfördes en ändring beträffande reglerna om konstruktion av straffskala vid flerfaldig brottslighet. Trots att man från det norska justitiedepartementet uttryckte vissa tvivel över huruvida det var en ändamålsenlig metod att höja straffskalemaximum för flerfaldig brottslighet i syfte att minska rabatterna, infördes 2003 en möjlighet att dubblera straffskalan för det enskilt svåraste straffet. Härigenom skulle *en signal* ges om att rabatten bör reduceras (vilket ansågs vara särskilt angeläget vid våldsbrottslighet och sexualbrottslighet). Se Ot.prp. nr 109 s. 38 ff. och Matningsdal & Bratholm 2003 s. 556 f. Liknande diskussioner fördes med anledning av ett avgörande från norska Høyesterett (Rt. 1997 s. 1976), där domstolen med hänvisning till dels faktorer av betydelse för bedömningen av brottslighetens skadeverkningar, dels omständigheter med anknytning till allmänprevention, hävdade att rabatten vid viss form av vinningskriminalitet (upprepade stölder) var för stor, varvid straffet höjdes drastiskt. Andenæs uppfattade detta som en signal från Høyesterett att rabatten är för stor och såsom en allmän uppvärdering av det allmänna straffvärdet vid denna typ av brottslighet. Se närmare Andenæs 1998, Bae 1998 och Myhrer 1999. Det skall noteras att ingen av författarna överhuvudtaget berör frågan varför mängdrabatt skall ges och hur detta i så fall skall ske.

[122] Se närmare Geerds 1961 s. 506 ff.

"unklar und sachlich verfehlt".[123] I sin kritik av distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens fortsätter han med att konstatera att:

> "Das Aspirationsprinzip ist eine nur wenig durchdachte Abart des Kumulationsprinzips, das man lediglich im Hinblick auf die rechtlich verstandenen Gesetzesverstösse, nicht aber auf quasi-tatsächliche Handlungskomplexe als eine Denkmöglichkeit anerkennen könnte, die aber mit dem Wesen der Bestrafung u.E. nicht vereinbar ist."[124]

Bohnert är ännu starkare i sin kritik. Han konstaterar beträffande asperationsprincipen att:

> "Seine theoretische Struktur ist den Laien am schwersten verständlich zu machen; das Prinzip führt zu vielen Komplikationen, lässt in seiner Handhabung der Praxis ebenso Ratlosigkeit wie freie Hand und führt trotz allem zu Ergebnissen, die praktischer Vernunft schliesslich am meisten entgegenkommen."[125]

Det skall framhållas att mycket av kritiken i den tyska doktrinen tenderar att rikta sig mot uppdelningen i ideellt respektive reellt konkurrerande brott samt vad som uppfattas som en omöjlig – matematisk – sammanläggningsprocess vid straffmätningen av de sistnämnda.[126] Kritiken stämmer i allt väsentligt överens med den som framförts mot den reglering som gällde i Sverige före 1938 års reform.

Vad som emellertid inte framgår av diskussionen i tysk rätt är huruvida denna kritik även omfattar rabatter rörande ideellt konkurrerande brott. Om kritiken främst är inriktad på distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens, konstruktionen av straffskala vid flerfaldig brottslighet i de olika fallen samt den artificiella sammanläggningen av enskilda straff till ett kollektivt straff (Gesamtstrafenbildung), behöver detta inte röra straffmätningen på den konkreta nivån. Oavsett efter vilken modell man väljer att utforma den abstrakta straffskalenivån, kvarstår problemet med hur straffvärdena på den konkreta straffmätningsnivån skall beräknas. Även om principen om gemensamt straff skulle införas i tysk rätt, och oavsett om straffskalan för flerfaldig brottslighet bestäms utifrån absorptions- eller asperationsprincipen, måste man ta ställning till hur mängdrabatter skall hanteras.

Det finns emellertid inte bara kritik. I det följande har jag systematiserat olika förklaringsmodeller till mängdrabatt som givits i svensk och utländsk doktrin. Värdet av de olika argumenten påverkas givetvis av det

[123] Geerds 1961 s. 454 f.
[124] Geerds 1961 s. 482.
[125] Bohnert 1993 s. 847.
[126] Se bl.a. Geerds 1961 s. 481 ff. och Erb 2005 s. 46 ff.

faktum att respektive författare tenderar att utgå från sin rättsordnings konkurrenslära, varför det finns anledning att erinra om den reservation som jag gjorde inledningsvis i detta avsnitt om betydelsen av jämförelser med utländska motsvarigheter till den svenska konkurrensläran. Enligt min mening kan man emellertid diskutera konkurrenslösningar ur såväl ett externt som ett internt perspektiv. Det viktiga är att man håller isär om skälen för eller emot en viss lösning är allmängiltiga eller hänför sig till ett visst rättssystem.

4.3.5.2 Rabatt på grund av sammanhang, samband etc.

Man möter alltjämt argument om betydelsen av brottslighetens samband som liknar de som har nämnts ovan i redogörelsen för de olika historiska motiveringarna till mängdrabatter. Exempelvis säger Koskinen beträffande straffmätningen vid utdömandet av ett gemensamt straff att:

> "Förutom stadgandena i SL 6 kap. skall man också fästa uppmärksamhet vid att det gemensamma straffet står i ett rättvist förhållande till antalet brott, deras grovhet och inbördes samband. I och med detta krav kan den åtskillnad mellan de olika konkurrensformerna som gjordes i det gamla konkurrenssystemet inverka på straffmätningspraxis också framledes; således torde sådana *situationer som enligt den gamla lagen utgjorde ideell konkurrens* (brott begångna genom samma gärning) *i allmänhet anses som strafflindrande omständigheter*." [Min kursivering][127]

Hänvisningen till brottslighetens "inbördes samband" härrör direkt från lagtexten (finska SL 7:5). Vad som är intressant är att författaren drar slutsatsen att detta skall uppfattas som att sambandet vid straffmätningen skall föranleda att brott som konkurrerar ideellt är mindre straffvärda än sådana som konkurrerar reellt, vilket talar för att det vid straffmätningen är av betydelse huruvida brotten har begåtts genom samma handling eller inte. I så fall tycks den finska övergången från kollektivt straff till gemensamt straff, och övergivandet av distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens, inte ha fått fullt genomslag på straffmätningsnivån.[128] En uppfattning som liknar den som Koskinen ger uttryck för framfördes i Sverige kort efter den svenska reformen 1938.[129]

[127] Havansi & Koskinen 2002 s. 97.
[128] En liknande uppfattning framfördes i samband med utformningen av de nya konkurrensbestämmelserna i Finland, se Grönqvist 1980 s. 200.
[129] Se Hellquist & Regner 1939 s. 14.

I tysk litteratur återfinns liknande tankegångar rörande betydelsen av brottens samband.[130] Vid ideellt konkurrerande brott används absorptionsprincipen och principen om gemensamt straff, vilket innebär att brottslighet begången genom samma gärning behandlas lindrigare än vad en ren kumulation inom den gällande straffskalan skulle medföra.[131]

Vid de reellt konkurrerande brotten används asperationsprincipen och principen om kollektivt straff. När domstolen vid reellt konkurrerande brott skall lägga samman de enskilt utmätta straffen, skall, som angivits tidigare, en "zusammenfassenden Würdigung der Täterpersönlichkeit und der festgestellten Einzeltaten" företas.[132] Innebörden av detta är att en totalvärdering skall göras av gärningsmannens personlighet och de enskilda brotten. Det ger en klar indikation på att skulden, karaktären eller straffvärdigheten i övrigt hos gärningsmannen kan påverkas av om brottsligheten betraktas i ett sammanhang eller inte.

Den tyska regleringen rörande hur denna helhetsvärdering av den samlade brottsligheten skall göras är svårtillgänglig. Bohnert anmärker att lokutionen i StGB § 54 endast skall uppfattas som en plikt för domstolen att se den samlade brottsligheten som en helhet.[133] Enligt andra författare är domstolen vid bedömningen skyldig att beakta ett stort antal

[130] Intressant att märka är här, som påpekats i avsnitt 4.2.1, att tysk rätt innehåller ett särskilt stadgande rörande "Verbot der Doppelverwertung" (StGB § 46 S. 3), vilket innebär att domstolen inte som försvårande får beakta omständigheter som varit nödvändiga för att brottsbeskrivningsenlighet överhuvudtaget skall föreligga. Se Jescheck & Weigend 1996 s. 901 f. och Streng 2002 s. 280 ff. Förbudet innebär att man vid straffmätningen vid t.ex. vållande till annans död inte som försvårande får beakta den omständigheten att en person avlidit till följd av gärningsmannens oaktsamma handlande. Vi känner igen denna ståndpunkt från svensk rätt. Det finns även i svensk rätt ett begränsat utrymme att beakta omständigheter som använts för att placera ett brott i en viss svårhetsgrad även vid straffmätningen som försvårande. Det hela beror på i vilken utsträckning som omständigheterna konsumerats genom att brottet placerats i högre svårhetsgrad. Se Jareborg & Zila 2000 s. 111 f. Vad som nu har sagts gäller i viss utsträckning dubbelbeaktande av förmildrande omständigheter ("Verbot Doppelverwertung strafmildernder Umstände" (StGB § 50)). Förbudet mot att beakta förmildrande omständigheter flera gånger är dock begränsad till att avse *straffskalenivån*, se Bringewat 2003 s. 94. Det är således inte intresset att undvika dubbelbestraffning som dominerar i den tyska litteraturen, när det gäller att förklara hur sammanhanget eller sambandet skall påverka straffbestämningen vid reellt konkurrerande brott. Förbuden mot dubbelbeaktande av straffskärpande eller strafflindrande omständigheter anses av flera författare inte vara relevanta vid straffmätningen vid reellt konkurrerande brott. Se bl.a. Bohnert 1993 s. 866, Jakobs 1983 s. 761 och Jescheck & Weigend 1996 s. 730. Jfr Bruns 1974 s. 473 f. och Geerds 1961 s. 376.

[131] Av Franz Streng har jag erfarit att begränsningar inte endast gäller på den abstrakta straffskalenivån utan i högsta grad även på den konkreta straffmätningsnivån.

[132] Se närmare Bringewat 1987 s. 141 ff. Att en totalvärdering skall ske framgår direkt av StGB § 54 Abs. 1 S. 3.

[133] Bohnert 1993 s. 867.

faktorer, däribland brottens samband, straffets effekter på den dömdes liv, den dömdes personlighet etc.[134] Det är nödvändigt att sortera litet bland de omständigheter som kan vara av relevans för bedömningen av "brottens samband". Enligt min uppfattning är det nödvändigt att skilja mellan om "sambandet" består i att brotten har *begåtts i ett sammanhang* (varvid sambandet kan bestå i att brottsligheten är likartad, i att brotten ingår i samma brottsplan m.m.) och om brottsligheten skall *bestraffas i ett sammanhang* (varvid det endast behöver vara straffbestämningen som sammanbinder brotten).

I en rad standardverk och läroböcker förekommer hänvisningar till att domstolar vid helhetsvärderingen är skyldiga att beakta den reellt konkurrerande brottslighetens tidsmässiga, sakliga och situationsmässiga sammanhang.[135] Uppfattningen härrör ytterst från avgöranden av BGH.[136] Enligt Jescheck och Weigend skall helhetsbedömningen utgöra en återspegling av gärningsmannens personlighet och de enskilda brottens sammanhang.[137] Varför man skall lägga vikt vid brottslighetens sammanhang eller samband och gärningsmannens personlighet kan förklaras på olika sätt. Likaså kan resultatet av ett hänsynstagande till dessa faktorer bli mycket olika beroende på vid vilken av dem man lägger mest vikt.

Av litteraturen framgår att de utpekade faktorerna kan komma att påverka bestraffningen i främst två avseenden. (1) Ett hänsynstagande till gärningsmannens person kan leda till en lindrigare bedömning. Skälet bygger då på att straffet måste anpassas till de återverkningar det kan komma att få på den dömdes återstående liv oavsett om brotten har något samband eller inte. (2) Vidare kan det faktum att brotten har begåtts i ett sammanhang leda till en strängare bedömning, vilket bygger på att gärningsmannen genom att begå dem i ett sammanhang har en viss attityd eller karaktär som är mer straffvärd.[138]

Vad gäller hänsynstagandet till att den totala straffsumman inte får påverka gärningsmannens fortsatta liv på ett alltför negativt sätt, påminner detta om någon form av billighetsskäl. Dylika hänsyn är vidare i viss mån förenliga med humanitetsprincipen såtillvida att det betonas att det måste finnas gränser för hur långt det kollektiva straffet får sträcka sig.[139] Vad som däremot kan bli problematiskt med detta argument är att det implicerar att mängdrabatt skall ges endast i de enskilda fall i vilka dom-

[134] Se bl.a. Geerds 1961 s. 375 och Erb 2005 s. 46 f.
[135] Se bl.a. Schäfer 1990 s. 191 f. Se även Bringewat 1987 s. 142.
[136] Se NJW 1972 s. 454, NJW 1995 s. 2234 och BGH Band 24 s. 268 ff. Se även Streng 2002 s. 273 not 470 och Meier 2001 s. 162 f.
[137] Jescheck & Weigend 1996 s. 729 f.
[138] Schäfer 1990 s. 192.
[139] Se även motsvarande tankegång i engelsk rätt, Thomas 1979 s. 57 ff.

stolen finner att straffet annars blir för strängt. Det förutsätter att det finns kriterier för att avgöra vad som är "för strängt" trots att straffmätningen håller sig inom straffskalan för flerfaldig brottslighet. Vidare förutsätter det att det finns kriterier för att avgöra när straffreduktion skall ges, vilket i sin tur kräver att man har vissa skäl att särbehandla de dömda i de aktuella fallen. Om dessa skäl inte är generella blir helhetsbedömningen mycket individuell och kommer att påminna om de rabatter som ges då hänsyn tas till individualpreventiva intressen eller till billighetsskäl.[140] Till de sistnämnda återkommer vi nedan under avsnitt 4.3.5.6.

Enligt den tyska helhetsvärderingen kan flerfaldig brottslighet i vissa situationer vara att anse som mer straffvärd. Liksom tidigare är det sambandet eller sammanhanget som påverkar bedömningen. Normalt består sammanhanget eller sambandet av att brottsligheten är likartad och begången i en serie (seriebrottslighet). Motsatsvis kan avsaknaden av ett sådant sammanhang tala för att straffet bör bli lindigare (och att rabatt således skall ges). Konkurrensen måste i dessa fall vara reell. Frågan är då vad straffvärdheten eller straffvärdigheten beror på.

Som exempel på när sammanhanget skall påverka straffmätningen anges i doktrinen främst situationer där brottsflerheten anses ge uttryck för en brottslig fallenhet eller läggning ("Hang oder Neigung").[141] Om man hävdar att gärningsmannen förtjänar straffskärpning på grund av den upprepade eller flerfaldiga brottsligheten, kommer man att betona samma typ av omständigheter som enligt olika preventiva teorier anses motivera straffskärpning vid återfall eller andra farlighetsbedömningar. Ett samband kan ges betydelse i syfte att rättfärdiga en prognostisk bedömning av gärningsmannens benägenhet för att begå brott (på liknande sätt som idéerna om samhällsfarlighet eller brottslig viljebeskaffenhet) eller bygga på att man särskilt straffar gärningsmannen för dennes karaktärsegenskaper. Jag har i avsnitt 4.3.2 redogjort för att dylika argument måste bygga på något annat än proportionalitet och humanitet. Ingen av dessa förklaringsmodeller ger någon normativt godtagbar förklaring till det svenska påföljdssystemets syn på flerfaldig brottslighet.

Vad gäller den tyska regleringen och de olika förklaringarna till hur flerfaldig – reellt konkurrerande – brottslighet skall hanteras vid straff-

[140] Schäfer anför att bedömningen påverkas av omständigheter som att gärningsmannen är förstagångsförbrytare, ung eller att denne efter brottet har lindrat skadeverkningarna ("Schadenwiedergutmachung"), se Schäfer 1990 s. 192.

[141] Se t.ex. Jescheck & Weigend 1996 s. 729 f. och Geerds 1961 s. 509. Se även Schäfer som talar om en "zunehmende rechtsfeindliche Tendenz", Schäfer 1990 s. 192. Det skall dock märkas att när Schäfer nämner gärningsmannens personlighet relaterar han främst till olika billighetsgrunder.

mätningen, finns det flera inkonsekvenser inbyggda genom att den förelägger domstolar att samtidigt beakta flera, bitvis oförenliga, faktorer. Bortsett från att den samlade bedömningen påverkas av ett antal olika faktorer, som kan resultera i en godtycklig och oenhetlig rättstillämpning, är det oklart i vilken utsträckning som det faktum att brotten har begåtts samtidigt, i ett sammanhang eller att det finns ett samband mellan brotten skall påverka straffmätningen.[142] Vid ideellt konkurrerande brott anses sambandet, samtidigheten eller handlingsenheten utgöra skäl för en betydligt lindigare bedömning. Som påpekats kan motsatsvis det faktum att brott konkurrerar reellt, samt att det dessa emellan finns ett samband, utgöra ett skäl för straffskärpning. Samtidigt står det klart att straffmätningen vid reellt konkurrerande flerfaldig brottslighet (vid fastställandet av ett kollektivt straff) inte bör få bli lika sträng som vid en strikt addition av de enskilda straffen.

Vi kan således konstatera att vi i försöken att förklara mängdrabatter utifrån brottens sammanhang eller samband möter väsentliga problem. Som Geerds påpekar är det i vart fall ingalunda säkert att hänsynstagande till brottens sammanhang eller samband måste leda till lindigare bedömning.[143] Det kan därför knappast utgöra någon generell förklaring till varför flerfaldig brottslighet bör bedömas lindrigare. Regeln skulle ju i så fall få konstrueras inverterat: om något samband *inte* föreligger, skall gärningsmannen bedömas lindrigare.

Även i engelsk och amerikansk rätt påverkas bedömningen av flerfaldig brottslighet av sambandet mellan brotten eller det sammanhang vari de har begåtts. Som redan har påpekats flera gånger differentieras bestraffningen genom att domstolen beslutar att straffen skall verkställas seriellt (consecutive sentencing) eller parallellt (concurrent sentencing). Ett beslut om parallell verkställighet innebär helt eller delvis en tillämpning av absorptionsprincipen. Till skillnad från vad som gäller i den nordiska och tyska konkurrensläran, innebär ett beslut om parallell verkställighet att absorption sker på den konkreta straffmätningsnivån.

Thomas anger att parallell verkställighet aktualiseras i främst två situationer: dels när brotten har begåtts genom samma gärning ("the one transaction rule"),[144] dels när detta följer av en helhetsbedömning av den samlade brottsligheten ("the totality principle").[145] Den sistnämnda principen skall behandlas närmare i avsnitt 4.3.5.5.

[142] Streng 2002 s. 273.
[143] Geerds 1961 s. 508 f. Se även Grönqvist 1980 s. 200.
[144] Ashworth benämner "genom samma gärning" som *a single transaction*, se Ashworth 2000 s. 221 f.
[145] Thomas 1979 s. 53.

Att tillämpa *the one transaction rule* är detsamma som att använda sig av distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens. Skälet till att dessa brott skall behandlas lindrigare är, enligt Thomas, att det tycks som om seriell verkställighet är olämplig när flera olika brott har kränkt samma rättsligt skyddade intresse (skyddsintresse).[146] Man kan givetvis ifrågasätta huruvida det förhållandet att brotten har begåtts genom "samma handlande" utgör ett bra kriterium för att avgöra huruvida samma skyddsintresse har kränkts eller inte. Enligt min uppfattning utgör ett konstaterande av att flera brott har begåtts genom samma handling endast en utgångspunkt för att avgöra om gärningsmannen är mer eller mindre straffvärd. Därefter måste man ta ställning till helt andra frågor. Typexemplet är att ett beteende går att subsumera under flera straffbud. I sådana fall av överreglering finns det ibland anledning att anse vissa straffbestämmelser som subsidiära, varför gärningsmannen inte skall anses ha begått flera brott. Likaså kan ett utsträckt händelseförlopp innebära att en brottslig verksamhet riktar sig mot samma eller snarlika skyddsintressen, varför viss del av brottsligheten bör konsumeras av den övriga. Dessa situationer har behandlats i avsnitt 1.2.2.2 under rubrikerna regelkonkurrens och medbestraffade brott.

Under förutsättning att de engelska domstolarna vid valet mellan *concurrent sentence* och *consecutive sentence* tillåts ta hänsyn till samma omständigheter som i svensk rätt beaktas som skäl för att konsumera *subsidiär* eller *medbestraffad brottslighet*, kommer resultaten att bli mycket lika trots att konkurrensläran i respektive land skiljer sig åt väsentligt.[147] Skillnaden ligger i att man i engelsk rätt löser konkurrensproblemen i sam-

[146] Thomas 1979 s. 53.

[147] Som flera gånger framhållits i denna framställning saknas det möjlighet att avgöra vad som utgör "samma" handling. Av förklarliga skäl kommer därför vad som anses utgöra ideellt konkurrerande brott i olika rättssystem att skifta. Men faktum kvarstår att vad som i svensk rätt anses vara begånget inom samma brottsenhet (likartad konkurrens) eller samma gärningsenhet (regelkonkurrens) till stor del kommer att överensstämma med hur *the one transaction rule* används. Detta framgår när man undersöker hur engelsk praxis har ansett att "one transaction" skall bestämmas. Det är t.ex. inte tillräckligt att brotten är begångna samtidigt ("simultaneously"). T.ex. tillgrepp av fordon och efterföljande vårdslöshet i trafik i samband med att fordonet framförs bedöms inte som samma handling. Inte heller i svensk rätt skulle handlingarna anses vara begångna "samtidigt", varför det således inte föreligger regelkonkurrens mellan BrB 8:7 och TBL § 1. Vidare är det enligt Thomas möjligt att med den engelska konkurrensläran bedöma en repetitiv brottslighet begången seriellt mot ett och samma brottsoffer som "a single transaction". Detta överensstämmer med hur man i svensk rätt kan bilda en brottsenhet av persevererande brottslighet trots att denna inte är begången genom samma handling. Avslutningsvis gäller enligt Thomas att i vissa fall förväntas domstolen utdöma seriella straff (consecutive sentencing) trots att brotten begås samtidigt och utgör en del av samma handlande, t.ex. rån med skarpladdat vapen, där själva innehavet av vapnet är olagligt. Detta överensstämmer

band med straffmätningen (eller egentligen i samband med beslutet om hur de utmätta straffen skall verkställas), medan man i svensk rätt har flyttat konkurrensproblemet till planet för brottslighetskonkurrens. Om viss brottslighet inte sorteras ut på planet för brottslighetskonkurrens, kan det vara befogat att skapa regler för hur sådana konkurrenssituationer skall lösas på planet för påföljdsbestämning.[148]

Om man däremot enbart lägger vikt vid huruvida de olika brotten är begångna genom "samma handling", riskerar bedömningarna att bli mycket godtyckliga. Som påpekats tidigare finns det ju många exempel på att man genom samma handlande kan kränka flera skyddsintressen. Vidare är det inte endast skyddsintresset som spelar roll när man skall avgöra hur klandervärd gärningsmannen är. Flera brott kan kränka samma skyddsintresse men ha flera angreppsobjekt. Om gärningsmannen genom samma handlande kränker samma skyddsintresse, men angriper flera olika angreppsobjekt, finns det inget som säger att gärningsmannen nödvändigtvis är mindre klandervärd och förtjänar någon form av rabatt. Med en sådan tolkning leder *the one transaction rule* in i samma återvändsgränd, som när man i konkurrensläran väljer att hänga upp rabatter och strafflinding på distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens. Vidare kan inte *the one transaction rule* ge någon förklaring till hur rabatter vid reellt konkurrerande brott skall förklaras.

Sammantaget är det svårt att hävda att ett samband eller ett visst sammanhang ger någon fullgod generell förklaring till mängdrabatter. Det för svensk rätt enda egentligt relevanta argumentet består i intresset av att

---

med bedömningar i svensk rätt, där gärningarna visserligen är begångna inom samma gärningsenhet (interferensfall), men där gärningsmannen skall anses ha begått flera brott. Beträffande exemplen på hur man i engelsk rätt tillämpar *the one transaction rule*, se Thomas 1979 s. 54 ff.

[148] Emmins och Wasik behandlar två fall i vilka domstolen har beslutat att straffen skall verkställas parallellt (concurrent sentence). I det första fallet (*R v Hussain 1962*) dömdes gärningsmannen dels för innehav av hampa, dels för att ha befattat sig med preparatet i samband med avlastning från ett flygplan. I det andra fallet (*R v Coker 1984*) hade gärningsmannen attackerat en kvinna och slagit henne upprepade gånger i ansiktet, slitit av henne kläderna och antastat henne. Domstolen betonade att gärningarna var oupplösligt förenade med varandra – och samtidiga – varför straffen skulle verkställas parallellt. En jämförelse med svensk rätt ger vid handen att denna typ av brottslighet förmodligen skulle ha rensats ut på ett tidigare plan, nämligen i samband med att frågan om brottslighetskonkurrens hade avgjorts. Konkurrensen hade bedömts som skenbar eller i vart fall skulle gärningsmannen inte ha dömts för båda brotten på grund av att vissa gärningar bedöms som medbestraffade. Det finns emellertid andra omständigheter som kan påverka huruvida domstolen skall välja seriell eller parallell verkställighet. I vissa fall har den omständigheten att brotten utgör återfall medfört att domstolen – trots att det är fråga om samtidighet hos brotten – beslutat att straffen skall verkställas seriellt. Se närmare Emmins 1985 s. 121 f. och Wasik 2001 s. 148. För flera exempel på vad som anses utgöra "a single transaction", se Ashworth 2000 s. 222 ff.

undvika att samma omständigheter beaktas dubbelt vid straffmätningen. Som framgått löses denna typ av konkurrens på planet för brottslighetskonkurrens.

4.3.5.3 Rabatt på grund av gärningens karaktär

Jag har redan berört att man i tysk rätt tenderar att uppfatta viss brottslighet begången i ett sammanhang, eller där det finns ett samband mellan brotten, som ett uttryck för att gärningsmannen besitter en brottslig karaktär eller har en benägenhet att begå brott. En bedömning av gärningsmannens personlighet kan inte förklara mängdrabatter, eftersom det endast kan vara avsaknaden av en brottslig läggning eller personlighet som skulle kunna leda till lindrigare straff.

Om vi avstår från att uppställa ett krav på samband eller sammanhang, så är det tänkbart att mängdrabatter eller strafflindring kan ledas tillbaka till någon form av karaktärs- eller skuldbedömning. Utgångspunkten är i så fall att bedömningen skall inrikta sig på *gärningens* karaktär och inte så mycket på brottslighetens inre sammanhang och gärningsmannens personlighet. Jareborg – som främst diskuterar en annan förklaringsmodell (se nedan i avsnitt 4.3.5.5) – erinrar om att en bedömning av en persons gärningar bär vissa drag av en karaktärs*bedömning*. Därmed inte sagt att straffmätningen skall basera sig på gärningsmannens karaktärs*egenskaper*.[149] Den karaktärsbedömning som görs av gärningsmannen skall ske utifrån dennes *gärningar*. Poängen med att lägga vikt vid gärningsmannens karaktär är att man vid en moralisk bedömning av olika gärningar inte kan bortse från de "attityder, motiv och karaktärsdrag som gärningarna exemplifierar eller manifesterar".[150]

Viss ledning till hur detta argument skall förstås kan hämtas från Duff, som diskuterar straffrättsligt ansvar och karaktärsbedömningar. Duff väcker den utmanande tanken att det är möjligt att förena *å ena sidan* karaktärsbedömningar och *å andra sidan* liberala rättsstatliga ideal om en minimerad och begränsad rätt att påverka människors privatmoral, deras uppfattningar och åsikter samt vilka val de gör i livet. Normalt leder den sistnämnda inriktningen till att straffrätten fokuseras på den skadliga eller farliga *gärningen*, vilken i sin tur ytterst begränsas av den skuld som kommit till uttryck i denna. Duff anför emellertid:

> "Criminal law should be concerned with character, in particular with those aspects of character which constitute virtues or vices. First, what the law demands of us is not simply a set of discrete acts, but certain *dispositions:* of obedience to its rules, and of respect for the values it protects. This demands

[149] Jareborg 1999 s. 276, Jareborg & Zila 2000 s. 120 och Jareborg 2002 s. 71.
[150] Jareborg 1999 s. 276.

particular character traits: dispositions of thought, attitude, and motivation which enable us to respond appropriately to the law. Secondly, in so far as punishment has any corrective aim, what justifies punishment must be something about the offender that requires correction: this cannot be the particular past action or choice for which he was convicted; it must be an underlying, continuing character trait, revealed by his action. Thirdly, what makes my actions "mine", as their responsible agent, is their relationship to my character: they are mine to the extent that they flow from my character: the relationship between action and character is thus crucial if I am to be justly condemned and punished for what I do."[151]

Duffs betoning av karaktärsdrag och karaktärsbedömningar i straffrättsliga sammanhang kan förstås på olika sätt. Ett sätt är naturligtvis att uppfatta det som ett återintroducerade av de bedömningar av gärningsmannens – allmänt sett – (o)moraliska karaktär, vilket tillåter oss att typisera och generalisera gärningsmän utifrån vilka de är och inte utifrån vad de har gjort. Men Duff skall nog inte uppfattas på detta sätt. Han understryker att:

"The law is not a general moral inquisitor; it is concerned only with dangerous character traits which are liable to produce obviously harmful conduct."[152]

En farlig karaktär är emellertid inte tillräcklig. Det krävs därutöver att karaktären förenas med ett en gärning. Duff fortsätter:

"we should see criminal actions as *constitutive* of, and not merely as evidence for, the kinds of 'character trait' or 'disposition' which should concern the criminal law."[153]

"For what properly concerns the criminal law ... are the agent's practical attitudes *as manifested in and constituted by* her criminal actions."[154]

Vad det handlar om är istället – som Jareborg utvecklar det – att fästa vederbörlig uppmärksamhet vid gärningsmannens insikter, attityder och motiv, vilka ryms inom ramen för vad som inom straffrätten konstituerar personligt ansvar; dvs. gärningsmannens karaktär såsom den kommit till uttryck i gärningen innebärande att han har kränkt vissa värden och intressen.[155] Annorlunda uttryckt: gärningens karaktärsegenskaper.

Denna karaktärsbedömning är *kvalitativ* och inte kvantitativ, vilket innebär att vi inte kan dra några säkra slutsatser av gärningsmannens klandervärdhet utifrån hur många brott han har begått. Vad som främst är av intresse för denna karaktärsbedömning är vilken typ av värde eller

[151] Duff 1996 s. 178.
[152] Duff 1996 s. 179.
[153] Duff 1996 s. 188.
[154] Duff 1996 s. 189.
[155] Jareborg 1999 s. 276.

intresse som gärningsmannen har kränkt genom sitt handlande. Detta innebär dock inte att det vid straffmätningen är likgiltigt att flera brott har begåtts.

Karaktärsbedömningen får enligt Jareborg betydelse såtillvida att gärningsmannen, då det är fråga om brottslighet av ringa eller måttlig svårhetsgrad, aldrig kan bedömas lika strängt som vid viss annan brottslighet som i sig ger uttryck för en annan mer moraliskt förkastlig karaktär.[156] Detta gäller oavsett hur stort antal brott det är fråga om. Ett stort antal stölder kan exempelvis aldrig manifestera samma typ av likgiltighet inför vissa värden eller intressen som ett enda mycket allvarligt brott, vilket förklarar mängdrabatter då brott av måttlig svårhetsgrad skall bedömas tillsammans med mycket allvarlig brottslighet. Jareborg påpekar emellertid att det – utifrån ett moraliskt perspektiv – av samma skäl inte är givet att två våldtäkter skall bedömas som lindrigare än det dubbla straffet för ett av dem.[157] Han väcker vidare frågan om de istället kanske skall bedömas som svårare än summan av respektive brotts straffvärde.

Resonemanget vidareutvecklas inte, men av det sagda står det klart att en dylik karaktärsbedömning utgör ett argument *mot* att ge (stora) rabatter då gärningsmannen – genom att begå mycket allvarliga brott – har ådagalagt en karaktär som tyder på en likgiltighet mot att vissa värden och intressen kränks. Annorlunda uttryckt: det är ett argument för att ge fullt straff vid allvarliga brott och emot ett alltför långt drivet mängdrabattstänkande.

Därutöver ger karaktärsbedömningen en förklaring till varför flerfaldig brottslighet av måttlig eller ringa svårhetsgrad skall bedömas som mindre klandervärd än summan av vad de enskilda brotten anses förtjäna sett isolerade. Gärningsmannen har i dessa fall inte visat en kvalitativ likgiltighet som är jämförbar med ett allvarligt eller mycket allvarligt brott.

4.3.5.4 Rabatter som perspektivtänkande

Vi lämnar härmed de förklaringsmodeller, som bygger på att rabatter skall förklaras utifrån något samband mellan brotten eller relateras till gärningsmannens personlighet eller karaktär, och riktar blicken mot andra tänkbara modeller. Det finns anledning att lyfta fram en mer funktionalistisk iakttagelse som Bohnert har gjort i en artikel om mängdrabatt i tysk rätt.[158] Det skall märkas att Bohnert endast diskuterar problematiken med mängdrabatter rörande reellt konkurrerande brott vid s.k. Gesamtstrafenbildung (dvs. straffmätning i samband med att ett kollektivt straff

[156] Jareborg 1999 s. 276.
[157] Jareborg 1999 s. 276, Jareborg & Zila 2000 s. 120 och Jareborg 2002 s. 71.
[158] Bohnert 1993 s. 846–870.

utmäts) och således inte söker förklara straffmätning vid ideellt konkurrerande inom ramen för straffskalan för det allvarligaste brotten.

Bohnerts funktionalistiska analys tar ett omvänt grepp på problematiken vid straffmätning av flerfaldig brottslighet. Efter att ha underkänt i princip samtliga de förklaringar som har givits för varför det kollektiva straffet inte skall utmätas genom en addition av de enskilt utmätta straffen för respektive brott, konstaterar han att frågor om straffmätning vid flerfaldig (reellt konkurrerande) brottslighet inte bygger på teoretiska eller normativa resonemang, utan istället bör förklaras utifrån möjligheten att jämföra olika saker. Annorlunda utryckt: människors praktiska förmåga att se saker (i detta fall brottslighet) i perspektiv.[159]

Enligt Bohnert påverkas en domares bedömningar av fyra olika element, nämligen rumsliga relationer, tidsavståndet, brottslighetens kvantitet och dess kvalitet.[160] När det gäller frågan att värdera flerfaldig brottslighet menar han att det främst är kvalitets- och kvantitetselementen som är av betydelse.[161] Ett allvarligt brott gör t.ex. att ett annat brott framstår som lindrigare om de bedöms tillsammans. Kvaliteten på det allvarligare brottet medför att en domare ser det mindre allvarliga brottet ur ett annat perspektiv än om detta bedömts isolerat. På samma sätt kan ett brott framstå som lindrigare om det bedöms tillsammans med ett stort antal andra brott. Mängden brottslighet resulterar i att ytterligare brott inte framstår som lika allvarliga som de hade gjort om de hade bedömts vart för sig. En likgiltighet inför antalet förövade brott kan således sägas uppstå efter ett visst antal brott. Sammanfattningsvis kan sägas att domstolar får en viss distans till brottsligheten beroende på i vilket sammanhang den bedöms. Denna ståndpunkt överensstämmer ganska väl med den bild av praxis som målas upp av författarna till brottsbalkskommentaren.

Bohnerts slutsats är att proportionalitet vid brottsflerhet är formell och inte avhängig materiella eller normativa bedömningar rörande gärningen och gärningsmannens skuld.[162] Det finns enligt Bohnert ingen gemensam gärning eller gemensam skuld som ett gemensamt straff kan baseras på.[163]

[159] Bohnert 1993 s. 859.
[160] Bohnert 1993 s. 861.
[161] Enligt Bohnert påverkas intresset att döma en person för ett brott av bl.a. det *faktiska avståndet* till brottet. Ett brott begånget i t.ex. Chile är av mindre intresse – eller uppfattas som mindre betydelsefullt – för en tysk domstol än ett brott begånget i Tyskland. På samma sätt fungerar *tiden* som en viktigt faktor. Ju längre tillbaka i tiden ett brott ligger, desto mindre intresse har en domstol att lagföra den dömde. Dessa två element i perspektivhänseende gäller för all straffmätning, dvs. även då man har att göra med enkel brottslighet. Därutöver påverkas våra bedömningar av en kvalitativ och en kvantitativ relation. Se Bohnert 1993 s. 862 ff.
[162] Bohnert 1993 s. 860 f.
[163] Bohnert 1993 s. 856.

Jareborg tillbakavisar denna förklaring på den grunden att den inte har något värde om man vill förklara varför mängdrabatter *bör* finnas.[164] Dvs. ur ett normativt perspektiv tillför perspektivförklaringen inget svar på frågan vilka de goda skälen är för att ge mängdrabatt (såvida man inte menar att avstånd eller skillnader i tid, rum, kvantitet och kvalitet bör påverka straffvärdet).[165] Om Bohnerts slutsats och motivering skulle överföras på den svenska regleringen, skulle det vara ett direkt underkännande av hela proportionalitetsprincipen. Proportionalitet skulle i enlighet med nuvarande reglering gälla vid straffmätning av enskilda brott, men så snart det är fråga om flerfaldig brottslighet upphör kraven på att straffen skall utmätas proportionellt. Att nöja sig med en sådan slutsats skulle vidare undergräva hela min inledningsvis gjorda definition av rationalitet inom systemet.

Det finns ytterligare kritik att rikta mot Bohnerts slutsats. En avgörande invändning är han egentligen är lika normativ i sitt perspektivtänkande som övriga upphovsmän till olika förklaringsmodeller. Bohnert anför nämligen till stöd för sin perspektivförklaring att syftet med att se saker (i detta fall brott) i perspektiv är att åstadkomma ett visst mål, nämligen ett rimligt slutresultat vid straffmätningen. I detta avseende tar han de facto ställning. Han konstaterar att det är "naturligt" att se saker i perspektiv.[166] Om så är fallet borde man väl följaktligen ha en reglering av straffmätningen som möjliggör ett sådant synsätt samt undersöka i vilken utsträckning som dessa perspektiv verkligen har goda skäl för sig. Bohnert accepterar en normativ teori som begränsar straffbestämningen på straffskalenivå och de praktiska resultat som asperationsprincipen medför. Motiveringen är att det är "naturligt". Det förefaller därför märkligt att han når slutsatsen, att den konkreta straffmätningsnivån vid flerfaldig brottslighet är formell och icke-normativ. Enligt min uppfattning är en tolkning att mängdrabatter baseras på att det är naturligt att se saker i perspektiv i sig en normativ ståndpunkt. Däremot innebär den i sig inte någon förklaring.

Det förtjänar att framhållas att Bohnert gör en rad intressanta och viktiga påpekanden, inte minst i sin kritik av de olika förklaringarna av mängdrabatter i tysk rätt. Bohnerts värdefulla bidrag till hur mängdrabatter skall förklaras skulle kunna göras ännu mer upplysande om han

[164] Jareborg 1999 s. 274.

[165] Vad gäller en av dessa faktorer – nämligen tidsaspekten – så kan det visserligen göras gällande att denna påverkar straffmätningen. Efter att viss (inte sällan avsevärd) tid har förflutit, kommer brottet som bekant att preskriberas. Detta kan i vart fall delvis förklaras med ett slags humanitetstänkande och intresset av att straffets fyller en (moraliskt) kommunikativ funktion.

[166] Bohnert 1993 s. 859.

istället för sin funktionalistiska modell accepterade att det visst handlar om proportionalitet, och vore beredd att se just *proportionaliteten* i ett annat perspektiv. Detta leder oss till nästa förklaringsmodell.

4.3.5.5 Rabatter och proportionalitet

Ett alternativ till att nöja sig med att konstatera att straffmätning vid brottsflerhet inte bygger på proportionalitet är naturligtvis att vända på antagandet: om vi antar att det handlar om proportionalitet, hur skall vi i så fall kunna förklara det?

Ett förslag till hur man kan förklara mängdrabatter normativt diskuteras av Jareborg, som undersökt i vilken utsträckning som mängdrabatter är förenliga med proportionalitetsideologin.[167] Jareborg tar sin utgångspunkt i hur principen om straffvärdeproportionalitet är beskaffad.[168] En sådan angreppsvinkel kräver att man skiljer mellan strikt (kumulerad) proportionalitet och proportionalitet vid en helhetsbedömning. Jareborg återknyter därefter till den i avsnitt 3.3 diskuterade skillnaden mellan absolut och relativ proportionalitet. Betraktat i ett systemexternt perspektiv utgår Jareborg från två premisser när det gäller att bestämma den allmänna repressionsnivån. Den första premissen avser att uppställa begränsningar för ett straffsystems övre gräns, varvid han konstaterar att elementär moralisk anständighet uppställer ett krav på att det måste finnas ett övre tak för hur mycket straff som vi kan acceptera oavsett hur mycket brottslighet som en domstol i ett fall har att bedöma.[169] Den andra premissen går ut på att straff måste innefatta någon form av klander som är någorlunda kännbart.[170]

Sett ur ett systeminternt perspektiv innebär dessa premisser att det måste finnas ett straffskalemaximum för den flerfaldiga brottsligheten, vilket sätter en bortre gräns för hur strängt flerfaldig brottslighet kan bedömas. Som jag har diskuterat i avsnitt 4.2 framgår denna gräns i svensk rätt av straffskalorna lästa i förening med BrB 25:6 och 26:2, vilka anger hur straffskalan för den flerfaldiga brottsligheten skall bestämmas.

[167] Jareborg 1999. Artikelns slutsatser återges i allt väsentligt i Jareborg & Zila 2000 s. 119 ff. För en version på engelska med postskriptum, se Jareborg 2002 s. 56 ff.

[168] Jareborg 1999 s. 275.

[169] Detta är den i avsnitt 3.3.2 nämnda *livet-är-kort-premissen*, se Jareborg 1999 s. 277.

[170] Jareborg kallar denna premiss för *spaghettistraffpremissen*. Premissen går ut på att det inte går att bemöta allvarliga brott med mycket lindriga sanktioner (som t.ex. att piska någon med litet kokt spaghetti), se Jareborg 1999 s. 277. Som jag har påpekat tidigare härrör inte kravet på att bestraffningen måste vara av viss dignitet från ett förtjänsttänkande i den bemärkelsen att gärningsmannen förtjänar ett visst mått av bestraffning uttryckt i absoluta termer.

Härigenom blir det klart att det aldrig är möjligt att generellt tillämpa en princip om strikt proportionalitet. Däremot måste det finnas utrymme att uttrycka att flerfaldig brottslighet bedöms som allvarligare än enkel brottlighet.

Vad därefter gäller frågan hur man skall förhålla sig till straffmätningen inom de gränser som de två premisserna uppställer övergår Jareborg till den relativa proportionaliteten och intresset av att kunna rangordna brott inom det begränsade området (dvs. den anvisade straffskalan). Frågan är således hur man skall mäta straff inom utrymmet mellan straffminimum och straffmaximum.

Jareborg anger att det finns två alternativa sätt att angripa problemet. Man kan tillämpa strikt proportionalitet inom den tillämpliga straffskalan. Rabatter ges endast efter att man uppnått maximum för den samlade brottsligheten. Alternativt ges rabatter redan från och med det andra brottet. Det mest allvarliga brottet bildar utgångspunkt. Vid straffmätningen av detta brott ges ingen rabatt. Däremot låter man bedömningen av den övriga brottsligheten påverkas av det faktum att straffskalan är begränsad. Jareborg föredrar det senare alternativet med hänvisning till humanitetsprincipen samt att det bättre tillgodoser kravet på relativ proportionalitet.[171]

Enligt min mening finns det goda skäl för Jareborgs uppfattning att man – inom den tillämpliga straffskalan – bör undvika en kumulerad straffmätning, varigenom rabatter ges först efter att straffskalans maximum har uppnåtts. Rabatter bör ges redan från och med andra brottet. Skälen härför är flera.

För det första torde följden av en kumulativ straffmätning inledningsvis bli en allmän repressionsökning. En ordning med att ge rabatter redan från början torde bättre överensstämma med hur flerfaldig brottslighet behandlas systeminternt i ett svenskt perspektiv.

För det andra försvårar en kumulerad straffmätning möjligheterna att ta hänsyn till principen om relativ proportionalitet. Enligt vad jag tidigare sagt fordrar relativ proportionalitet att vi kan rangordna brott – och kombinationer av olika brott – i förhållande till varandra samt att denna rangordning någorlunda väl uttrycker hur mycket mer straffvärd viss brottslighet är i förhållande till annan (*spridningsargumentet*).[172] Eftersom straffskalan är begränsad, står det klart att vi för att kunna upprätthålla möjligheten att rangordna endast bör tillåta straffet att öka försiktigt. I annat fall kommer vi snabbt att nå straffskalemaximum och därmed förlora möjligheten att uttrycka att någon annan brottslighet (i någon

[171] Jareborg 1999 s. 278.
[172] Se von Hirsch 2001 s. 58.

annan brottskombination) är mera straffvärd. Vidare skulle en obegränsad kumulation – t.ex. vid vissa brottskombinationer av relativt lindrig brottslighet – innebära att brotten, bedömda tillsammans, skulle framstå som mer klandervärda än ett fall av allvarlig brottslighet. Man kan t.ex. tänka sig att en strikt proportionell bedömning av ett antal stölder snabbt åsattes samma straffvärde som en grov misshandel eller en våldtäkt. I så fall förutsätts det att man kan motivera att en brottskombination bestående av ett antal tillgreppsbrott är lika klandervärda som ett grovt vålds- eller sexualbrott, vilket torde vara svårt.[173] Ännu en gång ser vi att rangordningen mellan brott förutsätter att straffmätningskurvan inte kan tillåtas stiga utan att hänsyn tas till den relativa proportionaliteten och rangordningen mellan brottstyper.

Den inte oväsentliga konsekvensen av att proportionalitet skall förstås som "proportionalitet utifrån en helhetsbedömning" (och inte som "strikt proportionalitet utifrån respektive brotts straffvärde") är att man delvis flyttar perspektivet från de enskilda gärningarna till vad gärningsmannen har gjort som en helhet. Detta implicerar att det inte behöver vara av direkt betydelse hur många brott som domstolen har att bedöma. Om man uppmärksammar att bestraffning ger uttryck för klander och att detta klander innefattar en moralisk bedömning, vars innehåll är att vi uttrycker ett ogillande, samt att klandret skall vara proportionellt till brottet (dvs. ogillandet av handlingen), finner vi att varje begånget brott bör mötas av någon form av klander. Därmed inte sagt att det behöver motsvara det straffvärde som utmätts för det enskilda brottet (eller mer korrekt: det straffvärde som skulle ha utmätts om brottet hade bedömts för sig).[174]

Jareborg är inte ensam om uppfattningen att proportionalitet måste uppfattas olika beroende på om vi diskuterar enkel eller flerfaldig brottslighet. Ashworth företräder en nära nog identisk uppfattning, vilken bygger på den andra principen inom engelsk rätt som reglerar straffbestämningen vid flerfaldig brottslighet, nämligen *the totality principle*.[175] Principen har framvuxit främst i praxis och anger att domstolar, efter att ha utmätt enskilda straff för respektive brott, är skyldiga att beakta relationen mellan det totala straffet och den sammanlagda brottsligheten. Det aggregerade straffet måste i förhållande till den samlade brottsligheten framstå som rättvist och adekvat ("just and appropriate").[176] Huruvida detta är förenligt med proportionalitets- och/eller förtjänstideologiska

[173] För liknande iakttagelser i engelsk rätt, se Ashworth 2000 s. 227.
[174] Se även Robinson 1987 s. 46.
[175] Den första principen för straffbestämning av flerfaldig brottslighet i engelsk rätt består av den i avsnitt 4.3.5.2 diskuterade *the one transaction rule*.
[176] Thomas 1979 s. 56 och Ashworth 2000 s. 226.

överväganden beror på vad man anser vara rättvist och adekvat vid flerfaldig brottslighet samt på vilka grunder som det totala straffet eventuellt skall korrigeras.

Enligt Thomas framgår av domstolspraxis att det finns två funktioner hos *the totality principle*. Den första innebär att domstolar föreläggs att företa en jämförelse mellan det kollektiva aggregerade straffet och den normala straffnivån för de mest allvarliga brotten som ingår som enskilda brott i brottskombinationen. Om det kollektiva straffet ligger betydligt över vad som brukar utdömas för det allvarligaste brottet, så finns det anledning att korrigera det totala straffet i lindrande riktning, dvs. ge en rabatt.[177] Den andra funktionen är att komma tillrätta med situationer där domstolen har utdömt ett strängt straff mot en person som på individualpreventiva grunder kan förväntas rehabiliteras eller liknande. *The totality principle* anger då att individualpreventiva hänsyn eller möjligen billighetshänsyn skall tas vid straffbestämningen. Denna funktion gör den ointressant om man skall förena mängdrabatter med straffvärdeproportionalitet.[178]

Vad Thomas anger som den första funktionen är däremot tydligt förenligt med principen om relativ proportionalitet och behovet av att kunna rangordna olika brottskombinationer i förhållande till varandra.

Ashworth ifrågasätter dock hur långt dessa jämförelser sträcker sig.[179] Han konstaterar att jämförelser mellan olika brott och brottskombinationer säger oss att ett enstaka inbrott aldrig kan bedömas som lika allvarligt och straffvärt som en våldtäkt. Men om en våldtäkt jämförs med fyra inbrott eller ett stort antal bagatellbrott, vad är det som säger oss att detta inte är lika straffvärt, bortsett från att det skulle strida mot "sunt förnuft"? Ashworths slutsats är att flerfaldig bagatellbrottslighet i ett moraliskt perspektiv aldrig kan bli jämförbar med ett mycket allvarligt brott. Men detta leder endast till att vissa vaga begränsningar uppställs för hur brottskombinationer skall jämföras (och för hur rabatter måste ges). Det är inte till mycket hjälp för den domare som i ett enskilt fall skall bedöma flerfaldig brottslighet.

När man diskuterar om ett kollektivt straff är "just and appropriate" är det viktigt att precisera vad jämförelsen avser. Det finns flera uppfattningar representerade. Ashworth utgår från att man jämför den aktuella brottskombinationen med andra – faktiska eller förgivna – brott eller

[177] Korrigeringen av det kollektiva straffet kan ske på flera sätt. Domstolen kan besluta att straffen skall verkställas parallellt, vilket – som påpekats tidigare – innebär att straffen för samtliga brott absorberas av det svåraste straffet. Men domstolen kan även lindra själva straffmätningen vid utdömandet av det totala straffet. Se Thomas 1979 s. 57.

[178] Thomas 1979 s. 57 f.

[179] Ashworth 2000 s. 227.

brottskombinationer. I så fall ställs det kollektiva straffet mot alla andra brottstyper och de straff som de normalt sett föranleder. Detta innebär att vissa brottstyper, som t.ex. enkla tillgreppsbrott, aldrig får bedömas som lika allvarliga som ett mord. Enligt Ashworth tillämpas *the totality principle* i engelsk praxis på detta sätt.[180]

Som Wells påpekar är det viktigt att uppmärksamma att detta inte är samma typ av jämförelse som görs om man frågar sig om det totala straffet är adekvat (eller för strängt) i förhållande till vad gärningsmannen – genom sitt handlande – faktiskt har gjort. Hon anger:

> "It is one thing to say that, even though all the sentences are appropriate and proportionate to the individual offences and rightly made cumulative, the total is excessive by reference to a more serious offence; it is quite another to say that, in same circumstances, the total is excessive in relation to the total conduct involved. If the sentence is reduced because it exceeds the normal range of sentences for a more serious offence, it does not necessarily follow that the reduced sentence is proportionate to the total conduct."[181]

Slutsatsen blir således att det är något annat att avgöra vad som utgör proportionell bestraffning då vi jämför brott och brottskombinationer med varandra, än att avgöra vad som är proportionell bestraffning av ett visst brott. Om detta accepteras kan vi hävda att principen om mängdrabatt är förenlig med proportionalitetsprincipen trots att den innebär att straffvärdet för varje enskilt brott inte ges motsvarande betydelse (i absoluta mått) när det mäts ut tillsammans med annan brottslighet.

En fråga som återstår att ta ställning till är huruvida principen om mängdrabatt gäller generellt vid all typ av brottslighet eller inte. Saken är komplicerad.

Av Jareborgs diskussion framgår inte explicit att brottsligheten måste vara av viss beskaffenhet – kvantitativt eller kvalitativt – för att mängdrabatt skall ges. Däremot anges att de problematiska fallen avser situationer då två brott av likartad svårhet skall bedömas tillsammans.[182] Detta överensstämmer med den i kommentaren redovisade uppfattningen.[183] Vad

[180] Ashworth konstaterar dock att jämförelserna i engelsk praxis tenderar att göras mellan det kollektiva straffet och svårare brott i allmänhet, se Ashworth 2000 s. 231 f. Ett problem med Ashworths ståndpunkt kan vara att det är oklart vad det adekvata straffet för brottslighet av det slag som det är fråga om ("in the range appropriate to that type of offence") egentligen innebär. Se Bottoms 1998 s. 65 not 39. För svenskt vidkommande torde det emellertid inte vara något större problem. Utifrån straffskalor, standardfall, standardfaktorer och straffmätningspraxis torde det i de flesta fall vara möjligt att nå någon form av enighet om vad det adekvata straffet för en viss brottstyp anses vara.

[181] Wells 1992 s. 38.

[182] Jareborg 1999 s. 276 och Jareborg & Zila 2000 s. 120.

[183] Se KBrB III s. 29:16.

som är intressant är att respektive författare går åt olika håll. Enligt kommentaren torde störst rabatter ges vid brott med likartade och höga straffvärden. Vid t.ex. två fall av misshandelsbrott som vartdera förskyller fängelse i 1 år torde det vara "uteslutet att straffvärdet fördubblas".[184] Enligt Jareborg är det inte säkert att två brott av likartad svårhet skall föranleda lindrigare straff än det dubbla.[185] Argumentet bygger på det ovan diskuterade sambandet mellan straffvärdebedömningar och karaktärsbedömningar.

Ett sätt att vidareutveckla Jareborgs resonemang – vilket i så fall innebär att rabatter inte borde ges generellt – är att hävda att det kvalitativa elementet i den moraliska bedömningen vid allvarlig brottslighet inte är lika okänsligt för antalet brott. Det går inte att hävda att det efter hand blir likgiltigt hur många brott gärningsmannen har begått om brottsligheten är av viss beskaffenhet. Han kommer genom varje sådan gärning att visa en större grad av likgiltighet eller fientlig attityd och därmed anses vara mer klandervärd. Följaktligen skall ingen rabatt medges.

Ett annat sätt att försöka motivera varför rabatter inte borde ges om det är fråga om brott med höga straffvärden är att man skulle kunna hävda att det vid denna typ av brottslighet inte är lika angeläget att beakta den relativa proportionalitetens krav. Det saknas brott i en allvarligare kategori till vilket man kan relatera det ökade antalet brott. Tidigare framfördes tanken att en serie tillgreppsbrott aldrig fick bedömas som lika allvarligt som t.ex. en våldtäkt. När vi bedömer allvarligare brottslighet gäller inte motsvarande förhållande. Det finns så att säga inga – eller i vart fall färre – brott (som har ett högre straffmaximum) kvar i förhållande till vilka man kan rangordna straffen. Efter två eller flera dråp har man kanske nått upp till en sådan klandervärdhet att det inte framstår som stötande om någon skulle ådömas maximalt straff.[186]

Om man lämnar den moraliska bedömningen och övergår till hur det allmänna rättsmedvetandet (om något sådant nu finns) ser på straffmätning vid flerfaldig brottslighet skulle man eventuellt kunna finna stöd för den tanke som Jareborg väcker. Ashworth hänvisar, i en liknande diskussion, till en undersökning som gjordes i Storbritannien angående den allmänna uppfattningen om flerfaldig brottslighets relativa straffvärde.[187]

[184] KBrB III s. 29:16.
[185] Jareborg 1999 s. 276.
[186] Det kan ju tänkas att antalet brott och brottslighetens svårhet efter hand leder till att det inte längre är möjligt att uttrycka någon annan värdering än att brottsligheten förtjänar det maximala straffet som kan utdömas. Se bl.a. RH 2002:70 (vilket avsåg ett stort antal våldtäkter och grova våldtäkter förövade av samma person under en period av drygt sex år).
[187] Ashworth 2000 s. 228.

Resultatet utvisade att två våldtäkter uppfattades som *minst* dubbelt så allvarligt som en våldtäkt.[188] Det är svårt att säga huruvida man kan dra några slutsatser utifrån en sådan undersökning annat än att den allmänna uppfattningen om straffmätningsfrågor inte alltid överensstämmer med hur straffmätningsregler tillämpas. Därmed är inget sagt om huruvida allmänhetens uppfattning är underbyggd av goda skäl eller några skäl överhuvudtaget.

Resultatet av det sagda är att det förblir oklart om principen om mängdrabatt gäller generellt. Såväl i praxis som i doktrinen kan man finna spår av att ingen straffreduktion sker vid viss brottslighet och att i vissa fall där reduktion sker, så ifrågasätts denna.

4.3.5.6 Rabatt som billighet, nåd eller barmhärtighet

Ett återkommande argument i litteraturen är att mängdrabattsfenomenet har något att göra med humanitet, barmhärtighet eller nåd. Jag har vid flera tillfällen ovan nämnt att det förekommer sådana argument i tyska och engelska förklaringsmodeller för varför straffmätningen vid flerfaldig brottslighet skall justeras i lindrande riktning. Flera tyska författare påpekar att vid den helhetsvärdering, som skall göras vid bildandet av ett kollektivt straff, hänsyn skall tas till straffets inverkan på den dömdes framtida liv,[189] dennes känslighet för att avtjäna straffet,[190] huruvida den dömde på något sätt har sökt att förebygga eller avhjälpa skadeverkningarna av brottet,[191] om det finns anledning att anta att den dömde skulle återanpassas till samhället bättre om han får ett lindigare straff[192] etc.

Hoflund har uppmärksammat att straffmätningen inte skall ske kumulativt inom den tillämpliga straffskalan och endast parentetiskt angivit att det förefaller som om det är billighetshänsyn som talar häremot.[193] Eftersom billighetsskälen i BrB 29:5 till viss del måste förklaras med någon form av humanitetstänkande är det givetvis en idé att även mängdrabattsprincipen bygger på – eller motiveras av – humanitetsprincipen.

Samtliga ovan nämnda skäl i tysk doktrin relaterar till olika billighets- eller skälighetsbedömningar. Billighetshänsyn kan emellertid ta sig olika uttryck. Man kan tänka sig att det är fråga om en generell skälighetsbe-

[188] Det skall framhållas att svaren kunde variera beroende på tidsutdräkten mellan de två brotten och huruvida de hade begåtts mot samma person eller inte, se Ashworth 2000 s. 228.
[189] Jescheck & Weigend 1996 s. 730.
[190] Baumann 1975 s. 691.
[191] Schäfer 1990 s. 192.
[192] Ashworth 2000 s. 229 och Thomas 1979 s. 57 f.
[193] Hoflund 1995 s. 108.

dömning som alltid skall göras i samband att domstolen mäter ut straff. Få författare på området har emellertid givit någon närmare förklaring till hur och varför dessa omständigheter skall påverka straffmätningen av flerfaldig brottslighet, och det är svårt att se att dessa omständigheter skulle kunna ge någon egentlig förklaring till det generella fenomenet med mängdrabatter.

Ett alternativt sätt att förena billighet och mängdrabatter är att i det konkreta fallet kräva särskilda omständigheter som motivering för att straffmätningen skall lindras på grund av billighet. Endast den som förtjänar nåd eller barmhärtighet bör få rabatt. De ovan nämnda omständigheterna är tydligt inriktade på olika individuella bedömningar i de konkreta fallen. I det följande kommer jag att endast behandla billighet i sistnämnda avseende.

En utveckling av tanken på att straffmätning vid flerfaldig brottslighet kan förklaras med billighet eller nåd ("mercy") finner man hos Bottoms.[194] Hans utgångspunkt är att det utifrån ett proportionalitetstänkande är problematiskt att förena, att straffmätningen skall bestämmas proportionellt utifrån gärningars skadlighet och den brottsliges skuld med att domstolar skall tillse att det totala straffet inte blir oskäligt strängt. Trots att engelska domstolar – enligt Bottoms – har accepterat att straffmätningen vid flerfaldig lindrig brottslighet inte får bli så sträng att den överstiger straffmätningen för ett allvarligt brott (dvs. principen om relativ proportionalitet), verkar det som om han menar att ett proportionalitetstänkande inte erbjuder någon tillräcklig förklaring till varför rabatter skall ges (eller varför det totala straffet i vissa fall måste sättas ned).[195] Bottoms tillgriper istället en förklaringsmodell baserad på att rabatter skall motiveras utifrån intresset att visa nåd, barmhärtighet eller billighet. Han utgår från vad han kallar *the principle of mercy*.

Med "mercy" avser Bottoms att hysa medkänsla med den dömde, vilket ger ett skäl att behandla den dömde lindrigare vid bestraffningen. Medkänsla bör visas alla dömda varför en sådan strafflinding inte kolliderar med likabehandlingsprincipen eller andra rättvisehänsyn.[196] "The principle of mercy" utgör på detta sätt en generell *möjlighet* till att visa barmhärtighet och nåd vid straffmätningen. Alla som förtjänar nåd skall få sådan vid straffbestämningen. Men frågan kvarstår: när är det rationellt att visa nåd? När förtjänar den dömde en lindrigare bedömning av den samlade flerfaldiga brottsligheten?

[194] Se närmare Bottoms 1998 s. 63–70.
[195] Bottoms 1998 s. 65 ff.
[196] Se även Lucas 1980 s. 9.

Bottoms anger att domaren utifrån ett antal givna riktlinjer skall kunna undvika resultat som framstår som orättvisa eller olämpliga.[197] Frågan skulle således inte överlämnas till domstolens eget gottfinnande utan istället avgöras utifrån särskilda kriterier.[198] Möjligheten till barmhärtighet skall vidare vara öppen för alla som uppfyller kriterierna. Hur dylika kriterier skulle utformas anger Bottoms inte närmare.[199] Han hänvisar emellertid till en artikel av Harrison, som anger att frågor om när nåd skall ges, skall besvaras genom att domare använder sin upptränade förmåga att beakta olika rationella skäl i individuella fall.[200]

Sammanfattningsvis skulle mängdrabatter förklaras av att domare utvecklar någon form av kriterier för att avgöra när kollektiva straff i enskilda fall blir oskäligt stränga, varvid domare visar nåd och barmhärtighet och nedsätter straffet.

Resonemanget är problematiskt ur flera aspekter. För det första bortser Bottoms från distinktionen mellan absolut och relativ proportionalitet och underkänner, på ett orättvist sätt, proportionalitetsprincipens förklaringsvärde vad gäller mängdrabatter. För det andra tror jag att han underskattar problemen med den av honom anvisade modellen. Att särskilda hänsyn skall tas till oskäliga resultat vid bestraffningen framgår av bl.a. BrB 29:5. *The principle of mercy* är således inte på något sätt irrelevant vid straffbestämningen. Tvärtom överstämmer den ju i allt väsentligt med vad jag tidigare har sagt om humanitetsprincipens betydelse för straffbestämningen (allt under förutsättning att kriterierna vilar på goda skäl som är generellt tillämpliga). Men i detta sammanhang diskuterar vi främst fenomenet med mängdrabatter och strafflindring vid flerfaldig brottslighet och då tror jag att humanitetsprincipen endast kan spela en begränsad – och *begränsande* – roll.

Problemen med att knyta upp frågan om mängdrabatt vid flerfaldig brottslighet till individuella bedömningar av skälighet eller nåd är flera. Det finns en uppenbar risk för att rättstillämpningen blir oenhetlig. Vissa personer som anses förtjäna nåd får påtagligt lägre straff än personer som inte förtjänar det. Härigenom riskerar man att hamna i konflikt med både proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen.

Om straffreduktion är förbehållen endast de brottslingar som anses förtjäna nåd eller billighet, är det klart att vi förlorar möjligheten att jäm-

[197] Bottoms 1998 s. 68. Se även Harrison 1992 s. 120 ff.

[198] Bottoms använder termen "guidelines", se Bottoms 1998 s. 69.

[199] Det är oklart om Bottoms anser att de skäl som åberopats av andra författare (till vilka han hänvisar) utgör sådana goda skäl som anger att principen skall tillämpas. Lucas anger bl.a. som exempel att nåd kan visas om den dömde visar ånger eller om det står klart att en lindrad dom inte skulle påverka den allmänpreventiva effekten. Se Lucas 1980 s. 9.

[200] Se Harrison 1992 s. 121 f.

föra straffvärdet hos olika brottskombinationer.[201] En förutsättning för att brottskombinationers relativa straffvärde skall kunna jämföras är att rabatter ges generellt. Genom att föra in en variabel i form av skälighetsbedömningar försvåras möjligheten att i efterhand kontrollera beslutsfattandet. Till sist förutsätter modellen att vi kan förklara varför just dessa billighetsskäl skall motivera att rabatter ges vid flerfaldig brottslighet.

Om vi antar att kriterierna för att ge mängdrabatt skulle likna dem som idag anses utgöra billighetsskäl för strafflindring, skulle rabatter ges om gärningsmannen t.ex. till följd av brottet drabbats av svår kroppsskada, sökt förebygga eller begränsa skadeverkningarna av brottet, drabbats av utvisning eller liknande. För engelska förhållanden skulle det vidare kunna vara av betydelse att den tilltalade har avslöjat eller angivit medbrottslingar. Klart är väl att dessa faktorer kan vara relevanta vid straffmätningen. Men dessa faktorer skall – åtminstone utifrån ett svenskt perspektiv – beaktas oavsett om det är fråga om flerfaldig brottslighet eller inte. Vilket förklaringsvärde de därutöver har vid straffmätning av flerfaldig brottslighet förblir oklart. Det är vidare svårt att förstå varför *endast* personer som anses vara särskilt utsatta, drabbas särskilt hårt av bestraffningen eller andra sanktioner eller på något sätt bidragit till att beivra eller minimera skadeverkningarna av brottet, skulle förtjäna att det totala straffet jämkas i enlighet med asperationsprincipens generella budskap. Det finns också en uppenbar risk att en sådan ordning – för svenska förhållanden – skulle resultera i en påtaglig ökning av repressionsnivån.

Med detta vill jag inte påstå att principen om relativ proportionalitet eller humanitetsprincipen ger oss helt fullödiga skäl till varför en enskild gärningsman inte skall erhålla ett straff som motsvarar de enskilda brottens straffvärde. Det är, som sagts, snarare pragmatiska konsekvensargument än normativa skäl, inriktade på varför någon "förtjänar" mindre bestraffning, som till sist blir avgörande. Eftersom Bottoms framlägger en alternativ modell som bygger på ett humanitets- eller billighetstänkande på det konkreta planet – relaterat till gärningsmannen – och inte på ett generellt och principiellt plan, blir min slutsats att hans modell för svenskt vidkommande inte har något förklaringsvärde vad gäller frågan varför mängdrabatter skall ges vid flerfaldig brottslighet. Det finns naturligtvis en koppling mellan billighetsskälen och asperationsprincipen så-

[201] Intressant att märka i sammanhanget är att Bottoms drar motsatt slutsats. Han hävdar att vägledningen blir mindre om man söker förklara mängdrabatter utifrån proportionalitetsideologin. Hans ståndpunkt kan förmodligen endast förklaras med att han *inte* anser att mängdrabatt generellt skall ges. Se Bottoms 1998 s. 68.

tillvida att båda bottnar i humanitetsprincipen. Längre än så torde inte billighetsskälen kunna erbjuda någon förklaring till fenomenet mängdrabatt. Som påvisats ovan lämnar emellertid inte humanitetsprincipen någon tillräcklig förklaring.

4.4 Val av påföljd och principen om gemensamt straff

4.4.1 Inledning

Vad som återstår att behandla i detta kapitel är frågor med anknytning till påföljdsvalet vid gemensamt straff. Grunderna efter vilka valet av påföljd vid flerfaldig brottslighet skall göras har berörts i avsnitt 3.5.

Slutsatserna av det resonemang som jag förde där var att principen om gemensamt straff dels anger att en gemensam straffmätning skall göras för den samlade brottsligheten, dels att valet av påföljd vid flerfaldig brottslighet skall resultera i en gemensam påföljd, vilken som huvudregel skall utmätas i en och samma strafform. I det följande avser jag att närmare undersöka vilka principer som styr lösningar på konkurrensproblematiken rörande val av påföljd vid flerfaldig brottslighet.

En terminologisk anmärkning skall inledningsvis göras. Eftersom val av påföljd avser val mellan olika enheter är det mindre lämpligt att tala om asperation i bemärkelsen "kuperad kumulation". Att välja en påföljd av visst slag, vilken därefter förenas med olika tilläggssanktioner, föreskrifter och dylikt kan inte sägas innebära att man först har adderat påföljderna för att därefter kupera kumulationen. Däremot torde det i vissa fall vara möjligt att tala om modifikation, eftersom med detta avses att man jämkar helhetsresultatet, vilket kan ske genom att man uppställer en särskild reglering för lösandet av konkurrenssituationen. Beträffande konkurrenslösningarna vid val av påföljd övergår jag därför till att använda de i avsnitt 1.3.2 använda beteckningarna *kumulation*, *urval* och *modifikation* på de möjliga lösningarna av konkurrensproblem.

4.4.2 Huvudregeln

Av BrB 30:3 st. 1 framgår att en gemensam påföljd skall bestämmas för den som döms för mer än ett brott om brottsligheten vid straffmätningen ligger på fängelsenivå och inte annat är föreskrivet.

Motsvarande bestämmelse beträffande bötesstraff, som skall mätas ut i dagsböter eller penningböter, finns i BrB 25:5. Huvudregeln om gemensam påföljd vid bötesstraff har två viktiga undantag. Enligt BrB 25:5 st. 3

skall inte *normerade böter* som skall bestämmas efter särskild beräkningsgrund eller *böter som inte får förvandlas till fängelse* omfattas av ett gemensamt bötesstraff. Till dessa undantag återkommer jag i avsnitt 4.4.3.

Utgångspunkten vid tillämpning av huvudregeln är således att domstolen redan har fastställt en gemensam straffskala för den samlade brottsligheten och gjort en gemensam straffmätning, varefter ett straffvärde (straffmätningsvärde) för den samlade brottsligheten finns. Utifrån den nya straffskalan och den samlade brottslighetens straffvärde skall därefter ett påföljdsval göras.

Det faktum att såväl straffmätningen som valet av påföljd görs enligt principen om gemensamt straff har vissa konsekvenser för vilka brott som kan omfattas av den gemensamma påföljden. Det avgörande är hur den gemensamma straffskalan ser ut, vilket bestäms av det svåraste av de högsta straff som kan följa på något av brotten.

Om den samlade brottslighetens straffvärde ligger på *fängelsenivå*, finns det inga hinder mot att bestämma påföljd för samliga brott i enlighet med BrB 30:4 även om viss brottslighet ligger på bötesnivå. Härigenom blir det således möjligt att bestämma påföljden till fängelse (eller en icke frihetsberövande påföljd) trots att det för viss del av brottsligheten inte är föreskrivet svårare straff än böter. Brottslighet med ett straffvärde på fängelsenivå absorberar således brottslighet på bötesnivå vid valet av påföljd. Det faktum att bötesbrottsligheten kommer att ges en marginell betydelse leder ofta till att den i praktiken konsumeras vad gäller såväl straffmätning som val av påföljd.[202] Viss vägledning rörande bötesbrottslighetens betydelse vid straffmätningen ges i BrB 26:2 st. 4, där det framgår att bötesstraff i samband med gemensamt straff skall motsvara fängelse i 14 dagar.

Om den samlade brottsligheten har ett straffvärde som ligger på *bötesnivå*, skall – på grund av att det enligt BrB 1:5 inte finns någon överlappning mellan straffskalan för böter och fängelse – ett gemensamt bötesstraff mätas ut i enlighet med en slutlig straffmätning. Undantaget är, som nämnts ovan, endast vissa speciella former av böter.

Av det sagda framgår att straffvärdet för varje enskilt brott normalt *inte* är av avgörande betydelse för frågan hur påföljdsvalet skall göras. Istället är det den gemensamma brottslighetens straffvärde som styr påföljdsvalet. Vidare framgår att huvudprincipen för lösandet av konkurrenssituationer rörande val av påföljd tycks vara *urvalsprincipen*. Eftersom påföljdsvalet skall utmynna i *en enhetlig påföljd* kan det inte sägas att konkurrenslös-

[202] Denna effekt uppmärksammades även i förarbetena till 1938 års reform, se SOU 1937:24 s. 74.

ningen är föremål för jämkning eller modifikation på det sätt som sker vid konstruktion av straffskala eller genomförande av straffmätning.

Utgångspunkten är således att den flerfaldiga brottsligheten har omvandlats till en enhet – uttryckt i ett gemensamt straffmätningsvärde – och omständigheterna vid respektive brott kan därefter i olika utsträckning påverka hur påföljden bestäms för denna enhet. *Hur* valet av påföljd görs (i bemärkelsen vilken påföljd som skall väljas) påverkas inte av principen om gemensamt straff eller det faktum att det är fråga om flerfaldig brottslighet.[203] Påföljd bestäms i enlighet med de allmänna reglerna för påföljdsbestämning som finns i BrB kap. 30. Normalt är det svåraste brottet som styr påföljdsvalet. Såtillvida överensstämmer den svenska regleringen och principen om gemensamt straff med vad som gäller i länder som använder sig av modellen med kollektivt straff.[204]

De olika brotten kan emellertid påverka valet av påföljd oavsett om de utgör "det svåraste brottet" eller inte. Detta är främst fallet då något av dem utgör ett s.k. artbrott och det förhållandet att det är fråga om återfall. Genom att dessa omständigheter talar för att påföljden skall bestämmas till fängelse kan ett brott som inte utgör "det svåraste" – vid sidan av att det påverkar straffvärdet på den samlade brottsligheten – ges ett betydande utrymme vid valet av påföljd.[205] Det sagda kan belysas med ett exempel.

Antag att en tidigare ostraffad person döms för dels ett grovt bedrägeri (BrB 9:3) som har ett straffvärde på 10 månader, dels ett fall av narkotikabrottslighet (NSL § 1), vilket har ett straffvärde på 2 månader. Eftersom narkotikabrott normalt sett är ett s.k. artbrott som skall följas av ett fängelsestraff, kan resultatet bli att påföljden bestäms till fängelse i 10 månader.[206] Om det grova bedrägeriet hade bedömts isolerat, skulle påföljden normalt ha bestämts till en icke frihetsberövande påföljd (eftersom bedrägeri enligt BrB 9:3 inte är ett artbrott). Det är således inte osannolikt att en domstol under dessa förhållanden skulle bestämma påföljden för hela brottsligheten till 10 månaders fängelse. Narkotikabrottet kommer att "smitta" påföljdsvalet för den samlade brottsligheten.

Liknande situationer kan uppkomma även vid återfallsbrottslighet. Situationen är här något annorlunda beroende på att det inte är helt klart efter vilka kriterier som återfall skall bedömas och i vilken utsträckning

[203] SOU 1956:55 s. 319.

[204] Se vad som tidigare har angivits i avsnitt 3.5 beträffande val av påföljd i tysk rätt och äldre svensk rätt.

[205] Att en sammanvägning av de olika skäl som talar för fängelse får göras framgår av förarbeten och praxis, se bl.a. SOU 1995:91 s. 130 och NJA 1992 s. 590.

[206] Vid bedömningen av straffvärdet har jag beaktat mängdrabattseffekten.

som återfallet skall få betydelse.[207] Det är emellertid inte uteslutet att ett återfall i brottslighet av relativt bagatellartad karaktär kan påverka påföljdsvalet för den samlade brottsligheten, vars straffvärde är betydligt högre. Konsekvensen blir att påföljden bestäms till fängelse även för brottslighet med vilket återfallet kanske inte har något att göra (tidsmässigt, i svårhetshänseende eller karaktärsmässigt). Det existerar emellertid viktiga undantag från huvudregeln om val av gemensam påföljd. Dessa behandlas nedan under avsnitt 4.4.3.

Den nu beskrivna huvudregeln förefaller vara enkel. En fråga som uppkommer i sammanhanget är emellertid huruvida bestämmelsen i BrB 30:3 st. 1 verkligen utgör en renodlad tillämpning av urvalsprincipen vid valet av (gemensam) påföljd i den bemärkelsen att det är fråga om endast en påföljd. Enligt min mening kan det i vart fall diskuteras om det inte i vissa fall snarare är fråga om någon form av modifikation. De situationer jag har i åtanke är då påföljden bestäms till en icke frihetsberövande påföljd. Vad som sägs i det följande gäller naturligtvis även om en icke frihetsberövande påföljd utdöms vid enkel brottslighet.

Rena fängelse- eller bötesstraff vid flerfaldig brottslighet innebär – såvida inte något undantag tillämpas – att det svåraste straffet styr valet av påföljd. Utifrån detta synsätt kan man på ett övergripande plan säga att straffet alltid utmäts endast i böter eller fängelse och att det faktum att ett sådant straff därefter ersätts med ett alternativ till fängelse inte påverkar att det är fråga om ett straff för flera brott, varför det alltid kommer att bli fråga om tillämpning av någon form av urval.

Ett annat sätt att betrakta systemet är att säga att enligt presumtionen mot fängelse i BrB 30:4 skall alltid en annan påföljd än fängelse väljas i första hand, varför utmätandet av straff i fängelse och böter endast avser straffmätningsnivån. Vid valet av påföljd skall som huvudregel en icke frihetsberövande påföljd väljas. Det är i samband med detta val som jag menar att det kan diskuteras om påföljdsbestämningen verkligen resulterar i *en* påföljd.

[207] I förarbetena hänvisade departementschefen till de dåvarande kriterierna i BrB 34:4 avseende förverkande av villkorligt medgiven frihet, nämligen i vad mån brottsligheten varit likartad, i båda fallen allvarlig samt tidsfaktorn, se Prop. 1987/88:120 s. 101. HD har vidare i NJA 1995 s. 35 beaktat de i BrB 29:4 angivna kriterierna. Vad som förblir oklart är i vilken utsträckning som återfallet får påverka påföljdsvalet samt hur kriterierna skall ges betydelse. En rad frågor uppstår om den nya brottsligheten skall ställas i relation till tidigare brottslighet som endast har ett svagt samband med den nya. Krävs det t.ex. att all ny brottslighet är likartad med tidigare brottslighet för att påföljden skall bestämmas till fängelse? Vad gäller om återfallet endast avser mindre allvarlig brottslighet? Krävs det att samtliga brott är allvarliga? Hur lång tid kan passera mellan de olika brotten för att ett återfall skall anses vara relevant? Skall tiden mätas från den tidigare brottsligheten eller det tidigare domstillfället?

Systematiskt är det klart att en icke frihetsberövande påföljd betraktas såsom en enhetlig påföljd. Men mot bakgrund av de stora möjligheterna att kombinera olika sanktioner inom ramen för vad som utgör "en" sådan påföljd, väcks tanken att valet av påföljd i dessa fall lika väl kan uppfattas som en form av modifikation. De icke frihetsberövande påföljdernas elastiska struktur och stora kombinationsmöjligheter medför att det i vissa avseenden kan ifrågasättas om inte enhetligheten i påföljdsvalet är en fiktion. Vad som anses utgöra *en* påföljd består egentligen av flera olika delpåföljder, vilka inte sällan skulle kunna utgöra separata och självständiga påföljder. En villkorlig dom eller skyddstillsyn kan ju t.ex. bestå i en huvudpåföljd, vilken kompletteras av en rad olika tilläggssanktioner beroende på hur den samlade brottsligheten ser ut. Låt oss belysa detta med några exempel.

Enligt BrB 30:8 skall en **villkorlig dom** förenas med dagsböter såvida inte särskilda skäl talar emot.[208] Den dömde kommer härigenom att dels underkastas en självständig prövotid, dels åläggas att betala ett visst antal dagsböter. Bötesstraffet är ur teoretisk och systematisk synvinkel i dessa fall gemensamt för samtliga brott som gärningsmannens döms för och följaktligen inte ett separat straff för en viss del av brottsligheten. Å andra sidan skall det uppmärksammas att bötesstraffet och den villkorliga domen är två olika – och självständiga – påföljder, vilka enligt BrB 30:8 *förenas*. Annorlunda uttryckt: vid valet av påföljd tillämpas kumulationsprincipen. Detta påpekande stöds av det faktum att om huvudpåföljden (bestående i t.ex. villkorlig dom eller skyddstillsyn) sedermera undanröjs enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3, så kvarstår bötesstraffet.[209]

På motsatt vis förhåller det sig med olika förstärkande inslag som t.ex. föreskrifter, vilka förenas med den villkorliga domen. Dessa utgör en del av huvudpåföljden. Den viktigaste och mest ingripande formen av sådana föreskrifter utgörs av skyldighet att utföra samhällstjänst (BrB 30:7 st. 2).[210] Skyldighet att utföra samhällstjänst är följaktligen systematiskt att betrakta som en föreskrift i den villkorliga domen och inte som en separat påföljd, med vilken den icke frihetsberövande påföljden förenas. Härigenom står det klart att om den villkorliga domen undanröjs, så avser detta även föreskrifterna, varvid fortsatt verkställighet av t.ex. samhällstjänst inte skall äga rum.

[208] Angående dessa särskilda skäl, se utformningen på BrB 30:8 och KBrB III s. 30:68 f.
[209] Domstolen skall emellertid vid utdömande av det nya straffet beakta i vilken utsträckning som böterna har erlagts eller inte (BrB 34:5 st. 5 och BrB 34:6 st. 5), se KBrB III s. 34:30 och 34:33 f.
[210] Detsamma gäller dock för föreskrifter som meddelas med stöd av BrB 27:5.

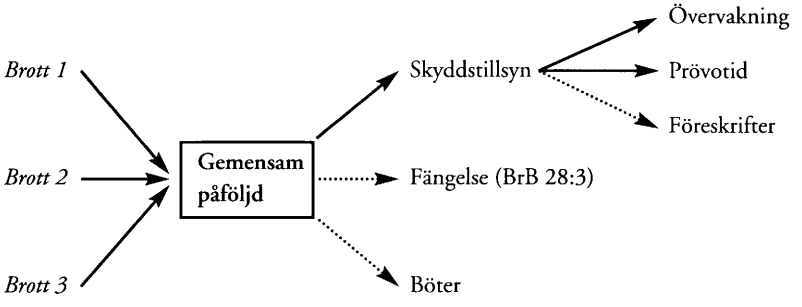
Även om ett bötesstraff enligt BrB 30:8 således skall uppfattas som ett (självständigt) gemensamt tilläggsstraff för hela brottsligheten, är det ur praktisk synvinkel – beträffande valet av påföljd – ingen egentlig skillnad mellan detta förfarande och att de två påföljderna utdöms separat för olika brott. Om böter som tilläggsstraff skall utmätas proportionellt till brottslighetens svårhet – vilket jag har hävdat att de skall – så blir den enda skillnaden att när bötesstraff används som tilläggssanktion baserar sig straffmätningen på hela den gemensamma brottsligheten och inte på vissa utvalda brott som – betraktade separat – förtjänar ett bötesstraff. Detta är emellertid en fråga om straffmätning. Beträffande valet av påföljd skulle man kunna utdöma ett separat bötesstraff för viss del av brottsligheten lika väl som man utdömer ett bötesstraff enligt BrB 30:8 för den samlade brottsligheten, vilket förenas med den villkorliga domen.

Om påföljden istället bestäms till **skyddstillsyn** får denna förenas med dagsböter, om det är påkallat med hänsyn till brottslighetens straffvärde, art eller den tilltalades tidigare brottslighet (BrB 28:2 och 30:10). Vidare består skyddstillsynen i sig normalt av flera moment. Bl.a. skall den dömde underkastas en prövotid om 3 år (BrB 28:4) och övervakning (BrB 28:5), vilket innebär en skyldighet att upprätthålla kontakt med en särskilt förordnad övervakare. Därutöver har domstolen stora möjligheter att i domen förordna att den dömde skall underkastas särskilda föreskrifter.[211] En skyddstillsyn kan t.o.m. förenas med ett kort fängelsestraff (BrB 28:3). Fängelsestraffet utgör också en separat påföljd, vilken förenas med skyddstillsynen. På samma sätt som beträffande böter utgör s.k. 28:3-fängelse ett gemensamt tilläggsstraff för den samlade brottsligheten. Men om skyddstillsynen undanröjs, kommer ett undanröjande – till skillnad från ett utdömt bötesstraff – att omfatta även fängelsestraffet (BrB 34:1 st. 2).[212] Denna skillnad är endast systematisk. I praktiskt hänseende är det att betrakta som ett "vanligt" fängelsestraff på bestämd tid och verkställs således på samma sätt, dock med den väsentliga skillnaden att villkorlig frigivning inte kommer ifråga (BrB 26:6 st. 2).

Denna korta exemplifiering av kombinationspåföljder visar att vad som egentligen utgör *en* påföljd mycket väl kan bestå i ett relativt stort antal kombinerade sanktioner (tilläggspåföljder, föreskrifter etc.). Strukturen på en gemensam påföljd kan därför beskrivas som – om uttrycket tillåts – ett slags kopplingscentral. Flera brott transformeras genom straffmätningen till en enhet, vilken därefter ådöms ett gemensamt straff som

[211] Se BrB 28:6 som hänvisar till BrB 26:15 och 27:5 samt därutöver BrB 30:9 st. 2 p. 4.
[212] KBrB III s. 34:14.

kan bestå i flera olika påföljder. Det sagda kan illustreras med följande bild. I exemplet används skyddstillsyn eftersom kombinationsmöjligheterna är större än vid villkorlig dom. (Med streckad pil skall förstås att tilläggssanktionen är möjlig att välja.)



Om man betraktar regleringen "under ytan", så är det egentligen inte fråga om någon användning av urvalslösningen på annat sätt än att de påföljder som teoretiskt sett skulle kunna utdömas för de enskilda brotten kanaliseras genom principen om gemensamt straff, varefter de olika delarna anses utgöra *en* gemensam påföljd. Denna påföljd kan emellertid bestå i flera olika repressiva eller rehabiliterande moment, vars omfattning beror på de enskilda brotten.

Man skulle således kunna säga att vid val av gemensam påföljd som utmynnar i en icke frihetsberövande påföljd tillämpas egentligen modifikationsprincipen. Urvalet får vid icke frihetsberövande påföljder främst betydelse för hur straffmätningen skall göras.

4.4.3 Undantag från huvudregeln

Huvudregeln i BrB 30:3 st. 1 kompletteras av en serie undantag som innebär att domstolen under vissa förhållanden äger frångå principen att en gemensam påföljd skall utdömas. Tillämpningssituationen ser i dessa fall ut på följande sätt.

Brott 1 ⟶ Påföljd 1 (böter/fängelse/icke frihetsberövande påföljder)

Brott 2 ⟶ Påföljd 2 (böter/fängelse/icke frihetsberövande påföljder)

Undantagsbestämmelserna innebär att domstolen utdömer helt separata påföljder för olika delar av brottsligheten. Påföljderna kommer därefter att verkställas parallellt och oberoende av varandra.

En fråga i sammanhanget är om uppdelningen av påföljdsvalet även gäller straffmätningsoperationen. Dvs. innebär tillämpning av någon av undantagsreglerna att kumulationsprincipen skall tillämpas även vid straffmätningen för de olika brotten? Denna fråga behandlas överhuvudtaget inte av lagstiftaren (i lagtexten eller förarbeten) eller i andra rättkällor, varför rättsläget får betraktas som oklart. Jag återkommer i avsnitt 5.4 till hur jag tror att situationen bör behandlas. I det följande övergår jag till att undersöka hur undantagen från principen om gemensamt straff närmare ser ut.

För det första finns – enligt BrB 30:3 st. 2 första meningen – möjlighet att utdöma böter för en viss del brottsligheten och en annan påföljd för den övriga brottsligheten. Detta kräver att det föreligger särskilda skäl. Möjligheten är avsedd att tillämpas i sådana fall då det anses vara av särskild vikt att visa att en förseelse inte passerar obeaktad vid påföljdsvalet.

I förarbetena har framhållits att utrymmet för att använda detta undantag är mycket begränsat.[213] Typexemplet torde vara böter som utdöms med anledning av rättegångsförseelser (RB 9:5). I förarbetena till 1938 års reform angavs inte annat än att det skulle vara "olämpligt" att använda gemensamt straff i dessa fall.[214] Man kan tänka sig flera skäl till varför vissa förseelser inte skall kunna absorberas av en annan påföljd. Närmast till hands ligger olika preventiva skäl. Genom att markera att vissa brott alltid bestraffas med ett särskilt bötesstraff syftar man till att uppnå en såväl individual- som allmänpreventiv avskräckande effekt.[215] Tanken bakom det nämnda exemplet med rättegångsförseelse måste vara att domstolen skall ha tillgång till ett verkningsfullt avskräckande medel i form av straffhot mot parter som under en rättegång uttalar sig otillbörligt eller liknande och därmed stör rättegången. I annat fall skulle den som med vetskap om att han med stor sannolikhet kan förvänta sig ett fängelsestraff eller annan påföljd obehindrat kunna störa processen utan

[213] SOU 1956:55 s. 322 f. Angående äldre motiveringar till denna bestämmelse, se SOU 1937:24 s. 70 f.

[214] SOU 1937:24 s. 77.

[215] Ursprungligen lades vikt vid om det fanns ett *samband* mellan de olika brotten. T.ex. ansågs det vara lämpligt att beträffande vissa ordningsförseelser som inte hade något samband med den övriga brottsligheten ådöma ett särskilt bötesstraff i syfte att motverka återfall. Skälet att dela upp påföljderna var således rent preventivt. Se närmare SOU 1956:55 s. 323 och NJA II 1938 s. 507.

att egentligen riskera ytterligare straff. Ett annat exempel utgörs av normerade böter till vilka vi återkommer nedan.[216]

För det andra får domstolen – enligt BrB 30:3 st. 2 andra meningen – i vissa fall utdöma fängelse för viss del av brottsligheten och villkorlig dom eller skyddstillsyn för brottsligheten i övrigt. Möjligheten att bestämma olika påföljd för olika delar av den samlade brottsligheten har funnits sedan tiden före BrB:s tillkomst. Syftet bakom denna bestämmelse kan inte vara någon annan än att möjliggöra att – i vissa fall – avstå från att utdöma ett längre fängelsestraff när skälen för fängelse egentligen endast är hänförliga till en mindre del av brottsligheten.[217] Denna situation kan uppstå om ett av brotten har ett lågt straffvärde, och det på grund av brottslighetens art (eller tidigare brottslighet) finns tillräckliga skäl att bestämma påföljden för detta till fängelse. Den nu diskuterade undantagsbestämmelsen möjliggör således att man undviker de smittoeffekter som jag har diskuterat ovan. I konkurrenshänseende innebär denna bestämmelse att domstolen avstår från att använda principen om gemensamt straff och istället tillämpar kumulationsprincipen, varvid två separata påföljder bestäms.

I vilken utsträckning som det är vanligt att domstolar tillämpar undantagsbestämmelsen i BrB 30:3 st. 2 andra meningen är svårt att uttala sig om. Det framgår inte av statistik hur ofta denna möjlighet används. En gissning är emellertid att det sker mycket sällan. Detta betyder dock inte att det inte ibland finns goda skäl att dela upp påföljdsbestämningen och tillämpa kumulationsprincipen i syfte att lösa konkurrensproblemet. Detta gäller i synnerhet om man vill begränsa konsekvenserna av att brottlighetens art tillåts påverka påföljdsvalet. I syfte att upprätthålla humanitetsprincipen torde kumulationsprincipen i dessa fall vara att föredra.

För det tredje finns – som redan nämnts – i BrB 25:5 st. 3 ett obligatoriskt undantag från att tillämpa principen om gemensamt bötesstraff, nämligen om det är fråga om *normerade böter* eller *böter som inte får förvandlas till fängelse*. Denna grupp av undantag har gällt sedan lång tid. Normerade böter förekom tidigare i relativt stor utsträckning, men spelar i dagsläget en mycket undanskymd roll vid påföljdsbestämningen.[218] Skälet för att dessa skall vara undantagna principen om gemensam påföljd har angivits vara att vikt skall läggas vid att den dömde drabbas av

[216] KBrB III s. 25:25.

[217] Se Jareborg & Zila 2000 s. 136 f.

[218] Se lagen (1919:426) om flottning i allmän farled § 77 enligt vilken "bot (vare) från och med fem till och med femtio öre för varje stycke flottgods, dock lägst tio kronor" och fiskelagen (1993:787) § 41 enligt vilken böterna skall bestämmas till "ett krontal som motsvarar lägst tio och högst femhundra gånger antalet kilowatt i motorerna på fiskefartyget".

en efter brottets objektiva beskaffenhet avpassad och i regel ganska kännbar påföljd.[219]

Det är att märka att bestämmelsen i BrB 25:5 st. 3 inte förutsätter att ett separat straff måste utdömas för de normerade böterna. Om den gemensamma påföljden skall bestämmas till något annat än böter finns inga hinder mot att låta ett brott på vilket normerade böter skall följa innefattas i det gemensamma straffet. Å andra sidan kan då undantagsregeln i BrB 30:3 st. 2 första meningen aktualiseras, om man anser att det finns särskilda skäl att tillämpa kumulationsprincipen och döma särskilt för det brott som förskyller normerade böter. Med hänsyn till att de brott för vilka normerade böter är föreskrivna är ytterst få till antalet och att undantaget endast gäller i vissa fall, har denna reglering ingen nämnvärd betydelse.

Vad som nu har sagts om normerade böter gäller även beträffande *böter som inte får förvandlas*. Till denna kategori hänförs dels sådana böter för vilka det är särskilt föreskrivet att förvandling inte får ske,[220] dels sådana böter som enligt BrB 30:6 utdömts för brott som har begåtts under inverkan av psykisk störning. Beträffande dessa bötesformer är undantaget absolut (Bötesverkställighetslagen (1979:189) § 22).

För det fjärde finns avslutningsvis ett undantag i BrB 25:5 st. 2 som stadgar att domstolen, om särskilda skäl föreligger, får utdöma penningböter för viss del av brottsligheten och dagsböter för den övriga brottsligheten. Stadgandet infördes 1991 och syftar till att möjliggöra att viss brottslighet bestraffas särskilt med penningböter om ett gemensamt straff skulle innebära ett orimligt resultat.

Skälet till att ett gemensamt (bötes)straff kan leda till orimliga resultat är relaterat till en straffvärdebedömning och emanerar från att de olika bötesformerna har olika beräkningsgrunder. Dagsböter utdöms i antal och storleken på dagsbotsbeloppet (30–1 000 kr) beräknas utifrån den dömdes inkomstförhållanden, förmögenhet, försörjningsskyldighet m.m. Penningböter bestäms direkt till ett i domen angivet belopp. Normalt bestäms beloppet för respektive förseelse enligt schabloner som fastställts av Riksåklagaren.

Dagsböter skall normalt vara att anse som en strängare påföljd än penningböter. Emellertid uppkommer situationer där ett gemensamt straff utmätt i dagsböter på grund av reglerna om beräkning av dagsboten kan leda till ett lindrigare straff än om den del av brottsligheten som förskyl-

[219] Se SOU 1937:24 s. 70 f. och SOU 1956:55 s. 320 f.

[220] Särskilda bestämmelser om att böter inte får förvandlas finns i en rad specialstraffrättsliga bestämmelser, se bl.a. lag (1973:18) om disciplinstraff för krigsmän § 5 och lag (1972:260) om internationellt samarbete rörande verkställighet av brottmålsdom § 36.

ler penningböter hade bestraffats särskilt. I förarbetena hänvisades till situationer med t.ex. ett förmögenhetsbrott som förskyller dagsböter och ett brott på trafikområdet som förskyller penningböter.[221]

Den skillnad som kan uppstå vid en jämförelse mellan å ena sidan värderingen av brottslighetens allvar och å andra sidan det totala straffets faktiska utfall, föranledde lagstiftaren att införa ett undantag från att i dessa situationer upprätthålla principen om gemensamt straff. Bötesstraff i form av penningböter och dagsböter kan följaktligen utdömas separat (och kumulerat) om detta leder till ett helhetsresultat som bättre överensstämmer med straffvärdet hos den samlade brottsligheten.[222] Vi ser här ännu en gång hur det är rena straffvärdebedömningar som motiverar vilken lösningsprincip som skall väljas i konkurrenssituationen.

4.4.4 Sammanfattning

Av vad jag har sagt i detta avsnitt följer att huvudregeln om att en gemensam påföljd skall väljas för den samlade brottsligheten innebär att de olika brotten sammanförs till en enhet, vilken därefter läggs till grund för ett gemensamt påföljdsval. På samma sätt som vid straffmätning av flerfaldig brottslighet sker ingen separat bedömning av vilken påföljd, varmed respektive brott skall bestraffas. Istället bestämmer domstolen direkt en gemensam påföljd för den samlade brottsligheten.

Normalt är det "det svåraste brottet" som styr valet av påföljd. Med det svåraste brottet avses det brott som har det högsta straffvärdet. Det finns emellertid ett betydande utrymme för domstolen att väga samman de olika omständigheter som talar för att påföljden skall bestämmas till ett fängelsestraff. Det svåraste brottet styr således inte ensamt valet av påföljd. Artomständigheter och förekomsten av tidigare brottslighet, vilka hänför sig till andra brott (inom den aktuella brottskombinationen) kan också påverka valet av påföljd. Härigenom kan olika omständigheter som endast är hänförliga till en viss del av brottsligheten komma att smitta hela påföljdsvalet.

Det torde vara klart att när domstolen tillämpar principen om gemensamt straff och utdömer en påföljd för den samlade brottsligheten tillämpas – på ett övergripande plan – urvalsprincipen. Jag har emellertid väckt tanken att "urval" i ordets rätta bemärkelse egentligen endast förekommer i samband med att påföljden bestäms till fängelse eller böter. Om man beaktar att de icke frihetsberövande påföljderna dels kan kombineras med olika tilläggsföreskrifter bestående i olika repressiva och rehabili-

[221] Prop. 1990/91:68 s. 123.
[222] Se närmare Prop. 1990/91:68 s. 99, 118 och 123.

terande inslag (varav vissa skulle kunna utgöra självständiga straff), dels kan förenas med separata bötesstraff, så finns belägg för att idén om en enhetlig påföljd vid påföljdsbestämningen egentligen inte upprätthålls annat än systematiskt. Under ytan består den gemensamma påföljden egentligen av en slags förening av olika påföljder och sanktioner. Om en icke frihetsberövande påföljd bestäms för flera brott, kan de olika brotten inom brottskombinationen påverka den gemensamma påföljden genom att olika tilläggssanktioner förenas med huvudpåföljden. Typexempel på detta är att viss del av brottsligheten – med hänsyn till dess art – föranleder att föreskrift om samhällstjänst eller att 28:3-fängelse anses böra förenas med huvudpåföljden. Såtillvida består även påföljdsvalet av en sammanläggning av olika påföljder, vilka därefter jämkas och justeras. Annorlunda uttryckt: en form av modifikation tillämpas. Även om påföljden är gemensam för hela den brottlighet för vilken gärningsmannen döms, så består påföljden av olika sanktioner, vilka har jämkats samman till en enhet. Det skall understrykas att jag nu endast talar om valet av påföljd.

Nu kan man visserligen hävda att det inte spelar så stor roll om en villkorlig dom eller skyddstillsyn beskrivs som en gemensam (enhetlig) påföljd eller som en påföljdskonstruktion bestående av olika kombinerade straff och påföljder. Jag tror emellertid att det finns en poäng med att uppmärksamma att påföljder, av det slag som det nu är fråga om, egentligen inte består i något enhetligt. Faktum är ju att man i de ovan diskuterade exemplen accepterar *parallell verkställighet* av en rad olika påföljder, straff och tilläggssanktioner. Det är givetvis inget konstigt i detta. De icke frihetsberövande påföljderna är till sin natur sådana att det är möjligt för en dömd person att verkställa dem trots att det innebär att prövotid, övervakning, kortare fängelsestraff och olika föreskrifter verkställs parallellt. Principen om gemensamt straff är i detta avseende i väsentlig grad urholkad när det gäller kravet på att påföljden skall vara enhetlig samt utdömas och verkställas i samma form. Det sist påpekade bekräftas vidare av de olika undantag som finns, varvid domstolen frångår huvudregeln om *en* gemensam påföljd.

5 Konfrontation

> Because of the wide variety of combinations of offence in particular cases, and the equally wide variations in the time-span of the offending with which the courts has to deal, it would be unwise to adopt too dogmatic an approach.
>
> On the other hand, this wide variation in the circumstances in which courts may be confronted with the problem of sentencing a multiple offender should not be allowed to stifle the search for general principles.
>
> *Andrew Ashworth*

5.1 Inledning

I det föregående kapitlet har jag lämnat en tämligen omfattande beskrivning av de tre grundläggande konkurrensproblemen som aktualiseras vid påföljdsbestämning när en person samtidigt skall dömas för flera brott. *Konstruktionen av straffskalor* har beskrivits som en abstrakt nivå, vilken främst sätter gränserna för påföljdsbestämningen (vid såväl enkel som flerfaldig brottslighet). Vid sidan av uppgiften att bestämma de övre och nedre gränserna för påföljdsbestämningen (uttryckt i straffminimum respektive straffmaximum), så är det på den abstrakta straffskalenivån som de allmänna principer anges efter vilka påföljdsbestämningen på det konkreta planet skall ske. *Straffmätning* och *val av påföljd* har beskrivits som två separata konkreta nivåer på vilka principerna tillämpas och preciseras. Om man så vill kan man säga att principen om gemensamt straff formuleras på den abstrakta straffskalenivån för att därefter preciseras och tillämpas konkret på nivåerna för straffmätning och val av påföljd.

I detta kapitel avser jag att analysera de olika lösningarna på konkurrensproblemen som har diskuterats i kapitel 4 samt analysera skälen

bakom regleringen. Kapitlet fyller härvid flera syften. Inledningsvis skall jag försöka påvisa att lösningsprinciper för konkurrensproblem på de enskilda konkreta nivåerna inte kan förstås utan att de i kapitel 3 diskuterade grundläggande principerna för påföljdsbestämning beaktas och ges utrymme. Detta är intimt förknippat med det i kapitel 2 uppställda syftet att påvisa att lösningsprinciper för påföljdsbestämning och konkurrensregleringen hänger ihop eller bör hänga ihop om systemet skall förbli rationellt. I detta avseende kan förevarande kapitel måhända ses som en sammanfattning och utvärdering av framställningen i kapitel 3 och 4.

Vidare avser jag att kritiskt granska de olika lösningsalternativen och förklaringsmodellerna som har givits för respektive alternativ och konfrontera dem med slutsatserna från avdelning I. I den mån som förändringar anses vara påkallade rörande dessa regleringar kommer förslag att läggas fram.

Jag vill ännu en gång understryka att jag inte kommer att diskutera ändringar rörande de allmänna straffmätnings- eller påföljdsvalsreglerna i BrB kap. 29–30. Utgångspunkten är nu, liksom tidigare, att denna reglering tas för given. Det är konkurrensfrågorna och deras lösningsprinciper som är föremål för undersökning.

5.2 Utformningen av straffskalor

5.2.1 Straffskalors betydelse för proportionalitet och humanitet

I avsnittet 4.2 diskuterade jag betydelsen av straffskalor och efter vilka principer dessa skall konstrueras dels för enkel brottslighet, dels för flerfaldig brottslighet. Som understrukits där är det på flera sätt av stor betydelse att straffbuden innehåller en angiven straffskala inom vilken straffmätningen skall ske.

Av principen om relativ proportionalitet följer att det bör finnas straffskalor för att kunna rangordna brottstyper i svårhetsgrad, vilket i sin tur förutsätter att de olika straffen graderas och rangordnas efter en skala. Brotten rangordnas genom att de tilldelas ett abstrakt straffvärde (uttryckt i straffminimum och straffmaximum).

Vidare är det viktigt att det finns övre gränser, så att man därigenom kan upprätthålla humanitetsprincipen och intresset av en allmän repressionsnivå som är måttlig och anständig. Utgångspunkten är att man inte skall tillgripa mer ingripande straff (varken till form eller omfattning) än vad som anses vara nödvändigt och att denna nivå måste vara rimlig. Det finns ännu en gång anledning att erinra om att det existerar givna be-

gränsningar. Om vi utgår från straffskalan för fängelse, så har vi endast en människas resterande livslängd att laborera med och denna är relativt kort.

Bortsett från att straffskalorna är av betydelse för våra möjligheter att behålla en måttlig repressionsnivå och möjliggöra en rangordning mellan brottstyper, så fyller de en funktion genom att de vägleder straffmätningen på den konkreta straffmätningsnivån. Genom att straffskalorna begränsas av reglerna i BrB 26:2 och BrB 25:6 är ramen för straffmätningen av den flerfaldiga brottsligheten given. Det är visserligen inte självklart att den vägledande principen på den abstrakta straffskalenivån måste tillämpas på den konkreta nivån. Att asperationsprincipen styr konstruktionen av straffskala enligt BrB 26:2 och 25:6 innebär inte att den måste tillämpas för att lösa konkurrensproblem på den konkreta straffmätningsnivån. Men man kan i vart fall konstatera att det, teoretiskt sett, är omöjligt att tillämpa en renodlad kumulationsprincip genom att straffskalan för flerfaldig brottslighet är låst på en viss nivå.

Vi kan här se hur en uppdelning av kompetensnivåer har skett beträffande straffrättens uppgifter. Fastställandet av vad som är straffbart och den abstrakta värderingen av en brottstyps straffvärde (konstruktionen av straffskala) ankommer på lagstiftaren att göra. Härigenom kan legalitetsprincipen upprätthållas. Därutöver tillgodoses intresset av att brott alltid bedöms inom samma ram, vilket gagnar intresset av en enhetlig rättstillämpning. Vidare kan lagstiftaren påverka hur denna straffskala skall användas genom att uppställa allmänna straffmätningsregler och olika brottsinterna eller brottsexterna försvårande eller förmildrande omständigheter.[1]

Här upphör emellertid lagstiftarens praktiska möjligheter att påverka straffnivåerna. Den konkreta straffmätningen har överlåtits till domstolarna. Vad som utgör en proportionell bestraffning ankommer ytterst på dessa att bestämma. Domstolarna tillåts – mot bakgrunden av ett krav på en enhetlig rättstillämpning – att självständigt värdera de olika moment som ingår i ett bevisat brottsligt händelseförlopp.[2] Härav följer att domstolar bör beakta det konkreta brottets relativa svårhet i förhållande till andra liknande brott. Detta förutsätter i sin tur att domstolar dels jämför brottet med andra konkreta bedömningar som gjorts av liknande fall, dels jämför med andra brottstyper med samma/liknande abstrakta straffvärde.[3] Proportionalitet skapas således genom en växelverkan mellan den abstrakta lagstiftarnivån och den konkreta domstolsnivån.

Sammanfattningsvis är straffskalor – för såväl enkel som flerfaldig brottslighet – helt oumbärliga för att man på ett praktiskt plan skall kunna

[1] Matningsdal 2002 s. 570 ff.
[2] Se även Matningsdal 2002 s. 569.
[3] Se Asp & von Hirsch 1999 s. 165.

upprätthålla proportionalitet samt få konkreta normer som kan tjäna som utgångspunkt för en rationell kritik av gällande rätt.[4] Likaså är det genom konstruktion av rimliga straffskalemaxima och rimliga sanktionsformer som vi på bästa sätt kan upprätthålla humanitetsprincipen. I allt väsentligt finns det goda skäl att behålla den ordning som sedan lång tid gäller i svensk rätt.

Samtidigt är det viktigt att framhålla att straffskalorna endast uttrycker det abstrakta straffvärdet för enskilda brottstyper och att lagstiftaren vid konstruktionen av dessa har utgått från att de återspeglar straffvärdet vid *enkel* brottslighet. Det finns således ett inneboende problem med att straffskalorna inte är utformade efter flerfaldig brottslighet. Det abstrakta straffvärdet för flerfaldig brottslighet måste utläsas ur det svåraste brottets straffskala utökad med vissa schablonartade tillägg som framgår av BrB 26:2 och 25:6. Jag återkommer till frågan huruvida dessa regler i tillräcklig utsträckning löser konkurrensproblemen på straffskalenivån.

5.2.2 Straffskalors betydelse för straffmätningen

Man kan fråga om straffskalorna fyller någon praktisk funktion. Enligt min mening är utformningen av straffskalor av betydelse för hur den konkreta straffmätningen görs både vad gäller enkel och flerfaldig brottslighet. Jag har tidigare påpekat att asperationsprincipen finns uttryckt endast i regleringen rörande konstruktionen av straffskala för flerfaldig brottslighet. Om straffskalorna för enkel brottslighet är vida, får domstolar och andra rättstillämpare en begränsad vägledning för den konkreta straffmätningen. Detta gäller såväl när man fastställer startpunkter för den konkreta straffmätningen i ett enskilt fall som när man har att jämföra olika brottstyper – och brottskombinationer – med varandra. Mycket av den relativa proportionaliteten riskerar att gå förlorad om straffskalorna har en alltför stor spännvidd, är alltför många och dessutom överlappar varandra. Följden av detta kan bli att det budskap som följer av asperationsprincipen i BrB 26:2 inte når fram, när domstolen skall väga samman olika kombinationer av brott i en och samma straffmätning.

Att eftersträva att straffskalorna verkligen uttrycker en brottstyps relativa straffvärde utgör således en mycket viktig del i upprätthållandet av principen om relativ proportionalitet. Av denna anledning skall man inte underskatta behovet av adekvata straffskalor och regler för hur straffskalor för flerfaldig brottslighet skall konstrueras. På den abstrakta nivån kan budskapet framstå som enbart symboliskt eller optiskt, men på straffmätningsnivån ges regleringen ett konkret innehåll.

[4] Jfr von Eyben 1950 s. 45 f. och 325 ff.

Jag har i avsnitt 4.2 antytt att straffskalorna i vissa avseenden kan betraktas som felkonstruerade, eftersom de innehåller delar som aldrig – teoretiskt sett – kan användas. I vissa fall beror detta på att straffskalorna för brott av olika svårhetsgrad överlappar varandra. I andra fall beror det på att andra skäl än intresset av straffvärdeproportionalitet har styrt utformningen. Att hela straffskalan inte används behöver inte vara fel. Det kan tänkas att anledningen till att den övre delen inte används är att den är avsedd för extrema fall som ytterst sällan (eller aldrig) aktualiseras. Men ofta torde det helt enkelt saknas fall som domstolar bedömer som så straffvärda att de förtjänar maximistraff, vilket beror på att brotten inordnas i en annan svårhetsgrad. Om straffskalorna skall ge vägledning för den konkreta straffmätningen, borde de i vissa avseende revideras.

Ju mer straffskalorna begränsas till att uttrycka ett abstrakt straffvärde, som motsvarar hur man i domstolpraxis bedömer brottstypen, desto starkare blir skälen för att verkligen stödja sig på asperationsprincipen vid flerfaldig brottslighet. Om de överflödiga delarna av straffskalorna tas bort och det abstrakta straffvärdet verkligen uttrycker hur straffvärd en viss brottstyp är, skulle detta med all sannolikhet innebära att många straffskalor blir snävare. I och med detta aktualiseras också behovet av att vid flerfaldig brottslighet kunna gå utanför straffmaximum för det svåraste brottet. Det nu sagda leder oss till frågan i vilken utsträckning som lagstiftaren, genom förändringar i straffskalorna, kan påverka den konkreta straffmätningen.[5]

Om lagstiftaren väljer att höja *straffskalemaximum* för en brottstyp, kan detta sända en rad olika budskap till rättstillämparen på den konkreta nivån. Ett första okontroversiellt budskap kan vara att brottslighetens abstrakta straffvärde är för lågt i förhållande till andra likartade brott. Flertalet av de allvarligare varianterna på ett brott kanske ligger nära straffskalemaximum, varför det finns ett behov av att ytterligare kunna differentiera straffvärdebedömningarna. Detta behov kan aktualiseras vid såväl enkel som flerfaldig brottslighet. Eftersom den övre delen av straffskalan överhuvudtaget inte används vid de allra flesta brotten, är behovet av dylika ändringar mycket litet.

Vanligare torde vara att domstolar och rättstillämpare i allmänhet uppfattar en höjning av straffskalan som en signal om att straffmätningen bör ändras i skärpande riktning. Det är inte ovanligt att lagstiftaren utsätts för

[5] När jag i det följande diskuterar lagstiftarens möjligheter att påverka straffmätningspraxis avses de lagstiftningsmöjligheter som står till buds. Beträffande motsvarade möjligheter i Norge, se Matningsdal 2002. Som Matningsdal påpekar borde det vara helt uteslutet att lagstiftaren – eller enskilda politiker – genom uttalanden i den allmänna debatten tillåts påverka straffmätningen i särskilda mål eller beträffande vissa brottstyper. Se även Matningsdal 2002 s. 581 f.

ett politiskt tryck att skärpa synen på en viss typ av brottslighet. Om så sker genom att straffskalorna för såväl enkel som flerfaldig brottslighet vidgas, kan rangordningen mellan brottstyper komma att påverkas. Vad lagstiftaren vill uppnå i dessa fall är inte en omvärdering av de svåraste fallen (eller de allvarligaste brottskombinationerna) utan att visa kriminalpolitisk handlingskraft eller att åstadkomma en generell höjning av den konkreta straffmätningen, vilken – enligt vad jag har påpekat i avsnitt 4.2.1 – normalt ligger i den nedre delen av straffskalan. Detta aktualiserar särskilt frågan om hur mängdrabatter skall hanteras.

Några konstitutionella hinder mot att lagstiftaren försöker påverka domstolens straffmätningspraxis finns inte. Däremot är det mycket tveksamt om lagstiftaren, utifrån de olika möjligheter som står till buds, verkligen kan uppnå några praktiska effekter. Om en domstol har ett ordinärt fall att bedöma – vilket utifrån tidigare praxis och i enlighet med gällande straffmätningsregler har ett visst straffmätningsvärde – kan man fråga hur detta påverkas av att lagstiftaren på den abstrakta nivån säger att det i och för sig finns brott eller brottskombinationer som är mer straffvärda än vad tidigare straffmaximum har givit uttryck för. Att man höjer straffskalemaximum för en brottstyp innebär noga taget inte annat än att man möjliggör för en uppvärdering av de mest extrema formerna av enkel och flerfaldig brottslighet. Det uttryckta straffskalemaximumet säger däremot inte särskilt mycket om hur brottsligheten (enkel eller flerfaldig) i den nedre delen av straffskalan skall bedömas. Den som förespråkar en ändrad syn på t.ex. mängdrabatter, kommer följaktligen inte särskilt långt med att justera den abstrakta straffskalan. Straffskalornas begränsning anger *att* rabatter måste ges, men säger inget om *hur* dessa skall beräknas.

Det kan naturligtvis tänkas att lagstiftaren genom att vidga straffskalan ger möjlighet för domstolar att i större utsträckning kumulera olika brotts respektive straffvärde. Men det torde inte vara straffskalornas begränsningar som är skälet till att man vill utsträcka straffskalorna för de enskilda brotten. Snarare handlar det om att man från lagstiftarhåll, i kriminalpolitiskt syfte, önskar markera att man ser allvarligare på en viss typ av brottslighet och av denna anledning vill höja den allmänna straffmätningsnivån för en viss brottstyp. Att utsträcka straffskalan i den övre delen borde – med tanke på vad som sagts ovan – vara ett verkningslöst medel för detta.[6] Det kan emellertid inte uteslutas att domstolar ändock uppfattar denna markering som en uppmaning att förändra straffmätningspraxis.

[6] Däremot finns det ju möjlighet för lagstiftaren att markera att en viss gärningstyp som faller under en viss brottsbeskrivning bör behandlas strängare eller lindrigare än vad som sker i praxis, nämligen genom att införa brottsinterna eller brottsexterna försvårande eller

Annorlunda förhåller det sig om lagstiftaren väljer att höja *straffminimum* för en viss brottstyp. Med en sådan åtgärd kan lagstiftaren enkelt förändra straffmätningspraxis genom att startpunkten för straffvärdebedömningen flyttas uppåt. Det är synnerligen svårt att säga om en sådan ändring får genomslag på hela straffskalan, dvs. om straffmätningen avseende samtliga brott därigenom kommer att bli högre. För att så kan bli fallet talar principen om relativ proportionalitet och principen om likabehandling. Å andra sidan är det ett faktum att ju högre nivå straffmätningen når, desto mer krävs för att den skall förflyttas till en ännu högre nivå. Det finns på detta sätt en inbyggd tröghet i straffskalan.[7] Som påpekats tidigare beror detta på att vad som krävs för att ett brott (eller en brottskombination) skall anses ha ett högre straffvärde är en *kvalitativ* skillnad i klandervärdhet. Att se dylika kvalitativa skillnader blir svårare och svårare ju högre upp på straffskalan man kommer (särskilt om det är fråga om många brott). Det är därför inte säkert att en höjning av straffminimum leder till att uppvärderingen av brottets straffvärde får genomslag i hela straffskalan. Däremot kan en höjning av straffminimum medföra att flera brott ackumuleras på ungefär samma nivå i straffmätningen. Genom att brotten trängs ihop minskar spridningen av straffen, varvid bilden av relativ proportionalitet grumlas.

Till sist skall nämnas att lagstiftaren givetvis kan kombinera en höjning av straffskalemaximum med en höjning av straffskaleminimum. I så fall omvärderas brottstypens abstrakta straffvärde i sin helhet, vilket kan påverka straffmätningen i flera avseenden. Dels förflyttas startpunkten uppåt, dels anges att brottstypen innehåller gärningstyper eller brottskombinationer som är mer straffvärda än vad tidigare straffskalor uttryckt, dels skickas en signal om att brottstypen är mer straffvärd. Som påpekats ovan är det emellertid inte säkert att detta behöver få genomslag på straffmätningen inom hela straffskalan.

5.2.3 Behöver straffskalorna revideras?

Slutsatsen att straffskalor är såväl förenliga med som nödvändiga för upprätthållandet av relativ proportionalitet och humanitet i lagstiftningen gör inte den svenska regleringen immun mot kritik. Jag har framhållit att det finns vissa problem med straffskalornas utformning och omfattning.

---

förmildrande omständigheter. Denna möjlighet innebär enkelt uttryckt att lagstiftaren pekar ut vissa omständigheter och förser domstolen med skäl att bedöma dessa i en strängare eller lindrigare riktning. Detta hör emellertid till regleringen av den konkreta straffmätningen och påverkar således inte den ram inom vilken den enkla eller flerfaldiga brottsligheten skall bedömas.

[7] Jareborg 1999 s. 278.

Föråldrade värderingar rörande vissa brottstypers straffvärde och intresset av att möjliggöra användandet av straffprocessuella tvångsmedel har föranlett att vissa brottstyper har tilldelats framförallt straffmaxima som inte överensstämmer med brottens relativa straffvärde. Detta väcker frågan om vilka justeringar som skulle kunna anses vara påkallade i syfte att nå bättre överensstämmelse med principerna för påföljdsbestämningen.

En första åtgärd är att ta bort eller minimera överlappningen i straffskalor mellan gradindelade brott. Som påpekats är denna överlappning – sedd i ett praktiskt perspektiv – i allt väsentligt obehövlig.[8] Om en överlappning skall finnas kvar, så bör den rimligtvis vara relativt liten.[9] En obsolet övre del av straffskalan leder endast till att ge en skev bild av brottstypens abstrakta straffvärde och hur detta förhåller sig till andra brott. Det är nämligen för bedömningen av hur straffskalor för flerfaldig brottslighet bör utformas inte oväsentligt att respektive brottstyps straffskala faktiskt uttrycker brottstypens abstrakta straffvärde. Detta leder mig till nästa synpunkt.

En andra justering som borde övervägas är att genomföra en straffskalerevision liknande de som har föreslagits i olika utredningssammanhang.[10] Att straffskalorna i vissa fall har för stor spännvidd resulterar i att straffmätningen – oavsett om den avser enkel eller flerfaldig brottslighet – sker inom mycket vida ramar och att en stor del av straffskalan aldrig används. Med det schablonartade tillägg som följer av BrB 26:2 kan straffskalan komma att återge ett straffmaximum som egentligen inte överensstämmer med hur man i praxis uppfattar brottslighetens relativa straffvärde.

Vad som nu sagts skall inte missuppfattas så att jag menar att straffskalorna inte behöver en övre del som är avsedd för de allra mest klandervärda gärningstyperna inom en viss brottstyp. Att brottstyper har ett

[8] Även om det får anses vara en accepterad uppfattning att det inte finns något väsentligt behov av överlappning betyder inte detta att lagstiftaren respekterar detta. 2003 genomfördes en ändring av straffskalan för skadegörelse (BrB 12:1), varvid straffmaximum utsträcktes till fängelse i 1 år. Härigenom kom den redan befintliga överlappningen gentemot grov skadegörelse (BrB 12:3) att utsträckas med ytterligare 6 månader. Av vad jag har sagt om de eventuella skäl som kan motivera en viss överlappning, torde det stå klart att detta inte utgjorde ett fall där sådana förelåg. Med all sannolikhet handlade det om att möjliggöra en användning av straffprocessuella tvångsmedel såsom anhållande och häktning. Se och jfr Ds Ju 2001:43 s. 28 ff.

[9] Som jag påpekat i avsnitt 4.2.1 kan det egentligen endast bli fråga om att ta hänsyn till vissa straffmätningsfaktorer som inte kan beaktas vid gradindelningen av brott, nämligen allmänpreventiva överväganden, återfall samt vissa brottesexterna försvårande omständigheter. FSK förslog att överlappningen skulle minimeras och departementschefen angav att detta skulle beaktas vid det fortsatta arbetet. Någon förändring har emellertid inte kommit till stånd. Se SOU 1986:14 s. 157 och Prop. 1987/88:120 s. 79.

[10] Se särskilt SOU 1986:14 och SOU 1983:50. Att en straffskalerevision skulle bli verklighet är emellertid inte särskilt realistiskt att tro.

högt straffmaximum är nödvändigt för att det skall finnas utrymme kvar för att kunna rangordna brott som är svårare och mer straffvärda än de fall som normalt förekommer i domstol. Min poäng är endast att när man avgör hur stort detta utrymme bör vara, så skall man inte sträva efter att den övre delen av straffskalan för enkel brottslighet skall rymma straffmätningen för olika brottskombinationer av flerfaldig brottslighet. I så fall utformas ju inte straffskalorna efter en enskild brottstyps relativa straffvärde utan istället efter vad som behövs i konkurrenssituationer. De tillägg till straffskalan som görs enligt BrB 26:2 blir i många fall överflödigt, och bestämmelsen tappar därigenom sin praktiska betydelse, varför det inte tydligt framgår att konkurrenssituationer skall lösas med hjälp av asperationsprincipen.

Proportionalitetsprincipen förser oss med goda skäl för den lösning som anges i BrB 26:2 och 25:6. Om straffskalan för enkel brottslighet har konstruerats utifrån en princip om att den skall rymma huvuddelen av alla gärningstyper som kan subsumeras under en straffbestämmelse, måste det finnas utrymme för att gå utanför denna straffskala vid flerfaldig brottslighet.

Hur stort utrymme utöver det svåraste brottets straffskala som måste finnas beror ytterst på straffmätningstraditioner. Ju mer outnyttjad den övre delen av straffskalan för enkel brottslighet är, desto mindre är behovet av att kunna utsträcka den vid flerfaldig brottslighet. Däremot kan det tänkas att vissa optiska effekter uppnås. För svenskt vidkommande torde straffmaximum för de flesta brottstyper vara fullt tillräckligt för att täcka även tillämpningssituationer avseende konkurrensfall. För det fall att det anses vara nödvändigt att gå utöver straffskalan för enkel brottslighet, kan jag inte se att det finns ett behov att gå utöver de maximala 4 åren som straffskalan därutöver kan förlängas med enligt BrB 26:2.

En sista fråga i sammanhanget är om det är önskvärt att söka differentiera systemet ytterligare genom att flera intervall införs. Betraktat utifrån intresset av att kunna gradera och rangordna olika typer av brottslighet i förhållande till varandra, skulle det kunna tänkas att man alltid borde eftersträva större möjligheter till differentiering. Ur ett praktiskt perspektiv tror jag emellertid inte att detta är nödvändigt. Det skulle därutöver kunna leda till en otymplig reglering. Ett alternativ, som FSK inte behandlade i sin utredning, är att använda den i bl.a. Danmark och Norge förekommande lösningen med att ange straffskalemaximum såsom straffmaximum för det svåraste brottet förhöjt med hela straffmaximum eller en bestämd kvotdel av maximistraffet (t.ex. hälften, en tredjedel o.s.v.).[11]

[11] Som nämnts tidigare gäller i Danmark absorptionsprincipen som huvudregel vid konstruktion av straffskala för flerfaldig brottslighet. Enligt danska SL § 88 kan domstolen emellertid vid *særdeles skærpende omstændigheder* förhöja straffskalan med hälften av det

Differentieringen i förhållande till brottslighetens svårhetsgrad blir härvid alltid proportionell till det svåraste brottet, varvid en mer nyanserad differentiering uppnås. En sådan lösning kan emellertid leda till komplicerade räkneoperationer när brott sammanträffar (särskilt om det är fråga om ny lagföring där påföljd skall dömas ut för ny eller nyupptäckt brottslighet) och därutöver en risk för att höjningen vid svåra brott blir alltför stor.

Vad som dock skulle kunna övervägas är huruvida det borde finnas bestämmelser om särskilda *straffminima* vid flerfaldig brottslighet. Som jag påpekade parentetiskt i avsnitt 4.2.2 gäller i tysk rätt att straffminimum måste vara högre än straffminimum för det svåraste brottet. I StGB § 54 Abs. 1 S. 2 sägs:

> "Die Gesamtstrafe [wird] durch Erhöhung der verwirkten höchsten Strafe, bei Strafen verschiedener Art durch Erhöhung der ihrer Art nach schwersten Strafe gebildet."

Av det sagda framgår *att* en höjning av det enskilt svåraste straffet måste ske, vilket gäller såväl den övre som nedre gränsen i straffskalan. *Hur mycket* straffet skall höjas framgår av StGB § 39:

> "Freiheitsstrafe unter einem Jahr wird nach vollen Wochen und Monaten, Freiheitsstrafe von längerer Dauer nach vollen Monaten und Jahren bemessen."

Av det sagda följer att straffskalan för den flerfaldiga brottsligheten, utgår från det svårast enskilt utmätta straffet (*Einsatzstrafe*). Straffet för den samlade brottsligheten måste överstiga *Einsatzstrafe* med en vecka om straffmaximum är under 1 år och 1 månad om det överstiger 1 år.[12] Den tyska regleringen utgår således från den konkreta straffmätningen när straffskalan för det kollektiva straffet skall utmätas. Det viktiga för våra syften är att notera att till skillnad från vad som gäller i svensk rätt, är i tysk rätt inte straffminimum för den samlade brottsligheten likvärdigt med det svåraste brottets straffminimum (oavsett om detta beräknas utifrån det abstrakta straffskaleminimum eller den konkreta straffmätningen).

Att höja straffminimum med en vecka eller en månad behöver givetvis

---

strängaste straffmaximumet. Se närmare Waaben 1993 s. 98 f. och Greve m.fl. 2001 s. 396. Vad "særdeles skærpende omstændigheder" innebär framgår inte av lagtexten, men torde innebära mycket omfattande brottslighet. Det är emellertid ovanligt att denna möjlighet används. I Norge används asperationsprincipen vid konstruktion av straffskala för flerfaldig brottslighet. 2002 infördes en ny bestämmelse i norska SL § 62, vilken innebär att straffmaximum för det svåraste brottet ökas med det dubbla. Tidigare hade gällt att straffskalan endast fick ökas med hälften av det svåraste brottets straffmaximum. Se Ot.prp. nr. 109 s. 38 ff.

[12] Se även Roxin 2003 s. 839 och Schäfer 1990 s. 190 f.

inte ha någon direkt praktisk betydelse för hur straffmätningen går till i konkreta fall. Det är sällan det faktum att straffmätningen för den samlade brottsligheten tangerar gränsen för det svåraste brottets straffminimum som orsakar problem, när domstolen skall avgöra om och i så fall i vilken utsträckning som asperationsprincipen skall beaktas vid straffmätningen.

Däremot kan det inte uteslutas att en sådan bestämmelse skulle kunna ge viss vägledning för enligt vilka principer straffmätningen vid flerfaldig brottslighet bör ske som helhet. Att ange ett – om så endast marginellt – högre straffminimum för den samlade brottsligheten, jämfört med vad som gäller vid enkel brottslighet, kan sägas förmedla ett budskap om att två brott inte bör bedömas lika lindrigt som det lägsta straff som kan följa på ett av dem. Varje ytterligare brott bör således föranleda en straffskärpning. Därmed är det på intet sätt sagt att denna höjning måste representera hela straffvärdet på varje ytterligare brott som gärningsmannen döms för. Men det är inte likgiltigt att det är fråga om ett eller flera ytterligare brott. En liten korrigering i reglerna för konstruktionen av straffskala för den samlade brottsligheten ger besked om hur domstolen bör uppfatta flerfaldig brottslighet.

Det nu sagda kan få betydelse när man avgör huruvida straffmätningen vid ett större antal brott kan tillåtas att plana ut eller inte. Jag återkommer till denna fråga i avsnitt 5.3.2.2. Under förutsättning att man anser att kurvan inte bör kunna plana ut, kan jag inte se annat än att en reglering med motsvarande innehåll som den tyska skulle kunna bidra till att förtydliga rättsläget.

5.3 Straffmätning vid flerfaldig brottslighet

5.3.1 Betydelsen av brottens samtidighet, samband, sammanhang m.m.

5.3.1.1 Inledning

Som framgick av avsnitt 3.5 är den historiska bakgrunden till principen om gemensamt straff vid flerfaldig brottslighet att man ville undvika konsekvenserna av att upprätthålla distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens. Som påpekats i nämnda avsnitt var det främst konsekvenserna vid straffmätningen som föranledde att man avskaffade denna distinktion. Härigenom står det klart att det inte längre skall anses vara av generell betydelse huruvida brotten har begåtts *samtidigt*, genom *samma gärning* etc. I det närmast följande skall undersökas huruvida principen om mängdrabatt ändå har något med dessa kriterier att göra.

Vid en analys av skälen för att tillämpa *asperationsprincipen* vid straffmätning av flerfaldig brottslighet bör man enligt min mening skilja mellan *å ena sidan* särskild straffreduktion där olika brott för vilken gärningsmannen dömts står i någon rättslig relation till varandra så att samma eller likartade skyddsintressen har kränkts eller att angreppsinriktningen är likartad och *å andra sidan* det generella fenomenet mängdrabatter.

Vad gäller situationen när brotten konkurrerar *ideellt* så har jag tidigare angivit att det faktum att flera brott har begåtts genom samma handling (samtidigt etc.) inte är av direkt betydelse vid bedömningen av hur straffvärd gärningsmannen är (och följaktligen inte heller indirekt för frågan om rabatt skall ges). I många fall fungerar ju det faktum att brotten är begångna samtidigt (inom samma enhet) som ett skäl att betrakta hela händelseförloppet som ett enda brott. Däremot behöver inte "samtidigheten" direkt påverka gärningsmannens straffvärdhet. I vissa fall anses samtidigheten t.o.m. vara något försvårande. I andra fall kan man utgå från att samtidigheten är helt irrelevant för straffvärdebedömningen. Om någon t.ex. detonerar en bomb som dödar en person och svårt skadar en annan, så är det svårt att föreställa sig att man i domstolar idag skulle argumentera för att just det förhållandet att brotten har begåtts samtidigt är avgörande för straffmätningen.

Som sagts i avsnitt 1.2.2.2 kan det faktum att flera brott har begåtts i någon form av sammanhang ("samtidigt", inom "samma gärningsenhet" etc.) aktualisera frågan om överträdelserna av olika straffbud verkligen skall medföra att gärningsmannen skall anses ha begått flera brott (regelkonkurrens) och, i så fall, om han skall dömas för ett eller flera brott (lageller brottskonkurrens). Annorlunda uttryckt: straffvärdeomständigheter och intresset av att undvika dubbelbestraffning ger oss – på planet för brottslighetskonkurrens – goda skäl att i vissa fall använda oss av urvalsprincipen och konsumtion.

5.3.1.2 Betydelsen av samband vid skenbar konkurrens

Som jag har påpekat i avsnitt 1.2.2.2 gäller vid *likartad konkurrens* att frågan huruvida urvalsprincipen skall användas bestäms av om de brottsliga gärningarna anses vara begångna inom samma brottsenhet eller inte. Om händelseförloppet anses utgöra en brottsenhet, skall gärningsmannen dömas för ett brott, varvid straffskalan för enkel brottslighet skall tillämpas.

När flera brottsliga moment på detta sätt anses utgöra ett och samma brott är det inte aktuellt – och egentligen felaktigt – att fråga huruvida mängdrabatt ges. Begreppsligt sett utgör hela händelseförloppet ett brott. Man kan emellertid inte bortse från att det beträffande vissa brottstyper

är tämligen godtyckligt huruvida domstolen anser att ett händelseförlopp sker i ett sammanhang (och inom en brottsenhet) eller inte.

Sålunda är det inte alls säkert att någon strafflinding överhuvudtaget aktualiseras på grund av att konkurrensen är skenbar. Det är ju fullt möjligt att samtliga brottsliga moment som ingår i brottsenheten anses böra påverka straffmätningen. Detta utgör ett belägg för att det faktum att konkurrensen är ideell inte behöver ha någon betydelse för straffmätningen. Detta torde vara fallet om de brottsliga momenten är någorlunda likvärdiga och urskiljbara och går att kvantifiera samt om denna kvantifiering har betydelse för den kvalitativa bedömningen av straffvärdet. Varje brottsligt moment kan således adderas och bidra till ett gemensamt straffvärde för hela brottsligheten. Ett exempel på det nu sagda skulle kunna vara penningförfalskning. Vid bedömningen av straffvärdet torde främst omständigheter hänförliga till mängden förfalskade sedlar vara av betydelse. Varje enskild förfalskningshandling (dvs. varje mynt eller sedel) kan påverka brottets totala straffvärde.

Det är emellertid också tänkbart att många brottsliga moment som anses vara begångna inom brottsenheten i praktiken inte tillmäts någon betydelse vid straffmätningen. Varje moment (som i och för sig uppfyller rekvisiten för ett visst brott) kommer därför inte att påverka straffvärdet. Under inga omständigheter kommer straffvärdet hos de olika momenten att motsvara minimistraffet för brottstypen, vilket ju skulle ha varit fallet om brottsligheten hade ansetts vara begången inom olika brottsenheter. Ett exempel på ett sådant fall skulle kunna vara brottsliga moment som från straffvärdesynpunkt inte är likvärdiga med andra moment. Antag t.ex. att någon vid ett tillfälle stjäl egendom, varav vissa föremål når upp till värdegränsen för stöld eller grov stöld medan andra föremål endast skulle utgöra snatteri om tillgreppen hade bedömts isolerat. I ett sådant fall är det inte säkert att tillgreppen avseende de föremål som besitter ett ringa värde överhuvudtaget påverkar straffmätningen.

Om vi flyttar fokus till den skenbara *olikartade konkurrensen*, så innebär det faktum att ett visst brott konsumeras som subsidiärt till ett annat brott att gärningsmannen inte anses ha begått detta brott och följaktligen inte skall dömas för det. Frågan om strafflindring eller mängdrabatt blir därmed aldrig aktualiserad. Att gärningsmannen helt undgår att straffas för ett eller flera konsumerade brott beror dock inte i första hand på att brotten konkurrerar ideellt. Det beror istället på att principerna för att lösa regelkonkurrens syftar till att undanröja de problem som lagstiftningen skapar genom att samma gärningstyper går att subsumera under olika straffbestämmelser med ett helt eller delvis överlappande tillämpningsområde. I dessa fall har sambandet mellan brottstyperna ingen betydelse för frågan hur mängdrabatt skall ges.

5.3.1.3 Betydelsen av samband vid lagkonkurrens

Om det däremot är fråga om brott som gärningsmannen anses ha begått, men för vilka han inte skall dömas (lagkonkurrens) är situationen annorlunda. I dessa fall är den konsumerade brottsligheten *medbestraffad* eller har uppgått i det andra brottet på grund av att lösningsalternativet *lagkonkurrens med citering* har använts. Den förstnämnda formen av lagkonkurrens är den mest intressanta.

Ett skäl för att konsumera vissa medbestraffade gärningar är att man önskar undvika att gärningsmannen erhåller fullt straff för vissa brott som är begångna inom ett händelseförlopp där gärningsmannen, genom olika brott, har kränkt samma eller ett liknande skyddsintresse utan att den totala skadan egentligen har blivit större.

Att konsumtion har skett på planet för brottslighetskonkurrens behöver dock inte innebära att det är befogat att konsumera *hela* straffvärdet hos den brottslighet som gärningsmannen inte döms för. Det är ju möjligt att domstolen anser att den relativa förhöjning i straffvärde som den medbestraffade gärningen förtjänar kan beaktas vid straffmätningen för det viktigaste brottet.[13] I så fall kan straffvärdet för den samlade brottsligheten komma att påverkas av ett brott för vilket gärningsmannen inte döms (men som han anses ha begått).

Vid påföljdsbestämningen innebär denna lösning noga taget endast konsumtion på den abstrakta straffskalenivån. De brott för vilka gärningsmannen inte döms kommer inte att kunna påverka konstruktionen av straffskala för den samlade brottsligheten. Däremot kan det – som sagts – tänkas att det *inte* kan anses vara motiverat att helt konsumera brottsligheten på straffmätningsnivån. Den konsumerade brottsligheten kan såtillvida tillmätas viss betydelse som försvårande omständighet. Konkurrensen är i dessa fall reell och brottskombinationerna skulle, med den äldre konkurrensläran, inte sällan ha varit betrakta som *fortsatt brott.*

Det viktiga är att uppmärksamma att möjlighet finns att i vissa fall utnyttja ett konsumerat brott såsom en straffvärdehöjande omständighet vid straffmätningen. Men det är samtidigt inte uteslutet att det i något fall inte blir fråga om någon reell straffreduktion överhuvudtaget, jämfört med om konkurrensen bedömts som brottskonkurrens. Det torde vara omöjligt att på ett tillförlitligt sätt skapa klarhet i frågan om i vilken utsträckning som domstolar låter konsumerade brott spela in i straffmätningen i dessa fall, dvs. om någon form av ökning sker eller inte och hur denna ökning i så fall ser ut. Det hela beror ju på hur domstolen argumenterat i straffvärdebedömningen. En gissning är att om konsumtion faktiskt har skett, så påverkas straffmätningen endast i liten utsträckning.

[13] Se Jareborg 1995 s. 217.

Som jag har påpekat har konkurrensproblem som följer av att det finns ett visst samband inom brottsligheten i allt väsentligt kommit att förflyttas till planet för brottslighetskonkurrens. De konkurrensfall där sambandet anses vara av betydelse löses genom att konkurrensen antingen anses vara *skenbar* eller att gärningen är *medbestraffad* (gärningsmannen döms överhuvudtaget inte för vissa gärningar som i sig skulle kunna utgöra självständiga brott). Att konsumera brottsligheten redan på planet för brottslighetskonkurrens – men senare tillmäta dessa gärningar viss betydelse som försvårande omständigheter vid straffmätningen – är ju också ett sätt att ge straffreduktion eller rabatt vid straffmätningen.

Teoretiskt sett behöver det inte spela så stor roll om gärningsmannen döms för flera brott, men man tar hänsyn till sambandet vid straffmätningen genom att ge rabatt, eller om gärningsmannen endast döms för ett brott och den konsumerade brottsligheten kommer till uttryck vid straffmätningen som försvårande omständigheter. Syftet är i båda fallen att lösningen på planet för brottslighetskonkurrens inte bör resultera i att straffvärdet för de olika brotten antingen helt absorberas eller kumuleras i straffmätningen. Skillnaden mellan fallen består främst i att i det första fallet – där *kumulationsprincipen* har tillämpats på planet för brottslighetskonkurrens – leder ett beaktande av sammanhanget till att en reduktion skall ske vad gäller den sammanlagda straffmätningen. I det senare fallet – där *urvalsprincipen* har tillämpats – blir resultatet istället att den konsumerade brottsligheten fungerar som en försvårande omständighet, varvid de stora rabatteffekter som uppstår till följd av urvalsprincipen kan korrigeras. En sådan modell kan sägas överbrygga problemet med att det ibland är godtyckligt om gärningsmannen döms för ett eller flera brott.

Det nu påpekade gör vissa av de äldre svenska – och även idag i tysk rätt förekommande – motiveringarna till varför straffreduktion vid brottsflerhet skall ges någorlunda begripliga. Litet vårdslöst kan man säga att distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens lever kvar (dock väsentligen modifierad) i begreppen *brottsenhet* och *gärningsenhet* samt att flera av de tidigare formerna av fortsatt brott idag utgör *medbestraffade gärningar*. Att man tidigare i svensk rätt ansåg, att ett samband mellan brotten skulle leda till mängdrabatt (eller straffreduktion), berodde på att man hade begränsade möjligheter att konsumera brottslighet som skenbar eller låta gärningar vara medbestraffade.

Jag vill understryka att ett beaktande av ett samband mellan brotten inte syftar till att "återuppfinna" idealkonkurrens eller fortsatt brott för användning i samband med påföljdsbestämningen. Det är inte fråga om att generellt hävda att om brotten har begåtts genom "samma gärning" eller står i "ett naturligt samband" med varandra, så är gärningsmannen – per definition – mindre straffvärd. Som jag har påpekat tidigare finns

det goda skäl att inte utgå från ett sådant antagande. Skälen för en lindrigare bestraffning får således sökas i skälen för varför konsumtion skall ske. I de flesta fallen motiveras detta av straffvärdebedömningar. Det faktum att ett fall är tillämpligt på flera regler, eller att olika fall kränker samma eller likartade skyddsintressen, är ofullkomligheter som följer av lagstiftningens konstruktion. I syfte att undvika en dubbelbestraffning bör viss brottslighet konsumeras. Numera sker det på planet för brottslighetskonkurrens. Skälet för att ge mängdrabatt eller straffreduktion härrör således inte från samtidigheten. Det beror istället på intresset av att undvika dubbelbestraffning.

5.3.1.4 Betydelsen av samband vid brottskonkurrens

Om vi övergår till de konkurrenssituationer, där slutsatsen blir att gärningsmannen skall dömas i *brottskonkurrens*, så kan det på motsvarande sätt (fast nu omvänt) tänkas att det i vissa fall kan vara aktuellt att ge viss reduktion vid straffmätningen på grund av att det finns ett samband mellan brottsligheten.

Ett exempel skulle kunna vara den situationen att ett litet längre händelseförlopp börjar som ett brott av lindrigare beskaffenhet, för att därför övergå i ett brott av allvarligare slag. Antag att en person som skall omhändertas av polis inledningsvis sätter sig till motvärn genom att sprattla med kroppen. I samband med att han sedermera övermannas av polisen utdelar han ett slag mot en av polisernas ansikte. Såväl ansvar för våldsamt motstånd (BrB 17:4) som våld mot tjänsteman (BrB 17:1) aktualiseras.

Ett annat exempel skulle kunna bestå i att en person angriper någon genom att först utkasta en rad okvädingsord (BrB 4:7) och hotelser (BrB 4:5) för att därefter omedelbart realisera hotet genom att misshandla personen (BrB 3:5).

Inte i något av dessa exempel torde någon av gärningarna vara att betrakta som medbestraffad.[14] Visserligen kan man i dessa fall peka på att de olika straffbuden i respektive exempel har (delvis) olika skyddsintressen. Men det finns ändock en viss överlappning mellan skyddsintressena och angreppsobjekten. Ett bortseende härifrån skulle kunna innebära att samma omständigheter läggs den dömde till last två gånger. Skälet till att man inte ger fullt straff för samtliga brott, som gärningsmannen faktiskt döms för, är att man vill undvika en dubbelbestraffning av vad som (delvis) utgör samma skada. Sambandet behövs således inte på annat sätt än

[14] Se NJA 1954 s. 529, NJA 1969 B 28 och NJA 1984 s. 898. Däremot är det ju inte osannolikt att åklagaren löser konkurrenssituationen genom att meddela åtalsunderlåtelse för viss del av brottsligheten.

att det påminner oss om att man bör beakta att såväl bestraffningen som det brottliga händelseförloppet sker i ett sammanhang och att man då bör undvika att bestraffa samma moment flera gånger.

Ett annat tänkbart exempel på en situation där det skulle kunna vara befogat att vid straffmätningen beakta brottens samband erbjuder det i avsnitt 1.2.2.4 diskuterade förskingringsexemplet. Det är här fråga om likartad konkurrens som *inte* är begången inom samma brottenhet. Gärningsmannen kan således komma att dömas i brottskonkurrens för sammanlagt 200 förskingringsgärningar. Av omständigheterna framgår dock att gärningsmannen inledningsvis har förskingrat ett belopp om 9 000 kr, varefter de efterföljande förskingringsgärningarna består i att tillskansa sig belopp för att täcka förlusterna. Den totala skadan är således inte större än beloppet som den ursprungliga förskingringshandlingen avsåg (plus ränta). Ett sådant samband borde rimligtvis kunna beaktas vid straffmätningen trots att det är fråga om ett mycket stort antal brott. Möjligheter att ta hänsyn till brottens samband finns enligt de vanliga straffmätningsreglerna. Såväl storleken av den totala förmögenhetsskadan som det faktum att gärningsmannen inte avsett att åsamka större skada än vad den första förskingringsgärningen innebar, borde kunna vara omständigheter som påverkar straffvärdebedömningen (BrB 29:1).[15]

Under alla omständigheter kan det, beträffande samtliga nu diskuterade fall, konstateras att om gärningsmannen skall dömas för flera brott, och fråga föreligger huruvida sambandet eller sammanhanget skall tillmätas betydelse, så handlar det om att beakta eventuellt överlappande tillämpningsområden, skyddsintressen eller liknande. I dessa fall erbjuder de vanliga straffmätningsreglerna i BrB 29:1 möjligheter att undvika en dubbelbestraffning. Straffvärdebedömningen är inte mer sofistikerad än att den bygger på en beslutsfattares normativa ställningstaganden rörande brottslighetens straffvärde. Vid värderingen av skadan och gärningsmannens skuld finns utrymme att beakta att vissa moment ingår som en komponent i ett annat brott. Samhällets budskap skulle i så fall vara att vad gärningsmannen har gjort visserligen utgör flera brott, vilka förtjänar klander vart för sig, men att man samtidigt inte är likgiltig för att det finns ett visst samband mellan brotten. Det är inte konstigare än att man vid bedömningen av en gärning inte bör kunna beakta samma omständighet som ett skäl för placering av brottet i en högre svårhetsgrad och samtidigt anse denna omständighet som försvårande vid straffmätningen.[16]

Här kan erinras om att motsvarande hänsyn gör sig gällande då den

[15] Intressant är dock att i praxis uppfattas de efterföljande förskingringsgärningarna som att gärningsmannen försöker dölja brottet, vilket utgör en försvårande omständighet.
[16] Se bl.a. Jareborg & Zila 2000 s. 111 f. Se även som sagts i avsnitt 4.3.5.2.

dömde – vid sidan av straffet – drabbas av förvaltningsrättliga eller arbetsrättsliga sanktioner. Enligt BrB 29:5 p. 4 och 5 skall domstolen vid straffmätningen i skälig utsträckning beakta om den dömde till följd av brottet skall utvisas eller kommer att drabbas av avskedande eller annan likvärdig arbetsrättlig sanktion. Dessa faktorer utgör en form av konkurrens mellan å ena sidan påföljder och å andra sidan förvaltnings- och civilrättsliga sanktioner på grund av brottet. Att man vid straffmätningen tillåts att i skälig utsträckning ta hänsyn till detta, kan ses som ett sätt att undvika sanktionskumulation, dvs. att gärningsmannen straffas eller drabbas av sanktioner flera gånger (eller på flera sätt) för vad som utgör en och samma sak.

5.3.1.5 Konklusioner

Att det finns ett samband mellan olika brott behöver inte föranleda att man i domstolar ser lindrigare på den flerfaldiga brottsligheten. Det hela beror på vad som anses vara relevant från straffmätningssynpunkt. I vissa fall kan det tänkas att sambandet mellan olika brott – för vilka gärningsmannen döms – leder till motsatt resultat. Det faktum att det finns ett samband mellan olika brott kan utgöra ett skäl att se brottsligheten som allvarligare. Om någon t.ex. har förföljt, trakasserat eller systematiskt utsatt samma offer för ett visst kriminaliserat beteende, så finns det ju ett samband mellan brotten. I vissa avseenden skulle man kanske kunna säga att detta utgör en "fortsättning av ett och samma brott". Likafullt finns det knappast anledning att se upprepningen eller sambandet som skäl för en lindrigare bedömning. Tvärtom torde det faktum att kränkningen och skadan anses vara större tala för det motsatta (dvs. att brottsflerheten och sambandet mellan brotten uppfattas som något försvårande).

Poängen med det nu påpekade är att varken samtidigheten eller sambandet behöver ha något med brottslighetens straffvärde att göra. Däremot är det värt att uppmärksamma att ett samband mellan brotten ibland kan sammanträffa med intresset av att rättvist värdera hur skadligt, farligt eller kränkande gärningsmannens handlande har varit och hur klandervärd han är.

Det skall dock noteras att eftersom det finns stora möjligheter att idag välja urvalslösningen på planet för brottslighetskonkurrens, kan det förmodas att behovet av att kunna ta hänsyn till brottens samband i lindrande riktning är relativt litet. Om sambandet mellan brotten inte är starkare än att konsumtion *inte* har ansetts kunna ske, så kan man fråga hur starka skälen för att ge straffreduktion egentligen är. Men det kan vara viktigt att uppmärksamma att denna möjlighet finns, som ett slags säkerhetsventil i syfte att undvika dubbelbestraffning.

Vi kan utifrån dessa observationer dra några avgörande slutsatser. *För det första* ser vi hur det finns en tydlig korrelation mellan hur man motiverar val av lösningsprinciper på de olika planen för brottslighetskonkurrens respektive påföljdskonkurrens. Dessa val bygger på någon form av rättvisebedömning som utgår från proportionalitet och/eller billighet samt humanitet. De ofullkomligheter som finns inbyggda i straffsystemet (oavsett om det handlar om en överlappande kriminalisering, en i icke tillräcklig grad utvecklad straffmätningslära eller alltför trubbiga instrument för att bestämma påföljd) kommer att tydliggöras multipelt i samband med att antalet brott växer. I takt med att straffvärdebedömningen leder till avsevärda strafflängder, inkräktar resultaten av proportionalitetsprincipen på humanitetsprincipens budskap, vilket – i större eller mindre utsträckning – förutsätter att de olämpliga resultaten kan korrigeras. Detta kan ske med inriktning på att förfina straffmätningssystematiken i syfte att undanröja de olämpliga resultaten och skapa förutsättningar för en exakt och fullkomligt rättvis proportionell bestraffning. Konkurrensen löses då oftast på planet för påföljdskonkurrens. Alternativt kan det ske genom att man konstruerar ett system som är förutsebart och konsekvent, men som i sin tur använder tämligen trubbiga instrument för att åstadkomma resultatet. Detta blir fallet när konkurrensproblem löses på planet för brottslighetskonkurrens. I dessa fall kan resultatet behöva justeras på planet för påföljdskonkurrens.

För det andra ser vi att den form av korrigering av straffmätningen som sker i syfte att i enskilda fall undvika dubbelbestraffning, inte har något att göra med det generella fenomenet mängdrabatter vid straffmätning vid flerfaldig brottslighet. Av de exempel och de diskussioner som presenterats ovan framgår, att mängdrabatter omöjligen kan förklaras enbart med det faktum att straffmätningen måste korrigeras med hänsyn till att viss brottslighet – som det funnits ett visst konkurrensförhållande emellan på planet brottslighetskonkurrens – inte har rensats ut på det tidigare planet och att hänsyn därför bör tas till detta i samband med straffmätningen för den konstaterade brottsflerheten. Än mindre kan rabatterna förklaras med att urvalsprincipen faktiskt har tillämpats på planet för brottslighetskonkurrens, men att ett marginellt överskott av straffvärde hänförligt till den konsumerade brottsligheten ändock skall beaktas vid straffmätningen såsom en försvårande omständighet. I fallen där mängdrabatt ges, så har ju ingen absorption ägt rum.

Vad som däremot kan konstateras är att den tidigare i svensk rätt gällande bestraffningsregeln för ideellt konkurrerande brott (och fortsatt brott), såväl som det ibland framförda kravet på att det skall finnas ett samband mellan brotten för att straffmätningen skall lindras, kan tillerkännas viss relevans. Men i så fall handlar det inte om att låta samtidig-

heten eller sambandet i sig utgöra skäl för en lindrigare straffmätning. Istället handlar det om att beakta att gärningsmannen genom att begå flera brott samtidigt eller i ett samband ofta kommer att bestraffas enligt flera straffbestämmelser med ett likartad skyddsintresse, varvid samma straffvärderelevanta omständigheter kan komma att dubbelbeaktas.

Dessa situationer – vilka måste betraktas som undantag – kan inte förklara asperationsprincipens generella betydelse vid straffmätningen på det konkreta planet. Tvärtom torde det, vid straffmätning av flerfaldig brottslighet, normalt vara så att det helt saknas ett samband mellan de olika brotten. Konkurrensen är reell, men likafullt ges rabatter. Att förklara denna form av straffreduktion måste ske på någon annan grund.

Straffmätningen sker utifrån principen om straffvärdeproportionalitet och billighet, och ibland kan bedömningar enligt dessa principer sammanfalla med att brotten är begångna *samtidigt* eller på annat sätt står i någon form av *samband.* Poängen är att vi inte behöver dessa kriterier för att kunna förklara straffmätningen. Vad som återstår är frågan hur vi skall förklara det berättigade i mängdrabatter.

5.3.2 Mängdrabatt

5.3.2.1 En förklaringsmodell

Det står således klart att rabatter ges vid straffmätningen av reellt konkurrerande brott oavsett om det finns något samband eller inte. I min behandling av problemkomplexet avser jag att skilja mellan olika perspektiv. Inledningsvis är det nödvändigt att formulera ett svar på frågan *varför* asperationsprincipen skall tillämpas även på den konkreta straffmätningsnivån (dvs. varför mängdrabatter överhuvudtaget skall ges). Vidare är det nödvändigt att ge någon vägledning till *när* och *hur* detta bör ske.

Mycket enkelt tänker jag mig att frågan om varför asperationsprincipen bör användas vid straffmätning av flerfaldig brottslighet kan besvaras utifrån en trestegsmodell. Modellen är konsekvensorienterad och bygger på att straffmätningen vilar på andra principer än enbart strikt proportionalitet. Argumentationen ser ut på följande vis:

(1) *Humanitetsprincipen* uppställer ett krav på att de bortre gränserna för bestraffningen – uttryckt genom straffskalemaximum – måste hållas nere utifrån intresset av en måttlig och rimlig repressionsnivå. I syfte att respektera att varje människas resterande livstid är begränsad (samt att denna är relativt kort) bör det totala straffet som kan följa begränsas även för de allra allvarligaste brottskombinationerna.[17] För det fall att detta

[17] Detta överensstämmer med vad Jareborg i ett systemexternt perspektiv kallar livet-är-kort-premissen, se Jareborg 1999 s. 277.

inte respekteras upphör vi att betrakta brottslingar som människor som kan ta till sig klander och förr eller senare sona sina brott.

(2) Genom att det finns angivna straffskalemaxima för den samlade brottsligheten, och dessa (i huvuddelen av fallen) inte motsvarar summan av straffskalemaxima för de enskilda brotten, blir det i praktiken omöjligt att upprätthålla principen om strikt proportionalitet. Begränsningarna av straffskalemaximum har på detta sätt krympt utrymmet för att rangordna brottskombinationer. *Principen om relativ proportionalitet* kräver således att den samlade brottsligheten måste rangordnas inom den ram som skapas av straffskalan för den samlade brottsligheten.[18]

(3) När brottslighet skall värderas inom den begränsade straffskalan förutsätter *principen om likabehandling* och intresset av en enhetlig rättstillämpning att brottsflerhet behandlas enligt samma kriterier oavsett hur brottskombinationerna ser ut.

Argumentationen är inte invändningsfri och kommer att leda till flera konsekvenser. *För det första* leder modellen till att proportionalitet betyder olika saker beroende på om det är fråga om enkel eller flerfaldig brottslighet. Jag har hittills diskuterat proportionalitet som en relativt enkel funktion av brottets svårhet och gärningsmannens skuld. Om man accepterar att mängdrabatt alltid måste ges, så innebär detta – i viss mån – att de normativa bedömningarna av brottslighetens klandervärdhet blir relativa i förhållande till annan brottslighet. Därmed finns inte heller några "fixerade" mått på hur klandervärd brottslighet är, vilket kan upplevas som ett problem.

Mot att detta utgör ett problem talar emellertid det faktum att vi diskuterar olika sorters proportionalitet. Att uppmärksamma att proportionalitet vid flerfaldig brottslighet inte betyder detsamma som strikt kumulerad proportionalitet, innebär inte att vad som hittills har sagts om principen om straffvärdeproportionalitet förlorar i värde. Det handlar istället om att se en annan dimension av proportionalitetsprincipen. Till skillnad från den straffvärdebedömning som görs vid enkel brottslighet, så handlar det här om att se hur motsvarande faktorer gör sig gällande när man hanterar kombinationer (eller kanske hela komplex) av brottslighet. Att proportionalitet har denna relativa sida är ju inget nytt.[19]

Proportionalitet har således olika innebörd beroende på i vilket sammanhang vi använder det. Om vi utgår från Wittgensteins syn på språket och ords mening, så skulle man hävda att betydelsen av ordet "proportionalitet" bestäms av hur ordet används (och inte utifrån en platonisk världsbild där ord ges mening utifrån yttre objekt, mentala tillstånd etc.).

[18] Se även Jareborg 1999 s. 278 f.
[19] Se Wells 1992 s. 38.

Jag lånar ett exempel från hans resonemang för att illustrera hur synen på proportionalitet skulle kunna uppfattas.[20]

Om vi hävdar att proportionell bestraffning är detsamma som att ett brott skall bestraffas utifrån en uppskattning av hur straffvärt det är, och vi har två brott som på en numerisk skala har t.ex. värdena 1 och 3, ligger det nära till hands att säga att brottslighetens samlade straffvärde har ett värde som uppgår till 4. Denna slutsats förutsätter dock att vi har en talserie som följer mönstret 1, 2, 3, 4 etc. samt att proportionalitet implicerar att talen skall adderas längs skalan (1+3). Om en domare nu säger att värdena 1 och 3 tillsammans skall utgöra 2,5, så skulle man kunna anta att detta innebär att domaren har missförstått talserien och att summan utgör en felaktig bild av vad vi menar med "proportionalitet".

Men om nu domare generellt sett i sin behandling av flerfaldig brottslighet når liknande slutsatser, är det inte säkert att den skala eller talserie som gäller vid enkel brottslighet är den riktiga.[21] När vi bestämmer innebörden av uttrycket "proportionalitet" vid flerfaldig brottslighet har vi en annan skala och en annan talserie i åtanke. Det skall erinras om att vad man försöker förklara med mängdrabatter är hur straffmätningsreglerna faktiskt används.[22] Om det nu uppfattas som riktigt att säga att talserien vid flerfaldig brottslighet inte följer talserien vid enkel brottslighet, så behöver inte någon av dem vara felaktig. Proportionalitet har en annan mening när det används vid flerfaldig brottslighet, helt enkelt därför att domstolar i sin verksamhet ger proportionalitet en annan innebörd. Vad jag har försökt förklara med den enkla trestegmodellen är varför det är – och bör – vara så.

Rabatter blir nödvändiga därför att straffskalan för den flerfaldiga brottsligheten är begränsad. Följaktligen kan straffmätningen endast uttrycka gärningarnas relativa straffvärde. Om vi här återknyter till vad jag sade i avsnitt 3.2 om bestraffningens kommunikativa funktion, så kommunicerar domstolarna med gärningsmannen hur klandervärt dennes handlande är – relativt sett – utifrån de ramar som finns vid tillfället. Jag tror i likhet med bl.a. Jareborg, Ashworth och Tonry att den för straffmätningen viktiga formen av proportionalitet är *proportionalitet sedd i en hel-*

[20] Se Wittgenstein 1992 s. 70 ff.

[21] En helt annan sak är att domare inom respektive talserie kan nå beslut som inte överensstämmer med hur ordet proportionell används. Det finns således "rätt" och "fel" inom respektive talserie. Harrison gör liknande observationer angående vagheten i termen "mercy", se Harrison 1992 s. 123 ff.

[22] Wittgenstein försökte påvisa hur människor faktiskt följer regler (i olika former av spel). Att reglerna kunde leda till olika resultat beroende på hur vi använder dem betyder inte att han menade att reglerna skulle avskaffas. Se bl.a. Strawson 1974 s. 146 f. och Harrison 1992 s. 124.

hetsbedömning.[23] Dvs. det är viktigare att vi kan rangordna brott i förhållande till varandra än att vi kan mäta ut (och ådöma) enstaka gärningars straffvärde. Detta gäller också – och i synnerhet – vid flerfaldig brottslighet. Ett brott, vars straffvärde har bedömts vara 6 månaders fängelse, har också ett straffvärde på 6 månader.[24] Men om det skall bedömas tillsammans med andra brott är straffskalan begränsad och dess relativa straffvärde kommer därför att anpassas till den ram som bestäms av bl.a. humanitetsprincipen och övriga hänsyn som styr utformningen på straffskalor.

För det andra kan vi konstatera att ett av skälen till att konkurrenssituationer upplevs som problematiska är att vi utgår från straffskalor för enkel brottslighet. Vi börjar, så att säga, med att värdera varje brott för sig utifrån en given måttstock, och det är först när vi jämför detta värde med andra brott – inom ramen för straffmätning av flerfaldig brottslighet – som vi ställs inför det faktum att straffvärdet är relativt. De enskilda brottens straffskalor uttrycker därigenom brottstypens abstrakta straffvärde, vilket är ett nödvändigt "värde" med hänsyn till kraven på proportionalitet, legalitet och intresset av att ge vägledning för domstolar. Men egentligen ser ju verkligheten ut på ett annat sätt. Normalt bedöms brottslighet inte isolerat. I flertalet av alla brottmålsrättgångar åtalas och döms den tilltalade för flerfaldig brottslighet. Straffskalorna är egentligen konstruerade utifrån en – måhända vilseledande – utgångspunkt att brotten skall bedömas isolerade. Om vi accepterar den anförda lösningen får vi en förklaring till varför regleringen på den abstrakta nivån måste gälla även på den konkreta.

Här har vi också förklaringen till mycket av den kritik som riktas mot modellen med kollektivt straff och tillämpningen av asperationsprincipen inom ramen för denna modell.[25] Att det upplevs som artificiellt att först mäta ut enskilda straff för respektive brott, för att därefter genom en sammanläggning omvandla dessa till ett kollektivt straff, beror säkerligen på att man utgår från att de först utmätta – och utdömda – straffen är de "riktiga". De framstår kanske som riktiga eftersom domstolen för reellt konkurrerande brott faktiskt *utdömer* olika straff för respektive brott. Men ur ett normativt perspektiv är de ju "riktiga" endast om man menar att proportionalitet skall förstås som strikt proportionalitet. Med den utgångspunkt, som jag har intagit, är detta inte fallet. Med principen om gemensamt straff undviker man till viss del denna synvilla.

[23] Se Jareborg 1999 s. 275, Ashworth 2000 s. 231 och Tonry 2002 s. 95.
[24] Wells 1992 s. 38.
[25] Se bl.a. Geerds 1961 s. 454 och Bohnert 1993 s. 847.

Med detta menar jag inte att de olika modellerna är väsenskilda. Som jag har påpekat tidigare tror jag att det delvis är en fiktion att hävda att domstolen vid användning av enhetsstraff eller gemensamt straff direkt gör en samlad straffmätning av den flerfaldiga brottsligheten. Det måste göras preliminära straffvärdebedömningar för varje enskilt brott. Om inte annat, så är det genom att göra sådana preliminära bedömningar som domare lär sig att "direkt" kunna se straffvärdet på hela brottskombinationer. Genom att man vid tillämpning av principen om gemensamt straff använder sig av en mindre formaliserad och mindre precis straffmätning, kan man till viss del undvika att som utgångspunkt anta att de enskilda brottens straffvärde också motsvarar deras relativa värde i förhållande till annan brottslighet.

För det tredje bör det medges att med den modell som jag här diskuterar kommer olika personer – sett ur en strikt proportionell synvinkel – att kunna ådömas olika straff för exakt samma gärningar. Antag t.ex. att A och B tillsammans begår ett rån samt att A och C tillsammans begår en våldtäkt. B och C (som har begått endast ett brott vartdera) döms till fängelse i 3 år. A (som har begått två brott) döms till fängelse i 4 år 6 månader. Om vi utgår från att gärningsmännen är straffvärda i lika grad, så vet vi utifrån bestraffningen av B och C vad straffvärdet på de olika brotten är.

För det fjärde följer att eftersom straffskalan för alla brottskombinationer är begränsad, kommer det *alltid* att finnas ett behov att anpassa rangordningen mellan brott inom den tillämpliga straffskalan för flerfaldig brottslighet. Utifrån denna förklaringsmodell står det därför klart att rabatter bör ges generellt. Det är ett principiellt argument som bygger på proportionalitetsprincipen och humanitetsprincipen samt pragmatiska argument. Behovet av att kunna rangordna och differentiera straffmätningen föreligger alltid. Det finns, teoretiskt sett, ingen gräns för i vilka enheter som jämförelser och rangordningar kan göras. Praktiska skäl talar emellertid för att man måste göra modellen relativt enkel. Straffmätning är ingen exakt vetenskap utan snarare ett ganska trubbigt instrument för att uttrycka vad som utgör en moralisk värdering av en persons handlande.

Om man nu har nått slutsatsen att mängdrabatter bör ges samt att kriterier som "samtidighet" eller "samband" inte längre har någon avgörande betydelse för straffmätningen, blir det mycket svårt att förklara varför rabatter *inte* skall ges vid vissa brottskombinationer. Varför skulle inte behov av rangordning finnas i vissa konkurrenssituationer? Jag har ovan i avsnitt 3.4.3.2 hävdat att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen

att ge mängdrabatt endast i de fall gärningsmannen "förtjänar" nåd eller barmhärtighet. Med en sådan modell skulle man enligt min mening bortse från att vad som gör rabatten nödvändig är behovet av att kunna rangordna (och inte att uttrycka nåd). Därutöver skulle man ge domstolarna problem med att skapa kriterier för när rabatt bör ges vid straffmätningen. Problemen skulle i allt väsentligt bli likartade de som tidigare fanns med uppdelningen i ideal- och realkonkurrens.

Rabatter bör ges därför att alla bör behandlas i enlighet med humanitetsprincipen på den abstrakta nivån. Mängdrabatten får genomslag på den konkreta nivån därför att proportionalitetsprincipen förutsätter rangordning. Om vissa personer därutöver förtjänar nåd, billighet eller särskild barmhärtighet, får detta korrigeras på den konkreta nivån genom hänvisning till billighetsskäl.

För det femte är det viktigt att notera att den relativa aspekten på proportionalitet (i vart fall som jag har beskrivit den här) gör sig gällande endast då en person *samtidigt* döms för flera brott. Det är endast då som straffskalan är begränsad. Det är endast då som flera brott måste rangordnas i förhållande till varandra. Man skulle här kunna göra en analogi till betygssättning på en viss terminskurs. När en student betygssätts, så utvärderar man dennes prestationer under en bestämd period. Betyget är således begränsat till att avse vissa prestationer inom ett visst intervall. Hur många olika prestationer (bestående i t.ex. olika moment inom ämnet, enstaka tentamenstillfällen etc.) som skall ingå i bedömningen kan variera. Men eftersom ett slutbetyg på kursen skall omfatta hela ämnet kommer de olika prestationerna att värderas relativt i förhållande till varandra. Högsta betyg på en prestation är högsta betyg. Men sett tillsammans med andra prestationer förtjänar studenten kanske endast ett genomsnittligt slutbetyg. Detta framstår som en rättvis utvärdering av studentens insatser. Det skulle däremot vara främmande från rättvisesynpunkt att tillmäta prestationer i ett annat sammanhang (i ett annat ämne) betydelse vid bedömningen av slutbetyget.

Det är härmed inte sagt att den nu diskuterade förklaringsmodellen inte kan göra sig gällande i andra liknande situationer. Jag avser här de iterativa tillämpningssituationerna. Hur dessa skall bedömas återkommer vi till i kapitel 6–8. Vad som är väsentligt att uppmärksamma är emellertid att det endast är då en person samtidigt lagförs för flera brott som BrB 26:2 och 25:6 är direkt tillämpliga.

Sammanfattningsvis bygger den konsekvensorienterade modell som jag nu presenterat på dels att humanitetsprincipen till stor del styr påföljdsbestämningen vid flerfaldig brottslighet (genom att begränsa den tillämpliga straffskalan), dels att relativ proportionalitet är viktigare än strikt

proportionalitet, dels att alla bör bedömas efter samma kriterier. Följderna av denna modell blir främst att vi måste förstå proportionalitet som dels något underordnat, dels som ett relativt fenomen. Båda dessa slutsatser kan upplevas som utmanande. Men eftersom det är ett faktum att denna straffmätningstradition sedan länge existerar samt att den är fullt förenligt med de bärande principerna bakom påföljdsbestämningen, är jag beredd att acceptera konsekvenserna.

5.3.2.2 Närmare om när mängdrabatt bör ges

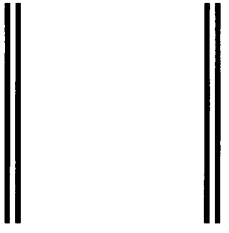
Den förklaringsmodell som nu givits till varför asperationsprincipen bör tillämpas även på den konkreta straffmätningsnivån innebär *inte* att det saknas anledning att justera tillämpningen av denna mängdrabattsprincip samt i vissa avseenden begränsa dess konsekvenser och t.o.m. tillämpningsområde. Den första aspekten kommer jag att behandla i detta kapitel. Den andra aspekten kommer att behandlas främst i kapitel 8 (mängdrabatt vid återfall).

För att ta ett samlat grepp på problematiken skall jag uppställa fyra typfall, vilka förvisso inte utgör någon uttömmande beskrivning av de tänkbara konkurrenssituationer som kan uppstå vid påföljdsbestämning av flerfaldig brottslighet. Men jag tror typfallen tillsammans åskådliggör de karakteristiska problemen med mängdrabatt. Om man kan ange hur mängdrabatter skall hanteras i dessa fall, torde man ha en utgångspunkt för hur mängdrabatter skall användas vid andra former av brottskombinationer där typfallen kan varieras sinsemellan.

De parametrar som har visat sig vara av intresse vid diskussioner om mängdrabatter är följande: brottslighetens *straffvärde*, *antalet brott* och *skillnaden i straffvärde* mellan de aktuella brotten.

Typfall 1

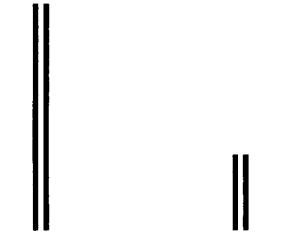
Det första typfallet innebär att straffvärdet för ett begränsat antal brott är likvärdigt och dessutom högt. Förhållandet kan illustreras på följande vis (höjden på pelaren uttrycker brottets straffvärde):



Typfall 2
Det andra typfallet är identiskt med det första med den skillnaden att straffvärdet hos respektive brott är lågt.

Brott 1 Brott 2

Typfall 3
Det tredje typfallet utgörs av de situationer där det är fråga om ett begränsat antal brott, men där det råder en stor skillnad mellan de olika brottens straffvärde. Följaktligen har ett brott ett straffvärde som är väsentligt högre än de övriga brotten. Det är inte nödvändigt att brottsligheten i sig är särskilt allvarlig.



Brott 1 Brott 2

Typfall 4
Det fjärde och sista fallet består av ett stort antal likvärdigt straffvärda brott. Vad som utmärker detta typfall är således antalet brott. Jag väljer att fortsättningsvis diskutera ett stort antal brott där de enskilda straffvärdena är låga eftersom det i dessa fall är möjligt att studera hur ett stort antal brott (bör) behandlas utan att man snabbt närmar sig straffmaximum.

Brott 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 o.s.v.

Om vi nu använder den förklaringsmodell som jag har presenterat ovan på de olika typfallen, blir resultatet följande:

I **typfall 1** har vi att göra med två (eller flera) brott med höga straffvärden. Trots att det är fråga om två mycket allvarliga brott som förtjänar höga straff kan man hävda att straffreduktion i det längsta bör medges för det andra (och tredje etc.) brottet i syfte att behålla möjligheten att rangordna olika brottskombinationer. I annat fall riskerar man att hamna i en situation där vi inte längre kan uttrycka att en brottskombination är mer klandervärd än en annan. Annorlunda uttryckt: utan mängdrabatt förlorar vi möjligheten att upprätthålla relativ proportionalitet.

Om vi t.ex. antar att två grova narkotikabrott – vartdera avseende en sammanlagd mängd av 1 kg heroin – tillsammans skall anses förtjäna det maximala straff som kan ges för flerfaldig (grov) narkotikabrottslighet, så förlorar vi möjligheten att uttrycka att flera brott avseende 10 kg heroin är mer klandervärda än två brott avseende 2 kg heroin.[26] Precis som har sagts tidigare angående konstruktionen av straffskalor för enskilda brottstyper är det angeläget att den tillämpliga straffskalan rymmer huvuddelen av alla fall. Detta måste rimligtvis gälla även vid flerfaldig brottslighet inom den straffskala som anvisas enligt BrB 26:2.

Det kan emellertid noteras att om vi beaktar Jareborgs påpekande om att en straffmätning (och en straffvärdebedömning) bär drag av en karaktärsbedömning, så kan detta utmynna i slutsatsen att flera brott av allvarlig beskaffenhet kan vara att anse som lika straffvärda som summan av de enskilda brottens straffvärde. Den som t.ex. har begått två våldtäkter har visat en grad av moralisk klandervärdhet som är (minst) lika stor som summan av respektive brotts straffvärde. Detta skulle i så fall tala för att rabatter *inte* borde ges vid flerfaldig allvarlig brottslighet med höga straffvärden.

Som jag har diskuterat ovan kan det helt klart ligga en tanke bakom att en *moralisk bedömning* av klandervärdheten vid flerfaldig brottslighet av allvarlig beskaffenhet kan utmynna i att rabatter framstår som orättfärdiga. Mer tveksamt är väl i vilken utsträckning som den skulle kunna vara *mera* straffvärd. Den enda möjligheten härför torde vara de situationer där samtliga brott riktar sig mot samma person.[27]

Ett skäl för att använda sig av karaktärsbedömningar som ett kriterium i dessa situationer kan vara, att i de fall som det nu är fråga om är straff-

[26] Enligt sammanställningar av praxis har överlåtelse av 1 kilo heroin ett straffvärde uppgående till fängelse i 10 år, se Sterzel 2001 s. 159 och 306.

[27] Frågan om varför en gärningsman kan vara mer straffvärd om denne inriktar sig på ett offer kommer att beröras översiktligt i avsnitt 6.4.3.1.

mätningen relativt oprecis och så hög att den mäts i straffenheter uttryckta i år eller halvår. Beträffande den brottslighet som Jareborg refererar till torde det i vissa fall vara svårt att överhuvudtaget göra nyanseringar i straffmätningen uttryckt i månader. Kanske är det så att vid dessa höga straff finns det – från samhällets sida – inte något större intresse av att ge rabatt. Gärningsmannen visar efter flera brott att han förtjänar det maximala straffet och denna bedömning är viktigare att artikulera än intresset av att upprätthålla rangordning mellan brott.

Jag har emellertid stannat för att inte förorda att karaktärsbedömningar av detta slag skall påverka principen om mängdrabatt. Skälen härför är följande:

För det första skulle en sådan princip gå stick i stäv med hur man idag hanterar mängdrabatter i praxis. Som jag har påpekat i avsnitt 4.3.4 anger brottsbalkskommentaren att vid flera brott med ett straffvärde av vartdera 1 års fängelse ges stora rabatter. I det exempel som används i kommentaren motsvarar det andra brottet vid den gemensamma straffmätningen endast 1/6 av det uppmätta straffvärdet för det enskilda brottet. Vid ännu allvarligare brottslighet bör rabatten bli minst lika stor eller kanske ännu större. Man skulle således kunna förmoda att en påtaglig repressionsökning blev följden om man ändrade nuvarande praxis rörande mängdrabatter så att det vid (vissa fall av) allvarlig brottslighet inte anses vara motiverat att ge mängdrabatt på grund av en karaktärsbedömning av brottsligheten.

För det andra skulle en sådan ordning innebära att den relativa proportionaliteten blir betydligt svårare att upprätthålla. Om det vid allvarlig brottslighet inte skall ges någon rabatt, finns det en risk för att straffmätningen vid dessa brott snabbt "slår i taket". Härigenom förlorar man möjligheten att uttrycka att brottskombinationer innehållande ytterligare eller allvarligare brottslighet är mer straffvärd. En sådan ordning är inte oproblematisk. Till stor del bygger argumentationen i den ovan diskuterade trestegsmodellen på att rabatter behövs för att kunna möjliggöra en rangordning av brott. Noga taget är det endast vid flera (mycket) allvarliga brott som frågan ställs på sin spets. Vid brottslighet med måttligt eller lågt straffvärde går det normalt att rangordna brottslighet inom den tillämpliga straffskalan för flerfaldig brottslighet även utan att rabatter ges. Det torde vidare inte vara helt ovanligt att rangordning mellan olika brottskombinationer är möjlig att göra inom straffskalan för det svåraste brottet utan att rabatter ges. Men vid allvarlig brottslighet med höga straffvärden är det annorlunda. Vid många brott skulle straffmätningen uppgå till det maximala straffet redan efter två brott.

För det tredje uppkommer ett problem med att man måste avgöra *när* brottslighet är så allvarlig att det kvalitativa elementet i den moraliska

bedömningen av gärningsmannens handlande är sådant att mängdrabatt inte längre bör ges. Det kan lätt uppstå tröskeleffekter. Vid lindrig eller måttlig brottslighet ges rabatter, varvid straffmätningen inte ökar strikt proportionellt. När brottsligheten därefter befinns vara tillräckligt allvarlig ökar straffvärdet proportionellt med antalet brott. För att en sådan tröskeleffekt skall kunna anses vara motiverad räcker det inte med goda teoretiska skäl; det måste också råda någon form av konsensus om vilka dessa fall är (vad gäller typen av brottslighet och hur svår den skall vara för att betraktas som tillräckligt allvarlig).

Det kan tilläggas att det förmodligen saknas tillräckligt sofistikerade metoder för att göra karaktärsbedömningar av det slag som Jareborg och Duff diskuterar. Vad det allmänna rättsmedvetandet "anser" (om olika brotts moraliska karaktär) kan i sig inte utgöra något tillräckligt skäl.[28] Det finns därför en risk att den karaktärsbedömning som skall göras mer inriktas på *gärningsmannen* än på hur den manifesterade attityden kommer till uttryck i *gärningarna*. I vart fall finns det en risk att dylika möjligheter missbrukas i syfte att låta olika preventiva intressen påverka straffmätningen. När viss brottslighet utpekas som "organiserad", "mer vanligt förekommande" eller att den "tagit sig mer allvarliga uttrycksformer" etc., kan karaktärsbedömningar låna sig till argument för att göra undantag från principen om mängdrabatt i syfte att komma till rätta med brottslighet som (mer eller mindre temporärt) uppfattas som ett samhällsproblem.[29] Detta är givetvis inte vad Jareborg och Duff avser med en moralisk karaktärsbedömning av gärningen. Samtidigt känner vi igen argumenten från de som brukar anföras till stöd för att viss brottslighet med hänsyn till dess "art" skall föranleda fängelsestraff. Det kan inte uteslutas att motsvarande utveckling blir följden om man låter domstolar använda karaktärsbedömningar för att avgöra när mängdrabatter bör ges.

Jag tror att de såväl normativa som praktiska problem, som är förenade med att föra in en dimension av karaktärsbedömning i straffmätningen, är så stora att det kan vara en fördel att avstå från att försöka utveckla

[28] Det torde vidare vara mycket svårt att uppskatta vad det allmänna rättsmedvetandet anser om straffvärdet på olika brottskombinationer, se Ashworth 2000 s. 227 f.

[29] Jag hänvisar till diskussionen i avsnitt 4.3.5.1 om utvecklingen i norsk rätt rörande mängdrabatter vid s.k. vinningskriminalitet. Vad som har sagts ovan om brottlighetens karaktär innebär inte att man inte kan föra en diskussion i praxis, doktrin eller på lagstiftningsnivå om straffvärdebedömningar beträffande viss brottslighet eller den allmänna repressionsnivån. En sådan diskussion kan även gälla storleken av de mängdrabatter som ges vid olika brottslighet. En kontinuerlig värdering – och omvärdering – av olika brottstyper och gärningstyper sker och måste ske. Detta ligger i straffmätningens normativa karaktär. Men *om* och *när* straffmätningen beträffande viss brottslighet omvärderas, så skall man utgå från straffvärderelevanta omständigheter.

konkurrensreglerna rörande mängdrabatt i denna riktning. En slutsats blir således att intresset av att kunna rangordna brottskombinationer övertrumfar intresset av att kunna göra exakta bedömningar av det moraliskt förkastliga i flerfaldig brottslighet.

Typfall 2 är identiskt med typfall 1 med den skillnaden att straffvärdet hos den aktuella brottsligheten är lågt. Enligt vad som har angivits i avsnitt 4.3.4 torde det enligt praxis vara vanligt att någon straffreduktion inte ges vid den samlade straffmätningen. Dvs. två brott med straffvärden på vardera 1 månads fängelse resulterar i ett gemensamt straff på 2 månaders fängelse. Denna ordning kan enligt min mening ifrågasättas. Visserligen kan det inte hävdas att humanitetsprincipen kräver att mängdrabatt måste ges för att straffmätningen inte skall bli orimligt sträng. Inte heller torde intresset av att kunna rangordna brottskombinationer äventyras genom att man närmar sig gränsen för straffskalemaximum. Om vi t.ex. antar att två fall av misshandel av normalgraden vartdera förtjänar fängelse i 1 månad, kommer straffskalan för den samlade brottsligheten att vara fängelse i lägst 14 dagar och högst 3 år. Det kan rimligtvis inte hävdas att intresset av rangordning eller spridning påverkas av om det sammanlagda straffet bestäms till fängelse till 1 månad, 1 månad och 14 dagar eller 2 månader. Man skulle också kunna hävda att om straffvärdet på den aktuella brottsligheten är lågt, så kommer rabatterna, då det är fråga om många brott, att bryta ned straffmätningen i så små enheter att det är svårt att utdöma ett gemensamt straff.

Det finns emellertid skäl för att asperationsprincipen skall användas även i dessa fall. Om kravet på relativ proportionalitet skall respekteras vid allvarlig brottslighet, borde det gälla konsekvent oavsett brottslighetens relativa straffvärde. I annat fall riskerar man att – precis som nyss nämnts angående typfall 1, fast på motsatt sätt – få betänkliga tröskeleffekter i rättstillämpningen.

För det första skulle den tidigare påpekade konsekvensen att rabatternas storlek görs avhängig brottslighetens svårhet accentueras. Det är naturligtvis inte oproblematiskt att förklara varför gärningsmannen skall få större straffreduktion ju allvarligare brottslighet han begår. Att så är fallet beror på att kravet på relativ proportionalitet fordrar stora rabatter vid allvarlig brottslighet eftersom effekten av att straffskalan är begränsad blir tydligare. Men det utgör inget argument för att rabatt överhuvudtaget inte skall ges vid mindre allvarlig brottslighet. Vill man mildra den ovan påpekade konsekvensen bör mängdrabatt ges även vid mindre allvarlig brottslighet.

För det andra återkommer det ovan diskuterade problemet med tröskeleffekter fast nu i inverterad form: den nuvarande ordningen i praxis

förutsätter nämligen att man kan avgöra när rabatter skall börja ges. När är straffvärdet hos den samlade brottsligheten tillräckligt högt för att rabatter skall ges och varför skall sådana endast ges vid allvarligare brottslighet? Det finns en inneboende risk för att rättstillämpningen blir oenhetlig, om det överlämnas till domstolens fria skön att avgöra när brottsligheten når upp till ett sådant värde att det skall anses vara befogat att ge rabatt. Avsaknaden av närmare motivering i domskäl om hur straffmätningen har gjorts utgör stöd för denna farhåga.

Konsekvens i systemet och intresset av att praxis är enhetlig förutsätter att konkurrensläran är någorlunda enkel att tillämpa. Vikten av enkelhet skall inte underskattas. I annat fall kan man nämligen inte hoppas på att lösningsprinciperna för olika konkurrensproblem får något genomslag. Vi kan beteckna detta argument som en hänvisning till en *enkelhetsprincip*, som säger att intresset av relativ proportionalitet och enhetlighet i systemet talar för att mängdrabatt alltid bör ges. Ur ett rättviseperspektiv ser jag inget problem med detta resonemang så länge som principen tillämpas utan att särskilda hänsyn tas till den enskilde gärningsmannen (dvs. alla som begår flerfaldig brottslighet får rabatt).[30] Vad som emellertid skulle kunna utgöra ett rättviseproblem är frågan huruvida det skall spela någon roll om gärningsmannen redan är dömd för ett av brotten då lagföring för det andra sker. Dessa tillämpningssituationer kommer att behandlas i kapitel 6–8.

Till sist kan till stöd för att rabatter skall ges i det nu diskuterade typfallet påminnas om den av Jareborg diskuterade karaktärsbedömningen av mindre allvarliga brott. Enligt denna så är det just vid lindrigare brott (till skillnad från vid allvarligare brott) som en strafflindring kan motiveras på grund av att klandervärdheten i dessa fall inte förändras särskilt mycket kvalitativt av att antalet brott ökar kvantitativt.[31]

Mot bakgrund av att det är förenat med både praktiska och principiella betänkligheter att ge (stora) rabatter endast vid allvarligare brottslighet, vill jag således hävda att mängdrabatt bör ges genomgående vid flerfaldig brottslighet oavsett dess relativa straffvärde.[32]

[30] Jfr här ett system baserat på barmhärtighet av den typ som Bottoms diskuterar, där domstolen i varje enskilt fall utifrån vissa kriterier skall avgöra om straffreduktion bör ske, se Bottoms 1998.

[31] Jareborg 1999 s. 276.

[32] Ett argument *mot* att ge rabatter vid brottslighet med låga straffvärden kan dock vara att det redan förekommer en tröskeleffekt genom att villkorlig frigivning inte aktualiseras beträffande fängelsestraff som inte överstiger 1 månads fängelse (BrB 26:6). Eftersom villkorlig frigivning i praktiken innebär en straffreduktion, blir det faktiska utfallet att både den som döms till 1 månads fängelse respektive 1,5 månaders fängelse kommer att vara frihetsberövad i 1 månad. Ett visst repressivt inslag ligger i att villkorlig frigivning leder

Typfall 3 är oproblematiskt vad gäller frågan huruvida mängdrabatt skall ges eller inte. I enlighet med vad som sagts i avsnitt 4.3.4 om gällande praxis är det klart att så skall ske. Vad som emellertid kan vålla betänkligheter är hur stor straffreduktionen skall vara. Enligt vad som har sagts ovan är det väsentliga att straffvärdet påverkas av varje ytterligare brott som gärningsmannen har begått och dömts för. Denna ökning behöver emellertid inte bestå i kumulation av respektive brotts straffvärde. En konsekvens av det sagda är att det – teoretiskt sett – inte bör få bli aktuellt att helt efterge straffvärdet som det mindre allvarliga brottet representerar. Från principiell synpunkt bör det mindre allvarliga brottet medföra en viss straffskärpning.

En annan sak är att det – ur ett praktiskt perspektiv – i vissa fall kan tänkas att domstolar avstår från att låta det mindre allvarliga brottet särskilt komma till uttryck i straffmätningen. Antag t.ex. att en person dömts för ett dråp (BrB 3:2) och en stöld (BrB 8:1), varvid dråpet förskyller fängelse i 8 år och stölden har ett straffvärde på cirka 1 månad. Det torde i dessa situationer inte vara ovanligt att straffet bestäms till fängelse i 8 år. Detta kan förklaras med att när straffet avseende det ena brottet mäts i år, halvår eller kvartal, går det inte att gradera brottsligheten mera exakt än i dessa enheter. Det är med andra ord svårt att uttrycka nyanser i värderingen av hur straffvärd brottsligheten är. Stölden i exemplet ovan medför inte någon beaktansvärd *kvalitativ* skillnad i bedömningen av (den samlade) brottslighetens straffvärde.

Att mindre straffvärden inte kan uttryckas särskilt vid sidan av straffmätningen av allvarligare brottslighet är en brist som följer av att möjligheterna att värdera skada och skuld inte medger någon påtaglig precision. Vi kan många gånger inte göra mer än en ganska grov värdering av brottslighetens straffvärde, vilket blir särskilt tydligt när straffmätningen mäts i så stora enheter som hela år. Om då straffmätningen för det svåraste brottet således har "avrundats" till jämt antal år, eller i bästa fall jämt antal månader, framstår det kanske som naturligt att *inte* låta straffvärdet för ett mindre allvarligt brott, som t.ex. stölden i det nämnda exemplet, påverka straffmätningen särskilt. Om mängdrabatt ges, skulle stölden ha ett straffvärde motsvarande 14 dagars fängelse. Förmodligen använder domstolar detta överskottsvärde vid straffmätningen endast som ett skäl

---

till en prövotid av 1 år. Detta argument förutsätter att den dömde inte återfaller i brott, varvid den villkorligt medgivna friheten förverkas. Förekomsten av sådana tröskeleffekter skulle kunna utgöra ett skäl för att inte ge rabatter vid brottslighet med låga straffvärden. Mot detta kan man ju invända att det inte är självklart att tröskeleffekter vid villkorlig frigivning måste finnas. Varför skulle inte villkorlig frigivning kunna aktualiseras även vid (mycket) korta straff?

för att avrunda straffmätningen för det allvarligare brottet till den närmast liggande straffenheten (uppåt). På något annat sätt torde det inte vara praktiskt möjligt att låta straffmätningen påverkas av det andra brottet. Men detta ändrar inte på den principiella utgångspunkten. Humanitetsprincipen kan i dessa fall inte spela någon avgörande roll eftersom det marginella straffvärdet är så lågt. Däremot är det ännu en gång ett utslag av intresset att upprätthålla relativ proportionalitet, låt vara att rangordningen främst kommer att manifestera sig som optisk effekt. Samhället är inte likgiltigt inför det faktum att gärningsmannen även har begått det andra brottet.

Det finns vissa ytterligare skäl som skulle kunna motivera att mängdrabatter inte skall få leda till fullständig kumulation även om det endast resulterar i en optisk effekt. Saken kan få betydelse om det finns en medtilltalad som skall dömas vid sidan av den tilltalade.

Antag att A och B tillsammans har begått en grov misshandel (BrB 3:6) för vilken de (båda) skall dömas till fängelse i 1 år och 6 månader. A skall vid sidan härav även dömas för ett fall av grovt rattfylleri (TBL § 4 a), vilket normalt har ett straffvärde motsvarande 1 månads fängelse. Från proportionalitetssynpunkt skall de båda gärningsmännen inte ha samma straff. Det är härvid ointressant att straffet för det grova rattfylleriet framstår som marginellt i förhållande till straffet för grov misshandel.

Mot att man skall låta proportionalitetsprincipen få en sådan genomslagskraft vid straffmätningen talar dock de stora möjligheterna som åklagare har att i dylika fall meddela åtalsunderlåtelse (RB 20:7 p. 3). Genom ett sådant beslut upphör konkurrensproblemet innan det når domstolen. Om nu en åklagare ändock har väckt åtal för ett brott med ett – i förhållande till den övriga brottsligheten – marginellt straffvärde, borde inte det faktum att åtalsunderlåtelse hade kunnat meddelas föranleda att straff helt efterges vid den gemensamma straffmätningen. Detta är emellertid ett praktiskt argument som givetvis kan ha stor betydelse för hur man skall tolka domstolarnas praxis. Men jag kan inte se att det egentligen ändrar på principen.

Vad som nu har sagts gäller även – i allt väsentligt – beträffande situationen i **typfall 4**, då det är fråga om en lång serie brott av måttlig eller ringa svårhetsgrad. Principen om relativ proportionalitet förutsätter att det på något sätt återspeglas i straffmätningen att det är fråga om flera brott. Däremot är det inte nödvändigt – eller ens lämpligt – att kumulera respektive brotts straffvärde. Argumentet om att klandervärdheten inte behöver öka kvalitativt på grund av att det är fråga om flera brott med måttlig svårhetsgrad gör sig gällande i ännu större utsträckning än vad som sagts beträffande typfall 3.

Vad som är diskutabelt är om det är lämpligt att straffmätningen tillåts plana ut helt och hållet efter ett visst antal förövade brott. Utifrån ett teoretiskt perspektiv är en utplaning svår att förklara. Om principen om relativ proportionalitet skall upprätthållas, torde det faktum att det är fråga om flera brott böra komma till uttryck i domen. Att rabatt skall ges för att möjliggöra rangordning är en sak. Att helt avstå från att ge viss brottslighet betydelse vid straffmätningen är en annan sak. Jareborg anger att en sådan utplaning av straffmätningskurvan förmodligen inte kan förklaras ur ett proportionalitetsperspektiv utan att man i detta läge får hävda att humanitetsprincipen, efter hand, ges företräde framför proportionalitetsprincipen.[33]

Argumentet är sympatiskt om man vill ge en teoretisk förklaring till varför straffmätningen efter hand inte påverkar kurvan. I praktiken är eventuellt förklaringen till utplanande kurvor mer trivial. Domstolars straffvärdebedömningar vid flerfaldig brottslighet är inte lika finkalibrerad som vid enkel brottslighet, vilket till stor del beror på att de inte är skyldiga att ange för hur många brott som de dömer eller att redogöra för straffmätningen för respektive brott. Komplicerade brottskombinationer med ett omfattande antal åtalspunkter innebär att domstolen, utifrån sin erfarenhet, törs säga att efter ett visst antal brott kommer inte längre ytterligare brottslighet att i nämnvärd mån spela någon roll för straffmätningen. Den relativa proportionalitetens krav på att varje brott skall återspeglas i straffmätningen på *något* sätt innebär att man efter hand arbetar med så nedbrutna enheter att domstolen inte kan eller bemödar sig med att värdera hur klandervärt varje begånget brott är. Marginalvärdet hos respektive brott är så lågt att det inte är lönt att lägga till det sammanlagda straffvärdet. Det är därför kanske pragmatiska skäl som skapat denna praxis. Detta hindrar naturligtvis inte att humanitetsprincipen används för att normativt och ideologiskt förklara den utplanande kurvan. Eventuellt saknas medvetenhet i domstolar om dessa överväganden. Det kanske är fråga om en till humanitet förklädd likgiltighet som förekommer.[34]

Under alla omständigheter är det, enligt min uppfattning, ingen tillfredsställande ordning. Praktiska skäl kan givetvis tala för att straffmätningen vid mycket omfattande brottslighet inte längre kommer att påverkas av att fler brott underkastas domstolens bedömning. Men man kan ju lika väl hävda att den i praxis tillämpade principen är logiskt och värde-

[33] Jareborg 1999 s. 279.

[34] Jfr vad som i avsnitt 4.3.5.4 ovan om Bohnerts perspektivargument. Domares förmåga att se saker i perspektiv medför att det kvantitativa elementet leder till en kvalitativ likgiltighet. Efter ett visst antal brott är domaren vid straffmätningen likgiltig inför antalet brott. Se Bohnert 1993 s. 863.

ringsmässigt osammanhängande. Ur ett teoretiskt perspektiv är jag för min del benägen att föreslå att principen om relativ proportionalitet bör upprätthållas även här. Det finns nämligen ett inneboende moraliskt problem med att hävda att klandervärdheten inte skulle vara större om gärningsmannen har begått, låt oss säga, 30 brott istället för 20 brott. Om det är fråga om brottslighet med måttligt eller lågt straffvärde torde man i vart fall inte riskera att hamna i konflikt med humanitetsprincipen om mindre tillägg görs till det sammanlagda straffet.

Vid sidan av det moraliska problemet med att förklara varför domstolar efter hand blir likgiltiga inför antalet brott, kan man anföra att såväl viktimologiska aspekter som straffsystemets trovärdighet fordrar att man tar det faktum att det är fråga om flera brott på allvar. Den som har blivit utsatt för ett brott är säkerligen inte likgiltig inför huruvida den dömde erhåller något straff för det brott som just han har blivit utsatt för. Att mindre tillägg görs för varje enskilt brott gärningsmannen döms för har kanske ingen praktisk betydelse, men det visar att man tar principen om straffvärdeproportionalitet på allvar. Det skall således spela – om så endast en optisk – roll om gärningsmannen har begått 10, 20 eller 30 brott. Därmed inte sagt att detta skall innebära att den som begått 20 brott skall bestraffas dubbelt så hårt som den som har begått 10 brott.

Avslutningsvis skall något sägas om rabatter vid *böter*. Jag har inte sagt särskilt mycket om straffmätningen vid bötesbrott, men det torde vara självklart att identiska problem kan uppkomma då den samlade brottsligheten ligger på bötesnivå. Jag har redan i avsnitt 3.1 hävdat att de tillämpningssituationer som behandlas i de summariska förfarandena (strafföreläggande och föreläggande av ordningsbot) utgör påföljdskonkurrens, eftersom det kan vara fråga om en påföljd för flera brott. Vad som i det följande sägs gäller i första hand då böter används som gemensamt straff. Mycket torde dock ha relevans även då bötesstraff används i andra situationer, t.ex. vid de summariska förfarandena och när böter används som tilläggsstraff enligt BrB 30:8.

Straffmätning av flerfaldig brottslighet på bötesnivå kan ju i många avseenden uppfattas som ett specialfall av typfall 4. Enligt min mening gäller samma grundprinciper för påföljdsbestämning av flera brott på bötesnivå som vid straffmätning av flera brott på fängelsenivå. Såvitt jag kan se finns det ingen anledning att göra skillnad mellan dessa fall. Med hänsyn till att straffskalan vid bötesbrott i ännu högre grad är hopträngd blir det följaktligen minst lika angeläget att ge rabatter vid flerfaldig brottslighet, om man vill kunna ge uttryck för en relativ rangordning mellan olika brottskombinationer. Problemen med att förutse vilka eventuella framtida brottskombinationer, som är mer straffvärda än de föreliggande, gör att man bör reservera den övre (översta) delen av straffskalan för dessa.

Man skulle vidare kunna diskutera huruvida man behöver utsträcka straffskalan för flerfaldig brottslighet utöver 200 dagsböter i syfte att öka differentieringen. Detta skulle leda till att böter kunde användas i större utsträckning vid mindre allvarlig brottslighet än vad som sker idag.[35]

Som ett skäl mot att ge rabatter vid de tidigare diskuterade brotten med lågt straffvärde har jag angivit, att det inte alltid är praktiskt möjligt att bryta ned ett frihetsberövande i enheter under 7 dagar samt att det faktiska utfallet av sådana rabatter kanske inte behövs ur ett humanitetsperspektiv. Beträffande böter förhåller det sig emellertid delvis annorlunda. Vad gäller dagsböter torde man relativt enkelt kunna laborera med små enheter. Det lägsta antalet dagsböter som får utdömas är visserligen 30 till antalet, men vid en gemensam straffmätning av bötesbrottslighet finns det ju inget som hindrar att man laborerar med mindre enheter.[36]

Nu kan det visserligen misstänkas att domstolar på grund av det låga straffvärdet inte ägnar straffmätning av flerfaldig bötesbrottslighet den omsorg som kanske ges straffmätning av flerfaldig brottslighet på fängelsenivå. Det tas för givet att bötesstraffet utgör lagens lindrigaste straff och att det inte finns samma behov att lindra effekten av kumulation. Men enligt min uppfattning gäller samma principiella utgångspunkt vid denna typ av brottslighet som vid allvarligare brottslighet.[37] Rangordning mellan brott är viktigare än strikt proportionalitet. För övrigt bör tilläggas att bötesstraff ofta har en betydligt större inverkan på den dömdes liv än vad som framgår av straffets rangordning såsom brottsbalkens "lindrigaste" straff. I vart fall böter i den övre delen av straffskalan kan utgöra ett så ingripande straff att det får betraktas som en rättslig fiktion att fängelse alltid är att anse som svårare straff än böter.[38]

Vad till sist gäller den situationen att böter används som tilläggsstraff (BrB 30:8) finns en rad olika principer eller motiveringar för när och hur

[35] Se även SOU 1986:14 s. 112.

[36] En annan sak är att RÅ i samband med utfärdandet av riktlinjer för strafföreläggande inte vill ha en fragmentarisk straffmätning, varför enheter mindre än 10 dagsböter inte förekommer.

[37] I princip gäller samtliga argument som nu anförts även för brottslighet där straffet skall utmätas i direkt i penningar (penningböter). Straffskalan är på samma sätt begränsad vid flerfaldig brottslighet med den enda skillnaden att straffmaximum anges i ett totalbelopp uppgående till 5 000 kr (BrB 25:6 st. 2). Den väsentliga skillnaden mellan straffmätning av dagsböter och andra böter är att det endast är beträffande de förstnämnda som någon egentlig straff*mätning* förekommer. Beträffande penningböter baserar sig böternas storlek på schablonberäkningar av vad respektive förseelse anses förtjäna. Någon straffmätning i ordets rätta bemärkelse förekommer således inte. Detta behöver inte innebära att det inte finns ett intresse av att rangordna olika brottskombinationer i förhållande till varandra.

[38] En enkel multiplikation av det maximala antalet dagsböter med det högsta beloppet, som dagsboten kan bestämmas till, ger vid handen att det teoretiskt är möjligt att ådömas sammanlagt 200 000 kr i böter, se Jareborg 2003 s. 236.

dessa böter skall användas. Huruvida principen om mängdrabatt får betydelse i dessa fall beror på hur man anser att böter som tilläggsstraff skall mätas ut.

Huruvida böter som tilläggsstraff skall utmätas i enlighet med proportionalitetsprincipen är omtvistat.[39] Ursprungligen infördes böter som tilläggsstraff i syfte att tillgodose främst olika preventiva syften. Bötesstraffet skulle tillrättaföra eller resocialisera den dömde samt tjäna till att upprätthålla allmän laglydnad.[40] Enligt brottsbalkskommentaren skall böter som tilläggsstraff utgöra en extra sanktion vid sidan av t.ex. en villkorlig dom i syfte att göra denna kännbar.[41] Härvid kan beaktas dels omständigheter hänförliga till en straffvärdebedömning, dels omständigheter hänförliga till den dömdes personliga förhållanden. I praxis är det emellertid vanligt att man i straffmätningen väger in brottslighetens art och återfall.[42] Dvs. om ett brott har "artomständigheter", men dessa inte har varit tillräckligt starka för att presumtionen mot fängelse skall brytas, så skall dessa omständigheter påverka straffmätningen. En sådan lösning är systematiskt sett diskutabel. Brottslighetens art har bara att göra med skälen för att bestämma påföljden till fängelse. Om valet av påföljd är gjort, borde brottslighetens art inte tillåtas påverka straffmätningen. Vad gäller betydelsen av tidigare brottslighet, kan förekomsten av sådan i undantagsfall påverka straffmätningen (BrB 29:4). Det är emellertid mycket tveksamt om det finns goda skäl för en sådan ordning. Till detta återkommer jag i avsnitt 6.4. De nu diskuterade omständigheterna torde i vart fall vara synnerligen svåra att gradera och de bygger dessutom på en helt annan uppfattning om vad som konstituerar brottets svårhet än straffvärdeproportionalitet.

Enligt förarbetena till 1989 års påföljdsreform skall böternas storlek relateras till brottets svårhet.[43] Det talar för att antalet dagsböter skall utmätas proportionellt med straffvärdet inom intervallet 30–150. Eftersom 30 dagsböter utgör minimum får övriga 120 dagsböter graderas inom den tillämpliga straffskalan. Detta är ett något stelbent, men samtidigt rättvist, system. Den som erhåller villkorlig dom för brottslighet med ett straffvärde på 11 månader skall rimligen ha ett betydligt mera kännbart bötesstraff än den som får samma påföljd för ett brott med ett straffvärde motsvarande 1 månads fängelse.

[39] KBrB III s. 30:69.
[40] NJA II 1959 s. 58.
[41] KBrB III s. 30:69.
[42] KBrB III s. 30:69.
[43] Prop. 1987/88:120 s. 104. Se även SOU 1986:14 s. 462.

Sammanfattningsvis finns det anledning att behandla böter som tilläggsstraff på samma sätt som böter i allmänhet, dvs. de skall mätas ut proportionellt till den samlade brottslighetens straffvärde. En naturlig följd härav blir att mängdrabattsprincipen skall tillämpas även i dessa fall.

5.3.2.3 Något om hur stora rabatter som ges

En avslutande fråga är om det går att säga något närmare om i vilken utsträckning som rabatter bör ges. Jag tror att denna fråga är nästintill omöjlig att besvara, eftersom domstolar inte anger hur straffmätningen närmare har gjorts eller ens för hur många brott gärningsmannen döms. Eftersom jag endast befattar mig med de olika problemen och principiella lösningarna, torde det utifrån den av mig föreslagna modellen vara lika svårt att säga något om storleken på rabatterna som det är att utifrån proportionalitetsprincipen säga hur straffvärt ett brott är. Hur straffvärdebedömningar görs och hur rabatter ges är en fråga som är överlämnad till domstolarna. Eftersom detta inte är en empirisk undersökning kan jag endast försöka ange efter vilka principer det bör ske.

Det nu påpekade innebär inte att det är ointressant att undersöka om det finns några hållpunkter för hur rabatter ges. En uppfattning om hur stora rabatter som förekommer i praxis framgår av vissa utländska undersökningar som har gjorts på området.[44] En kort sammanfattning av dessa

[44] Det väcker kanske viss förvåning att de flesta försöken att skapa enhetlig praxis genom schematiska modeller, riktlinjer, formler eller system har skett inom den anglo-amerikanska rättstraditionen, där konkurrensregleringar i övrigt har rönt litet intresse. Lovegrove har i en omfattande studie redovisat dels olika försök inom den anglo-amerikanska rättstraditionen att skapa riktlinjer för straffbestämning vid flerfaldig brottslighet, dels framlagt en egen modell, se Lovegrove 1997. Försök att skapa olika riktlinjer presenteras i kapitel 1. Lovegroves modell uppdelas i två olika varianter beroende på om konkurrensen avser flerfaldig brottslighet av samma typ (likartad konkurrens) eller brott av olika slag (olikartad konkurrens). Modellerna redovisas i Lovegrove 1997 kapitel 2 respektive 3. De olika modeller som han i övrigt diskuterar är hämtade från australiensisk, engelsk och amerikansk rätt och bär alla drag av ett matristänkande. Genom att välja ut vilka faktorer och omständigheter som skall anses vara relevanta vid straffbestämning för flerfaldig brottslighet (t.ex. antalet brottsliga gärningar, antalet brottstyper, huruvida brotten är likartade eller olikartade, huruvida det rör sig om återfall eller inte etc.) kan dessa därefter anpassas i en matris, ur vilken ett svar på vilket straff som skall utmätas kan produceras. Lovegrove påpekar dock att flertalet modeller har misslyckas med att ge en uttömmande och tillräckligt komplex beskrivning av vilka faktorer som är av betydelse och att bedömningarna tenderar att bli rena sifferkalkyler som begränsar domstolens straffmätning. Se Lovegrove 1997 s. 22 ff. Se även Robinson 1986 s. 1113 ff. Det saknas anledning att gå närmare in på såväl de olika modellerna som förslagen eftersom de torde sakna relevans för svenskt vidkommande. Detta beror dels på att det saknas en utvecklad konkurrenslära

kan fungera som en provkarta på vad det handlar om. Jag vill göra en reservation för att de utländska undersökningar som nu kommer att diskuteras har ett begränsat värde för svenska förhållanden. Hur stora rabatter som kan ges i utlandet beror på vilka principer, som styr respektive straffrättsordnings påföljdsbestämning, och hur respektive lands konkurrenslära är beskaffad.

Som påpekats torde en ansenlig rabatt ges då det är fråga om två (eller flera) brott med ett högt och likartat straffvärde (typfall 1). Av vad som framgick av redogörelsen för svensk praxis på området torde det första brottet erhålla fullt straff medan den övriga brottsligheten normalt inte föranleder ett påslag med mer än några månader. Med den trestegsmodell som jag har diskuterat ovan är det ofrånkomligt att storleken på rabatten är relativ i förhållande till brottslighetens svårhet samt att det därför blir aktuellt att ge större rabatter vid svårare brottslighet.

Albrecht har i en empirisk studie av straffmätningspraxis i Tyskland analyserat ett antal olika brottstyper (rån, våldtäkt och inbrott) där den flerfaldiga brottsligheten är likartad.[45] Tack vare att den tyska bestämmelsen om kollektivt straff vid reellt konkurrerande brott förutsätter att de enskilda brottens straffvärde fastställs separat innan de sammanläggs till ett kollektivt straff, går det att undersöka vilka rabatter som ges.

Albrechts studie visar att rabatterna är små när straffvärdet hos den sammanlagda brottsligheten (summerad) understiger 1 år. I medeltal gavs i dessa fall rabatt motsvarande 22 procent av brottens ursprungliga straffvärde. Därefter minskade straffvärdet för varje ytterligare brott med varje ettårsintervall. Den fortsatta minskningen skedde med 27 procent för andra intervallet, 31 procent för tredje intervallet, 42 procent för fjärde intervallet, 44 procent för femte intervallet, 53 procent för sjätte intervallet och 62 procent för sjunde intervallet.[46] När straffvärdet blev högre, så ökade följaktligen även rabatterna.

Ashworth konstaterar att Albrechts slutsatser förefaller överensstämma med viss praxis i engelsk rätt.[47] I ett annat sammanhang visar Ashworth

---

på planet för brottslighetskonkurrens inom den anglo-amerikanska rättstraditionen, varför det av naturliga skäl blir mer aktuellt att söka begränsa effekterna av straffbestämning vid flerfaldig brottslighet, dels på att det saknas straffskalor för flerfaldig brottslighet, dels på att det ingalunda är klart huruvida ett utmätt straff skall verkställas seriellt eller parallellt (*consecutive* eller *concurrent*). Som diskuterats bl.a. i avsnitt 3.5.1 är skillnaden avsevärd. Med hänsyn till att det inte finns någon enhetlig uppfattning om när dessa verkställighetsformer skall väljas, behöver inte straffmätningen på något sätt komma till uttryck i resultatet av domstolens slutgiltiga påföljdsbestämning. Jag erinrar om att jag i detta avsnitt endast försöker ringa in hur stora rabatter som ges.

[45] Angående undersökningen, se närmare Albrecht 1994 kap. 10.

[46] Se Albrecht 1994 s. 391.

[47] Ashworth 2000 s. 228.

med ett fiktivt exempel hur (likartad) brottslighet med ett straffvärde på 1 års fängelse påverkas av om det är fråga om flerfaldig brottslighet.[48] Ashworth utgår således inte – till skillnad från Albrecht – från att brottens svårhet förändras. Istället är det främst antalet brott som varieras. Exemplet utvisar en ännu mer generös straffreduktion än vad som gavs i Albrechts undersökning. Utifrån en skala med (1), 2, 3, 5, 10 och 20 brott, bestäms det totala straffet till (12), 18, 22, 25, 30 och 36 månader. Om vi utgår från att varje brott hade ett straffmätningsvärde på 12 månader blev det relativa straffmätningsvärde som brotten spelade vid utmätande av det totala straffet (100 procent), 50 procent, 41 procent, 21 procent, 15 procent och 10 procent.

I andra sammanhang förekommer mer schablonartade tumregler för hur mängdrabatter beräknas. Jareborg och Zila anger att vid den principiella hanteringen av flerfaldig brottslighet utgår man från det svåraste brottet för vilket gärningsmannen erhåller fullt straff. För det näst svåraste brottet görs därefter ett tillägg som är mindre än detta brotts enskilda straffvärde. För det tredje näst svåraste brottet görs ytterligare större avdrag i förhållande till det näst svåraste brottet o.s.v.[49] Författarna anger inga procentförhållanden, men det torde i praxis inte vara ovanligt att det näst svåraste brottet halveras eller möts med ett straffvärde som motsvarar ⅔ av det straffvärde som det skulle ha ansetts ha om brottet bedömdes separat. För det tredje och efterföljande brotten görs därefter tillägg med ⅓ av de enskilda brottens straffvärde.[50]

Schäfer nämner en i tysk praxis förekommande, något enklare, metod (från vilken han dock avråder). Tumregeln är därvid att domstolen utgår från det strängaste straffet, vilket därefter höjs med hälften av summan av de övriga straffen (Einzelstrafen).[51] Detta är ju detsamma som att utdöma fullt straff för det första och därefter halvera de efterföljande brottens straffvärde.

Robinson ger ett exempel på hur ett fall skulle hanteras enligt vissa amerikanska riktlinjer för straffbestämning av flerfaldig brottslighet, vilket överensstämmer med vad som har sagts ovan. Han utgår från ett fall där ett visst brott enligt gällande praxis skall resultera i ett 2 år långt fängelsestraff. Om en tilltalad därefter skall dömas för tre eller fyra liknande brott, så följer av riktlinjerna att det totala straffet skulle bestämmas till

[48] Ashworth 1995 s. 211. Exemplet är hypotetiskt, men Ashworth bygger det på omständigheterna i ett verkligt fall (*Bosanquet* 1991, 12 Cr App Rep (S) 646) i vilket den tilltalade dömdes för 70 inbrott eller inbrottsförsök (residential burglaries).

[49] Jareborg & Zila 2000 s. 119.

[50] Procentförhållandena stämmer väl överens med vad som framgår av vissa praxisdiskussioner i domstol, se Protokoll HSB 2004 s. 24 och 26.

[51] Schäfer 1990 s. 192.

2 år 6 månader–3 år.[52] Rabatten här är t.o.m. större än den som diskuteras av Schäfer. Detta gäller emellertid endast vid likartad konkurrens. Om den tilltalade istället skall straffas för olikartad brottslighet som konkurrerar ideellt är det enligt Robinsson inte säkert att någon rabatt skulle ges överhuvudtaget. Det sagda talar för att man i den praxis som Robinson refererar till lägger stor vikt vid sambandet mellan brotten, vilket i dessa fall består i att brottsligheten är likartad (och begås samtidigt).[53]

Ett sista exempel från vilket man eventuellt skulle kunna erhålla viss vägledning hämtas även det från de anglo-amerikanska rättssystemen. Man skulle nämligen genom att se på hur stora avdrag som görs i samband med åtalsförhandlingar försöka få en uppfattning om olika rabatters storlek. En sådan jämförelse är emellertid mycket diskutabel. Eftersom straffreduktion vid "plea bargains" och liknande institut *inte* bygger på ett proportionalitetstänkande, finns det inget som säger att det skulle finnas ett samband mellan rabatter av detta slag och mängdrabatt vid straffmätning. Likaså är de ytterst vanskligt att dra några slutsatser om betydelsen av avdraget, om man inte vet hur domstolar värderar brottslighetens straffvärde. Emellertid kan det möjligtvis ge en antydan om vad de rättssystem som tillåter sådana åtalsförhandlingar kan acceptera i form av rabatter, eftersom vissa av dessa rättssystem samtidigt beaktar proportionalitetsprincipen.[54]

Ashworth anger att då någon erkänner sig skyldig till ett visst brott i samband med en åtalsförhandling reduceras straffet med upp till en tredjedel.[55] Av viss statistik, som han redovisar beträffande påföljdsbestämning för vuxna, framgår att de avdrag som görs i samband med åtalsförhandlingar följer ett delvis annorlunda mönster än mängdrabatter vid straffmätning. Vid allvarliga brott som t.ex. våldtäkt är avdragen relativt låga (10–20 procent). Vid mindre allvarliga brott som t.ex. inbrott, stöld och bedrägeri är avdragen betydligt större (25–40 procent). De riktigt stora avdragen görs beträffande brottslighet av relativt lindrig beskaffenhet. Innehav av narkotika kan vid ett erkännande leda till att straffet reduceras med närmare 50 procent.[56]

[52] Robinson 1987 s. 46 not 158.

[53] Jfr vad jag har sagt ovan i avsnitt 5.3.1.2 om motsvarande situationer i svensk rätt.

[54] Lovegrove understryker att proportionalitetsprincipen är väl etablerad i de engelska och australiensiska straffsystemen, se Lovegrove 1997 s. 12. Att principen finns förankrad i doktrinen och vissa lagstiftningsprodukter är ställt utom tvivel.

[55] Det framgår dock att det finns viktiga undantag samt att storleken på rabatten – om sådan överhuvudtaget ges – inte är enhetlig. Se närmare Ashworth 1998 s. 277 ff.

[56] Ashworth 1998 s. 278. I norsk rätt förekommer en liknande princip som innebär att en misstänkt person som (förbehållslöst) erkänner ett brott kan vara berättigad till en

Sammantaget torde det vara mycket svårt att på en teoretiskt hållbar grund föreslå schabloniserade avdrag som skall göras vid flerfaldig brottslighet. Det normativa underlaget för en sådan ordning skulle vila på empiriska observationer, men då har man lyckats med ett hopp från varat till börat ("man bör göra så, därför att man gör så"). Den ovan diskuterade undersökningen av Albrecht visar att rabatterna är små när straffvärdet hos den sammanlagda brottsligheten (summerad) understiger ett år. Mycket talar för att rabatterna i svensk rätt generellt sett är mer generösa än de Albrecht redovisar.[57]

Ett argument för att ändock använda någon form av schabloner är att det finns ett starkt intresse av att mängdrabatt faktiskt ges (generellt) och att rabatterna är någorlunda enhetliga. Frågan är bara hur dessa skall konstrueras. För svenskt vidkommande torde det vara mycket svårt att göra en underökning av det slag som Albrecht har företagit beträffande tysk rätt, eftersom det i svensk rätt saknas empiriskt underlag.

I ett normativt perspektiv kan kanske viss vägledning hämtas från de författare som förespråkar att brott inom olika svårhetskategorier skall hållas åtskilda även om det är fråga om flerfaldig brottslighet. Ashworth uttrycker saken på följande vis:

> "No matter how many offences of a particular kind an offender is found to have committed, the sentence should remain in the range appropriate to that type of offence."[58]

Man skulle t.ex. kunna använda en skala innehållande (i) synnerligen allvarliga brott (ii) mycket allvarliga brott, (iii) allvarliga brott, (iv) medelsvåra brott, (v) mindre allvarliga brott samt (vi) bagatellförseelser. Vilka brott som skall placeras i respektive kategori är inte av direkt intresse för

---

rabatt vid straffmätningen (norska SL § 59 st. 2). Bestämmelsen bygger dels på processekonomiska hänsyn, dels på att straffreduktion bör komma i fråga vid visad ånger, liknande den som sker i samband med att den dömde sökt förebygga skadeverkningarna av brottet eller frivilligt angett sig (jfr BrB 29:5 p. 2 och 3). Hur stor rabatten i dessa fall skulle kunna bli överläts i propositionen till domstolarna att avgöra, se Ot.prp. nr 81 s. 32 ff. Justiskomiteen, som var enig med departementet om att någon normalnivå inte borde anges, uttalade dock att den var högst tveksam till att straffen i vissa undantagsfall skulle kunna halveras. Av praxis framgår att rabatterna är mindre än 50 procent. För en sammanställning av praxis, se närmare Matningsdal & Bratholm 2003 s. 532 ff. Hur stora rabatter som ges i svensk rätt vid rättelse, kompensation eller då den dömde frivilligt angett sig är oklart eftersom det saknas illustrativa domstolsavgöranden.

[57] För olika exempel på uppskattad straffmätning vid olika brottskombinationer av flerfaldig brottslighet, se Protokoll HSB 2004 s. 25 ff. och bilaga 2.

[58] Ashworth 2000 s. 231. Liknande uppfattningar finns emellertid representerad hos flera författare, se bl.a. Lovegrove 1997 s. 50, Jareborg 1999 s. 275 och Thomas 1979 s. 57.

att påvisa principen.[59] Vad som däremot är viktigt är att det inte är av direkt intresse hur många brott som har begåtts. Brottsligheten indelas efter de abstrakta straffvärden som framgår av straffskalan (vilket utgör en erinran om hur viktigt det är att straffskalan verkligen baserar sig på brottstypens straffvärde och inte på andra hänsyn). Det viktiga är att oavsett hur många brott som har begåtts i en lägre kategori, så skall slutresultatet av straffmätningen – i princip – inte kunna bli jämförligt med de straffvärden som används i de högre svårhetskategorierna.

Vid sidan av straffskalorna måste även den konkreta straffmätningen för de olika brottstyperna beaktas. Man kan vidare tänka sig att skapa underkategorier inom varje svårhetskategori, där olika varianter på brottstyper rangordnas efter olika straffmätningsrelevanta omständigheter.[60]

För att uppnå målet att hålla straffmätningen inom den svårhetskategori som brottstypen tillhör kan säkerligen ingen slutgiltig och komplett modell eller räkneformel konstrueras. Ansvaret för att straffmätningen för olika brottskombinationer håller sig inom respektive kategori skulle även fortsättningsvis få ligga hos domstolarna.

5.3.3 Konklusioner

Diskussionen om konkurrensproblemen på den konkreta nivån med straffmätning kan sammanfattas på följande vis:

(1) Inledningsvis kan vi konstatera att konkurrensproblem rörande straffmätning vid flerfaldig brottslighet sedan länge i svensk rätt (i större eller mindre utsträckning) har lösts med användande av asperationsprincipen.

(2) De historiska skälen till varför denna lösningsprincip skall användas är endast delvis desamma som de, vilka idag motiverar den. Många av de

[59] Man skulle som exempel kunna tänka sig att kategorierna innehåller följande brott: (i) mord, grov mordbrand och grovt människorov (ii) dråp, grov våldtäkt och grovt rån, (iii) våldtäkt, grovt vållande till annans död, (iv) stöld, bedrägeri och narkotikabrott av normalgraden, (v) snatteri, olaga hot, våldsamt motstånd, ringa misshandel, ofredande samt (vi) trafikförseelser, ordningsförseelser. Poängen är således att oavsett hur många fall av t.ex. snatterier eller trafikförseelser som aktualiseras, så bör straffet aldrig kunna förflyttas upp i de högre kategorierna. Straffet för ett flertal snatterier bör aldrig kunna närma sig straffen för allvarliga narkotikabrott eller en våldtäkt. Detsamma gäller i de högre kategorierna. Straffen för flera stölder bör aldrig kunna hamna i paritet med straffen för våldtäkt. Det skall nu betonas att detta gäller proportionalitet vid *straffmätningen*. Påföljdsbestämningens slutliga resultat kan alltid ändras eller manipuleras genom att man vid val av påföljd bestämmer straffet till fängelse på grund av t.ex. brottslighetens art.

[60] För en utförlig modell rörande hur brott inom olika kategorier och underkategorier skall viktas mot varandra, se Lovegrove 1997 s. 56–61.

äldre skälen för att ge mängdrabatt har förflyttats till en annan del av konkurrensläran, nämligen brottslighetskonkurrens. Vad som i äldre rätt utgjorde en undantagsregel om att straffreduktion skulle ges i vissa fall (vilket tidigare bestod i att ett samband fanns mellan brotten) har upphöjts till huvudregel och gäller numera för alla konkurrensformer. Detta hindrar inte att principen om mängdrabatt är förenlig med proportionalitetsprincipen (kompletterad av humanitetsprincipen). Principen om mängdrabatt har endast försetts med en ny motivering.

Att principerna för att lösa konkurrens ändras och anpassas till de övriga principerna för påföljdsbestämning är i sig inget konstigt. Som påpekats i kapitel 1 är en princip en sorts "böra-regel", som inte sällan sammanfattar en eller flera värderingar. Normativa (och därigenom rättsliga) principer anger alltid *skäl* för något. Om principerna för bestraffning ändras, så kan andra principer komma att behöva justeras eller omkonstrueras i syfte att göra rättssystemet mer sammanhängande. Om skälen förändras, så förändras nästan alltid tillämpningen av principen. Samtidigt är det givetvis möjligt att resultaten i allt väsentligt blir likartade, men detta förutsätter att de "nya" skälen som anges i principen motiverar detta. Ett bra exempel på att det är möjligt att förse en gällande ordning med nya skäl, men i det stora uppnå samma resultat vid tillämpningen, är 1989 års påföljdsreform. Trots att reformen på ett principiellt plan försåg påföljdsbestämningsläran med nya skäl och ideologiska utgångspunkter, eftersträvades inte någon genomgripande förändring av praxis. Tvärtom syftade reformen främst till att förse den gällande ordningen med godtagbara skäl, och det ansågs t.o.m. att äldre praxis skulle kunna vägleda domstolarna vid tillämpningen av de nya bestämmelserna.[61] Liknande argument framfördes i samband med 1938 års reform av konkurrensregleringen.[62]

(3) Vidare kan vi av diskussionen i detta kapitel dra slutsatsen att straffvärde och proportionalitet inte alltid betyder samma sak på de olika konkurrensplanen. Detta är onekligen den mest komplicerade slutsatsen. När vi tidigare har diskuterat konkurrensproblematiken utifrån ett antagande att lösningarna främst syftar till att undvika en orättvis dubbelbestraffning eller att undvika otillbörliga rabatteffekter, så har det implicit antagits att varje brott förtjänar ett visst mått av klander bedömt utifrån allmänna straffmätningsprinciper. I detta avsnitt har framgått att det är skillnad mellan å ena sidan proportionalitet mellan ett brotts svårhet och straffet och å andra sidan proportionalitet i ett helhetsperspektiv. När vi tidigare har talat om proportionalitet mellan brott och straff och

[61] Se Prop. 1987/88:120 s. 38.
[62] Se NJA II 1938 s. 496.

sagt att straffvärdet utgör ett mått på det klander som vi anser att det brottsliga handlandet förtjänar, så har vi utgått från att det värde som har åsatts brottet är mer eller mindre fixerat. Vid flerfaldig brottslighet visar det sig att så inte är fallet. Som påpekats är detta en konsekvens av att humanitetsprincipen kräver att vi använder oss av (anständiga) straffmaxima vid flerfaldig brottslighet och av kravet på relativ proportionalitet som fordrar att det går att rangordna brott i förhållande till varandra. Det sistnämnda gäller även när den aktuella brottsligheten är flerfaldig, vilket innebär att det i straffmätningen alltid måste finnas utrymme för att rangordna andra brottskombinationer såsom mer eller mindre straffvärda än den brottslighet som domstolen har att bedöma vid det aktuella tillfället.

(4) Om rabatter måste ges för att man skall kunna åstadkomma rangordning mellan olika brottskombinationer, bör rabatterna ges generellt och inte göras så stora att rangordningen mellan olika brottskombinationer upphör. Personligen tror jag inte att det är något problem med att rabatterna är stora. Principen om relativ proportionalitet fordrar endast att vissa brottskombinationer kan sägas vara mer eller mindre straffvärda. Förhållandet behöver inte uttryckas i termer av strikt proportionalitet.

(5) Om de skäl som jag har åberopat för att använda asperationsprincipen på den konkreta straffmätningsnivån accepteras, finns det anledning att överväga vissa mindre förändringar i gällande straffmätningspraxis (som den kommer till uttryck i brottsbalkskommentaren). Vill man skapa ett värderingsmässigt sammanhängande system bör principen om mängdrabatt tillämpas generellt, och samma skäl bör få genomslag vid straffmätningen oavsett hur allvarlig brottsligheten är. Om man vill undvika att principen om mängdrabatt utsätts för kritik på grund av att den endast gynnar dem som begått de mest allvarliga brotten, bör principen tillämpas på alla brottskombinationer. Vidare gäller att om intresset av relativ proportionalitet – i form av straffreduktion – endast respekteras vid flerfaldig brottslighet av "allvarlig" karaktär, så kommer betänkliga tröskeleffekter att uppstå. Slutligen är det förenat med stora praktiska problem att ge mängdrabatt endast i vissa fall.

(6) Det torde vara mycket svårt att ange närmare hur stora rabatter som *bör* ges. Likaså är det i högsta grad oklart hur stora rabatter som idag förekommer i domstolar och om mängdrabatt ges i samma utsträckning oberoende av vilka brottstyper som aktualiseras.

På anförda skäl torde det inte vara möjligt att på ett hållbart sätt uppställa schabloner eller tumregler för hur asperationsprincipen konkret skall användas vid straffmätningen. För att ändock använda någon form av

schabloner talar att sådana är enkla att tillämpa, vilket främjar en enhetlig rättstillämpning och utgör en garant för att rabatter faktiskt ges. Mot schabloner kan anföras att de utgör förenklingar och att det från en principnivå är omöjligt att motivera hur stora avdrag som bör göras i absoluta tal eller procentförhållanden. Det är ofrånkomligt att alla former av riktlinjer eller tariffer låser straffmätningen på ett ibland olyckligt sätt. Den enda säkra riktlinjen är att det måste finnas en skillnad mellan allvarliga brott och mindre allvarliga brott oavsett om de senare är flera till antalet.

(7) Den trestegsmodell som jag har diskuterat i detta kapitel är helt inriktad på tillämpningssituationer då någon vid *samma* tillfälle skall dömas för flera brott. Konstruktionen av straffskalor och de justeringar som görs i samband med flerfaldig brottslighet utgår från att någon har begått ett brott eller flera brott men *döms i ett sammanhang*. Straffskalorna är konstruerade utifrån enkel brottslighet och täcker endast dessa fall. Den utvidgade straffskalan är anpassad för bedömning av flerfaldig brottslighet vid ett tillfälle. Argumentet om mängdrabatt bygger främst på att den konkreta nivån måste avpassas till de begränsningar som har gjorts på den abstrakta nivån. Dessa begränsningar är anpassade till det förhållandet att ett gemensamt straff skall utdömas. Längre än så sträcker sig inte skälen för att begränsa straffmätningen.

Man kan givetvis diskutera huruvida dessa överväganden även bör göra sig gällande i andra tillämpningssituationer. Frågor av detta slag kommer att behandlas i kapitel 6–8.

(8) Till sist vill jag på intet sätt förneka att det är en komplicerad uppgift att förklara mängdrabatter. Jag har valt att ta utgångspunkt i hur den abstrakta nivån är konstruerad, och därefter överfört skälen till den konkreta nivån. Det är givetvis möjligt att hävda att de argument som gör sig gällande på den abstrakta nivån aldrig – eller mycket sällan – aktualiseras på den konkreta nivån (dvs. behovet av relativ proportionalitet eller humanitet gör sig inte gällande vid t.ex. fyra stölder som skall bedömas i ett sammanhang). Av skäl som jag har utvecklat i detta avsnitt föredrar jag en konsekvent, enkel och värderingsmässigt sammanhängande reglering i syfte att undvika tröskeleffekter och därutöver ge budskapet bakom mängdrabatter ett klart innehåll. En enkel modell kan ge domstolar en rimlig möjlighet att utföra en någorlunda enhetlig straffmätning vid flerfaldig brottslighet (enkelhetsprincipen).

Det är givetvis möjligt att underkänna hela diskussionen om mängdrabatters förenlighet med proportionalitetsprincipen, och istället hävda att jag, och flera andra, har givit intresset av enhetlighet och humanitet ett alltför stort utrymme eller att proportionalitetsprincipen helt har

övergivits vid bedömningen av flerfaldig brottslighet. Men i så fall återstår endast att antingen avskaffa hela mängdrabattstänkandet eller – som Bohnert – resignera inför det faktum att den faktiska straffmätningen egentligen inte alls vilar på proportionalitet. Konsekvenserna av det förstnämnda är inte lätta att överblicka. Förmodligen skulle det inte räcka med en straffskalerevision. Därutöver skulle man behöva ändra och anpassa straffmätningsreglerna till det faktum att det vanligtvis inte är fråga om enkel brottslighet utan om brottsflerhet.

Vad gäller påståendet att mängdrabatter innebär att vi i allt väsentligt ger upp proportionalitetsprincipen, så bygger detta enligt min mening på att man uppfattar proportionalitet som *strikt* proportionalitet samt att man lägger en (alltför) stor vikt vid just strikt proportionalitet vid utformningen av påföljdsbestämningsreglerna. Jag vill i motsats till detta hävda att proportionalitet förutsätter mängdrabatter. Om man inte tror att gärningsmannen förtjänar ett straff som uttrycks i absoluta termer, skall proportionalitet förstås som *relativ* proportionalitet. Ramarna för att uttrycka detta förhållande bestäms av andra faktorer. Systemet är – som ovan framhållits – inte enbart konstruerat utifrån proportionalitetsprincipen. Mig veterligen har ingen heller hävdat detta och det skulle vara en förenkling att påstå att så är fallet. Även om proportionalitet mellan brottets svårhet och straffets längd och grad av ingripande är ett av de viktigaste målen med påföljdsbestämningen, är systemet i hög grad baserat på andra principer, varav de viktigaste är humanitetsprincipen och principen om likabehandling.[63] Proportionell bestraffning utgör en avgörande komponent i begreppet – eller ideologin – *rättvis vedergällning* ("just desert") och förutsätter endast att ett visst förhållande skall gälla mellan brott och straff samt att man kan rangordna olika brott i förhållande till varandra efter en angiven måttstock. Detta gäller även vid brottsflerhet. Skillnaden är endast att måttstocken ser delvis annorlunda ut.

Den som trots detta invänder att det inte är rimligt – eller i vart fall inkonsekvent – att en dömd person inte får ett straff som motsvarar en kumulation av de olika straff(mätnings)värdena, kan vända på frågeställningen och fundera om det verkligen är rimligt att varje fall av enkel brottslighet bestraffas så hårt som det faktiskt gör. Jag syftar här på att man vid jämförelser mellan olika straffmätningseffekter inte måste utgå från att straffmätningen vid enkel brottslighet är den riktiga. Det kan lika väl vara så att straffmätningen för respektive brott är (något) för sträng och att effekten härav märks först då straffmätningen skall ske för flera brott samtidigt. Annorlunda uttryckt: det är först i och med att straffmätningen avser flera brott som de mindre defekterna märks.

[63] Se även Jareborg 1999 s. 279.

5.4 Val av en gemensam påföljd vid flerfaldig brottslighet

5.4.1 Betydelsen av en enhetlig påföljd

Till sist skall jag säga något om hur principen om gemensamt straff fungerar vid val av påföljd. Utifrån vad jag har sagt i avsnitten 3.1, 3.5 och 4.4 kan min uppfattning rörande val av påföljd då principen om gemensamt straff används sammanfattas enligt följande.

Trots att frågan om varför en gärningsman bör erhålla en gemensam påföljd har diskuterats i mycket liten utsträckning, tror jag att intresset av enhetlighet kan förklaras utifrån de exempel som jag diskuterat i avsnitt 3.5 beträffande effekterna av en renodlad användning av antingen seriell eller parallell verkställighet. Bortsett från att dessa modeller kan resultera i en alltför stor rabatt eller en alldeles för omfattande påföljd, skulle de båda – tillämpade konsekvent – leda till mycket komplicerade verkställighetsformer.

Såväl principen om straffvärdeproportionalitet som humanitetsprincipen ger oss goda skäl att begränsa möjligheterna att stapla påföljder på varandra, varigenom verkställigheten kan komma att fortgå under mycket lång tid. Dagens påföljdssystem med alternativa icke frihetsberövande påföljder är helt enkelt inte anpassade efter en sådan modell.

På samma sätt finns det från proportionalitetssynpunkt ett intresse av att undvika att vissa straff aldrig verkställs på grund av att samtliga påföljder skall verkställas samtidigt, vilket kan bli följden med en strikt tillämpning av parallell verkställighet. Det mest uppenbara exemplet på ett sådant fall är om någon ådöms ett längre fängelsestraff och för en viss del av brottsligheten samtidigt erhåller en icke frihetsberövande påföljd, varvid den förstnämnda helt absorberar den sistnämnda. En sådan rabatteffekt strider mot principen om straffvärdesproportionalitet.

Det måste således finnas en balans mellan reglerna om straffmätning och valet av påföljd. En sådan uppnår man till stora delar genom att upprätthålla principen om gemensamt straff även vid valet av påföljd. De olika brottens straffvärde sammanläggs och påföljd utdöms i en enhetlig påföljdsform. Härigenom underlättas också verkställigheten.

Två klargöranden skall tillfogas. För det första har jag endast uttalat mig om den tillämpningssituation som föreligger då en domstol *vid ett tillfälle* skall bestämma påföljd för flerfaldig brottslighet. Jag har ännu inget sagt om intresset av att skapa en enhetlig påföljd om domstolen vid olika tillfällen skall bestämma påföljd för flera brott och där verkställigheten på ett eller annat sätt kan sammanträffa. Till de iterativa tillämpningssituationerna återkommer jag i kapitel 6–8.

För det andra kan vi konstatera att av principen om gemensamt straff i samband med val av påföljd inte följer mer än vad jag har sagt ovan. De individualpreventiva skäl som ibland åberopas för att välja en gemensam påföljd är inte längre relevanta. Bortsett från att individualprevention inte skall spela någon avgörande roll vid valet av påföljd, har jag överhuvudtaget svårt att se att verkställighet i en och samma strafform alltid utgör en bättre förutsättning för behandling eller för den dömdes återanpassning till samhället. Den som t.ex. har gjort sig skyldig till flera olika brott, vilka antingen kan mötas med olika påföljder (t.ex. ett kortare fängelsestraff och därefter skyddstillsyn) eller ett (enda) längre fängelsestraff, torde knappast resocialiseras bättre enkom på den grunden att han erhåller enhetlig påföljd, vilken i så fall skulle bestå i ett fängelsestraff.

Likaså kan jag inte se annat än att man ofta överdriver riskerna med att den dömde samtidigt utsätts för flera olika reaktioner. Parallell verkställighet är i många avseenden både möjlig och förenlig med straffets klandrande funktion. Vad gäller villkorlig dom så består denna numera endast av en prövotid. Att denna sammanträffar med andra påföljder torde för den dömde inte innebära annat än att denne har erhållit en starkare varning om vad som kan komma att ske vid fortsatt brottslighet.

Under alla omständigheter har man inte konsekvent upprätthållit någon princip om att reaktionen mot den dömde alltid skall vara *enhetlig*. Som påpekats i avsnitt 4.4 består *en* påföljd ofta i att den dömde – vid sidan av prövotiden – samtidigt skall underkastas en rad andra reaktioner. I vissa fall består dessa i helt separata tilläggsstraff (böter). I andra fall består de av föreskrifter om sanktioner som följer med huvudpåföljden. Med t.ex. skyddstillsyn följer alltid övervakning, inte sällan föreskrifter av olika slag samt i vissa fall samhällstjänst eller 28:3-fängelse. I andra utpekade undantagssituationer accepteras parallell verkställighet (BrB 30:3 st. 2) bestående i t.ex. kombinationer av ett kortare fängelsestraff och en icke frihetsberövande påföljd. Efter att den dömde villkorligt friges från fängelsestraffet kommer dubbla prövotider att löpa, vilket utgör ett exempel på hur parallell verkställighet kan fungera. De dubbla prövotiderna kan härigenom sägas utgöra en del i den kommunikation som domen innebär, vilket för den dömde utgör en (dubbel) varning att inte återfalla i brott. I annat fall kan han inte förvänta sig någon fortsatt tolerans från samhällets sida. Som påpekats kan dagens reglering – såväl med huvudregeln som vid användning av undantagsbestämmelserna – många gånger medföra att en rad olika påföljder och tilläggssanktioner löper parallellt. Detta gör att det i praktiken är svårt att skilja utfallet med dagens reglering från en renodlad parallell eller seriell verkställighet av kumulerade straff. En slutsats är således att man många gånger kan uppnå samma

resultat på olika vägar. Detta kommer att visa sig än tydligare när vi övergår till de iterativa tillämpningssituationerna.

Om man skulle ta det individualpreventiva intresset av att undvika parallella reaktioner på allvar, borde de icke frihetsberövande påföljderna inte vara utformade på de sätt som de är. Däremot kan man ju med utgångspunkt i intresset av att undvika fängelsestraff (humanitetsprincipen) motivera dessa påföljdskombinationer. Vad jag nu har sagt skall emellertid inte uppfattas som att jag generellt förespråkar utdömande av flera olika påföljder då domstolen vid samma tillfälle skall lagföra någon för flera brott. Det rör sig endast om ett konstaterande att det i vissa fall är oundvikligt. Så länge som påföljden (i) ges ett konkret innehåll som är *möjligt* att verkställa parallellt, och (ii) kommunicerar ett begripligt budskap som uttrycker det klander som gärningen och gärningsmannen förtjänar, kan parallell verkställighet också vara *lämplig*.

Sammanfattningsvis kan man således underbygga principen om gemensamt straff och dess tillämpning på en kombination av principerna om straffvärdeproportionalitet och humanitet. Därtill kommer att det av praktiska skäl framstår som enkelt, förutsebart etc. att tillämpa en dylik "enhetsprincip".

Vad gäller de tidigare behandlade undantagen från att välja en gemensam påföljd, kan jag inte se annat än att flera av dessa i många avseenden är nödvändiga för att undvika problem som annars kan uppkomma i förhållande till de bärande principerna. De viktigaste fallen hänför sig till den i BrB 30:3 st. 2 andra meningen stadgade möjligheten att undvika s.k. "artsmitta". Så länge som brottslighetens art existerar som ett särskilt skäl för att bestämma påföljden till fängelse, finns det behov av att kunna lindra effekterna av att man avviker från intresset att i möjligaste mån undvika fängelse. Den kritik som i allmänhet kan riktas mot artbrottsinstitutet accentueras om det brott för vilket påföljden måste bestämmas till fängelse tillåts styra hela påföljdsvalet, varvid ett relativt långt fängelsestraff kan komma att bli följden. I syfte att undvika detta, och åtminstone i viss utsträckning upprätthålla humanitetsprincipens krav på att undvika fängelse, är undantaget befogat. På anförda skäl borde undantagsbestämmelsen i BrB 30:3 st. 2 andra meningen alltid användas då artomständigheter endast relaterar till viss del av brottsligheten.

Vad gäller de i BrB 25:5 stadgade undantagen från gemensamt straff vid böter, syftar lagstiftningen i allt väsentligt till att undvika de praktiska konkurrensproblem som uppstår på grund av att det finns olika former av böter, vilka sinsemellan bygger på olika beräkningsgrunder. Det är svårt att närmare utvärdera konkurrensregleringen utan att ta ställning till huruvida dessa strafformer bör finnas kvar och hur bötesstraffet skall beräknas. Jag har tidigare understrukit att jag i denna framställning inte

avser att närmare behandla påföljdssystemets utformning. Jag utgår från att det finns goda skäl för de existerande påföljderna och bestämmelserna för deras tillämpning. Med denna utgångspunkt kan det konstateras att undantagen kan behövas i syfte att undanröja oönskade resultat som principen om gemensamt straff skulle kunna medföra. Detta är fallet vid det i avsnitt 4.4 behandlade exemplet med särskilda böter för rättegångsförseelser.

Vad gäller det i BrB 25:2 st. 2 stadgade undantaget beträffande penningböter, bygger detta främst på någon form av proportionalitetstänkande. Det är dock att märka att undantaget från gemensamt straff i dessa fall inte syftar till att medföra någon straffreduktion. Det handlar istället att tillse att bötesstraffet inte blir för lindrigt. Det exempel som diskuterades i förarbetena gällde å ena sidan ett förmögenhetsbrott av ringa svårhetsgrad, som förtjänar ett lågt antal dagsböter, och å andra sidan trafikbrott som förskyller höga penningböter. Bestämmelsens tillämplighet torde således förutsätta en jämförelse mellan det faktiska straffet utmätt i penningböter och en kontrafaktisk beräkning av vad motsvarande brottslighet skulle rendera den dömde om böterna istället utmättes i dagsböter. Det sistnämnda beloppet förutsätter att domstolen känner till den dömdes inkomstförhållanden och andra relevanta omständigheter för att kunna beräkna hur hög dagsboten blir. Jag har tidigare nämnt att dagsböter kan resultera i mycket höga belopp. Eftersom penningböter vid flerfaldiga förseelser är begränsade till 5 000 kr, torde det stadgade utrymmet ha liten betydelse. För att penningböterna skall kunna bli högre än det totala beloppet vid dagsböter måste de sistnämnda understiga 5 000 kr.

Vad gäller undantagen beträffande normerade böter kan väl sägas att särbehandlingen av dessa beror på att en mycket speciell beräkningsgrund skall användas. Böternas storlek beräknas främst utifrån faktorer som inte behöver vara av direkt betydelse för straffvärdet hos brottsligheten. Detta talar för att denna bötesform helt skulle kunna tas bort. Så länge normerade böter finns kvar, torde samma skäl som motiverar dess existens och särskilda beräkningsgrund motivera att bestraffningen inte sker gemensamt med övrig brottslighet.

Vad som nu har sagts torde även gälla beträffande sådana böter som inte får förvandlas. Så länge som vissa lagöverträdare inte får ådömas fängelsestraff, måste man finna en lösning på de konkurrensproblem som uppstår då sådana böter skall utdömas parallellt med en annan påföljd. Att göra undantag från principen om gemensamt straff och tillämpa kumulationsprincipen är då en lämplig lösning. Det kan inte hävdas att dessa undantag strider mot proportionalitetsprincipen eller humanitetsprincipen såvida man inte gör gällande att de särskilda formerna av böter också gör det.

5.4.2 Konsekvenser

Teoretiskt sett råder vid reglerna om val av påföljd en diametral skillnad mellan huvudregel och undantagsbestämmelser. Enligt huvudregeln ådöms gärningsmannen ett straff för den samlade brottsligheten, varvid det svåraste brottet normalt styr valet av påföljd. Huvudpåföljden absorberar således övriga påföljder som skulle kunna följa av den övriga brottsligheten. Enligt undantagsbestämmelserna ådöms istället särskilda påföljder för vissa utpekade brott. Härigenom är det följaktligen fråga om en strikt tillämpning av kumulationsprincipen.

Såsom har framgått i avsnitt 4.4 kan det diskuteras om inte lösningsprincipen vid utdömande av en gemensam icke frihetsberövande påföljd lika väl kan beskrivas som en form av modifikation. Likaså har det framgått att det i det praktiska utfallet av påföljdsbestämningen inte behöver uppstå någon väsentlig skillnad av att en undantagsregel har tillämpats jämfört med om huvudregeln hade använts. De påföljdskombinationer som aktualiseras i dessa fall kan många gånger uppnås genom en strikt användning av huvudregeln om gemensam påföljd som genom användning av någon av undantagsbestämmelserna. Notera att jag nu endast talar om valet av påföljd. Det väsentliga undantaget består i de situationer som nämns i BrB 30:3 st. 2 andra meningen, enligt vilken en tillämpning av kumulationsprincipen innebär att en person samtidigt kan ådömas villkorlig dom för en del av brottsligheten och fängelse för en annan del. Denna kombination kan inte bli resultatet om huvudregeln i BrB 30:3 st. 1 tillämpas.

Även om man ur ett praktiskt perspektiv kan konstatera att det inte uppstår några påtagliga skillnader om man använder gemensamt straff (med tilläggssanktioner) eller dömer till flera olika påföljder, motsäger inte detta att regleringen kan medföra andra konsekvenser. Att domstolen väljer att tillämpa något av undantagen istället för huvudregeln om gemensam påföljd kan ju tänkas påverka konkurrenslösningar på någon av de övriga nivåerna. Låt oss därför avslutningsvis undersöka på vilket sätt detta i så fall kan ske.

Det torde vara i främst två avseenden som valet mellan huvudregel och undantagsbestämmelse kan få betydelse. För det första kan reglerna om konstruktion av straffskala påverkas. För det andra kan den konkreta straffmätningen påverkas genom att domstolen bedömer straffvärdet för de brott som hänför sig till de olika påföljderna separat.

Vad först gäller *konstruktion av straffskala* så torde det stå klart att om domstolen väljer att för viss del av brottsligheten utdöma ett särskilt straff enligt någon av undantagsreglerna, begränsas inte straffskalan för denna del av brottsligheten av det faktum att ett annat straff kommer att utdömas.

Det blir således fråga om kumulation på straffskalenivå. Om domstolen enligt BrB 30:3 st. 2 första meningen väljer att utdöma ett bötesstraff för viss del av brottsligheten och fängelse för en annan del av brottsligheten, begränsas inte straffskalan för bötesstraffet av det faktum att en annan del av brottsligheten bestraffas med fängelse eller villkorlig dom. Som påpekats torde det vanliga vara att man – främst av allmänpreventiva skäl – väljer att särskilt bestraffa en förseelse med böter och den övriga brottsligheten med fängelse. Vid utmätandet av detta bötesstraff står hela straffskalan för böter till domstolens förfogande.

Om det skulle vara fråga om flera förseelser på vilket undantagsbestämmelsen skall tillämpas, är situationen i det närmaste oreglerad och okommenterad. Det naturliga borde vara att gärningsmannen för dessa förseelser erhåller ett gemensamt bötesstraff (och en annan påföljd för den övriga brottsligheten). Undantagsbestämmelsen torde inte vara att uppfatta på det viset att varje förseelse, som inte anses böra ingå i huvudstraffet, skall bestraffas särskilt. I så fall skulle man ju i praktiken medge obegränsad kumulation av bötesstraff. Om den – kanske inte helt vanliga – situationen uppstår att en gärningsman skall ådömas dels ett fängelsestraff för ett brott, dels böter för flera förseelser, torde det beträffande bötesstraffet finnas goda skäl att för de sistnämnda utdöma ett gemensamt bötesstraff, varvid straffskalans maximum uppgår till 200 dagsböter (BrB 25:6 st. 2). I annat fall har undantagsbestämmelsen kommit att medföra en total upplösning av det gemensamma straffet, varvid effekterna av kumulationsprincipen kan leda till betänkliga resultat.

Vad som nu har sagts torde även gälla då den dömde för viss del av brottsligheten skall erhålla en icke frihetsberövande påföljd och för en annan del skall erhålla ett fängelsestraff. Situationen aktualiserar främst frågan om möjligheten att utdöma tilläggsböter. Om den tilltalade – enligt det tidigare berörda exemplet – för ett grovt bedrägeri skall ådömas villkorlig dom och för ett rattfylleri skall ådömas ett kortare fängelsestraff, torde inte fängelsestraffet på något sätt påverka domstolens möjligheter att utdöma böter enligt BrB 30:8.[64]

När det gäller undantagsbestämmelserna i BrB 25:5 st. 2 och 3 torde situationen vara likartad. Att någon erhåller ett separat straff avseende normerade böter, böter som inte får förvandlas eller vissa penningböter, medför inte att konstruktionen av straffskala för den övriga brottsligheten (som utmäts i dagsböter) påverkas.

[64] Däremot är det tänkbart att det faktum att gärningsmannen skall ådömas ett fängelsestraff kan medföra att *särskilda skäl* för att inte utdöma ett särskilt bötesstraff föreligger enligt BrB 30:8.

Sammanfattningsvis torde alltså gälla att om undantagsbestämmelserna tillämpas, så används kumulationsprincipen i förhållandet mellan de olika strafformerna. Två separata straffskalor för respektive strafform konstrueras med i lagen angivna minimi- och maximigränser. Däremot torde det, då flerfaldig brottslighet aktualiseras beträffande någon av dessa strafformer, finnas goda skäl att använda gemensamt straff för dessa, varvid maximigränserna för respektive strafform blir tillämpliga. Inom varje påföljdsform används således absorptionsprincipen.

Den andra nivån avser *den konkreta straffmätningen*. Eftersom kumulationsprincipen används vid konstruktion av straffskalan, finns det anledning att misstänka att detta får genomslag på straffmätningen för respektive brott (som utdöms i olika strafformer). Frågan om någon mängdrabatt ges vid straffmätningen av respektive brott (när dessa genom undantagsregeln nu bestraffas vart för sig) torde i princip vara omöjlig att besvara. Det framgår ytterst sällan av domskälen hur straffmätningen har gått till. Det är inte omöjligt att domstolar vid utmätandet av t.ex. ett separat fängelse- eller bötesstraff – vid fastställande av dess längd eller storlek – faktiskt beaktar att man vid sidan av detta utdömer en icke frihetsberövande påföljd. Å andra sidan torde marginalvärdet på denna rabatt – vid de låga straffvärden det nu är fråga om – vara mycket lågt; dvs. straffreduktionen är så liten att den nog inte går att mäta. Under alla omständigheter kan vi konstatera att eftersom man vid användning av någon av undantagsbestämmelserna uttryckligen har frångått principen om gemensamt straff, finns ingen skyldighet att vid straffmätningen beakta att brottsligheten bestraffas i ett sammanhang. Härigenom försvinner också skyldigheten att ge mängdrabatt. Men det är som sagt inte omöjligt att man i praktiken beaktar principen om mängdrabatt vid straffmätningen trots att det är fråga om olika påföljder som utdöms kumulerat.

DEL III

PÅFÖLJDSBESTÄMNING NÄR EN PERSON VID OLIKA TILLFÄLLEN DÖMS FÖR BROTT

6 Iterativa tillämpningssituationer – allmänna utgångspunkter

> Från början en klen jurist har jag målmedvetet strävat efter att bli en antijurist. Juridiken i betänkandet, konkurrensen, har jag konsekvent överlåtit åt juristerna i beredningen (sedan jag för tio år sedan skrev den grundläggande konkurrensbestämmelsen om fritt val för domstolarna). Jag står ofta i opposition mot den högre juridiken. Kriminalpolitikens 'dé-juridification' är ett huvudintresse för mig. Jag vämjes vid straffrätten.
>
> *Karl Schlyter*

6.1 Inledning

I denna avdelning skall en helt annan form av konkurrenssituationer behandlas, nämligen de i kapitel 1 presenterade *iterativa tillämpningssituationerna*. Vad som skiljer dessa från de tidigare behandlade är att åtal för flera brott handläggs i olika rättegångar. Konsekvensen härav blir att när den nya brottsligheten blir föremål för domstolens prövning har en annan domstol, avseende viss brottslighet, redan tagit ställning till såväl ansvars- som skuldfrågan, eventuella konkurrenssituationer samt påföljdsbestämning. Prövningen blir att betrakta som *iterativ* eftersom den tidigare domen blir föremål för en upprepad bedömning, antingen i form av utgångspunkt för en ny prövning (genom att en ny påföljdsbestämning görs för den samlade brottsligheten) eller som en omständighet som domstolen är skyldig att beakta i samband med påföljdsbestämningen för den nya brottsligheten.

Inför den fortsatta framställningen bör några förhållanden noteras. *För det första* är frågor rörande iterativa tillämpningssituationer i synnerligen liten grad behandlade i modern svensk doktrin, litteratur och förarbeten. Utöver brottsbalkskommentaren – vilken innehåller en sammanfattning av olika förarbetsuttalanden – finns i princip endast kortare sam-

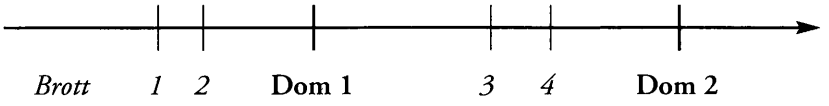
manställningar av bestämmelserna BrB kap. 34.[1] Avsaknaden av tidigare analys och modern referenslitteratur kommer att återspeglas i såväl notapparaten som i den löpande texten.

Jag vill därför redan inledningsvis framhålla att föreliggande avdelning inte skall uppfattas som en handbok rörande hur olika – faktiska eller föreställda – fall har lösts eller bör lösas de lege lata. Frågor av denna karaktär har diskuterats i lagförarbeten, vilka redovisas i kommentaren. Jag förutsätter att vad som där är angivet är känt. Vad som är av intresse är istället att närmare undersöka de skäl som har ansetts motivera valet av olika lösningsalternativ. Syftet med undersökningen är, med andra ord, att försöka rekonstruera de principer som ligger till grund för lösningsanvisningarna samt undersöka vilka konsekvenser och eventuella problem som denna ordning medför.

Utgångspunkten är såsom tidigare att vi har en norm enligt mönstret "Om X, så Y", där X utgör förutsättningarna som måste vara uppfyllda och Y representerar de olika lösningsmöjligheterna. Vad vi är intresserade av är att få kännedom om vilka skäl som anger att man *bör* välja endera lösningen i de olika fallen samt vilka konsekvenser detta leder till.

För det andra torde det inte vara någon överdrift att påstå att konkurrensregleringen rörande iterativa tillämpningssituationer är påtagligt komplex och komplicerad. Detta har flera orsaker. Som framgått är regleringen rörande brottslighetskonkurrens och påföljdskonkurrens inte sällan oreglerad i lagtext. Det lagstöd som finns är oftast fragmentariskt och utspritt. Lösningsalternativ och principer har istället fått sökas i den konkurrenslära som anses tillhöra straffrättens allmänna del och i de allmänna bestämmelserna för påföljdsbestämning. Beträffande de iterativa tillämpningssituationerna förhåller det sig på omvänt sätt. Bestämmelserna är relativ många och samlade i ett kapitel, BrB kap. 34. Av flera skäl är emellertid regleringen svåröverskådlig och invecklad att tillämpa. Detta beror bl.a. på att de iterativa tillämpningssituationerna kan omfatta såväl *nyupptäckt brottslighet* som *återfall*. Med det förstnämnda uttrycket avses sådan brottslighet som – tidsmässigt sett – hade kunnat behandlas inom ramen för den tidigare domen under förutsättning att berörda myndigheter och domstolar hade känt till den. Med återfall avses ny brottslighet begången efter ett tidigare lagföringstillfälle men innan verkställigheten av denna har upphört. De iterativa tillämpningssituationerna förekommer således i två helt skilda former för vilka delvis olika förutsättningar gäller. Det sagda kan illustreras med följande tidsaxel.

[1] Se bl.a. Hoflund 1995 s. 169 ff. och Jareborg & Zila 2000 kap.16.



I den inledande bestämmelsen BrB 34:1 st. 1 anges tre olika möjligheter för domstolen att lösa ett konkurrensproblem, nämligen *konsumtionsdom*, *särskild dom* och *ny gemensam dom (undanröjande)*. Förutsättningarna för att använda de olika möjligheterna skiljer sig åt beroende på om den nya brottsligheten avser nyupptäckt brottslighet eller återfall.

Vidare påverkas valet av lösning av vilken påföljd som har utdömts i den tidigare domen och som således ligger till grund för den nya prövningen. I BrB 34:2–7 anges förutsättningar för att tillämpa respektive lösningsalternativ beroende på vilken den tidigare påföljden – eller påföljdskombinationen – är. Mot bakgrund av att BrB kap. 34 är tillämpligt då den tidigare domen avsett *fängelse, villkorlig dom, skyddstillsyn* och *sluten ungdomsvård*, måste lösningarna anpassas till (i vart fall) dessa fyra olika påföljder. Härigenom uppstår 24 olika varianter av konkurrenssituationer.[2] Dessa olika påföljder kan emellertid kombineras på olika sätt (dels med tilläggssanktioner, dels med varandra), vilket resulterar i att ett stort antal olika påföljdskombinationer kan utgöra utgångspunkt för den iterativa tillämpningssituationen. Vidare kan den nya brottsligheten bestå i kombinationsfall av nyupptäckt brottslighet och återfall.

Sammanfattningsvis torde det utan tvekan kunna konstateras att BrB kap. 34 – för att vara heltäckande – måste omfatta en reglering som täcker samtliga dessa kombinationsmöjligheter. Regleringen kommer med nödvändighet att bli (mycket) komplex. De många variationer som verklighetens kombinationer av brott och lagföringstillfällen erbjuder innebär likaså att regleringen blir komplicerad att tillämpa.

Bestämmelser beträffande påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer finns endast i BrB kap. 34. Regler beträffande denna form av konkurrens har funnits sedan SL:s tillkomst.[3] Av naturliga skäl omfattade regleringen då endast straffarbete, fängelse och böter.[4] I takt med att nya påföljder introducerades tillkom också nya konkurrensbestämmelser i

[2] *Tre* lösningsalternativ, *fyra* olika påföljder i dom 1 och *två* former av ny brottslighet.

[3] De centrala bestämmelserna rörande iterativa tillämpningssituationer fanns i SL 4:8–4:11. Hänvisningar till paragrafer i äldre framställningar försvåras dock av det faktum att en rad redaktionella ändringar gjordes av SL dels 1890, dels 1906. I samband härmed kom de olika bestämmelserna att placeras i olika paragrafer i SL kap. 4 och genomgå vissa språkliga förändringar. Efter 1938 års påföljdsreform sammanfördes bestämmelserna om iterativa tillämpningssituationer till främst en paragraf, SL 4:3.

[4] SOU 1937:24 s. 84 och Hagströmer 1901–1905 s. 777.

separata lagar. Det var först i och med BrB:s tillkomst som samtliga bestämmelser sammanfördes till ett kapitel i syfte att förenkla systematiken och renodla lösningsalternativen.

Det föreliggande kapitlet är disponerat enligt följande. Inledningsvis diskuteras i avsnitt 6.2 de allmänna förutsättningarna för vad som utgör en iterativ tillämpningssituation och vad som har lämnats utanför regleringen samt vilka konsekvenser detta får. I avsnitt 6.3 undersöker jag de olika syften som ligger bakom regleringen. Avslutningsvis lämnas i avsnitt 6.4 en redogörelse för återfallsregleringen i svensk rätt.

Det skall noteras att jag i denna avdelning genomgående kommer att behandla de båda formerna av *fängelsestraff* (tidsbestämt fängelse respektive fängelse på livstid) och den särskilda överlämnandepåföljden *sluten ungdomsvård* gemensamt. Det finns främst två skäl till detta. För det första råder det enligt min uppfattning inga tvivel om att sluten ungdomsvård utgör ett frihetsberövande som skall jämställas med fängelse eller – om man så vill – ungdomsfängelse. Visserligen har lagstiftaren valt att placera regleringen av sluten ungdomsvård i BrB kap. 31, varför påföljden utgör en form av överlämnande till särskild vård. Påföljden infördes emellertid 1999 huvudsakligen i syfte att uppfylla Sveriges åtaganden enligt FN:s konvention om barnets rättigheter.[5] Även om det har varit en ambition att i möjligaste mån hålla unga lagöverträdare i allmänhet – och omyndiga lagöverträdare i synnerhet – utanför kriminalvården, så har det i Sverige ansetts vara oundvikligt att vissa brott skall leda till ett fängelsestraff oavsett den straffmyndiges ålder. I syfte att möjliggöra ett frihetsberövande och samtidigt undvika att omyndiga lagöverträdare placeras tillsammans med vuxna lagöverträdare på kriminalvårdsanstalter, skall verkställigheten ske på ett sådant särskilt ungdomshem som avses i LVU § 12. Att verkställighetsformen har ändrats i detta avseende, och att påföljden – både vad avser namn och placering i BrB – hänförs till de särskilda vårdpåföljderna, ändrar enligt min uppfattning inte på att det fortfarande är fråga om en form av fängelse för unga lagöverträdare.

För det andra har de aktuella konkurrensbestämmelserna rörande sluten ungdomsvård i princip kalkerats på dem som gäller då den tidigare utdömda påföljden är tidsbestämt fängelse.[6] Med hänsyn till det anförda anser jag det vara motiverat att i framställningen behandla sluten ungdomsvård tillsammans med de övriga frihetsberövande påföljderna.

[5] I Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter artikel 37 c stadgas att "varje frihetsberövat barn skall hållas åtskilt från vuxna frihetsberövade, om det inte kan anses vara till barnets bästa att så inte sker". Det var således diskutabelt huruvida Sverige kunde låta omyndiga lagöverträdare som ådömts fängelsestraff verkställa dessa på kriminalvårdsanstalter, se Ds Ju 1997:32 s. 110 ff. och Prop. 1997/98:96 s. 157 ff.

[6] Prop. 1997/98:96 s. 165 f. och 172 f.

6.2 Tillämpningsområdet för bestämmelserna rörande iterativa tillämpningssituationer

6.2.1 Huvudbestämmelsen i BrB 34:1

Jag har redan angivit att de centrala bestämmelserna rörande iterativa tillämpningssituationer finns i BrB kap. 34. Kapitlet innehåller regler av delvis olika karaktär. Vissa paragrafer utgör renodlade bestämmelser för lösandet av frågor med anknytning till *påföljdsbestämning*. Andra paragrafer behandlar inte direkt påföljdsbestämningen utan istället frågor om hur påföljder som redan har utdömts skall *verkställas*. Den viktigaste bestämmelsen av det sistnämnda slaget är BrB 34:4, vilken behandlar förverkande av villkorligt medgiven frihet.

Av BrB 34:4 framgår att förverkande av villkorligt medgiven frihet kan aktualiseras endast om den dömde skall dömas för ny brottslighet och då ett av alternativen i BrB 34:1 st. 1 p. 1 eller 2 används. Detta får givetvis betydelse för en undersökning av läran om påföljdskonkurrens. Jag vill emellertid framhålla att jag inte uppfattar förverkande av villkorligt medgiven frihet som en *lösning* av konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer. Att villkorligt medgiven frihet förverkas innebär inte att påföljdsbestämningen i den tidigare domen (dom 1) ändras. Inte heller innebär det att påföljdsbestämningen i den nya domen direkt berörs. Enligt min uppfattning handlar det om att bestämma hur (i bemärkelsen *på vilket sätt*) ett tidigare utdömt fängelsestraff skall verkställas. Förverkande enligt BrB 34:4 kommer därför endast att beröras som en reaktion – bland flera – på ny brottslighet efter tidigare meddelad dom. Den utgör således dels ett medel för domstolar att reagera i skärpande riktning på upprepad brottslighet, dels en konsekvens av att villkoren för den tidigarelagda frigivningen från anstalt inte har följts. Det är i grunden en fråga om *verkställighetskonkurrens*. Systematiskt skulle bestämmelsen lika väl kunna placeras i BrB kap. 26.

I syfte att ge en ram för den fortsatta diskussionen kommer jag i detta avsnitt att närmare diskutera förutsättningarna för när bestämmelser i BrB kap. 34 är tillämpliga. Utgångspunkterna följer av BrB 34:1 st. 1:

> ”Har den som för brott dömts till fängelse, villkorlig dom, skyddstillsyn eller sluten ungdomsvård begått annat brott före domen eller begår han nytt brott efter domen men innan påföljden till fullo verkställts eller annars upphört, får rätten, med iakttagande av vad för vissa fall är föreskrivet i 2–7 §§, efter omständigheterna
> 1. förordna att den tidigare utdömda påföljden skall avse också det andra brottet,
> 2. döma särskilt till påföljd för detta brott, eller

3. om den tidigare domen vunnit laga kraft, undanröja den utdömda påföljden och för brotten döma till påföljd av annan art."

Av paragrafens avfattning framgår att de avgörande villkoren för att BrB kap. 34 skall vara tillämpligt är:

(1) att det är fråga om *ny brottslighet*, vilket kan avse såväl nyupptäckt brottslighet (annat brott) som återfall (nytt brott),

(2) att den tidigare påföljden är *av visst slag*,

(3) att den tidigare påföljden *inte till fullo har verkställts* eller *annars upphört* när brottet begicks.

(1) Under lokutionen "ny brottslighet" faller två helt olika situationer, nämligen dels nyupptäckt brottslighet, dels återfall under pågående verkställighet. Det förtjänar att upprepas att det i de iterativa tillämpningssituationerna – liksom vid övrig påföljdskonkurrens – alltid är utrett att brottsligheten är att betrakta såsom flera *olika brott* för vilka gärningsmannen skall dömas. Om det skulle visa sig att det åtalade brottet utgör del av en gärning som domstolen redan har prövat i ett tidigare skede (*samma gärning*), så föreligger processhinder, varvid talan skall avvisas som res judicata.[7] Vad som utgör "olika gärningar" i processrättsligt hänseende och "olika brott" i straffrättslig mening är komplicerat att bestämma och kräver en viss exkurs i ämnet. Vad som sägs i det följande har av naturliga skäl endast betydelse för den situationen att det nya brottet avser nyupptäckt brottslighet ("annat brott").[8]

Samma gärning är inte identiskt med vad som utgör *samma brott*. Vad som i processrättslig mening skall anses utgöra "samma gärning" är omstritt. I doktrinen har olika uppfattningar om kriterierna för s.k. gärningsidentitet framlagts. Ekelöf byggde sin definition av gärningsidentitet på de brottsrekvisit som anges i respektive straffbestämmelse. Bland brottsrekvisiten skilde han mellan (a) det *subjektiva rekvisitet*, (b) *handlingen* (gärningsmannens aktivitet), (c) *effekten* och (d) *omständigheter av annat slag*.[9] Enligt Ekelöf föreligger gärningsidentitet om det, mellan två gärningar, råder överensstämmelse med avseende på endera handlingen eller angreppsobjektet (brottsresultatet).[10]

[7] Se Ekelöf & Boman & Bylund 1994 s. 154 f.

[8] Om det nya brottet utgör återfall under pågående verkställighet, och således är begånget efter den tidigare domen, kan det inte gärna utgöra samma gärning som ett tidigare brott.

[9] Ekelöf & Bylund & Boman 1994 s. 159 och 165. Bylund har diskuterat möjligheten att vid sidan av dessa kriterier föra in tids- och rumsbestämningar som ett tredje alternativt kriterium för gärningsidentitet, se Bylund 1990 s. 65 ff.

[10] Olivecrona anlade ett bitvis annorlunda perspektiv. Han utgick från de rekonstruktioner av det verkliga händelseförloppet som sker då man i åtalet eller domen åberopar

Trots att olika definitioner av gärningsidentitet har framförts råder det normalt enighet om hur konkreta fall skall bedömas.[11] En genomgång av doktrinen och praxis utvisar att kriterierna för hur gärningsidentitet skall bestämmas relaterar till faktorer som *tid, rum, tillfälle, angripet intresse, antal personer* och dylikt.[12]

Fokuseringen på beskrivningen av den åtalade gärningen vittnar om det nära sambandet mellan dels vad talan i ett brottmål faktiskt har avsett (dvs. vad som har åberopats eller framställts vid förhandlingen) och vad domstolen således får döma över (RB 30:3), dels hur åklagaren hade kunnat beskriva gärningen genom att justera åtalet (RB 45:5 st. 3). I båda lagrum refereras till "gärningen". Av RB 45:5 st. 3 framgår att en tillåten justering av åtalet måste avse samma gärning. Detta innebär att alla tillåtna justeringar – oavsett om de åberopas eller inte – är en del av samma gärning i processrättslig mening. Härigenom förstår vi att rättskraften avser såväl vad domstolen får döma över (RB 30:3) som vad domstolen hade fått döma över inom ramen för en tillåten justering (45:5 st. 3).

Kriterierna för vad som i processrättsligt hänseende kommer att utgöra "samma gärning" är mycket likartade de som i straffrättsliga konkurrenssammanhang används för att avgöra vad som utgör brottsenhet eller gärningsenhet (idealkonkurrens).[13] Det ligger därför nära till hands att utgå

---

omständigheter. Om en på ett visst sätt beskriven gärning är identisk med en annan föreligger självfallet gärningsidentitet. Om däremot avvikelser i en alternativ gärningsbeskrivning förekommer, får denna inte vara väsentlig om att man skall kunna tala om "samma gärning". Enligt Olivecrona föreligger res judicata om åklagaren i det nya åtalet, jämfört med det tidigare, endast avviker vid beskrivningen av den yttre situationen, gör tillägg till beskrivningen av samma händelseförlopp eller framför en alternativ rekonstruktion av samma till en viss tid och plats förlagt händelseförlopp som medfört ett visst brottsligt resultat, se Olivecrona 1968 s. 179.

[11] Utan att fördjupa sig i en jämförelse mellan olika författares kriterier finner man att bedömningarna i stor utsträckning kommer att bli likartade. Olivecronas uppfattning skiljer sig ifrån Ekelöfs såtillvida att Olivecrona uppställer strängare krav på överensstämmelse beträffande tid, plats och sätt när den nya gärningsbeskrivningen innehåller en alternativ konstruktion av ett handlingssätt som påstås ha lett till ett visst brottsligt resultat, se Andersson 2003 s. 16. Andersson menar att såväl praxis som doktrin har anslutit sig till Ekelöfs synsätt.

[12] Se bl.a. Fitger s. 30:24–30:32a, Ekelöf 1992 s. 137 ff. och Olivecrona 1953 s. 129 ff.

[13] Enligt Hagströmer skulle situationer, där brotten antingen konkurrerade *ideellt* eller att det ena brottet utgjorde *fortsatt brott i inskränkt mening* av det andra, inte kunna prövas i en ny rättegång på grund av res judicata. Dvs. i de fall där slutsatsen skulle bli att dom 1 och dom 2 avser "samma brott" eller brott begångna genom samma handling, skulle domstolen vara förhindrad att pröva åtalet. Som exempel kan nämnas att någon (i dom 1) har dömts för medhjälp till brott och det därefter upptäcks att han dagen före brottet anstiftat gärningsmannen att begå brottet. Motsatsvis hävdade Hagströmer att om det var fråga om *fortsatt brott i vidgad bemärkelse* så förelåg inga hinder att pröva åtalet. Visserligen var det då fråga om två (eller flera) gärningar som vid straffets bestämmande

från att vad som hade kunnat ingå i en sådan enhet, kommer att bedömas som res judicata om nytt åtal väcks avseende sådant brott. Det kan i det närmaste betraktas som en tumregel att gärningsidentitet överensstämmer med vad som utgör brottsenhet och gärningsenhet. Däremot är inte domstolens slutsats huruvida konkurrensen är skenbar eller verklig avgörande för om res judicata föreligger.

Vad som emellertid kan bli komplicerat att avgöra är om brott är begånget genom en *annan gärning*, men denna – om gärningarna hade bedöms tillsammans – skulle ha utgjort ett *medbestraffat brott* eller hade kunnat konsumeras genom att lösningen med *lagkonkurrens med citering* hade valts. Frågan huruvida ett sådant åtal skall avvisas som res judicata bestäms av de processrättsliga rättskraftsreglerna och inte av den straffrättsliga konkurrensläran. Två exempel torde utvisa hur regleringen är att uppfatta.

Ett typexempel på när konkurrensproblemet löses genom användning av lagkonkurrens med citering är då gärningsmannen har förövat bedrägeri (BrB 9:1) genom att använda en förfalskad handling som han tidigare har framställt (urkundsförfalskning (BrB 14:1)). Två brott kommer följaktligen att anses vara begångna. I straffrättslig mening skulle emellertid dessa brott – under vissa förutsättningar – kunna bedömas som *ett brott*, nämligen grovt bedrägeri (BrB 9:3). Den föregående förfalskningsgärningen innebär att bedrägeriet placeras i en högre svårhetsgrad och till följd härav konsumeras förfalskningsbrottet. Om nu det första åtalet endast avsett bedrägeri, för vilket gärningsmannens har dömts, och åklagaren därefter väcker åtal för urkundsförfalskningen, torde detta i processrätts-

---

skulle behandlas som ett brott. Någon har t.ex. stulit vid skilda tidpunkter och i dom 1 dömts för brott a, b och c och senare uppdagas att han även begått brott d. Detta är onekligen olika handlingar som utgör fortsättning på samma brott. Handlingarna kommer att bedömas som flera brott men vid bestraffningen behandlas som fortsatt brott (i vidgad bemärkelse). Domstolen har emellertid i dom 1 inte dömt över något av momenten som utgör brott d, varför det ej föreligger hinder att pröva detta brott i en senare dom (dom 2). Den äldre effektinriktade straffrätten krävde emellertid att man bland de ideellt konkurrerande brotten urskiljde vissa fall av ideell konkurrens där en handling givit upphov till *flera effekter som gick att skilja sinsemellan*. I dessa fall förelåg inte res judicata. T.ex. om en person genom ett pistolskott dödat två personer och i dom 1 dömts för ett av morden förelåg inga problem att i dom 2 döma för det andra. Likaså ansågs effekterna vara skilda då en person genom vårdslöshet i trafik hade vållat annans död och i dom 1 dömts för vårdslöshet i trafik och i dom 2 stod åtalad för vållande till annans död, eller då någon som i dom 1 hade dömts för våldtäkt och därefter i dom 2 åtalades för att våldtäkten hade skett gentemot en närstående person. Se närmare Hagströmer 1901–1905 s. 771 ff. Uppdelningen saknar idag betydelse för avgörande av rättskraftsfrågor. För liknande diskussion i norsk rätt, se Matningsdal 1985 s. 562 f. och där gjorda hänvisningar.

lig mening vara att betrakta som *samma gärning*, varför åtalet skall avvisas på grund av res judicata.[14]

Att det processrättsligt råder gärningsidentitet trots att det straffrättsligt är fråga om olika gärningar (och egentligen två olika brott) följer av regleringen om hur åtal får justeras. Om urkundsförfalskningen hade varit känd i samband med den första förhandlingen, så skulle det nya handlingsmomentet med all sannolikhet ha utgjort en tillåten justering av åtalet (RB 45:5).[15] Kontentan av det sagda blir att ett åtal avseende ett förfalskningsbrott, som hade kunnat ingå som en försvårande omständighet vid bedömningen av bedrägeribrottet (och medfört att detta rubricerats som grovt brott), skall avvisas som res judicata.

Ett annat exempel på det nu påpekade förhållandet utgörs av stöld med efterföljande häleri. Frågan har diskuterats utförligt i doktrinen. Enighet torde råda om att res judicata föreligger om något av brotten har prövats i ett åtal.[16] I straffrättsligt hänseende anses gärningsmannen ha begått två olika brott. Däremot skall han dömas för endast ett brott, varvid häleriet normalt skulle bedömas som en *medbestraffad efterhandling*. Trots att det i straffrättslig mening är fråga om skilda gärningar och skilda straffbestämmelser, är det ändock fråga om "samma gärning" i processrättslig mening. Ett nytt åtal om efterföljande häleri skall följaktligen avvisas som res judicata och kan inte utgöra "annat brott".

Vad som hittills har framgått av exemplen innebär noga taget endast att gärningsidentitet i processrättslig mening kommer att överensstämma med vad som i straffrättslig mening utgör brottsenhet eller gärningsenhet samt att såväl den straffrättsliga som den processrättliga bedömningen kommer att utmynna i att gärningsmannen endast skall dömas för ett brott.

Det kan emellertid uppstå en väsentlig skillnad mellan de olika bedömningarna. Man kan nämligen tänka sig att ett händelseförlopp i straffrättsligt hänseende anses vara begånget inom samma gärningsenhet, men att frågan om regelkonkurrens skall besvaras med att konkurrensen inte är skenbar samt att inget av de brott som gärningsmannen *anses ha begått* skall vara medbestraffat. Gärningsmannen skall då *dömas för flera brott* trots att de är begångna inom samma gärningsenhet. Ett exempel är

[14] Löfmarck 1974 s. 124 f.

[15] Tillägg till gärningsbeskrivningen, som främst har till syfte att utgöra en försvårande omständighet vid straffmätningen anses inte medföra att det blir fråga om "annan gärning".

[16] Se bl.a. Ekelöf & Bylund & Boman 1994 s. 164, Fitger s. 30:31, Welamson 1949 s. 201 ff., Löfmarck 1974 s. 124 och Jareborg 1995 s. 217 f. Även HD har i flera avgöranden utgått från att stöld och efterföljande häleri av samma gods utgör "samma gärning", se NJA 1966 s. 12, NJA 1966 s. 340 och NJA 1980 s. 686.

rattfylleri (TBL § 4) och vårdslöshet i trafik (TBL § 1) bestående i att gärningsmannen på grund av alkoholförtäring inte kunnat framföra sitt fordon på ett betryggande sätt. I detta exempel kommer gärningsmannen att dömas för två brott, vilka har begåtts samtidigt (genom samma handlande etc.).[17] Samtidigt står det klart att i dessa fall föreligger gärningsidentitet i processrättslig mening, varför ett nytt åtal rörande något av brotten skall avvisas som res judicata.[18]

Av det sagda följer att vad som utgör "annat brott" i straffrättslig mening – och som således skulle kunna läggas till grund för en bedömning i en iterativ tillämpningssituation – kan komma att avvisas som res judicata på grund av gärningsidentitet. Processrättslig gärningsidentitet kan på detta sätt begränsa domstolens prövning av vad som i och för sig utgör ett "annat brott".

(2) Den andra förutsättningen innebär att BrB kap. 34 är tillämpligt endast om påföljden i den tidigare domen (dom 1) har bestämts till *fängelse, villkorlig dom, skyddstillsyn* eller *sluten ungdomsvård.* Övriga påföljder berörs således inte av regleringen. Härav följer att det är dom 1 som styr dels hur konkurrensproblemen formuleras, dels hur dessa skall lösas.

Det faktum att BrB kap. 34 inte är tillämpligt innebär – enligt vad jag har sagt i avsnitt 1.2.3 – inte att påföljderna inte konkurrerar. Däremot kommer ingen iterativ tillämpningssituation rörande *påföljdsbestämning* att uppstå. Om BrB kap. 34 inte är tillämpligt, så är domstolen i dom 2 inte skyldig att beakta den tidigare domen vid påföljdsbestämningen. Konkurrensproblem flyttas därigenom till verkställighetsnivån. Av det sagda följer att innehållet i dom 1 bestämmer vilken typ av konkurrensproblem som uppkommer i samband med dom 2.

Hur påföljden avseende brottsligheten i dom 2 anses böra bestämmas (enligt regleringen i BrB kap. 29 och 30) påverkar egentligen inte alls konkurrensens karaktär. BrB kap. 34 uppställer inte några förutsättningar för hur påföljden i dom 2 måste se ut för att kapitlet skall vara tillämpligt. Detta innebär att påföljden i dom 2 mycket väl kan bestämmas till böter eller överlämnande till särskild vård.

(3) Till sist framgår av BrB 34:1 st. 1 att påföljden i dom 1 *inte till fullo får ha verkställts* eller *annars ha upphört.* Härav följer att en förutsättning för att påföljdskonkurrens skall kunna uppkomma i dessa situationer är att verkställigheten kommer att – eller kan komma att – ske samtidigt.

[17] Grovt rattfylleri (TBL § 4a) konsumerar vårdslöshet i trafik (TBL 1 §). Däremot torde inte rattfylleri av normalgraden konsumera vårdslöshet i trafik, se bl.a. NJA 1984 s. 447.
[18] Se bl.a. NJA 1957 s. 82, NJA 1962 s. 128 och NJA 1985 s. 496. Jfr eventuellt NJA 1970 s. 175.

När en påföljd till fullo anses vara verkställd bestäms på olika sätt för de olika påföljderna. Verkställigheten av ett *tidsbestämt fängelsestraff* påbörjas när den dömde inträder i kriminalvårdsanstalt.[19] Verkställigheten upphör i formell mening när den i domen utsatta tiden har avtjänats och den dömde friges. Eftersom den dömde enligt BrB 26:6 normalt skall friges villkorligt efter 2/3 av strafftiden kommer verkställigheten att anses vara avslutad när den prövotid som följer på villkorlig frigivning har gått till ända (BrB 26:24). Dock gäller ett undantag för den situationen att den villkorligt medgivna friheten har förverkats i en annan dom. Om så har skett har normalt ett annat fängelsestraff utdömts, varvid straffen har sammanlagts och avtjänas tillsammans.[20]

Avseende *sluten ungdomsvård* gäller enligt lag (1998:603) om verkställighet av sluten ungdomsvård, i tillämpliga delar samma bestämmelser som beträffande fängelsestraff.[21] Sålunda skall verkställigheten anses vara påbörjad den dag som den dömde inträder i särskilt ungdomshem och vara avslutad den dag som den i domen utsatta tiden har avtjänats.[22] Den väsentliga skillnaden mellan fängelse och sluten ungdomsvård är att villkorlig frigivning inte förekommer vid den senare.

Såväl villkorlig dom som skyddstillsyn upphör när prövotiden har gått till ända. Prövotiden för *villkorlig dom* är 2 år. Denna börjar löpa från dagen då rättens avgörande vinner laga kraft genom nöjdförklaring eller på annat sätt (BrB 27:3 st. 2). Följaktligen har påföljden till fullo verkställts 2 år därefter. Det skall dock noteras att en villkorlig dom i vissa fall kan undanröjas även efter prövotidens utgång. En förutsättning härför är att *brottet* (dvs. det brott som föranleder undanröjandet) är begånget före prövotidens utgång.[23] Av BrB 34:5 st. 6 följer att detta kan ske om den tilltalade inom ett år från prövotidens utgång har häktats eller erhållit del av åtal för nytt brott. Härigenom kan dom 1 komma att bli föremål för en iterativ tillämpningssituation trots att påföljden – vid tidpunkten för dom 2 – till fullo har verkställts.

Beträffande *skyddstillsyn* så är regleringen i vissa avseenden annorlunda än vad som gäller för villkorlig dom. För det första löper prövotiden i 3 år. För det andra skall prövotiden räknas från dagen då skyddstillsynen

[19] Om den dömde är häktad eller frihetsberövad finns särskilda regler om avräkning, se lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m. § 19.

[20] Bestämmelser om sammanläggning av fängelsestraff och förverkad villkorligt medgiven frihet finns i BrB 26:8 och lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m. §§ 24–25.

[21] Prop. 1997/98:96 s. 165.

[22] Att den dömde under slutet av vistelsen på särskilt ungdomshem kan få vistas under öppnare former i syfte att överbrygga övergången till frigivning påverkar inte denna fråga. Se även Prop. 1997/98:96 s. 168.

[23] Av BrB 34:1 st. 1 följer att *brottet* måste vara begånget "innan påföljden till fullo verkställts". Se även KBrB III s. 34:30.

börjar verkställas (BrB 28:4). Tidigare gällde att skyddstillsyn – på samma sätt som villkorlig dom – började verkställas först efter att domen vunnit laga kraft.[24] Efter en lagändring 1983 har denna tidpunkt ändrats.[25] Skyddstillsynen börjar verkställas från *dagen för domen*, vilket gäller oavsett i vilken instans påföljden har utdömts (BrB 28:5). Detta kan föranleda vissa problem. Låt oss se på några exempel.

Antag att den dömde överklagar domen (dom 1) och därefter missköter verkställigheten av skyddstillsynen och begår ny brottslighet. I samband med att nya åtal behandlas i dom 2 kan domstolen inte undanröja den tidigare utdömda skyddstillsynen på grund av att dom 1 – genom överklagandet – inte har vunnit laga kraft.[26] Trots att den dömde begår nytt brott och missköter skyddstillsynen anses påföljden fortfarande verkställas. Domstolen blir härigenom i dom 2 hänvisad till att döma särskilt för den nya brottsligheten (BrB 34:1 st. 1 p. 2). När dom 1 slutligen avgörs i HovR har kanske någon egentlig verkställighet av den tidigare utdömda skyddstillsynen inte kommit till stånd (utöver det faktum att en prövotid har löpt och att återfall under denna period kan ha beaktats som ett skäl för att i dom 2 bestämma påföljden till fängelse).

Situationen kan emellertid kompliceras ytterligare. Vad som nämligen kan tänkas ske i denna situation är att prövotiden har löpt ut, då dom 1 slutligen avgörs i HovR.[27] För den åklagare som i denna situation önskar komma åt den i dom 1 utdömda skyddstillsynen återstår endast att försöka undanröja den. Detta kan ske antingen genom att domstolen i samband med ny brottslighet beslutar att undanröja dom 1 och ersätter den med påföljd av annan art (BrB 34:1 st. 1 p. 3) eller – på talan av åklagare – undanröjer skyddstillsynen på grund av allvarligt åsidosättande (BrB 28:8). Detta kan komma ifråga endast efter att dom 1 har vunnit

[24] Undantag kunde göras om den dömde avgav nöjdförklaring, varvid prövotiden omedelbart började löpa, se Prop. 1962:10 s. 302.

[25] NJA II 1983 s. 234 ff. Syftet med ändringen var att möjliggöra att övervakningen kan påbörjas omedelbart efter domen. Skälen för att kunna tidigarelägga övervakningen syftade till att tillgodose behandlingspreventiva intressen. Enligt Frivårdskommittéen ansågs återfallsrisken vara störst i början av verkställigheten. Likaså torde det i många fall förhålla sig så att den dömde är mest behandlingsmotiverad i anslutning till domstolsförhandlingen. På de nu anförda skälen ansågs det vara av vikt att verkställigheten – och då främst övervakningen – inte skulle anstå i avvaktan på att domen vinner laga kraft. Det individualpreventiva intresset av behandling övertrumfade således intresset av att den dömde inte skall underkastas straffrättsliga sanktioner förrän domen har vunnit laga kraft, se SOU 1981:90 s. 157.

[26] Undanröjande av skyddstillsynen på grund av misskötsamhet kan inte heller komma ifråga om domen inte har vunnit laga kraft, se NJA 2000 s. 533.

[27] Detta förutsätter emellertid att 3 år har passerat mellan dom 1 och att överklagandet tas upp till prövning i överrätt. Trots att detta inte är vanligt, förekommer regelbundet mål där handläggningstiden är mycket utdragen.

laga kraft. Under samma förutsättningar som gäller beträffande villkorlig dom kan en skyddstillsyn bli föremål för undanröjande inom ett år från prövotidens utgång (BrB 34:6 st. 6). På samma sätt som då påföljden i dom 1 var villkorlig dom, kan således en tidigare dom avseende skyddstillsyn bli föremål för en iterativ tillämpningssituation i dom 2 trots att verkställigheten av påföljden i dom 1 är avslutad. Har även den nu nämnda tidsfristen löpt ut måste påföljden anses vara oåtkomlig för en iterativ tillämpningssituation trots att någon verkställighet de facto inte har ägt rum.

En annan situation som påverkas av det faktum att verkställigheten av skyddstillsynen börjar räknas från dagen för domen är då domstolen i dom 1 inte har tillämpat principen om gemensamt straff. Om vi tänker oss att domstolen i dom 1 har tillämpat den i avsnitt 4.4.3 diskuterade undantagsbestämmelsen i BrB 30:3 st. 2 andra meningen kommer den tilltalade att ha ådömts dels ett (kortare) fängelsestraff, dels en skyddstillsyn.[28] I dessa fall kan det tänkas att verkställigheten av fängelsestraffet kommer till stånd omedelbart efter domen, varvid fängelsestraffet och skyddstillsynen under viss tid kommer att verkställas parallellt. Prövotiden för skyddstillsynen börjar således löpa samtidigt som fängelsestraffet börjar verkställas. Sett i proportionalitetsperspektiv behöver en sådan parallell verkställighet inte utgöra något stort problem. Så snart den dömde friges från kriminalvårdsanstalt fortsätter verkställigheten av skyddstillsynen. Konsekvensen av den parallella verkställigheten innebär visserligen att skyddstillsynen i praktiken inte verkställs i annat avseende än att prövotiden löper under det att fängelsestraffet verkställs. För att den parallella verkställigheten inte skall äventyra straffvärdeproportionaliteten får fängelsestraffet inte vara alltför långt. Det uteblivna repressiva inslaget (bestående i att skyddstillsynen inte verkställs under det att den dömde verkställer fängelsestraffet) kompenseras emellertid av att den dömde efter frigivningen kommer att underkastas dubbla prövotider.

Som framgått kan från *verkställighetssynpunkt* vissa problem uppkomma i de nu berörda situationerna. Eftersom en skyddstillsyn är förenad med övervakning, och denna normalt skall påbörjas i samband med dagen för domen, kan verkställigheten försvåras av att den dömde avtjänar ett fängelsestraff (som i exemplet med parallell verkställighet). Övervakningen kan inte verkställas under det att den dömde är frihetsberövad (såvida man inte anser att ett frihetsberövande utgör en konstant övervakning). Situationen har ansetts påkalla att domstolen skall ha möjlighet att besluta att *övervakningen skall anstå* (BrB 28:5).

Att domstolen har möjlighet att skjuta upp verkställigheten av över-

[28] Se NJA II 1983 s. 234.

vakningen enligt BrB 28:5 gäller även i de situationer där det kan förmodas att den dömde inte kommer att medverka till att skyddstillsynen verkställs, som i exemplen då den dömde missköter skyddstillsynen eller då den tilltalade har överklagat domen.[29] Ett sådant beslut ändrar dock inte på det faktum att *prövotiden* löper från dagen för domen och således upphör efter 3 år.

Vidare gäller att om den dömde inte medverkar till att verkställa skyddstillsynen, har högre rätt möjlighet att enligt BrB 28:5 besluta att verkställigheten skall avbrytas. Vid dessa förhållanden upphör även prövotiden att löpa, varvid tidpunkten för när skyddstillsynen till fullo anses vara verkställd förskjuts i motsvarande mån.

Den andra i BrB 34:1 st. 1 angivna förutsättningen att den tidigare utdömda påföljden inte "annars upphört" hänför sig till de situationer där en utdömd påföljd inte längre får verkställas på grund av påföljdspreskription (BrB 35:8 och 9) eller på grund av att den har undanröjts enligt bestämmelsen i BrB 34:1 st. 1 p. 3. I dessa fall finns det inte längre möjlighet att använda bestämmelserna i BrB kap. 34. Det skall dock noteras att beträffande den sistnämnda situationen, då den tidigare påföljden har undanröjts, begränsas endast tillämpligheten av BrB kap. 34 med avseende på den undanröjda domen. Den påföljd (av annan art) som har trätt i dess ställe kan givetvis – om övriga förutsättningar är uppfyllda – bli föremål för en iterativ tillämpningssituation.

6.2.2 Situationer utanför regleringen i BrB kap. 34

6.2.2.1 Inledning

Jag har i föregående avsnitt redogjort för de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att de olika konkurrenslösningarna i BrB 34:1 st. 1 skall vara tillämpliga. I övrigt saknas det bestämmelser rörande påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer. E contrario följer att om förutsättningarna inte är uppfyllda, skall påföljdsbestämningen göras utan att hänsyn tas till tidigare domar. Konkurrensen löses således genom användning av *kumulationsprincipen*. Som jag har påpekat flyttas eventuella konkurrensproblem därmed till verkställighetsnivån. Frågan gäller då hur olika påföljder lämpligen bör verkställas parallellt. På domsnivån finns inga konkurrensproblem kvar.

I denna situation uppkommer två frågor. Dels är det av intresse att undersöka vilka konkurrenssituationer som faller utanför regleringen i BrB kap. 34. Dels måste man fråga sig varför dessa situationer inte skall behandlas som påföljdsbestämningskonkurrens.

[29] KBrB III s. 28:18.

6.2.2.2 Den tidigare domen består i ett bötesstraff

Det första fallet som inte behandlas som en iterativ tillämpningssituation är då dom 1 består av ett bötesstraff. Om den dömde i en senare dom (dom 2) ådöms antingen ett nytt bötesstraff eller annan påföljd, så skall påföljdsbestämningen ske helt utan att dom 1 beaktas. Det finns således inte möjlighet att meddela s.k. konsumtionsdom eller att undanröja det tidigare bötesstraffet och utdöma en ny gemensam påföljd av annan art. Inte heller finns det möjlighet att vid straffmätningen ta hänsyn till det tidigare straffet, varför det saknas begränsningar för konstruktionen av tillämplig straffskala för den samlade brottsligheten och även möjligheter att beakta asperationsprincipen vid straffmätningen (mängdrabatt). Det återstår endast att utdöma ett särskilt straff för den nya brottsligheten. Detta gäller även då den nya brottsligheten förtjänar ett nytt bötesstraff. Vid upprepad bötesbrottslighet som ådöms vid olika tillfällen kumuleras böter således obegränsat. Detta gäller oavsett om det är fråga om nyupptäckt brottslighet eller återfall.

Det skall härvid beaktas att utdömandet av ett särskilt straff inte sker med stöd av BrB 34:1 st. 1 p. 2. Eftersom situationen överhuvudtaget inte uppfyller kriterierna för att utgöra en iterativ tillämpningssituation, skall domstolen inte åberopa BrB kap. 34.

Om dom 2 däremot avser flera brott, skall naturligtvis principen om gemensamt straff och bestämmelserna som berörts i kapitel 4 och 5 tillämpas på denna brottslighet. Den flerfaldiga brottsligheten i dom 2 utgör ju en tillämpningssituation då någon *samtidigt* döms för flera brott. Vad som nu diskuteras är endast frågan i vilken utsträckning som den tidigare domen (dom 1) har någon inverkan på påföljdsbestämningen i dom 2.

Vad som nu har sagts om böter gäller inte endast då den tidigare domen avser ett renodlat bötesstraff utan även då *böter utdöms som tilläggsstraff*. Som jag påpekade i avsnitt 4.4.2 anses böter som tilläggsstraff utgöra ett separat straff som förenas (kumuleras) med en icke frihetsberövande påföljd. Detta får betydelse främst då det i dom 2 blir aktuellt att undanröja den tidigare domen (BrB 34:1 st. 1 p. 3). Bötesstraffet kommer i dessa fall inte att påverkas av ett undanröjande. Att behandla tilläggsböter på detta vis är självfallet konsekvent. Om BrB kap. 34 inte är tillämpligt då dom 1 endast avser ett bötesstraff, så är det inte heller tillämpligt på den del av den tidigare domen som avser tilläggsböter.

Att böter inte skulle omfattas av konkurrensbestämmelserna rörande påföljdsbestämning var en nyhet i och med 1938 års reform. Tidigare hade böter omfattats av de motsvarande äldre bestämmelserna i SL kap. 4. I samband med utarbetandet av BrB anslöt sig såväl SLB som departementschefen, i samband med propositionen, i huvudsak till de

ändringar som hade gjorts 1938.[30] Främst tre olika skäl angavs till varför bötesstraff skulle exkluderas från regleringen.

Inledningsvis åberopade SLB *rent praktiska skäl*. En bestämmelse om att tidigare bötesstraff skulle beaktas vid ny lagföring ansågs leda till en oskäligt stor arbetsbelastning för domstolarna, eftersom dessa i så fall skulle vara tvungna att inhämta protokollsutdrag m.m. från såväl allmänna domstolar som polisdomstolar i syfte att få kännedom om tidigare utslag.[31] Eftersom register över utdömda böter vid denna tid inte fördes skulle det således ankomma på domstolen i det aktuella målet att tillse att dessa uppgifter fanns tillgängliga.

Vad gäller detta argument kan man helt kort konstatera att det numera är irrelevant. Genom att utdrag ur belastningsregistret normalt skall finnas tillgängligt vid huvudförhandlingen har domstolarna alltid tillgång till erforderliga och relevanta uppgifter om tidigare domar. Enligt lag (1998:620) om belastningsregister § 3 innehåller registret samtliga tidigare utdömda påföljder inklusive sådana som avser böter (samt utslag rörande strafföreläggande, ordningsbot och åtalsunderlåtelse).[32]

Det andra argumentet mot att låta tidigare bötesstraff ingå i bestämmelserna rörande de iterativa tillämpningssituationerna bestod i att man ville hålla konkurrensregleringen *enkel* och *renodlad*. Om tidigare avgöranden avseende böter skulle omfattas av regleringen, skulle det fordras att man införde särskilda regler beträffande de situationer där böterna endast delvis hade betalats och där bötesstraffet helt eller delvis hade kommit att förvandlas till annat straff.[33] Som ett annat led i kravet på enkelhet anfördes att det förelåg särskilda problem med att omräkna vad ett bötesstraff skulle motsvara om det skulle undanröjas och omräknas i annan straffart.

[30] Beträffande de närmare motiveringarna hänvisade SLB direkt till vad de sakkunniga i 1937 års utredning tidigare hade anfört om att utelämna böter. Se SOU 1956:55 s. 328. 1937 års utredning redovisade sina motiv i SOU 1937:24 s. 82 ff. Departementschefen hade ingen erinran till förslaget, vilket senare ledde till lagstiftning, se NJA II 1938 s. 535. Härigenom kom böter att – i princip – helt utlämnas från regleringen i SL 4:3 och sedermera även i BrB kap. 34. Vissa undantag finns dock, vilka jag kommer att beröra nedan.

[31] SOU 1956:55 s. 328. Se även SOU 1937:24 s. 84. Beträffande utfallet av remissbehandlingen i Prop. 1962:10 C s. 392.

[32] Uppgifter om utdömda böter gallras ur registret efter fem år såvida inte den dömde blir föremål för ny anteckning i registret med anledning av brott, se lag (1998:620) om belastningsregister §§ 17–18. Med hänsyn till bl.a. preskriptionstider för brottslighet av nu aktuellt slag kan det endast i sällsynta undantagsfall bli fråga om situationer (bestående i nyupptäckt – mycket gammal – brottslighet) där domstolen inte skulle ha kännedom om ett tidigare utdömt bötesstraff.

[33] SOU 1956:55 s. 327 f. och SOU 1937:24 s. 84 f.

Även detta argument framstår som föga betydelsefullt idag. Omvandling av bötesstraff förekommer i så liten omfattning att det inte kan tillmätas någon betydelse för hur konkurrensregleringen bör utformas.

Vad som däremot skulle kunna vara ett argument mot att låta bötesstraff omfattas av regleringen i BrB kap. 34 är att bötesdomar i större utsträckning skulle kunna komma att bli föremål för undanröjande enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3, varvid bötesstraffet i vissa fall kan komma att ersättas med fängelse. Detta kan endast avse de situationer där påföljden i dom 2 skall bestämmas till fängelse och domstolen anser att det finns anledning att inte låta det tidigare bötesstraffet kvarstå. I så fall kommer tidigare utdömda böter att uppgå i det nya fängelsestraffet, vilket skulle kunna upplevas som problematiskt med hänsyn till proportionalitetsprincipen.

Mot detta kan sägas att det långt ifrån är säkert att en domstol i dom 2 måste undanröja det tidigare bötesstraffet. Huruvida undanröjande bör ske eller inte beror ju på vilka skäl man lägger till grund för användande av BrB 34:1 st. 1 p. 3. Jag kan inte se att det finns särskilt starka skäl att i samband med en ny dom undanröja ett tidigare bötesstraff. Detta gäller oavsett om böterna är betalda eller inte. Jag återkommer i kapitel 7 till de närmare förutsättningarna för att undanröja en tidigare dom och i vilken utsträckning skälen påverkas av att det är fråga om nyupptäckt brottslighet eller återfall.

Även om ett undanröjande anses böra ske, innebär det i vart fall mindre problem från proportionalitetssynpunkt än vad utredningen ville låta påskina. Numera finns i BrB 26:2 st. 4 en särskild omvandlingsbestämmelse för hur bötesstraff (på den abstrakta straffskalenivån) förhåller sig till fängelse om dessa skall bedömas tillsammans, vilket kan tjäna som utgångspunkt vid straffmätningen.[34] Därutöver kan det konstateras att om dom 1 inte skall undanröjas, utan endast utgöra en omständighet som domstolen i dom 2 är skyldig att beakta från straffmätningssynpunkt, så finns överhuvudtaget inget skäl att bry sig om huruvida straffet har verkställts eller inte. Det är noga taget endast vid undanröjande som detta är intressant, vilket kan förklara varför man i SOU 1937:24 fäste avseende vid denna omständighet. Som kommer att framgå i avsnitt 6.3.5 skulle fram till BrB:s ikraftträdande den tidigare påföljden normalt undanröjas i iterativa tillämpningssituationer. Det förklarar emellertid inte varför konkurrensregleringen beträffande bötesstraff kvarstår idag.

Slutligen hänvisades i SOU 1937:24 till vissa *straffmätningsskäl*. Beträffande situationer då påföljden i dom 2 skulle bestämmas till fängelse eller annan påföljd är de skäl som utredningen redovisar numera helt

[34] Se även NJA 1989 s. 12. Enligt praxis motsvarar 1 dags frihetsberövande 10 dagsböter.

obsoleta. Det konstaterades bl.a. att det – vid denna tid – ansågs vara tveksamt huruvida det överhuvudtaget förelåg anledning att låta bötesstraff omfattas av principen om gemensamt straff. Skälen för att låta dem omfattas av konkurrensregleringen av iterativa tillämpningssituationer var i detta avseende än svagare. Vid sidan av detta var det med den då gällande ordningen komplicerat att vid dom 2 bedöma hur den tidigare domen skulle påverka det nya straffet om böterna hade betalats. Detta argument måste ses mot bakgrund av att man vid denna tid i de iterativa tillämpningssituationerna som huvudregel skulle undanröja den tidigare domen och utdöma ett gemensamt straff.[35]

Intressant är dock att ett skäl för att utelämna bötesstraff från regleringen var att om ett bötesstraff hade utdömts i den tidigare domen (dom 1) och även den nya brottsligheten förtjänade ett bötesstraff, så skulle inte straffmätningen i dom 2 påverkas av att principen om gemensamt straff blev tillämplig. Enligt utredningen förekom endast smärre variationer utan nämnvärd betydelse om straffen istället bestämdes separat.[36] Denna syn på straffmätning vid flerfaldig brottslighet, där böter ingår, överensstämmer tydligtvis inte med de skäl för att tillämpa asperationsprincipen då flera bötesbrott sammanträffar för vilka jag har redogjort i avsnitt 5.3.2.2.

Vad som hittills har sagts om skälen för att utelämna tidigare bötesstraff från regleringen i BrB kap. 34 gäller även sådana *bötesstraff som har förvandlats till fängelse*. Om påföljden i den tidigare domen har bestämts till böter och dessa därefter – enligt BrB 25:8 och Bötesverkställighetslag (1979:189) § 15 – har förvandlats till ett fängelsestraff, skall den tidigare domen i konkurrenshänseende behandlas som ett bötesstraff. Vid ny dom skall ingen hänsyn tas vid straffmätningen eller valet av påföljd. Skälet till att det förvandlade straffet betraktas som ett bötesstraff (och inte som ett fängelsestraff) torde främst vara preventivt. Möjlighet att omvandla böter föreligger praktiskt taget endast då den dömde genom illojala åtgärder undandrar sig verkställighet av straffet. Av Bötesverkställighetslag (1979:189) § 15 framgår att den uteblivna betalningen skall ha skett av tredska.[37] Hotet om förvandling syftar således dels till att förmå den dömde att betala böterna, dels till att bestraffa den tredska (olydnad eller trots) som den bristande betalningsviljan innebär. Om nu lagens i prin-

[35] SOU 1937:24 s. 83.

[36] SOU 1937:24 s. 83.

[37] I Justitiedepartementets promemoria exemplifierades detta med fall där den dömde genom skenavtal eller täta byten av arbetsplats gör sig oåtkomlig för exekutiva åtgärder. Likaså angavs att vid flagranta fall av återfall, skall förvandling kunna ske i syfte att undvika att den dömde (gäldenären) gör sig immun mot fortsatta bötesstraff, se Ds Ju 1981:24 s. 49 och 71 f. Se även Prop. 1982/83:93 s. 34.

cip lindrigaste straff (böter) av preventiva skäl har förvandlats till lagens strängaste straff (fängelse), får det förmodas att skälen för förvandling inte skall kunna sättas ur spel på grund av att den dömde i ett senare skede skall dömas för ny brottslighet. Detta skulle i praktiken kunna innebära att den dömde skulle kunna få förvandlingsstraffet undanröjt och ersatt av t.ex. en icke frihetsberövande påföljd genom att begå ny brottslighet (återfall). Vad som sagts innebär inte att skälen bakom regleringen om förvandlingsstraff i sig har goda skäl för sig. Men det visar att anledningen till att dessa böter är undantagna från regleringen i BrB kap. 34 är samma allmän- och individualpreventiva skäl som motiverar förvandlingsstraffets existens.

Det finns emellertid ett viktigt undantag beträffande sådana böter som har förvandlats till fängelse. Av BrB 34:11 st. 2 framgår att om ett långvarigt fängelsestraff (lägst 2 år) *förekommer till verkställighet* samtidigt med ett förvandlingsstraff för böter, skall det sistnämnda konsumeras. Kursiveringen är gjord i syfte att understryka att detta är en bestämmelse hänförlig till nivån för verkställighetskonkurrens. Vid bedömningen av påföljd skall hänsyn inte tas till böterna eller det faktum att dessa har förvandlats.[38]

6.2.2.3 Den tidigare domen består i överlämnande till särskild vård

Den andra grupp av påföljder som är undantagna bestämmelserna i BrB kap. 34 är de särskilda formerna av överlämnande till särskild vård enligt BrB kap. 31, dock med det väsentliga undantaget av sluten ungdomsvård. Inte heller när den tidigare påföljden består i överlämnande till särskild vård är det möjligt att i en senare dom (dom 2) beakta att en tidigare domstol i dom 1 har beslutat om sådan vård. Däremot gäller inte motsvarande begränsningar för det omvända förhållandet. Det är givetvis möjligt att i en senare dom (dom 2) besluta om sådan påföljd och därvid beakta en tidigare dom om påföljden i denna (dom 1) har bestämts till fängelse, villkorlig dom, skyddstillsyn eller sluten ungdomsvård.

[38] I motiven angavs att skälet till att förvandlingsstraff kan konsumeras av ett längre fängelsestraff främst är av praktisk natur. Att böter generellt skall konsumeras av ett längre fängelsestraff motiveras av billighetsskäl bestående i att man önskar minska den belastning som den dömdes skuldsättning skulle komma att innebära då han efter frigivning skall återgå till normala levnadsförhållanden. Se Prop. 1980/81:76 s. 55. Vad gäller förvandlingsstraff har den dömde ända fram till dess att straffet har verkställts möjlighet att betala hela bötesbeloppet, varvid förvandlingsstraffet förfaller, se Bötesverkställighetslag (1979:189) § 18. Eftersom böterna enligt BrB 34:11 st. 2 konsumeras av längre fängelsestraff, skulle betalning av böterna inte kunna ske. Av denna anledning ansåg departementschefen att även förvandlingsstraff borde konsumeras på samma sätt som bötesstraff enligt BrB 34:11 st. 2. Se närmare Prop. 1982/83:93 s. 27 f.

Numera består de särskilda vårdformerna av överlämnande till vård inom socialtjänsten, omhändertagande enligt LVU och LVM samt överlämnande till rättspsykiatrisk vård. Vad som särskilt utmärker dessa påföljder är att det inte är kriminal- eller frivården som ombesörjer verkställigheten utan istället olika enheter inom socialtjänsten eller hälso- och sjukvården. Detta innebär att de ansvariga myndigheterna självständigt har att besluta om utformningen, inriktningen samt varaktigheten av vården och behandlingen.[39] Däremot är det domstolen som genom att i domen utdöma påföljden beslutar om att vården skall komma till stånd.

I stort sett liknande bestämmelser om de särskilda vårdpåföljderna fanns tidigare i form av barnauppfostran, tvångsuppfostran, skyddsfostran, ungdomsfängelse, vård enligt nykterhetsvårdlagen,[40] vård enligt sinnesjuklagen[41] m.fl. Beslut om att omhänderta unga lagöverträdare, missbrukare eller psykiskt sjuka brottslingar kunde ankomma direkt på de berörda myndigheterna. Om ett sådant omhändertagande aktualiserades, kunde åklagare efterge åtalet eller domstolen straffriförklara den dömde p.g.a. bristande tillräknelighet.[42] Härigenom kom ansvaret främst att vila på bl.a. barnavårdsnämnd, nykterhetsnämnd och ansvariga på sinnessjukhus.

I samband med BrB:s tillkomst angavs att dessa situationer *inte* borde omfattas av bestämmelserna rörande iterativa konkurrenssituationer. Skälet härför var att man ville undvika kompetenskonflikter mellan domstolar och andra myndigheter. Om t.ex. en nämnd hade beslutat att vård skulle anordnas för någon och denne senare skulle lagföras för ny brottslighet (nyupptäckt eller återfall), ansågs det inte böra ankomma på en domstol att besluta om att sådan vård skulle upphöra.[43] Skälet tar onekligen sikte främst på *påföljdsvalet* samt möjligheten att undanröja en tidigare ådömd påföljd. Som jag genomgående har påpekat handlar konkurrensproblemen i BrB kap. 34 i lika hög grad om *straffmätning*. I denna del uttalade inte SLB något om konsekvenserna av att man i en senare dom inte kan beakta att den tilltalade tidigare har ådömts en påföljd.

[39] Nelson 1990a s. 90 f. Det skall dock framhållas att en domstol inför ett beslut att bestämma påföljden till överlämnande till särskild vård i vissa situationer skall ha tillgång till uppgift om vilka åtgärder som den berörda myndigheten avser att vidta i syfte att kunna pröva om de planerade insatserna är tillräckligt ingripande. Detta sker bl.a. genom upprättandet av en vårdplan (BrB 31:1 st. 1), se Prop. 1997/98:96 s. 147 ff.

[40] Lag (1954:579) om nykterhetsvård.

[41] Sinnessjuklag (1929:321).

[42] Nelson 1990a s. 90 och Strahl m.fl. 1955 s. 265 f.

[43] SOU 1956:55 s. 329 och Prop. 1962:10 C s. 390 f. Se även KBrB III s. 34:5 och Prop. 1997/98:96 s. 172.

Att överlämnandepåföljderna inte omfattas av konkurrensbestämmelserna innebär inte att konkurrenssituationer inte kan uppkomma. Det låter sig givetvis sägas att konkurrenssituationer kan uppkomma på påföljdsplanet, då antingen någon i en tidigare dom har ådömts sådan vård eller sådan vård ansågs böra utdömas i en senare dom. Men konkurrensfrågorna har övergått till att gälla verkställighetskonkurrens. En konsekvens härav är att om dom 1 avser överlämnande till särskild vård och dom 2 avser ett fängelsestraff är det inte möjligt att tillämpa asperationsprincipen vid straffmätningen.

För det fall att det inte anses vara lämpligt att påföljderna verkställs parallellt måste konkurrensen lösas på verkställighetsnivå. Teoretiskt sett kan man tänka sig att det sker på två olika sätt. Den ena påföljden kan ges företräde framför den andra, vilket i praktiken innebär att påföljderna verkställs parallellt. Alternativt bestämmer man att de skall verkställas seriellt. Detta förutsätter dock att man bestämmer i vilken ordning de skall verkställas. Detta behöver inte nödvändigtvis motsvara den kronologiska ordning vari påföljderna har utdömts. Trots att man har utelämnat de nu diskuterade situationerna från BrB kap. 34, kommer det följaktligen att finnas behov av särskilda konkurrensbestämmelser.

Tidigare löstes konkurrensen genom att särskilda bestämmelser infördes i de lagar som reglerade de olika vårdpåföljderna.[44] Eftersom dessa – numera upphävda – vårdformer har reglerats på olika sätt i flera olika lagstiftningar under olika beteckningar, inskränker jag exemplen till några få. Bl.a. fanns bestämmelser för den situationen att någon omhändertagits för vård enligt barnavårdslagen[45] och därefter i ny dom skulle ådömas fängelse eller straffarbete. Av barnavårdslagen § 48 framgick att vid sådana förhållanden förföll barnavårdsnämndens beslut.[46] Samma ordning gällde beträffande den som av domstol ådömts vård enligt sinnesjuklagen eller öppen psykiatrisk vård.[47] I lag om nykterhetsvård § 47 fanns vissa särskilda bestämmelser om hur beräkningen av strafftid skulle ske då någon som intagits i vårdanstalt sedermera häktades eller skulle undergå ett frihetsstraff. Detta kan ses som en separat straffmätningsreglering, vilken syftade till att tillförsäkra gärningsmannen en rätt till avräkning för den tid han hade verkställt i annan inrättning.

En andra lösning bestod i de tämligen omfattande möjligheterna för åklagare att efterge åtal i samband med att ny brottslighet aktualiserades

[44] Beträffande konkurrens mellan å ena sidan ungdomsfängelse, tvångsfostran, förvaring eller internering och å andra sidan övriga påföljder, se SOU 1937:24 s. 114 ff.
[45] Lag (1924:361) om samhällets barnavård.
[46] Se även barnavårdslagen § 67 och Prop. 1962:10 C s. 391.
[47] SOU 1956:55 s. 329.

för den som genomgick särskild vård. Detta reglerades dels i de särskilda lagarna, dels de allmänna bestämmelserna om åtalseftergift (RB 20:7).[48]

De nuvarande bestämmelserna om åtalsunderlåtelse enligt RB 20:7 och LUL § 17 erbjuder också en generell möjlighet att lösa vissa konkurrenssituationer, då den tidigare påföljden avser överlämnande till särskild vård. Men det förutsätter i så fall att det för den nya brottsligheten inte krävs annan påföljd. I övrigt är konkurrenssituationen numera helt oreglerad. Av brottsbalkskommentaren framgår dock att domstolen – vid den nya lagföringen – ändock kan beakta den tidigare påföljden.[49] Närmare hur detta skall ske framgår emellertid inte.[50] Det anges vidare att om en vårdpåföljd konkurrerar med ett fängelsestraff, så "torde man praktiskt sett få utgå ifrån att verkställighet av fängelse inom kriminalvården har företräde framför särskild vård".[51] Konkurrensen – som behandlas som verkställighetskonkurrens – löses således på myndighetsnivå utifrån något slags pragmatiska skäl och utan stöd i lag. Det kan väl ifrågasättas huruvida en sådan ordning är lämplig med tanke på att fråga är om av domstol utdömda påföljder.

Sammanfattningsvis kan sägas att de nu anförda skälen till varför de särskilda vårdpåföljderna inte skall omfattas av regleringen rörande iterativa tillämpningssituationer relaterar till verkställigheten av själva påföljden och att de aldrig har ifrågasatts. Det kvarstår således som ett faktum att situationer, där den tidigare domen består i ett överlämnande till särskild vård, inte betraktas som påföljdsbestämningskonkurrens och att det numera saknas bestämmelser både för hur en domstol skall kunna beakta det faktum att en tilltalad redan har ådömts en påföljd av detta slag och för hur verkställighetskonkurrensen påföljderna emellan skall lösas.

6.2.2.4 Utländska brottmålsdomar

En sista grupp av fall som inte behandlas som iterativa tillämpningssituationer avser utländska brottmålsdomar. Utgångspunkten måste nämligen anses vara att sådana *inte* omfattas av bestämmelserna i BrB kap. 34.

[48] Se bl.a. barnavårdslagen § 44 tredje momentet och lag om nykterhetsvård § 57. I dag finns särskilda bestämmelser om åtalsunderlåtelse för unga lagöverträdare som blir föremål för vård enligt socialtjänstlagen i LUL § 17. Beträffande psykiskt störda lagöverträdare har sedan länge funnits möjlighet att meddela åtalseftergift, se SOU 1956: 55 s. 329. Bestämmelser om åtalsunderlåtelse för psykiskt störda lagöverträdare återfinns i RB 20:7 p. 4.

[49] KBrB III s. 34:5.

[50] När denna fråga berördes i förarbetena avsågs inte frågor med anknytning till påföljdskonkurrens (dvs. straffmätning och val av påföljd) utan istället frågor beträffande verkställighetskonkurrens (hur olika utdömda påföljder skulle verkställas). Hur detta kan anses utgöra ett beaktande "vid den nya lagföringen" förblir oklart. Se och jfr SOU 1956:55 s. 329 och Prop. 1962:10 C s. 390 f.

[51] KBrB III s. 34:6.

En person som t.ex. har dömts i Frankrike för stöld till fängelse i 5 månader och därefter döms i Sverige för liknande brott kan således inte hävda att domstolen enligt BrB kap. 34 skall ta hänsyn till att han redan har ådömts fängelse för stöld och att det nu aktuella brottet är begånget före denna dom (eller i vart fall innan verkställigheten har påbörjats). Att meddela konsumtionsdom är uteslutet. Huruvida domstolar ändock vid straffmätningen tar hänsyn till att den tilltalade tidigare har ådömts ett straff går inte att uttala sig om. Men det torde i vart fall kunna sägas att det saknas lagstöd för att ta dylika hänsyn.[52]

Att utländska avgöranden inte skall tillmätas betydelse i de iterativa tillämpningssituationerna underbyggs säkerligen av praktiska skäl. Det finns allmänt sett ingen möjlighet för domstolar att skaffa sig närmare kännedom om utländska påföljders närmare innebörd och utformning samt *hur* och *om* verkställighet av dessa skall ske. Om en generell regel att beakta utländska avgöranden skulle gälla, skulle det finnas en risk för orättvisa resultat om det senare skulle visa sig att domstolen har missuppfattat innebörden av den utländska domen. Intresset av att skapa en enhetlig – och för gärningsmannen lämplig – påföljd torde inte kunna tillgodoses om den andra domen skall verkställas i ett annat land. Vidare är det oklart hur straffmätningen för olika brottstyper skall kunna jämföras länderna emellan. Det torde exempelvis vara mycket svårt att avgöra vad straffet för flera brott blivit om brotten skulle ha bedömts i ett sammanhang, när en utländsk dom huvudsakligen baserar sig på en gärning som inte är straffbelagd i Sverige. Helt klart är att svenska domstolar saknar kompetens att undanröja utländska myndigheters domar och beslut. Till sist kan det sägas att det i många fall knappast kan betraktas som en tillfällighet att brotten inte handlagts i samma mål. Det kan ju tänkas att den brottslighet för vilken gärningsmannen döms i utlandet överhuvudtaget inte är kriminaliserad i Sverige eller att svensk domstol i vart fall inte är behörig att döma över denna brottslighet. En förutsättning är således att någon form av överenskommelse om rättsligt samarbete finns, vilken medför att utländska avgöranden kan läggas till grund för en bedömning

[52] Vissa exempel finns i opublicerad praxis. Som exempel kan nämnas en situation där en utländsk medborgare dömdes i Sverige för bl.a. grovt rattfylleri (TBL § 4a). TR bestämde påföljden till fängelse i 1 månad. Domen överklagades till HovR. Efter TR:s dom dömdes han i Danmark för fyra fall av grovt rattfylleri, varvid påföljden bestämdes till fängelse i 6 månader. Domen skulle *inte* verkställas i Sverige (jfr lag (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m. § 29). I samband med att målet avgjordes i HovR uttalade domstolen att BrB kap. 34 visserligen inte var tillämpligt på dylika fall, men att det framstod som angeläget att tillse att den dömde inte kom i ett sämre läge än han skulle ha gjort om detta hade varit fallet. Domstolen valde därför att istället för ett fängelsestraff utdöma villkorlig dom. Se HovR över Skåne och Blekinge, dom den 5 maj 2003 i mål B 1812–02.

i ett (senare) svenskt avgörande. Detta förutsätter i sin tur någon form av överensstämmelse de olika straffrättssystemen emellan.[53]

Det finns emellertid vissa viktiga undantag. Av lag (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m. § 29, följer att bestämmelserna i BrB kap. 34 kan bli tillämpliga.[54] Som framgår av namnet bygger den nu nämnda lagen på en konvention rörande *verkställighet* av utländsk dom på straff. Den kan följaktligen medföra att ett i övriga Norden utdömt straff kan komma att verkställas i Sverige i de fall förutsättningarna härför är uppfyllda. I så fall skall en sådan dom behandlas såsom om den hade meddelats i Sverige.[55]

Vid dessa förhållanden gäller att avgörandet i samtliga avseenden kommer att vara likställt med en svensk brottmålsdom.[56] Detta innebär således att domstolen vid ett senare domstillfälle – såväl vid straffmätningen som vid valet av påföljd – är skyldig att beakta den tidigare domen. Det finns emellertid vissa viktiga begränsningar. För det första förutsätts att

[53] Asp når motsvarande slutsats i en diskussion som utgår från det motsatta hållet. Vid en diskussion av vilka syften, som ömsesidigt erkännande av utländska domar och beslut inom ramen för EU har, konstaterar Asp att ett sådant inte endast bör omfatta verkställighetssyftet. Erkännandet måste därutöver syfta till att de erkända domarna kan läggas till grund för tillämpning av inhemska regler rörande påföljdsbestämning. Hit hör regler om konsumtion för nyupptäckt (gammal) brottslighet. Se Asp 2005. Detta är ju detsamma som att säga att ömsesidigt erkännande är en modell som påverkar regleringen av påföljdskonkurrens.

[54] Se bl.a. NJA 1981 s. 439 och NJA 1993 s. 274.

[55] Matningsdal gör gällande att nordiska domar enligt konventionen har motsvarande verkan vid konkurrenssituationer i domstol avseende i vart fall *betingete dommer*. Vidare har norska Høyesterett givit uttryck för att straffmätningsprinciperna i norska SL § 64 skall kunna användas analogt på utländska domar, se Matningsdal 1985 s. 564 f. och Matningsdal & Bratholm 2003 s. 562. Bestämmelsen i danska SL § 89 rörande *sammenstød af forbrydelser* (nyupptäckt brottslighet) verkar generellt kunna vara tillämplig på utländska avgöranden, se Greve 2003 s. 485 och Greve m.fl. 2001 s. 398.

[56] KBrB III s. IvL:16. Frågan aktualiserades i resningsärendet NJA 1981 s. 439. Omständigheterna i fallet var följande. En finsk medborgare hade vid två olika tillfällen dömts av finsk domstol till fängelse. Kriminalvårdsstyrelsen beslutade – efter ansökan från den dömde – att straffen skulle verkställas i Sverige. Den finska domstolen i det senare målet hade vid straffmätningen inte beaktat den tidigare domen. På förekommen anledning anmälde åklagaren i Sverige, enligt BrB 34:10 st. 2, att domstolen med stöd av BrB 34:3 st. 2 skulle bestämma straff för det sist avdömda brottet enligt BrB 34:3 st. 2. TR avvisade ansökan. HD, vars ledamöter visserligen var oense i frågan om TR:s rättstillämpning uppenbart stred mot lag, var överens om att BrB kap. 34 var tillämpligt *i alla delar* på nordiska domar som skall verkställas i Sverige samt att detta även omfattade de situationer som avses i BrB 34:10 st. 2. Dvs. skyldigheten att beakta bestämmelserna i BrB kap. 34 inskränker sig, enligt HD, inte endast till de fall där utslaget från en svensk domstol bör ändras på grund av att en utländsk dom skall verkställas i Sverige. Bestämmelserna i BrB kap. 34 kan därutöver vara tillämpliga när båda avgörandena härrör från utländsk domstol.

begäran om verkställighet i Sverige har överlämnats till svenska myndigheter samt att framställningen har bifallits. Vidare krävs att den dömde är svensk medborgare eller har hemvist i Sverige eller att det anses vara lämpligare att verkställigheten sker i Sverige än i utlandet. Till sist förutsätts att domen avser fängelse eller övervakning motsvarande den som förekommer vid prövotidsstraff, skyddstillsyn och liknande.

Det skall noteras att vissa bestämmelser rörande straffmätning är tillämpliga oavsett om beslut om verkställighet av utländskt avgörande har fattats eller inte. Som diskuterats i avsnitt 4.2.2 kan enligt BrB 26:3 vissa fall av återfall i grov brottslighet medföra att straffskalan utsträcks med 4 år utöver det högsta straffet som kan följa på brottet/brotten. Enligt st. 3 nämnda paragraf gäller denna bestämmelse generellt även för utländska domar. Att utländska avgöranden kan tillmätas betydelse vid bedömningen av annan brottslighet i Sverige behöver således inte betyda att den dömde alltid erhåller en lindrigare bedömning jämfört med om hänsyn till den tidigare domen inte tas.

Det finns ytterligare ett undantag beträffande utländska avgöranden som medför att de svenska bestämmelserna i BrB kap. 34 kan bli tillämpliga.[57] Av lag (1972:260) om internationellt samarbete rörande verkställighet av brottmålsdom framgår att utländska brottmålsdomar kan komma att verkställas i Sverige om vissa förutsättningar är uppfyllda. Om ansökan bifalls – och den utländska domen härrör från en stat som har ratificerat 1970 års konvention om brottmålsdoms internationella rättsverkningar – skall, enligt § 11, ny påföljd bestämmas för brottet *enligt vad i svensk lag är föreskrivet*. Detta innebär således att domstolen måste omvandla den tidigare domen till en ny påföljd för det brott som den utländska domen anses motsvara.[58] Domstolen får enligt § 12, nämnda lag, inte skärpa

[57] Se KBrB III s. 34:2.

[58] För det fall att endast verkställighet av en utländsk dom har överflyttats till Sverige utan att ny dom har meddelats enligt §§ 3 och 25 nu nämnda lag, har bestämmelserna inte ansetts vara tillämpliga. Situationen aktualiserades i RH 1981: 65. I målet hade en svensk medborgare (A) dömts i amerikansk domstol för mord till ett icke tidsbestämt fängelsestraff. Regeringen beslutade med stöd av § 3 nämnda lag att straffet skulle få verkställas i Sverige, dock utan att ny påföljd bestämdes. Efter det att regeringen hade beviljat A nåd tidsbestämdes straffet, varefter den dömde sedermera frigavs villkorligt med en återstående strafftid av 7 år och 6 månader. Under prövotiden dömdes A för bl.a. grov varusmuggling av narkotika. TR bestämde påföljden till fängelse i 3 år. Fråga uppkom huruvida den villkorligt medgivna friheten kunde förverkas. HovR konstaterade att någon bestämmelse motsvarande den som finns i lag (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m. § 29 – vilken uttryckligen stadgar att BrB kap. 34 skall tillämpas på det utländska avgörandet – inte finns i lag (1972:260) om internationellt samarbete rörande verkställighet av brottmålsdom. Eftersom BrB kap. 34 inte ansågs vara tillämpligt kunde förverkande av villkorligt medgiven frihet inte komma ifråga.

påföljden i förhållande till den utländska domen. Vidare följer av § 13 att domstolen, i den mån det kan ske, skall beakta vad den dömde har utstått genom den utländska domen i utlandet (inklusive den tid som han har varit anhållen eller häktad).[59]

Vilka konkurrenssituationer som kan uppkomma är svårt att uttala sig om. I praktiskt hänseende måste det finnas två domar för att en iterativ tillämpningssituation uppkomma. Det torde således krävas att den dömde antingen skall lagföras för annan brottslighet i Sverige eller att det finns en annan utländsk dom som den nya påföljdsbestämningen kan hänföra sig till. Om det är fråga om ett utländskt avgörande, måste ju detta för att få verkan i Sverige, ha omvandlats till en svensk dom enligt den nu nämnda lagen.

6.2.3 Principen om gemensamt straff i överrätt

I avdelning II diskuterade jag konkurrensproblem som uppstår då en domstol *samtidigt* har att bestämma påföljd för flera brott. I avdelning III har jag övergått till att diskutera de iterativa tillämpningssituationerna, vilka utmärks av att lagföringen sker vid *olika tillfällen*. Det finns anledning att belysa ett specialfall, vilket uppstår i samband med att flera mål överklagas till överrätt. Dessa fall kan utgöra en kombination av de olika tillämpningssituationerna.

En förutsättning för att denna situation skall aktualiseras är att olika påföljder har utdömts för flera brott i olika rättegångar i TR. De domar som har meddelats efter den första domen kommer (normalt) att ha avgjorts i en iterativ tillämpningssituation. Om målen sedermera överklagas, kan målen komma att handläggas tillsammans i HovR. Fråga uppkommer om detta skall anses vara en tillämpningssituation i vilken *en* (gemensam) påföljd skall bestämmas enligt BrB 30:3 eller om vi har att göra med en iterativ tillämpningssituation, vilken skall bedömas enligt BrB kap. 34. HD hade anledning att ta ställning till frågan i NJA 1975 s. 691.

Omständigheterna i målet var följande: En person (A) hade av två olika TR dömts dels för stöld och misshandel till 4 månaders fängelse, dels för förskingring till 2 månaders fängelse. Båda domarna överklagades och målen handlades gemensamt i HovR. I HovR:s dom fastställdes respektive dom från TR utan att en gemensam påföljd utdömdes. A överklagade domen till HD och yrkade ändring i påföljdsdelen. RÅ avgav ett yttrande avseende frågan huruvida en gemensam påföljd borde ha meddelats i HovR. Enligt RÅ var det förfarande som HovR hade tillämpat i

[59] Prop. 1972:98 s. 117 ff.

det aktuella målet inte ovanligt förekommande. RÅ ansåg emellertid att det, med hänsyn till att den rättspolitiska grunden till bestämmelsen om gemensam påföljd[60] är att domstolen för den samlade brottsligheten skall utdöma "den mest lämpade påföljden" (med avseende på påföljdens art och längd), stod i bättre överensstämmelse med lagtexten att överrätten i dylika situationer utdömer en gemensam påföljd. HD var av samma uppfattning, varför domen undanröjdes och målet återförvisades till HovR.[61]

Slutsatsen av rättsfallet är att principen om gemensamt straff skall tillämpas även i överrätt. Så länge som en högre instans handlägger flera brottmål mot samma person, föreligger en tillämpningssituation där bestämmelsen i BrB 30:3 skall tillämpas. Att målen från början har avgjorts av olika domstolar – och i ett tidigare skede förhållit sig till varandra såsom domar i en iterativ tillämpningssituation – har i detta sammanhang ingen betydelse.

Alternativen till att behandla målen enligt principen om gemensamt straff i *en* tillämpningssituation skulle vara att HovR antingen tillämpar bestämmelserna i BrB kap. 34 eller att målen behandlas helt separat utan att någon hänsyn tas till respektive dom vid påföljdsbestämningen.[62] Båda förfarandena måste anses vara felaktiga.[63]

Det förekommer emellertid fortfarande i praxis att HovR i motsvarande situationer använder BrB kap. 34 för att lösa konkurrensen mellan två överklagade domar.[64] Resultatet torde ofta bli detsamma som då en gemensam påföljd enligt BrB 30:3 utdöms.[65] Det finns emellertid en risk

[60] Bestämmelsen om gemensam påföljd fanns tidigare i BrB 1:6.

[61] Med "undanröjande" avses här undanröjande i processrättslig mening (RB 51:26, 51:29 och 55:15).

[62] Har båda domarna överklagats men handläggs i olika HovR, kan målen förenas och handläggas gemensamt genom att målen överflyttats till samma HovR med stöd av RB 19:7 st. 2 och 3.

[63] Om situationen även i överrätten behandlas som en iterativ tillämpningssituation kommer den första domen att utgöra "tidigare dom" och åtalen i den andra domen utgöra "ny brottslighet", vilka kan bestå av nyupptäckt brottslighet och/eller återfall. Av NJA 1975 s. 691 följer att detta synsätt är mindre välförenligt med de rättspolitiska skälen bakom principen om gemensamt straff. Väljer domstolen motsatsvis att underlåta att tillämpa såväl BrB kap. 34 som BrB 30:3 torde detta innebära att kumulationsprincipen tillämpas i samband med påföljdsbestämningen. Härigenom kommer rena tillfälligheter att avgöra om de nu diskuterade situationerna behandlas som ett konkurrensfall eller inte. Ett sådant förfarande måste anses strida mot såväl lagtexten som de rättspolitiska skälen bakom respektive reglering.

[64] Se bl.a. Protokoll HSB 2004 s. 17, Svea HovR, dom den 15 augusti 2000 i mål B 3299-00 och B 4559-00 och HovR över Skåne och Blekinge, dom den 23 september 2002 i mål B 1027-01, mål B 91-02 och B 1180-02.

[65] Se RÅ:s yttrande i NJA 1975 s. 691.

för att BrB kap. 34 uppställer hårdare krav för att mängdrabatt skall ges eller att det ena brottet betraktas som återfall efter tidigare dom, varför straffskärpning anses vara erforderlig.[66]

6.3 Närmare om syftena bakom regleringen

6.3.1 Inledning

Hittills har jag endast redogjort för de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att BrB kap. 34 skall vara tillämpligt. Redan av vad som har sagts torde det stå klart att de situationer som behandlas i nämnda kapitel utgör en blandning av påföljdsbestämningskonkurrens och verkställighetskonkurrens.

I följande avsnitt skall något sägas om syftet med regleringen i BrB kap. 34. Vad som är föremål för undersökning är främst de skäl som har angivits till att ny lagföring efter tidigare dom – oavsett om det avser nyupptäckt brottslighet eller återfall – skall behandlas såsom om de hade varit föremål för påföljdsbestämning vid samma tillfälle. Frågan gäller med andra ord varför principen om gemensamt straff skall få genomslag även i dessa situationer.

Jag väcker denna fråga därför att det inte är självklart eller nödvändigt att betrakta dessa situationer såsom problem hänförliga till påföljdsbestämningskonkurrens. Att den nya brottsligheten – under förutsättning att det är fråga om flerfaldig brottslighet – skall behandlas i enlighet med vad som har sagts i kapitel 4 och 5 är helt klart. Men frågan kvarstår varför man därutöver skall beakta principen om gemensamt straff i förhållande till tidigare domar. Om man vill, skulle man ju kunna hävda att samtliga dessa situationer utgör renodlade fall av verkställighetskonkurrens. Annorlunda uttryckt: det är endast verkställigheten av de olika påföljderna som kommer att konkurrera och vid själva påföljdsbestämningen behöver man inte ta några hänsyn till det faktum att andra påföljder tidigare har utdömts. Om ny lagföring efter tidigare dom istället betraktades som verkställighetskonkurrens, skulle problematiken förflyttas till den tredje nivån i straffsystemet, varvid helt andra hänsyn kan bli relevanta vid lösandet av konkurrensproblemen. Problem relaterade till verkställighetskonkurrens behöver inte, till skillnad från konkurrensproblem vid påföljdsbestämning, lösas utifrån främst proportionalitetsprincipen och humanitetsprincipen. Humanitetsprincipen är visserligen i allra högsta grad relevant, men som påpekades i avsnitt 3.2 kan ju även olika preventiva hänsyn tas på verkställighetsnivån.

[66] Se eventuellt utgången i NJA 1968 s. 442.

Nu har man emellertid valt att betrakta dessa situationer som en form av konkurrens vid påföljdsbestämning och då återstår endast att besvara varför. Det finns flera svar på frågan, och i det följande skall jag försöka sammanfatta de motiveringar som har givits för konkurrensregleringens existens och omfattning.

6.3.2 Rättviseargumentet

Det första och mest uppenbara skälet till varför en tidigare dom kan bli relevant i samband med påföljdsbestämningen i en senare dom är att den aktuella brottsligheten *i tiden* är hänförlig till den första domen. Det är oundvikligt att domstolar kommer att handlägga mål där den aktuella brottsligheten består i nyupptäckt brottslighet, vilken kunde – eller borde – ha behandlats inom ramen för en tidigare dom.[67] Som har framgått behöver det inte vara det faktum att brottsligheten var okänd för domstolen som har medfört att den inte handlagts i det tidigare målet. Det kan istället bero på olika processuella tillfälligheter som t.ex. att utredningstakten beträffande de olika åtalen har varit olika, att RB:s kumulationsbestämmelser inte medgivit en gemensam handläggning etc. Under förutsättning att domstolen hade känt till denna brottslighet vid det förra lagföringstillfället, skulle det ha blivit aktuellt att begränsa straffskalan enligt BrB 26:2, beakta principen om mängdrabatt vid straffmätningen och som huvudregel bestämma en gemensam påföljd. Det kan därför förefalla orättvist om tillfälligheter föranleder att den dömde inte behandlas på samma sätt som om åtalen blivit föremål för prövning vid samma tillfälle. Detta är också den motivering som anges för de flesta utländska motsvarande regleringar rörande påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer.[68]

Skälet är således retrospektivt och bygger på samma rättvisekonception som motiverar att mängdrabatt skall ges vid samtidig lagföring och att en gemensam påföljd skall väljas för den samlade brottsligheten. Såväl proportionalitetshänsyn som intresset av likabehandling motiverar att man tillser att den uppdelade lagföringen – totalt sett – inte blir mer ingripande än vad den hade blivit om påföljd hade bestämts för samtliga brott vid ett och samma tillfälle. Av det sagda framgår att detta skäl främst hänför sig till *straffmätningsnivån*.

[67] Se bl.a. NJA II 1938 s. 527, SOU 1956:55 s. 333, Prop. 1962:10 C s. 396, KBrB III s. 34:6 och Strahl m.fl. 1955 s. 214. Se för motsvarande argument beträffande äldre rätt (SL 4:9), bl.a. Hagströmer 1901–1905 s. 768 ff., Bergendal 1928 s. 97 f. och SOU 1923:9 s. 371 f.

[68] Se bl.a. Roxin 2003 s. 842, Kindhäuser 2005 s. 373, Bringewat 1987 s. 151, Matningsdal 1985 s. 560 f., Frände 2004 s. 382 not 37 och Blok 1985 s. 237.

Beträffande *val av påföljd* behöver inte frågan om lagföringen sker samtidigt eller inte ha någon avgörande betydelse. För det första är det inte alltid så att valet av påföljd skall resultera i *en* påföljd (BrB 30:3 st. 2). För andra kan ju, vad gäller påföljdsvalet, hävdas att detta val inte behöver påverkas av att gärningsmannen döms vid olika tillfällen under förutsättning att domstolen har frihet att i den senare rättegången bestämma påföljd oberoende av vad den tidigare påföljden har bestämts till. Om domstolen kan utdöma en ny påföljd av samma slag som har utdömts i den tidigare domen kan resultatet – i påföljdshänseende – i allt väsentligt bli detsamma som att meddela konsumtionsdom (BrB 34:1 st. 1 p. 1). En viktig skillnad med kumulerade domar blir dock att den nya påföljden skall verkställas separat. Härigenom kommer tidpunkten för verkställighetens fullbordan att flyttas fram jämfört med vad som gäller vid konsumtionsdom. Vid de icke frihetsberövande påföljderna kan en parallell verkställighet av olika påföljder av samma slag t.ex. innebära att prövotiden förlängs. Denna förlängning blir påtaglig om påföljden i dom 2 – tidsmässigt sett – utdöms lång tid efter dom 1, varigenom verkställigheten i det närmaste blir seriell.

6.3.3 Behandlingsargumentet

Ett annat återkommande argument – vilket egentligen består av två kombinerade skäl – som anförs för att beakta iterativa tillämpningssituationer som konkurrensfall vid påföljdsbestämning, är att parallella verkställigheter av olika behandlingsformer bör undvikas och att den dömdes återanpassning bör främjas i möjligaste mån.[69] Den intima kopplingen dessa skäl emellan föranleder mig att behandla dem gemensamt.

Argumentet går ut på att påföljdsbestämningen – och då främst *valet av påföljd* – bör anpassas till den dömdes förhållanden vid tidpunkten för den nya påföljden, vilket inte sällan medför att påföljdsvalet anpassas efter den tidigare påföljden, vilken redan verkställs. Principen om gemensamt straff bör sålunda omfatta även iterativa tillämpningssituationer.[70] Det torde inte fordra någon ansträngning för att inse att detta argument vilar på någon form av individualpreventiv grund. Utgångspunkten för resonemanget är att verkställighet av flera påföljder parallellt motverkar rehabilitering eller återanpassning. Jag tror att det är nödvändigt att betrakta denna motivering i ljuset av tidigare regleringar.

I diskussionen om motsvarande bestämmelser i SL återfinner man nämligen tydliga hänvisningar till individualpreventiva intressen. Utgångs-

[69] SOU 1956:55 s. 333 och 342, Beckman m.fl. 1971 s. 298, KBrB III s. 34:6 och 34:7 f.
[70] SOU 1956:55 s. 333 och KBrB III s. 34:6.

punkten var, som angivits tidigare, att man genom straffet bekämpade den brottsliges (objektiva) "samhällsfarlighet" eller (subjektiva) brottsliga vilja etc. Brottsligheten utgjorde ett symptom på en slags sjukdom och straffet betraktades mer eller mindre som en form av vård eller behandling. I kapitel 3 och 4 har jag redogjort för de skäl som tidigare åberopades för att principen om gemensamt straff skulle användas vid brottsflerhet. Flerfaldig brottslighet utan mellankommande dom ansågs ge uttryck för en lägre grad av "samhällsfarlighet" jämfört med att den tilltalade hade varit föremål för en mellankommande dom. Samma skäl ansågs göra sig gällande då den ådömda påföljden visserligen ådömts, men inte till fullo hade verkställts. En påföljd ansågs således inte ha haft förväntad effekt förrän gärningsmannen till fullo undergått straffet. I linje härmed var man beredd att utsträcka möjligheten att tillämpa principen om gemensamt straff till sådan brottslighet som låg i tiden efter den tidigare domen.[71] Tanken var att innan den dömde hade utsatts för hela den straffreaktion som den först avdömda brottsligheten bedömts kräva, så borde man beakta att den dömde inte var fullt "botad" eller varit underkastad vad som var nödvändigt för att häva "samhällsfarligheten".[72] Särskilda hänsyn skulle tas till om den ännu inte verkställda delen av straffet kunde ha inverkat på gärningsmannens benägenhet att begå nya brott.[73]

Även i ett ytterligare avseende gjorde sig rent individualpreventiva hänsyn gällande. Som redan har antytts var huvudregeln före BrB:s ikraftträdande att tidigare påföljder skulle undanröjas och ersättas med en ny gemensam påföljd. Om en person t.ex. först hade ådömts en villkorlig dom (dom 1) och därefter återfallit i brott, vilket förtjänade fängelse (dom 2), ansågs det leda till ogynnsamma resultat om dessa straff skulle sammanläggas. Det bedömdes vara lämpligare att i så fall undanröja dom 1 och ersätta denna med ett gemensamt fängelsestraff.[74] Ur strikt preventiv synvinkel är ju detta argument begripligt eftersom det synes innebära en skärpt syn på återfall. Likafullt strider det ju direkt mot det tidigare anförda skälet att man skulle beakta huruvida den dömde hade varit underkastad hela den reaktion som straffet innebar.[75]

Att principen om gemensamt straff bör tillämpas även om det är fråga om ny brottslighet efter tidigare dom (återfall) vidhölls i samband med

[71] Angående äldre rätt, se Förslag till Straff-Lag 1862 s. 9. Se vidare SOU 1923:9 s. 395 och Thyrén 1916 s. 12.
[72] SOU 1923:9 s. 395 och SOU 1937:24 s. 85 f.
[73] SOU 1937:24 s. 85.
[74] SOU 1937:24 s. 87.
[75] SLK uppmärksammade denna motsägelse, men nöjde sig med att konstatera att reglerna om iterativa tillämpningssituationer och återfallsbestämmelserna inte behövde utesluta varandras tillämpning, se SOU 1923:9 s. 395.

BrB:s tillkomst. I förarbetena till BrB framhölls att denna ordning är påkallad i syfte undvika att särskilda behandlingsformer samtidigt tillämpas mot samme person.[76] Varför verkställighet av olika påföljder skulle undvikas utvecklades emellertid inte närmare.

Vad som skulle kunna betraktas som ett skäl för att undvika parallell verkställighet av flera olika påföljder, är som diskuterats i avsnitt 3.5, att detta kan leda till att en av påföljderna helt absorberas av den andra. Härigenom kan man tänka sig att det ur ett proportionalitetsperspektiv framstår som orättfärdigt att verkställigheten av den tidigare påföljden pågår parallellt med den nya, eftersom detta i praktiken kan komma att innebära att någon verkställighet av den påföljd som utdömts i dom 1 inte kommer till stånd. Det budskap en sådan ordning kommunicerar är svårbegripligt, eftersom det i praktiken innebär att ny brottslighet efter dom kan medföra att den tidigare påföljden inte behöver verkställas. Dylika konflikter på verkställighetsstadiet talar i vart fall för att man måste ha en reglering för konkurrensproblem i de nu aktuella situationerna. Härmed blir skälen för att ha en konkurrenslära som omfattar iterativa tillämpningssituationer baserade på straffvärdeomständigheter och proportionalitet, vilket gör dem förenliga med de idag grundläggande principerna för påföljdsbestämning.

Utan att föregripa diskussionen i kapitel 8 skall jag redan nu framhålla att parallell verkställighet inte alltid behöver betyda att en av påföljderna i praktiken inte kommer att verkställas. Ett enkelt exempel härpå är två icke frihetsberövande påföljder som verkställs samtidigt. Ett annat exempel utgör den situationen att den dömde vid sidan av en icke frihetsberövande påföljd verkställer ett kortare fängelsestraff. Efter att den dömde friges från anstalten kan verkställigheten av den tidigare utdömda påföljden återupptas. Även om innehållet i en påföljd i stor utsträckning sätts ur spel genom parallell verkställighet, så är det inte säkert att detta innebär att den tidigare utdömda påföljden helt förlorar sin betydelse såsom samhällelig reaktion. Det hela beror på vilken syn man anlägger på återfallsbrottslighet samt vilken betydelse som tillmäts en pågående prövotid. Vid ny brottslighet efter tidigare dom kan det ju tänkas att det faktum att en prövotid löper påverkar valet av påföljd (BrB 30:4) eller leder till att straffmätningen skärps (BrB 29:4). Till detta återkommer jag i avsnitt 6.4.

[76] SOU 1956:55 s. 333 och 335. Förslaget godtogs utan vidare diskussion i Prop. 1962:10 C s. 390.

6.3.4 Kompetenskonfliktargumentet

Vid sidan av de nu diskuterade skälen *för* att ha särskilda bestämmelser om påföljdsbestämning i iterativa tillämpningssituationer kan uppmärksammas ett skäl som begränsar omfattningen av sådana regler. Det gäller intresset av att *undvika kompetenskonflikter* mellan olika beslutsfattande och verkställande organ.[77] Argumentet har främst anförts *mot* att de särskilda vårdpåföljderna i nuvarande BrB kap. 31 skall omfattas av regleringen i BrB kap. 34.

Som jag nämnt ovan är det, oavsett hur man väljer att reglera förhållandet mellan vård och kriminalvård, ofrånkomligt att konkurrenssituationer uppstår när olika påföljder utdöms i olika sammanhang och verkställigheten kommer att sammanträffa. För det fall att det finns risk för att kompetenskonflikter uppstår mellan olika verkställande myndigheter, bör enligt nu nämnda argument dessa konkurrenssituationer lämnas utanför regleringen. Konkurrensen skall i så fall lösas genom att påföljderna kumuleras, och om konkurrensproblem därefter uppkommer får de lösas på nivån för verkställighetskonkurrens.

Det är inte svårt att föreställa sig situationer, där olika påföljder som ådöms efter varandra resulterar i att olika myndigheter får kompetens att besluta om verkställighetens utformning och eventuella sanktioner i samband med misskötsamhet eller ändrade förhållanden, och situationer som innebär rena kollisioner mellan olika myndigheters beslut. Ett exempel är att en myndighet beslutar att viss vård skall komma till stånd och en annan myndighet beslutar att denna vård skall upphöra (kollision). Ett annat exempel på konkurrens mellan olika beslut kan vara den situationen att någon först ådömts en skyddstillsyn och därefter – i en senare dom – ådöms ett fängelsestraff från vilket han friges villkorligt. Den dömde skall enligt båda påföljderna ha en utsedd övervakare och tillhöra en frivårdsmyndighet som skall sörja för övervakningen och det stöd han behöver för att inte återfalla i brott. Ett tredje exempel är den situationen att någon ådöms flera icke frihetsberövande påföljder med olika förstärkande behandlingsinslag, t.ex. läkarvård, alkoholavvänjande behandling eller samhällstjänst. Med hänsyn till att den dömde kan åläggas att hålla kontakt med olika övervakare och frivårdsmyndigheter kan det tänkas att kompetenskonflikter uppkommer dessa myndigheter emellan. På samma sätt kan det tänkas att en frivårdsmyndighets åtgärder hamnar i konflikt med ett senare beslut om omhändertagande enligt BrB 28:11, anhållande eller häktning.

[77] Se bl.a. SOU 1956:55 s. 329, Prop. 1962:10 C s. 390 och KBrB III s. 34:8 f.

Även om konkurrens mellan olika verkställande organ kan medföra problem, som kan vara relevanta vid bedömningen av hur konkurrens vid påföljdsbestämning bör lösas, kan man likväl tänka sig att dessa problem och kompetenskonflikter regleras separat. Regler för samordning mellan olika frivårdsmyndigheter förekommer redan, vilka t.ex. möjliggör överflyttning av ansvaret för övervakning och liknande. Likaså finns bestämmelser för hur frivårdsmyndigheter skall agera för det fall att annan myndighets beslut påverkar möjligheten att verkställa den tidigare utdömda frivårdpåföljden.[78] Det är inte nödvändigt att behandla liknande kompetensproblem som påföljdsfrågor eller konkurrensproblem relaterade till påföljdsbestämningen som ju i allt väsentligt vilar på andra principer än tillgodoseendet av den dömdes återanpassning.

Om nu ett av syftena med konkurrensregleringen är att undvika kompetenskonflikter, och de särskilda vårdpåföljderna av denna anledning lämnades utanför tillämpningsområdet i BrB kap. 34, förefaller det märkligt att just dessa situationer har lämnats oreglerade även på planet för verkställighetskonkurrens. Som nämnts anges endast parentetiskt i brottsbalkskommentaren att man praktiskt sett få utgå från att verkställigheten av fängelse inom kriminalvården har företräde framför särskild vård. I övrigt saknas vägledning.

Slutsatsen av det ovan sagda blir att kompetenskonflikter mellan olika myndigheter i vissa fall kan betraktas som ett utslag av verkställighetskonkurrens. Sådana konflikter kan i första hand lösas inom ramen för verkställigheten, utan att det behöver påverka domstolens möjligheter att vid påföljdsbestämningen i ett mål (i erforderlig utsträckning) beakta tidigare domar. Om det inte är möjligt att lösa konflikter mellan olika myndigheters beslut på verkställighetsnivå – och påföljderna omöjligen kan verkställas samtidigt – måste det finnas en konkurrensreglering som löser dessa problem. Hur konkurrensen löses beror således på i vilken utsträckning som de olika påföljderna är möjliga att verkställa parallellt.

6.3.5 Intresset av en enhetlig reglering

Till sist skall i korthet beröras ett argument för den nuvarande regleringen som uppenbarligen spelade en roll i samband med utarbetandet av BrB kap. 34, nämligen intresset av en enhetlig reglering.

SLB framhöll att konkurrensregleringen beträffande de iterativa tillämpningssituationerna var komplex och i behov av justeringar. Däremot diskuterades aldrig ingående vari de egentliga problemen med regleringen

[78] Se t.ex. förordning (1988:642) om verkställighet av frivårdspåföljder 2:5, 2:8, 3:7, och 5:6.

bestod. I många avseenden förefaller man i såväl SLB som i Prop. 1962:10 ha tagit för givet att det blivande BrB kap. 34 främst utgjorde en redaktionell omarbetning av den då redan gällande konkurrensläran rörande iterativa tillämpningssituationer. I allt väsentligt skulle grundtankarna bakom 1938 års reform fortfarande gälla. Den då redan existerande principen om gemensamt straff skulle behållas och de övriga konkurrensbestämmelserna rörande iterativa tillämpningssituationer skulle endast anpassas till hur det nya påföljdssystemet hade utformats.[79]

Med anledning av att en rad nya påföljder hade utarbetats i förslaget ansågs det vara viktigt att enhetliga konkurrensbestämmelser skapades. Intresset av *samordning, enhetlighet och förenkling* motiverade en revidering av konkurrensregleringen, vilket också kom att få betydelse för hur bestämmelserna skulle utformas.[80] Olika regler som fanns utspridda i olika lagar sammanfördes därför till ett gemensamt kapitel och huvudprinciperna för bestämmelserna skulle – i möjligaste mån – göras tillämpliga på samtliga de påföljder som kapitlet skulle reglera. I motiven påpekades att detta skulle leda till att domstolar gavs stor valfrihet vid påföljdsbestämningen.[81] Intresset av en enhetlig reglering och enkelhet vid tillämpningen föranledde således att liten – eller ingen – vägledning lämnades för hur de olika situationerna skulle lösas, vilket i och för sig stod i samklang med såväl olika preventiva intressen som utformningen av de övriga påföljdsbestämningsreglerna.

Det bör emellertid inför den fortsatta redogörelsen noteras att en väsentlig förändring genomfördes beträffande utformningen av de olika lösningsalternativen. Som jag redan har nämnt gällde i de iterativa tillämpningssituationerna, fram till BrB:s ikraftträdande, att domstolen som huvudregel *skulle undanröja den tidigare domen* (dom 1) och ersätta den samlade brottsligheten med ett nytt straff.

I många avseenden kan detta uppfattas som en presumtion motsatt den som presenteras i BrB 34:1. Av nämnda paragraf framgår att domstolen främst skall bygga på den befintliga domen med eventuella tilläggspåföljder (BrB 34:1 st. 1 p. 1) eller döma särskilt för den nya brottsligheten (BrB 34:1 st. 1 p. 2). Undanröjande av den tidigare domen förutsätter numera dels att dom 1 har vunnit laga kraft, dels att det finns anledning att döma till påföljd av annan art. Enligt SL 4:3 uppställdes endast krav på laga kraft. Domstolen kunde således vid undanröjande på nytt utdöma en påföljd av samma slag som i den tidigare domen.

[79] SOU 1956:55 s. 315.
[80] SOU 1956:55 s. 327 och Prop. 1962:10 C s. 390.
[81] Prop. 1962:10 C s. 394 och 578 f. Se även KBrB III s. 34:8.

I praktiken innebar emellertid inte övergången från undanröjande som huvudregel till den nuvarande ordningen någon egentlig skillnad vad gäller resultatet av hur konkurrensproblemen löstes. Enligt den tidigare regleringen i SL kap. 4 var domstolen tvungen att beakta vad den dömde redan undergått till följd av den tidigare domen, varför även straffmätningen kunde korrigeras enligt asperationsprincipen. Härigenom kunde i allt väsentligt samma resultat uppnås som med dagens reglering i BrB kap. 34. Det är ju t.ex. ingen skillnad på att *å ena sidan* undanröja ett tidigare fängelsestraff och utdöma ett nytt gemensamt fängelsestraff, varvid domstolen räknar av vad de dömde redan har avtjänat av det första straffet och *å andra sidan* att låta det tidigare straffet kvarstå och utdöma ett nytt fängelsestraff för den nya brottsligheten utan att avräkning sker.

Det är dock viktigt att uppmärksamma att metoderna för att nå resultatet är väsentligt annorlunda. Med den äldre metoden förutsattes dels att straffvärdet hos det tidigare brottet kunde uppskattas, dels att man – för det fall att någon del av straffet hade verkställts – kunde värdera vad det resterande straffet skulle motsvara. Just frågor om avräkning samt strafftidberäkning (när det tidigare straffet skulle uppgå i det nya) föranledde stora praktiska svårigheter, vilka påkallade förenkling. Svårigheter uppstod inte minst i samband med förverkande av villkorligt medgiven frihet. Lösningen blev som angivits att domstolen i möjligaste utsträckning skall låta den tidigare påföljden kvarstå oförändrad och att korrigeringar görs vid bestämmandet av den nya påföljden. Endast om det önskade resultatet inte kan uppnås vid den nya påföljdsbestämningen skall domstolen undanröja den tidigare påföljden.

Det nu diskuterade argumentet om intresset av ett förenklat och enhetligt system har således i flera avseenden präglat *utformningen* av den nuvarande regleringen, även om det vad gäller reglernas materiella *innehåll* inte spelade någon självständig roll.

6.4 Om återfall

6.4.1 Inledning

De tillämpningssituationer som jag har beskrivit i detta kapitel kan omfatta brottslighet som är begången såväl före som efter den tidigare domen. Den brottsligheten som är hänförlig till tiden före tidigare domen har jag kallat *nyupptäckt*, vilket anspelar på att domstolen – vid tidpunkten för dom 1 – inte hade kännedom om denna brottslighet. Det gemensamma för dessa fall är att brottsligheten i tiden ligger före dom 1 och att det finns en – i vart fall teoretisk – möjlighet att åtalspunkterna skulle ha

handlagts i samma rättegång och därmed blivit föremål för en gemensam påföljdsbestämning.

Om brottsligheten däremot är begången efter den tidigare domen, kan den inte betraktas som nyupptäckt. Istället blir det fråga om ett *återfall*, vilket i flera avseenden kan komma att påverka påföljdsbestämningen och därmed också lösningar på konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer. Av denna anledning är det nödvändigt att säga något om hur det faktum att det är fråga om en återfallssituation kan påverka påföljdsbestämningen i dom 2 samt undersöka vilka skäl som ligger bakom regleringen. Det är att märka att återfallsregleringen inte är beroende av att BrB kap. 34 är tillämpligt.

En reservation skall inledningsvis göras. Det är nästintill omöjligt att säga något meningsfullt om återfall och dess betydelse på bara några få sidor. Detta gäller oavsett om man avser att göra en deskriptiv analys av gällande rätt eller säga något om de normativa överväganden som ligger – eller borde ligga – bakom regleringen. Skälet till detta är att frågeställningen är mycket komplicerad och beroende av vilken del av påföljdsbestämningen man diskuterar. Vidare försvåras analysen av att det, såväl i en historisk kontext som i den nutida diskussionen, finns en nästintill oöverskådlig litteratur i vilken olika – och sinsemellan oförenliga – uppfattningar finns representerade. Bestraffningsideologiskt hämtar återfallsregleringen sin motivering i olika ideologier eller teorier och varierande tankegods, vilket ger upphov till en splittrad bild.

Den följande framställningen inskränker sig till en kort sammanfattning av hur jag uppfattar att man i svensk rätt tillmäter tidigare brottslighet betydelse och vilka normativa överväganden som ligger till grund för den svenska regleringen. Jag har i framställningen tagit utgångspunkt i hur återfall är reglerat i lagtexten samt hur man i lagstiftningssammanhang har diskuterat hur förekomsten av tidigare brottslighet bör tillmätas betydelse.[82]

Inför den fortsatta framställningen tror jag att viss vägledning kan erhållas genom att man uppmärksammar

(1) dels att återfall kan ges betydelse på olika nivåer vid påföljdsbestämningen (straffmätningen och/eller val av påföljd),

(2) dels att återfall kan påverka olika delar av domen (utformningen av den nya domen och/eller verkställigheten av den tidigare domen),

[82] Se SOU 1986:14 s. 423 ff., Prop. 1987/88:120 s. 49 ff. och SOU 1995:91 kap. 7.

(3) dels kan motiveras av skäl som ger återfallet betydelse i olika riktningar (tillbakablickande och/eller framåtblickande).

Återfallsregleringen ges på detta sätt flera dimensioner, dels en dimension av *kvalitet/kvantitet*, dels en *prospektiv/retrospektiv* dimension.

6.4.2 Olika sätt varpå återfall kan påverka påföljdsbestämningen

Återfall i teknisk mening innebär att den tilltalade skall dömas för ny brottslighet begången efter det att han tidigare har lagförts för annan brottslighet.[83] När gärningsmannen döms för den nya brottsligheten skall påföljd bestämmas i enlighet med de allmänna påföljdsbestämningsreglerna, och för det fall att det är fråga om flerfaldig brottslighet vid det nya lagföringstillfället skall givetvis bestämmelserna som har diskuterats i kapitel 4 och 5 beaktas.

Vad som är diskutabelt är huruvida det faktum att gärningsmannen tidigare har dömts – och bestraffats – för brottslighet skall få påverka den nya påföljdsbestämningen. Om återfallet får påverka, måste vi kunna besvara dels *hur* detta får ske, dels *varför*.

Att tidigare brottslighet kan komma att påverka påföljdsbestämningen i dom 2 – samt att denna betydelse bitvis är avsevärd – torde inte vara kontroversiellt. Under senare tid har återfallsregleringen, på ett övergripande plan, främst diskuterats i två lagstiftningssammanhang. FSK berörde frågan om hur gärningsmannens tidigare brottslighet skulle tillmätas betydelse vid påföljdsbestämningen.[84] I den efterföljande propositionen redogjorde departementschefen för sin syn på frågan, vilken kom att läggas till grund för den nuvarande regleringen.[85] Därefter har Straffsystemkommittén redovisat sin uppfattning av gällande rätt, vilken i allt väsentligt överensstämmer med vad som hade sagts vid 1989 års påföljdsreform.[86] Det intryck som förmedlas av dessa produkter är att återfall kan ges betydelse som straffskärpande grund vid straffmätningen och påföljdsvalet i tre avseenden.

Den i särklass viktigaste funktionen har återfall som skäl för att be-

[83] Träskman påpekar helt riktigt att rekvisiten i BrB 29:4, 30:4 och 26:3 är olika utformade. Enligt BrB 26:3 förutsätts att den tilltalade *har dömts för brott* medan det enligt de två förstnämnda paragraferna är tillräckligt att den tilltalade *tidigare har gjort sig skyldig brott*. Skillnaden blir att det för tillämpligheten av BrB 29:4 och 30:4 är tillräckligt att den tilltalade har erhållit strafföreläggande eller åtalsunderlåtelse. Se Träskman 1999 s. 204.

[84] SOU 1986:14 s. 423 ff.

[85] Prop. 1987/88:120 s. 49 ff.

[86] SOU 1995:91 kap. 7.

stämma påföljden till fängelse. Av BrB 30:4 st. 2 framgår att domstolen, som skäl för att bestämma påföljden till fängelse, får beakta det förhållandet att den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till brott. Ett annat sätt att uttrycka detta är att säga att återfall kan utgöra ett skäl för att *inte* bestämma påföljden till en lindigare påföljd än fängelse (BrB 30:4 st. 1). Återfallet påverkar i detta avseende endast formen för hur påföljden i dom 2 skall bestämmas. Brottets svårhet uttrycks genom dess straffvärde.

Om gärningsmannen tidigare har dömts till fängelse kan vidare ny brottslighet, i en senare dom, påverka hur den tidigare påföljden skall verkställas genom att domstolen enligt BrB 34:4 beslutar att förverka tidigare villkorligt medgiven frihet. Min uppfattning är, som jag nämnde i avsnitt 6.2.1, att detta – i vart fall systematiskt sett – *inte* utgör en del i själva påföljdsbestämningen. Gärningsmannen är redan dömd till fängelse i dom 1. Ett förverkande av den villkorligt medgivna friheten påverkar endast frågan om hur denna påföljd skall verkställas. En annan sak är naturligtvis att detta i realiteten kan uppfattas som en skärpning av påföljden i dom 2.

Till sist kan återfall ges betydelse genom att domstolen i dom 2 *skärper straffmätningen* beträffande den nya brottsligheten. Förekomsten av tidigare brottslighet (i dom 1) fungerar här som ett skäl för att se strängare på den nya brottsligheten. Reglerna om straffskärpning finns i BrB 26:3 och BrB 29:4. Den förstnämnda regeln påverkar konstruktionen av straffskala på abstrakt nivå, medan den andra anger förutsättningar för när den konkreta straffmätningen kan komma att skärpas. Även dessa bestämmelser påverkar endast påföljdsbestämningen för den brottslighet som gärningsmannen döms för i dom 2. Den tidigare domen påverkas inte av återfallet utan har endast betydelse som rättsfaktum. Bestämmelsen i BrB 29:4 tillkom i strid med vad FSK hade förslagit och fungerar som ett slags ventil för domstolar så att de kan beakta återfallet i sådana situationer där tidigare brottslighet inte har kunnat beaktas vid valet av påföljd eller i samband med förverkande av villkorligt medgiven frihet.[87] Bestämmelsen är avsedd att tillämpas restriktivt och av lagtexten framgår uttryckligen att möjligheten att skärpa straffmätningen är subsidiär till möjligheten till att beakta återfallet vid påföljdsvalet eller vid beslut om

[87] Departementschefen angav som exempel då bestämmelsen kunde komma till användning bl.a. (1) vid bötesbrottslighet (då påföljdsval eller förverkande av villkorlig frihet inte kan påverkas) antingen som ett sätt att öka antalet dagsböter eller som ett sätt att övergå från böter till fängelse, (2) i situationer där förverkande av villkorligt medgiven frihet inte kan komma ifråga, och (3) i situationer där återfallets betydelse inte har uttömts genom beaktande vid valet av påföljd (t.ex. därför att skälen för fängelse är starka på annan grund eller om den tid som återstår att förverka är alltför kort som extra sanktion), se Prop. 1987/88:120 s. 57 f. och 88 f.

förverkande av villkorligt medgiven frihet.[88] Det finns således en prioritetsordning för hur återfallet kan komma att påverka påföljdsbestämningen.

Att påföljden skärps på grund av återfall behöver inte enbart komma till uttryck i antalet dagsböter eller längden på fängelsestraffet. I de situationer där domstolen har funnit att påföljden skall bestämmas till en icke frihetsberövande påföljd kan återfallet ges betydelse som skäl för att kombinera påföljden med olika former av skärpande inslag. I ett flera bestämmelser nämns "återfall" eller "den tilltalades tidigare brottslighet" som skäl för att förena påföljden med böter eller olika föreskrifter (BrB 30:10, BrB 31:1 st. 3, 31:3 st. 3). I andra situationer framgår det indirekt av påföljdsbestämningens systematik att återfallet kan föranleda att en påföljd förstärks. Ett exempel är att återfallet vid valet av påföljd – i sig – med tillräcklig styrka har talat för påföljden bör bestämmas till fängelse, men domstolen därefter har funnit att det är möjligt att bryta tillbaka presumtionen genom att förena en icke frihetsberövande påföljd med t.ex. samhällstjänst, 28:3-fängelse eller föreskrift om kontraktsvård (BrB 30:7 st. 2, 30:9 st. 2 p. 4 och 30:11). I en sådan situation är det den tidigare brottligheten som påkallar skärpningen.

Återfall kan vidare få betydelse för påföljdsbestämningen genom att förekomsten av tidigare brottslighet läggs till grund för t.ex. risk- eller farlighetsbedömningar och bedömningar rörande behov av stödåtgärder. De mest påtagliga exemplet härpå är valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn.[89] Det är omtvistat huruvida de prognostiska rekvisiten i BrB 30:7 och 30:9 verkligen är att uppfatta som en uppmaning för domstolen att göra en prognos rörande återfallsrisken eller om tidigare brottslighet istället skall utgöra en grund för en bedömning av om den dömde är i behov av stöd- eller hjälpåtgärder. Bl.a. Jareborg framhåller att valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn numera innehåller en ytterst utunnad form av individualprevention.[90] Victor går ännu längre:

> "Att individualpreventiva intressen kan förenas med likabehandling och förutsebarhet trots svårigheterna att göra prognoser i enskilda fall beror på att vi ändå har omfattande kunskaper om sambandet mellan brottslighet

[88] Det är oklart i vilken utsträckning som domstolar använder sig av möjligheten att skärpa straffmätningen enligt BrB 29:4, se Borgeke 2004 s. 891 och Jareborg & Zila 2000 s. 130. I Prop. 1987/88:120 angavs att användning av bestämmelsen, förutom att utjämna ojämnheter i rättstillämpningen, endast skulle komma ifråga om återfallssituationen framstod som *särskilt anmärkningsvärd*, se Prop. 1987/88:120 s. 89.

[89] Andra bestämmelser som innehåller återfall som rätts- eller bevisfaktum och som bygger på någon form av prognos om behov av vård, stöd eller farlighet är BrB 31:3 st. 2 och 3 och 26:15.

[90] Se Jareborg 1992 s. 172 och Jareborg & Zila 2000 s. 145 f.

och olika former av sociala och personliga faktorer på ett generellt plan. Vi vet mycket väl att det är en stark korrelation mellan antalet tidigare begångna brott och risken för återfall."[91]

Om en icke frihetsberövande påföljd skall väljas kan det finnas ett intresse av att anpassa påföljden till den dömdes behov i så stor utsträckning som möjligt. Läkarvård, alkohol- och narkotikaavvänjning etc. kan vara åtgärder som anses behövas för att hjälpa den dömde. Återfall är en av de bästa indikatorerna (även om den i sig inte är särskilt god) på att den dömde behöver hjälp att själv ändra sitt liv.

I andra fall, som t.ex. vid farlighetsbedömningar av psykiskt sjuka lagöverträdare, är det kanske befogat att beakta tidigare brottslighet när man bedömer dennes framtida farlighet (särskild utskrivningsprövning).

Vad som nu har redovisats utgör i princip en sammanfattning av de situationer, där lagstiftaren i olika sammanhang har angivit att återfall skall få spela roll vid påföljdsbestämningen. Med hänsyn till att det är mycket omtvistat huruvida återfall eller tidigare brottslighet överhuvudtaget skall få tillmätas någon betydelse vid påföljdsbestämningen, bör man uppfatta uppräkningen som nära nog uttömmande. Det bör uppmärksammas att i de redogörelser som har lämnats från lagstiftarhåll har ingenting sagts om konkurrensregleringen rörande de iterativa tillämpningssituationerna.

6.4.3 Olika sätt att förklara återfallets betydelse

6.4.3.1 Straffskärpning på grund av särskild attityd

Av det sagda framgår *att* och *hur* tidigare brottslighet kan komma att spela roll vid påföljdsbestämningen. Vad som återstår är således att förklara *varför* det anses att så bör vara fallet.

För det fall att man utgår från någon form av rättvisekonception som bygger på proportionalitet och billighet måste man kunna motivera att det nya brottet blir mer straffvärt eller att gärningsmannen blir mer straffvärdig på grund av den tidigare brottsligheten. Alternativet är att

[91] Victor 1999 s. 142. Som nämnts i avsnitt 3.4.3.2 anser Victor att individualpreventivt färgade rekvisit kan utgöra normskäl utan att de för den skull medför att domarens beslut i det enskilda fallet bygger på en prognos. Beträffande valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn framgår av HD:s resonemang i NJA 2000 s. 314 att kriterierna i BrB 30:7 och 30:9 är utformade på så sätt att respektive påföljd endast är utesluten i vissa särskilda fall. I många fall föreligger möjlighet att bestämma påföljden till såväl villkorlig dom som skyddstillsyn. På grund av att tillämpningsområdena överlappar varandra kan olika lämplighetsöverväganden läggas till grund för påföljdsvalet, t.ex. intresset av att undvika fängelsestraff. Av det sagda följer att det endast är i vissa fall som rena prognoser styr valet av påföljd.

hävda att straffskärpningen motiveras av olika brottspreventiva behov. Inte i något av fallen är det alldeles enkelt att förklara varför återfallet skall ges en sådan betydelse.

Det finns olika inriktningar av hur straffskärpningen motiveras beroende på om man försöker inordna återfall som en faktor som påverkar värderingen av själva gärningen (straffvärdet) eller om återfall manifesterar något självständigt som i sig förtjänar bestraffning.

Ett vanligt sätt att motivera strängare bestraffning vid återfall är att ny brottslighet uppfattas som ett uttryck för en viss attityd, vilken – i sig – medför att gärningsmannen bör bestraffas strängare. Den dömde har genom att återfalla visat att han inte har tagit intryck eller lärdom av det tidigare straffet. Motiveringen förekommer i två varianter.

(a) Den första varianten innebär att gärningsmannen är mer straffvärdig därför att återfallet uppfattas som ett uttryck för *trots* eller *olydnad*. Genom att fortsätta begå brott visar gärningsmannen att han inte låter sig rättas av straffrättsliga sanktioner, varför återfallet utvisar ett behov av större avskräckning i syfte att uppnå lydnad.[92] Räcker det inte med avskräckning, kan gärningsmannen behöva oskadliggöras. Liknande uppfattningar är väl förenliga med vad Jareborg kallar den primitiva brottsideologin och olika former av preventiva bestraffningsideologier.[93]

Argumenten mot att låta återfall på denna grund utgöra skäl för en strängare bestraffning är starka. Man kan konstatera att en attityd i form av olydnad eller trots främst är dispositionell och inte nödvändigtvis episodisk. Den uttrycker något om gärningsmannens karaktär, men säger inget om hans attityd som den kommer till uttryck i den enskilda gärningen. Såtillvida kan den inte påverka skuldsidan i en straffvärdebedömning.[94] Man kan för övrigt fråga sig om det egentligen – i sig – ligger något klandervärt i att bryta mot lagen. Det är diskutabelt om det prima facie finns en skyldighet att följa lagar annat än på en mycket övergripande nivå.[95] Men om man kränker de intressen, värden m.m. som skyd-

[92] Se t.ex. SOU 1995:91 s. 181.

[93] Angående brottsideologier och den primitiva uppfattningen, se Jareborg 1992 s. 98 f. Beträffande bestraffningsideologier kan man konstatera att hårdare bestraffning av upprepad brottslighet är förenlig med såväl allmänprevention som individualprevention i form av avskräckning och inkapacitering. Angående olika former av argument för straffskärpning vid återfall på preventiv grund, se Ashworth 2000 s. 163 ff.

[94] Asp & von Hirsch 1999 s. 159 f. och Fletcher 2000 s. 463 ff.

[95] Raz 1986 kap. 2–4. Att följa lagar innebär visserligen att man har ett avgörande skäl att handla på ett visst sätt. Likaså kan en skyldighet indicera att det finns någon eller något som man är skyldig att lyda eller respektera. Oavsett om det finns en prima facie skyldighet att följa lagar, torde man kunna säga att det finns en moralisk skyldighet att respektera de värden och intressen som lagstiftningen skyddar och att det finns ett grundläggande moraliskt värde i att efterleva normer i syfte att möjliggöra mänsklig samlevnad.

das av en kriminalisering, så förtjänar man klander i förhållande till den skada som man har åstadkommit.

Inte heller vad gäller skadesidan är återfallet av primär betydelse. Gärningsmannen kränker det intresse som kriminaliseringen avser att skydda (t.ex. fysisk integritet, enskilds förmögenhet, allmän ordning etc.). Straffvärdet kan inte påverkas av att gärningsmannen tidigare har begått brott.[96] Om man hävdar motsatsen kommer antingen – som bl.a. Ashworth påpekar – bestraffningen av recidivister att innebära en dubbelbestraffning av brotten[97] eller så måste man formulera ett straffrättsligt skadebegrepp, som omfattar aggregerade skadeverkningar på samhället sett som en gemenskap eller normordning som hotas av blotta förekomsten av brott.[98]

Vidare utgör bestraffning av attityder i form av olydnad ett uttryck för en form av paternalism. Brottslingen betraktas som ett barn eller djur som inte lyder. Som flera författare har påvisat är det emellertid oriktigt att likna den statliga myndighetsutövning som bestraffning innebär vid uppfostring.[99] Man kan för övrigt fråga sig gentemot vem gärningsmannen har visat olydnad. Är det mot offret, samhället i stort, rättsordningen, lagstiftaren, alla medmänniskor etc.? Flera författare har påpekat att trotset eller olydnaden vanligtvis är sekundärt som handlingsskäl.[100] För att trots eller olydnad skall bli en relevant omständighet förutsätts att det finns någon att visa olydnad mot. Idéer om en härskare (i konkret eller abstrakt form), vilken trotsas genom att någon fortsätter att begå brott får idag betraktas som övergivna. Därmed inte sagt att det ibland förekommer liknande resonemang i domstolar.

(b) Enligt den andra varianten läggs inte huvudsaklig vikt vid gärningsmannens manifesterade olydnad eller trots, utan istället vid dennes likgiltighet inför "lagen" såsom normordning. Skillnaden mellan detta synsätt

---

Lacey diskuterar också frågan om det finns en skyldighet (*obligation*) att följa lagen, se Lacey 1988 kap. 6.

[96] Jareborg nämner att skadan kan vara att anse som större om gärningsmannen genom sina återfall inriktar sig på ett visst offer. Det nya brottet (som i sig kan vara relativt lindrigt) framstår då i ljuset av den tidigare brottligheten som en allvarligare kränkning. Det faktum att gärningsmannen utnyttjar en person som (han vet) tidigare har utsatts för brott och därför är mer utsatt leder till en större kränkning. Inslaget av förföljelse kan uppfattas som en brottsextern försvårande omständighet. Det är inte återfallet i sig som påverkar straffmätningen. Det är istället gärningsmannens objektiva kränkning kombinerad med dennes avsikter och motiv som förhöjer straffvärdet. Detta aktualiseras vid olika former av trakasserier eller förföljelser. Se Jareborg & Zila 2000 s. 72 not 37.

[97] Ashworth 2000 s. 162.

[98] Angående begreppet *gemenskapsskada*, se Lernestedt s. 190 ff.

[99] Garland 1990 s. 183, Jareborg 1992 s. 109 och Fletcher 2000 s. 465.

[100] Wasik & von Hirsch 1994 s. 414 och Asp & von Hirsch 1999 s. 159.

och det nyss behandlade ligger främst i att man har höjt abstraktionsnivån från att avse trots mot någon/några (lagstiftaren, domstolen, "makten") till att avse ett avståndstagande från de värden och intressen som skyddas av rättsordningen.[101]

Att fokusera på gärningsmannens attityd i detta avseende förutsätter att man kan förklara varför denna attityd skall bestraffas särskilt. Normalt torde förklaringen hämtas ur vad Jareborg har kallat den kollektivistiska brottsideologin, vilken utgår från att vad som gör ett brott förkastligt är att det utgör ett angrepp på hela normordningen som ett slags abstrakt entitet.[102] Att begå brott innebär ett angrepp på normordningen, och återfall ger uttryck för en mer uttalad likgiltighet, vilken utgör ett hot mot straffsystemet (och hela samhället).[103] Problemet med denna uppfattning är liksom beträffande den andra typen av olydnad att det saknas grund för att anta att en gärningsman som återfaller uttrycker någon form av likgiltighet mot de värden och intressen som skyddas av rättsordningen utöver det intresse som han faktiskt har kränkt. Det enda som rimligtvis kan vara av intresse, när vi frågar vad gärningsmannen har varit likgiltig inför, är den följd som beskrivs i brottsbeskrivningen.[104] Gärningsmannens likgiltighet riktar sig följaktligen mot de värden och intressen som skyddas av lagstiftningen, inte mot normordningen som en entitet.

Det viktiga med denna kritik ligger i insikten att samhällen inte fungerar som en liten social och moralisk grupp (motsvarande en familj eller liknande) i vilken det finns moralregler som säger att vi kan reagera på en viss typ av antisocialt beteende.[105] Duff påpekar att bestraffning inte innebär någon moralisk utbildning. Den som väljer att inte ta ledning av det faktum att samhället har klandrat honom för tidigare beteende är i sin fulla rätt att göra detta. Således kan man inte öka bestraffningen på grund av att någon väljer att inte lyda.[106] Att bestraffa vissa brottslingar hårdare enbart på grund av återfall tenderar i vissa fall att utgöra bestraffning för livsföringsskuld (tänk t.ex. på narkotikabrottslingar, utslagna som stjäl mat, hemlösa som bor i bilar och döms för olovlig körning).[107]

[101] Se t.ex. Jescheck & Weigend 1996 s. 892 och Streng 2002 s. 236 f.
[102] Jareborg 1992 s. 99 f. Se även Duff 2001 s. 168.
[103] SOU 1995:91 s. 181.
[104] Denna syn överensstämmer med den brottsideologi som Jareborg benämner den radikala, se Jareborg 1992 s. 102 f.
[105] Fletcher 2000 s. 465.
[106] Duff 2001 s. 122 och 168.
[107] Se även Lappi-Säppälä 1992 s. 18.

6.4.3.2 Återfallsskärpning som led i behandling

Ett annat sätt att förklara varför återfall skall beaktas vid påföljdsbestämningen bygger på en annan form av paternalism än den som har diskuterats ovan. Vad som utmärker denna förklaring är att den inte innebär att *gärningen* är att uppfatta som mer straffvärd utan istället hänför sig till *gärningsmannen* och dennes straffvärdighet.

Utgångspunkten är att återfallet utvisar att det tidigare straffet har misslyckats och följaktligen inte varit tillräckligt för att korrigera den grad av antisocialitet som gärningsmannen har uppvisat, varför det behövs en annan reaktion.[108] En intressant skillnad mellan detta synsätt och de ovan diskuterade likgiltighets- eller olydnadsargumenten är att med den nu aktuella förklaringsmodellen behöver bestraffningen inte nödvändigtvis bli strängare. Däremot bör den bli annorlunda. Det faktum att gärningsmannen har återfallit tas till intäkt för att gärningsmannen tidigare inte har erhållit en adekvat reaktion. Detta synsätt är präglat av ett mer individualpreventivt synsätt. Gärningsmannens brottslighet ses mer som ett uttryck för ett tillstånd som bör behandlas än som en attityd som bör bestraffas. Med denna förklaringsmodell betraktas den dömde som farlig eller antisocial, vilket utgör ett tillstånd som bör oskadliggöras. Utifrån detta synsätt kan återfall användas som ett skäl för att korrigera den tidigare påföljden, antingen genom ytterligare behandling eller genom inkapacitering av brottslingen.[109]

Även det nu redovisade synsättet är problematiskt. Att likna bestraffning vid behandling eller vård leder till att brottslighet betraktas som uttryck för någon form av sjukdom som måste botas.[110] Detta förutsätter att påföljdssystemet är öppet för att kunna korrigera tidigare påföljder, då ny brottslighet aktualiseras, och reagera annorlunda (oftast hårdare) vid den nya bestraffningen. Att bedöma farligheten eller graden av antisocia-

[108] SOU 1953:14 s. 141 f. och Vestergaard 1976 s. 300.

[109] Det kan ifrågasättas om det är acceptabelt att kategorisera vissa brottslingar som "farliga" och dessutom så farliga att de bör särbehandlas genom att utestängas från samhället. Duff diskuterar frågan och finner att det i praktiken kan tänkas vara rättfärdigat, men att det finns flera principiella frågetecken, se Duff 2001 s. 170 ff. För svenskt vidkommande kan det sägas att man tangerar gränsen för denna typ av kategoriseringar i samband med överlämnande till rättspsykiatrisk vård med särskild utskrivningsprövning. Mot att detta utgör ett problem talar det faktum att särbehandlingen vilar på att den dömde anses sakna ansvarsförmåga samt att återfallet inte ensamt avgör farlighetsbedömningen. I en statlig utredning har nyligen föreslagits att ett restriktivt krav på tillräknelighet skall (åter)införas som brottsrekvisit och att personer som anses vara otillräkneliga istället för att straffas (och klandras) skall kunna blir föremål för samhällsskyddsåtgärder. Behovet av samhällsskydd baseras på en bedömning av risken för återfall i allvarlig brottslighet. Se närmare SOU 2002:3 s. 245 ff. och 276 ff.

[110] Se bl.a. Hagströmer 1901–1905 s. 515 ff.

litet förutsätter att denna kan mätas. Normalt uppskattas graden av farlighet genom att den dömdes tidigare brottslighet tillåts utgöra en indikation på att gärningsmannen kommer att begå brott i framtiden och att andra medborgare måste skyddas mot detta.[111] Därmed anses det vara befogat att ändra eller skärpa påföljden och i vissa fall t.o.m. inkapacitera brottslingar i syfte att förhindra dem från att begå ytterligare brott.

Att klassificera brottslingar som farliga eller sjuka leder ofta till att man begagnar sig av olika former av karaktärsbedömningar, varvid vissa personer anses vara i behov av vård och andra inte. Det ligger vidare nära till hands att betrakta straffet som en terapi som skall bota gärningsmannen. Om brottslighet uppfattas som uttryck för något abnormt kan det ju tänkas att gärningsmannen är mindre straffvärdig, om han inte till fullo har undergått den behandling eller reaktion som straffet innebär. Innan detta har skett är han följaktligen inte botad och således inte fullt straffvärdig. Ett sådant synsätt präglade i många avseenden Thyréns och Hagströmers uppfattningar av hur återfall skulle tillmätas betydelse.[112] Härigenom uppstår ett för vår problematik relevant tidsintervall som inleds med den tidigare domen och avslutas med att påföljden till fullo har verkställts.[113] Under denna period finns skäl att reagera på återfallet med en annorlunda (ofta strängare) påföljd och samtidigt ha viss förståelse för att gärningsmannen inte till fullo har varit underkastad den behandling som ansetts vara erforderlig (för att utrota den dömdes brottsliga viljebeskaffenhet etc.).[114]

En naturlig följd av detta synsätt blir att straffmätningen skall påverkas, men att ett brott begånget under verkställighet av ett tidigare straff ingalunda måste uppfattas som lika svårt som ett brott begånget efter att verkställigheten har avslutas.[115] Vad däremot gäller valet av påföljd, så bör

[111] Zedner 2004 s. 94 och Fletcher 2000 s. 339.

[112] Huruvida man med Hagströmers syn skulle uppfatta samhällsfarligheten som en omständighet hänförlig till gärningsmannens skuld eller som en särskild form av objektiv egenskap hos brottet går att diskutera, se Hagström 1901–1905 s. 537. Oavsett vilket, så var det återfallsbrottet som påkallade strängare bestraffning, vilket ledde till att återfallet behandlades inom ramen för den brottsliga *gärningen*. Med Thyréns mer individualpreventiva synsätt fokuserades i större utsträckning på påföljdsbestämningen och därmed på *gärningsmannen* och dennes behov av behandling, se Victor 1976 s. 251 f.

[113] Hagströmer skilde mellan den situationen att den dömde har verkställt sitt straff (återfall i *inskränkt mening*) och situationen att den dömde ännu inte undergått hela straffreaktionen (återfall i *vidsträckt mening*), se Hagströmer 1901–1905 s. 514 f.

[114] Jfr dock Stjernberg som var kritisk till ett samband mellan graden av samhällsfarlighet och frågan om det tidigare straffet hade verkställts eller inte. Stjernberg 1935 s. 130 ff.

[115] Intressant i sammanhanget är att med detta resonemang blir ett återfall mer straffvärt ju längre tid som har passerat efter den tidigare domen. Detta är en uppfattning, om vilken betydelse tiden mellan domen och den nya brottsligheten skall ges, som är direkt motsatt den som gäller idag: ju kortare tid efter tidigare dom som ett återfall sker, desto mer relevant anses det vara.

detta ofta leda till en annorlunda och mer ingripande reaktion i syfte att tydligare korrigera den dömde.

Oavsett om vi lägger återfall till grund för en prognos om gärningsmannens behov av vård för att undvika ny brottslighet eller en ren farlighetsbedömning, består problemen i att varken återfallsrisk eller farlighet går att mäta, i vart fall inte med någon större precision. Vi kan inte med någon större säkerhet förutsäga vilka som kommer att begå brott i framtiden.[116] Trots att man sedan länge har haft en mycket stark tilltro till prognoser av framtida "farlighet" och att man i och för sig vet att det finns en viss korrelation mellan tidigare brottslighet och framtida återfall, så kommer alla prognoser att peka ut s.k. falska positiva, dvs. felaktigt förutsäga att vissa personer kommer att begå brott. Likaså kommer det att finnas ett stort antal personer som är s.k. falska negativa, vilka kommer att begå brott trots förutsägelse om motsatsen.[117]

Därutöver kan man fråga varför ett nytt brott skall bestraffas annorlunda på grund av att gärningsmannen tidigare är straffad. Vad är det egentligen som har misslyckats med den tidigare bestraffningen?[118] Vad får oss att tro att det finns ett samband mellan å ena sidan den tidigare brottsligheten och det straff som utdömts i dom 1 och å andra sidan den nya brottsligheten och det straff som skall utdömas i dom 2? Förespråkare för de relativa straffteorierna kan visserligen hävda att bestraffningen skall ske i syfte att förhindra framtida brott och att det därför är berättigat att göra en samlad bedömning av gärningsmannens tidigare brottslighet och den nya. Den viktiga slutsatsen av detta är att med en starkt behandlingsinriktad syn på återfallets betydelse, så kan man motivera att återfall under pågående verkställighet kan spela en marginell roll för straffmätningen men ha en avgörande betydelse för valet av påföljd.

Men om man inte tillerkänner dessa teorier någon avgörande betydelse vid påföljdsbestämningen, står det klart att prognoser om framtida brotts-

[116] Se bl.a. von Hirsch 2000 s. 98 ff. och Tonry 1998 s. 132 ff. Jfr Morris 1982 s. 184 f. och Morris 1998a s. 107 ff.

[117] Som Träskman påpekar är vi utlämnade till statistik när vi diskuterar återfall. Hur många som de facto återfaller har vi av naturliga skäl ingen uppfattning om. Av det registrerade återfallet vet vi emellertid att majoriteten *inte* återfaller samt att en mindre grupp begår något enstaka brott efter tidigare lagföring. De som begår många brott och återfaller ett flertal gånger utgör en relativt liten grupp. Se närmare Träskman 1999 s. 202 f. Se även Zedner 2004 s. 94.

[118] Se Garlands träffande jämförelse med att mäta sjukvårdens effektivitet i termer av hur många som botas. På samma sätt som orsaken till nya sjukdomar inte beror på den vård som läkare behandlat tidigare sjukdomar med, kan inte ett straffs effektivitet mätas utifrån huruvida någon har återfallit. Se Garland 1990 s. 165 f. Vad som är av intresse är ju huruvida den tidigare vården/det tidigare straffet utgjorde en lämplig behandling/bestraffning av den tidigare sjukdomen/brottet.

lighet inte kan utgöra grund för en strängare bestraffning. När vi bestraffar måste vi fråga oss om straffet har utgjort en rättvis reaktion på vad den dömde har gjort och inte huruvida påföljden har bidragit till att minska framtida brottslighet.

I det svenska påföljdssystemet, som bygger på proportionalitet och humanitet, kan de nu diskuterade preventiva argumenten inte tillåtas spela en större roll än vad undantagsbestämmelserna om straffskärpning på grund av återfall medger.

6.4.3.3 Återfallsskärpning som konsekvens av en privilegieringsmodell

Vid sidan av de nu diskuterade straffskärpningsgrunderna och det individualpreventiva behandlingsargumentet finns det en möjlighet låta tidigare brottslighet påverka påföljdsbestämningen, utan att det uppfattas som straffskärpning eller som ett led i en pågående behandling. Resonemanget avser endast påföljdsvalet och bygger på att man vänder på perspektivet och utgår från att *alla* dömda – inom vissa gränser – vid de första lagföringstillfällena privilegieras och ådöms en lindrigare påföljd. Därefter kommer ny brottslighet gradvis att medföra att skälen för att privilegiera blir svagare.

Skälet för att visa tolerans vid det första brottet (eller de första brotten) bygger på ett etiskt ställningstagande, vilket formuleras i två led. Utgångspunkten är att man bör ha en viss förståelse för att mänsklig svaghet kan leda till att man ibland begår brott och att man bör visa respekt för att den dömde (såvitt är känt) tidigare har utövat viss självkontroll genom att inte begå brott.[119] Insikten om att det är mänskligt att ibland fela ger på detta sätt utrymme för en viss tolerans. Att det är befogat att visa tolerans bygger i sin tur på att man utgår från att gärningsmannen är kapabel att ta till sig det klander som domen uttrycker. Det klander som brottet förtjänar behöver inte omedelbart uttryckas i form av det lidande som framgår av straffmätningen. Vid bestraffningen av det första brottet (eller de första brotten) ger vi gärningsmannen en chans att visa att han har förstått det kommunicerade klandret. Den grundläggande tanken bakom denna tolerans är ett antagande att gärningsmannen skall behandlas som en moraliskt ansvarig person som vi – med Duffs formulering – skall behandla som "a fellow member of the normative community".[120] Denna förklaringsmodell utgör vad von Hirsch kallar *toleransteorin*.[121]

[119] von Hirsch 2001 s. 71.
[120] Duff 2001 s. 169.
[121] Se närmare von Hirsch 1985 s. 77 ff. och von Hirsch 2001 s. 71 ff. och 89 ff.

Som jag har diskuterat i avsnitt 3.4 stämmer en sådan privilegieringsmodell väl överens med humanitetsprincipen och den presumtion mot fängelse som finns i BrB 30:4 st. 1. Utgångspunkten är således att domstolen i möjligaste mån skall undvika fängelse och välja en icke frihetsberövande påföljd såvida inte straffvärdet, tidigare brottslighet eller brottslighetens art talar häremot (BrB 30:4 st. 2). Genom att förlägga gränsen för när straffvärdet (självständigt) talar för att påföljden bör bestämmas till fängelse vid omkring 1 år kan (om straffvärdet underskrider denna gräns) endast brottslighetens art och – efter hand – det faktum att det är fråga om återfall tala för att påföljden bör bestämmas till fängelse. Återfallet kommer således gradvis att medföra att skälen för att privilegiera den dömde vid påföljdsvalet blir svagare. Genom att ny brottslighet aktualiseras visar gärningsmannen att det inte var okaraktäristiskt av honom att begå brott (i den bemärkelsen att det var fråga om felsteg) samt att han i vart fall inte har gjort någon ansträngning för att förtjäna förståelse för det mänskliga i att göra misstag (vilka i dessa fall består i brott). Till slut upphör förståelsen helt. Gärningsmannen visar efter hand att han inte förtjänar att särbehandlas, varför "det riktiga" straffet utdöms.[122]

Huruvida toleransteorin som förklaringsmodell är förenlig med den svenska återfallsregleringen och proportionalitetsideologin (i strikt bemärkelse) har ifrågasatts. Träskman har påpekat att lagstiftaren förmodligen inte har avsett att återfallsregleringen skall vila på denna – i sig sympatiska – tanke med avtagande tolerans.[123] Enligt Träskman talar mycket för att inte heller praxis alltid uppfattar att återfallsregeringen vilar på en toleransteori. Därutöver ifrågasätter han om den verkligen överensstämmer med det allmänna rättsmedvetandet. Träskman framhåller till sist att det inte är särskilt stor skillnad mellan toleransteorin och "den manifesta olydnaden" annat än att de närmar sig problemet från motsatta håll (dvs. strängare bestraffning på grund av olydnad eller trots är detsamma som att samhället efterhand har minskad anledning att visa tolerans).

Enligt min uppfattning finns det emellertid vissa påtagliga skillnader mellan toleransteorin och den manifesta olydnaden. För det första finns

[122] Som en konsekvens av att återfall ges betydelse vid valet av påföljd (BrB 30:4 st. 2) kan återfall komma att innebära att en icke frihetsberövande påföljd måste skärpas. Det blir så att säga en konsekvens av att humanitetsprincipen inte kan utsträckas hur långt som helst. Även om man i största möjliga mån vill undvika fängelsestraff kan straffvärdet, brottslighetens art och återfall behöva markeras genom att en icke frihetsberövande påföljd förenas med böter eller kortare fängelsestraff (se bl.a. BrB 30:10–11). Genom att på detta sätt förena en skyddstillsyn med förstärkande inslag, kan man undvika att använda fängelse. Detta kan ses som ett sätt att minska tröskeleffekten vid 1 års fängelse och är således helt förenligt med såväl proportionalitets- som humanitetsprincipen.

[123] Träskman 1999 s. 214 ff.

det en skillnad i etiskt angreppssätt. Om utgångspunkten är att man skall betrakta människor som moraliskt ansvariga agenter – vilka är kapabla att ta till sig klander – och att det är mänskligt att begå misstag, tvingar man domstolen att i sin argumentation ange skäl för varför man inte längre skall visa humanitet och upprätthålla huvudregeln om privilegiering. Tar man den motsatta utgångspunkten finns inte motsvarande krav. Man utgår så att säga från att olydnad är ett relevant begrepp. Skillnaden visar sig i att man angriper problemet från olika håll.

För det andra innebär toleransteorin – vilket Träskman också uppmärksammar – att straffet aldrig kan bli strängare än det utmätta straffvärdet hos den (i målet) aktuella brottsligheten.[124] Det finns således en gräns för hur stor betydelse återfallet får spela. Eftersom såväl BrB 30:4 som 34:4 endast befattar sig med påföljdsvalet respektive verkställigheten av en tidigare utdömd påföljd, kan inte straffet skärpas på annat sätt än att det faktiskt utmätta straffet verkställs i form av fängelse. Tar man sin utgångspunkt i den manifesta olydnaden finns inte motsvarande begränsningar.

Vad jag nu diskuterar är de normativa skäl utifrån vilka man kan rekonstruera återfallsregleringen. Hur det förhåller sig i praktiken är en annan sak. Det är inte säkert att lagstiftaren har utgått från toleransteorin. Som Träskman poängterar, uppfattar praxis säkerligen inte heller alltid regleringen som att man visar förståelse eller tolerans. Mycket talar för att det istället finns en nedärvd intuitiv uppfattning om att återfall är något som förtjänar strängare bestraffning. De återfallsregler som finns i BrB 30:4 st. 2 och 34:4 är fullt förenliga med humanitetsprincipens utgångspunkter, men lagstiftaren har aldrig artikulerat de etiska skäl som följer av humanitetsprincipen och toleransteorin. I det följande skall jag i korthet beröra frågan huruvida detta utgör något problem.

Om man utgår från att det finns en presumtion mot fängelse, så måste domstolen ange skäl för att få bestämma påföljden till fängelse. Låt oss anta att lagstiftaren inte hade toleransteorin i åtanke vid tillkomsten av BrB 30:4. Vad skulle i så fall ha kunnat motivera att man efter hand tillmäter återfall betydelse vid valet av påföljd?

Ett skäl består i en kombination av hänsyn till proportionalitetsprincipen, intresset av likabehandling och respekten för straffsystemet. En presumtion mot fängelse skulle förmodligen inte fungera i praktiken, om alla som återfaller i brott med straffvärden som ligger under den utpekade gränsen skulle ådömas villkorlig dom eller skyddstillsyn. Eftersom icke frihetsberövande påföljder inte innehåller några tillräckligt repressiva mo-

[124] Träskman 1999 s. 216. Se även Thomas 1979 s. 41, Ashworth 2000 s. 166 och Duff 2001 s. 169.

ment för att kunna jämföras med annat än ett mycket kort fängelsestraff, uppstår ett problem med att i längden upprätthålla en privilegiering. En märklig tröskeleffekt skulle uppstå vid brott med straffvärden på en nivå som bryter presumtionen mot fängelse och brott som idag skall privilegieras. Likabehandlingsprincipen skulle således kunna åberopas till stöd för att flera (kanske ett stort antal) återfall måste kunna anses förtjäna samma straff som ett enskilt brott med ett något högre straffvärde.

Om villkorlig dom och skyddstillsyn kommunicerar en varning till den dömde, men det inte föreligger någon möjlighet att detta hot kommer att realiseras vid ny brottslighet, blir varningen innehållslös. Det skall understrykas att jag med detta inte menar att en icke frihetsberövande påföljd fungerar – eller borde fungera – som ett villkorligt fängelsestraff. Ny brottslighet kan föranleda att påföljden *i dom 2* bestäms till fängelse, inte att den tidigare påföljden ändras.

Det kan kanske hävdas att den privilegiering som det innebär att gärningsmannen inte verkställer påföljden i den "enhet" (fängelse på viss tid) som straffet har mätts ut i skulle leda till att en del av kriminaliseringens straffhot förlorar sin trovärdighet.[125] Av detta skäl skulle man kunna hävda att samhället, då den dömde fortsätter att begå brott, efter hand visar att kriminaliseringens hot om bestraffning är reellt. Det sagda kan enkelt uttryckas på följande vis: att successivt ta hänsyn till återfall vid val av påföljd är priset vi får betala för att kunna ha en huvudregel som föreskriver privilegiering inom straffmätningsintervallet upp till omkring 1 år. Förmodligen skulle det uppstå en förtroendekris, om man inte kunde döma till fängelse vid brottslighet vars straffvärde ligger under 1 års fängelse.[126] Man kan således hävda att det nuvarande systemet förutsätter att den som vid upprepade tillfällen återfaller i brott till slut inte skall få förmånen av att ådömas en lindrigare påföljd.

Vad som har anförts nu är främst praktiska skäl, vilka vilar på (ett ganska löst grundat) antagande om att straffsystemet och det allmänna rättsmedvetandet inte skulle acceptera en repressionsnivå där påföljden inte

[125] Resonemanget förutsätter att man utgår från att det finns ett samband mellan straffmätningen och påföljdsvalet bestående i att straffet egentligen utmäts i böter eller fängelse och att domstolen därefter – som huvudregel inom det angivna intervallet – ersätter det med en icke frihetsberövande påföljd. Jag tror inte att det är nödvändigt att uppfatta det nuvarande förhållandet mellan straffmätning och val av påföljd på detta vis. Straffmätning skulle kunna ske i vilken enhet som helst (t.ex. en repressionsenhet), vilken uttrycker en gradering av den ingripandegrad som straffet bör ha. I så fall finns det inget logiskt samband mellan den enhet som används och fängelse.

[126] Frände anger att "konkret bestraffning behövs för att upprätthålla straffrättens generalpreventiva effekt och att den konkreta bestraffningen får sitt allmänna berättigande genom denna uppgift". Se Frände 2004 s. 29.

bestäms till fängelse för brott med straffvärden under 1 år. Det finns i och för sig inget normativt skäl som säger att man inte skulle kunna acceptera fortsatt privilegiering. Däremot innebär intresset av att upprätthålla proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling att privilegieringen måste harmonieras med den reglering som gäller då den dömde inte privilegieras på grund av att straffvärdet för högt (eller för lågt).

Med förverkande av villkorligt medgiven frihet förhåller det sig på samma sätt som nu beskrivits angående återfallets betydelse vid val av påföljd. Utgångspunkten är att alla som har ådömts ett fängelsestraff normalt skall villkorligt friges efter att 2/3 av straffet har verkställts (BrB 26:6).[127] Skälet härför är dels att det anses vara önskvärt att överbrygga vistelsen inom kriminalvården och ett liv i frihet på ett sätt som framstår som ändamålsenligt för den dömde, dels att det bidrar till att begränsa anstaltsvistelsen och på så sätt minska de repressiva inslagen i verkställigheten.[128] Villkorligt medgiven frihet är emellertid omgärdad av villkor. Den som villkorligt friges slipper verkställa den resterande delen av straffet genom frihetsberövande under förutsättning att han inte begår nya brott under prövotiden. Bryter han mot detta, bör samhället rimligen reagera. Villkoret följer logiskt av att den villkorligt medgivna friheten skall förverkas om den dömde under prövotiden begår nytt brott (BrB 34:4). Ny brottslighet under prövotiden leder således till att verkställigheten i frihet förverkas, varvid straffet skall verkställas genom ett frihetsberövande.

Likheterna mellan återfallsregleringen vid valet av påföljd och förverkandeinstitutet i BrB 34:4 är uppenbara. Regleringen i BrB 26:6 är vidare fullt förenlig med humanitetsprincipens strävan att i möjligaste mån undvika fängelsestraff och att visa respekt för den dömdes förmåga att ta till sig det klander som domen har förmedlat. I båda fallen är det fråga om en straffskärpning i den nya domen i den bemärkelsen att antingen valet av påföljd i dom 2 eller formen för verkställighet av det tidigare straffet ändras i skärpande riktning. Men på samma sätt som beträffande återfallsregleringen i BrB 30:4 utgår man vid förverkande av villkorligt medgiven frihet från att alla skall privilegieras. Som huvudregel skall ju villkorlig frigivning ske och det är först när den dömde inte efterkommer de uppställda villkoren som förverkande aktualiseras. Vidare kan ett för-

[127] Undantagna från bestämmelserna om villkorligt medgiven frihet är dels fängelsestraff som inte överstiger 1 månad, dels s.k. 28:3-fängelse som förenas med skyddstillsyn, dels fängelse på livstid och dels fängelse som utgör förvandlingsstraff för böter.

[128] Se bl.a. SOU 1981:92 s. 93 f., SOU 1995:91 s. 337 och Prop. 1997/98:96 s. 121 f. Vid sidan av de ovan angivna skälen spelar säkerligen även ekonomiska överväganden in. Med hänsyn till de höga kostnader som är förenade med kriminalvård innebär ett förkortande av anstaltsvistelsen, genom villkorlig frigivning, avsevärda besparingar för samhället.

verkande aldrig leda till att det tidigare straffet skärps utöver vad som följer av straffmätningen i den tidigare domen.

En skillnad är dock att toleransen är betydligt mindre enligt bestämmelserna om förverkande av villkorligt medgiven frihet. Normalt skall hela den villkorligt medgivna friheten förklaras förverkad om ny brottslighet aktualiseras under prövotiden. Endast om särskilda skäl föreligger kan man avstå från förverkande eller endast förverka en del av det resterande straffet (BrB 34:4 st. 2). Det förtar dock inte karaktären hos regleringen. Förverkandet är en konsekvens av det faktum att den dömde har erhållit ett anstånd eller – om man så vill – visats tolerans.

6.4.4 Konklusioner

Slutsatsen av vad som har sagts i detta avsnitt är att det är synnerligen svårt att inordna bestämmelser om straffskärpning på grund av återfall i ett system byggt på proportionalitet och humanitet.[129]

Likafullt är det ett faktum att såväl BrB 26:3 som 29:4 möjliggör att *straffmätningen* i dom 2 skärps på grund av förekomsten av tidigare brottslighet. Det svenska påföljdssystemet (eller något påföljdssystem överhuvudtaget) kan inte i detta avseende förklaras utifrån en enda bestraffningsideologi. De nu diskuterade bestämmelserna utgör undantag, som måste betraktas som kvarlevor från ett preventionstänkande eller som eftergifter till det allmänna rättsmedvetandet. BrB 26:3 infördes mer eller mindre som en kompensation vid avskaffandet av interneringspåföljden.[130] De brottslingar som återföll i mycket allvarlig brottslighet skulle kunna bestraffas hårdare. Vad gäller BrB 29:4 infördes denna bestämmelse för att kompensera att återfall i vissa fall inte kan beaktas vid valet av påföljd eller vid förverkande av villkorligt medgiven frihet.[131]

Om man på ett övergripande plan utgår från en princip om straffvärdeproportionalitet och humanitet torde det vara klart att återfall inte borde tillmätas någon betydelse som straffskärpande omständighet överhuvudtaget.[132] Som visats ovan är kritiken mot de olika återfallsbestämmelserna olika stark. Enligt min uppfattning är de rena straffskärpningsbestämmelserna direkt oförenliga med proportionalitets- och humanitetsprinciperna och jag kan inte heller se att de kan berättigas genom hänvisningar till så vaga begrepp som "det allmänna rättmedvetandet" eller dylikt. De måste betraktas som undantagsbestämmelser som vilar på ett renodlat preven-

[129] Se även Asp 1998 s. 103 och Jareborg & Zila 2000 s. 72
[130] Se Prop. 1980/81:76 s. 50 ff.
[131] Se Prop. 1987/88:120 s. 56 ff.
[132] Se Ashworth 2000 s. 162 och Fletcher 2000 s. 460 ff.

tionstänkande. Personligen ställer jag mig mycket tveksam till dessa motiveringar, men som nämnts tidigare avser jag inte att närmare diskutera påföljdssystemets utformning. Systemet tas för givet och frågan är hur väl konkurrensläran är anpassad till de gällande principerna om påföljdsbestämning.

Vad däremot gäller bestämmelserna i BrB 30:4 och 34:4 kan regleringen beskrivas som en form av privilegieringsmodell, där man redan från början har vänt på principen. Trots att gärningarna anses förtjäna ett visst mått av fängelse, så anger presumtionen att fängelse inte skall väljas som påföljd eller – om detta har skett – att hela det utdömda fängelsestraffet skall verkställas genom frihetsberövande. Regleringen är i stort sett förenlig med både proportionalitetsprincipen och humanitetsprincipen.[133]

Att som utgångspunkt hävda att samhället skall visa en respekt för en brottslings förmåga att kunna ta intryck av moraliskt grundat klander och förklara en begränsad skärpning av påföljden som en gradvis avtagande tolerans för mänsklig svaghet, är enligt min mening den mest tilltalande lösningen på hur en återfallsreglering kan förenas med ett påföljdssystem baserat på proportionalitet och humanitet. Återfall kommer i en sådan modell att spela en roll som ett skäl för en gradvis avtagande tolerans. Inför en diskussion om hur en framtida konkurrenslära bör utformas är detta den enda acceptabla grunden för hur återfall skall kunna tillmätas betydelse vid påföljdsbestämning. Väljer man att bygga återfallsregleringen på olika preventionsideologier, blir regleringen svårförenlig med påföljdsbestämningsläran i övrigt. Väljer man att helt frånkänna tidigare brottslighet relevans, blir det svårt att motivera en privilegieringsmodell med icke frihetsberövande påföljder inom ett givet straffmätningsintervall upp till fängelse i cirka 1 år.

Den nu beskrivna regleringen rörande återfallets betydelse vid *val av påföljd* och vid *förverkande av villkorligt medgiven frihet* skiljer sig således från de tidigare berörda "rena" straffskärpningsgrunderna. Skillnaden består främst i att man närmar sig återfallet från olika håll. Som redan nämnts är detta inte endast en semantisk skillnad. Därmed inte sagt att regleringen inte kan missbrukas i straffskärpande riktning.

[133] Jfr Träskman som anger att en "första brottet kan förlåtas"-lösning strider mot just desert-teorin, se Träskman 1999 s. 216 f. Jag tror att det möjligtvis kan ses som diskutabelt från proportionalitetssynpunkt om man med proportionalitet menar strikt proportionalitet. Men som jag har påpekat i avsnitt 3.2 kan inte den svenska påföljdsbestämningsläran förstås som enbart byggd på proportionalitet. Regleringen rörande val av påföljd måste kompletteras med humanitetsprincipen. I så fall framstår den anförda lösningen som begriplig och förenlig med den nämnda bestraffningsideologin. Se även von Hirsch 1991 s. 90.

Den svenska återfallsregleringen beträffande val av påföljd kan – men behöver inte – rekonstrueras utifrån von Hirsch toleransteori. Det är fullt möjligt att uppfatta den omständigheten att samhällets tolerans för upprepad brottslighet gradvis avtar som en ren praktisk konsekvens av straffsystemets konstruktion, utan att lagstiftaren ursprungligen har avsett eller avser att basera den på von Hirschs etiska argument om tolerans för mänsklig svaghet. Betydelsen av återfall vid påföljdsbestämningen kan följaktligen motiveras med hänvisning till att den vedergällningsprincip som ligger till grund för straffets utdömande inte skall undergrävas eller bli verkningslös. Vad som nu har sagts skulle i viss mån kunna betraktas som en eftergift till "det allmänna rättsmedvetandet". Träskmans argumentation drar i denna riktning.

Jag vill själv snarare se regleringen som en konsekvens av privilegieringsmodellen och proportionalitetsprincipen. Vi utmäter straffvärde i termer av böter och fängelse. Dessa entiteter utgör ett mått på straffvärdet och en indikation på hur straffet egentligen skall verkställas. För de allra lindrigaste brotten och de allra svåraste brotten utgör de dessutom de enda påföljder som får användas. Alternativen till fängelse är i princip möjliga att använda endast i det spelrum som finns mellan fängelse i 14 dagar till fängelse i 1 år. Det behöver inte vara "det allmänna rättmedvetandet" som fordrar att påföljden skärps vid återfall. Det kan lika väl vara krav på likabehandling och rättvisa i form av proportionell bestraffning, som föranleder att de brottslingar som begår brott inom det privilegierade intervallet förr eller senare erhåller ett frihetsberövande straff. Kumulation av prövotider, övervakning, föreskrifter etc. kan nämligen inte jämföras med kumulation av böter eller fängelsestraff vad gäller ingripandegrad. Man kan följaktligen uppfatta påföljdsvalet som en orättvis särbehandling av fallen inom det nu diskuterade intervallet i jämförelse med brottslighet med straffvärden över 1 år respektive brottslighet som ligger på bötesnivå.

Det maximala antalet böter som kan utdömas för flerfaldig brottslighet är detsamma oavsett om det är fråga om brott på bötesnivå eller brott på fängelsenivå då böter används som tilläggsstraff. På grund av att bötesskalan och fängelsestraffskalan inte överlappar varandra kan utdömandet av villkorlig dom i förening med ett bötesstraff (BrB 30:8) leda till ett lägre antal dagsböter jämfört med om hela straffet för den samlade brottsligheten hade mätts ut inom bötesstraffskalan. I vart fall kan sägas att skillnaden i ingripandegrad mellan ett rent bötesstraff och en villkorlig dom i förening med böter inte är särskilt stor, varför den relativa proportionaliteten går förlorad.

Villkorlig dom och skyddstillsyn är *alternativ* till fängelse och utdöms så länge det finns skäl att privilegiera den dömde. Men om privilegie-

ringen inte upphör, så utgör presumtionen mot fängelse enligt BrB 30:4 st. 2 en oskälig och därför orättvis särbehandling av vissa brottslingar.[134]

Eftergifter till det allmänna rättsmedvetandet förekommer dock tydligare i samband med kvalificering vid påföljdsvalet med hänvisning till "brottslighetens art".

Hittills har vi nått slutsatsen att återfall kan spela en viss roll inom ett påföljdssystem byggt på proportionalitet och humanitet. Förenligheten av dessa principer och återfallsregleringen beror givetvis på hur stor betydelse som återfallet tillåts ha kvalitativt och kvantitativt. Lagstiftaren har i detta avseende tydligt angivit en prioritetsordning.[135]

(1) Återfallet skall i första hand beaktas vid påföljdsvalet (BrB 30:4). Enligt BrB 30:4 st. 2 *kan* återfall bidra till att bryta presumtionen mot fängelse. Om så sker tillåts återfallet – i praktiken – spela en mycket stor roll. Påföljden för hela det utmätta straffvärdet skall bestämmas till fängelse.

(2) Återfall kan vidare beaktas vid förverkande av villkorligt medgiven frihet (BrB 34:4). Enligt BrB 34:4 är skälen för att låta återfall påverka bedömningen ännu starkare än vid valet av påföljd. Det finns en presumtion för att hela den villkorligt medgivna friheten *skall* förverkas om inte särskilda skäl talar emot det.

(3) I BrB 29:4 råder motsatt presumtion. Först om återfallet inte i tillräcklig mån kan beaktas härigenom får det beaktas vid straffmätningen (BrB 29:4). Tidigare brottslighet *får* endast påverka straffmätningen såvida inte återfallet inte har kunnat beaktas tidigare i tillräcklig mån.

I övrigt skall i princip återfall inte påverka påföljdsbestämningen. Detta får betydelse såtillvida att regleringen i BrB kap. 34 vid den praktiska tillämpningen inte bör få fylla ett syfte där återfall tillmäts en betydelse som inte är förenligt med den syn på återfall som kommer till uttryck i de allmänna principerna för påföljdsbestämning. För våra syften är det följaktligen tillräckligt att konstatera att en konkurrensreglering – för att systemet skall hänga ihop – bör överensstämma med hur man i övrigt ser på betydelsen av tidigare brottslighet.

Vad till sist gäller prognosbedömningar så kan det konstateras att deras betydelse främst kommer att påverka valet av påföljd. Även om det vid en prospektiv bedömning framstår som förnuftigt att använda återfall som en indikator på behov av stödåtgärder finns det anledning att framhålla att det i så fall blir fråga om att ta individualpreventiva hänsyn. I flera

[134] Se vad som sagts i avsnitt 3.4.3.1 angående behovet att låta proportionalitetsprincipen få genomslag även vad gäller ingripandegraden på påföljderna. Se även von Hirsch 1993 s. 59 ff.

[135] Se Prop. 1987/88:120 s. 53 ff.

sammanhang har kritik uttryckts mot att behandlings- och prognoskriterier fortfarande har avgörande betydelse för valet av påföljd.[136] Att behov och stödåtgärder däremot används vid utformningen av *verkställigheten* är givetvis fullt förenligt med humanitetsprincipen. På verkställighetsnivån är det ju möjligt att ta hänsyn till individualpreventiva intressen.

Huruvida detta har någon reell betydelse i form av *straffskärpning* beror på hur man uppfattar förhållandet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn. Enligt BrB 30:1 är de att betrakta som lika svåra. Jämför man de repressiva och rehabiliterande inslagen i respektive påföljd är de inte likvärdiga i ingripandegrad. En skyddstillsyn är mera ingripande än en villkorlig dom på grund av prövotidens längd, övervakningen och den stora möjlighet som finns att förena en skyddstillsyn med olika föreskrifter. Detta skall jämföras med villkorlig dom, vilken endast innebär att en prövotid löper.[137] Skillnaden jämnas emellertid i viss mån ut genom att villkorlig dom, men inte skyddstillsyn, i regel skall förenas med böter.

Frågan om skillnaden mellan villkorlig dom och skyddstillsyn utgör ett problem beror på om man anser att skillnaden är så stor att man kan hävda att det har blivit fråga om en *skärpning* om skyddstillsyn väljs framför villkorlig dom på grund av en prognos.[138]

Visst kan man hävda att det finns ett legitimt intresse av att människor med behov av stöd- och hjälpåtgärder får kontakt med olika myndigheter inom ramen för frivårdens regi. Detta kan innefatta kontakt med en övervakare, läkarvård, missbruksbehandling och mycket annat. Även om det ofta finns en stark övertro på olika stödåtgärders effektivitet, så är stöd och hjälpinsatser fullt förenliga med humanitetsprincipen (dvs. med att visa medkänsla, respekt och tolerans vid påföljdsbestämningen). För att inte förvandlas till ren individualprevention i form av behandling, avskräckning eller oskadliggörande, måste dessa åtgärder i så fall betraktas (och utformas som) som icke-repressiva. I annat fall riskerar människor med sämre sociala förutsättningar att snabbare drabbas av hårdare sanktioner (i form av minskad tolerans). Det kan vidare tänkas att det vid ny

[136] Se bl.a. Borgeke & Reimer 1999 s. 145 ff., Borgeke 2002 (se särskilt s. 114 ff.) och SOU 1995:91 s. 142 ff.

[137] Att skyddstillsyn i praktiken är en svårare påföljd än villkorlig dom har vidare bekräftats i förarbeten och praxis, se bl.a. Prop. 1987/88:120 s. 46, Prop. 1997/98:96 s. 90 och NJA 1999 s. 269, NJA 2000 s. 314 och NJA 2000 s. 256.

[138] Om man anser att skyddstillsyn är mer ingripande än villkorlig dom, skulle ekvationen kunna lösas genom att betydelsen av återfall läggs till grund för en gradvis skärpning av påföljdsbestämningen genom att de icke frihetsberövande påföljderna rangordnas i ingripandegrad och skyddstillsyn används först om villkorlig dom inte är tillräckligt ingripande. I så fall blir regleringen förenlig med toleransteorin genom att man skärper ingripandegraden hos påföljden som en följd av avtagande tolerans.

brottslighet efter en tidigare dom är lättare att ta steget till en frihetsberövande påföljd om den dömde har återfallit trots att han fått en skyddstillsyn och erhållit det stöd och den hjälp som samhället kan erbjuda än om återfall har skett under det att den dömde har verkställt en villkorlig dom. I så fall kommer valet mellan icke frihetsberövande påföljder att sedermera leda till att den dömde lättare ådöms en frihetsberövande påföljd. Detta skulle innebära att humanitetsprincipen förvandlas till en straffskärpningsgrund.

7 Analys av lösningsalternativen

Principlösheten är ingen bra metod
om man vill söka fastställa principernas innehåll.

Håkan Andersson

7.1 Inledning

I detta kapitel övergår jag till att diskutera eftersatserna i de olika principerna, dvs. de olika lösningsalternativen på konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer. Som har framgått i kapitel 6 finns i BrB 34:1 st. 1 tre olika varianter av hur konkurrens i iterativa tillämpningssituationer kan lösas (*konsumtionsdom, särskild dom* och *ny gemensam dom*).[1] Dessa lösningsalternativ utgör på ett övergripande plan varianter av *absorption, kumulation* och *asperation*. I detta kapitel kommer jag att i skilda avsnitt behandla respektive lösningsalternativ. För att avgöra vilka principer som egentligen präglar de olika lösningsalternativen är det även i dessa tillämpningssituationer nödvändigt att skilja mellan straffmätningsnivån och nivån för val av påföljd.

Till de olika lösningsalternativen finns ett antal kompletterande bestämmelser i BrB 34:2–7, vilka anger begränsningar för när och hur respektive lösningsalternativ kan användas. Tillämpningen av dessa är beroende av vilken påföljd som har valts i den tidigare domen och när den nya brottsligheten är begången. Min ambition är att genom närmare studium av dessa begräsningar och deras bakgrund utläsa vilka skäl som motiverar val av princip för att lösa olika konkurrensproblem.

[1] Se avsnitten 6.1 och 6.2.1

7.2 Konsumtionsdom

7.2.1 Inledning

Den första möjligheten att lösa en konkurrenssituation i en iterativ tillämpningssituation består i att meddela s.k. konsumtionsdom (BrB 34:1 st. 1 p. 1), vilket innebär att domstolen beslutar att den tidigare utdömda påföljden skall avse också det nya brottet. Konstruktionen med konsumtionsdom infördes i huvudsak som en nyhet i och med BrB:s införande och används i sin mest renodlade form då den tidigare påföljden har bestämts till fängelse.[2]

På ett övergripande plan kan sägas att konsumtionsdom utgör en variant av tillämpning av *absorption*. Den tidigare domen (dom 1) absorberar den påföljd som annars skulle ha utdömts i dom 2. Den tidigare domen – oavsett hur denna ser ut – kommer som huvudregel att kvarstå oförändrad vad gäller verkställighetens början och slutpunkt och avse även den nya brottsligheten. Möjligheten att använda konsumtionsdom är av naturliga skäl beroende på hur den tidigare påföljden ser ut och vari den nya brottsligheten består. I det följande kommer jag att diskutera konsumtionsdom utifrån vilken påföljd som har valts i den tidigare domen. Genom att undersöka när domstolen överhuvudtaget får välja konsumtionsdom, vilka kriterier som måste vara uppfyllda samt vilka skäl som i förarbeten angivits för att välja detta lösningsalternativ, går det förhoppningsvis att få en bild av när konsumtionsdom *bör* väljas.

[2] Prop. 1962:10 C s. 394. Att konsumtionsdom var en nyhet är sant endast såtillvida att den äldre huvudregeln var att tidigare straff skulle undanröjas och ersättas av ett nytt gemensamt straff. Det fanns dock en undantagsbestämmelse som uttryckligen stadgade att konsumtion fick ske i vissa särskilda fall, nämligen om domstolen i samband med att någon villkorligt frigivits från fängelsestraff under prövotiden åtalades för brott begånget före verkställighetens början. Om domstolen i dessa fall inte ansåg att någon höjning av straffet borde komma till stånd, kunde den enligt lag (1939:314) om villkorlig frigivning § 13 st. 2 förklara att det förut ådömda straffet även skulle avse den nya brottsligheten, se närmare Strahl m.fl. 1955 s. 235 ff. (särskilt not 9). Vidare kunde man med den då gällande regleringen i SL – på nivån för såväl straffmätning som val av påföljd – uppnå samma resultat som en konsumtionsdom genom att domstolen i dom 2 utdömde samma straff som hade utdömts i dom 1. Detta kunde ske oavsett om brotten konkurrerade ideellt eller reellt. Skäl för att utdöma samma straff som utdömts i dom 1 kunde vara att domstolen redan i dom 1 utnyttjat hela den tillämpliga straffskalan eller ansåg att det nya brottet ej skäligen borde skärpa straffet i förhållande till vad som redan hade utdömts. I det sistnämnda fallet utdömde således domstolen ett nytt gemensamt straff med samma innehåll som det tidigare. Se närmare Hagströmer 1901–1905 s. 774 ff. och SOU 1956:55 s. 338.

7.2.2 Fullständig absorption

7.2.2.1 Fängelse på livstid

Om den tidigare domen är fängelse på livstid får enligt BrB 34:2 endast konsumtionsdom väljas. Härigenom kommer en livstidsdom att omfatta samtliga brott som gärningsmannen döms för fram till dess att detta straff upphör. Fängelse på livstid upphör när den dömde beviljas nåd och påföljden bestäms till ett tidsbestämt fängelsestraff.[3] Genom ett sådant beslut upphör dom 1 att utgöra fängelse *på livstid* och övergår till att bli fängelse på bestämd tid.[4] Om brottet är begånget under det att den dömde verkställer ett tidsbestämt fängelsestraff gäller särskilda bestämmelser till vilka jag återkommer i avsnitt 7.2.2.2.[5] Bestämmelser om att absorption skall inträda om den dömde redan har ådömts fängelse på livstid har funnits sedan i vart fall 1864 års lag.[6] En motsvarande bestämmelse återfinns i någon form i de flesta utländska rättsordningar som använder sig av livstidsstraff. Absorption inträder oavsett om det skall ske enligt ett särskilt stadgande eller om det följer som en konsekvens av övriga konkurrensbestämmelser.

Med utgångspunkt från principerna om proportionalitet och humanitet finns det inte mycket att erinra mot att fängelse på livstid konsumerar påföljd för efterföljande brottslighet. Genom att den dömde verkställer lagens strängaste straff – vilket inte är tidsbestämt – saknas det möjligheter att differentiera påföljdsbestämningen.

[3] Det skall noteras att det är *brottet* som skall vara begånget senast under det att den dömde undergår livstidsstraff. Om den dömde friges efter att ha benådats eller om livstidsstraffet har ändrats till att avse fängelse på viss tid, är BrB 34:2 inte längre tillämplig. I en iterativ tillämpningssituation återstår endast för domstolen att tillämpa huvudbestämmelsen i BrB 34:1. Den kompletterande bestämmelsen i BrB 34:3 är dock tillämplig, vilket innebär att konsumtionsdom kan meddelas (BrB 34:3 st. 1). Om brottsligheten är nyupptäckt – i bemärkelsen begången före benådningen – skall vidare BrB 34:3 st. 2 tillämpas. Se närmare KBrB III s. 34:16.

[4] KBrB III s. 34:16.

[5] Det bör noteras att en statlig utredning har framlagt ett förslag om frigivning från livstidsstraff enligt vilken den dömde ges möjlighet att i domstol få en frigivningsprövning. Om ny brottslighet aktualiseras fram till dess att ett beslut fattas gäller enligt förslaget bestämmelsen i BrB 34:2 oförändrad. Om däremot ny brottslighet aktualiseras *efter* ett sådant beslut – men *innan* villkorligt medgiven frihet verkställs – föreslås den nya brottsligheten bedömas enligt BrB 34:1 st. 1 p. 1. Däremot skall ny brottslighet påverka beslutet om villkorligt medgiven frihet genom att denna senareläggs eller att beslutet helt upphävs. Se närmare SOU 2002:26 s. 156.

[6] Beträffande den äldre svenska bestämmelsen i SL 4:4, se bl.a. Hagströmer 1901–05 s. 755 och 782 f. Det skall dock noteras att absorptionen endast omfattade längden på straffet. Eftersom verkställigheten av själva straffet vid denna tid kunde göras svårare, genom t.ex. "inneslutande i mörkt enrum", kunde det absorberade straffet ändock verka skärpande. Bestämmelsen i SL 4:15 infördes 1906 och upphörde 1945.

Vad som däremot kan diskuteras är *hur* ett livstidsstraff bör absorbera påföljd för efterföljande brottslighet. Man kan tänka sig att detta sker på olika sätt. Enligt en första modell sker absorptionen – såsom i BrB 34:2 – på *påföljdsbestämningsnivån*, vilket innebär att någon ytterligare påföljd inte utdöms. Påföljden i dom 1 kommer att omfatta den brottslighet som gärningsmannen döms för i dom 2. Enligt en andra modell döms gärningsmannen till ett separat straff i dom 2 för den nya brottsligheten, men livstidsstraffet absorberar övriga utdömda påföljder på *verkställighetsnivån*. För att kunna avgöra vilken av dessa modeller som är lämplig, måste man fråga vilken skillnaden mellan dem blir.

Vad gäller de processuella kraven på att brotten måste utredas och att rättegång måste hållas, blir det ingen skillnad mellan att meddela konsumtionsdom och utdöma en särskild dom för den nya brottsligheten. Det faktum att en tilltalad redan verkställer ett livstidsstraff påverkar inte ansvars- eller skuldbedömningen.[7] Innehållet i livstidsstraffet kan inte ändras av att en särskild påföljd utdöms för den nya brottsligheten. Vidare torde inte frågan om nåd påverkas. Det relevanta för frågan om nåd skall beviljas måste vara vilka brott gärningsmannen har dömts för, och då spelar det ingen roll om flera påföljder verkställs parallellt eller om konsumtionsdom har meddelats.

Det finns emellertid ett sätt på vilket valet mellan konsumtionsdom och särskild dom skulle kunna få betydelse, nämligen om vi antar att den dömde genom ett extraordinärt rättsmedel får den tidigare domen prövad på nytt och att han i samband med denna prövning frikänns från det brott för vilket han ådömts livstidsstraff. I sådana fall kommer ett undanröjande av livstidsstraffet att medföra att den dömde inte längre är dömd till någon påföljd. Undanröjandet kommer således att omfatta påföljden för samtliga brott som har konsumerats av livstidsstraffet. Med den nuvarande lösningen i BrB 34:2 måste åklagaren enligt BrB 34:10 st. 1 anmäla till domstol att det brott för vilket konsumtionsdom har meddelats på nytt skall prövas i domstolen. Detta leder till vissa praktiska problem, eftersom den domstol som kommer att bestämma ny påföljd för de brott för vilka påföljden tidigare har konsumerats inte har prövat ansvarsfrågan eller på annat sätt tagit del av processmaterialet. Påföljd kommer således att bestämmas utifrån en granskning av brotten såsom de framgår av konsumtionsdomen och gärningsbeskrivningen, vilket är diskutabelt från rättssäkerhetssynpunkt.

Om man istället behandlar konkurrensen inom ramen för verkställighetskonkurrens undviker man dessa problem. Påföljd för den nya brotts-

[7] På grund av att påföljdsbestämningen är given på förhand vid en fällande dom kan det emellertid förväntas att åklagaren utnyttjar möjligheten att meddela åtalsunderlåtelse enligt RB 20:7 p. 3.

ligheten utdöms då särskilt i dom 2, och verkställigheten sker därefter parallellt med livstidsstraffet, vilket i praktiken ger samma resultat som en konsumtionsdom.[8] Absorption av den nya påföljden sker genom att livstidsstraffet ges företräde på verkställighetsnivån. Om livstidsstraffet undanröjs kan en tidigare utdömd påföljd träda i dess ställe.[9] Vad som sagts visar att detta konkurrensproblem lika väl kan lösas på verkställighetsnivån.

Trots att man i gällande rätt inte har valt att låta absorption verka endast på verkställighetsnivån då dom 1 avser fängelse på livstid, finns en liknande bestämmelse i BrB 34:11 st. 1. Av detta lagrum framgår nämligen att om verkställighet av fängelse på livstid förekommer samtidigt med annan påföljd, skall livstidsstraffet träda i stället för den andra påföljden, vilken kan vara vilken annan påföljd som helst undantaget överlämnande till särskild vård. Med andra ord omfattas såväl böter som förvandlingsstraff för böter av absorptionen. Att detta inte utgör påföljdsbestämningskonkurrens framgår av det faktum att bestämmelsen inte innehåller någon uppmaning till domstolen att ta hänsyn till tidigare domar i samband med påföljdsbestämningen. Däremot kan det inte betraktas som en ren verkställighetsfråga (dvs. en fråga om vilken av flera utdömda påföljder som skall ges företräde). De övriga påföljderna bortfaller och åtgärder för verkställighet av dessa får inte ske.[10] Det är således fråga om en verkställighetsbestämmelse som i praktiken innebär att övriga påföljder undanröjs, vilket leder till fullständig absorption av övriga påföljder.

Vid en första anblick verkar det som om bestämmelsen i BrB 34:11 st. 1 helt överlappar BrB 34:2. Överlappningen är emellertid skenbar. BrB 34:2 reglerar endast den situationen att den tidigare domen (dom 1) avser fängelse på livstid. Bestämmelsen säger inget om hur situationen skall lösas om den dömde, då ett livstidsstraff skall utdömas i dom 2, redan är dömd till – och kanske undergår – annan påföljd. BrB 34:2 omfattar inte heller den situationen att den nya brottsligheten skall bestraffas med böter. Man kan därutöver tänka sig situationer där någon har dömts till fängelse på livstid, men ännu inte har börjat verkställa detta straff. Detta är fallet om den dömde t.ex. har överklagat domen och sitter häktad. Under denna tid undergår han inte fängelse på livstid. I samtliga nu nämnda situationer fyller BrB 34:11 st. 1 en funktion genom att den löser konkurrensförhållandet till de övriga påföljderna.

Sammantaget kan sägas att lagstiftaren genom BrB 34:2 och 34:11 tillämpar ren absorption om påföljden beträffande någon av domarna

[8] Jfr danska SL § 83 st. 3, se Greve m.fl. 2001 s. 377 f.

[9] Om undanröjande sker av en tidigare påföljd måste den dömde rimligtvis ha rätt att avräkna vad han har verkställt till följd av detta straff.

[10] SOU 2002:26 s. 37.

avser fängelse på livstid. Det spelar ingen roll om brottsligheten är nyupptäckt eller utgör återfall. Det spelar inte ens någon roll om livstidsstraffet utdöms i dom 1 eller dom 2. Med hänsyn till att fängelse på livstid endast kan komma ifråga vid synnerligen allvarlig brottslighet och eftersom straffet är tidsobestämt, kan det förmodas att varken proportionalitetsprincipen eller humanitetsprincipen träds förnär genom en ensidig användning av absorptionsprincipen. Det går inte att ytterligare differentiera straffmätningen om den dömde skall verkställa ett livstidsstraff. Det finns således goda skäl att acceptera att den dömde endast skall verkställa en påföljd. Huruvida detta måste innebära att det blir fråga om påföljdsbestämningskonkurrens låter jag vara osagt. Som nämnts skulle man kunna uppnå samma effekt genom att lösa konkurrensen på verkställighetsnivån.

7.2.2.2 Den tidigare domen är tidsbegränsat fängelsestraff

En princip som generellt anger obegränsad absorption vid påföljdsbestämningen i dom 2 är inte tänkbar om vi förflyttar fokus till andra påföljder än fängelse på livstid. I vart fall inte om man vill värna intresset av proportionalitet. Om dom 1 avser ett tidsbestämt fängelsestraff är situationen väsentligt annorlunda. Allt vad som sägs i det följande är även tillämpligt då dom 1 avser sluten ungdomsvård såvida inte annat anges.

Förutsättningarna för att meddela konsumtionsdom då dom 1 är ett tidsbestämt fängelsestraff framgår av BrB 34:3 st. 1. Möjligheten är beroende av förhållandet mellan det tidigare fängelsestraffet (dom 1) och straffvärdet hos den nya brottsligheten. Förutsättningen för att få använda konsumtionsdom är att det nya brottet i jämförelse med det förra – med hänsyn till påföljden – *uppenbart är utan nämnvärd betydelse*. Begränsningen är således betingad av rena straffmätningsskäl.

Effekten av att domstolen använder konsumtionsdom är densamma som tidigare har angivits. Någon ny påföljd utdöms inte. Påföljden i dom 1 kommer att omfatta den brottslighet som gärningsmannen döms för i dom 2.[11] Vad gäller såväl straffmätning som val av påföljd är det således fråga om fullständig absorption, dock med det väsentliga undantaget att denna är begränsad till vissa fall.

[11] Om domstolen i dom 1 har utnyttjat det tidigare diskuterade undantaget från gemensam påföljd i BrB 30:3 st. 2 föreligger flera tidigare påföljder. Enligt förarbetena kan var och en av dessa – men inte båda samtidigt – i så fall absorbera den nya brottsligheten genom att konsumtionsdom utdöms i dom 2, se SOU 1956:55 s. 339. Uttalandet väcker dock vissa frågetecken av praktisk natur. Man kan bl.a. fråga sig vilken vikt som skall läggas vid ett förbud av nu nämnt slag, vilket endast finns uttryckt i ett förarbetsuttalande. Vad händer om domstolen underlåter att respektera detta? Dvs. vad händer om domstolen faktiskt låter båda de tidigare utdömda påföljderna konsumera straffet för den nya

Vad gäller det nämnda förhållandet mellan brottsligheten i de båda domarna och påföljden i dom 1, kan det omedelbart konstateras att detta är relativt. Vad som kan anses vara "uppenbart utan nämnvärd betydelse" beror på dels den nya brottslighetens straffvärde, dels längden på det tidigare fängelsestraffet. Som tidigare nämnts råder det inga begränsningar med avseende på den brottslighet som behandlas i dom 2. Konsumtion kan avse brottslighet som från straffvärdesynpunkt ligger på såväl bötesnivå som brottslighet på fängelsenivå. Om det i dom 1 utdömda fängelsestraffet är mycket långt möjliggörs konsumtionsdom även för svåra brott.[12] Teoretiskt sett kan det handla om brottslighet som har straffvärden på åtskilliga månader eller kanske t.o.m. år. Mycket talar emellertid för att man i praxis inte tillämpar konsumtionsdom i så stor utsträckning som BrB 34:1 st. 1 p. 1 i och för sig ger möjlighet till.[13]

I enlighet med SLB:s ambition att inte ge detaljerade anvisningar för hur bestämmelserna i BrB kap. 34 skall användas, lämnas mycket liten vägledning avseende hur den aktuella lokutionen skall uppfattas. Den enda konkreta begränsning som anges i förarbetena är att konsumtionsdom ej bör meddelas om straffminimum för det nya brottet är högre än det straff som har utdömts i dom 1.[14] Påpekandet får betraktas som överflödigt eftersom det nya brottet vid sådana förhållanden knappast kan vara utan nämnvärd betydelse. Eftersom konsumtionsdom innebär att principen om gemensamt straff tillämpas, följer av asperationsprincipen och reglerna för konstruktion av straffskala för den samlade brottsligheten att straffminimum för det svåraste straffet inte får underskridas såvida inte särskilda skäl är för handen.

---

brottsligheten? Hur skall man i en senare iterativ tillämpningssituation lösa konkurrensproblemet om det inte står klart vilken av två (i samma dom utdömda) påföljder som har varit utgångspunkt för konsumtionsdomen?

[12] Se SOU 1956:55 s. 337.

[13] I SvJT 1966 rf s. 11 tog HovR ställning till frågan hur ett fängelsestraff på 1 månad för vårdslöshet i trafik och grov olovlig körning förhöll sig till ett straff på 8 månaders fängelse för mened. Den tilltalade (A) åtalades först i RR för att den 20 augusti 1963 ha gjort sig skyldig till nämnda trafikbrott genom att i samband med en backningsmanöver ha kört på en bakomvarande bil. Han saknade vid tillfället körkort. Ett vittne (B) uppgav falskeligen att han kört bilen, varför A frikändes. Åklagaren överklagade domen avseende trafikbrotten, men innan målet nådde HovR dömde RR A för att ha anstiftat B till mened, varvid påföljden bestämdes till fängelse i 8 månader. I HovR dömdes A för trafikbrotten, varvid påföljden bestämdes till fängelse i 1 månad. I förhållande till den tidigare domen var de nya brotten begångna före den tidigare domen (avseende anstiftan till mened) och innan straffet hade börjat verkställas. HovR ansåg emellertid inte att fängelse i 1 månad var uppenbart utan nämnvärd betydelse för det tidigare utdömda straffet på 8 månader. Påföljden bestämdes således till fängelse i 1 månad.

[14] Jfr SOU 1956:55 s. 335 och 337.

Vägledning för hur uttrycket i BrB 34:3 st. 1 skall förstås torde kunna hämtas ur bestämmelsen om åtalsunderlåtelse (RB 20:7 p. 3) i dess äldre lydelse.[15] Bestämmelsen i BrB 34:3 st. 1 är nämligen baserad på utformningen av den tidigare bestämmelsen om åtalseftergift och i förarbetena till BrB angavs att utrymmet för åtalsunderlåtelse och konsumtionsdom skall motsvara varandra.[16] En jämförelse med den äldre bestämmelsen om åtalseftergift visar att utrymmet för att anse ny brottslighet vara "uppenbarligen utan nämnvärd betydelse" ursprungligen var mycket begränsat. Åtalseftergift var avsedd att tillämpas främst i fall där den nya brottsligheten låg på bötesnivå.[17] Gradvis har därefter utrymmet kommit att öka. 1985 genomfördes en revidering av RB 20:7 p. 3, varvid uppenbarhetsrekvisitet togs bort. Möjligheterna att meddela åtalsunderlåtelse blev större, vilket även omfattade sådana fall som tidigare – om åtal hade väcks – skulle ha kommit att bli föremål för en iterativ tillämpningssituation (de s.k. successivfallen).[18] Förutsättningarna för att meddela åtalsunderlåtelse ändrades också vad gäller åklagarens prövning. Efter 1985 års ändring skall åklagaren inte längre göra en förutsägelse av resultatet av domstolens bedömning av påföljden. Det anses vara tillräckligt att åklagaren prövar om den redan utdömda påföljden är tillräcklig för den samlade brottsligheten.[19] Ändringen i RB motiverades främst med att man av processekonomiska skäl önskade begränsa processernas omfång (särskilt vid seriebrottslighet) samt att man ansåg att åklagarna var alltför restriktiva med att använda den möjlighet till åtalsunderlåtelse som fanns sedan tidigare.[20]

Betydelsen av den uppmjukade bestämmelsen om åtalsunderlåtelse i successivfall antogs få sin största betydelse vid nyupptäckt brottslighet. Kommittén förslog även att bestämmelsen i BrB 34:3 st. 1 borde ges en liknande utformning som den som infördes i RB 20:7 p. 3.[21] Beträffande

[15] Det skall noteras att nuvarande RB 20:7 p. 3 fram till 1985 återfanns i RB 20:7 p. 2. När det i det följande talas om RB 20:7 p. 3 avses den s.k. konkurrensbestämmelsen i nämnda lagrum oavsett i vilken punkt i RB 20:7 den har meddelats.

[16] SOU 1956:55 s. 338.

[17] Gärde 1949 s. 244. Att utrymmet för åtalseftergift uppfattas som så begränsat talar mot att BrB 34:3 st. 1 skulle ha ett motsvarande tillämpningsområde. Som framgått ansåg SLB att det kunde bli fråga om att "förordna om konsumtion beträffande ett mycket svårt brott", jfr SOU 1956:55 s. 337.

[18] I förarbetena angavs att det var tillräckligt att åklagaren *antar* att det nya brottet inte skall ha nämnvärd betydelse för att åtalsunderlåtelse skall vara möjlig, se SOU 1976:47 s. 163 ff.

[19] Prop. 1984/85:3 s. 30 ff.

[20] SOU 1976:47 s. 161 ff.

[21] SOU 1976:47 s. 46, 167 och 369. Paragrafen förslogs få följande lydelse: "Är den tidigare ådömda påföljden fängelse på viss tid, må förordnande enligt 1 § 1 meddelas allenast om någon påföljd utöver det ådömda fängelsestraffet ej finnes påkallad i anledning av det nya brottet eller eljest synnerliga skäl äro därtill".

återfall under pågående verkställighet, angavs utrymmet vara mindre eftersom "den dömde inte har tagit varning av den föreliggande domen".[22] Det var dock inte uteslutet att ändå meddela åtalsunderlåtelse.

Vad som är att märka är att i 1985 års reform gjordes ingen motsvarande ändring i BrB 34:3 st. 1.[23] Uppenbarhetsrekvisitet kvarstår således. Här uppstår ett problem om utrymmet för konsumtionsdom och åtalsunderlåtelse i de nu aktuella fallen skall korrelera. Det faktum att åtalsprövningen alltid föregår domstolens prövning leder, teoretiskt sett, till att det finns en möjlighet att åklagaren inte anser det nya brottet vara "utan nämnvärd betydelse", medan domstolen kan anse det vara "uppenbart utan nämnvärd betydelse". Om bedömningarna hade gjorts av samma instans och på samma sätt, borde detta resultat (logiskt sett) inte kunna bli följden. Att förutsättningar för att meddela åtalsunderlåtelse inte i alla avseenden överensstämmer med konkurrensregleringen kan också bero på annat. Ett exempel är att kraven på att ett enskilt eller allmänt intresse inte får åsidosättas om åtalsunderlåtelse skall meddelas. Däremot kvarstår frågan varför olika förutsättningar skall gälla beträffande den jämförelse som skall göras mellan den nya och den tidigare brottsligheten med hänsyn till den i dom 1 utdömda påföljden.

Jag kan inte se annat än att uppenbarhetsrekvisitet i BrB 34:3 st. 1 är en rest från den tidigare regleringen av åtalsunderlåtelse. Om systemet värderingsmässigt skall hänga ihop, borde lagrummen ha tillämpningsområden som motsvarar varandra. Därmed inte sagt att de skäl som angavs för att utöka möjligheterna att meddela åtalsunderlåtelse duger för att motivera användandet av konsumtionsdom. Som angavs var det främst processekonomiska intressen som föranledde ändringen i RB 20:7. Detta har ju inget att göra med de rättviseargument rörande proportionalitet och humanitet som jag har funnit skall styra påföljdsbestämningen.

En annan viktig fråga i sammanhanget är vilka "värden" som skall jämföras när domstolen tar ställning till om det nya brottet, med hänsyn till påföljden, uppenbart är utan nämnvärd betydelse. Jämförelsen kan nämligen avse antingen de separata straffvärden som har utmätts i respektive mål eller de straffmätningsvärdena som brotten skulle ha åsatts om brottsligheten hade bedömts i ett sammanhang. Vad som aktualiseras är frågan om mängdrabattseffekten skall beaktas när denna jämförelse görs. Låt oss

[22] SOU 1976:47 s. 166. Se även Prop. 1984/85:3 s. 32.

[23] Skälet till att den av 1976 års utredning föreslagna ändringen i BrB 34:3 st. 1 inte genomfördes var att departementschefen inte ansåg det vara lämpligt att införa ändringar i BrB kap. 34 eftersom påföljdssystemet, vid tiden för reformen av åtalsunderlåtelse, var föremål för översyn av FSK, se Prop. 1984/85:3 s. 32. Frågan kom emellertid aldrig att behandlas av FSK, varför BrB 34:3 st. 1 kvarstår oförändrad.

se på ett exempel, varvid vi för enkelhets skull laborerar endast med ett brott i respektive dom.

Antag att någon i dom 1 för brott X har ådömts fängelse i 1 år och att samme person i dom 2 skall dömas för brott Y, vilket har ett straffvärde på 1 månad. Skall domstolen vid bedömningen av vilken betydelse som brott Y har i förhållande till straffet i dom 1 utgå från 1 månad eller det straff som brott Y skulle ha givits om det hade bedömts tillsammans med brott X? Skillnaden blir att i så fall kommer straffvärdet för brott Y att utgöras av straffvärdet reducerat med vad som följer av principen om mängdrabatt (vilket skulle motsvara ungefär 14 dagars fängelse).

Enligt min uppfattning talar allt för att jämförelsen skall göras enligt det senare alternativet. Man bör beakta asperationsprincipens effekt på straffmätningen när man tar ställning till vilken betydelse som den nya brottsligheten skulle ha haft på den tidigare påföljden om de hade bedömts i ett sammanhang. Skälet härför är att syftet med reglerna för de iterativa tillämpningssituationerna är att *principen om gemensamt straff* utsträcks till att omfatta senare domar.[24] Som nämnts i avsnitt 6.3.2 bygger detta bl.a. på att den dömde inte skall få en ofördelaktigare bedömning på grund av att brotten bedöms i olika rättegångar. Av detta skäl bör mängdrabattseffekten beaktas vid jämförelsen. Vidare gäller att om konsumtionsdom inte anses kunna meddelas, blir det – under förutsättning att skäl finns att utdöma ett fängelsestraff – främst aktuellt att tillämpa BrB 34:1 st. 1 p. 2. När domstolen utdömer ett särskilt straff för brottet i dom 2 framgår uttryckligen av BrB 34:3 st. 2, att asperation skall upprätthållas under förutsättning att det nya brottet är begånget innan verkställigheten av det tidigare straffet påbörjades. Såtillvida kan konsumtionsdom – från straffmätningssynpunkt – sägas vara ett specialfall av den situation som regleras i BrB 34:1 st. 1 p. 2 och BrB 34:3 st. 2. Om det är uppenbart att det inte skulle ha blivit någon nämnvärd skillnad vid påföljdsbestämningen, får domstolen helt avstå från att döma till särskild påföljd.

Vad gäller frågan om när brottsligheten – tidsmässigt – måste vara begången för att konsumtionsdom skall vara möjlig, uppställer BrB 34:3 st. 1 inga uttryckliga begränsningar. Det kan således enligt huvudregeln vara brottslighet begången före den tidigare domen (nyupptäckt brottslighet) eller efter dom 1 men innan påföljden till fullo har verkställts (återfall). SLB föreslog att konsumtion skulle kunna ske t.o.m. för brottslighet som

[24] Eftersom brytpunkten för när principen om gemensamt straff skall tillämpas inte sammanfaller med tidpunkten för den tidigare domen, kommer frågan om vilka "värden" som skall jämföras således inte direkt att påverkas av om det handlar om nyupptäckt brottslighet eller återfall.

var begången under det att den dömde var villkorligt frigiven, dock med den reservationen att detta gällde undantagsfall samt att återfallet därutöver kunde föranleda att den villkorligt medgivna friheten förverkades.[25] Av motiven framgår emellertid att konsumtionsdom – när det gäller fängelsestraff – huvudsakligen bör meddelas endast i fall då det nya brottet är begånget *innan det tidigare straffet började verkställas*.[26] Det skall noteras att detta är en ny frist. Hittills har jag talat om "före dom" och "innan påföljden till fullo verkställts". Jag kommer i avsnitt 8.4 närmare att diskutera denna och angivna relevanta frister. För våra syften är det tillräckligt att konstatera att enligt uppfattningen i gällande rätt dras en principiell gräns för när konsumtionsdom bör kunna meddelas vid *verkställighetens början*. Återfall efter verkställighetens början bör således lösas med de i BrB 34:1 st. 1 p. 2 och 3 anvisade möjligheterna.

Hur man i praxis uppfattar betydelsen av när den brottslighet som behandlas i dom 2 är begången är det svårt att säga något om. Mitt bestämda intryck är dock att utrymmet att låta den tidigare domen konsumera ny brottslighet som utgör *återfall efter tidigare dom* är betydligt mindre jämfört med om brottsligheten är hänförlig till tiden före dom 1 (nyupptäckt brottslighet). Viss praxis och praxisdiskussioner i domstolar bekräftar denna uppfattning.[27] Det nu sagda talar för att gränsen för att meddela konsumtionsdom dras snävare i praxis än vad lagtexten medger.

En betydelsefull faktor i sammanhanget är att BrB kap. 34 är tillämplig i samtliga instanser. Dvs. frågan om vad som utgör "före verkställighetens början" kan härigenom komma att ändras genom att dom 1 överklagas. Detta kan få stora konsekvenser. Med hänsyn till att fristerna härigenom kan komma att ändras, uppstår komplicerade tillämpningssituationer. Låt oss se på ett belysande exempel.

I NJA 1994 s. 143 dömdes en person (A) för bl.a. två fall av grovt rattfylleri, snatteri, olovligt brukande och olovlig körning. TR bestämde påföljden till fängelse i 3 månader (dom 1). A överklagade domen. Innan HovR avgjorde målet, åtalades A på nytt i TR för grovt narkotikabrott, försök till bedrägeri, häleri samt olaga vapeninnehav. TR bestämde påföljden till fängelse i 4 år för den nya brottsligheten (dom 2) och i samband härmed undanröjdes en i ett tidigare mål utdömd skyddstillsyn (dom 0). När den i dom 2 behandlade brottsligheten var begången anges inte exakt i referatet, men av HovR:s skiljaktige ledamot framgår att brottsligheten var begången såväl före som efter dom 1. Vidare framgår att samtliga brott

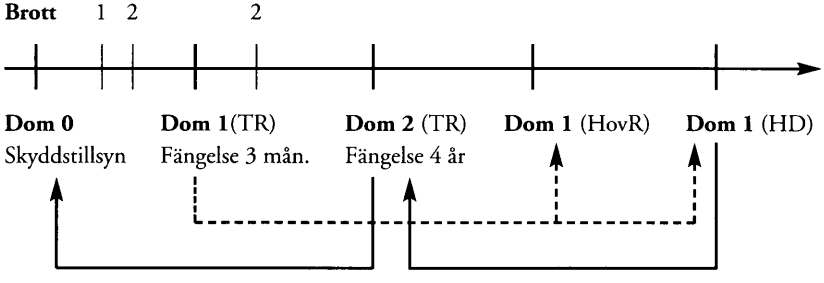
[25] SOU 1956:55 s. 339.
[26] Prop. 1962:10 C s. 394. Motsvarande uppfattning redovisas även i kommentaren, se bl.a. KBrB III s. 34:18 och 34:24.
[27] Se bl.a. Protokoll HSB 2004 s. 21 ff.

var begångna innan påföljden i dom 1 hade börjat verkställas. Huruvida den tidigare ådömda skyddstillsynen hade utdömts före eller efter dom 1 och vari denna brottslighet närmare bestod framgår inte av referatet.

När HovR tog ställning till den överklagade dom 1 konstaterades att det dels saknades anledning att göra ändring i domen, dels att verkställigheten av dom 2 hade påbörjats, dels att bestämmelserna i BrB kap. 34 inte var tillämpliga på den iterativa tillämpningssituation som gällde i förhållande till dom 2. Av domskälen framgår att HovR måste ha tolkat lagtexten som att BrB 34:3 överhuvudtaget inte skall tillämpas om verkställigheten av en tidigare dom har påbörjats.[28] Av lagtexten framgår emellertid, såväl av BrB 34:1 st. 1 som av BrB 34:3 st. 2, att frågan huruvida BrB kap. 34 är tillämpligt bestäms utifrån två förutsättningar, dels *när den aktuella brottsligheten är begången*, dels *när den tidigare ådömda påföljden verkställs*.

HD konstaterade att bestämmelserna i BrB kap. 34 är tillämpliga i alla instanser och att varken den omständigheten att dom 1 redan hade meddelats i TR när dom 2 avgjordes eller den omständigheten att TR i dom 2 avstod från att beakta BrB 34:3 st. 2 ändrade på detta förhållande.

Den i HD uppkomna tillämpningssituationen kan beskrivas med hjälp av följande tidsaxel.[29] Den heldragna pilen utgör en tidsaxel som anger var på skalan som brottsligheten i respektive dom är begången. Det skall framhållas att denna i båda fallen var flerfaldig. Streckad pil anger att dom 1 har överklagats. De heldragna pilarna under tidsaxeln illustrerar att den dom från vilken pilen utgår relaterar tillbaka till en tidigare dom som på något sätt har beaktats i den iterativa tillämpningssituationen (antingen genom att konsumtionsdom har meddelats eller genom att domen innebär ett undanröjande av den tidigare domen).



[28] En ledamot var dock skiljaktig.

[29] Jag har utgått från att den i dom 2 undanröjda skyddstillsynen hade utdömts i en dom (dom 0) som avgjorts före dom 1. Betydelsen av när denna dom meddelades spelar emellertid ingen roll för utgången i HD.

Rättsfallet är intressant ur flera aspekter. För det första slår HD fast att BrB kap. 34 är tillämpligt i samtliga instanser under förutsättning att en tidigare påföljd inte till fullo har verkställts. För det andra visar det, att då de olika lösningsalternativens tillämplighet bestäms av olika frister med avseende på verkställigheten, kan det uppstå synnerligen invecklade tillämpningssituationer. Den brottslighet som var föremål för bedömning i TR:s prövning i dom 2 bestod av återfallsbrottslighet begången efter tidigare dom (dom 1). Konsumtionsdom var inte möjlig eftersom förhållandet mellan brottsligheten i dom 2 och dom 1 (av naturliga skäl) inte kunde beskrivas som att brotten i dom 2 – i jämförelse med brotten i dom 1 – uppenbart var utan nämnvärd betydelse med hänsyn till påföljden i dom 1. Däremot hade domstolen kunnat beakta BrB 34:3 st. 2 vid straffmätningen. Detta hade emellertid endast givit möjlighet till viss mängdrabatt vid straffmätningen.

Genom att HD konstaterade att BrB kap. 34 är tillämpligt i samtliga instanser kom följaktligen det faktum att A hade överklagat dom 1 att medföra att HD fick anledning att vända på perspektivet och fråga om brottsligheten i dom 1, i förhållande till brottsligheten i dom 2 – med hänsyn till *påföljden i dom 2* – var uppenbart utan nämnvärd betydelse. HD ansåg att brotten i dom 1 var uppenbart utan nämnvärd betydelse och meddelade konsumtionsdom. På grund av att dom 1 överklagades blev dom 2 den "tidigare domen".

Vi får också en indikation på vad "uppenbart utan nämnvärd betydelse" kan betyda. Brottslighet av de slag som A åtalades för i dom 1, med ett straffvärde på 3 månaders fängelse, var utan sådan betydelse i förhållande till ett 4 år långt fängelsestraff.

Beträffande brott begångna *efter att påföljden börjat verkställas* (men innan den till fullo har verkställts), är situationen mer oklar. I motiven angavs att konsumtionsdom endast undantagsvis borde förekomma om brottet har begåtts efter påbörjad verkställighet.[30] Enligt ett exempel från utredningen angavs att detta kunde vara fallet om det nya brottet är av lindrig beskaffenhet och det ådömda fängelsestraffet är långvarigt.[31] Det enda som kan anses skilja detta från det generella kriteriet på att den nya brottsligheten skall vara "uppenbart utan nämnvärd betydelse" etc. är att det uppställs ett krav på att den nya brottsligheten skall vara *lindrig*. I övrigt ges ingen vägledning.

Vad till sist gäller de *synnerliga skäl*, om vilka talas i BrB 34:3 st. 1 och som kan föranleda att konsumtionsdom får väljas, ges ingen förklaring i

[30] Prop. 1962:10 C s. 394.
[31] SOU 1956:55 s. 338.

rättskällorna.[32] Av praxis framgår emellertid att sådana skäl kan bestå i att gärningsmannens sociala situation har förändrats på så sätt att det skulle äventyra den dömdes resocialisering om konsumtionsdom inte meddelas.[33] I så fall är det fråga om individualpreventiva överväganden som medför att ytterligare straff således inte skall utdömas. Det kan ifrågasättas huruvida detta är förenligt med proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling.

Ett annat tänkbart sådant skäl – dock utan att detta har angivits vara ett synnerligt skäl – skulle kunna vara den i förarbetena diskuterade situationen att domstolen istället för att döma särskilt för den nya brottsligheten väljer att förverka tidigare villkorligt medgiven frihet. Effekten av ett sådant beslut blir i allt väsentligt likartad med den som följer då domstolen utdömer ett särskilt fängelsestraff för den nya brottsligheten.

Till sist skall en anmärkning göras beträffande det förhållandet att påföljden i den tidigare domen har bestämts till sluten ungdomsvård. I ett avseende är utrymmet för att meddela konsumtionsdom större. Bestämmelsen i BrB 34:7 st. 1 är visserligen identisk med BrB 34:3 st. 1 såtillvida att den utgår från förhållandet mellan de olika brotten i relation till den tidigare påföljden. När det däremot gäller övriga skäl som kan tala för att meddela konsumtionsdom krävs endast *särskilda skäl* (BrB 34:7 st. 1). I förarbetena anges att ett sådant skäl kan vara att:

> "den tilltalade har begått ett nytt brott innan den utdömda påföljden till fullo verkställts men det förefaller olämpligt i enlighet med vad som sagts i kommentaren till 34 kap. 1 § att döma särskilt till ett kortare fängelsestraff".[34]

Frågan vad som kan utgöra särskilda skäl för att meddela konsumtionsdom aktualiserades i RH 2004:49. Fallet ger vid handen att det

[32] Jfr SOU 1956:55 s. 337 ff, Prop. 1962:10 C s. 394 f. och KBrB III s. 34:18 f. Jareborg och Zila anger "att det torde vara svårt att finna synnerliga skäl vid nyupptäckt brottslighet", dock utan att närmare beröra vad dessa består i, se Jareborg & Zila 2000 s. 159. Ståndpunkten förbryllar litet. Oavsett vilka de synnerliga skälen är kan man fråga varför skulle det vara svårare att hitta synnerliga skäl vid nyupptäckt brottslighet än vid återfall. Det citerade antyder att det skulle finnas större möjligheter att meddela konsumtionsdom när brottsligheten som behandlas i dom 2 utgör återfall.

[33] I NJA 1995 s. 711 tog HD ställning till frågan om ett tidigare utdömt fängelsestraff i vilket TR hade underlåtit att tillämpa BrB 34:3 st. 2 skulle ändras med stöd av BrB 34:10 st. 2. Den dömde hade efter domarna i TR vårdats på ett behandlingshem för drogmissbruk och var sedan flera år tillbaka drogfri och förvärvsarbetande. Enligt uppgifter i kriminalregistret hade ingen ny brottslighet aktualiserats efter behandlingen. I domskälen uttalades att den dömdes sociala anpassning kunde utgöra sådana synnerliga skäl varom talas i BrB 34:3 st. 1. I målet hade HD emellertid inte att ta ställning till frågan om konsumtionsdom kunde meddelas.

[34] Prop. 1997/98:96 s. 205.

främst är individualpreventiva intressen som ligger till grund för bedömningen av vad som utgör "särskilda skäl". Omständigheterna i fallet var följande: A hade dömts till 4 års sluten ungdomsvård för mord. Drygt 1 år efter verkställighetens början dömdes A på nytt för misshandel, vilken var begången under verkställigheten. TR dömde A i en särskild dom till fängelse i 3 månader. HovR, som ändrade TR:s dom, bestämde att den tidigare utdömda påföljden skulle omfatta även det nya brottet (BrB 34:7 st. 1). I domskälen angav HovR att det *inte* kunde anses uppenbart att det nya brottet i jämförelse med det förra med hänsyn till påföljden var utan nämnvärd betydelse. Däremot ansåg HovR att det viktiga utslussningsarbetet som skall följa i slutet av verkställigheten av den första påföljden kunde spolieras om påföljden i dom 2 bestämdes till ett särskilt fängelsestraff, vilket skulle verkställas direkt efter den slutna ungdomsvården. Eftersom det återstående straffet var förhållandevis långt och prognosen för A i viss mån god, ansåg HovR att särskilda skäl för att meddela konsumtionsdom fanns.

Eftersom det i de nu aktuella situationer är fråga om ett slags privilegiering på normnivå – vilken innebär att alla lagöverträdare inom en viss åldergrupp omfattas av särregleringen – kan det sägas att denna typ av individualpreventiva hänsyn är förenliga med toleransteorin och humanitetsprincipen. Det behöver således inte bli fråga om individualprevention på beslutsnivå. Att det finns goda skäl att generellt särbehandla brottslingar i denna ålderskategori har jag angivit tidigare.[35] Den enda slutsats man kan dra i övrigt är att utrymmet för konsumtionsdom är något större om den tidigare domen avser sluten ungdomsvård än då den tidigare domen avser ett fängelsestraff.[36]

7.2.2.3 Den tidigare domen består i en icke frihetsberövande påföljd

Om vi nu flyttar fokus till de icke frihetsberövande påföljderna, är utrymmet för att meddela konsumtionsdom väsentligt annorlunda jämfört med vad som gäller vid tidsbestämt fängelse. Bestämmelser med de närmare förutsättningarna härför finns i BrB 34:5 och 34:6. Det skall understrykas att vad som talas om i detta avsnitt är endast fullständig absorption, dvs. när den brottslighet för vilken gärningsmannen döms i dom 2 helt konsumeras av påföljden i dom 1. Utrymmet för konsumtionsdom är dock betydligt större; till detta återkommer jag i avsnitt 7.2.3.

[35] Se avsnitt 6.1. Om skälen till varför unga lagöverträdare bör särbehandlas, se bl.a. von Hirsch 2001 s. 169 ff. och Jareborg & Zila 2000 s. 151 ff.
[36] Prop. 1997/98:96 s. 205.

Av BrB 34:5 st. 1 framgår att om påföljden i dom 1 är **villkorlig dom**, kan konsumtionsdom endast komma ifråga om brottet *har begåtts före prövotidens början*. Denna frist skiljer sig från de som diskuterats ovan.[37] Som jag har angivit i avsnitt 6.2.1 börjar prövotiden att löpa från dagen då rättens avgörande vinner laga kraft genom nöjdförklaring eller på annat sätt. Det är värt att notera att denna frist är beroende av faktorer som inte har med straffmätningen att göra. Om den dömde överklagar domen, kan prövotidens början komma att förskjutas framåt, varvid verkställigheten uppskjuts i månader eller år. Det är således i allra högsta grad relativt vad som utgör "brott som begåtts före prövotidens början". Teoretiskt sett kan ju den dömde öka sina möjligheter att få en lindrigare bedömning genom att överklaga domen. Prövotidens början – och därmed verkställigheten – uppskjuts visserligen, men om ny brottslighet aktualiseras under det att den tidigare domen vilar i avvaktan på överrättens avgörande, finns på grund av utformningen av tidsfristen utrymme att meddela konsumtionsdom. Den i lagtexten stadgade fristen är emellertid betydligt snävare än vad som gäller då påföljden i dom 1 utgörs av ett tidsbestämt fängelsestraff. Som framgick ovan finns det i det sistnämnda fallet inget uttryckligt förbud mot att meddela konsumtionsdom vid återfall. Det är endast i förarbetsuttalanden och viss praxis som det framgår att tillämpningsområdet (möjligtvis) är begränsat till att avse brott begångna innan den tidigare påföljden började verkställas eller t.o.m. före den tidigare domen.[38] Beträffande villkorlig dom så *får inte* konsumtionsdom meddelas om brottsligheten härrör från tiden efter prövotidens början (BrB 34:5 st. 1).[39]

I de fall där påföljden i dom 1 har bestämts till **skyddstillsyn** gäller ingen frist motsvarande den som gäller då dom 1 avser villkorlig dom.

[37] Ursprungligen innehöll propositionen en bestämmelse som angav att förordnande om konsumtionsdom fick meddelas när det nya brottet har förövats under prövotiden endast om synnerliga skäl förelåg, se Prop. 1962:10 C s. 399. På inrådan av lagrådet togs formuleringen rörande "synnerliga skäl" bort. Som skäl att begränsa möjligheterna till konsumtionsdom då den tidigare domen är villkorlig dom till de fall där brottslighetens var begången före prövotiden, angavs "denna påföljds art och innebörd". Det var således hänsyn till påföljdsvalet och inte straffmätningen som främst aktualiserade begränsningen, se Prop. 1962:10 C s. 581. Varför just *prövotidens början* valdes motiverades inte närmare. Det får förmodas att det berodde på att en villkorlig dom uppfattades som ett villkorat anstånd med verkställighet av straff. "Under prövotiden [var] frågan om ansvar för brottet svävande och under samma tid [var] den dömde skyldig att efterkomma vad som [ålåg] honom till följd av den villkorliga domen", se SOU 1956:55 s. 126 f. Eftersom ny brottslighet under prövotiden innebar ett brott mot villkoren, kunde ny brottslighet bestående i återfall inte leda till att konsumtionsdom meddelades.

[38] Jfr ovan avsnitt 7.2.2.2.

[39] KBrB III s. 34:29.

Såväl brottslighet begången före prövotidens början som ny brottlighet begången under prövotiden kan resultera i konsumtionsdom. Enligt brottsbalkskommentaren är detta ett uttryck för en strävan att ge kriminalvård i frihet en framskjuten plats i påföljdssystemet.[40] Argumentet är inriktat på valet av påföljd. I förarbetena angavs att det avgörande är om den tidigare ådömda påföljden är en lämplig reaktion också för det nya brottet.[41] SLB syftade med all sannolikhet till att tillgodose individualpreventiva intressen vid påföljdsvalet.

Att en tidigare utdömd icke frihetsberövande påföljd kan avse även ny brottslighet kan i och för sig vara förenligt med humanitetsprincipen och intresset av att i möjligaste mån undvika ett fängelsestraff. Det innebär emellertid att tillämpningsområdet för konsumtionsdom utsträcks till att omfatta återfall under hela prövotiden, vilken vid skyddstillsyn normalt löper i 3 år räknat från dagen för domen. Vad som kan diskuteras är väl om detta är lämpligt från proportionalitetssynpunkt.

Varken BrB 34:5 eller 34:6 uppställer några egentliga kriterier för hur förhållandet mellan brotten i de olika domarna måste se ut för att konsumtionsdom skall vara lämplig. Detta ligger i sakens natur eftersom en icke frihetsberövande påföljd skall väljas för all brottslighet, vars straffvärde understiger fängelse i omkring 1 år såvida inte brottslighetens art eller återfall talar för fängelse. Det blir härigenom möjligt att från straffmätningssynpunkt låta ny brottslighet konsumeras av den tidigare domen så länge som den samlade brottslighetens straffvärde inte överstiger det angivna riktmärket för när fängelse bör väljas.

Vad gäller påföljdsvalet kan det konstateras att detta ofta kan komma att styras av den tidigare domen. En förutsättning för att kunna meddela en konsumtionsdom är att den tidigare påföljden anses vara lämplig med hänsyn till den ifrågavarande brottsligheten. Därmed inte sagt att denna påföljd skulle ha valts om domstolen hade tagit ställning enbart till den nya brottsligheten.[42]

Om vi t.ex. antar att en person verkställer en dom avseende skyddstillsyn för ett rattfylleri och därefter i dom 2 döms för skattebrott och att gärningsmannen vid denna tidpunkt egentligen inte är i behov av övervakning, torde det inte vara ovanligt att domstolar utnyttjar möjligheten med konsumtionsdom framför att utdöma en villkorlig dom vid sidan av den tidigare påföljden. Det får förmodas att detta i så fall sker med motiveringen att den dömde inte skall underkastas flera reaktioner samtidigt.

[40] KBrB III s. 34:32.
[41] SOU 1956:55 s. 337.
[42] Det är som nämnts i avsnitt 6.2.1 fullt möjligt att brottsligheten i dom 2 avser brott på bötesnivå. Se även SOU 1956:55 s. 337.

Frågan är emellertid vad som blir den egentliga skillnaden mellan att utdöma konsumtionsdom och att låta två påföljder av samma eller liknande slag verkställas parallellt.

Eftersom straffmätningen inte direkt påverkar utformningen av de icke frihetsberövande påföljderna på samma sätt som vid brott på fängelsenivå, blir det lättare att inordna lösningsalternativet konsumtionsdom i ett system byggt på proportionalitet. All nyupptäckt brottslighet begången före dom 1 kan således konsumeras så länge som villkorlig dom eller skyddstillsyn fortfarande framstår som möjliga och lämpliga att tillämpa med hänsyn till det samlade straffvärdet. Vad gäller återfallsbrottslighet blir från straffmätningssynpunkt den enda egentliga skillnaden, jämfört med nyupptäckt brottslighet, att domstolen vid bedömningen av straffvärdet inte bör göra en gemensam straffmätning. Dvs. asperationsprincipen bör inte tillämpas vid den gemensamma straffmätningen. Vid fastställandet av det värde som användas vid jämförelsen av vilken betydelse som den nya brottsligheten har för den tidigare domen, skall således ingen mängdrabatt ges.

Humanitetsprincipen torde inte spela någon avgörande roll för att motivera hur stort utrymmet för konsumtionsdom är. Dess budskap är främst att fängelse i möjligaste mån skall undvikas. Huruvida fängelse skall väljas eller inte har domstolen redan tagit ställning till när den konstaterar att påföljden i dom 2 bör bestämmas till en icke frihetsberövande påföljd.

7.2.3 Asperation förklädd till absorption

7.2.3.1 Inledning

Vad som hittills har sagts beträffande absorption har endast avsett de situationer där påföljden i dom 1 fullständigt absorberar den nya brottsligheten. Dvs. det/de nya brottet/brotten resulterar inte i någon förändring av den tidigare påföljden.

Emellertid kan flera faktorer medföra att en sådan fullständig absorption framstår som olämplig. En faktor är *straffmätningen*. Även om det inte förekommer någon obligatorisk straffmätning inom ramen för de icke frihetsberövande påföljderna kan brottslighetens sammanlagda straffvärde medföra att påföljden bör skärpas på något sätt. Andra omständigheter som kan påverka huruvida påföljden skall skärpas anknyter till *påföljdsvalet*. Brottslighetens art och förekomsten av tidigare brottslighet kan förutsätta att reaktionen skärps med avseende på påföljdens närmare utformning. Till sist påverkas möjligheten att meddela konsumtionsdom av *tiden*. Beroende på hur lång tid som har förflutit sedan dom 1 meddelades

– och således hur stor del av den tidigare påföljden som återstår att verkställa – kan utrymmet för att meddela konsumtionsdom i dom 2 vara mer eller mindre stort. Om vi t.ex. antar att påföljden i dom 1 utgjordes av en skyddstillsyn och domen meddelades 2 år och 10 månader före dom 2, kommer endast 2 månader av prövotiden att återstå. Om dom 1 däremot består av en skyddstillsyn med föreskrift om kontraktsvård och denna dom meddelades kort tid före dom 2, kan i praktiken hela påföljden i dom 1 återstå att verkställa.

7.2.3.2 Konsumtionsdom genom tillämpning av asperationsprincipen

Inledningsvis skall jag beröra en speciell fråga med anknytning till den situationen att den tidigare domen består i ett **tidsbestämt fängelsestraff** och den nya brottsligheten utgör återfall. Som nämnts ovan finns en viss restriktivitet i fråga om att meddela konsumtionsdom vid återfall. Det kan emellertid tänkas att en domstol väljer att låta viss brottslighet som utgör återfall absorberas genom att utdöma en konsumtionsdom och samtidigt modifiera den tidigare påföljden vad gäller verkställigheten. Frågan kan aktualiseras om den nya brottsligheten avser brott med ett lågt straffvärde begånget under prövotid efter att den dömde har villkorligt frigivits. Man kan i dessa situationer tänka sig att domstolen avstår från att döma särskilt och istället förverkar den villkorligt medgivna friheten enligt BrB 34:4. Asperationsprincipen kommer här till uttryck genom att domstolen på straffmätningsnivån endast delvis efterger bestraffning av den nya brottsligheten.

Det skall påpekas att det inte torde vara särskilt vanligt att denna variant av konsumtionsdom används.[43] Som angivits ovan i avsnitt 7.2.2.2 framgår av förarbetena att konsumtionsdom huvudsakligen bör användas om den nya brottsligheten är begången innan det tidigare straffet började verkställas. Lagtexten innehåller emellertid inget förbud mot att i sådana situationer använda konsumtionsdom. Det är således en möjlig lösning som visar att man kan komma till samma resultat genom användning av olika lösningsalternativ. För att avgöra om detta är en lämplig lösning av konkurrensproblematiken måste vi undersöka vad skillnaden blir jämfört med om domstolen i dom 2 istället hade valt att döma till en särskild påföljd. Det blir här nödvändigt att föregripa diskussionen om de konkurrensbestämmelser som gäller då kumulationsprincipen tillämpas.

Om domstolen väljer att döma särskilt för det nya brottet (BrB 34:1 st. 1 p. 2) och detta är begånget efter det att den tidigare domen började

[43] Se bl.a. Protokoll HSB 2004 s. 22.

verkställas, skall asperationsprincipen inte tillämpas vid straffmätningen (BrB 34:3 st. 2 e contrario). Ett separat fängelsestraff skall utmätas utan att hänsyn tas till den tidigare domen. Om domstolen istället väljer att förverka villkorligt medgiven frihet, skall förverkandet som huvudregel avse hela den återstående strafftiden (BrB 34:4 st. 1). Av BrB 34:4 st. 2 p. 1 framgår dock att rätten, som ett särskilt skäl för att endast förverka del av den villkorligt medgivna friheten, kan beakta om den nya brottsligheten i förhållande till den tidigare är av lindrig beskaffenhet, vilken den måste förmodas vara om konsumtionsdom aktualiseras. En tumregel i praxis kan vara att man inte föreverkar större del av den villkorligt medgivna friheten än som motsvarar den nya brottslighetens straffvärde. Om denna tumregel efterlevs, blir det ingen reell skillnad på att välja konsumtionsdom och att döma särskilt. Den del av den villkorligt medgivna friheten som förklaras förverkad skall – enligt BrB 26:23 och lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m. § 24 – anses som straff enligt ny dom, varvid frågan om villkorlig frigivning från detta straff kan komma ifråga. Det blir inte heller i detta avseende någon skillnad jämfört med om domstolen utdömer en särskild påföljd.

Det kan givetvis tänkas att det uppstår vissa praktiska skillnader mellan det nu diskuterade alternativet med konsumtionsdom i förening med förverkande av villkorligt medgiven frihet och att döma särskilt till ny påföljd. Det kan bli fallet om dom 1 i ett senare skede undanröjs. Vidare kan det finnas vissa optiska skäl som talar för att man borde döma särskilt. Om man anser att det råder en principiell skillnad mellan nyupptäckt brottslighet och återfall, kan det framstå som diskutabelt om domstolen förordnar att en tidigare ådömd påföljd skall avse också det nya brottet även om slutresultatet blir detsamma. Budskapet är att domstolen reagerar på att det är fråga om återfall, men efterger påföljd för det nya brottet. Men från påföljdsbestämningssynpunkt kan jag inte se att det uppstår några skillnader mellan de olika alternativen. Det visar att man kan uppnå helt likvärdiga resultat genom konsumtionsdom som genom att döma särskilt.

Möjligheterna att utdöma en konsumtionsdom, vilken modifieras genom användandet av tilläggssanktioner, är i övrigt förbehållna de situationer där den tidigare domen består i en **icke frihetsberövande påföljd**. Jag avser inte att i detalj redogöra för hur olika tilläggssanktioner kan kombineras i syfte att möjliggöra val av konsumtionsdom då den tidigare påföljden är villkorlig dom eller skyddstillsyn. Några korta exempel får räcka för att visa hur lösningsprincipen fungerar.

Lagstiftaren har gått relativt långt i syfte att möjliggöra användandet av konsumtionsdom. I BrB 34:5 st. 2 och 3 respektive BrB 34:6 st. 1–3 ges domstolen ett antal möjligheter att besluta om tilläggssanktioner till den

tidigare domen. Som exempel kan nämnas möjligheten att utdöma ett nytt bötesstraff (BrB 34:5 st. 2 och 34:6 st. 1), förena dom 1 med en föreskrift om samhällstjänst (BrB 34:5 st. 3 och 34:6 st. 2) och, om den tidigare påföljden är skyddstillsyn, utdöma fängelse enligt BrB 28:3 (BrB 34:6 st. 3).[44]

Det skall noteras att beträffade samhällstjänst och 28:3-fängelse har lagstiftaren formulerat möjligheterna som alternativ till att undanröja den tidigare påföljden. Man kan därför förmoda att undanröjande (BrB 34:1 st. 1 p. 3) är en subsidiär lösning till meddelande av konsumtionsdom (BrB 34:1 st. 1 p. 1). Går det att undvika undanröjande bör konsumtionsdom väljas. Detta kan säkerligen motiveras av intresset att påföljden skall vara ändamålsenligt anpassad efter den dömdes behov, dvs. fråga är om individualpreventiva hänsynstaganden.[45] Vid undanröjande måste domstolen välja påföljd "av annan art" (BrB 34:1 st. 1 p. 3). Om domstolen anser att påföljden bör vara av samma slag som utdömts i dom 1, återstår endast möjligheterna med konsumtionsdom eller att döma särskilt till påföljd av samma slag. Hur möjligheten att döma särskilt förhåller sig till de övriga lösningarna är oklart; till denna fråga återkommer jag i avsnitt 7.3.

Att *böter* utdömts som tilläggsstraff i dom 1 med stöd av BrB 30:8 eller 30:10 utgör inte hinder för att på nytt utdöma böter då domstolen meddelar konsumtionsdom i dom 2. Således är det fråga om kumulation av bötesstraffet och den tidigare utdömda icke frihetsberövande påföljden. Det är vidare fråga om kumulation i förhållande till eventuella tidigare (i dom 1) utdömda böter. Beträffande straffskalan för böter som tilläggsstraff är denna i dom 2 begränsad till straffskalemaximum för enkel brottslighet på bötesnivå (BrB 25:2) eller, om det är fråga om flera brott, straffskalan för flerfaldig bötesbrottslighet (BrB 25:6). Eftersom bötesstraffet i dessa situationer är ett självständigt straff – som kumuleras med en annan påföljd – gäller inga begränsningar i förhållande till ett tidigare utdömt bötesstraff.[46] Om det är fråga om flerfaldig brottslighet i både dom 1 och dom 2 blir det härigenom möjligt att för den sammanlagda brottsligheten utdöma totalt 400 dagsböter som tilläggsstraff. Det torde inte finnas några begränsningar för hur många gånger denna möjlighet kan användas. Aktualiseras ny brottslighet (nyupptäckt eller återfall) efter dom 2, och domstolen avser att meddela konsumtionsdom på nytt, kan ett ytterligare bötesstraff meddelas.

[44] Vid sidan härav finns även möjlighet att meddela föreskrifter av kvasirepressiv eller icke repressiv karaktär (BrB 34:5 st. 4 och 34:6 st. 4). Dessa kommer inte att diskuteras närmare.

[45] Att sådana intressen har legat till grund för utformningen av bestämmelserna bekräftas i utredningen, se SOU 1956:55 s. 337 och 354.

[46] Angående böter som självständig tilläggssanktion, se avsnitt 4.4.2.

Vad gäller *samhällstjänst* anges inte i lagtexten hur domstolen skall behandla situationen då sådan föreskrift redan har meddelats i dom 1. Om dom 1 avser villkorlig dom kan situationen uppkomma främst då det är fråga om nyupptäckt brottslighet eftersom konsumtionsdom inte får meddelas om brottsligheten är begången efter prövotidens början (BrB 34:5 st. 1).[47] Däremot framgår inte hur domstolen får eller bör göra om samhällstjänst redan har utdömts i dom 1. Även motsvarande situation, då domstolen i dom 1 har utdömt en skyddstillsyn, är oreglerad i lagtext. Av förarbetena framgår emellertid att domstolen i så fall "bör ... ges möjlighet att utöka antalet timmar samhällstjänst".[48] Jag kan inte se annat än att detta förarbetsuttalande bör kunna anses ge vägledning även i de fall motsvarande situation uppkommer då den tidigare domen är villkorlig dom och den nya brottsligheten är nyupptäckt. Under förutsättning att villkorlig dom i förening med samhällstjänst anses vara en möjlig och lämplig påföljd för den samlade brottsligheten, borde den dömde inte hamna i ett sämre läge endast därför att domstolen redan i dom 1 har valt denna påföljd.[49]

Till skillnad från vad som gäller då böter används som tilläggssanktion, torde det inte vara möjligt att överskrida det maximala antal timmar som stadgas i BrB 27:2a och 28:2a. Detta är konsekvent eftersom samhällstjänst inte anses utgöra en särskild (tilläggs)påföljd, utan istället en föreskrift som förenas med den icke frihetsberövande påföljden.[50] Det är således fråga om en begränsad kumulation inom skalan för det möjliga antalet timmar samhällstjänst, dvs. asperation.

En ytterligare möjlighet som skall beröras avser den i BrB 34:6 st. 3 angivna möjligheten att utdöma konsumtionsdom och samtidigt döma till *fängelse enligt BrB 28:3*. Förutsättningarna för att välja detta lösningsalternativ är för det första att en konsumtionsdom inte kan meddelas "utan att sådant förordnande förenas med frihetsberövande" (BrB 34:6 st. 3). Förutsättningarna för den aktuella formen av frihetsberövande framgår av BrB 30:11. 28:3-fängelse skall vara oundgängligen påkallat med hänsyn till brottslighetens *straffvärde* eller den tilltalades *tidigare brottslighet*. När sådan påföljd aktualiseras i en iterativ tillämpningssitua-

[47] Se även Prop. 1997/98:96 s. 98 och 204.

[48] Prop. 1997/98:96 s. 98.

[49] Jag kan vidare inte se att några praktiska komplikationer skulle kunna tillstöta på verkställighetsnivån. Om den dömde vid tiden för dom 2 verkställer en föreskrift om samhällstjänst kan denna enkelt modifieras genom att antalet timmar utökas. Har den dömde redan fullgjort det antal timmar som han ålagts att utföra, får det ankomma på den lokala kriminalvårdsmyndigheten att ordna med en ny samhällstjänstplats. Detta är frågor som kan och bör lösas på verkställighetsplanet, varför de således inte bör få påverka frågan om hur eventuell påföljdskonkurrens bör lösas.

[50] Se ovan i avsnitt 4.4.2.

tion måste det vara den samlade brottslighetens straffvärde i dom 1 och 2 som åsyftas. Detta följer av att påföljden i dom 1 kommer att vara gemensam för den samlade brottsligheten. Vid bedömningen av återfallet kan "den tidigare brottsligheten" bestå av de brott som avses i dom 1. Detta blir en följd av att en konsumtionsdom avser både nyupptäckt brottslighet och återfall.

Brottslighetens art nämns inte som en allmän förutsättning för att utdöma 28:3-fängelse, vilket enligt förarbetena beror på att det i dessa fall främst är fråga om korta fängelsestraff, vilka kan utdömas direkt utan att detta sker kumulerat med en skyddstillsyn.[51] Det är ofrånkomligt att påföljden blir strängare om kumulation av skyddstillsyn och fängelse allmänt sett skulle tillämpas för att skärpa skyddstillsynen på grund av brottslighetens art. En sådan straffskärpning var inte avsikten med denna kombinationsmöjlighet.[52] Det faktum att brottslighetens art inte nämns i BrB 30:11 bör enligt Jareborg och Zila inte uppfattas som att denna omständighet inte kan tala för att BrB 30:11 kan användas.[53]

Det är att märka att intresset av att undvika kumulation av skyddstillsyn och korta fängelsestraff endast gäller då domstolen *samtidigt* skall bestämma påföljd. I de iterativa situationerna förhåller det sig annorlunda. Här finns redan en tidigare dom avseende skyddstillsyn. Om den dömde inte skall hamna i en annorlunda position på grund av att åtalen handläggs i olika rättegångar, borde de angivna skälen mot att generellt förena skyddstillsyn med korta fängelsestraff inte längre göra sig gällande. Det borde således vara möjligt att meddela konsumtionsdom och enligt BrB 34:6 st. 3, förena denna med 28:3-fängelse. Å andra sidan blir det i praktiken mycket liten skillnad mellan denna variant av konsumtionsdom med föreskrift om 28:3-fängelse och att i dom 2 låta den tidigare skyddstillsynen kvarstå och döma särskilt till ett kortare fängelsestraff (BrB 34:1 st. 1 p. 2).[54] Den enda skillnaden blir noga taget att den dömde kommer att villkorligt friges om fängelsestraff utdöms i särskild dom medan sådan frigivning inte kommer ifråga om 28:3-fängelse utdöms som tilläggssanktion enligt BrB 34:6 st. 3.[55] Slutsatsen blir att domstolen kan uppnå i princip identiska resultat genom att tillämpa de olika lösningsalternativen i BrB 34:1 st. 1 p. 1 och 2.

[51] Prop. 1987/88:120 s. 108.

[52] Se NJA II 1979 s. 220.

[53] Som exempel anger Jareborg och Zila brottslighet med ett straffvärde på 6 månader eller mer, där brottslighetens art talar för att bestämma påföljden till fängelse, se Jareborg & Zila 2000 s. 148. I dessa fall kan skyddstillsyn i förening med 28:3-fängelse ersätta ett något längre fängelsestraff.

[54] Se t.ex. RH 1992:55.

[55] En förutsättning för att villkorligt medgiven frihet skall aktualiseras är dock att strafftiden överstiger fängelse i 1 månad (BrB 26:6).

Det anges inte i lagtexten i vilken utsträckning som det är möjligt att tillämpa BrB 34:6 st. 3 om denna påföljdskombination har utdömts redan i dom 1. Frågorna gäller dels om 28:3-fängelse kan utdömas flera gånger (i dom 3, 4 etc.), dels om straffskalan för 28:3-fängelse i så fall är begränsad till 3 månader. Det hela blir beroende av huruvida 28:3-fängelse skall uppfattas som ett separat kombinationsstraff som kumuleras med skyddstillsynen eller som en del av skyddstillsynen motsvarande vad som gäller beträffande föreskrift om samhällstjänst. Om det uppfattas som ett separat fängelsestraff som förenas (kumuleras) med skyddstillsynen torde det inte föreligga några hinder mot att flera gånger utdöma kombinationspåföljden i syfte att undvika fängelse. Om det däremot ses som en särskild föreskrift till en skyddstillsyn borde begränsningar gälla såtillvida att det i BrB 28:3 stadgade maximistraffet inte får överskridas.

Av BrB 34:1 st. 2 följer visserligen att fängelse som förenats med skyddstillsyn anses utgöra en del av skyddstillsynen. Detta har sin huvudsakliga betydelse vid undanröjande och ny gemensam dom enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3. Vid sådana förhållanden undanröjs även det fängelsestraff som har ådömts enligt BrB 28:3. Men detta säger inget om hur fängelsestraffet i övrigt förhåller sig till den ådömda skyddstillsynen. Som jag har angivit i avsnitt 4.4.2 måste 28:3-fängelse – precis som böter – vara att betrakta som en separat påföljd som förenas med skyddstillsynen. Att det råder speciella bestämmelser rörande villkorlig frigivning, undanröjande enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3 etc. innebär inte att det inte är fråga om en särskild påföljd, vilken kumuleras inom ramen för gemensam påföljd. Följaktligen borde 28:3-fängelse behandlas på samma sätt som kumulerade bötesstraff, varför det inte torde finnas några begräsningar vad gäller möjligheten att i flera olika iterativa tillämpningssituationer tillämpa BrB 34:6 st. 3. Följaktligen finns inte heller några begränsningar vad gäller antalet månader som dessa straff tillsammans kan uppgå till. Att sådana situationer i praktiken inte är särskilt vanliga hör inte till saken.

Till sist skall beröras den i BrB 34:5 st. 4 och 34:6 st. 4 stadgade möjligheten att *förlänga prövotiden* samt, beträffande skyddstillsyn, *besluta om ytterligare övervakning* under viss tid efter det att 1 år av prövotiden har förflutit. Jag angav inledningsvis i detta avsnitt att tiden kan vara av avgörande betydelse när domstolen tar ställning till om konsumtionsdom är lämplig. Är vid dom 2 den återstående prövotiden från dom 1 förhållandevis kort, torde utrymmet för att meddela konsumtionsdom i motsvarande mån vara litet. Detta gäller särskilt om brottsligheten i dom 2 utgör återfall. I syfte att ändock göra lösningsalternativet konsumtionsdom möjligt har lagstiftaren tillsett att domstolar kan förlänga prövotiden och övervakningen.

Effekten av ett sådant beslut är att prövotiden förlängs med 1 eller 2 år

vilket i praktiken innebär att slutdatum för påföljdens verkställande skjuts fram. Vid eventuell lagföring för nytt brott riskerar den dömde att *hela* påföljden undanröjs och ersätts med ny påföljd av annan art. Beträffande ett beslut om ytterligare övervakning så följer detta samma mönster som då övervakning förlängs vid misskötsamhet (BrB 28:7). Den enda begränsning som finns är att övervakningen inte kan pågå längre än tidpunkten för prövotidens utgång. En slutsats av det sagda är att lagstiftaren, genom de nu diskuterade möjligheterna att förena den tidigare påföljden med samtliga de olika beståndsdelar som tillsammans utgör en icke frihetsberövande påföljd, har skapat stora möjligheter för domstolar att utdöma konsumtionsdom.

7.2.4 Principerna bakom konsumtionsdom

I detta avsnitt skall jag försöka utvärdera lösningsalternativet konsumtionsdom. Syftet är dels att se vilken praktisk betydelse och funktion som konsumtion har, dels att se i vilken utsträckning som detta lösningsalternativ är förenligt med de i kapitel 3 diskuterade principerna om humanitet och proportionalitet.

Då den tidigare domen består i ett **tidsbegränsat fängelsestraff** kan det konstateras att humanitetsprincipen torde spela en marginell roll för frågan om konsumtionsdom är en lämplig lösning. Det kan inte anses att valet av påföljd påverkas i någon större utsträckning. Att fängelse bör utdömas har bestämts redan i dom 1. Om den nya brottsligheten kan konsumeras av det tidigare utdömda fängelsestraffet beror därför på straffmätningsskäl. Även om den brottslighet som bedöms i dom 2 inte – i sig – förskyller fängelse, kommer inget ytterligare straff att utdömas. Genom att välja konsumtionsdom undviker domstolen att ytterligare påföljd utdöms. Detta förutsätter dock att ytterligare påföljd inte anses vara nödvändig utifrån straffmätningssynpunkt.

Man skulle vidare kunna tänka sig att humanitets- eller skälighetsbedömningar ger stöd för lösningsalternativet konsumtionsdom på ett annat sätt. I vissa särskilda fall kan det tänkas att domstolar anser det vara föga ändamålsenligt att döma en person som just avslutat verkställigheten av ett längre fängelsestraff till ett nytt kortare straff av samma slag endast på den grunden att det nya brottet var begånget efter dom 1. Tanken går ut på att intresset av att vedergälla inte bör vara så starkt att man riskerar att rasera en redan dömd persons liv genom att bygga på en redan omfattande påföljd eller underkasta denne ytterligare straff under en period då han genomgår utslussning i frihet i kriminalvårdens regi. Den dömde skall således visas viss tolerans. Detta kan vara fallet både vid nyupptäckt brottslighet och vid återfall. Att ge humanitetsprincipen en sådan inne-

börd torde vara att tangera gränsen för rent individualpreventiva hänsynstaganden. Om bestämmelser av detta slag skall tillämpas, får de utgöra undantag under vissa särskilt angivna förutsättningar. De kan inte gärna göras till huvudregel.

Betraktad ur proportionalitetsprincipens synvinkel är regleringen beträffande konsumtionsdom mera problematisk. Vad först gäller *nyupptäckt brottslighet* har jag hävdat att det från proportionalitetssynpunkt är viktigt att straffmätningen återspeglar att det är fråga om flera brott. Varje nytt brott bör således påverka straffmätningen, dock inte nödvändigtvis med hela dess straffvärde. Detta talar för att konsumtion inte borde vara möjlig. Ett skäl för att acceptera konsumtion kan vara, att när det är fråga om situationer där det nya brottet i jämförelse med det förra – med hänsyn till påföljden – uppenbart är utan nämnvärd betydelse, skulle det kanske inte bli fråga om någon förändring vid straffmätningen. Den marginella betydelse som brottsligheten har för den samlade straffmätningen är då så liten att den inte skulle ha medfört någon kvalitativ förändring av straffvärdebedömningen.[56] Det skall här erinras om att vid jämförelsen enligt BrB 34:3 st. 1 skall domstolen använda det nya brottets straffvärde efter att mängdrabatt har givits.[57] Den nya brottsligheten mäts i en enhet som inte kommer att ha någon betydelse för det straff som har utdömts i dom 1. Ett exempel skulle kunna vara om dom 2 utgör ett bötesstraff eller en dom på fängelse i 1 månad, vilket skall ställas i relation till en tidigare dom på fängelse i 4 år. Teoretiskt sett är det givetvis möjligt att lägga till 7 eller 14 dagars fängelse, men i praktiken är inte det längre fängelsestraffet utmätt med en sådan precision att den nya brottsligheten verkligen i kvalitativt hänseende fordrar en ökning av straffet. Mycket talar för att det är så som bestämmelsen idag tillämpas.

Beträffande *återfallsbrottslighet* torde det däremot vara svårt att hävda att konsumtionsdom går att motivera med proportionalitetsskäl. Visserligen torde straffmätningen i dessa fall påverkas i samma begränsade utsträckning som då det nya brottet är nyupptäckt. Men vad som skiljer detta fall från det förra är att brottet är begånget efter den tidigare domen. Det hade således aldrig kunnat bedömas gemensamt med den övriga brottsligheten. Straffskalan för den samlade brottsligheten skall inte anpassas efter bestämmelserna i BrB 26:2.[58] Frågan är därför på vilken grund som straffet för den nya brottsligheten skall konsumeras av en tidigare dom.

[56] Angående liknande effekter vid straffmätning av flerfaldig brottslighet som sker vid samma tillfälle, se avsnitt 5.3.2.2.

[57] Se avsnitt 7.2.2.2.

[58] Det enda undantaget gäller om brottsligheten är begången innan den tidigare domen har börjat verkställas. Till detta återkommer jag i avsnitt 7.3.3.

Utifrån en individualpreventiv utgångspunkt kan man säkerligen motivera konsumtionsdom med att den dömde inte har varit underkastad den reaktion som har ansetts vara nödvändig för att häva dennes "samhällsfarlighet" eller "brottsliga vilja" och liknande. Men som jag har redogjort för i avsnitt 6.4 bör sådana hänsyn inte anses vara relevanta. Varför skall det faktum att den dömde tidigare begått brott kunna medföra att han helt undgår bestraffning för ny brottslighet?

Eftersom BrB kap. 34 anses vara tillämpligt i samtliga instanser kan vad som utgör "tidigare ådömd påföljd" förändras. Vad som egentligen utgör en dom avseende återfallsbrottslighet kan på grund av tillfälligheter bli en "tidigare påföljd" genom att den första domen överklagas. Det torde inte vara alldeles långsökt att tänka sig att den som vet att han inom en snar framtid kommer att dömas till ett längre fängelsestraff överklagar en tidigare dom i syfte att få påföljden i denna konsumerad.

Det är viktigt att notera jag med detta resonemang inte menar att gärningsmannen skall bedömas strängare på grund av att det är fråga om återfall. Han skall bedömas enligt de principer som gäller då någon vid ett tillfälle lagförs för ett (eller flera) brott, varken strängare eller lindrigare. Det är därför diskutabelt att använda sig av konsumtionsdom och att ge mängdrabatt när det är fråga om brottslighet begången *efter tidigare dom.*

En faktor som det emellertid inte går att bortse från är den praktiska betydelse som åtalsunderlåtelse har. Detta skulle kunna tala för att man måste acceptera konsumtionsdom även vid återfallsbrott. Beträffande såväl nyupptäckt brottslighet som återfall kan åklagare meddela åtalsunderlåtelse, varigenom fortsatta konkurrensproblem elimineras. Från proportionalitetssynpunkt kan givetvis samma anmärkningar riktas mot att ett sådant beslut kan omfatta återfallsbrottslighet, som de som ovan har framförts mot att det skall vara möjligt att i dessa fall meddela konsumtionsdom. Som vi emellertid har sett har detta (processrättsliga) institut delvis andra syften än att tillgodose intresset av proportionalitet. Även om tanken ursprungligen var att tillämpningsområdet för BrB 34:3 st. 1 skulle vara identiskt med tillämpningsområdet för RB 20:7 p. 3, så har åtalsunderlåtelse allmänt sett ett mycket vidare tillämpningsområde än konsumtionsdom. Att acceptera konsumtionsdom beträffande återfallsbrottlighet måste bygga på likabehandlingsprincipen. Syftet med BrB 34:1 st. 1 p. 1 blir i så fall att det inte skall råda någon skillnad mellan de situationer då en åklagare anser sig kunna meddela åtalsunderlåtelse och då en domstol överväger konsumtionsdom. Detta bekräftar vad jag tidigare har sagt om att uppenbarhetsrekvisitet i BrB 34:3 bör tas bort.

Sammantaget synes det som om konsumtionsdom vid *nyupptäckt brottslighet* kan motiveras utifrån proportionalitetsprincipen under förutsätt-

ning att det rör sig om brottslighet som inte skulle ha påverkat straffmätningen. Den jämförelse som skall göras baserar sig på den betydelse brottsligheten skulle ha givits om den hade bedömts gemensamt med brottsligheten i den tidigare domen. Annorlunda uttryckt: asperationsprincipen skall tillämpas vid straffmätningen. Beträffande *återfall* kan möjligheten att meddela konsumtionsdom endast förklaras med hänvisning till att möjligheten att meddela åtalsunderlåtelse omfattar brott begångna efter tidigare dom och att likabehandlingsprincipen förutsätter att processuella tillfälligheter inte skall få leda till att gärningsmannen behandlas på olika sätt. Att skälet hämtas från en annan disciplin inom juridiken gör inte BrB 34:3 st. 1 immun mot kritik.

Om man härefter skall försöka analysera konstruktionen bakom konsumtionsdom vid **icke frihetsberövande påföljder**, tror jag att det ännu en gång är nödvändigt att skilja mellan olika nivåer, nämligen straffmätningsnivån och nivån för val av påföljd.

Vad först gäller *påföljdsvalet* är det i dessa fall fråga om tillämpning av absorptionsprincipen genom att dom 1 görs gemensam för den samlade brottsligheten. Där upphör emellertid absorptionen. Tanken jag väckte i avsnitt 4.4.2 är att hela konstruktionen med gemensam påföljd i det närmaste kan betraktas som en rättslig fiktion. Att det inte är fråga om en gemensam påföljd i annat än i en mycket uttunnad form är än mera tydligt i de iterativa tillämpningssituationerna. Även om det är fråga om *en* påföljd, vilken är gemensam, kan ju denna många gånger bestå av flera olika moment. På grund av de mycket stora möjligheter som finns att förena en tidigare dom med böter, samhällstjänst, 28:3-fängelse etc. kan man fråga hur "gemensam" en konsumtionsdom egentligen är. Om man därutöver beaktar möjligheterna att enligt BrB 34:5 st. 4 och 34:6 st. 4 förlänga prövotiden och övervakningen, uppkommer frågan vad som överhuvudtaget gör det berättigat att tala om att den "tidigare domen" skall avse även ny brottslighet. Detta gäller särskilt i de fall då de nya tilläggssanktionerna utdöms på grund av ny brottslighet som utgör återfall. Man borde kanske ställa frågan varför de olika brotten överhuvudtaget bör följas av en gemensam påföljd. Skulle man inte kunna nå identiska resultat genom att – med stöd av BrB 34:1 st. 1 p. 2 – helt enkelt utdöma en ny påföljd? Låt oss se på ett exempel.

Antag följande situation: A döms i TR för brotten X och Y till skyddstillsyn i förening med böter. Efter 2 år döms A på nytt för brott Z. Påföljden för brott Z anses kunna stanna vid en icke frihetsberövande påföljd. När TR tar ställning till om den tidigare påföljden skall kunna omfattas av den nya brottsligheten, når den slutsatsen att den resterande prövotiden är för kort och att A är i behov av övervakning. TR beslutar därför enligt BrB 34:6 st. 4 om övervakning i 1 år samt att prövotiden skall förlängas.

Med hänsyn till att det är fråga om återfall, utdömer TR vidare dagsböter enligt BrB 34:6 st. 1.[59]

Vari består den reella skillnaden mellan detta exempel och att TR i dom 2 istället utdömer en ny skyddstillsyn i förening med böter? Likheterna är stora. Om domstolen dömer särskilt till skyddstillsyn kan den nya brottsligheten bestraffas med prövotid, övervakning och eventuellt förenas med ett bötesstraff. I exemplet blev motsvarande påföljdskombination möjlig genom att den tidigare domen förstärks med tilläggssanktioner. Vissa skillnader kan emellertid noteras. Prövotiden kan komma att bli något längre om A döms särskild till en ny skyddstillsyn.[60] Vidare kommer en parallell verkställighet av de olika påföljderna att bli nödvändig. Den dömde kommer i formellt hänseende att underkastas flera prövotider och eventuellt flera föreskrifter. Men detta är ett problem som enkelt kan lösas på verkställighetsnivån.[61] Min slutsats är att inga – eller mycket få – skillnader finns mellan att döma särskilt och att meddela en konsumtionsdom, vilken förstärks med tilläggssanktioner.

Ett problem i sammanhanget är, att enligt brottsbalkskommentaren torde det i ovanstående exempel "i allmänhet inte finnas anledning att med tillämpning av punkt 2 på nytt döma till ... skyddstillsyn".[62] Istället *skall* möjligheterna med konsumtionsdom väljas. Samtidigt anges i kommentaren att något förbud mot att utdöma en ny icke frihetsberövande påföljd inte finns.[63] Detsamma gäller om påföljden hade varit villkorlig dom. Den i kommentaren redovisade uppfattningen är motsägelsefull. Varifrån denna ståndpunkt är hämtad är oklart. Eventuellt rör det sig om en missuppfattning. Förmodligen har man dock utgått från det tidigare diskuterade syftet med de aktuella konkurrensbestämmelserna, nämligen

[59] Det är viktigt att här understryka att påföljdsvalet i dom 2 görs utifrån den brottslighet som där föreligger till bedömning. *Vad* A tidigare är dömd till skall inte påverka domstolens val av påföljd enligt BrB 30:4. *Att* A tidigare är dömd kan givetvis påverka påföljdsvalet om det är fråga om återfall.

[60] Prövotiden kommer att löpa i 3 år efter det att påföljden börjar verkställas. Om prövotiden endast förlängs enligt BrB 34:6 st. 4, kan detta ske med högst 2 år. Beroende på hur stor del av den tidigare övervakningen som kvarstår kan följaktligen prövotiden vid en ny dom komma att bli något längre. Detsamma gäller beträffande förhållandet mellan att utdöma en ny villkorlig dom och att förlänga prövotiden enligt BrB 34:5 st. 4.

[61] Vad gäller prövotid så kan ju dessa löpa parallellt helt oberoende av åtgärder från frivårdsmyndigheterna. Om en övervakare har förordnats för en person redan i dom 1 och särskilda föreskrifter har meddelats enligt t.ex. 28:6 i dom 2, kan verkställighetskonkurrensen lösas genom att frivården åläggs att samordna verkställigheten. Sådana situationer uppkommer ju redan idag.

[62] KBrB III s. 34:12. Med "punkt 2" avses BrB 34:1 st. 1 p. 2.

[63] KBrB III s. 34:12.

att domstolar, för att främja den dömdes resocialisering, bör sträva efter att undvika att åstadkomma påföljdskombinationer där flera behandlingar eller reaktioner drabbar denne parallellt. Av denna anledning bör konsumtionsdom meddelas framför utdömande av ny påföljd av samma eller liknande slag.

Vid en jämförelse med förarbetena framgår emellertid motsatt ståndpunkt. I förarbetena angav SLB följande:

> "Vad som anförts om olämpligheten av att två påföljder som syftar till behandling samtidigt skall verkställas mot den dömde, kan icke i och för sig åberopas mot en sådan tillämpning av 2 § 2 [nuvarande BrB 34:1 st. 1 p. 2. Min anmärkning.] att påföljd av samma art ådömes på nytt. Den som dömts till skyddstillsyn bör alltså kunna för annat brott på nytt dömas till skyddstillsyn."[64]

Trots att man vid utarbetandet av BrB kap. 34 strävade efter att undvika att flera påföljder verkställdes parallellt och därför gav lösningsalternativet konsumtionsdom ett vidsträckt tillämpningsområde, fanns inget förbud mot att döma särskilt till ny påföljd av samma art. Däremot konstaterade SLB att domstolen "i stor utsträckning [kan] nå samma resultat genom att i samband med förordnande om konsumtionsdom ... förlänga prövotiden".[65]

Kontentan är att man kan komma till (i princip) samma resultat oavsett om man dömer särskilt eller om man använder sig av konsumtionsdom. Detsamma gäller övriga varianter av konsumtionsdom med förstärkande inslag. Varför SLB ansåg det vara lämpligare att utdöma konsumtionsdom framgår inte, men med all sannolikhet berodde det på det s.k. behandlingsargumentet.[66] En första slutsats av det sagda är således att det inte är fråga om någon egentlig konsumtion (absorption eller urval). Det är asperationsprincipen – förklädd till absorption – som ligger till grund för regleringen. Noga taget är det endast ramen för påföljdsbestämningen som består i absorption genom att den nya brottsligheten hänförs till dom 1. I syfte att tillgodose att straffmätningen kommer till uttryck i påföljden kan domstolen lägga till praktiskt taget alla tilläggssanktioner som står till buds i BrB 30:7–11 och därutöver föreskrifter av olika slag.

Det faktum att valet av påföljd i BrB kap. 30 görs oberoende av hur en eventuell tidigare dom ser ut gör det också tydligt att humanitetsprincipen inte kan spela någon avgörande roll för huruvida konsumtionsdom

[64] SOU 1956:55 s. 340.
[65] SOU 1956:55 s. 340.
[66] Se ovan i avsnitt 6.3.3.

av det nu aktuella slaget är en lämplig lösning på de aktuella konkurrensproblemen. Möjligheten att förordna att ny brottslighet skall omfattas av en tidigare dom förutsätter således att den påföljdsform som används i dom 1 anses vara en lämplig påföljd för den samlade brottsligheten. Att detta resultat åstadkoms genom att man förenar den tidigare påföljden med förstärkande inslag, innebär inte att man i dom 2 kan undvika att utdöma ett fängelsestraff. För det fall att brottsligheten i dom 2 anses förskylla fängelse på grund av t.ex. brottslighetens art, torde – om straffvärdet är lågt eller måttligt – domstolen regelmässigt döma särskilt för denna (BrB 34:1 st. 1 p. 2). Är straffvärdet högre aktualiseras frågan om den tidigare påföljden skall undanröjas enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3. Till detta återkommer vi i avsnitt 7.4.

Om vi övergår till nivån rörande *straffmätning*, kan i allt väsentligt samma aspekter anläggas här. Från straffvärdesynpunkt kommer den nya brottsligheten – oavsett om denna utgör nyupptäckt brottslighet eller återfall – att återspeglas i de olika förstärkande inslagen som kan förenas med den tidigare domen. Skälen för att utdöma t.ex. böter (BrB 34:5 st. 2 och 34:6 st. 1), samhällstjänst (BrB 34:5 st. 3 och 34:6 st. 2) eller fängelse (BrB 34:6 st. 3), bygger till väsentlig del på straffvärdebedömningar. Det är inte fråga om någon fullständig absorption eller konsumtion. Tvärtom finns alla möjligheter att låta den nya brottslighetens straffvärde på något sätt komma till uttryck i konsumtionsdomen. Detta innebär inte att den nya brottslighetens hela straffvärde måste komma till uttryck. I enlighet med vad som ovan har sagts beträffande tidsbestämda fängelsestraff, bör straffmätning göras såsom om brottsligheten hade blivit bedömd i ett sammanhang under förutsättning att den nya brottsligheten är begången inom de i lagtexten angivna tidsfristerna. Om så är fallet förutsätter principen om gemensamt straff att mängdrabatt ges vid straffmätningen. Detta kan få betydelse för t.ex. storleken på bötesstraffet eller antalet timmar samhällstjänst som förenas med den tidigare domen.

Till sist skall något sägas om vad som kan påverka bedömningen av när konsumtionsdom är möjlig att meddela samt när och i vilken utsträckning som tilläggssanktioner anses böra förekomma.

Från proportionalitetssynpunkt är det här givetvis en avsevärd skillnad mellan om den nya brottsligheten – som behandlas i dom 2 – utgör nyupptäckt brottslighet eller återfall. Om vi antar att det är fråga om *nyupptäckt brottslighet*, spelar det mindre roll hur den resterande verkställigheten av dom 1 ser ut. Om en konsumtionsdom meddelas står det klart att den nya brottsligheten inte förskyller ytterligare påföljd utöver vad den dömde redan undergått till följd av dom 1. Om det nyupptäckta brottet på sin höjd skulle ha medfört att ytterligare böter utdömdes, kan detta ske inom ramen för konsumtionsdomen (BrB 34:5 st. 2 och 34:6

st. 1). Om den dömde inte har återfallit i brott finns inga behov av att förlänga prövotiden eller besluta om övervakning. En konsumtionsdom innebär endast att man hänför gammal brottslighet till en tidigare dom, där påföljden till stora delar har verkställts.

Det finns emellertid situationer där tidsaspekten skulle kunna bli problematisk. Detta beror på att konsumtionsdom är möjlig endast så länge den tidigare påföljden inte till fullo har verkställts. Om vi antar att domstolen i dom 2 vill meddela konsumtionsdom och anser sig behöva förena denna med en föreskrift om samhällstjänst, kontraktsvård eller 28:3-fängelse, kan det tänkas att vad som återstår av påföljden i dom 1 är så kort att detta inte är möjligt.

Under förutsättning att den tidigare påföljden fortfarande verkställs och brottsligheten är så allvarlig att samhällstjänst eller BrB 28:3-fängelse aktualiseras, torde problemet kunna lösas genom att prövotiden förlängs enligt BrB 34:5 st. 4 respektive 34:6 st. 4. Vid dessa förhållanden kan en förlängning av prövotiden inte ses som särskilt betungande. Alternativet är ju att en ny påföljd av samma slag utdöms. I så fall kommer en prövotid likväl att utdömas, dock med den skillnaden att denna normalt är längre än om en förlängning sker enligt BrB 34:5 st. 4 och BrB 34:6 st. 4.

Men det kan å andra sidan hända att den tidigare påföljden, vid tidpunkten för dom 2, till fullo har verkställts. Detta är inte osannolikt om fråga om konsumtionsdom uppkommer t.ex. först i HovR. I förarbetena anges att i dessa fall torde den enda lösningen vara att i enlighet med BrB 34:1 st. 1 p. 2 döma särskilt till ny påföljd.[67] Detta innebär att den dömde kommer att underkastas en ny prövotid samt – om det är fråga om skyddstillsyn – en ny period av övervakning. Ett sådant synsätt kan innebära problem från proportionalitetssynpunkt. Utifrån det i avsnitt 6.3.2 diskuterade rättviseargumentet borde den dömde inte hamna i ett sämre läge endast på grund av att olika åtal blir föremål för prövning i olika rättegångar. Detta måste rimligtvis gälla även om viss brottslighet har upptäckts först efter det att den tidigare påföljden till fullo har verkställts. Om tillfälligheter av olika slag inte bör få påverka straffmätningen eller valet av påföljd, framstår det som omotiverat att han vid en senare dom inte får tillgodoräkna sig den påföljd han faktiskt undergått samt att man vid straffmätningen tar hänsyn till asperationsprincipen.

Detta aktualiserar ett ytterligare problem som inte har uppmärksammats i förarbeten eller reglerats i lagtexten. Om straffvärdet hos den nyupptäckta brottsligheten ligger på fängelsenivå, kommer det i de aktuella

[67] SOU 1956:55 s. 340.

situationerna att saknas lagstöd för att underskrida straffskaleminimum.[68] Om böter inte ingår i straffskalan, kan på detta sätt en ny icke frihetsberövande påföljd komma att aktualiseras flera år efter den tidigare domen. Situationen kan säkerligen i många fall lösas genom att åtalsunderlåtelse meddelas, men det kan inte uteslutas att situationen uppkommer i domstol. I så fall är regleringen otillfredsställande från proportionalitetssynpunkt. Det finns ingen rimlig anledning till varför någon skall vara underkastad prövotid och eventuellt övervakning under dubbelt så lång tid som skulle ha blivit fallet om brotten hade bedömts gemensamt. Problemet kan enkelt lösas genom en ändring i BrB kap. 34, varvid domstolen ges möjlighet att i dylika fall underskrida straffskalan och utdöma böter istället.

Om det däremot är fråga om *återfall* är utgångspunkten att den dömde skall bestraffas utifrån den nya brottslighetens straffvärde. Om frågan om konsumtionsdom aktualiseras och det visar sig att mycket litet återstår att verkställa av den tidigare påföljden, kommer den nya brottsligheten – såväl ur teoretiskt som praktiskt perspektiv – att gå obestraffad om konsumtionsdom meddelas. Lösningen av konkurrenssituationen utgör ett problem om man önskar upprätthålla proportionalitetsprincipen. Eftersom det är fråga om återfall är det ingen tillfällighet att någon gemensam påföljd inte har utdömts tidigare. Den dömde har således inget berättigat krav på att få en konsumtionsdom meddelad med avseende på den nya brottsligheten. Att det från proportionalitetssynpunkt framstår som olämpligt accentueras av det faktum att mycket litet återstår av den tidigare påföljden. Vad som däremot utgör en tillfällighet är om det överhuvudtaget finns en tidigare dom som kan konsumera den nya brottsligheten. Likaså är det tillfälligheter som avgör i vilken utsträckning som denna påföljd har verkställts. Om återfallsbrottslingar erhåller konsumtionsdom, och sådan uppfattas som lindrigare än att erhålla en ny särskild påföljd för det nya brottet, äventyras likabehandlingsprincipen. Att det kan upplevas som strängt att utdöma och kumulera en ny påföljd efter en tidigare dom som inte har verkställts beror främst på att effekterna av påföljden blir tydliga när den dömde skall verkställa påföljderna i ett sammanhang (oavsett om verkställigheten skall ske parallellt eller seriellt). Men om straffet har utmätts proportionellt, hänsyn har tagits till eventuella billighetsskäl och domstolen enligt gällande bestämmelser i möjligaste

[68] Jfr den situationen att påföljden i dom 1 består i ett fängelsestraff. Enligt BrB 34:3 st. 2 finns då möjlighet att utdöma ett lindrigare straff än vad som är stadgat för brottet (dvs. böter). Motsvarande bestämmelse finns inte om den tidigare domen avsett en icke frihetsberövande påföljd. Möjligtvis kan man tänka sig att BrB 29:5 p. 7 kan bli tillämplig (en i förhållande till brottets art ovanligt lång tid har förflutit sedan brottet begicks).

mån har sökt undvika att bestämma påföljden till fängelse, kan jag inte se att det inom ramen för gällande påföjdsbestämningslära finns utrymme att ytterligare jämka summan av påföljderna endast på den grunden att verkställigheten kommer att ske i ett sammanhang. Om resultatet upplevs som *för* strängt, bör man kanske fråga sig vad det egentligen är som orsakar detta. Enligt min uppfattning beror detta på påföljdsbestämningsreglerna (genom att vi mäter ut för långa straff och väljer för ingripande påföljder) och inte på det faktum att verkställigheten kan komma att sammanträffa. Om man hävdar motsatsen hamnar man farligt nära det i avsnitt 4.3.2 diskuterade intensitetsargumentet, enligt vilket ett skäl till strafflindring är att lidandet vid bestraffning ökar progressivt med tiden som straffet eller påföljden verkställs.

Som har framgått i detta avsnitt har jag ställt mig mera avvisande till konstruktionen med konsumtionsdom i förening med tilläggsstraff (asperation) än till då konsumtionsdom används för att fullständig absorbera den nya brottsligheten. Jag vill understryka att kritiken inte beror på de resultat som man faktiskt uppnår genom att utdöma konsumtionsdom i förening med tilläggssanktioner. Istället riktar den sig mot att lösningsalternativet konsumtionsdom i många avseenden kan upplevas som onödigt och bitvis tillkrånglat.

Lagstiftaren har emellertid ansträngt sig för att möjliggöra användandet av konsumtionsdom. Som framgått ovan är dessa möjligheter (eventuellt) större än vad man i praxis anser vara lämpligt. De skäl som åberopats för att använda konsumtionsdom i förening med tilläggspåföljder är genomgående att man har velat undvika att den dömde drabbas av flera reaktioner eller underkastas flera behandlingar. Det kan vidare inte uteslutas att ett ytterligare skäl till varför konsumtionsdom framstår som mer lämplig än ny särskild dom är att lagstiftaren vid tiden för BrB:s tillkomst hade en syn på återfall som främst motiverades av behandlingsideologiska intressen.[69] Om den dömde inte hade varit underkastad hela den reaktion som i dom 1 ansetts vara nödvändig, bör han bestraffas annorlunda men inte nödvändigtvis strängare. Härigenom blir det möjligt att låta tidigare pågående påföljder omfatta ny brottslighet om det bäst anses befrämja den dömdes återanpassning. Frågan är om sådana skäl duger idag för att ligga till grund för lösningar på konkurrensproblem.

Avslutningsvis finns anledning att understryka att även om man kan åstadkomma samma resultat vad gäller straffmätning och påföljdsval genom de diskuterade varianterna att meddela konsumtionsdom (BrB 34:1 st. 1 p. 1) och att döma särskilt (BrB 34:1 st. 1 p. 2), är det inte säkert

[69] Se ovan i avsnitt 6.4.3.2.

att valet inte kan ges betydelse i ett senare skede. Det kan nämligen tänkas att dom 1 och 2 senare blir föremål för en ny iterativ tillämpningssituation och att rätten beslutar att någon av dem eller båda skall undanröjas enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3. Denna fråga kommer att behandlas i avsnitt 7.4.

7.3 Särskild dom

7.3.1 Inledning

Vi övergår nu till det andra lösningsalternativet som består i att domstolen i dom 2 utdömer en särskild påföljd för den nya brottsligheten. På ett övergripande plan kan lösningsalternativet särskild dom sägas bygga på *kumulationsprincipen*. Genom att utdöma en ny särskild dom kumuleras påföljderna, varigenom konkurrensproblemet löses på domsnivån. Eventuella effekter av att flera påföljder skall verkställas samtidigt flyttas till verkställighetsnivån.

Att lösa iterativa konkurrensproblem genom att utdöma en särskild påföljd är onekligen en enkel lösning. Domstolen slipper på detta sätt ta ställning till hur påföljderna skall anpassas till varandra. Av tidigare kapitel har framgått att kumulationsprincipen som generell lösning ofta leder till stränga resultat, vilka inte alltid anses vara lämpliga.[70] Frågan är om motsvarande hänsyn gör sig gällande i de nu aktuella tillämpningssituationerna, vilket förutsätter att vi undersöker *när* det anses vara lämpligt att välja lösningsalternativet särskild dom (BrB 34:1 st. 1 p. 2).

Som framgick i avsnitt 7.2 är det ofta svårt att hitta anvisningar för när ett av lösningsalternativen skall väljas. I avsaknad av uttryckliga anvisningar, får man gå baklänges in i problematiken. Att få besked om vad man bör göra härleds ur motsatsen till vad man inte bör göra. Annorlunda uttryckt: det lämpliga härleds ur det icke olämpliga.

Inför den fortsatta framställningen tror jag att det är nödvändigt att göra vissa grundläggande påpekanden angående lösningsalternativet särskild dom.

För det första måste utgångspunkten vara att påföljder skall verkställas. Även om den tidigare domen inte vinner rättskraft i påföljdsdelen på samma sätt som ansvars- och skuldfrågor gör i förhållande till den beskrivna gärningen, måste man utgå från att såväl lagstiftaren som domstolar menar vad de säger när en viss påföljd utdöms.[71] Om t.ex. A döms för grovt rattfylleri till fängelse i 1 månad, så skall han frihetsberövas i 30 dagar. Om A ett eller två år senare begår ett bedrägeri och döms till vill-

[70] Se avsnitt 4.4.2.

[71] Angående rättskraftens betydelse på påföljdsplanet, se avsnitt 1.2.2.5.

korlig dom, så skall han underkastas en prövotid om 2 år. De regler som styr hanteringen av iterativa tillämpningssituationer är inte utformade så att hänsyn *alltid* skall tas till tidigare domar. Som framgick av avsnitt 6.2.1 är en förutsättning för att BrB kap. 34 skall bli tillämpligt att den nya brottsligheten är begången före den tidigare domen eller under tid då den tidigare påföljden fortfarande verkställs. Såtillvida kan man säga att kumulation av olika påföljder är huvudregel. Först när påföljderna kommer att sammanträffa på verkställighetsplanet aktualiseras bestämmelserna i BrB kap. 34, varvid påföljden kan komma att modifieras.

För det andra kan man säga att domstolen alltid kan välja att lösa konkurrensproblem genom att döma särskilt. Det krävs inga särskilda förutsättningar motsvarande de som gäller konsumtionsdom och ny gemensam dom (undanröjande). I vissa fall finns inga alternativ till att döma särskilt till ny påföljd. Däremot måste domstolen i vissa fall vid utdömandet av en särskild dom ta hänsyn till den tidigare påföljden. Det finns därför anledning att skilja mellan fall där det är fråga om fullständig kumulation och fall där det är fråga om någon form av asperation.

7.3.2 Fullständig kumulation

7.3.2.1 Den tidigare domen är ett tidsbestämt fängelsestraff

7.3.2.1.1 Inledning

Med fullständig kumulation avser jag att domstolen i dom 2 utdömer en separat påföljd för den nya brottsligheten och därvid vid påföljdsbestämningen inte tar någon hänsyn till en tidigare dom. Att sådan hänsyn varken tas vid straffmätningen eller valet av påföljd kan bero på att domstolen inte får beakta den tidigare domen eller att den anser att ett beaktande är olämpligt. Fullständig kumulation kan komma att aktualiseras både då påföljden i dom 1 är ett tidsbestämt fängelsestraff och då den är en icke frihetsberövande påföljd.

När den tidigare påföljden (dom 1) utgörs av ett tidsbestämt fängelsestraff beror möjligheterna att använda fullständig kumulation på vilken påföljd domstolen anser att den tilltalade bör ådömas i dom 2. Som angivits tidigare skall inte den tidigare domen styra domstolen i *påföljdsvalet* vid dom 2. Det står domstolen fritt att bestämma påföljden till praktiskt taget vilken påföljd eller påföljdskombination som helst.[72] Det är således möjligt att i dom 2 bestämma påföljden till överlämnande till särskild vård eller böter. Det kan emellertid förekomma att regleringen i BrB

[72] SOU 1956:55 s. 335 f. samt KBrB III s. 34:8 och 34:12.

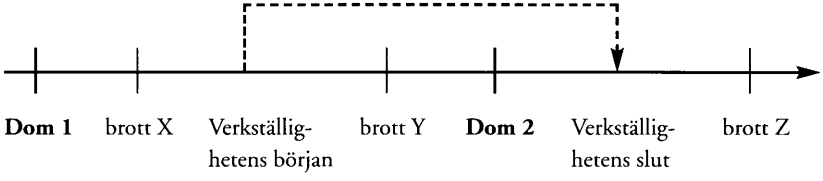
kap. 34 – eller snarare principerna bakom regleringen – uppfattas så att den tidigare domen bör ges betydelse.

Vi skall nu övergå till att närmare undersöka lösningsalternativet att döma till särskild påföljd då den tidigare påföljden består i ett fängelsestraff. I dom 2 kan domstolen antingen ha nått slutsatsen att den tilltalade bör dömas till ett nytt fängelsestraff eller en icke frihetsberövande påföljd. Jag behandlar dessa situationer var för sig. Som tidigare kommer jag att skilja mellan straffmätningsnivån och nivån för val av påföljd.

7.3.2.1.2 Den nya domen avser ett tidsbestämt fängelsestraff

I de nu aktuella fallen ser tillämpningssituationen ut på följande vis. Den tilltalade är tidigare dömd till ett tidsbestämt fängelsestraff och domstolen har i dom 2 preliminärt funnit att påföljden bör bestämmas till ett nytt fängelsestraff. Den nya brottsligheten (nyupptäckt brottslighet eller återfall) är begången innan den tidigare påföljden till fullo har verkställts.

Resultatet av konkurrenslösningen kan i så fall bli fullständig kumulation om det är fråga om återfall och det inte anses vara möjligt att utdöma en konsumtionsdom enligt BrB 34:3 st. 1. Detta betyder att den nya brottsligheten i jämförelse med brottsligheten i dom 1 – med hänsyn till påföljden – inte anses vara uppenbart utan nämnvärd betydelse. I annat fall skall normalt konsumtionsdom meddelas.[73] Vidare måste det vara fråga om återfallsbrottslighet begången *efter* det att det tidigare fängelsestraffet har börjat verkställas (BrB 34:3 st. 2 e contrario). Det sagda kan illustreras med följande bild.



[73] Man kan diskutera hur beslutsgången vid valet av konkurrenslösning ser ut. Enligt min mening måste domstolen ha gjort en preliminär bedömning av hur den nya brottsligheten bör bestraffas innan möjligheten att meddela konsumtionsdom undersöks. För att kunna avgöra huruvida konsumtionsdom bör väljas är det främst ett preliminärt straffmätningsvärde som behövs för att avgöra huruvida den nya brottsligheten i jämförelse med den tidigare uppenbart är utan nämnvärd betydelse. Vad gäller valet av påföljd är det för frågan om konsumtionsdom inte nödvändigt att domstolen i dom 2 anser att den nya brottsligheten bör bestraffas med fängelse. Angående konsumtionsdom, se avsnitt 7.2.2.2.

Avgörande för om en särskild dom skall innebära fullständig kumulation är således om brottsligheten är begången före *verkställighetens början*. I dessa fall är det fråga om en iterativ tillämpningssituation, där konkurrensen löses genom fullständig kumulation. Är brottsligheten begången före den tidigare domen eller innan det tidigare straffet började verkställas (brott X), gäller särskilda regler beträffande straffmätningen. Det är då inte längre fråga om fullständig kumulation. Till de särskilda bestämmelser som gäller i dessa fall återkommer vi i avsnitt 7.3.3. Är brottsligheten begången efter att verkställigheten av den tidigare påföljden har upphört (brott Z) kommer påföljderna att kumuleras, men i så fall skall påföljden i dom 2 utdömas utan att BrB 34:1 st. 1 p. 2 åberopas. Det är då inte fråga om en iterativ tillämpningssituation.[74]

Varför gränsen skall dras vid tidpunkten för då den tidigare påföljden börjar verkställas är inte alldeles enkelt att motivera. SLB anslöt sig i förarbetena till 1937 års utredning i vilken den nu angivna fristen valdes som ett slags kompromiss mellan att förlägga gränsen vid å ena sidan verkställighetens upphörande och å andra sidan tidpunkten för den tidigare domen.[75] Syftet var att skapa förutsättningar för materiellt lämpliga resultat och skälen var utan tvekan präglade av individualpreventiva hänsyn. I förarbetena till 1938 års reform återgavs följande citat ur SOU 1923:9, vilket åberopades som stöd för att utsträcka området för tillämpning av principen om gemensamt straff till tidpunkten då påföljden i dom 1 börjar verkställas.

> "[F]örbrytaren har ännu icke varit underkastad hela den reaktion, som i den förra domen ansetts erforderlig för att häva hans då till uttryck komna samhällsfarlighet. I den mån det kan antagas, att det nya brottet skulle ha uteblivit, om det förut ådömda straffet varit i sin helhet verkställt vid tidpunkten för brottets begående, föreligger tydligen intet behov av att låta detta nya brott åtföljas av hela den reaktion, som därför varit nödvändig, om det inträffat först efter avslutad straffverkställighet".[76]

Den syn på återfall som kommer till uttryck i citatet motsvarar vad jag i avsnitt 6.4.3.2 har beskrivit som återfallsskärpning som ett led i en pågående behandling. I utredningen uppmärksammades visserligen att det inte kunde vara intresset av att motverka betydelsen av processuella tillfälligheter som motiverade att principen om gemensamt straff skulle utsträckas till att omfatta bestraffningens verkställande. Samtidigt konstaterades att om man beträffande konkurrensreglerna uppställer som huvudändamål att de skall leda till materiellt lämpliga resultat, borde inte

[74] Vi återkommer strax nedan till brott Y.
[75] Se SOU 1956:55 s. 345 och SOU 1937:24 s. 85 ff. Se även SOU 1923:9 s. 396.
[76] SOU 1937:24 s. 85. Det citerade stycket finns i SOU 1923:9 s. 395.

straffdomen utgöra den naturliga gränsen för bestämmelsernas tillämpningsområde.[77] Av det sagda torde framgå att med "materiellt lämplig" avsågs dels att påföljden i dom 2 skulle anpassas efter den dömdes behov vid tidpunkten för den aktuella lagföringen, dels att man vid bedömningen av den dömdes straffvärdighet skulle beakta huruvida den tidigare påföljden hade verkställts till fullo eller inte.

I utredningen framfördes därefter flera argument mot att förlägga gränsen för bestämmelsernas tillämpningsområde vid straffdomens meddelande. Det ansågs bl.a. vara svårt att med någon exakt precision ange när domens varnande funktion skulle ges verkan. Vidare angavs att frågan huruvida den dömde uppfattade domen som en varning var en subjektiv omständighet, vilken var beroende av sättet som domslutet meddelades på och om han accepterade domslutet eller inte.[78] Slutsatsen blev att tidpunkten för den tidigare domen inte var en lämplig brytpunkt. Vad som däremot inte närmare motiverades var varför just verkställighetens början valdes som gräns. Av de skäl som anfördes i 1937 års utredning, vilka låg till grund för SLB:s förslag, torde följa att konkurrensbestämmelserna för de iterativa tillämpningssituationerna borde vara tillämpliga på brott som är begångna under hela den tid som den tidigare påföljden verkställs.

Oavsett vad man anser om argumentationen, kan man konstatera att lagstiftningen ger tydligt besked om att återfall i brottslighet som är av viss dignitet *efter avslutad verkställighet* skall föranleda ett nytt straff, vilket kumuleras utan hänsyn till den tidigare domen. En förklaring till förarbetenas inställning till brytpunktens förläggande kan vara att frågan vad som ansågs vara "materiellt lämpligt" främst bestämdes utifrån valet av påföljd.[79] Det var således mer angeläget att den dömde vid tiden för dom 2 kunde ådömas en påföljd som överensstämde med dennes behov vid denna tidpunkt än att processuella tillfälligheter påverkade vilka brott som skulle bli föremål för en gemensam straffmätning. Likaså finns det i de äldre förarbetena implicit uttryckt att kumulation av straff – utan hänsynsstagande till tidigare domar – utgör en straffskärpning.[80] Som jag har

[77] SOU 1937:24 s. 86.

[78] SOU 1937:24 s. 85 ff.

[79] Detta bekräftas av att man vid denna tidpunkt utgick från, att då den tidigare påföljden var villkorlig dom och ny brottslighet aktualiserades efter den tidigare domen, skulle den villkorliga domen undanröjas. Det mest materiellt lämpliga och ändamålsenliga sättet att bestämma straff i en sådan situation var enligt utredningen att utmäta "ett enhetligt straff, som till art och storlek kan anpassas efter de föreliggande omständigheterna", se SOU 1937:24 s. 87.

[80] I utredningen angavs bl.a. att som skäl för att kumulera straff utan hänsyn till tidigare domar brukar anföras, att det skulle vara förenat med en viss fara från preventiv synpunkt om det inte var möjligt att förhöja det totala straffet på grund av brott som förövats efter

diskuterat tidigare är det inte nödvändigt att uppfatta straffmätning som sker i enlighet med proportionalitetsprincipen vid olika tillfällen som uttryck för en straffskärpning. Men om man utgår från att en straffvärdebedömning är en någorlunda riktig värdering av gärningsmannens straffvärdhet, kan inte utmätandet av straff vid olika tillfällen betraktas som en straffskärpning enbart beroende på att inte mängdrabatt skall ges vid straffmätningen. Det är först om den dömde får ett strängare straff än vad gärningen/gärningarna anses förtjäna ur ett proportionalitetsperspektiv som man kan tala om en straffskärpning.

Vad gäller den nu utpekade gränsen förtjänar det att på nytt understrykas att när ett fängelsestraff börjar verkställas beror på en rad olika – och för påföljdsbestämningen irrelevanta – faktorer som t.ex. fängelsestraffets längd, tillgången på anstaltsplatser, huruvida den dömde är häktad i målet eller om denne har överklagat domen. Inte sällan torde verkställigheten komma att uppskjutas en längre tid av liknande skäl.

Den omedelbara effekten av fullständig kumulation blir som nämnts att domstolen utdömer ett separat straff för brottsligheten som behandlas i dom 2. Härigenom kommer den dömde att bli föremål för två olika fängelsestraff. Fortsatta konkurrensproblem hänskjuts till verkställighetsnivån. Konkurrensproblem av detta slag löses med hjälp av bestämmelserna i lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m. Av § 25 framgår att så snart verkställigheten av något av straffen har påbörjats skall straffen sammanläggas och en gemensam slutdag för verkställigheten beräknas.[81] Sammanläggningen innebär således att straffen kommer att verkställas *seriellt*. Det kan sägas att påföljderna på verkställighetsnivån omvandlas till *en* påföljd som verkställs enhetligt.

Vad gäller straffmätningen förekommer i de nu aktuella fallen inte någon jämkning enligt asperationsprincipen. Straffskalorna för den fler-

---

domen samt att straffdomen borde tillmätas den verkan att den brottslige, vid händelse av ny brottslighet, får anses ha givit uttryck för mer svårartad samhällsfarlighet. Inget av dessa skäl ansågs med tillräcklig styrka tala för att brytpunkten borde förläggas vid den tidigare domen, se SOU 1937:24 s. 86.

[81] Vid denna beräkning kan den dömde emellertid uppnå vissa faktiska fördelar av sammanläggningen. Enligt BrB 26:6 st. 1 skall den som avtjänar fängelse normalt friges efter att $^2/_3$ av strafftiden har verkställts. Detta förutsätter dock att straffet överstiger fängelse i 1 månad. Villkorlig frigivning medges således inte för kortare fängelsestraff. Om däremot sammanläggning av fängelsestraff enligt lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m. § 25 aktualiseras, skall datum för villkorlig frigivning beräknas för den totala strafftiden för samtliga domar. Härigenom kan den effekten inträda att den dömde medges villkorlig frigivning från straff där detta egentligen inte är möjligt. I syfte att möjliggöra dylika fördelar kan en redan dömd person, som vet att han inom kort kommer att erhålla ytterligare straff, enligt BrB 26:6 st. 3 begära att villkorlig frigivning från det tidigare straffet skall uppskjutas, se bl.a. föreskrifter för Kriminalvårdsverket (KVVFS) 1998:10 § 19.

faldiga brottsligheten begränsas inte av BrB 26:2 och det skall följaktligen inte ges någon mängdrabatt vid straffmätningen.

Det finns ett alternativt sätt varpå domstolen skulle kunna hantera ny brottslighet som anses böra bestraffas med fängelse, vilket innebär ett avsteg från att döma särskilt till ett fängelsestraff, men som i praktiken leder till samma resultat. Den situation som jag närmast kommer att beröra illustrerar även hur domstolar vid påföljdsvalet i dom 2 kan komma att påverkas av den tidigare domen.

De situationer som jag har i åtanke uppstår då den nya brottsligheten utgör återfall och brottsligheten är begången under prövotid, varför det är möjligt att förverka villkorligt medgiven frihet från dom 1.[82] Som jag angav i avsnitten 6.2.1 och 6.4 är förverkande av villkorligt medgiven frihet ett sätt att reagera på det faktum att den nya brottsligheten utgör återfall. Betydelsen av återfall skall i första hand beaktas vid valet av påföljd (BrB 30:4 st. 2). Om domstolen i dom 2 finner att återfallet bör beaktas på något sätt, ligger det därför nära till hands att detta sker genom att påföljden bestäms till fängelse. Med hänsyn till att BrB 34:4 st. 1 numera anger en presumtion för att hela den villkorligt medgivna friheten skall förverkas, kommer den dömde inte sällan att drabbas av en mer ingripande påföljd för den nya brottsligheten och dessutom behöva verkställa återstoden av det tidigare utdömda fängelsestraffet genom att frihetsberövas.

Om vi ändrar exemplet på så sätt att domstolen i dom 2 finner att den dömde istället bör ådömas en icke frihetsberövande påföljd (t.ex. skyddstillsyn), finns enligt lagtexten fortfarande möjlighet att förverka villkorligt medgiven frihet, vilket innebär att den dömde kommer att verkställa viss återstående strafftid från dom 1 genom frihetsberövande. Av BrB 34:4 st. 1 framgår endast att BrB 34:1 st. 1 p. 1 eller p. 2 måste tillämpas för att förverkande skall kunna aktualiseras. Av lagtexten framgår således inte att det är en förutsättning att domstolen utdömer fängelse i dom 2 för att förverkande av villkorligt medgiven frihet skall kunna aktualiseras. Det öppnar således för möjligheten att döma särskilt till en icke frihetsberövande påföljd och förverka så mycket av den villkorligt medgivna friheten som motsvarar straffvärdet hos den nya brottsligheten.

Situationen utgör ett specialfall av kumulation där ny brottslighet resulterar i ett fängelsestraff, dock utan att detta sker genom att påföljden i dom 2 bestäms till fängelse. Det skall noteras att om påföljden bestäms till en icke frihetsberövande påföljd i dom 2 faller exemplet egentligen utanför de situationer som diskuteras i detta avsnitt. Syftet med att belysa det nu aktuella specialfallet är att visa att domstolen genom kumulation

[82] Se brott Y i bilden ovan.

av en icke frihetsberövande påföljd och ett tidigare utdömt fängelsestraff kan uppnå samma resultat som de som följer om domstolen väljer att döma särskilt till ett nytt fängelsestraff i dom 2. Detta blir konsekvensen genom att domstolen istället väljer att ändra verkställighetsformen av det i dom 1 utdömda fängelsestraffet.

Ett problem med denna lösning kan dock vara att numera skall förverkande av villkorligt medgiven frihet som huvudregel avse hela reststraffet (BrB 34:4 st. 1). BrB 34:4 ger egentligen inte (uttryckligt) stöd för att endast förverka så mycket av den villkorligt medgivna friheten som motsvarar straffvärdet hos den nya brottsligheten. För att förverka endast del av vad som kan förverkas fordras särskilda skäl.[83] Ett sådant skäl kan vara att den nya brottsligheten är av lindrig beskaffenhet. Utformningen av BrB 34:4 medför således en presumtion för att föreverka hela den villkorligt medgivna friheten.

Beträffande den nu aktuella situationen anger brottsbalkskommentaren att det tidigare fängelsestraffet i regel skall undanröjas och ersättas med ny gemensam dom (BrB 34:1 st. 1 p. 3), varvid frågan om förverkande enligt BrB 34:4 helt förfaller.[84] Skälet till att den tidigare domen anses böra undanröjas torde vara att det anses vara olämpligt att olika behandlingsformer samtidigt tillämpas mot den dömde.[85]

Den i kommentaren redovisade uppfattningen om att undanröjande bör ske om en icke frihetsberövande påföljd utdöms i dom 2 leder till att reaktionen på återfall blir mycket olika beroende på vad domstolen i dom 2 bestämmer påföljden till. Väljer domstolen att beakta återfallet vid påföljdsvalet kommer brottsligheten i dom 2 att bestraffas med fängelse. Enligt BrB 34:4 skall då normalt den villkorligt medgivna friheten förverkas. Väljer domstolen alternativt att inte beakta återfallet vid påföljdsvalet skall en icke frihetsberövande påföljd väljas och det tidigare fängelsestraffet undanröjas, varvid inget förverkande av villkorligt medgiven frihet kan ske.

Med dessa ytterlighetsfall att välja mellan är det lätt att tänka sig att domstolen låter regleringen i BrB kap. 34 (indirekt) styra valet mellan fängelse och en icke frihetsberövande påföljd i dom 2. Om domstolen anser det vara nödvändigt att *på något sätt* reagera på återfallet kommer reaktionen att bli dubbel såvida inte särskilda skäl föreligger (BrB 30:4 st. 2 *och* BrB 34:4 st. 1). Väljer domstolen att inte beakta återfallet vid valet av påföljd, återstår för domstolen endast att förena den icke frihetsberövande påföljden med ett bötesstraff (BrB 30:8 och 30:10) eller föreskift om samhällstjänst (BrB 30:7 st. 2 och 30:9 st. 2 p. 4) på grund av återfall.

[83] Om dessa skäl se närmare KBrB III s. 34:25 ff. och Jareborg & Zila 2000 s. 162 f.
[84] KBrB III s. 34:25.
[85] KBrB III s. 34:13. Se även Heckscher 1976 s. 287 f.

Vad som nu har sagts skall inte uppfattas som att jag menar att man måste reagera på återfall genom att bestämma påföljden till fängelse och/eller förverka villkorligt medgiven frihet. Däremot går det inte att bortse från att återfall kan påverka påföljdsbestämningen. Vad som därför kan sättas ifråga är om intresset av att undvika att påföljder verkställs parallellt är så stort att domstolen måste välja mellan att å ena sidan beakta återfallet både vid val av påföljd och vid förverkande av villkorlig frihet och å andra sidan att helt avstå från att tillmäta återfallet betydelse. Såvitt jag kan se borde det vara fullt möjligt och förenligt med lagtexten att reagera på återfallet antingen genom att bestämma påföljden i dom 2 till fängelse, men inte förverka villkorligt medgiven frihet, eller – på motsatt sätt – genom att utdöma en skyddstillsyn i dom 2 och samtidigt förverka villkorligt medgiven frihet. En situation där det möjligtvis skulle kunna bli aktuellt att välja alternativet med en icke frihetsberövande påföljd och förverkande av villkorligt medgiven frihet, är om skälen för att avstå från fängelse är förhållandevis starka men straffvärdet hos den nya brottsligheten är relativt högt och vad som återstår att förverka från dom 1 är betydligt mindre. Genom denna lösning kan en mer nyanserad påföljdsbestämning åstadkommas.

Oavsett hur man ser på betydelsen av återfall, bör inte intresset av att undvika parallell verkställighet av olika behandlingsformer få påverka påföljdsbestämningen i så stor utsträckning som nu faktiskt sker. Den parallella verkställigheten kommer endast att bestå i att den dömde först verkställer ett fängelsestraff och att prövotid därefter löper.[86] Parallell verkställighet blir följden av en rad andra påföljdskombinationer och lösningar av konkurrens i iterativa tillämpningssituationer utan att det anses vara påkallat att undanröja den tidigare domen.

Det skall vidare noteras att ett undanröjande av en tidigare dom avseende fängelse (för vilken endast villkorligt medgiven frihet återstår) inte innebär att problem inte kan uppkomma i samband med att ny brottslighet aktualiseras. Om domstolen väljer alternativet att i dom 2 utdöma en icke frihetsberövande påföljd och då undanröjer det tidigare fängelsestraffet (eller vad som återstår av detta i form av prövotid) kan ny (återfalls)brottslighet aktualiseras under den följande prövotiden, varvid domstolens enda möjlighet att reagera på återfallet blir att undanröja hela den tidigare påföljden och ersätta den med ett fängelsestraff. Vid varje undanröjande skall domstolen beakta vad den dömde tidigare har utstått till följd av domen.

[86] Om villkorligt medgiven frihet aktualiseras från fängelsestraffet blir följden att dubbla prövotider löper efter det att den dömde friges från fängelsestraffet.

Vad som är viktigt att uppmärksamma i sammanhanget är att val av påföljd vid varje enskilt domstillfälle skall göras utifrån bestämmelserna i BrB kap. 29 och 30. Konkurrensreglerna måste anpassas till de allmänna principerna för påföljdsbestämning och inte tvärtom. En annan sak är att olika påföljder, som utdöms vid olika tillfällen, inte alltid leder till lösningar som framstår som lämpliga. Undanröjande bör således förbehållas de situationer där parallell verkställighet inte är möjlig eller inte anses vara lämplig.

Vid sidan av de nämnda bestämmelserna skall framhållas att det finns en begränsning i förhållandet mellan fängelse och **sluten ungdomsvård**. Om påföljden i dom 1 har bestämts till sluten ungdomsvård, kommer den dömde att bli föremål för utslussning i slutskedet av verkställigheten.[87] Detta är inte att jämställa med villkorlig frigivning. Om den situationen inträffar att den dömde –innan påföljden till fullo har verkställts – begår nytt brott för vilket domstolen anser att påföljden bör bestämmas till ett frihetsberövande, framgår av förarbetena att det inte är lämpligt att i en ny särskild dom utdöma ett fängelsestraff. Till skillnad från vad som gäller i situationen då både det tidigare och det nya straffet är tidsbestämt fängelse bör kumulation och seriell verkställighet inte komma ifråga när den tidigare påföljden är sluten ungdomsvård. Istället för att utdöma ett fängelsestraff skall domstolen i första hand överväga att utdöma en konsumtionsdom (BrB 34:7 st. 1).[88] Som tidigare nämnts är utrymmet för att meddela konsumtionsdom något större jämfört med motsvarande bestämmelse beträffande tidsbegränsat fängelsestraff. Förskyller brottsligheten i dom 2 emellertid ett längre fängelsestraff, skall i första hand undanröjande enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3 ske.[89] I samband härmed undanröjs den tidigare påföljden och ersätts med ny gemensam påföljd, vilken således bestäms till fängelse.

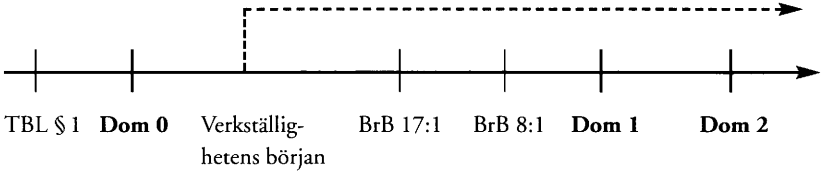
Det enda skälet som anges för denna ordning är att det inte anses vara lämpligt att "verkställigheten av sluten ungdomsvård direkt bör åtföljas av ett fängelsestraff".[90] Man får förmoda att den i förarbetena anvisade konkurrenslösningen bygger på att utslussning har starka inslag av resocialisering och att det skulle kunna vara menligt för den dömde om denne omedelbart överförs till ett fängelsestraff i kriminalvårdens regi.[91]

[87] Angående den närmare innebörden av utslussning, se Prop. 1997/98:96 s. 168 f.
[88] Prop. 1997/98:96 s. 203 och 205.
[89] Prop. 1997/98:96 s. 203 och 206.
[90] Prop. 1997/98:96 s. 203.
[91] Även om det främst verkar vara individualpreventiva intressen som utgör grunden för vad som kan utgöra "särskilda skäl", behöver en princip av detta slag inte utgöra något direkt problem i ett påföljdssystem byggt på proportionalitet, billighet och humanitet.

7.3.2.1.3 Den nya domen avser en icke frihetsberövande påföljd

Vad därefter gäller den situationen att den dömde i dom 2 ådöms en icke frihetsberövande påföljd blir situationen delvis annorlunda. I dessa fall finns i lagstiftningen inga möjligheter att beakta den tidigare domen från straffmätningssynpunkt eller i samband med valet vid påföljd. Låt oss se på ett exempel.

Antag att en person (A) är dömd för vårdslöshet i trafik (TBL § 1) till villkorlig dom (dom 0). I en senare dom (dom 1) döms A på nytt för våld mot tjänsteman (BrB 17:1) till fängelse i 2 månader. Till sist döms A för stöld (BrB 8:1) – begången före den tidigare domen (dom 1) – till skyddstillsyn. I förhållande till dom 1 utgör stölden visserligen nyupptäckt brottslighet, men i förhållande till den tidigare domen (dom 0) utgör den återfall. Av denna anledning beslutar domstolen att skyddstillsynen skall förenas med samhällstjänst (BrB 30:7 st. 2). Tillämpningssituationen ser ut på följande vis.



Oavsett om stölden är begången före eller efter dom 1 saknas det möjlighet att beakta tidigare domar vid straffmätningen. En skyddstillsyn består endast i en prövotid och övervakning och det är, som nämnts, inte möjligt att vid straffmätningen närmare differentiera det repressiva innehållet i de icke frihetsberövande påföljderna. Likaså saknas vid utformningen av

---

Även om det i princip är tveksamt att utforma konkurrensregleringen i enlighet med intresset av resocialisering, kan man inte bortse från att det i dessa fall är fråga om omyndiga lagöverträdare som normalt har begått mycket allvarliga brott. Vid sidan av intressena av proportionalitet, konsekvens, likabehandling och förutsebarhet kan därför andra hänsyn göra sig gällande i syfte att undvika ogynnsamma resultat för just denna grupp av lagöverträdare. Det är emellertid inte nödvändigt att gå omvägen via preventionsintresset. Att begränsa användningen av kumulationsprincipen på det sätt som anges i förarbetena torde – vad gäller den utökade möjligheten att välja konsumtionsdom – kunna motiveras av humanitetsprincipen och intresset av att undvika fängelsestraff. Principen gäller generellt för alla som befinner sig i den aktuella situationen och bygger inte på att individuella prognoser skall göras.

skyddstillsynen möjligheter att ta hänsyn till att den dömde skall undergå ett kortare fängelsestraff genom att t.ex. avstå från att förena denna med böter eller samhällstjänst (om sådant tilläggsstraff anses vara nödvändigt).[92] Påföljderna skall således kumuleras fullständigt.

Bortsett från att det enligt gällande konkurrensreglering saknas möjligheter att vid påföljdsbestämningen ta hänsyn till tidigare påföljder, skiljer sig den nu diskuterade situationen från den tidigare situationen då två fängelsestraff utdöms kumulerat på det sättet att påföljderna kommer att verkställas *parallellt*. Verkställigheten kommer att påbörjas enligt de bestämmelser som jag har redogjort för i avsnitt 6.2.1.[93]

Vi kan således konstatera att i dessa – inte ovanliga – situationer där fängelse och icke frihetsberövande straff konkurrerar, har lagstiftaren helt uppgivit kravet på att undvika att den dömde skall underkastas flera reaktioner samtidigt. I det ovan diskuterade exemplet kommer A under en period att vara underkastad dels ett frihetsberövande (dom 1), dels flera prövotider (dom 0, 1 och 2), dels övervakning (dom 1 och 2), dels föreskrift om skyldighet att utföra samhällstjänst (dom 2).[94]

Vad som nu har beskrivits behöver inte utgöra ett problem från humanitets- eller proportionalitetssynpunkt. Under förutsättning att de olika påföljderna motsvarar en bestraffning som den dömde förtjänar samt att de kan verkställas parallellt och oberoende av varandra, kan proportionell bestraffning och intresset av att undvika fängelse tillgodoses genom kumulation.

[92] Det kan emellertid inte uteslutas att detta ändock sker i praxis. Visst stöd för att en sådan lösning är möjlig skulle eventuellt kunna finnas i återfallsregleringen. Om brottsligheten i dom 2 är begången före dom 1 (dvs. utgör nyupptäckt brottslighet) och det i dom 1 var det faktum att brottsligheten utgjorde återfall i förhållande till en tidigare dom (dom 0) som motiverade att påföljden i dom 1 bestämdes till fängelse, kan det tänkas att betydelsen av den dömdes tidigare brottslighet anses vara uttömd genom påföljdsvalet i dom 1. Den brottslighet som är föremål för bedömning i dom 2 utgör visserligen återfall i förhållande till dom 0, men med hänsyn till att återfallets betydelse har beaktas vid påföljdsvalet i dom 1, avstår domstolen från att förena den villkorliga domen med samhällstjänst. Motsvarande resonemang torde inte vara möjligt om brottsligheten i dom 1 och dom 2 utgör sådan brottslighet som med hänsyn till dess art bör bestämmas till fängelse. Oavsett vilka faktorer som kvalificerar ett brott som "artbrott", är dessa knutna till det i målet aktuella brottet och/eller den aktuella brottstypen. Att gärningsmannen tidigare har dömts för artbrott kan inte påverka betydelsen av brottslighetens art vid påföljdsbestämningen i det för domstolen aktuella målet.

[93] Dvs. vid villkorlig dom kommer påföljden normalt att börja verkställas då domen vinner laga kraft. Vid skyddstillsyn kommer verkställigheten att påbörjas vid dagen för domen. Som jag har angivit tidigare kan domstolen besluta om att övervakningen skall anstå i avvaktan på frigivning från fängelsestraffet (BrB 28:5).

[94] I exemplet har jag beaktat att A efter frigivningen från fängelsestraffet (dom 1) kommer att underkastas en prövotid om 1 år (BrB 26:10).

7.3.2.2 Den tidigare domen avser en icke frihetsberövande påföljd

Vi lämnar fall av fullständig kumulation där den tidigare domen avsåg ett tidsbestämt fängelse och övergår till den situationen att dom 1 avser en icke frihetsberövande påföljd. Här skiljer sig de möjliga lösningsalternativen något åt beroende på om påföljden är villkorlig dom eller skyddstillsyn.

Om påföljden i dom 1 har bestämts till **villkorlig dom**, kan konkurrenssituationen i en iterativ tillämpningssituation lösas med fullständig kumulation om det är fråga om:

(a) brott som är begånget före prövotidens början och konsumtionsdom enligt BrB 34:5 st. 2 eller 3 inte är möjlig,

(b) brott av allvarligare beskaffenhet som är begånget före prövotidens början som inte anses böra föranleda att dom 1 skall undanröjas enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3, eller

(c) återfall som är begånget efter prövotidens början (BrB 34:5 st. 1 e contrario).

Anledningarna till att konsumtionsdom eller undanröjande inte anses böra komma i fråga (enligt a–b ovan) kan variera. Utan att fördjupa oss i problematiken kan som exempel nämnas att den återstående prövotiden från dom 1 är kort och att den redan har förlängts, varför konsumtionsdom inte anses vara lämplig. Vidare kan ett undanröjande framstå som oskäligt om dom 1 ligger långt tillbaka i tiden och den dömde inte har återfallit i brott under prövotiden.

Precis som vid tidsbestämda fängelsestraff är det för domstolen i dom 2 fritt att besluta om vilken påföljd den anser vara lämplig. Det finns inga uttryckliga begränsningar. Jag återkommer till frågan om påföljden i dom 2 på nytt kan bestämmas till villkorlig dom. Rättsläget är i denna del något oklart och regleringen skiljer sig åt beroende på om det är fråga om villkorlig dom eller skyddstillsyn i dom 1. Oavsett vilken påföljd som väljs i dom 2 kommer det att bli fråga om *parallell verkställighet* av de olika påföljderna. Låt oss se på några exempel. Utgångspunkten är att den tilltalade i dom 1 har ådömts villkorlig dom.

Om domstolen i dom 2 beslutar att den dömde skall ådömas ett fängelsestraff, kommer detta straff att kunna verkställas utan hinder av att den dömde samtidigt verkställer en villkorlig dom. Prövotiden som följer av påföljden i dom 1 fortsätter således att löpa under det att den dömde är frihetsberövad. Är det fråga om ett kortare fängelsestraff torde detta vara

den normala lösningen. Är fängelsestraffet emellertid något längre, är det möjligt att domstolen väljer att undanröja dom 1 och istället döma till ett gemensam fängelsestraff. Till detta återkommer jag i avsnitt 7.4.

Om domstolen i dom 2 anser att påföljden bör bestämmas till en ny icke frihetsberövande påföljd, föreligger det inga egentliga hinder häremot. I förarbetena uttalas visserligen att det kan vara olämpligt att flera behandlingsorganisationer samtidigt tar befattning med den dömde.[95] Såväl den dömdes resocialisering som samhällsekonomiska skäl har ansetts tala mot "att sådana kollisioner uppstår".[96] Bortsett från att detta till stor del bygger på ett utpräglat individualpreventivt synsätt kan man konstatera att det med hänsyn till att villkorlig dom endast innebär att en prövotid löper, överhuvudtaget inte torde föreligga någon risk för *kollision* i den bemärkelsen att olika och oförenliga rättsföljder skall verkställas.[97]

Således kan domstolen utdöma en skyddstillsyn (eventuellt i kombination med tilläggssanktioner eller föreskrifter), vilken således skall verkställas parallellt med den villkorliga domen. Om vi antar att den dömde sedan tidigare verkställer en dom bestående i villkorlig dom i förening med böter och att domstolen i dom 2 finner att påföljden bör bestämmas till skyddstillsyn med föreskrift om kontraktsvård, kan den dömde under samma period komma att underkastas dels dubbla prövotider (dom 1 och dom 2), dels ställas under övervakning (dom 2), dels åläggas skyldighet att betala böter (dom 1), dels genomgå lämplig vård enligt behandlingsplan (dom 2). Vi ser ännu en gång att det inte finns några legala, praktiska eller ideologiska hinder mot att låta icke frihetsberövande påföljder verkställas parallellt. Att parallell verkställighet inte medför olägen-

[95] SOU 1956:55 s. 339 f.

[96] SOU 1956:55 s. 340 och KBrB III s. 34:12 f.

[97] Angående innebörden av kollision, se avsnitt 1.1. Vad som nu har sagts gäller även i det motsatta fallet att påföljden i dom 1 avser skyddstillsyn och domstolen i dom 2 anser att påföljden kan bestämmas till villkorlig dom. Även om ny brottslighet efter tidigare dom normalt anses tala mot villkorlig dom är situationen på intet sätt utesluten. Detta gäller oavsett om den nya brottsligheten utgör nyupptäckt brottslighet eller återfall. I det förstnämnda fallet finns ingen anledning att lägga vikt vid det faktum att den dömde döms i olika rättegångar. Frågan huruvida villkorlig dom utgör en lämplig påföljd i dom 2 kan inte gärna bestämmas av huruvida åtalen handlagts i skilda rättegångar. Även om det är fråga om återfall är det emellertid inte uteslutet att domstolen i dom 2 anser att påföljden på nytt bör bestämmas till villkorlig dom. Man kan t.ex. tänka sig att brotten är mycket olika. Antag t.ex. att den tilltalade i dom 1 har dömts för grovt rattfylleri (TBL § 4 a) till skyddstillsyn i förening med samhällstjänst samt att denna påföljd till stor del är verkställd. Om brottsligheten i dom 2 avser bedrägeri är det inte uteslutet att påföljden bestäms till villkorlig dom under förutsättning att övriga förutsättningar för att välja denna påföljd är för handen. Å andra sidan torde – som diskuterats i avsnitt 7.2 – liknande resultat kunna åstadkommas genom att domstolen utnyttjar möjligheten till konsumtionsdom.

heter med hänsyn till nämnda intressen understryks också av det faktum att domstolen i dom 2 mycket väl får besluta om att påföljden skall bestämmas till överlämnande till särskild vård enligt BrB kap. 31.[98]

I de situationer som jag nu diskuterar kan domstolen – när den dömer särskilt för den nya brottsligheten – vidta vissa åtgärder i förhållande till den tidigare domen. Enligt BrB 34:5 st. 4 kan domstolen bl.a. enligt BrB 27:6 besluta att varning eller föreskrift om betalning av skadestånd skall meddelas. Därutöver kan domstolen förlänga prövotiden.[99] Det sagda innebär att en ny icke frihetsberövande påföljd kumuleras med den tidigare villkorliga domen utan att någon hänsyn tas till den tidigare domen vid påföljdsbestämningen eller att den tidigare påföljden skärps genom nu nämnda åtgärder. Att det inte blir fråga om asperation beror på att det inte finns någon skyldighet för domstolar att anpassa kumulationen inom en viss ram.

Jag har hittills angivit en rad olika situationer där det är möjligt att kumulera olika påföljder med en tidigare villkorlig dom, varvid resultatet blir att påföljderna utdöms utan att hänsyn därvid tas till att de kommer att verkställas parallellt. Vad som här särskilt är att märka är att lagstiftaren, varken i förarbetena eller i lagtexten, har angivit *när* det är lämpligt att utdöma en särskild dom (BrB 34:1 st. 1 p. 2). Beträffande en rad andra konkurrenssituationer förekommer hänvisningar till när det är lämpligt att välja konsumtionsdom eller att undanröja den tidigare påföljden. Men i frågan när det är lämpligt att utdöma en särskild dom sägs mycket litet. Domstolarna ges således mycket stora möjligheter att välja kumulationsprincipen genom att döma särskilt till en ny påföljd (BrB 34:1 st. 1 p. 2) utan att det kan betraktas som felaktigt. Ytterst får man utgå från att lagstiftaren har ansett att denna frihet motiveras av de allmänna utgångspunkterna om att i det enskilda fallet välja "den lämpligaste påföljden".[100]

Vissa uttalanden finns emellertid beträffande den situationen att den tidigare utdömda påföljden är villkorlig dom och domstolen i dom 2 anser att påföljden på nytt bör bestämmas till villkorlig dom. Av förarbetena framgår att om den nya brottsligheten utgör återfall bör domstolen istället förklara "anståndet" förverkat.[101] Dvs. det är inte lämpligt att lösa denna konkurrenssituation genom att låta den tidigare domen (dom 1) kvarstå och på nytt i dom 2 döma till villkorlig dom. Istället skall den

[98] KBrB III s. 34:12 f.

[99] Motsvarande bestämmelser finns i BrB 34:6 st. 4 för den situationen att den tidigare domen är skyddstillsyn. Där framgår att domstolen kan meddela föreskrifter enligt BrB 26:15 och besluta om övervakning (BrB 28:9). Därutöver kan prövotiden förlängas till högst 5 år.

[100] Se bl.a. SOU 1956:55 s. 335, Prop. 1962:10 C s. 394 och 578 f. och KBrB III s. 34:8.

[101] SOU 1956:55 s. 331 och 336.

tidigare domen undanröjas och ersättas med ny påföljd av annan art (BrB 34:1 st. 1 p. 3). Samtidigt framhölls i förarbetena att de skäl som skulle avgöra huruvida undanröjande borde ske, var samma skäl som avgjorde huruvida den dömde borde ådömas en ny icke frihetsberövande påföljd.[102] Utifrån den då gällande uppfattningen om principerna för påföljdsbestämning innebär detta att valet av lösningsalternativ i konkurrenssituationen skulle göras utifrån de prognostiska kriterierna som avgjorde om den dömde var i behov av övervakning eller om det kunde antas att det (med hänsyn till hans karaktär och personliga förhållanden i övrigt) fanns grundad anledning att anta att villkorlig dom var tillfyllest för att avhålla honom från vidare brottslighet.[103] I motiven uttalades att skälen mot att låta den villkorliga domen avse brott som begåtts under prövotiden var dels att de allmänna förutsättningarna för när villkorlig dom var lämplig inte kunde antas vara för handen, dels allmänpreventiva skäl, dels att återfall regelmässigt borde leda till skärpt ingripande.[104]

Uppenbarligen är det rent preventiva skäl som motiverar att en villkorlig dom inte anses kunna följas av en ny villkorlig dom. Dessa skäl bygger på en annorlunda syn på såväl innebörden av denna påföljd som på återfall. Som jag har redogjort för tidigare är ett sådant synsätt inte förenligt med gällande principer för påföljdsbestämning. Valet mellan fängelse och en icke frihetsberövande påföljd görs numera utifrån en presumtion mot fängelse. Endast den samlade brottslighetens straffvärde, brottslighetens art eller tidigare brottslighet kan bryta presumtionen. Vid valet mellan olika icke frihetsberövande påföljder skall idag främst behovsinriktade kriterier beaktas. De individualpreventiva prognoser, varom talas i förarbetena, har inte samma betydelse som tidigare. Det kan dock noteras att det enligt gällande rätt inte finns något förbud mot att på nytt döma till villkorlig dom eller skyddstillsyn.[105]

Med hänsyn till den relativt sett lilla skillnad som finns mellan dessa påföljder idag, framstår det som svårbegripligt varför det enligt förarbetena är möjligt (och lämpligt) att parallellt verkställa en dom avseende skyddstillsyn och en villkorlig dom, men att detta inte är lämpligt om båda påföljderna avser villkorlig dom. Likafullt framgår av kommentaren att:

> ”om den tidigare påföljden är villkorlig dom eller skyddstillsyn torde det i allmänhet inte finnas anledning att ... på nytt döma till villkorlig dom eller skyddstillsyn”.[106]

[102] SOU 1956:55 s. 336.
[103] Angående kriterierna för när villkorlig dom var att anse som lämplig, se SOU 1956:55 s. 110 ff. och Prop. 1962:10 C s. 282 f.
[104] Prop. 1962:10 C s. 398 f.
[105] KBrB III s. 34:12.
[106] KBrB III s. 34:12.

Det är något oklart om det citerade avser de allmänna förutsättningarna som gäller för att bestämma påföljden till en icke frihetsberövande påföljd (BrB 30:7 och 30:9) eller om det syftar till att beskriva utrymmet för att i en konkurrenssituation utdöma en ny särskild dom av samma slag som i dom 1. Mycket talar för att det är det sistnämnda som avses. Kommentarens beskrivning av gällande rätt torde i så fall vila på skäl som numera inte överensstämmer med principerna för påföljdsbestämning.

I princip allt vad som nu har sagts beträffande den situationen att dom 1 avser en villkorlig dom gäller även i den situationen att påföljden i dom 1 har bestämts till **skyddstillsyn**. I det följande inskränker jag mig därför till att belysa vissa skillnader mellan dessa tillämpningssituationer.

I motsats till vad som angivits ovan beträffande den konkurrenssituationen att påföljden i både dom 1 och 2 anses böra bestämmas till villkorlig dom, finns det inga hinder mot att domstolen i dom 2 på nytt bestämmer påföljden till skyddstillsyn. Tvärtom är denna möjlighet t.o.m. diskuterad i förarbetena.[107] Det är således fråga om en motsatt uppfattning i förhållande till den som ovan har diskuterats då det i dom 1 är fråga om villkorlig dom.

Vad som kan tala mot att det är lämpligt att i dom 2 utdöma en ny skyddstillsyn är det ovan nämnda generella uttalandet om att domstolar bör undvika att använda sig av möjligheten att döma särskilt om det innebär att flera behandlingsorganisationer samtidigt skulle ta befattning med den dömde.[108] Om det är någon situation i vilken det i och för sig skulle kunna uppstå en konflikt mellan olika former av behandling, är det då flera domar på skyddstillsyn sammanträffar. Det generella uttalandet verkar ta sikte på just sådana fall där den dömde kan komma att bli föremål för t.ex. nykterhetsvård eller vård enligt särskild behandlingsplan samtidigt som han skall utföra t.ex. samhällstjänst eller verkställa ett fängelsestraff. Vid utarbetandet av BrB var risken för konflikt mellan olika domar avseende skyddstillsyn mindre än idag. Det är sannolikt att den uppfattning som kommer till uttryck i förarbetena utgår från att en skyddstillsyn består i en prövotid, övervakning och föreskrifter om olika former av vård. Sedan dess har emellertid domstolar givits möjlighet att förena en skyddstillsyn med 28:3-fängelse,[109] samhällstjänst och kontrakts-

[107] SOU 1956:55 s. 340. Jfr eventuellt KBrB III s. 34:12.

[108] SOU 1956:55 s. 340.

[109] Det var redan vid BrB:s tillkomst möjligt att förena skyddstillsyn med en form av frihetsberövande (*anstaltsbehandling* respektive *intagning i anstalt*), vilket innebar att den dömde intogs på anstalt för behandling under en tid av minst 1 och högst 2 månader. Förordnande om sådan intagning syftade främst till att på individualpreventiv grund tillrättaföra den dömde. Angående detta institut, se SOU 1977:83 s. 89 f. och 122 ff.

vård, varför innehållet i påföljden kan se mycket olika ut beroende på vad domstolen finner vara lämpligt.

I viss mån kan argumentet om att undvika parallella behandlingsformer fortfarande ha relevans vid påföljdsbestämningen. När möjligheten att förena skyddstillsyn med samhällstjänst (efter en försöksperiod) infördes i BrB ansågs det inte komma ifråga att föreskrift om kontraktsvård förenades med föreskrift om samhällstjänst.[110] Detsamma gäller beträffande förhållandet mellan skyddstillsyn i förening med 28:3-fängelse och föreskrift om samhällstjänst.[111] Om dessa sanktioner inte anses böra kunna förenas då någon samtidigt döms till påföljd, bör man inte kunna åstadkomma ett motsvarande resultat i en iterativ tillämpningssituation genom att i två olika domar utdöma skyddstillsyn, varav den ena förenas med samhällstjänst och den andra förenas med kontraktsvård eller 28:3-fängelse. De nu diskuterade situationerna utgör emellertid specialfall som följer av hur olika tilläggssanktioner får förenas inom ramen för en skyddstillsyn och har inget generellt förklaringsvärde för hur man bör använda möjligheten att döma särskilt till ny påföljd då den tidigare påföljden består av en icke frihetsberövande påföljd.

Det sagda utgör ett belägg för att den stora valfrihet som domstolen har vid lösandet av konkurrensproblem i BrB kap. 34 leder till att man vid påföljdsbestämningen kan nå samma resultat på olika vägar och att dessa möjligheter – i vart fall teoretiskt – kan leda till resultat som inte är möjliga eller lämpliga om påföljden hade bedömts i ett sammanhang.[112] Oavsett vad man anser om möjligheterna att verkställa olika påföljder parallellt, torde domstolens frihet i detta avseende kunna ifrågasättas, i vart fall om man eftersträvar ett värderingsmässigt sammanhängande påföljdssystem.

Vad till sist beträffar det förhållandet att domstolen i dom 2 anser att påföljden bör bestämmas till *fängelse* anges i brottsbalkskommentaren att om fängelsestraffet blir så långt att villkorlig frigivning kommer ifråga, bör kumulation undvikas. Motiveringen härför är – återigen – att man bör undvika att flera olika påföljder samtidigt verkställs mot den dömde.[113] Enligt kommentaren bör domstolen i dylika situationer istället undanröja skyddstillsynen.[114] Ståndpunkten är av flera skäl svår att förstå:

[110] Prop. 1997/98:96 s. 92.

[111] Prop. 1997/98:96 s. 91. Att en skyddstillsyn inte får förenas med både 28:3-fängelse och föreskrift om samhällstjänst framgår direkt av lagtexten (BrB 28:3 st. 2).

[112] I förarbetena angavs emellertid att en särskild dom (i dom 2) endast borde kunna leda till påföljdskombinationer som är tillåtna då påföljd samtidigt bestäms för flera brott, se SOU 1956:55 s. 340.

[113] KBrB III s. 34:33.

[114] KBrB III s. 34:33.

För det första gäller redan idag att en skyddstillsyn kan förenas med ett fängelsestraff (BrB 28:3 och 30:11). Vid s.k. 28:3-fängelse förekommer inte villkorlig frigivning, varför det från straffvärdesynpunkt som högst motsvarar ett tidsbestämt fängelse på 4,5 månader. Uppenbarligen finns det i dessa situationer inget intresse av att undvika kumulation av skyddstillsyn och fängelse.

För det andra är det svårt att se på vilket sätt det skulle kunna vara olämpligt att utdöma skyddstillsyn och fängelse i olika domar. Uppenbarligen kan det inte handla om att renodla verkställigheten. I så fall skulle inte möjligheten att förena skyddstillsyn med fängelse (eller samhällstjänst, kontraktsvård etc.) överhuvudtaget finnas. Inte heller torde det föreligga någon risk för att den dömde underkastas flera olika reaktioner, vilka skall verkställas av olika myndigheter. Villkorlig frigivning resulterar normalt endast i att prövotid skall löpa. Om den dömde efter frigivningen fortsätter att verkställa den i dom 1 ådömda skyddstillsynen, resulterar det endast i att dubbla prövotider löper under viss tid.

För det tredje är det möjligt att åstadkomma motsvarande resultat genom att använda den tidigare diskuterade möjligheten att göra avsteg från principen om gemensamt straff enligt BrB 30:3 st. 2 och utdöma ett fängelsestraff vid sidan av en icke frihetsberövande påföljd. I samband med att möjligheten att kombinera skyddstillsyn med 28:3-fängelse infördes 1979 angavs att det var vanligt att domstolarna vid sidan av en tidigare skyddstillsyn dömde särskilt till ett kortare fängelsestraff.[115] Genom införandet av möjligheten att förena skyddstillsyn och fängelse, kunde samma resultat åstadkommas genom konsumtionsdom som förenades med 28:3-fängelse enligt (nuvarande) BrB 34:6 st. 3. Sammantaget talar detta för att utrymmet för att döma särskilt till fängelse i vart fall bör korrelera med möjligheten att välja konsumtionsdom enligt BrB 34:6 st. 3. Detta innebär att gränsen för när kumulation är lämplig inte kan dras vid fängelsestraff där villkorlig frigivning kan aktualiseras.

För det fjärde kommer ett automatiskt undanröjande av en tidigare utdömd skyddstillsyn i samband med ett fängelsestraff att innebära ytterligare en skärpning av straffet i dom 2. Om den nya brottsligheten utgör återfall (vilket oftast torde vara fallet) uppstår här en fjärde möjlighet för domstolen att – vid sidan av bestämmelserna i BrB 29:4, 30:4 och 34:4 – reagera på ny brottslighet genom att undanröja den tidigare icke frihetsberövande påföljden och omvandla den till fängelse. Med tanke på vad jag har sagt om den svenska återfallsregleringen och de skäl som kan motivera en skärpt syn på återfall, torde vad som redovisas i kommentaren vara svårt att acceptera. Mycket talar för att uppfattningen är en kvarleva från den tid

[115] NJA II 1979 s. 233.

då ny brottslighet under pågående verkställighet uppfattades som ett misslyckande med den tidigare påföljden, vilket måste bemötas med en annan reaktion. Jag har diskuterat detta skäl för straffskärpning i avsnitt 6.4.3.2. Består den nya brottsligheten av nyupptäckt brottslighet blir det än mera oklart på vilken grund domstolen bör undanröja den tidigare domen, när ett fängelsestraff aktualiseras i dom 2. I dessa fall kan man inte hävda att den tidigare påföljden på något sätt har misslyckats. Den nya brottsligheten är i dessa fall begången innan den tidigare påföljden utdömdes.

Vad som från proportionalitetssynpunkt emellertid skulle kunna göra parallell verkställighet av det slag som nu diskuteras olämplig är att dom 2 avser ett så långt fängelsestraff att verkställigheten av den tidigare utdömda skyddstillsynen helt kommer att utebli på grund av frihetsberövandet. I så fall kommer kumulerade påföljder i praktiken att innebära absorption av den tidigare ådömda påföljden. Beroende på straffvärdet hos brottsligheten i den tidigare domen samt på hur stor del av den tidigare påföljden som faktiskt har verkställts, kan det diskuteras om detta är lämpligt. Som framgått ovan är det emellertid inte dylika skäl som har legat till grund för lagstiftningen. Inte heller återfinns sådana överväganden i kommentarens redovisning av gällande rätt.

7.3.3 Asperation förklädd till kumulation

Jag lämnar härmed de lösningsalternativ som – enligt min beskrivning – utgör varianter av fullständig kumulation och övergår till olika varianter av att döma särskilt till ny påföljd där den nya påföljden på något sätt skall modifieras. Det är således inte fråga om fullständig kumulation. Istället aktualiseras någon form av *asperation*.

Frågan är främst av intresse då den tidigare domen är ett tidsbestämt fängelsestraff. Som framgick av bilden ovan under avsnitt 7.3.2.1.2 kan fullständig kumulation aktualiseras endast under förutsättning att brottsligheten är begången efter att den tidigare påföljden började verkställas. De situationer som skall behandlas i detta avsnitt avser sådan brottslighet som är begången *innan den tidigare påföljden började verkställas*. Detta innebär inte att brottsligheten måste vara nyupptäckt. Ofta är detta fallet, men eftersom gränsdragningen mellan nyupptäckt brottslighet och återfall dras vid tidpunkten för den tidigare domen, finns det ett utrymme för att vid påföljdsbestämningen i dom 2 beakta brottslighet begången efter dom 1 (återfall) men före verkställigheten av fängelsestraffet.

Vad som utmärker dessa konkurrenssituationer är att vissa väsentliga begränsningar gäller vid *straffmätningen* rörande hur straffen får kumuleras. Enligt BrB 34:3 st. 2 skall "i möjligaste mån vid straffets bestäm-

mande iakttagas, att straffen tillhopa inte överstiga vad som jämlikt 26 kap. 2 § kunnat ådömas för båda brotten". Härigenom blir det möjligt att ge mängdrabatt på vad som i teknisk mening utgör återfall.

BrB 34:3 st. 2 kan sägas utgöra en erinran för domstolen att principen om gemensamt straff i viss utsträckning skall iakttas även i iterativa tillämpningssituationer. Eftersom påföljdsvalet görs enligt bestämmelserna i BrB kap. 30 och innehållet i den tidigare domen är känt, står det klart att BrB 34:3 st. 2 inte kan ha någon betydelse för valet av påföljd. Till skillnad från vad som gäller i de tillämpningssituationer som diskuterades i avdelning II är det i de nu aktuella situationerna *inte* fråga om att utdöma ett gemensamt straff för den samlade brottsligheten. Lagföringen kommer att resultera i två separata påföljder. Dessa skall dock sammanläggas, vilket sker på nivån för verkställighetskonkurrens. Är det fråga om ett fängelsestraff även i dom 2 förenas straffen genom att de olika strafftiderna sammanläggs enligt lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m. § 25. Principen om gemensamt straff har således i de nu aktuella konkurrenssituationerna endast betydelse på straffmätningsnivån. Är det fråga om en icke frihetsberövande påföljd kumuleras påföljderna, varefter de verkställs parallellt.

Hur asperationsprincipen skall beaktas vid straffmätningen om det är fråga om brottslighet begången före verkställighetens början, framgår inte närmare av lagtexten. Precis som vid de i avdelning II diskuterade tillämpningssituationerna finns endast en hänvisning till den straffskalebegränsande bestämmelsen i BrB 26:2. Eftersom straffskalan begränsas på samma sätt som om brottsligheten hade varit föremål för dom vid samma tillfälle, kan samma skäl som i avsnitt 5.3.2 angavs för att ge mängdrabatt i samband med straffmätningen åberopas för att i nu aktuella situationer ge mängdrabatt.

Härigenom står det klart att en gemensam straffskala för den samlade brottsligheten i efterhand måste konstrueras. Med "den samlade brottsligheten" avses här dels de brott som omfattades av den tidigare domen, dels de brott i den nya domen som är begångna före verkställigheten av det nya straffet.[116] Konstruktionen sker på samma sätt som om åtalen hade varit föremål för prövning samtidigt (i samma rättegång).

[116] SLB uppställde en rad olika exempel hur påföljdsbestämningen skulle anpassas om lagföring för en rad olika brott skedde vid olika tillfällen. Exemplifieringen inkluderar även s.k. kombinationsfall där viss del av brottsligheten är begången före den tidigare domen har börjat verkställas och annan brottslighet är begången efter denna tidpunkt. Se närmare SOU 1956:55 s. 349 f.

Det skall här noteras att BrB 26:3 måste anses vara tillämplig även om en gemensam straffskala konstrueras först i efterhand i en iterativ tillämpningssituation. Det har dock egentligen aldrig diskuterats huruvida BrB 26:3 skall anses vara tillämplig i samband med konstruktion av straffskala i iterativa tillämpningssituationer.[117] I BrB 34:3 st. 2 nämns inte möjligheten att överskrida maximum enligt BrB 26:3. Allt talar dock för att BrB 26:3 är tillämplig även i dessa fall. Eftersom syftet bakom konkurrensregleringen för iterativa tillämpningssituationer är att den dömde inte skall hamna i en annorlunda situation, endast på grund av den tillfälligheten att viss brottslighet har blivit föremål för dom i en tidigare rättegång, finns det ingen anledning att den straffskärpande bestämmelsen i BrB 26:3 inte skulle vara tillämplig. Om systemet skall vara värderingsmässigt sammanhängande, bör principen om gemensamt straff tillämpas fullt ut.[118]

I övrigt gäller att fängelsestraffen i dom 1 och dom 2 sammanlagt inte får överskrida det maximum som framgår av den gemensamma straffskalan.[119] Minimistraffet får inte heller underskridas vad gäller den sammanlagda straffmätningen för dom 1 och 2 såvida inte särskilda skäl medger detta. Däremot är det fullt möjligt att det, med hänsyn till de olika brottens straffvärde, blir aktuellt att i dom 2 underskrida straffminimum för den där aktuella brottsligheten. Att detta är tillåtet framgår också av BrB 34:3 st. 2. Skälet härför är att det annars skulle kunna bli slumpmässigt om asperationsprincipen kan användas eller inte. Situationen torde främst ta

[117] I KBrB framgår dock i en bisats att straffskalemaximum skall iakttas "om det inte föreligger en straffskärpningsgrund enligt 26:3", se KBrB III s. 34:19.

[118] Situationen kan tänkas bli intrikat om det är dom 1 som utgör den "tidigare dom" som åsyftas i BrB 26:3 och det nya brottet (som är belagt med fängelse i mer än 6 år) utgörs av det brott för vilket gärningsmannen döms i dom 2. Vi kan tänka oss följande exempel. A döms för grovt bedrägeri (BrB 9:3) till fängelse i 2 år och 3 månader. Domen vinner laga kraft. Innan denna påföljd börjar verkställas, begår A ett dråp (BrB 3:2). Eftersom brottet i dom 2 är begånget före verkställigheten av dom 1, skall domstolen tillämpa BrB 34:3 st. 2. Frågan gäller således om straffskalan enligt BrB 26:3 får överskridas med 4 år på grund av återfallet. För att så bör vara fallet talar det faktum att förutsättningarna i BrB 26:3 är uppfyllda. Gärningsmannen är tidigare dömd till ett fängelsestraff som överstiger 2 år och han har, efter att denna dom har vunnit laga kraft, begått ett nytt brott vilket är belagt med fängelse i mer än 6 år. Mot att straffskalan skall få utsträckas talar det förhållandet att principen bakom BrB 34:3 st. 2 är att den dömde inte skall bedömas annorlunda än om brottsligheten hade varit föremål för prövning i samma rättegång. I förevarande situation måste ordalydelsen i BrB 26:3 ges företräde framför principen bakom konkurrensregleringen. Men frågan är intressant därför att den aktualiserar problemet med att bestämmelserna i BrB 26:3 och 34:3 anknyter till olika frister. Medan återfallsbestämmelsen i BrB 26:3 utgår från tidpunkten då domen vinner laga kraft, utgår BrB 34:3 st. 2 från verkställighetens början.

[119] Vad gäller konstruktion av straffskala för flerfaldig brottslighet hänvisas till vad som sagts i avsnitt 4.2.2.

sikte på de fall där något av brotten i dom 2 har ett högt straffminimum.[120] Följaktligen kan påföljden i dom 2 mycket väl komma att bestämmas till böter.[121]

Principens budskap är således att domstolen i dom 2 är skyldig att beakta den tidigare domen och göra en bedömning av den samlade brottsligheten såsom om den hade bedömts i samma tillämpningssituation. Att så sker är helt naturligt om man utgår från syftet att den dömde inte skall bedömas annorlunda endast därför att flera åtal – av olika tillfälligheter – handläggs i olika rättegångar. I vart fall gäller detta om brottsligheten som bedöms i dom 2 är nyupptäckt och i tiden hänförlig till perioden före dom 1.

Om principen är enkel till sitt innehåll, är bestämmelsen i BrB 34:3 st. 2 desto svårare att tillämpa. Domstolen kan utgå från två tumregler. *För det första* måste det beaktas att den sammanlagda straffmätningen inte överskrider den gemensamma straffskalans maximum. Med hänsyn till vad som har sagts i avsnitten 4.2.2 och 5.2.3 om straffskalornas spännvidd, torde risken härför vara relativt liten. Att straffmätningen närmar sig straffskalans maximum händer endast undantagsvis och det är förmodligen främst vid narkotikabrott som detta skulle kunna bli ett problem. *För det andra* skall mängdrabatt ges. Hur denna beräknas har jag diskuterat tidigare. Ytterst ankommer det på domstolarna att avgöra hur stora rabatter som skall ges. När det gäller iterativa tillämpningssituationer, där påföljden i dom 1 har bestämts till fängelse, föreligger inga problem för domstolen att få vetskap om utgångsvärdena. Den tidigare brottslighetens straffvärde framgår av den tidigare domen. Den i dom 2 aktuella brottslighetens straffvärde framgår av de åtal som domstolen har haft att bedöma.

Om principen skall användas även då icke frihetsberövande påföljder aktualiseras, kan emellertid problem uppstå för domstolar att veta vad den tidigare brottsligheten är värd. Motsvarande problem uppstår i accentuerad form i de situationer där domstolen i dom 2 väljer att undanröja den tidigare domen och ersätta den med ny påföljd av annan art. Jag erinrar om att jag redan i avsnitt 3.5.2 har föreslagit att domstolar borde åläggas att göra en obligatorisk straffmätning för den samlade brottsligheten.

[120] SLB exemplifierar situationen med att någon som i dom 1 har dömts till fängelse i 8 månader och i dom 2 skall dömas för ytterligare en grov stöld (BrB 8:4) förövad före den tidigare domen. I dessa fall är domstolen inte bunden av straffminimum för grov stöld vid påföljdsbestämningen vid dom 2. Däremot måste det sammanlagda straffet för brottsligheten i dom 1 och 2 uppgå till minst straffminimum för den samlade brottsligheten, vilket i exemplet är fängelse i 6 månader. Se närmare SOU 1956:55 s. 348 f.
[121] KBrB III s. 34:20.

Den i BrB 34:3 st. 2 använda uttrycksformen "i möjligaste mån" är inte närmare kommenterad i förarbeten eller litteratur. Liknande uttryck används dock i övrig nordisk lagstiftning vid motsvarande regler.[122] Uttrycket användes däremot inte i SL då domstolen som huvudregel skulle undanröja den tidigare påföljden och utdöma ett nytt gemensamt straff efter avräkning av det tidigare.

Vad som avses med uttrycket "i möjligaste mån" kan diskuteras.[123] Den slutliga formuleringen av BrB 34:3 st. 2 tillkom på inrådan av lagrådet efter en diskussion om hur domstolar skall förfara i iterativa tillämpningssituationer då asperationsprincipen skall beaktas på olika sätt i förhållande till olika brottskombinationer. Lagrådet anmärkte att stadgandet om asperation på straffmätningsnivån uppenbarligen kunde vålla svårigheter, vilket särskilt blev fallet om det var fråga om flera på varandra följande iterativa tillämpningssituationer, där vardera dom kom att innehålla såväl nyupptäckt brottslighet som återfall efter verkställighetens början. Med hänsyn till dessa svårigheter ansåg lagrådet att "de antydda begränsningarna i möjligheten att genomföra principen" borde komma till uttryck i lagtexten.[124] Med "begränsningar" avsågs således inte formella begräsningar av asperationsprincipens räckvidd utan de praktiska svårigheterna att tillämpa den.

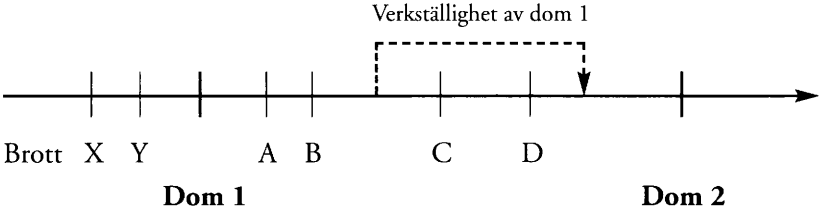
[122] I danska SL § 89 används uttrycksformen "så vidt muligt" för att beskriva hur principen om gemensamt straff (§ 88) skall beaktas om den tidigare påföljden, vid tiden för dom 2, inte till fullo har verkställts. Även i norska SL används i § 64 uttrycksformen "saavidt muligt". Av kommentarer till gällande rätt framgår att reglerna avser att åstadkomma *samma* resultat som om åtalen hade handlagts i en och samma rättegång eller i vart fall undvika att helhetsresultaten blir strängare. Vad som närmare avses med dessa uttryck anges emellertid inte, jfr Greve m.fl. 2001 s. 397 f. och Matningsdal & Bratholm 2003 s. 560 ff. I finska SL 7:6 anges att i fall där påföljden i dom 1 avser ett ovillkorligt fängelsestraff "kan det tidigare ovillkorliga fängelsestraffet *skäligen beaktas* som en straffnedsättningsgrund eller strafflindringsgrund vid bestämmandet av det nya straffet" [min kursivering]. Frände påpekar att detta är en skenbar prövningsrätt. Domstolen måste beakta det tidigare straffet för att en rättvis bedömning skall kunna uppnås. Hänvisningen till en skälighetsbedömning saknar således referens, se Frände 2004 s. 382 not 37.

[123] Det torde i vart fall inte kunna avse i vilken utsträckning som mängdrabatt skall ges i iterativa tillämpningssituationer. Om det handlar om flerfaldig brottslighet som blivit föremål för flera iterativa tillämpningssituationer, kan det tänkas att det sammanlagda straffmätningsvärdet på brottsligheten når straffskalemaximum. Det faktum att åtalen hanterats i olika rättegångar kan inte medföra att det skall vara möjligt att överskrida straffskalemaximum. Detta skulle strida mot såväl lagtexten som de grundläggande principerna bakom regleringen, dvs. proportionalitetsprincipen och humanitetsprincipen. SLB uppmärksammade den situationen att straffmätningen når straffskalemaximum för den samlade brottsligheten och angav att dylika fall skulle lösas genom konsumtionsdom, se SOU 1956:55 s. 349.

[124] Prop. 1962:10 C s. 580.

Enkelt uttryckt kan sägas att vid varje tillfälle som domstolen har att ta ställning till flerfaldig brottslighet skall, i enlighet med vad som har sagts i avsnitten 5.2 och 5.3, asperationsprincipen beaktas vid konstruktion av straffskala och vid straffmätningen. Vad som kan göra det praktiska handhavandet av denna princip komplicerat är att asperationsprincipen inte skall tillämpas undantagslöst i iterativa tillämpningssituationer. Mängdrabatt skall endast ges för brottslighet som är begången innan det tidigare fängelsestraffet började verkställas. Beträffande den del av brottsligheten som är begången efter det tidigare fängelsestraffet började verkställas, skall ingen hänsyn tas till brotten i dom 1. Om den nya brottslighet som utgör återfall är flerfaldig, skall asperationsprincipen beaktas vid straffmätningen av denna brottslighet. Dom 2 kan på detta sätt komma att omfatta s.k. kombinationsfall, där brotten är begångna såväl innan som efter det att det tidigare fängelsestraffet började verkställas. Vad som försvårar bedömningen är följaktligen att domstolen måste beakta asperationsprincipen i förhållande till olika brottskombinationer. Låt oss se på ett exempel.

Antag följande: En person är dömd för två brott (X och Y) till ett fängelsestraff. En domstol har därefter i en iterativ tillämpningssituation att ta ställning till brotten A och B, vilka är begångna innan verkställigheten av det i dom 1 utdömda fängelsestraffet påbörjades, och brotten C och D, vilka är begångna efter verkställighetens början. Tillämpningssituationen kan illustreras med följande bild.



Av BrB 34:3 st. 2 följer att domstolen i denna situation – vid straffmätningen av brotten A och B – skall beakta brotten som bedömdes i dom 1 (X+Y), vilket i sin tur förutsätter att en straffskala för dessa brott måste konstrueras i efterhand [(A+B)+(X+Y)]. Vid straffmätningen skall därefter mängdrabatt ges (inom denna enhet) i förhållande till den tidigare brottsligheten (X+Y). Frågan gäller här hur mycket den i dom 2 aktuella brottsligheten (A+B) skulle ha ökat det tidigare utdömda fängelsestraffet (dom 1). Som jag påpekat i avsnitt 5.3.2.3 går det inte att ange precisa

beräkningsformler för hur rabatterna skall beräknas. Det viktiga är att straffmätningen för den samlade brottsligheten – oavsett hur många enskilda brott som ingår i brottkombinationen – inte blir jämförlig med straffmätningen för brott tillhörande en svårare brottskategori.

Beträffande brotten C och D, vilka utgör återfall under pågående verkställighet, skall ingen hänsyn tas till dom 1. En straffskala konstrueras således separat för enbart *den nya samlade brottsligheten*. Vid straffmätningen ges mängdrabatt dessa brott emellan (C+D). Däremot ges ingen rabatt i förhållande till brotten i den tidigare domen.

Om principen skall leda till ett godtagbart resultat från proportionalitetssynpunkt måste med "den nya samlade brottsligheten" förstås endast brotten C och D. Om asperationsprincipen tillämpas både vid straffmätningen av brotten A och B i förhållande till dom 1 (X+Y) och vid straffmätningen av brotten A–D, föreligger en uppenbar risk att mängdrabatt ges två gånger vid straffmätningen av brotten A och B.

Samtidigt är det så att den nykonstruerade straffskalan för återfallsbrotten C och D inte kan begränsa hela straffmätningen i samband med att en gemensam påföljd skall utdömas i dom 2. Om t.ex. den brottslighet som skall relateras till den tidigare domen (A+B) har ett straffvärde som är mycket högt och de nya brotten C och D egentligen utgör bagatellartad brottslighet, kan rimligtvis inte straffskalan för de sistnämnda brotten påverka det gemensamma straffet för brotten A–D. Straffskalan för den samlade brottsligheten i dom 2 bestäms således med hänsyn tagen till samtliga brott enligt BrB 26:2.[125]

Att principen om gemensamt straff skall tillämpas i iterativa tillämpningssituationer resulterar således i att man kan tvingas laborera med flera olika straffskalor och i slutänden måste bestämma en gemensam påföljd för den nya brottsligheten, som kan bestå i såväl nyupptäckt brottslighet som återfall. Som lagrådet påpekade är det ingen överdrift att påstå att den ovan beskrivna modellen många gånger kan resultera i en komplicerad teoretisk räkneoperation.[126] Det står vidare klart att även om det inte blir fråga om att utmäta ett straff för respektive brott, vilka därefter sammanläggs till ett kollektivt straff, är det i praktiken omöjligt att upprätthålla idén om ett gemensamt straff där domstolen omedelbart gör en straffmätning för den samlade brottsligheten. Som jag har påpekat tidigare i avsnitt 3.5.2, måste domstolen ha bedömt preliminära straffvär-

[125] Det skall för tydlighetens skull noteras att straffskalemaximum för den samlade brottsligheten kan bestämmas antingen genom en summering av de enskilda brottens straffmaximum eller genom det schablonartade tillägget i BrB 26:2 st. 2. Det alternativ som ger det lägsta straffmaximumet skall väljas. Se avsnitt 4.2.2.

[126] Prop. 1962:10 C s. 580.

den för de olika brotten. När straffmätningen för de olika brottskombinationerna skall relateras till olika brott – för vilka straff utdöms i olika rättegångar – upphör de teoretiska möjligheterna att avstå från en separat straffmätning för respektive brott.

I praktiken blir det kanske ingen reell skillnad om rabatt ges i förhållande till den tidigare brottsligheten eller enbart i förhållande till den nya brottsligheten.[127] Detta gäller främst om det är fråga om många brott i båda domarna och brottsligheten är någorlunda likartad. Rabatten blir ungefärligen lika stor oavsett utifrån vilka brott som rabatten beräknas. Men det kan i vissa fall bli en avsevärd skillnad. Antag att en person dels i dom 1 har dömts för två brott (A+B) vilka vartdera har ett högt straffvärde (fängelse i 2 år), dels i dom 2 har dömts för två brott (C och D), vilka båda har ett relativt lågt straffvärde (fängelse i 1 månad vartdera). Om rabatten i dom 2 relateras till brottsligheten i dom 1 (A+B) kommer en avsevärt större mängdrabatt att kunna ges jämfört med om mängdrabatten beräknas utifrån förhållandet mellan de i dom 2 aktuella brotten (C+D).[128]

Parentetiskt skall nämnas att den aktuella iterativa tillämpningssituationen givetvis kan bli föremål för en ny iterativ tillämpningssituation. Om den tidigare domen (vilket i detta fall blir dom 2) har avsett såväl nyupptäckt brottslighet (vilken hänfördes till dom 1) och återfall blir det naturligtvis av intresse, vid bedömningen av brotten i dom 3, att veta vilka av brotten i dom 2 som utgjorde återfall och vilka som var nyupptäckta brott. Kännedom härom kan domstolen i dom 3 få endast om den vet dels när den i dom 2 aktuella brottsligheten begicks, dels när tidigare utdömda påföljder började verkställas. Dessa uppgifter framgår av den tidigare domen och utdrag ur belastningsregistret.

Hur praxis närmare behandlar situationer där BrB 34:3 st. 2 är tillämplig är svårt att säkert ange eftersom det inte framgår om mängdrabatt har givits och hur stor denna i så fall är.[129] Inte heller redovisar domstolarna hur asperationsprincipen har använts i förhållande till olika tidigare domar.[130] Det kan inte uteslutas att man i domstolar inte upp-

[127] Prop. 1962:10 C s. 580.

[128] Om mängdrabatten relateras till brotten i dom 1 är det inte osannolikt att domstolen skulle meddela konsumtionsdom (BrB 34:1 st. 1 p. 1 och BrB 34:3 st. 1).

[129] Det kan noteras att det inte är säkert att en domstol som har tillämpat BrB 34:1 st. 1 p. 2 och BrB 34:3 st. 2 citerar dessa lagrum i domen eller på annat sätt i domskälen anger hur asperationsprincipen har beaktats. Enligt kommentaren bör emellertid citering ske, se KBrB III s. 34:12.

[130] I NJA 1993 s. 274 tog HD ställning till hur straffmätningen i en dom skulle påverkas av en tidigare dom. Den tilltalade hade av TR och HovR dömts för bedrägeri till fängelse i 6 månader. Vid förhandlingen i HD framkom att den tilltalade var dömd av finsk domstol till fängelse i 10 månader för vållande av fara och olaga hot (dom 1). Den finska

märksammar de grundläggande principerna bakom regleringen samt vilka konsekvenser som tillämpningen kan få. I praktiken torde det emellertid oftast inte leda till några påtagliga problem eftersom straffmätningen normalt ligger i den nedre delen av straffskalan och praxis är benägen att ge tämligen stora rabatter.

Mycket talar dock för att man i domstolar är mer restriktiva med att ge mängdrabatt vid straffmätningen om det är fråga om återfall efter tidigare dom (men väl före verkställighetens början).[131] Situationen påminner om den som tidigare diskuterats beträffande möjligheten att använda konsumtionsdom vid återfall.[132] I det fallet saknas uttryckliga begränsningar så länge som den tidigare påföljden fortfarande verkställs. Men som jag har nämnt anses det i gällande rätt inte alltid vara lämpligt med konsumtionsdom om brottsligheten är begången efter verkställighetens början.[133] På motsvarande sätt verkar det i praxis finnas en uppfattning att mängdrabatt bör ges endast om brottsligheten är nyupptäckt, dvs. begången före den tidigare domen.

Anknytningen till återfall aktualiserar en intressant asymmetri i förhållandet mellan BrB kap. 34 och återfallsregleringen. Som sagt är det *verkställighetens början* som utgör utgångspunkt för när asperationsprincipen skall beaktas på såväl straffskale- som straffmätningsnivå. Bortsett från den kritik jag tidigare har riktat mot denna relativa gräns, föranleder det faktum att bestämmelsen i BrB 34:3 st. 2 är avhängig av att brottsligheten är begången före verkställighetens början (och inte domen) en komplikation i förhållande till BrB 26:3 och BrB 29:4.

Som angivits i avsnitt 6.4 bygger återfallsbestämmelserna på tanken att straffskärpning i vissa fall bör komma till stånd om det är fråga om återfall. Utgångspunkten för bedömningen att det är fråga om återfall är att

---

domen skulle enligt beslut av kriminalvårdsstyrelsen verkställas i Sverige. Det i HD aktuella bedrägeriet var begånget efter dom 1 men innan verkställigheten hade påbörjats. HD konstaterade att straffet av denna anledning skulle sättas lägre och bestämde det till fängelse i 3 månader. Rabatten blev följaktligen 3 månader.

[131] Undersökningar härom är givetvis mycket svåra att genomföra. Mitt samlade intryck är ändock att det görs skillnad mellan nyupptäckt brottslighet och återfall. Med återfall förstås här återfall *efter dom* (och inte återfall efter påbörjad verkställighet av tidigare dom). Detta bekräftas bl.a. av praxisdiskussioner i domstolar och vissa rättsfall, se bl.a. RH 2004:87 och Protokoll HSB 2004 s. 17 ff. samt 22 f. Å andra sidan diskuteras i brottsbalkskommentaren ett fiktivt exempel med en person som i dom 1 har dömts för grov stöld (BrB 8:4) till fängelse 8 månader och därefter skall dömas för ytterligare en grov stöld begången efter dom 1 men före verkställighetens början. Vid dessa förhållanden anges att straffet kan bestämmas till fängelse i 1 månad, vilket antyder en generös rabatt trots att det är fråga om återfall. Se KBrB III s. 34:20.

[132] Se ovan avsnitt 7.2.2.2.

[133] Se ovan avsnitt 7.2.2.2.

den tilltalade tidigare är *dömd för brott*. Dvs. frågan om det är återfall eller inte bestäms utifrån tidpunkten för domen. Eftersom BrB 34:3 st. 2 fäster avseende vid *verkställighetens början* kan härigenom ett mellanläge uppstå där den nya brottsligheten utgör både "återfall" och "brott som begåtts innan den tidigare påföljden började verkställas". Enligt återfallsregleringen kan den nya brottsligheten föranleda straffskärpning. Enligt konkurrensregleringen skall den nya brottsligheten medföra att straffskalan begränsas och att mängdrabatt ges.

Oavsett hur man i praxis faktiskt hanterar brottslighet begången efter dom, men innan verkställigheten påbörjats, är det uppenbart att regleringen drar åt olika håll. Skäl för att ge mängdrabatt vid straffmätningen sammanträffar med skäl för straffskärpning. Det praktiska resultatet kan bli att regleringarna tar ut varandra. Att skälen för straffskärpning inte kommer till uttryck i straffmätningen på grund av att domstolen i samma situation skall ge mängdrabatt är givetvis också en effekt. Den dömde slipper straffskärpning på grund av utformningen av BrB 34:3 st. 2. Genom att de olika reglerna tar ut varandra, kommer dock den primära straffmätningen inte att påverkas, vilket talar för att den motsägelsefulla regleringen i praktiken spelar en marginell roll. Ur ett systematiskt och ideologiskt perspektiv är det emellertid diskutabelt att lagstiftningen ger ett dubbelt budskap.

Till viss del kan regleringen säkerligen förklaras genom att BrB 26:3 och 29:4 har tillkommit efter BrB:s ikraftträdande och att man i samband med införandet av dessa bestämmelser inte har beaktat vilka konsekvenser som återfallsregleringen får i de iterativa tillämpningssituationerna.[134] Å andra sidan fanns det tidigare bestämmelser motsvarande BrB 26:3.[135]

[134] Att olika frister gäller för när ny brottslighet utgör återfall och när ny brottslighet efter tidigare dom skall medföra att asperationsprincipen blir tillämplig diskuterades inte vid 1989 års påföljdsreform. Däremot redogjorde departementschefen för andra frister av betydelse för tillämpligheten av BrB 29:4. Dessa anknöt samtliga till ett senare skede. Vikt lades vid om återfallet aktualiseras (i) *efter frigivning från ett kortare fängelsestraff* från vilket den dömde inte villkorligt frigivits, (ii) *innan den dömde villkorligt frigivits*, varvid förverkande inte kan ske, och (iii) återfall *under prövotid*, där villkorlig frigivning inte aktualiseras på grund av att åtal inte hinner väckas inom stadgad frist eller där övervakningsnämnd redan har förverkat denna på annan grund. Se Prop. 1987/88:120 s. 57. I samband med införandet av straffskärpningsbestämmelsen i BrB 26:3 diskuterades bestämmelsens tillämplighet främst med hänsyn till återfall begångna *inom jämförelsevis kort tid efter frigivningen*, se bl.a. Ds Ju 1979:5 s. 98. Departementschefen uttalade att om lång tid har förflutit mellan den tidigare brottsligheten och återfallet, torde det inte finnas anledning att tillämpa BrB 26:3. Däremot diskuterades aldrig hur bestämmelsen om återfallsskärpning förhåller sig till *den tidigare domen*, se och jämför Prop. 1980/81:76 s. 57 ff.

[135] 1976 avskaffades den i BrB 26:3 då gällande bestämmelsen om förhöjt straffmaximum i vissa fall av återfall i brott. För en närmare beskrivning av återfallsregleringens utveckling, se Victor 1976 s. 249 not 1.

Likaså var det inte någon nyhet att återfall kunde påverka straffmätningen i skärpande riktning när BrB 29:4 infördes. Vid BrB:s ikraftträdande förhöll det sig antagligen på det viset att liknande – och inbördes oförenliga – bestämmelser kunde motiveras eftersom påföljdsbestämningen huvudsakligen vilade på preventiva hänsyn.[136] Återfall kan – men behöver inte – utgöra skäl för straffskärpning i ett påföljdsbestämningssystem som vilar på allmän- och/eller individualprevention. Ny brottslighet kan tala för att den tilltalade har ett större behandlingsbehov. Som diskuterats i avsnitt 6.4.3.2 behöver inte återfall påverka påföljdsbestämningen i skärpande riktning om brottsligheten är begången under verkställigheten. Som nämnts kunde enligt äldre rätt ny brottslighet under pågående verkställighet till och med anses utgöra ett skäl för en lindrigare bestraffning med motiveringen att brottet begåtts innan den dömde var "färdigbehandlad". Genom att fokus lades på att i det enskilda fallet finna den för brottslingen lämpligaste påföljden stod det domstolen fritt att väga in återfallets betydelse på det sätt den fann vara passande. Detta är givetvis inte befogat om påföljdsbestämningen förutsätts vila på proportionalitet och humanitet.

Det finns åtminstone två sätt att i ett system byggt på proportionalitet och humanitet lösa problemet med de oförenliga bestämmelserna. Antingen avskaffar man reglerna om återfallsskärpning eller flyttar man gränsen för när asperationsprincipen skall beaktas i iterativa tillämpningssituationer till tidpunkten för *domen*, varvid övergången från mängdrabatt till återfallsskärpning sker utan att bestämmelserna är tillämpliga samtidigt. Frågan kommer att diskuteras närmare i kapitel 8.

Till sist skall nämnas att de praktiska svårigheterna förknippade med att behandla flerfaldig brottslighet i olika rättegångar kan leda till att domstolen i dom 2 förbiser skyldigheten att beakta asperationsprincipen avseende sådan brottslighet som är begången innan ett tidigare fängelsestraff började verkställas. I BrB 34:10 finns av denna anledning möjlighet att företa en omprövning av dom 2 vad avser straffmätningen, varvid domstolen är skyldig att pröva vad straffet i en dom (dom 2) skulle ha blivit om bestämmelsen i BrB 34:3 st. 2 hade beaktats i förhållande till en tidigare dom (dom 1).[137] Bestämmelsen är endast tillämplig då påföljden har bestämts till ett tidsbestämt fängelsestraff eller sluten ungdomsvård och ansluter direkt till bestämmelserna i BrB 34:3 st. 2 och 34:7 st. 2.

En omprövning av dom 2 innebär att domstolen måste företa en ny straffmätning rörande den aktuella brottsligheten. Med hänsyn till att syftet med regleringen är att asperationsprincipen skall tillämpas får det

[136] Angående de bestraffningsideologiska övervägandena bakom den tidigare svenska regleringen av återfall, se Victor 1976 s. 254 ff.
[137] KBrB III s. 34:43.

förmodas att strafftidens längd efter denna prövning normalt kommer att reduceras.[138] Det är Kriminalvårdsstyrelsen ansvar att bevaka om intresse finns att ompröva en tidigare dom. Om det föreligger anledning att göra en ny prövning, skall Kriminalvårdsstyrelsen underrätta åklagare som anmäler frågan till domstolen. Förfarandet är i huvudsak skiftligt och avgörs genom beslut.[139] Domstolens enda möjlighet att bilda sig en uppfattning om vad straffmätningen skulle ha blivit om brotten bedömts enligt principen om gemensamt straff och asperationsprincipen är att utifrån domskälen jämföra omständigheter och straffvärden.

7.3.4 Konklusioner

Utifrån vad som har sagts i detta avsnitt kan vi dra vissa slutsatser rörande lösningsalternativet att utdöma en särskild påföljd enligt BrB 34:1 st. 1 p. 2.

(1) Vi kan konstatera att möjligheterna att i dom 2 utnyttja kumulationsprincipen leder till olika resultat beroende på om den tidigare domen består av en icke frihetsberövande påföljd eller ett tidsbestämt fängelsestraff.

Om såväl dom 1 som dom 2 avser *icke frihetsberövande påföljder*, innebär lösningsalternativet att i dom 2 döma särskilt att påföljderna kommer att *verkställas parallellt*. Som har framgått behöver inte parallell verkställighet utgöra något problem. Tvärtom ligger det i de icke frihetsberövande påföljdernas natur att verkställigheten av flera straff kan ske parallellt. Personligen kan jag inte se några praktiska problem med denna ordning. I vissa fall kommer intensiteten av den icke frihetsberövande påföljden att öka genom att den dömde i dom 2 åläggs t.ex. att betala dagsböter, utföra samhällstjänst eller underkasta sig föreskrifter om nykterhetsvård vid sidan av påföljdernas övriga innehåll. I andra fall innebär parallell verkställighet endast att den dömde samtidigt är underkastad flera prövotider, vilket kan uppfattas som en dubbel varning om vad resultatet kan bli vid återfall eller misskötsamhet. Huruvida man kan acceptera ett resultat bestående i dubbla prövotider beror ytterst på hur man uppfattar prövotiden som sanktion och hur man ser på återfallsproblematiken. Med den

[138] I NJA 1995 s. 711 tog HD ställning till om en dom (dom 2) i vilken TR hade bestämt påföljden för 13 fall av olovlig körning, grovt brott (TBL § 3 st. 2) till 1 månads fängelse skulle ändras med hänsyn till att brotten var begångna före en tidigare dom (dom 1) avseende rån (BrB 8:5) i vilken påföljden hade bestämts till fängelse i 1 år och 2 månader. HD fann att brottsligheten i dom 2 var av sådant slag att fängelse normalt skulle utdömas, men att straffet med hänsyn till påföljden i dom 1 kunde bestämmas till böter.
[139] KBrB III s. 34:43 och 38:12 ff.

syn på återfall som jag har redogjort för i avsnitt 6.4, torde det inte finnas några hinder mot att låta flera prövotider löpa parallellt. Utifrån toleransteorin kan det sägas att ett återfall under denna prövotid leder till att privilegieringen lättare upphör.

Jag kan inte heller se att parallell verkställighet innebär några problem i förhållande till proportionalitetsprincipen. Påföljden görs på något sätt mer ingripande om den dömde döms för ytterligare brott. Även om det inte är möjligt att i detalj anpassa respektive tilläggssanktion efter den nya brottslighetens straffvärde är det – för att proportionalitetsprincipen skall upprätthållas – tillräckligt att intensiteten på något sätt ökar så att det framgår att det är fråga om en strängare reaktion på grund av att det är fråga om flera brott.

En ytterligare fråga rörande proportionalitet är vilka "värden" som skall användas då någon döms till påföljd i en särskild dom (BrB 34:1 st. 1 p. 2). Antag t.ex. att A döms för bedrägeri (BrB 9:1) till villkorlig dom i förening med böter. Brottet har ett straffvärde på 10 månader. I en senare dom döms A för stöld (BrB 8:1), vilken är begången före dom 1 (nyupptäckt brottslighet). Brottet har ett straffvärde på 4 månader. Varken brottslighetens art eller tidigare brottslighet talar för att påföljden i dom 2 skall bestämmas till fängelse, varför påföljden på nytt bestäms till villkorlig dom (eller alternativt att konsumtionsdom i förening med en tilläggssanktion utdöms). Vid straffmätningen skall asperationsprincipen tillämpas (BrB 34:3 st. 2). Hade brotten bedömts tillsammans hade det sammanlagda straffvärdet hos brottsligheten – även om asperationsprincipen hade tillämpats – kunnat tala för att påföljden skulle bestämmas till fängelse. Slutsatsen blir således att A får en fördel av att brotten bedöms vid olika tillfällen. De olika brotten bestraffas vartdera med en icke frihetsberövande påföljd.

Vad gäller humanitetsprincipen och intresset av att undvika fängelse utgör denna princip hela fundamentet för att acceptera icke frihetsberövande påföljder och parallell verkställighet. Alternativet är att i dom 2 utdöma ett separat fängelsestraff eller att undanröja dom 1 och utdöma ett gemensamt fängelsestraff. Såväl möjligheterna att vid konsumtionsdom förstärka den tidigare påföljden med tilläggssanktioner som möjligheten att döma särskilt, visar att intresset av att undvika fängelse förutsätter att flera olika påföljder måste kunna verkställas samtidigt under en viss period. Kumulationsprincipen är således i dessa fall helt förenlig med humanitetsprincipen under förutsättning att verkställigheten sker parallellt.

Under alla omständigheter blir resultatet egentligen inte annorlunda jämfört med de påföljdskombinationer som domstolen kan uppnå genom att förena en skyddstillsyn eller en villkorlig dom med en tilläggssanktion

när brotten bedöms i ett sammanhang. Inte heller råder det någon principiell skillnad mellan att domstolen dömer särskilt till ny påföljd av samma slag (BrB 34:1 st. 1 p. 2) och att domstolen utdömer en konsumtionsdom (BrB 34:1 st. 1 p. 1). Att döma särskilt har emellertid den fördelen att lösningen av konkurrensförhållandet inte blir avhängigt de olika frister som nämns i BrB 34:5 och 34:6. Inte heller spelar det någon större roll hur stor del av dom 1 som har verkställts då påföljd för de i dom 2 aktuella brotten skall bestämmas.

Som har framgått anges dock i förarbetena och brottsbalkskommentaren att det råder vissa begränsningar för när det anses vara lämpligt att döma särskilt till ny påföljd. Dessa begränsningar avser huvudsakligen tillämpningssituationer då påföljden i den tidigare domen har bestämts till villkorlig dom. I den mån dessa begränsningar relaterar till annat än de allmänna förutsättningar som finns för att välja denna påföljd, anser jag att de kan ifrågasättas.

Slutsatserna beträffande kumulationsprincipens förenlighet med proportionalitets- och humanitetsprinciperna kan i allt väsentligt sägas gälla även för den situationen att dom 1 består av en icke frihetsberövande påföljd och domstolen i dom 2 utdömer ett fängelsestraff. Det är fullt möjligt att låta ett fängelsestraff verkställas parallellt med villkorlig dom eller skyddstillsyn. Den enda påtagliga skillnaden i förhållande till den nyss diskuterade situationen blir att den icke frihetsberövande påföljden, på grund av fängelsestraffet, inte verkställs under det att den dömde är berövad friheten. Vad som kan utgöra ett principiellt skäl mot att i dom 2 döma särskilt till fängelse är att den nya påföljden helt kommer att absorbera den tidigare. Detta kan ske då en icke frihetsberövande påföljd skall verkställas parallellt med ett (mycket) långt fängelsestraff, varigenom proportionalitetsprincipen sätts ur spel.

(2) Om påföljden i både dom 1 och 2 avser ett tidsbestämt fängelsestraff, kommer en ny särskild dom att resultera i att straffen istället verkställs *seriellt*. Kumulationen leder här till en i tiden mera utsträckt påföljd och effekterna av kumulation blir därigenom mera ingripande. För att avgöra huruvida detta är en lämplig ordning har jag angivit att man måste utgå från att lagstiftarens avsikt med påföljdsbestämningen är att ett utdömt fängelsestraff skall verkställas. Straffen skall således i första hand adderas.

Intresset av att straffmätningen inte påverkas av olika processuella tillfälligheter tillgodoses genom de bestämmelser som anger att asperationsprincipen, under vissa förutsättningar, skall beaktas vid påföljdsbestämningen i dom 2.

Regleringen innebär emellertid att de iterativa tillämpningssituationerna kan bli påtagligt komplicerade. Detta beror på att brottslighet som

redan varit föremål för en domstolsprövning ibland måste omprövas och ställas i relation till ny brottslighet. Att bedömningen blir svår beror på att situationen kan vara sådan att den nya brottsligheten delvis måste ställas i relation till brottsligheten i en tidigare dom, delvis måste ställas i relation till den övriga brottsligheten för vilken påföljd skall bestämmas i den aktuella tillämpningssituationen. Detta aktualiseras särskilt i kombinationsfall av nyupptäckt brottslighet och återfall. Man kan säga att konsekvensen av att utsträcka principen om gemensamt straff till iterativa tillämpningssituationer (i syfte att åstadkomma rättvisa bedömningar) blir att man i efterhand måste utföra ett flertal beräkningar i förhållande till olika brottskombinationer. Exempel på dylika situationer kan göras mycket komplicerade. Det ändrar dock inte på det faktum att principen är relativt enkel.

Jag uppfattar emellertid inte de praktiska svårigheterna som oöverstigliga. Gällande straffmätningstraditioner och det faktum att straffskalornas övre del normalt inte används, gör att det sällan finns risk för att det utmätta straffet överstiger de straffmaxima som följer av reglerna om straffskalekonstruktion vid flerfaldig brottslighet. Det väsentliga är att principen om mängdrabatt upprätthålls och att denna beräknas utifrån den brottslighet som ligger inom den utpekade fristen.

Den nämnda fristen ("innan den tidigare påföljden började verkställas") utgör emellertid i sig ett problem i de nu aktuella tillämpningssituationerna. Beroende på om den dömde är frihetsberövad i målet, nöjdförklarar sig, överklagar domen eller avvaktar en anstaltsplats, påverkas frågan om ny brottslighet skall bedömas enligt principen om gemensamt straff. Dessa omständigheter har ingen relevans vid straffmätningen. Frågan om domstolen skall beakta mängdrabattsprincipen vid en gemensam straffmätning besvaras i det närmaste godtyckligt. En sådan ordning är svår att förena med proportionalitetsprincipen.

Likaså är det svårt att förklara på vilket sätt som intresset av att tillse att den dömde inte behandlas annorlunda på grund av att åtal handläggs i olika rättegångar motiverar att bedömningen blir avhängig en gräns som "verkställighetens början". Om gärningsmannen själv skjuter upp verkställigheten genom att överklaga domen, är det ingen tillfällighet att brotten inte bedöms i samma rättegång. Det är det för övrigt aldrig när brottsligheten i dom 2 är begången efter den tidigare domen. Noga taget är det endast vid skyddstillsyn som verkställigheten alltid påbörjas vid dagen för domen, varigenom en tydlig gräns dras vid den tidigare domen. Å andra sidan spelar frågan om när brottsligheten är begången ingen avgörande roll i iterativa tillämpningssituationer där den tidigare domen är skyddstillsyn. Som har framgått i avsnitt 7.2.2.3 har det för frågan om konsumtionsdom kan väljas en marginell betydelse om den nya brottsligheten

utgör nyupptäckt brottslighet eller utgör återfall. Detta har sin förklaring i att främst individualpreventiva intressen anses motivera att skyddstillsyn skall kunna ådömdas en gärningsman flera gånger trots att det är fråga om återfall.

Det förtjänar att åter nämnas att man i praxis synes vara mindre benägen att beakta asperationsprincipen om det är fråga om ny brottslighet begången efter *domen*. Jag kommer i avsnitt 8.4 att diskutera var den lämpliga gränsen mellan nyupptäckt brottslighet och återfall bör dras.

(3) Avslutningsvis kan vi konstatera att lagstiftarens ambition att den dömde främst skall verkställa *en* enhetlig påföljd – och inte underkastas olika reaktioner eller behandlingar – är kraftigt underminerad genom de stora möjligheter som finns att enligt BrB 34:1 st. 1 p. 2 döma till en särskild påföljd i dom 2. Oavsett om en särskild påföljd innebär att domstolen i dom 2 vid straffmätningen är skyldig att beakta en tidigare dom, kan det utan tvivel sägas att det vid valet av påföljd *inte* upprätthålls en princip om att påföljden bör verkställas i en och samma form. Påföljdsvalet bestäms främst utifrån regleringen i BrB kap. 30 och de förutsättningar som anges för respektive påföljd. Detta bekräftas inte minst av det faktum att det i dom 2 är möjligt att bestämma påföljden till såväl böter som överlämnande till särskild vård.

7.4 Ny gemensam dom

7.4.1 Inledning

Det sista möjliga lösningsalternativet för att lösa konkurrensproblem i en iterativ tillämpningssituation består i att domstolen undanröjer den tidigare domen och dömer till en ny gemensam påföljd av annat slag (BrB 34:1 st. 1 p. 3). Detta utgör onekligen det mest genomgripande lösningsalternativet, vilket kommer att påverka såväl straffmätningsnivån som nivån för val av påföljd. Lösningsalternativet innefattar två moment.

För det första skall **den tidigare påföljden undanröjas**, vilket innebär att verkställighet av den pågående påföljden inte längre skall ske. Prövotid slutar att löpa, övervakning skall inte längre ske och föreskrifter om vård etc. är att betrakta som upphävda.[140] Om den dömde i dom 1 har ådömts ett fängelsestraff, skall detta inte verkställas. Beslut om undanröjande kan således betraktas som ett totalt upphävande av de straffrättsliga rättsverkningar i påföljdshänseende som följde av den tidigare domen.

[140] SOU 1956:55 s. 343.

En intressant fråga är *när* verkställigheten skall upphöra. Detta framgår inte av lagtexten eller i förarbeten. Frågan är av praktisk betydelse eftersom påföljden verkställs till dess att undanröjandet ges effekt. Däremot skall avräkningen av vad den dömde har undergått till följd av den tidigare domen göras i samband med beslutet om ny påföljd i dom 2. Det skall noteras att vi nu endast diskuterar påföljder, medan skadestånd och annan rättsverkan av brott inte påverkas av ett undanröjande. Om dom 2 överklagas, vinner domen inte laga kraft. Det är svårt att föreställa sig att verkställigheten av den nya påföljden kan ske innan domen har vunnit laga kraft. Om HovR sedermera fastställer dom 2 måste rimligtvis en ny avräkning ske för vad den dömde vid detta domstillfälle har verkställt av den tidigare påföljden. Genom att den tidigare påföljden fortsätter att löpa under det att målet bidar i avvaktan på HovR:s prövning, kan det tänkas att den tidigare påföljden till fullo har verkställts vid tidpunkten för HovR:s dom. Den praktiska konsekvensen av att bestämmelserna i BrB kap. 34 anknyter till verkställighetens början och slut kan således resultera i att lösningsalternativet undanröjande och ny gemensam dom sätts ur spel.

Det väsentliga undantaget från vad som nu har sagts om effekten av ett undanröjande avser tidigare utdömda böter, vilka inte omfattas av ett undanröjande (BrB 34:1 st. 1 p. 3). Om dom 1 består i ett rent bötesstraff kan domen överhuvudtaget inte bli föremål för undanröjande eftersom BrB kap. 34 inte är tillämpligt då det tidigare straffet består i ett bötesstraff. Om den tidigare domen består i en icke frihetsberövande påföljd som förenats med böter (BrB 30:8 och 30:10), innebär ett undanröjande att bötesstraffet kvarstår och således skall verkställas parallellt med den nya påföljden. Detta följer av att böter utgör ett särskilt straff som har utdömts kumulerat med den icke frihetsberövande påföljden och att tidigare böter inte omfattas av regleringen i BrB kap. 34.[141] Det spelar således ingen roll om domstolen för den nya brottsligheten har utdömt ett separat bötesstraff eller utnyttjat möjligheten att vid sidan av en konsumtionsdom utdöma ett bötesstraff. Undanröjandet kommer inte i något av fallen att upphäva den del av straffet som avser böter.[142]

Till skillnad från vad som gäller för ett vid sidan av huvudpåföljden utdömt bötesstraff, omfattar ett undanröjande ett fängelsestraff som enligt BrB 28:3 har förenats med en skyddstillsyn. Detta framgår av BrB 34:1 st. 2, där det anges att sådant fängelse skall anses som en del av skyddstillsynen. Har den dömde inte verkställt detta fängelsestraff, bortfaller det i samband med undanröjandet. Om verkställigheten pågår, skall verkställigheten upphöra.[143]

[141] Se avsnitten 4.4.2 och 6.2.2.2.
[142] KBrB s. III 34:13.
[143] KBrB s. III 34:14.

För det andra innebär ett undanröjande att en **ny gemensam påföljd** skall utdömas. Den nya påföljden kommer således att ersätta den tidigare påföljden. Det är inte fråga om att efterge påföljd i något avseende. Inte heller avser den nya påföljden endast den nya brottslighet som är föremål för domstolens bedömning i dom 2. Tvärtom skall brottsligheten i dom 1 och 2 bestraffas gemensamt genom en ny påföljd. Denna påföljd kommer att verkställas på samma sätt som påföljd av detta slag i allmänhet verkställs. Bestäms den nya påföljden till villkorlig dom, börjar påföljden normalt verkställas i samband med att dom 2 vinner laga kraft. Är det istället fråga om skyddstillsyn påbörjas verkställigheten normalt i samband med domen.

Att märka är att den nya gemensamma påföljden måste vara *av annan art*. Undanröjande har inte ansetts vara möjligt om det är fråga om att i dom 2 utdöma påföljd av samma slag som i dom 1.[144] Genom att undanröja dom 1 och ersätta denna med påföljd av samma art skulle domstolen kunna åstadkomma en situation där den tidigare påföljden börjar om från början. Om principen om avräkning för vad den dömde tidigare har avtjänat skall upprätthållas, kan det i praktiken endast handla om icke frihetsberövande påföljder. Det finns flera syften med att uppställa ett krav på att det är fråga om påföljd av annan art. Ett syfte är att domstolen i dom 2 inte skall kunna undanröja t.ex. en tidigare skyddstillsyn och på nytt utdöma skyddstillsyn, varvid ny prövotid och övervakning aktualiseras och därutöver kunna förstärka den nya gemensamma påföljden med olika föreskrifter. Ett annat skäl är att det inte anses vara lämpligt eller ändamålsenligt att påföljder av olika art samtidigt är tillämpliga beträffande samma person.[145]

Utifrån såväl formellt som praktiskt perspektiv kan det anses vara befogat att domstolar inte undanröjer gamla domar och på detta sätt förändrar utgångspunkterna för de myndigheter som skall verkställa domen, registrera påföljd i belastningsregistret etc. Ur materiell synvinkel är *förbudet mot att döma till ny gemensam påföljd av samma slag i allt väsentligt innehållslöst*. Motsvarande resultat kan, som diskuterats i avsnitt 7.2 och 7.3, uppnås genom att domstolen antingen utdömer en konsumtionsdom eller dömer till en ny särskild påföljd av samma slag. I båda fallen kan prövotiden förlängas. Är det fråga om skyddstillsyn kan det beslutas om ytterligare övervakning. I båda fallen kan böter och olika föreskrifter meddelas på samma sätt som om domstolen undanröjer den tidigare domen och utdömer en ny påföljd.

[144] SOU 1956:55 s. 342.
[145] SOU 1956:55 s. 342.

Som kommer att framgå nedan skall dock i olika utsträckning hänsyn tas till vad den dömde redan har undergått till följd av den tidigare domen. Således är det fråga om en variant av *asperationsprincipen* som tillämpas då en ny gemensam påföljd utdöms enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3. Påföljderna i både dom 1 och dom 2 sammanläggs och underkastas därefter en (omfattande) modifikation, vilken avser såväl straffmätning som val av påföljd. Effekterna av ett undanröjande kan givetvis bli mycket olika beroende på vilken påföljd som domstolen i dom 1 har utdömt och hur stor del av den tidigare påföljden som har verkställts. Om t.ex. konkurrenssituationen avser en tidigare utdömd skyddstillsyn som har förenats med samhällstjänst (dom 1) och undanröjandet sker 2 år efter att påföljden började verkställas, återstår normalt i praktiken endast prövotid i 1 år. Aktualiseras däremot undanröjandet kort tid efter att dom 1 utdömdes kan ett undanröjande i praktiken omfatta hela den tidigare påföljden.

Vidare påverkas omfattningen av ett undanröjande av huruvida den tidigare domen i sin tur har absorberat andra domar. Det finns således ingen garanti för att den dom som skall undanröjas endast avser de brott som gärningsmannen är dömd för i dom 1. Det är ju möjligt att det efter dom 1 har meddelats konsumtionsdom (dom 2) enligt vad som har sagts ovan i avsnitt 7.2 och att domstolen i dom 2 har använt möjligheten att förstärka dom 1 med t.ex. föreskrift om samhällstjänst (BrB 34:5 st. 3 och 34:6 st. 2). Resultatet av ett undanröjande blir i så fall att påföljd för samtliga brott som denna dom avser (inklusive tidigare meddelade konsumtionsdomar) undanröjs. Detta innebär att verkställighet skall upphöra för samtliga påföljdsmoment och tilläggssanktioner som i dom 2 har förenats med den tidigare domen (dom 1). Det enda undantaget är som nämnts böter.

Ett undanröjande torde vidare kunna omfatta flera tidigare påföljder under förutsättning att dessa är av annan art än den påföljd som bestäms i dom 2 och fortfarande verkställs. Situationen är visserligen inte diskuterad i förarbetena, men av syftena bakom lösningsalternativet ny gemensam dom måste det följa att undanröjandet kan avse flera olika påföljder.[146] Den som t.ex. verkställer två olika icke frihetsberövande påföljder och på nytt blir föremål för lagföring torde således riskera att båda dessa påföljder undanröjs och ersätts med ett gemensamt fängelsestraff.

På samma sätt som vid de andra lösningsalternativen finns ingen gräns för *när* ett undanröjande kan aktualiseras annat än att brottsligheten måste vara begången innan påföljden till fullo har verkställts. Undanröjande kan i vissa fall förekomma även efter att påföljden till fullo har

[146] Av kommentaren framgår att om den tidigare domen avser flera påföljder, kan undanröjandet avse samtliga påföljder eller endast vissa, se KBrB III s. 34:14.

verkställts. Under förutsättning att den tidigare påföljden består i villkorlig dom, framgår av BrB 34:5 st. 6 att den tidigare domen kan komma att undanröjas om brottet har begåtts under prövotiden och den dömde har häktats eller erhållit del av åtal inom ett år från prövotidens utgång.

Motiveringen till möjligheten att undanröja en villkorlig dom även efter det att den till fullo har verkställs, har angivits vara att om det krävs att ny lagföring aktualiseras under det att den tidigare domen fortfarande verkställs, skulle det saknas incitament för den dömde att inte återfalla i brott mot slutet av prövotiden.[147] Om den dömde vet att prövotiden inom kort kommer att löpa ut, och att ny lagföring kommer att aktualiseras först efter att påföljden till fullo har verkställts, skulle återfall under prövotiden inte kunna påverka verkställigheten av påföljden i dom 1.[148] Genom nuvarande bestämmelse i BrB 34:5 st. 6 förblir den tidigare domens betydelse svävande under 1 år efter prövotidens utgång.

Beträffande skyddstillsyn gäller inte motsvarande möjlighet. I BrB 34:6 st. 6 anges att en förutsättning för ett undanröjande är att den dömde häktats eller fått del av åtalet före prövotidens utgång.

Förmodligen sammanhänger de olika bestämmelserna i BrB 34:5 st. 6 och 34:6 st. 6 med förutsättningarna för att vid ny brottslighet ådöma en ny icke frihetsberövande påföljd. Enligt SLB skulle ny villkorlig dom efter en tidigare villkorlig dom i princip vara utesluten och undanröjande skulle normalt ske om ny brottslighet aktualiserades under prövotiden.[149] Om påföljden i den tidigare domen däremot var skyddstillsyn fanns enligt SLB större möjligheter att döma särskilt till ny skyddstillsyn enligt BrB 34:1 st. 1 p. 2.[150] De olika möjligheterna att undanröja en tidigare icke frihetsberövande påföljd bygger på ett antagande om att återfallets betydelse inte i tillräcklig mån kan beaktas i samband med påföljdsvalet och på att villkorlig dom är att uppfatta som en villkorlig eftergift av påföljd, vilken vid ny brottslighet regelmässigt skall – eller skall kunna – undanröjas.[151] Utifrån vad jag har sagt i avsnitt 6.4 om betydelsen av återfall, torde behovet av att kunna undanröja en villkorlig dom efter det att prövotiden har löpt ut kunna betraktas som minimalt. Vad vi talar om är ett begränsat antal fall där brottsligheten är begången mot slutet av prövotiden. Om brottet är begånget flera år efter tidigare dom torde det med

[147] SOU 1956:55 s. 342 f. och KBrB III s. 34:30.

[148] Det skall för tydlighetens skull noteras att återfallet givetvis kan beaktas i dom 2 genom reglerna om straffskärpning på grund av återfall.

[149] Se SOU 1956:55 s. 336.

[150] Se SOU 1956:55 s. 336 och 340.

[151] Att villkorlig dom i detta avseende uppfattas som en villkorlig påföljdseftergift av innebörd att ny brottslighet under prövotid måste kunna föranleda undanröjande bekräftas av vissa uttalanden i kommentaren, se bl.a. KBrB III s. 34:30.

dagens syn på återfall inte föreligga behov att vid dom 2 reagera på återfallet utöver vad som möjliggörs enligt BrB 30:4 (och eventuellt BrB 29:4).[152] Om domstolar låter det faktum att den nya brottsligheten utgör återfall därutöver avgöra frågan huruvida ett undanröjande skall aktualiseras, måste det ifrågasättas i vilken utsträckning som detta är förenligt med den gällande synen på återfall.[153] Vidare förvandlar man härigenom villkorlig dom till en form av villkorligt anstånd med verkställighet av fängelsestraff eller, om man så vill, villkorligt fängelse. Är det överhuvudtaget inte fråga om återfall, utan istället nyupptäckt brottslighet, måste det ifrågasättas om ett undanröjande efter prövotidens utgång överhuvudtaget bör kunna komma ifråga. En tentativ slutsats är att regleringen i BrB 34:5 st. 6 i allt väsentligt måste betraktas som en rest från ett preventionstänkande.

Vad gäller tidpunkten för när ett undanröjande tidigast kan aktualiseras, framgår av BrB 34:1 st. 1 p. 3 ett krav på att domen har vunnit *laga kraft*. Vi möter här en ny frist, vilken på samma sätt som "verkställighetens början" är relativ. Normalt vinner en dom laga kraft tre veckor efter domens meddelande (RB 30:9), men om domen överklagas kan denna tidpunkt uppskjutas väsentligt. Vilken effekt detta har för huruvida påföljden ändock kan börja verkställas har jag redogjort för i avsnitt 6.2.1.

Kravet på att den tidigare domen skall ha vunnit laga kraft för att ett undanröjande och ny gemensam dom skall kunna aktualiseras har funnits sedan motsvarande bestämmelser infördes i samband med SL:s ikraftträdande, även om det då inte framgick explicit av lagtexten. Som Hagströmer påpekar skulle "betänklig oreda" annars kunna uppkomma.[154]

[152] Det skall noteras att domstolen vid den nya domen skall beakta vad den dömde har undergått till följd av den tidigare domen (BrB 34:5 st. 5). En prövotid utgör förvisso i sig inget direkt repressivt inslag i den dömdes liv, och med hänsyn till att ny brottslighet har aktualiserats kommer den inte att innebära att det nya straffet reduceras överhuvudtaget på denna grund. Men den dömde har ändock varit underkastad någon form av reaktion. Vidare har den villkorliga domen normalt varit förenad med ett bötesstraff (BrB 30:8), vilket inte kommer omfattas av ett undanröjande.

[153] Den villkorliga domen i svensk påföljdsbestämningslära fungerar numera som en villkorlig påföljdseftergift eller en officiell varning (ett villkorligt anstånd med ådömande av straff). Till skillnad från vad som gäller vid villkorlig frigivning är det inte tänkt att ny brottslighet eller annan misskötsamhet normalt skall leda till att denna påföljd ändras. Villkorlig dom har således inte längre karaktären av att vara ett villkorat anstånd med verkställighet av ett utmätt fängelsestraff, se bl.a. BRÅ Rapport 1977:7 s. 283, SOU 1995:91 s. 213, KBrB III s. 27:2 f. och Jareborg & Zila 2000 s. 44.

[154] Hagströmer 1901–1905 s. 769. Uppfattningen att den tidigare domen skulle ha vunnit laga kraft vidhölls i förslaget till ny brottsbalk med avseende på samliga lösningsalternativ på konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer (dvs. BrB 34:1 st. 1 p. 1–3), se Prop. 1962:10 C s. 391. På inrådan av lagrådet begränsades dock kravet på att den tidigare domen skulle ha vunnit laga kraft till de fall att undanröjande aktualiserades.

Utgångspunkten för ett undanröjande är att verkställigheten av påföljden i dom 1 skall upphöra och ersättas med en ny dom. Om domen inte har vunnit laga kraft finns det en möjlighet att domen överklagas.[155] Ett undanröjande innebär att den överklagade domens straffrättsliga rättverkningar upphör och att de brott för vilka den dömde bestraffades i dom 1 bestraffas med en annan påföljd i en annan dom (dom 2). Om man vill möjliggöra undanröjande av domar som inte har vunnit laga kraft, krävs bestämmelser för hur den nya gemensamma domen (dom 2) skall justeras för det fall att den tidigare domen (dom 1) upphävs eller ändras i högre instans.

Ett annat problem med att undanröja domar som inte har vunnit laga kraft är att de brott som dom 1 avser kan komma att bli dubbelbestraffade. Antag att TR i ett mål bestämmer påföljden till skyddstillsyn i förening med 28:3-fängelse (dom 1). Domen överklagas till HovR. Innan målet slutligen avgörs i HovR, undanröjs dom 1 i ett nytt mål i TR (dom 2), varvid ett gemensamt fängelsestraff utdöms. När HovR skall pröva den överklagade dom 1 finns noga taget ingen påföljd kvar att ta ställning till.[156] Låt oss hypotetiskt ändå anta att HovR väljer att avslå överklagandet och fastställa TR:s dom. Om domstolen i dom 2 vid straffmätningen har beaktat de brott som härrörde från dom 1, kommer det att finnas två domar, vilka båda omfattar de brott som varit föremål för prövning i dom 1. Sammantaget finns det goda skäl att behålla en ordning där undanröjande endast får användas om den tidigare domen har vunnit laga kraft.

Som lagrådet framhöll skulle i och för sig detta kunna innebära att omprövning i vissa fall måste äga rum då lösningsalternativet konsumtionsdom har använts eller då domstolen har utdömt en särskild påföljd och den tidigare domen senare ändras, se Prop. 1962:10 C s. 579. Ändring av detta slag regleras i BrB 34:10.

[155] Det bör uppmärksammas att kravet på laga kraft gäller i förhållande till samtliga som kan överklaga domen, vilka förutom åklagaren och den tilltalade består av eventuella målsägande, se Prop. 1962:10 C s. 391.

[156] En sådan situation aktualiserades i NJA 2004 s. 644. Omständigheterna i fallet var följande. A dömdes för våld mot tjänsteman (BrB 17:1) till villkorlig dom (dom 1). Dom 1 överklagades till HovR. Innan HovR hade tagit ställning till överklagandet dömdes A för annan brottslighet (dom 2). I påföljdsdelen undanröjdes den överklagade dom 1 (trots att den inte vunnit laga kraft). Dom 2 vann härefter laga kraft. I samband med att överklagandet av dom 1 skulle behandlas i HovR avvisades överklagandet med åberopande av att den påföljd som A överklagat hade undanröjts och ersatts med annan påföljd. Det fanns således ingen påföljd kvar för HovR att ta ställning till. A överklagade avvisningsbeslutet till HD. Efter avvisningsbeslutet beviljade HovR resning i målet som avgjorts i dom 2 och undanröjde domen i fråga om bestämmande av påföljd. En ny påföljd för brottsligheten som omfattades av dom 2 bestämdes i ny dom. Eftersom resning beviljats avseende den del som avsåg förordnande om undanröjande av dom 1 och ny påföljd bestämts för den brottslighet som omfattades av dom 2, konstaterade HD att det inte längre fanns hinder mot att HD prövade överklagandet av dom 1.

En fråga i sammanhanget är vad som händer om domstolen, på grund av att dom 1 inte har vunnit laga kraft, utdömer en särskild påföljd och det därefter – när dom 1 slutligen avgörs – visar sig att skäl finns att undanröja dom 2. Antag t.ex. att en person (A) begår en stöld (BrB 8:1) och i dom 1 döms till skyddstillsyn. Kort efter att domen meddelas – men innan den vunnit laga kraft – döms A för grov misshandel till fängelse i 1 år. När HovR skall ta ställning till dom 1 verkställer A redan fängelsestraffet som utdömdes i dom 2.

Lösningen ges genom att BrB kap. 34 är tillämplig i alla instanser, varvid samtliga lösningsalternativen i BrB 34:1 st. 1 står till överrättens förfogande. Domstolen kan således antingen förordna att den i dom 2 utdömda påföljden skall avse även den i dom 1 aktuella brottsligheten (BrB 34:1 st. 1 p. 1) eller döma särskilt till ny påföljd (BrB 34:1 st. 1 p. 2). Härigenom ges HovR möjlighet att beakta de skäl för att undanröja dom 1 som fanns redan vid tidpunkten för dom 2, men som TR inte kunde beakta på grund av att dom 1 inte hade vunnit laga kraft. Avsaknaden av möjlighet för TR att i dom 2 undanröja dom 1 kompenseras följaktligen av att HovR anpassar den överklagade domen efter situationen som den ser ut vid tiden för överklagandet. Dom 2 kommer därigenom – i konkurrenshänseende – att bli den tidigare domen (dvs. dom 1).[157]

Vi lämnar därmed undanröjandets formella förutsättningar och de olika rättsverkningar som ett sådant beslut har och övergår till att närmare undersöka vilka skäl som har ansetts motivera att man väljer att i dom 2 utdöma en ny gemensam påföljd.

7.4.2 Bakgrunden till möjligheten att undanröja tidigare dom

I avsnitt 6.3.5 angav jag att före BrB:s ikraftträdande utgjorde undanröjande av tidigare dom och utdömande av ny gemensam påföljd huvudregeln i iterativa tillämpningssituationer (SL 4:3). De ursprungliga reglerna rörande undanröjande var synnerligen invecklade. Eftersom det inte

[157] Teoretiskt sett skulle man kunna tänka sig att både dom 1 och dom 2 överklagas till olika HovR och att respektive domstol avgör målen i så nära anslutning till den andra domstolen att domarna kommer att vinna laga kraft efter respektive domstols avgörande. I så fall skulle den tidigare domen aldrig kunna undanröjas och ersättas med ny påföljd av annan art enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3 på grund av kravet på att den tidigare domen har vunnit laga kraft. Den första domen avseende skyddstillsyn skulle således kvarstå, trots att den i praktiken aldrig kommer att verkställas eftersom gärningsmannen skall frihetsberövas på grund av det i dom 2 utdömda fängelsestraffet. I syfte att undvika sådana tillämpningssituationer bör ett av målen överflyttas till endera HovR med stöd av RB 19:7 st. 2 och 3. Enligt vad som har sagts i avsnitt 6.2.3 skall målen handläggas gemensamt, varvid en gemensam påföljd kan bestämmas direkt med stöd av BrB 30:3 st. 1.

fyller något självständigt syfte att närmare redogöra för den äldre regleringen inskränker jag framställningen till en kort sammanfattning.[158]

Utgångspunkten i en iterativ tillämpningssituation var att den tidigare domen skulle *undanröjas* (återgå) och *ersättas med ett straff* (konkurrensstraff) för den samlade brottsligheten. För de fall där verkställighet av det tidigare straffet till viss del hade ägt rum skulle *avräkning* av det tidigare straffet ske.[159] Skälet till att huvudregeln i dessa konkurrenssituationer var undanröjande angavs aldrig närmare. Till viss del kan det säkerligen förklaras med att det redan i samband med SL:s ikraftträdande togs för givet att endast ett straff skulle verkställas för den samlade brottsligheten. Jag erinrar om vad jag har redogjort för i avsnitt 3.5.3.2 om att straffen skulle omräknas och förvandlas till ett straff. Måhända föreföll det därför rationellt att man vid varje ny lagföring samlade den aktuella brottsligheten i en dom, varefter straffmätningen kunde anpassas efter den konkurrensform det var fråga om och därmed avräkna den del av det tidigare straffet som hade verkställts.

Om man vänder på perspektivet och frågar varför man i samband med BrB:s utarbetande *inte* ansåg att lösningsalternativet undandröjande och ny gemensam dom vara lämpligt som huvudregel, angav jag i avsnitt 6.3.5 att regleringen i SL gav upphov till stora komplikationer i samband med beräkning av villkorlig frigivning och strafftidberäkning i allmänhet eftersom ett undanröjande innebar att tidpunkten för verkställighetens början ändrades och flyttades fram i tiden.[160] Intressena av att förenkla

[158] Hagströmer lämnar en utförlig redogörelse för dels den situationen att någon i dom 2 skulle dömas för brott begånget före tidigare dom (nyupptäckt brottslighet), dels den situationen att någon skulle dömas för nytt brott begånget innan den tidigare domen till fullo verkställts (återfall), se Hagströmer 1901–1905 s. 768 ff. respektive 784 ff. Wetter ger en kortfattad redogörelse för motsvarande bestämmelser, se Wetter 1932 s. 168 ff. Det är komplicerat att hänvisa till specifika lagrum som behandlade dessa konkurrenssituationer. Bestämmelserna kom i samband med ett flertal revideringar att byta plats i SL kap. 4. Huvudregeln om undanröjande av det tidigare straffet behölls i samband med 1938 års reform (SL 4:3), se närmare SOU 1937:24 s. 6 och 81 ff.

[159] Eftersom man före 1938 i bestraffningshänseenden skilde mellan om brotten konkurrerade ideellt eller reellt, skulle om det var frågan om *nyupptäckt brottslighet* den nya straffmätningen anpassas efter de för dessa konkurrensformer särskilt stadgade straffmätningsbestämmelserna. Se Hagströmer 1901–1905 s. 769 ff., Bergendal 1928 s. 97 ff. och Wetter 1932 s. 169 ff. Om brottsligheten var begången efter den tidigare domen och således utgjorde *återfall* skulle straffet för det nya brottet sammanläggas och förenas med det tidigare straffet (eller om verkställigheten hade påbörjats, med vad som då återstod) enligt de straffmätningsbestämmelser som gällde för reellt konkurrerande brott, se Hagströmer 1901–1905 s. 789 ff., Bergendal 1928 s. 99 ff. och Wetter 1932 s. 169 ff.

[160] Se SOU 1956:55 s. 330 f. och Prop. 1962:10 C s. 387 f. och 391. Frågan kan av naturliga skäl aktualiseras endast när det gäller undanröjande av tidigare fängelsestraff. Strahl lämnar en utförlig redogörelse med exempel på de olika problem som kunde uppstå, se Strahl m.fl. 1955 s. 223 ff. Det kan tilläggas att i samband med utarbetandet av BrB

konkurrensregleringen och att undvika effekterna vid strafftidberäkningen föranledde SLB att vända på huvudregeln och föreslå att samtliga tre lösningsalternativ skulle stå till domstolens förfogande. Undanröjande förbehölls de fall då domstolen ansåg att påföljden skulle bestämmas till något annat än vad domstolen hade utdömt i dom 1.[161] Så långt är argumentationen som synes alltigenom pragmatisk. Den säger oss fortfarande inget om varför undanröjande bör ske.

En tydligare bild visar sig emellertid om man undersöker i vilka fall som SLB ansåg att undanröjande i kombination med utdömandet av ny gemensam påföljd borde komma ifråga. SLB tog sin utgångspunkt i syftet med den tidigare gällande bestämmelsen i SL 4:3. Det huvudsakliga ändamålet bakom denna regel var – då påföljden skulle bestämmas till fängelse eller straffarbete – att åstadkomma ett straff som bestäms på ett sätt som framstår som lämpligt med hänsyn till all brottslighet som den dömde gjort sig skyldig till före en viss tidpunkt.[162] Detta skulle teoretiskt sett kunna uppfattas som att straffmätningen och valet av påföljd inte skall påverkas av att åtal handläggs i olika rättegångar, vilket är en erinran om att asperationsprincipen bör tillämpas på straffmätningsnivån och att påföljder inte skall bestämmas på så sätt att verkställigheten innebär att vissa straff aldrig kommer till verkställighet och således från straffmätningssynpunkt helt kommer att absorberas.

Utredningen valde emellertid att tolka "lämpligt" som att den dömde borde verkställa den utdömda påföljden i en och samma strafform. Man stödde sig således enbart på de skäl som finns för att tillämpa principen om gemensamt straff vid val av påföljd. Följaktligen blev argumenten för att använda undanröjande helt inriktade på de då gällande principerna för påföljdsval, varigenom skälen präglas av intresset av prevention. Låt oss se på några exempel.

SLB angav att det inte ansågs vara ändamålsenligt att flera påföljder samtidigt är tillämpliga på en person. Om domstolen i dom 2 avsåg att döma till påföljd av annan art än tidigare borde det "därför finnas möjlighet att bringa den tidigare ådömda påföljden att upphöra".[163] Uttalandet behöver inte vara att uppfatta som att undanröjande bör ske. Däremot borde det, enligt SLB, finnas en möjlighet att undanröja. Ytterligare väg-

---

förordnades Ivar Agge att särskilt utreda reglerna om strafftidberäkning, sammanläggning av straff m.m., varvid han nådde slutsatsen att de svårigheter och problem som fanns beträffande dessa frågor var avhängiga de då gällande konkurrensbestämmelserna samt reglerna om villkorlig frigivning, se Prop. 1962:10 C s. 387 f.

[161] SOU 1956:55 s. 334 f.

[162] SOU 1956:55 s. 341.

[163] SOU 1956:55 s. 342.

ledning för när detta enligt SLB var lämpligt framgår av SLB:s diskussion av de olika påföljderna.

Beträffande *villkorlig dom* konstaterade SLB att den egentliga innebörden av denna påföljd var en villkorlig eftergift av påföljd. Eftersom påföljdens enda innehåll bestod i en prövotid och denna utgjorde en skyldighet för den dömde att inte återfalla, borde den tidigare påföljden kunna undanröjas om ny brottslighet aktualiserades. Härav får vi veta att villkorlig dom skulle uppfattas som ett anstånd med verkställighet av påföljden. Den logiska följden är att anståndet bör förverkas vid återfall. Detta är en syn på återfall som inte motsvarar den som jag har beskrivit i avsnitt 6.4.4. Hur nyupptäckt brottslighet bör behandlas angav inte SLB.

De nu diskuterade motiven är alltför opreciserade för att man skall få någon egentlig vägledning avseende när ett undanröjande bör ske. Påverkar straffvärdet hos den nya respektive tidigare brottsligheten bedömningen? Spelar det någon roll hur lång tid efter det att påföljden började verkställas som återfallet aktualiseras? Skall skäl inriktade på straffmätning eller val av påföljd vara avgörande?

Mycket talar därför för att det huvudsakligen var faktorer med hänsyn till påföljdsvalet som skulle avgöra huruvida undanröjande borde ske eller inte. Man är tillbaka till utgångspunkten att det inte anses vara ändamålsenligt att flera påföljder används samtidigt mot en person. Detta bekräftas av att om undanröjande kommer ifråga, så skall – i vart fall då den nya domen bestäms till fängelse – hänsyn tas till vad den dömde undergått till följd av den tidigare domen när den nya gemensamma påföljden utdöms. Likaså skall hänsyn tas till eventuella bötesstraff som utdömts tillsammans med den tidigare domen eftersom dessa inte kommer att omfattas av ett undanröjande.[164] Om däremot den tilltalade i dom 2 genom dom 1 har ådömts endast ett bötesstraff, skall ingen avräkning ske. Det är således frågor med anknytning till påföljdsvalet som styr regleringens utformning. Straffmätningen påverkas endast i begränsad omfattning.

Även om det inte exakt går att uttrycka vad en till viss del verkställd icke frihetsberövande påföljd skall anses motsvara i samband med straffmätningen (uttryckt som fängelse på viss tid), skall det på något sätt värderas i syfte att möjliggöra en avräkning vid fastställandet av den nya gemensamma påföljden. SLB ansåg det böra vara möjligt att underskrida straffminimum för brottsligheten i den nya domen.[165] Vad som är viktigt att uppmärksamma är att det från straffmätningssynpunkt inte är tänkt att det skall bli någon reell skillnad mellan lösningsalternativen undan-

[164] SOU 1956:55 s. 351. Se nuvarande BrB 34:5 st. 5.
[165] SOU 1956:55 s. 351.

röjande jämte ny gemensam dom och ny särskild dom. Undanröjandet innebär inte att straffmätningen skall skärpas. Däremot skall påföljden för den brottslighet som härrör från dom 1 verkställas i en annan påföljdsform. Det är således intresset av ett lämpligt påföljdsval som är det väsentliga vid frågan om undanröjande bör ske eller inte.[166]

Ett motsatt sätt att kartlägga när undanröjande anses böra ske är att fråga när lösningsalternativet i BrB 34:1 st. 1 p. 3 *inte* anses böra komma ifråga. I detta avseende ger SLB viss vägledning som bekräftar vad som hittills har sagts. När det gäller frågan om när konsumtionsdom bör meddelas, konstaterade SLB att det ofta är "lämpligt att den behandling som inletts mot den brottslige får fortsätta, även om han vid ny lagföring finnes ha begått annat brott".[167] Här ges förklaringen till varför domstolen i samband med meddelande av konsumtionsdom ges möjligheten att förena denna med tilläggssanktioner eller andra förstärkande inslag. Budskapet är således att i första hand skall verkställighet av den tidigare ådömda påföljden fortsätta. Om detta inte är möjligt bör, enligt utredningen, domstolen kunna döma särskilt till ny påföljd under förutsättning att domstolen därigenom åstadkommer "kombinationer som ... är tillåtna vid samtidigt bestämmande av påföljd för flera brott".[168] Att döma av det sagda skall detta endast kunna avse fall där brottsligheten i dom 2 inte är allvarligare än att olika former av tilläggssanktioner kan aktualiseras. Intresset av att åstadkomma påföljdskombinationer som är tillåtna när någon samtidigt döms för flera brott (BrB 30:3 st. 1) blir mycket svårt att tillgodose om någon av påföljderna (i dom 1 eller dom 2) har bestämts till fängelse. Eftersom fängelse inte får kombineras med villkorlig dom, borde det därför inte vara möjligt att för den nya brottsligheten utdöma ett fängelsestraff i dom 2. Detta strider emellertid mot vad jag har sagt i avsnitt 7.3 om hur särskild påföljd får bestämmas. Likaså är det möjligt att förena ett fängelsestraff med en icke frihetsberövande påföljd genom att använda undantagsbestämmelsen i BrB 30:3 st. 2. I många avseenden kan sägas att ambitionen, att i iterativa tillämpningssituationer åstadkomma ett resultat som överensstämmer med de resultat som kan bli följden då någon samtidigt döms för flera brott (BrB 30:3 st. 1), inte har förverkligats. De iterativa tillämpningssituationerna kan avse mycket olika brottskombinationer, vilka lagförs vid olika tillfällen. Det är därför inte möjligt att alltid åstadkomma resultat som motsvarar en bedömning som skulle ha gjorts om påföljd hade bestämts vid samma tillfälle. Motsatsvis skulle man kunna säga att påföljdsbestämningsläran innehåller så många undantag från

[166] Se även BRÅ Rapport 1977:7 s. 322.
[167] SOU 1956:55 s. 354.
[168] SOU 1956:55 s. 340.

huvudregeln att en gemensam påföljd skall bestämmas, att i princip alla påföljdskombinationer är tillåtna i en iterativ tillämpningssituation.[169]

Argumentationen i förarbetena ger intrycket av att domstolar i första hand skall undersöka möjligheten att bygga på påföljden från dom 1 eller åstadkomma motsvarande resultat genom att döma särskilt. Om däremot påföljden i dom 2 anses böra bestämmas till påföljd av annat slag, skall den tidigare domen undanröjas. Fokus lades således på vilken påföljd som den dömde vid tidpunkten för dom 2 ansågs vara i behov av och huruvida den nya brottsligheten borde föranleda att det villkorliga anståndet med verkställighet av straff skulle förverkas.

Sammanfattningsvis kan vi således konstatera att den äldre regleringen om att alltid undanröja den tidigare domen gav upphov till så många komplicerade situationer, vad gäller beräkningen av strafftid och av tidpunkten för villkorlig frigivning, att den ansågs behöva ersättas med nuvarande system där konsumtionsdom i första hand bör väljas och ny särskild dom i andra hand bör utdömas. Undanröjande skulle dock finnas kvar och användas i de fall där påföljdsvalet inte längre ansågs vara ändamålsenligt med hänsyn till den dömdes behandling. Enligt SLB var det således intresset av att finna en lämplig påföljd för den dömde och dennes förhållanden vid tidpunkten för dom 2 som skulle styra frågan om undanröjande borde ske eller inte. Från straffmätningssynpunkt var brottsbalksreformen aldrig avsedd att medföra någon skillnad. I möjlig mån skulle hänsyn tas till vad den dömde tidigare utstått till följd av påföljden i dom 1.

Problemet med dessa skäl är att de bygger på individualprevention och ett antagande om att det alltid är mest ändamålsenligt att verkställa påföljder i en och samma form. I syfte att tillgodose dessa intressen utvidgades möjligheterna att utdöma konsumtionsdom i förening med tilläggssanktioner. Denna reglering visar att man i praktiken var beredd att acceptera att den dömde samtidigt skulle verkställa olika påföljdsmoment (inom ramen för en och samma påföljd). I realiteten strider detta mot det grundläggande argument som SLB åberopade avseende varför undanröjande bör ske, nämligen att man skall undvika att den dömde samtidigt verkställer flera påföljder. I takt med att ett stort antal nya tilläggssanktioner har införts i BrB:s påföljdskatalog, har kombinationsmöjligheterna blivit så omfattande att man kan fråga vilka påföljder som *inte* får förenas. Skälen som angavs för att undanröja står i motsättning till skälen för att förordna om konsumtionsdom i förening med tilläggssanktioner.

[169] Eventuellt består undantagen endast i de i avsnitt 7.3.2.2 utpekade fallen då någon i två olika domar dels åläggs föreskrift om samhällstjänst och kontraktsvård, dels samhällstjänst och 28:3-fängelse, dels kontraktsvård och 28:3-fängelse.

Trots att de nu anförda motiveringarna till varför undanröjande bör ske är förhållandevis gamla och dessutom – enligt min uppfattning – delvis överspelade, redovisar brottsbalkskommentaren dem fortfarande såsom grund för gällande rätt.[170] I följande avsnitt avser jag att i korthet diskutera när och på vilka övriga grunder ett undanröjande kan komma att aktualiseras.

7.4.3 När bör undanröjande ske?

7.4.3.1 Undanröjande av fängelsestraff

Teoretiskt sett är det möjligt att undanröja ett tidigare utdömt fängelsestraff och ersätta detta med påföljd av annan art. I kommentaren anges att det inte finns något hinder mot att i dom 2 utdöma en ny gemensam påföljd som framstår som mindre ingripande än den påföljd som har utdömts i dom 1, men att det i allmänhet inte torde komma ifråga att tillämpa BrB 34:1 st. 1 p. 3 på sådant sätt.[171]

Vad som skall förstås med "mindre ingripande" är inte klart. Rimligtvis borde det inte kunna avse straffmätningen. Den gemensamma straffmätningen i dom 2 borde inte kunna resultera i ett lägre straffmätningsvärde än om brotten ådömts separata påföljder. Detta skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Mycket talar således för att man i kommentaren avser val av påföljd. Av BrB 34:3 st. 3 framgår att det är möjligt att undanröja ett tidigare utdömt fängelsestraff, och eftersom fängelse är att anse som den mest ingripande påföljden kan den inte ersättas med något annat än en "mindre ingripande" påföljd.

När det kan tänkas bli aktuellt att undanröja ett tidigare utdömt fängelsestraff anges överhuvudtaget inte i förarbeten eller kommentaren. Det torde dock endast komma ifråga i speciella situationer. Enligt min uppfattning torde det aktualiseras i främst tre olika situationer. *För det första* skulle man kunna tänka sig fall då straffvärdet hos den tidigare brottsligheten är relativt lågt och den nya påföljden avser en ingripande icke frihetsberövande påföljd. *För det andra* skulle man kunna tänka sig situationer där påföljden i dom 2 består i överlämnande till särskild vård enligt BrB kap. 31. Jag kommer i det följande endast att beröra överlämnande till rättspsykiatrisk vård (BrB 31:3). *För det tredje* kan undanröjande av ett tidigare utdömt fängelsestraff aktualiseras om detta fängelsestraff i allt väsentligt har verkställts och den dömde är villkorligt frigiven. Om en domstol i dom 2 avser att utdöma en icke frihetsberövande påföljd, kan ett

[170] Se bl.a. KBrB s. III 34:13.
[171] KBrB III s. 34:14. Se även SOU 1956:55 s. 343.

undanröjande ske i syfte att undvika att villkorligt medgiven frihet samtidigt förklaras förverkad.[172] Låt oss se hur man skulle resonera i dessa tre exempel.

(1) Antag att en person (A) har dömts för grovt rattfylleri till fängelse i 1 månad (dom 1). Efter att domen har vunnit laga kraft, men innan verkställigheten har påbörjats, döms A för ytterligare ett eller flera fall av grovt rattfylleri. I samband med förhandlingen i dom 2 har det emellertid framkommit att A har grava alkoholproblem och att han är beredd att underkasta sig skyddstillsyn i förening med vård enligt en särskild behandlingsplan (kontraktsvård). Om domstolen i dom 2 skulle utdöma skyddstillsyn i förening med föreskrift om kontraktsvård, kan en sådan vara mera ingripande än ett kort fängelsestraff (som verkställs på en öppen anstalt eller genom intensivövervakning med elektronisk kontroll). På grund av det fängelsestraff som utdömdes i dom 1, saknas möjlighet för domstolen att i dom 2 meddela konsumtionsdom. Om domstolen löser konkurrensen genom att utdöma särskild påföljd för brotten som omfattas av dom 2, kommer påföljderna att kumuleras och verkställas parallellt, vilket skulle innebära att A – under det att han genomgår omfattande alkoholavvänjande behandling – måste verkställa ett fängelsestraff. En sådan lösning skulle kunna äventyra den dömdes förutsättningar att komma till rätta med sina problem. I syfte att möjliggöra att kontraktsvården omedelbart kommer till stånd, borde domstolen vid dessa förhållanden kunna undanröja det tidigare fängelsestraffet och utdöma en ny gemensam påföljd bestående i skyddstillsyn med föreskrift om kontraktsvård.

Argumentet att man skall kunna undanröja det tidigare utdömda fängelsestraffet är visserligen sympatiskt, men det bygger på individualpreventiva hänsyn. Vad det i realiteten går ut på är att man vill ge A en chans att ta sig ur sitt alkoholberoende, vilket är orsaken till hans brottslighet. Att en behandlingsplan har sammanställts medför att man får utgå från att prognosen är någorlunda god. Finns inga missbruksproblem eller saknas det förutsättningar för kontraktsvård eller är prognosen mindre god, kommer vederbörande att få avtjäna det tidigare fängelsestraffet.

Frågan är om det ändock går att motivera en sådan ordning i ett system byggt på humanitet och proportionalitet. Det finns vissa argument som talar för att det borde vara möjligt att behålla möjligheten att undanröja det tidigare fängelsestraffet. Om samtliga brott är begångna före den tidigare domen (dvs. nyupptäckt brottslighet), kan det hävdas att det är en tillfällighet att det inte fanns någon behandlingsplan vid den första rättegången. Om brottsligheten i dom 2 är nyupptäckt och tillfälligheter inte skall få avgöra omfattningen av innehållet i påföljdsbestämningen, borde

[172] KBrB III s. 34:25.

inte A hamna i ett sämre läge på grund av avsaknad av behandlingsplan vid dom 1.

Proportionalitetsprincipen kan inte tala emot ett undanröjande av detta slag. Så länge som straffvärdet för det första brottet återspeglas i dom 2 på något sätt, finns det inte anledning att ifrågasätta ett undanröjande. Om kontraktsvård kan sägas att denna påföljd ofta kan resultera i att den dömde utsätts för mer ingripande åtgärder än vad ett kortare frihetsberövande innebär, varför ett undanröjande inte behöver innebära någon orättfärdig rabatt i förhållande till vad kumulation av olika påföljder skulle leda till. Att märka är att om – som i exemplet – de nya brotten utgör nyupptäckt brottslighet, skall asperationsprincipen tillämpas vid straffmätningen.

Är de nya brotten begångna efter dom 1 och således utgör återfall, blir skälen för att döma till fängelse visserligen starkare (BrB 30:4). Det är emellertid inte uteslutet att bestämma påföljden till kontraktsvård trots att det är fråga om återfall och artbrottslighet. Humanitetsprincipen kan ge visst stöd för att domstolen i möjligaste mån skall söka undvika fängelse, varför man i den nu aktuella situationen borde få undanröja ett tidigare utdömt fängelsestraff. Resonemanget bygger på att kontraktsvård är så ingripande att den är jämförbar med ett fängelsestraff men att skadeverkningarna av denna påföljd är mindre.

Från straffmätningssynpunkt blir det ingen egentlig skillnad om den nya brottsligheten utgör återfall eller nyupptäckt brottslighet. Om det är fråga om brottslighet begången efter dom 1 kan det faktum att det är fråga om återfall utgöra skäl för att skärpa straffmätningen (BrB 29:4). Under förutsättning att brottsligheten (som i exemplet) är begånget före verkställighetens början bör mängdrabatt ges vid straffmätningen. Eftersom påföljden i dom 2 består av en icke frihetsberövande påföljd torde dessa skillnader i straffmätningshänseende inte kunna uttryckas närmare vid utformningen av påföljden.[173]

Det finns emellertid vissa skäl som talar emot att en tidigare utdömd fängelsedom bör kunna undanröjas. Man kan tycka vad man vill om korta fängelsestraff som fenomen, men faktum är att om en domstol har utdömt ett sådant beror det på att gärningsmannen har begått ett brott som anses förskylla fängelse. Dom 1 kan såtillvida inte anses vara "felaktig" i den bemärkelsen att den dömde inte förtjänar den påföljd som har utdömts. Att bedömningen av vad som är lämpligt har kommit att ändras i samband med tidpunkten för dom 2 är en annan sak. Frågan är därför vilka skäl det finns för att särbehandla vissa dömda genom att i samband med dom 2 ändra den tidigare domen.

[173] Däremot bör mängdrabatten återspeglas i det alternativstraff som domstolen skall utsätta (BrB 28:6a).

Som angivits tidigare kan ett skäl vara att brottsligheten är nyupptäckt och därför kunde ha blivit föremål för prövning i en tidigare rättegång.[174] Om brottsligheten utgör återfall kan detta argument inte åberopas. Ett skäl för att då acceptera att en tidigare dom bör undanröjas kan vara att den dömdes återanpassning bör främjas i möjligaste mån.[175] Vad som kan utgöra ett problem med denna argumentation är att brottslingar med missbruksproblem inte generellt sett är privilegierade vid påföljdsbestämningen. Det finns visserligen undantag i BrB 30:9 som möjliggör att särbehandla vissa grupper av lagöverträdare med missbruksproblem. Problemet är dock att dessa regler huvudsakligen är utformade som prognoskriterier och bygger på att individualpreventiva hänsyn kan ges företräde vid påföljdsvalet. Skillnaden mellan att särbehandla dömda i positiv riktning på grund av individualpreventivt färgade prognoser och på grund av humanitetsprincipens budskap om att man generellt bör undvika fängelsestraff, är att man beträffande undantagssituationerna i BrB 30:9 st. 2 accepterar att det är fråga om individualprevention. Det är emellertid inte alldeles enkelt att motivera varför man skall särbehandla vissa dömda med en god prognos för att planerad behandling skall ge effekt. Men om man anser att det går att motivera en särbehandling av nu aktuellt slag, borde det gälla även i situationer då tillfälligheter medfört att någon först döms till ett kortare fängelsestraff och därefter döms för likartad brottslighet till skyddstillsyn med föreskift om kontraktsvård.

Huruvida privilegieringen i BrB 30:9 st. 2 strider mot humanitetsprincipen och likabehandlingsprincipen kan diskuteras. Jag avstår från att göra ett generellt ställningstagande i denna del. Om ett problem finns, skulle det kunna lösas genom att de prognostiska kriterierna i BrB 30:9 st. 2 omvandlas till toleranskriterier som definieras i enlighet med humanitetsprincipen.

(2) Ett annat exempel på när ett tidigare utdömt fängelsestraff kan behöva undanröjas är om den dömde i en senare dom överlämnas till rättspsykiatrisk vård (BrB 31:3).[176]

[174] Se avsnitt 6.3.2.

[175] Se avsnitt 6.3.3.

[176] Vad som sägs i det följande gäller i princip även övriga former av särskild vård. Om den dömde har ådömts ett fängelsestraff i dom 1 får det närmast betraktas som uteslutet att överlämnande till vård enligt LVU aktualiseras i dom 2. Detta beror på att vård enligt LVU förutsätter att den dömde är omyndig, varför påföljden i dom 1 – i princip – måste ha bestämts till sluten ungdomsvård (jfr dock NJA 2001 s. 913). Denna situation kommer att beröras nedan under avsnitt 7.4.3.2. Teoretiskt sett skulle man kunna tänka sig att en fråga om undanröjande av ett tidigare fängelsestraff uppkommer om den tilltalade i dom 2 skall överlämnas till vård enligt LVM. Om den tilltalade redan är dömd till fängelse och frågan

Om den dömde i dom 1 har överlämnats till rättspsykiatrisk vård är BrB kap. 34 inte tillämpligt. I sådana fall får konkurrensproblemet lösas på verkställighetsnivån. Som redan har angivits löses konkurrensen, enligt kommentaren, genom att verkställighet inom kriminalvården torde anses ha företräde framför särskild vård.[177] Under alla omständigheter kommer påföljderna i avsaknad av reglering att verkställas parallellt.

Antag nu att A begår en grov misshandel (BrB 3:6) och döms till fängelse i 10 månader. Senare döms A för ett nytt fall av grov misshandel. I samband med dom 2 framkommer att A lider av en allvarlig psykisk störning. Den nu aktuella situationen att den tilltalade tidigare har ådömts ett fängelsestraff (dom 1) och domstolen i dom 2 beslutar att överlämna honom till rättspsykiatrisk vård (BrB 31:3) är inte närmare reglerad. Om den dömde vid tidpunkten för brottet i dom 2 förklaras lida av en allvarlig psykisk störning, kan han bli föremål för överlämnande enligt BrB 31:3. Om han dessutom begick brottet under påverkan av sådan psykisk störning gäller fängelseförbudet i BrB 30:6 vid påföljdsbestämningen i dom 2. Om den tilltalade skall överlämnas till rättspsykiatrisk vård beträffande den nya brottsligheten kan det tänkas att domstolen anser att den ovan nämnda presumtionen, för att verkställighet inom kriminalvården skall ges företräde, inte bör gälla.[178] Detta synes särskilt relevant om fängelseförbud enligt BrB 30:6 gäller för det brott för vilken gärningsmannen döms för i dom 2. Det finns följaktligen särskilda skäl, hänförliga till gärningsmannens person vid tidpunkten för dom 2, som talar för att vårdpåföljden bör verkställas framför ett frihetsberövande inom kriminalvården.

Huruvida detta är ett hållbart argument beror litet på omständigheter-

---

om någon form av vårdpåföljd aktualiseras i dom 2 på grund av missbruksproblem, är det mest sannolikt att detta kommer att avse skyddstillsyn i förening med föreskrift om vård enligt särskild behandlingsplan (kontraktsvård). I det följande behandlar jag därför endast den situationen att dom 2 avser överlämnande enligt BrB 31:3.

[177] Se avsnitt 6.2.2.3.

[178] Psykansvarskommittén har föreslagit att en bestämmelse med motsvarande innehåll skall införas för de situationer då någon, som redan är dömd till påföljd, döms till *samhällsskyddsåtgärd* (BrB 34:9). Enligt den föreslagna bestämmelsen skall domstolen normalt undanröja den tidigare påföljden. Om denna påföljd är fängelse, skall hänsyn tas till den tid som den dömde har varit frihetsberövad enligt dom 1. Se närmare SOU 2002:3 s. 379 f. Det skall noteras att samhällskyddsåtgärd enligt förslaget endast skall kunna komma ifråga i två fall, nämligen om gärningsmannen dels lider av en så svår störning att han bedöms vara otillräknelig och har begått brott som riktar sig mot annans liv eller hälsa, dels lider av en psykisk störning och har begått synnerligen allvarlig brottslighet som riktat sig mot annans liv eller hälsa samt att han tidigare har dömts för liknande brott av allvarligt slag. I båda dessa situationer måste det föreligga en påtaglig risk för återfall i liknande brottslighet. Det är med andra ord fråga om en åtgärd som bygger på ett slags farlighetsbedömning, se SOU 2002:3 s. 276 ff. och 284.

na i det enskilda fallet. Det måste förmodligen krävas att den dömde – enligt dom 2 – är i behov av sådan vård som inte kan ombesörjas inom ramen för verkställigheten av ett fängelsestraff.[179] Vidare måste – enligt uttalandet i kommentaren – den rättspsykiatriska vården vara av sådan beskaffenhet att den uppfattas som "mer ingripande". Det måste med andra ord vara fråga om tvångsvård som innebär ett längre frihetsberövande. Om sådana omständigheter är för handen kan man tänka sig att domstolen väljer att enligt BrB 34:3 st. 3 undanröja det tidigare utdömda fängelsestraffet och att som en ny gemensam påföljd för den samlade brottsligheten överlämna den dömde till rättspsykiatrisk vård. En sådan lösning innebär visserligen att den dömde privilegieras genom att undgå ett utdömt fängelsestraff trots att formella hinder egentligen inte föreligger mot att det skall verkställas. Å andra sidan torde det inte kränka proportionalitetsprincipen eller humanitetsprincipen att vid dessa förhållanden undanröja fängelsestraffet. Överlämnande till rättspsykiatrisk vård är en icke tidsbestämd påföljd, varför det ingalunda är säkert att en tvångsvård kommer att fortgå under kortare tid än ett fängelsestraff. Det kan med andra ord inte generellt antas att ett fängelsestraff är mer ingripande än psykiatrisk tvångsvård. Vad gäller humanitetsprincipen torde denna i allt väsentligt tala för att ett tidigare utdömt fängelsestraff undanröjs.

(3) Det sista exemplet på när ett undanröjande av ett tidigare utdömt fängelsestraff kan komma ifråga är då fängelsestraffet i allt väsentligt har verkställts och den dömde – vid tiden för dom 2 – är villkorligt frigiven.

Antag att A i dom 1 har dömts till 3 års fängelse för våldtäkt (BrB 6:1). Efter att ha avtjänat 2 år av fängelsestraffet friges han villkorligt med en återstående strafftid på 1 år. Under prövotiden gör sig A skyldig till grovt rattfylleri (TBL § 4a). Det framkommer att A har utvecklat allvarliga missbruksproblem under tiden efter dom 1. TR bestämmer påföljden till skyddstillsyn med föreskrift om alkoholavvänjande behandling. Enligt vad som har sagts i avsnitt 7.3.2.1.2 anger brottsbalkskommentaren, att om domstolen i dom 2 anser att påföljden bör bestämmas till skyddstillsyn "bör ... i regel det tidigare utdömda fängelsestraffet undanröjas, varvid frågan om föreverkande av den villkorligt medgivna friheten förfaller".

Jag har tidigare kritiserat brottsbalkskommentarens ståndpunkt på den grunden att denna kan ge upphov till problematiska situationer om domstolen tvingas välja mellan att antingen beakta återfallet både vid val av påföljd och vid förverkande av villkorligt medgiven frihet eller helt avstå från att beakta återfallet.[180] Vad gäller den nu aktuella situationen kan

[179] Se närmare lag (1974:203) om kriminalvård i anstalt § 37.
[180] Se avsnitt 7.3.2.1.2.

mot kommentarens ståndpunkt invändas, att det förblir oklart varför påföljden i dom 2 skall resultera i att det tidigare fängelsestraffet skall undanröjas och ersättas med en ny gemensam dom avseende skyddstillsyn. Att A för den nya brottsligheten ådöms skyddstillsyn bygger på domstolens överväganden i dom 2. Anses påföljden kunna stanna vid en icke frihetsberövande påföljd, relaterar detta till den aktuella brottsligheten (med avseende på brottslighetens straffvärde, art och betydelsen att det är fråga om återfall). Om förverkande av villkorligt medgiven frihet *inte* anses böra ske i dom 2, bygger detta i så fall på en bedömning av hur återfallet skall påverka påföljdsbestämningen. Om nu den villkorligt medgivna friheten inte skall förverkas, förblir det oklart varför påföljdsvalet i dom 2 skall påverka verkställigheten av det i dom 1 utdömda straffet. Det tidigare utdömda straffet består i den aktuella situationen endast i en resterande prövotid. Ett undanröjande av denna kommer endast att leda till att den resterande prövotiden omvandlas till ett motsvarande moment inom ramen för den nya skyddstillsynen. I praktiken kommer ju detta att vara överflödigt eftersom den dömde redan med anledning av dom 2 skall underkastas prövotid i 3 år.

Vad som emellertid kan göra situationen komplicerad är om A sedermera döms på nytt. Antag att A döms i dom 3 för en ny våldtäkt till fängelse i 2 år, under det att han verkställer den tidigare utdömda skyddstillsynen (dom 2). I den nya iterativa tillämpningssituationen kan det tänkas att den tidigare domen (vilken är dom 2), skall undanröjas och ersättas med ett fängelsestraff. Flera praktiska och principiella problem kan då uppkomma. Vad som återstår av den första domen (dom 1) har i dessa fall uppgått i den andra domen (dom 2). Påföljd för brottet i dom 1 har verkställts till viss del genom frihetsberövande (dom 1) och till viss del genom prövotid (dom 1 och dom 2). Ett undanröjande av den nya gemensamma påföljden (dom 2) förutsätter för det första att domstolen kan avräkna vad A har undergått till följd av de tidigare påföljderna. Detta är i ett praktiskt perspektiv inte alldeles enkelt. Vidare kan det teoretiskt tänkas att den ursprungliga prövotiden som härrörde från den villkorliga frigivningen i dom 1 skulle ha löpt ut om inte domstolen i dom 2 hade undanröjt det tidigare fängelsestraffet. Undanröjande skedde huvudsakligen i syfte att undvika att flera påföljder verkställs parallellt. En konsekvens blir emellertid att en påföljd som egentligen skulle ha ansetts vara till fullo verkställd (fängelsestraffet i dom 1) lång tid därefter kan komma att undanröjas på nytt och ersättas med ett nytt fängelsestraff. Det första undanröjandet av fängelsestraffet ger på detta sätt en möjlighet att förlänga prövotiden för den brottslighet som omfattades av dom 1.

Oavsett vad som nu har sagts om att det förefaller vara både onödigt och komplicerat att undanröja tidigare fängelsestraff (som till stor del redan

är verkställda), kvarstår som ett faktum att den nu beskriva situationen enligt brottsbalkskommentaren kan föranleda att ett tidigare utdömt fängelsestraff bör undanröjas och ersättas med en ny gemensam dom av annan art.

7.4.3.2 Undanröjande av sluten ungdomsvård

En fråga i nära anslutning till de nu diskuterade situationerna är i vilka fall som undanröjande av sluten ungdomsvård kan komma i fråga (BrB 34:7 st. 3). Även om fängelse och sluten ungdomsvård normalt behandlas på samma sätt kan det tänkas att dessa två påföljder konkurrerar i en iterativ tillämpningssituation, och att fråga om undanröjande av antingen fängelsestraffet eller sluten ungdomsvård uppkommer i en senare dom. Det skall noteras att ett undanröjande möjliggörs genom att det vid ny dom blir fråga om påföljd av *annan art*.

Förutsättningarna för att undanröjande överhuvudtaget skall kunna aktualiseras är att den dömde, innan verkställigheten av dom 1 har upphört, skall dömas för ny brottslighet som domstolen anser förskylla ett tidsbestämt fängelsestraff. Att domstolen i samband med ett undanröjande av sluten ungdomsvård skulle döma till annan påföljd än fängelse torde i praktiken inte komma ifråga.[181] Vidare måste i regel den tilltalade vid tidpunkten för brottet dom i 2 ha fyllt 18 år. I annat fall kan i princip inte fängelse utdömas.[182]

[181] För att domstolen överhuvudtaget skall ha nått slutsatsen att påföljden i dom 1 skall bestämmas till sluten ungdomsvård krävs normalt att brottslighetens straff(mätnings)värde – med beaktande av ungdomsrabatten i BrB 29:7 – är mycket högt (över 2 år). Alternativt kan brottsligheten omges av synnerligen starka artomständigheter eller fråga vara om återfall som med särskild styrka talar för att påföljden skall bestämmas till fängelse. De sistnämnda faktorerna var ursprungligen inte avsedda att kunna utgöra *synnerliga skäl* och därigenom påverka påföljdsbestämningen, se Prop. 1987/88:120 s. 103 och Jareborg 1992 s. 170 f. Att det under förevarande omständigheter skulle kunna komma ifråga att ersätta en dom på sluten ungdomsvård med skyddstillsyn eller liknande får betraktas som praktiskt taget uteslutet. Däremot är det tänkbart att samma situation uppkommer som den som diskuterats ovan i avsnitt 7.4.3.1, nämligen att den dömde i dom 2 skall överlämnas till rättspsykiatrisk vård. I så fall torde samma skäl som de vilka diskuterats där göra sig gällande och tala för att den tidigare påföljden undanröjs.

[182] Det skall framhållas att i NJA 2001 s. 913 har HD funnit att i vissa situationer, där en ung lagöverträdare skall ådömas frihetsberövande på grund av artbrottslighet och där den dömde inte har något vårdbehov, kan sluten ungdomsvård "knappast anses avpassad". HD:s majoritet valde med hänvisning till att "ett kort fängelsestraff i sådana fall torde kunna bli verkställt utan de nackdelar med fängelse som påföljd för unga lagöverträdare som annars anses finnas" istället utdöma ett fängelsestraff. Argumentationen är ett baklängesresonemang. Genom en spekulation om hur verkställigheten av det utdömda fängelsestraffet kommer att gestalta sig, väljer HD att göra avsteg från huvudregeln att den som inte fyllt 18 år inte skall ådömas fängelse.

Som angavs i avsnitt 7.2.2.2 finns det utvidgade möjligheter att i de nu aktuella situationerna meddela konsumtionsdom genom hänvisning till *särskilda skäl* (BrB 34:7 st. 1). Detta är fallet främst om ett kortare fängelsestraff aktualiseras i slutet av verkställigheten av dom 1.[183] För att ett undanröjande skall komma att aktualiseras bör det vara fråga om ett något längre fängelsestraff som skall ådömas i dom 2.[184] I motiven anges att domstolen i dessa fall *bör* undanröja domen på sluten ungdomsvård och ersätta denna med ett gemensamt fängelsestraff för den samlade brottsligheten.[185] Avräkning för vad den dömde har undergått till följd av den tidigare domen skall ske i samband med straffmätningen.[186] Varför det skulle vara bättre att i dylika situationer undanröja domen på sluten ungdomsvård och ersätta denna med ett gemensamt fängelsestraff istället för att döma särskilt till fängelse för det nya brottet framgår inte närmare av förarbetena.

En förklaring till regleringen och valet av konkurrenslösning skulle kunna vara att det i de nu aktuella fallen är fråga om konkurrens på verkställighetsnivå. Att den dömde skall vara frihetsberövad – oavsett hur konkurrensen löses – är klart. Frågan är bara var och i vems regi. Alternativet till att undanröja domen på sluten ungdomsvård är att låta den dömde först verkställa domen på sluten ungdomsvård för att därefter verkställa fängelsestraffet. Att det måste bli fråga om seriell verkställighet framgår av att straffen är tidsbestämda och att parallell verkställighet skulle leda till att ett av straffen annars helt skulle absorberas, vilket skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Humanitetsprincipen kan egentligen inte heller ge någon direkt vägledning för hur konkurrensen bör lösas. Inte i något fall kommer man att kunna undvika att den dömde frihetsberövas.

Att lagstiftaren i dessa situationer anger att man bör undanröja domen på sluten ungdomsvård beror förmodligen på att man vill renodla verkställigheten av påföljderna. Det är således ett utslag av att det finns olika verkställighetsformer för fängelse när den dömde är en ung lagöverträdare. Om man accepterar detta förskjuts problemet till verkställighetsnivån, varvid andra hänsyn kan göra sig gällande. Såväl preventiva som praktiska skäl kan påverka valet av konkurrenslösning. Möjligtvis skulle man kunna hävda, att verkställighet på ett § 12-hem är mindre ingripande för den dömde jämfört med verkställighet på en kriminalvårdsanstalt, och att man därför borde undvika en alltför kategorisk övergång från sluten ungdomsvård till kriminalvård. Men detta ligger utanför den i detta arbete relevanta frågan.

[183] Se ovan i avsnitt 7.2.2.2 och RH 2004:49.
[184] Prop. 1997/98:96 s. 203.
[185] Prop. 1997/98:96 s. 203.
[186] Prop. 1997/98:96 s. 206

Om man accepterar att detta egentligen handlar om verkställighetskonkurrens, skulle bestämmelsen om undanröjande i dessa fall lika gärna kunna lösas genom att man t.ex. i lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m. införde en bestämmelse om förening och sammanläggning av olika tidsbestämda frihetsberövande påföljder.[187]

7.4.3.3 Undanröjande av icke frihetsberövande påföljder

Vad som återstår är att försöka besvara frågan när det kan tänkas bli aktuellt att undanröja en tidigare dom i vilken påföljden har bestämts till villkorlig dom eller skyddstillsyn.

Beträffande dessa fall skall det noteras att undanröjande av skyddstillsyn och ersättande av denna med ny påföljd kan förekomma på annan grund än det förhållandet att ny brottslighet aktualiseras i en iterativ tillämpningssituation. I BrB 28:8–9 anges nämligen att en skyddstillsyn kan komma att undanröjas på grund av att den dömde allvarligt åsidosatt sina åligganden.[188] Det finns emellertid vissa väsentliga skillnader mellan dessa former av undanröjande. Eftersom den dömde, då ett undanröjande enligt BrB 28:9 aktualiseras, inte verkställer påföljden såsom det är avsett, undanröjs skyddstillsynen och omvandlas till ett fängelsestraff.[189] Detta kan inte uppfattas som straffskärpning på grund av återfall. För det första är inte grunden för undanröjandet att den dömde begått nytt brott. Ny

[187] Jfr motsvarande bestämmelse lag (1974:202) om beräkning av strafftid m.m. § 25 då olika straff av samma art skall sammanläggas.

[188] Även i dessa fall förutsätts att domen har vunnit laga kraft. Skälen för att i dessa fall kräva laga kraft är – trots att detta inte framgår av lagtexten – ännu starkare än beträffande BrB 34:1 st. 1 p. 3, eftersom det på grund av ett beslut om undanröjande enligt BrB 28:8 kan uppstå inte endast orättvisa resultat utan dessutom oförenliga domstolsavgöranden, se NJA 2000 s. 533. Jfr RH 1993:47. Innan frågan om undanröjande aktualiseras har övervakningsnämnden möjlighet att meddela den dömde föreskrifter enligt BrB 26:15 samt besluta om varning och övervakning (BrB 28:7). Med uttrycket "allvarligt åsidosatt sina åligganden" skall enligt förarbetena förstås dels att den dömde allvarligt har misskött verkställigheten, dels att frivårdens resurser att vidta andra åtgärder än undanröjande anses vara uttömda, se NJA II 1973 s. 701 och 705.

[189] En väsentlig skillnad skall noteras vad gäller undanröjande enligt BrB 28:8 och BrB 34:1 st. 1 p. 3. I det förstnämnda fallet kommer ett eventuellt fängelsestraff som utdömts med stöd av BrB 28:3 inte att påverkas av att skyddstillsynen undanröjs. Emellertid skall rätten, i samband med att ny påföljd enligt BrB 28:9 utdöms, ta skälig hänsyn till vad den dömde undergått till följd av domen samt till fängelse som utdömts enligt BrB 28:3. I det sistnämnda fallet följer av BrB 34:1 st. 2 att fängelsestraffet skall anses som en del av skyddstillsynen, vilket innebär att fängelsestraffet omfattas av ett undanröjande. På samma sätt som enligt BrB 28:9 skall dock hänsyn tas till vad den dömde undergått till följd av domen. Skillnaden blir endast att vid undanröjande enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3 och 34:6 st. 5, skall hänsyn tas till vad som har avtjänats av fängelsestraffet.

brottslighet kan – om det är fråga om återfall – visserligen betraktas som misskötsamhet, men det framgår av BrB 28:10 att detta skall behandlas enligt reglerna i BrB kap. 34. Undanröjande på grund av misskötsamhet måste i det närmaste betraktas som en praktisk konsekvens av att någon verkställighet inte kommer till stånd.[190] Frågan hur man skall se på undanröjande i BrB 34:1 st. 1 p. 3 kan – och bör – besvaras utan hänsyn till de övriga möjligheter som finns att undanröja en skyddstillsyn.

I det följande kommer jag att behandla skyddstillsyn och villkorlig dom gemensamt. Detta motiveras av framställningstekniska skäl. Skälen som motiverar val av lösningsprincip är i dessa fall så likartade att vad som sägs nedan gäller oavsett vilken av dessa påföljder som dom 1 avser. Endast om skillnader finns behandlar jag påföljderna separat.

I förarbetena anges som skäl för att undanröja en villkorlig dom eller skyddstillsyn endast det tidigare diskuterade intresset av att undvika att den dömde verkställer flera påföljder parallellt.[191] I övrigt diskuteras inte närmare varför den tidigare påföljden bör undanröjas och ersättas med en ny gemensam dom. Avsaknaden av uttryckliga skäl i förarbeten och praxis utesluter inte att man diskuterar när ett undanröjande bör kunna aktualiseras. Frånvaron av skäl i rättskällorna innebär att min analys inte utgör en rekonstruktion av regleringen utan snarare en sammanställning av sådana allmänna giltiga skäl som skall beaktas i samband med påföljdsbestämning, vilken därefter påverkar bedömningen av när ett undanröjande bör ske.

Enligt min uppfattning är det främst tre faktorer som torde påverka bedömningen av huruvida en villkorlig dom eller skyddstillsyn bör undanröjas.

(1) Den första faktorn består i *straffvärdet hos brottsligheten i dom 1*. Denna faktor får betydelse såtillvida att den ger oss ett värde på vad det är som – vid en ny gemensam straffmätning – skall kumuleras vid händelse av en ny gemensam dom. Om undanröjande inte sker, kommer straffvärdet hos brottsligheten i dom 1 att absorberas eftersom parallell verkställighet av påföljderna leder till den praktiska konsekvensen att den icke frihetsberövande påföljden inte kommer att verkställas.

(2) Den andra faktorn är *hur stor del av den tidigare påföljden som har verkställts*. Eftersom skälig hänsyn skall tas till vad den dömde har under-

[190] Om utgångspunkten är att den dömde skall verkställa ett utdömt straff, måste det – för det fall att den dömde inte medverkar till att någon verkställighet kommer till stånd – ersättas med något annat som lättare kan verkställas. I praktiken innebär detta fängelsestraff. Se närmare von Hirsch 2001 s. 81. Att fängelse väljs istället för skyddstillsyn behöver inte uppfattas som en straffskärpning från samhällets sida. Den dömde har i dessa fall själv valt att avstå från den tolerans som egentligen har visats honom.

[191] SOU 1956:55 s. 342. Se även numera KBrB III s. 34:13.

gått till följd av den tidigare domen samt de delar som inte omfattas av ett undanröjande (BrB 34:5 st. 5 och 34:6 st. 5), måste domstolen vid den nya gemensamma straffmätningen beakta (avräkna) dels vad den dömde har verkställt, dels vad han fortfarande kommer att verkställa oberoende av om undanröjande sker eller inte (dvs. böter).

(3) Till sist påverkas frågan om huruvida undanröjande bör ske av *vilken påföljd som domstolen i dom 2 avser att utdöma*. Härvidlag är de allmänna bestämmelserna om påföljdsval i BrB kap. 30 tillämpliga. Om domstolen före valet av påföljd för den nya brottsligheten (dom 2) undersöker vilka konsekvenser som dom 2 får för påföljden i dom 1, finns en risk för att konkurrensproblemet påverkar påföljdsbestämningen enligt BrB kap. 30. Påföljdsvalet kan visserligen inte göras helt utan att hänsyn tas till den tidigare domen. Såväl straffmätningen som valet av påföljd kan behöva anpassas efter den tidigare domen. Enligt min mening skall emellertid konkurrensläran anpassas efter reglerna om påföljdsbestämning och inte tvärtom. I annat fall riskerar man att låta andra intressen än främst proportionalitet och humanitet styra påföljdsbestämningen. Det finns således ett slags dialektiskt förhållande mellan BrB kap. 29–30 och BrB kap. 34.

Utgångspunkten är således att den tidigare domen består i en *villkorlig dom eller skyddstillsyn*, vilken eventuellt har förenats med olika föreskrifter eller tilläggssanktioner.

Den första situation som kan uppstå är att domstolen i dom 2 anser att påföljden bör bestämmas till en ny icke frihetsberövande påföljd. I dessa fall kan jag inte se något skäl till varför den tidigare påföljden skulle behöva undanröjas. Det finns inga praktiska eller ideologiska hinder mot att den dömde verkställer en villkorlig dom (i förening med böter) parallellt med en skyddstillsyn. Parallell verkställighet kommer att leda till samma resultat som ett undanröjande och utdömande av ny icke frihetsberövande påföljd. Möjligheterna att meddela olika föreskrifter är större om domstolen i dom 2 bestämmer påföljden till skyddstillsyn. Effekten av en ny gemensam dom kommer endast att bli att den dömde i teknisk mening verkställer blott en påföljd. Innehållsmässigt blir det ingen skillnad.

Som nämnts i avsnitt 7.3.2.2 anges emellertid i förarbetena, att om den dömde återfaller i brott under prövotid i samband med verkställande av en villkorlig dom skall återfallet dels kunna påverka påföljdsvalet, dels leda till att "anståndet" med verkställighet av straffet genom den villkorliga domen förklaras förverkat, varför den skall undanröjas.[192] En syn på villkorlig dom som ett anstånd med verkställighet av ett fängelsestraff är enligt mitt förmenande inte förenlig med hur villkorlig dom idag upp-

[192] SOU 1956:55 s. 336.

fattas. Den är inte heller förenlig med den betydelse återfall bör spela vid påföljdsbestämningen. Förarbetsuttalandet bör således vara att betrakta som obsolet. Enligt nuvarande reglering kan domstolen i dom 2 mycket väl nå slutsatsen att påföljden skall bestämmas till en ny icke frihetsberövande påföljd.

Vad som nu har sagts gäller även för den situationen att påföljderna utdömts i omvänd ordning, dvs. skyddstillsyn i dom 1 och villkorlig dom i dom 2. Denna situation är visserligen inte så vanlig på grund av att förutsättningarna för att utdöma en villkorlig dom i BrB 30:7 är mer begränsade om den tilltalade redan är dömd till en icke frihetsberövande påföljd. Det finns emellertid inget som utesluter att brottsligheten i dom 2 är nyupptäckt och skyddstillsyn inte anses vara erforderlig. Likaså kan det tänkas att det är fråga om återfall i brottslighet av helt annan art, varför påföljden kan bestämmas till villkorlig dom. Som exempel kan nämnas den situationen att någon i dom 1 för rattfylleri ådömts en skyddstillsyn med föreskrift om att underkasta sig alkoholavvänjande behandling och senare döms för ett förmögenhetsbrott.

Oberoende av vilken påföljd domstolen har valt i dom 1 och oavsett vilken påföljd som domstolen avser att utdöma i dom 2, är därutöver tidsfaktorn av betydelse för frågan om undanröjande bör ske. Om den huvudsakliga delen av dom 1 redan har verkställts (med avseende på övervakning, eventuell behandling etc.) vid tidpunkten för dom 2, finns det inte mycket kvar att undanröja av dom 1.[193] Prövotid löper oavsett om den tidigare domen undanröjs eller inte. Även om verkställigheten av påföljden i dom 1 inte har fortskridit särskilt långt, finns det inget skäl varför verkställigheten inte skulle kunna ske parallellt. Det är fullt möjligt att samtidigt vara underkastad dubbla prövotider, åläggas skyldighet att betala böter samt vara ålagd att genomgå alkoholavvänjande behandling. Dylika resultat kan uppnås om den tilltalade hade dömts till en påföljd vid samma tillfälle.[194] Det är viktigt att uppmärksamma att den dömde inte kommer att erhålla en lindrigare reaktion på grund av att verkställigheten tillåts ske parallellt, vilket från proportionalitetssynpunkt är det enda som är intressant. Humanitetsprincipen har inte mycket att tillföra bedömningen av denna situation eftersom fängelse inte aktualiseras och det heller inte kan anses vara mer humant att verkställa en skyddstillsyn för flera brott jämfört med att verkställa villkorlig dom för del av brottsligheten och skyddstillsyn för en annan del. Det praktiska resultatet blir detsamma.

[193] Jfr vad som strax ovan har sagts i avsnitt 7.4.1 om att undanröja icke frihetsberövande påföljder efter det att påföljden till fullo verkställts enligt BrB 34:5 st. 6 och 34:6 st. 6.

[194] Att bestämma påföljden till skyddstillsyn kan, som visats i avsnitt 4.4.2, innebära att den dömde samtidigt skall underkastas prövotid och övervakning, åläggas skyldighet att betala böter samt genomgå alkoholavvänjande behandling.

I princip gäller vad som nu har sagts även i den situationen att påföljden i dom 2 bestäms till *överlämnande till särskild vård*. Antag t.ex. att någon som verkställer en tidigare dom på skyddstillsyn överlämnas till vård enligt LVM eller rättspsykiatrisk vård. Vad hindrar att man verkställer dessa parallellt?

Om domstolen vid ett tillfälle bestämmer påföljden till överlämnande till rättspsykiatrisk vård, finns enligt BrB 31:3 st. 3 möjlighet att samtidigt med överlämnandet döma till annan påföljd, dock inte fängelse. Förutsättningen är att den dömdes tidigare brottslighet eller andra särskilda skäl talar för detta. Med det sistnämnda förstås att det psykiatriska vårdbehovet kan bli kortvarigt, varför t.ex. en skyddstillsyn kan bidra till att den dömde avhåller sig från fortsatt brottslighet.[195] Om parallell verkställighet är möjlig då någon vid ett tillfälle döms till påföljd, varför skulle inte motsvarande resultat kunna accepteras i iterativa tillämpningssituationer? Något behov av undanröjande torde inte föreligga i dessa situationer.

Detsamma torde gälla om den tidigare påföljden är villkorlig dom. Man måste här fråga vad det egentligen är som konkurrerar och vilka skäl som i så fall skulle kunna motivera att den tidigare påföljden undanröjs. Verkställigheten av dom 1 består endast i att prövotid löper. Normalt har den villkorliga domen förenats med ett bötesstraff (BrB 30:8). Det sistnämnda kommer inte att påverkas av ett eventuellt undanröjande. Det är för övrigt möjligt att förena böter med vissa former av överlämnande till särskild vård (BrB 31:1 st. 3 och 31:3 st. 3). De särskilda vårdformerna i BrB kap. 31 kan inte rimligtvis göras mer ingripande på grund av att ett undanröjande aktualiseras.[196] I vart fall kan inte situationen bli annorlunda än om påföljderna hade ådömts i motsatt ordning. Det faktum att överlämnandepåföljderna har lämnats utanför regleringen i BrB kap. 34 visar att lagstiftarens uppfattning är att dessa påföljder kan utdömas oberoende av varandra och att eventuella konkurrensproblem får lösas på

[195] Se NJA II 1991 s. 283. Det finns även möjlighet att utdöma en villkorlig dom vid sidan av den särskilda överlämnandepåföljden. Om brottslighetens straffvärde, art eller tidigare brottslighet talar för det, kan det i vissa fall vara motiverat att vid sidan av överlämnandepåföljden utdöma böter.

[196] Visserligen skall överlämnande till vård inom socialtjänsten ske efter en bedömning av om en särskilt upprättad vårdplan anses vara tillräckligt ingripande. Det faktum att ett undanröjande innebär att ny gemensam påföljd skall bestämmas för den *samlade brottsligheten* skulle kunna tala för att det i undantagssituationer blir fråga om ett så högt gemensamt straffvärde att överlämnande i dom 2 inte blir aktuellt. Bortsett från det faktum att detta endast torde kunna förekomma i sällsynta fall så måste det framhållas, att då påföljden bestäms till överlämnande till särskild vård sker detta huvudsakligen på grund av andra intressen – och enligt andra kriterier – än straffmätningen. Proportionalitet sätter i dessa fall endast bortre gränser för när vissa av dessa påföljder kan aktualiseras.

planet för verkställighetskonkurrens.[197] Skillnaden mellan om en överlämnandepåföljd har utdöms i dom 1 eller 2 är att om det har skett i dom 1, kan domstolen i dom 2 inte besluta om att den skall upphöra. I det fall att den utdömts i dom 2 kan domstolen besluta att den tidigare påföljden skall undanröjas.

Sammanfattningsvis har jag hittills inte lyckas finna några skäl för varför en tidigare dom skall behöva undanröjas och ersättas med en ny påföljd av annan art.

Något annorlunda förhåller det sig om domstolen i dom 2 anser att påföljden bör bestämmas till ett *tidsbestämt fängelsestraff*. Härvidlag bör man skilja mellan korta och långa fängelsestraff.

Om det är fråga om *ett kort fängelsestraff* kan jag inte se några skäl för att den tidigare icke frihetsberövande påföljden måste undanröjas. Konsekvensen av en parallell verkställighet blir i dessa fall att verkställigheten av en villkorlig dom eller skyddstillsyn till viss del kommer att upphöra, och att denna påföljd därigenom till viss del absorberas av fängelsestraffet. Detta avser främst den situationen då den tidigare påföljden är skyddstillsyn, varvid övervakning och eventuella föreskrifter om vård m.m. inte kan verkställas medan den dömde är frihetsberövad. Situationen är inte annorlunda än när domstolen enligt BrB 34:6 st. 3 meddelar konsumtionsdom och förenar denna med 28:3-fängelse eller när domstolen i samma tillämpningssituation väljer att tillämpa undantaget i BrB 30:3 st. 2 och dömer till villkorlig dom för viss del av brottsligheten och ett kortare fängelsestraff för en annan del. Om det är tillåtet att blanda påföljder på detta sätt i andra situationer, varför skulle det vara olämpligt i iterativa tillämpningssituationer? På vilket sätt skulle det vara mer ändamålsenligt att undanröja den tidigare domen och utdöma en ny gemensam påföljd?

SLB:s utgångspunkt var att det främst var valet av påföljd som skulle styra lösningen av konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer. Utifrån denna utgångspunkt kan jag inte se annat än att en princip, som säger att undanröjande av skyddstillsynen bör ske i det ovan diskuterade fallet på grund av att det anses vara mest ändamålsenligt, strider mot grunderna för de bestämmelser som möjliggör ett identiskt resultat i andra iterativa tillämpningssituationer då konsumtionsdom meddelas.

Betraktar man istället regleringen utifrån proportionalitets- och humanitetsprinciperna, torde möjligheten att undanröja en icke frihetsberövande påföljd snarast vara olämplig eftersom detta kan leda till avsevärda praktiska problem och ett slutresultat som blir strängare än vad den dömde från rättvisesynpunkt förtjänar.

Vad först gäller de *praktiska problemen*, innebär ett undanröjande att

[197] KBrB III s. 34:6.

brottsligheten, som i dom 1 har föranlett en icke frihetsberövande påföljd, skall omvandlas till fängelse. Därmed måste domstolen kunna bedöma den tidigare brottslighetens straffvärde. Problemet är här att straffvärdet hos den samlade brottsligheten normalt inte framgår av domen eller ens i domskälen om påföljden har bestämts till skyddstillsyn eller villkorlig dom. Det enda man kan sluta sig till är att straffvärdet normalt bör ligga under fängelse i 1 år, men även detta kan variera beroende på hur olika tilläggssanktioner har kombinerats i domen. Den enda möjligheten för domstolen att vid dom 2 göra en värdering av vad den tidigare brottsligheten skall anses motsvara vid den nya straffmätningen består i att studera gärningsbeskrivningen i åtalet och domskälen. Detta innebär att fastställandet av straffvärdet görs utifrån processmaterial som består i skriftliga redovisningar av bevisvärdering och straffmätning i ett mål som domstolen (normalt) inte har handlagt.

Ett annat praktiskt problem består i att domstolen i dom 2 måste göra en uppskattning av hur mycket som skall avräknas till följd av vad den dömde har undergått till följd av den tidigare påföljden. Som nämnts är det mycket svårt att värdera hur mycket de olika inslagen i en icke frihetsberövande påföljd skall anses representera vid en straffmätning. Till skillnad från en dom på fängelse eller böter, där straff(mätnings)värdet finns uttryckt i ett antal i olika enheter, är det nästintill omöjligt att ge någon vägledning för vad övervakning, föreskrifter och olika vårdinslag etc. skall motsvara i form av ett frihetsberövande vid en avräkning.[198] Vad gäller böter och samhällstjänst, kan viss vägledning erhållas från de olika omräkningsregler som finns uttryckta i lagtext och förarbeten.[199] Därutöver torde emellertid hänsynstagandet bli helt skönsmässigt. Problemen accentueras av att de olika inslagen i påföljden endast delvis har verkställts och att den tidigare domen kan ha varit föremål för en konsumtionsdom. Ett undanröjande av en sådan dom kommer att avse samtliga brott för vilka konsumtionsdom har meddelats. Risken är att domstolen i dom 2 inte gör

[198] Enligt BrB 34:5 st. 4 skall domstolen vid undanröjande ta skälig hänsyn till böter som utdömts enligt BrB 34:5 st. 2 (dvs. tilläggsböter vid en tidigare konsumtionsdom), böter som har förenats med huvudstraffet (BrB 27:2 och 30:8) och vad den dömde undergått till följd av samhällstjänst. E contrario skall ingen hänsyn tas till prövotid eller eventuella föreskrifter enligt BrB 27:6. Beträffande skyddstillsyn skall domstolen vid ett undanröjande enligt BrB 34:6 st. 4 ta skälig hänsyn till "vad den dömde undergått till följd av domen på skyddstillsyn", till vad han har avtjänat av ett eventuellt 28:3-fängelse, böter som utdömts enligt BrB 34:6 st. 1 (tilläggsböter vid en tidigare konsumtionsdom) och böter som förenats med huvudstraffet (BrB 28:2 och 30:11).

[199] Se BrB 26:2 st. 3 och Bötesverkställighetslagen (1979:189) § 15. Angående omräkningsförhållandet mellan dagsböter och fängelse, se NJA 1989 s. 12. Angående förhållandet mellan antal timmar samhällstjänst och antal månaders frihetsberövande vid tidsbestämt fängelse, se Prop. 1997/98:96 s. 89.

någon avräkning, varvid hela den tidigare brottsligheten kommer att beaktas vid straffmätningen i den nya gemensamma domen. Detta är givetvis ett problem om man anser att enhetlig rättstillämpning och proportionalitet är viktiga intressen vid påföljdsbestämning.

Från *rättvisesynpunkt* kan lösningsalternativet undanröjande och utdömande av en ny gemensamt dom leda till problem på två sätt, vilka båda aktualiseras då den nya brottsligheten består i återfall.

För det första uppstår ett problem med straffmätningen. Om den nya brottsligheten föranleder domstolen att undanröja den tidigare utdömda påföljden, skall en ny gemensam påföljd bestämmas. Eftersom det är fråga om en gemensam påföljd måste en straffskala för den samlade brottsligheten skapas. Även om det inte framgår explicit av lagtexten, skall domstolen i dessa situationer använda de allmänna bestämmelserna om konstruktion av straffskala vid flerfaldig brottslighet.[200] Om asperationsprincipen används då straffskalan för den flerfaldiga brottsligheten fastställs, kommer straffmätningen att vara begränsad på den abstrakta nivån. Av vad jag har sagt om principen om mängdrabatt vid straffmätningen följer därför, att om intresset av att kunna rangordna brottskombinationer inom den tillämpliga straffskalan prioriteras framför intresset av strikt proportionalitet, skall asperation få genomslag även på den konkreta nivån. Konsekvensen blir att mängdrabatt kan komma att ges trots att det i teknisk mening är fråga om återfall. Som redan nämnts är det i den svenska konkurrensläran i och för sig ingen nyhet att mängdrabatt kan komma att ges vid straffmätningen trots att det är fråga om återfallsbrottslighet. Vad som emellertid skiljer denna situation från t.ex. den som följer av BrB 34:3 st. 2 är att den nya brottsligheten (återfallet) kan vara begången långt efter meddelandet av dom 1 *och* tidpunkten då den tidigare påföljden började verkställas. Så länge som det är möjligt att undanröja en tidigare påföljd, kommer asperationsprincipen att tillämpas vid straffmätningen, i vart fall på straffskalenivå.

Huruvida domstolar i praktiken anpassar även straffmätningen efter asperationsprincipen går inte att uttala sig om. De ovan nämnda praktiska problemen med att dels uppskatta straffvärdet hos den tidigare brottsligheten, dels bedöma hur mycket den redan verkställda delen av den tidigare påföljden skall motsvara vid en avräkning, leder till att det i domskäl inte alltid går att utläsa vilka eventuella rabatteffekter som följer av att straffskalan är begränsad. Utifrån ett rättviseperspektiv går det emellertid inte att bortse från det finns ett inneboende principiellt problem med konstruktionen med en ny gemensam dom i efterhand, eftersom det innebär att mängdrabatt bör ges även om den nya brottsligheten utgör återfall.

[200] Se ovan i avsnitt 4.2.2.

För det andra kan återfall komma att tillmätas en alltför stor roll vid påföljdsbestämningen. Att den nya brottsligheten utgör återfall kan dels påverka påföljdsvalet i dom 2, dels föranleda att hela påföljden i dom 1 undanröjs och omvandlas till fängelse. De icke frihetsberövande påföljderna har återgått till att bli ett slags anstånd med verkställighet av fängelsestraff. Om den dömde dessutom skulle ha begått brottet under det att han är villkorligt frigiven från ett tidigare straff, kan den villkorligt medgivna friheten komma att förverkas. Det måste – utifrån vad jag i avsnitt 6.4 har sagt om återfall – starkt ifrågasättas om detta är lämpligt och förenligt med principerna om straffvärdeproportionalitet och humanitet vid påföljdsbestämningen.

Är det *inte* fråga om återfall, torde skälen för att undanröja den tidigare domen – då påföljden för den nya brottsligheten består i ett kortare fängelsestraff – vara än svagare. Om brottsligheten i dom 2 avser nyupptäckt brottslighet, och denna är av sådan art att påföljden bör bestämmas till fängelse, behöver detta inte innebära att den tidigare påföljden måste påverkas. Om man undanröjer den tidigare domen, låter man ett nyupptäckt artbrott smitta hela den tidigare brottsligheten vid valet av (en ny gemensam) påföljd. Om principen om gemensamt straff skall tillämpas även i iterativa tillämpningssituationer, och utgångspunkten är att den dömde vid nyupptäckt brottslighet skall bedömas som om all brottslighet hade bedömts i samma mål, borde bestraffningen i sin helhet inte kunna göras strängare genom att möjligheten i BrB 34:1 st. 1 p. 3 används. Som påpekades i avsnitt 4.4.3 var det just i sådana situationer som det kunde bli aktuellt att tillämpa undantaget i BrB 30:3 st. 2 och utdöma ett fängelsestraff för de brott där arten talar för att påföljden särskilt bestäms till fängelse, varigenom man kunde undvika att detta smittar påföljdsbestämningen för den samlade brottsligheten. Motsvarande hänsyn gör sig gällande i iterativa tillämpningssituationer. Slutsatsen är således att det är fullt möjligt att verkställa ett kort fängelsestraff och en icke frihetsberövande påföljd parallellt, varför det (ännu en gång) är svårt att hitta skäl för varför den tidigare påföljden skall undanröjas.

Om vi däremot övergår till den situationen att påföljden i dom 2 avser *ett längre* – och kanske t.o.m. mycket långt – *fängelsestraff* blir bedömningen något annorlunda. Om brottsligheten i dom 1 har ett lågt straffvärde eller om påföljden i det närmaste är till fullo verkställd, torde det inte finnas några skäl att undanröja den. Om avräkning sker för vad den dömde redan undergått till följd av den tidigare domen, torde vad som blir kvar att lägga till straffmätningen i den nya gemensamma domen vara av ytterst marginell betydelse.[201] Tidsfaktorn kan således tala för att man

[201] Det skall här noteras att om det nya brottet är nyupptäckt skall mängdrabatt ges vid straffmätningen, varvid den tidigare brottslighetens relativa straffvärde minskas ytterligare.

inte behöver undanröja den tidigare påföljden även om det i dom 2 är aktuellt att utdöma ett längre fängelsestraff.

Det kan emellertid tänkas att någon egentlig verkställighet av den tidigare påföljden inte har kommit till stånd och att straffvärdet hos den brottslighet som behandlades i dom 1 är relativt högt. Om påföljden i dom 1 har förstärkts med någon form av föreskrift, vilket utgjort ett särskilt skäl mot fängelse, kan det sammanlagda straffvärdet hos brottsligheten uppgå till 1 års fängelse (och i vissa fall ännu högre straffvärden). Antag följande situation: A gör sig skyldig till grovt narkotikabrott (NSL § 3) och straffvärdet hos den samlade brottsligheten uppgår till fängelse i 2 år. Påföljden bestäms med hänsyn till att A har missbruksproblem till skyddstillsyn i förening med kontraktsvård.[202] Kort tid efter att verkställigheten har påbörjats begår A en våldtäkt. Det är i denna situation uteslutet att i dom 2 välja annan påföljd än fängelse. Straffvärdet hos det nya brottet bedöms till fängelse i 2 år. Om verkställigheten skall ske parallellt kommer detta i praktiken att innebära att hela påföljden avseende narkotikabrottet absorberas av fängelsestraffet. Detta kan leda till problem från proportionalitetssynpunkt.

Om proportionalitetsprincipen skall upprätthållas kan det inte anses vara godtagbart att brott med ett så högt straffvärde som narkotikabrottet i det ovan nämnda exemplet i praktiken förblir obestraffat. Om brottsligheten i dom 2 är nyupptäckt, kommer A att få en orimligt stor rabatt i förhållande till om han hade dömts för båda brotten i ett sammanhang.[203] Är det fråga om återfall så rimmar resultatet illa med proportionalitetsprincipen om ny brottslighet kort tid efter verkställighetens början resulterar i att en tidigare utdömd påföljd praktiskt taget efterges. Även om återfall inte behöver tala för att samhällets reaktion måste skärpas, bör konkurrenslösningen i vart fall inte medföra denna typ av rabatteffekter. Budskapet bakom proportionalitetsprincipen skulle i så fall bli att samhället inte endast är likgiltigt inför hur många brott den dömde har begått, utan att ny brottslighet efter tidigare dom dessutom kan leda till lägre straff.

I vissa situationer kan således intresset av straffvärdeproportionalitet tala för att undanröjande av den tidigare domen är det enda rättvisa. Ett undanröjande kommer i så fall att innebära att straffvärdet hos den tidigare brottsligheten kommer till uttryck i ett nytt gemensamt fängelsestraff. Humanitetsprincipen är i detta sammanhang överspelad. Straffvärdet är så högt på såväl den samlade brottsligheten som den brottslighet som skall bedömas i dom 2 att annan påföljd än fängelse är utesluten.

[202] Se t.ex. NJA 1988 s. 413.

[203] Jareborg och Zila uppmärksammar ett liknande exempel då någon vid olika tillfällen döms till böter, se Jareborg & Zila 2000 s. 158.

Det enda alternativet till att undanröja den tidigare domen skulle vara att verkställigheten sker seriellt. Detta är emellertid inte en praktiskt lämplig lösning. Domstolen i dom 2 har inga möjligheter att förordna att fängelsestraffet skall verkställas efter att kontraktsvården har avslutats. Likaså kan den dömde vara häktad i målet och anses böra förbli det till dess fängelsestraffet kan verkställas. Det är således uteslutet att den dömde i exemplet ovan skulle friges efter dom 2 och återgå till att verkställa den tidigare utdöma skyddstillsynen i förening med kontraktsvård. På samma sätt kan man ifrågasätta om det är rimligt att tänka sig att den som ådömts en kontraktsvård (dom 1) först efter att han har verkställt ett längre fängelsestraff (dom 2) skall verkställa kontraktsvården. Resonemanget förutsätter att den dömdes vårdbehov kvarstår oförändrat i samband med frigivningen från fängelsestraffet och att det vid denna tidpunkt finns en vårdplats tillgänglig på ett behandlingshem. Visserligen talar humanitetsprincipen för att man i möjligaste mån bör undvika ett fängelsestraff, varför seriell verkställighet borde accepteras. De praktiska problem som är förenade med att låta en ingripande vårdpåföljd av nu aktuellt slag gå i verkställighet flera år efter att vårdbehovet konstaterats är emellertid så stora att jag inte ser det som en lämplig lösning.

Man kan fråga hur högt straffvärde brottsligheten i dom 1 måste ha för att det skall bli aktuellt med ett undanröjande. Liknande situationer kan nämligen uppkomma om påföljden i dom 1 bestämts till skyddstillsyn i förening med 28:3-fängelse eller en icke frihetsberövande påföljd med samhällstjänst. Jag avstår från att ange någon gräns i absoluta tal. Det får ytterst ankomma på domstolarna att avgöra när de praktiska resultaten inte längre är tolerabla utifrån proportionalitetssynpunkt.

Helt klart är att betydelsen av straffvärdet hos brottsligheten i dom 1 minskar i takt med att straffet i dom 2 ökar. Precis på samma sätt som vid jämförelser av olika brottskombinationer, då fråga är om att bestämma mängdrabattens storlek, påverkas intresset av att låta viss brottslighet särskilt komma till uttryck vid den gemensamma straffmätningen av förhållandet mellan straffvärdena hos brottsligheten i dom 1 respektive dom 2. Om vad som återstår av straffvärdet i dom 1 (efter avräkning för vad den dömde redan har undergått till följd av domen) inte skulle bidra till någon kvalitativ skillnad av straffet i dom 2, kan man utgå från att ett undanröjande är onödigt utifrån proportionalitetssynpunkt. Så kan vara fallet om fängelsestraffet i dom 2 uppgår till 6, 8 eller kanske 10 år. Till slut når man "taket" där fullständig absorption ändock skall bli lösningen av konkurrensproblemet, nämligen om straffet i dom 2 skall bestämmas till fängelse på livstid.

7.4.4 Konklusioner

Det torde inte vara någon överdrift att påstå att det tredje lösningsalternativet enligt BrB 34:1 st. 1 – dvs. ny gemensam dom – är det mest svårhanterliga både vad gäller den praktiska hanteringen och vad gäller möjligheten att förena det med övriga principer för påföljdsbestämning. I detta avsnitt skall jag redogöra för vad jag uppfattar vara de huvudsakliga problemen med denna konkurrenslösning och redovisa i vilka fall jag tror det vara befogat att undanröja en tidigare utdömd påföljd och ersätta den med påföljd av annan art.

(1) Det första problemet består i att det i allt väsentligt saknas vägledning för när domstolar bör undanröja tidigare påföljd och ersätta domen med en gemensam påföljd. De enda skäl som anges i förarbetena och brottsbalkskommentaren är att parallell verkställighet bör undvikas och att villkorlig dom till sin karaktär är en sådan påföljd att ny lagföring efter tidigare dom anses böra leda till att påföljden undanröjs och ersätts med påföljd av annan art. Båda dessa skäl vilar huvudsakligen på preventiv grund. De måste idag till stor del anses sakna betydelse för påföljdsbestämningen. Hänsyn till vad som är "lämpligast för gärningsmannen" är inte längre en norm vid påföljdsbestämningen. Det skall inte heller göras till norm bara för att frågan uppkommer i en iterativ tillämpningssituation. I så fall låter man brottsprevention påverka påföljdsbestämningen endast därför att frågan aktualiseras i en konkurrenssituation. Enligt min uppfattning skall konkurrensproblem lösas så att lämpliga resultat uppkommer, och denna bedömning måste göras utifrån vad som anses vara lämpligt på det område där konkurrensproblemet har uppstått – dvs. påföljdsbestämningen.

(2) Det andra problemet med undanröjande är att det leder till en syn på återfall som inte överensstämmer med dagens återfallsreglering. Om man accepterar att återfall inte bör föranleda annan straffskärpning än vad som följer av BrB 29:4, 30:4 och 34:4, torde det stå klart att det ytterst sällan kan anses vara befogat att undanröja tidigare ådömda påföljder enbart på den grunden att det är fråga om återfall.

(3) Det tredje problemet med undanröjande består i de stora praktiska problem som denna konkurrenslösning medför. Oavsett hur goda skäl en domstol anser sig ha för att undanröja en tidigare utdömd påföljd, är det förenat med svårigheter att i efterhand utföra en adekvat straffmätning avseende brott som har handlagts i ett annat mål och då oftast av en annan domstol. Dessa problem accentueras om det är fråga om att undanröja tidigare påföljder, vilka i sin tur har varit föremål för konsum-

tionsdomar. Det kan således bli fråga om hela kedjor av domar som skall rivas upp och för vilka en straffmätning skall göras. Därefter skall en avräkning för vad den dömde har undergått till följd av de tidigare domarna ske i efterhand. Eftersom vissa av de repressiva inslagen i den tidigare domen inte påverkas av ett undanröjande är det i slutänden inte säkert att det blir någon reell skillnad mellan att utdöma en ny gemensam dom för alla brott och att låta den tidigare påföljden kvarstå och döma särskilt för den nya brottsligheten.

(4) Sammantaget kan sägas att konkurrensregleringen inte i sig kan förse påföljdsbestämningen med de värden, intressen eller hänsyn som skall beaktas. Lösningarna kan endast skapa lämpliga resultat i förhållande till de värden och intressen som styr påföljdsbestämningen. Det kan enligt min uppfattning ifrågasättas i vilken utsträckning som lösningsalternativet ny gemensam dom gör det.

(5) Vidare har undersökningen visat att om man utgår från att påföljdsbestämningen skall präglas av proportionalitet och humanitet, finns det ett relativt litet behov av att kunna undanröja tidigare utdömda påföljder. Undanröjande aktualiseras främst i tre situationer, vilka samtliga avser tillämpningssituationer där påföljden i endera domen har bestämts till ett tidsbestämt fängelsestraff.

(a) Ett tidigare utdömt fängelsestraff bör kunna undanröjas i vissa fall där gärningsmannens situation, vid tiden för dom 2, har kommit att förändrats. Intresset av att inte spoliera den tilltalades positiva utveckling eller pågående vård kan då övertrumfa intressena av proportionell vedergällning och konsekvens i systemet. Det bör dock framhållas att undanröjande i dessa situationer – precis som regleringen i BrB 30:9 st. 2 – i stort bygger på individualpreventiva överväganden och att det är diskutabelt huruvida dessa är förenliga med principerna om proportionalitet och humanitet. Undanröjande i de nu diskuterade situationerna måste därför betraktas som en undantagssituation.

(b) En andra situation då ett undanröjande kan vara motiverat bygger på ett hänsynstagande till rent praktiska skäl. Typexemplet är konkurrens mellan sluten ungdomsvård och ett tidsbestämt fängelsestraff. Detta är emellertid något som hör till regleringen av verkställighetskonkurrens.

(c) Till sist har jag hållit det öppet för att undanröjande kan bli nödvändigt för att i vissa fall upprätthålla intresset av proportionell bestraffning. Förutsättningarna härför är i så fall att påföljden i dom 1 avser en icke frihetsberövande påföljd, att brottsligheten har ett högt straffvärde (vilket normalt föranlett att domen förenats med ett skärpande inslag eller att andra särskilda skäl mot fängelse föreligger) och att det fängelse-

straff som skall utdömas i dom 2 är långt eller mycket långt. I sådana situationer finns det en risk för att dom 2 helt kommer att absorbera den tidigare domen, varför lösningen kränker proportionalitetsprincipen. Särskilt om det är fråga om återfall, och detta inte på något sätt har påverkat domstolens val av påföljd i dom 2, finns det ett behov av att den tidigare brottsligheten inte förblir helt obestraffad på grund av konkurrenslösningen.

(6) Hur gör då domstolar i de situationer där frågan om undanröjande aktualiseras? Förmodligen gör de litet som de vill. Med hänsyn till frånvaron av vägledning i förarbeten och övriga rättskällor, kan man egentligen inte rikta någon kritik häremot. Det är inte domstolarnas fel att regleringen i stora avseenden är "principlös". Däremot skulle betydande klarhet kunna nås om domstolar närmare redovisade hur man löser konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer. För att återknyta till citatet i början av detta kapitel, är principlöshet ingen bra metod om man vill försöka fastställa det principiella innehållet i begreppen kumulation, absorption och asperation.

(7) En avslutande fråga är om det för valet av den nu aktuella konkurrenslösningen undanröjande och ny gemensam dom spelar någon roll om den nya brottsligheten i dom 2 utgör *nyupptäckt brottslighet* eller *återfall*. I denna del torde det utan tvivel kunna hävdas, att enligt förarbetena är ett undanröjande av en tidigare villkorlig dom lämplig främst då den nya brottsligheten utgör återfall.[204] I kommentaren hänvisas fortfarande till detta förarbetsuttalande, vilket tydligen får förstås som en beskrivning av gällande rätt.[205] Vad som kan anföras mot att undanröjande bör ske är att återfall inte bör föranleda annan straffskärpning än vad som följer av BrB 29:4, 30:4 och 34:4.

Frågan huruvida ett undanröjande innebär en straffskärpning är givetvis beroende av vilken påföljd domstolen väljer i dom 2. I vissa fall kommer ett undanröjande i praktiken inte att leda till någon egentlig straffskärpning. Detta är fallet om en villkorlig dom undanröjs och ersätts med en gemensam påföljd bestående i skyddstillsyn. Vad som återstår av den villkorliga domen (i form av prövotid) kommer genom tillämpning av BrB 34:1 st. 1 p. 3 att uppgå i en ny prövotid förenad med övervakning och eventuella föreskrifter. Det blir många gånger ingen skillnad mellan att undanröja en villkorlig dom, vilken uppgår i en ny gemensam påföljd

[204] SOU 1956:55 s. 336 och 342. Vid nyupptäckt brottslighet skall i första hand konsumtionsdom väljas, vilken kan förenas med olika förstärkande tilläggssanktioner.
[205] KBrB III s. 34:29.

bestående i skyddstillsyn, och att låta den tidigare påföljden kvarstå och döma särskilt till skyddstillsyn för den nya brottsligheten, varefter dessa påföljder verkställs parallellt.

Utgår man från proportionalitetsprincipen och hävdar att den samlade brottslighetens svårhet skall stå i proportion till de olika påföljderna, finns det emellertid – i vissa undantagsfall – anledning att överväga om en tidigare utdömd påföljd bör undanröjas. Betydelsen av huruvida det i dom 2 är fråga om återfall eller nyupptäckt brottslighet borde inte tillmätas större betydelse än att domstolar i de fall det är fråga om nyupptäckt brottslighet bör beakta asperationsprincipen när de skall värdera vad den samlade brottsligheten förtjänar som straff, medan detta inte bör ske om det är fråga om återfall. Den omständigheten att det är fråga om återfall skall i första hand beaktas vid valet av påföljd.

Den smått paradoxala slutsatsen av det sagda blir att det främst är vid nyupptäckt brottslighet som undanröjande i så fall kan behöva aktualiseras. Om den nya brottsligheten utgör återfall kan domstolen i dom 2 använda återfallet som skäl för att utdöma ett fängelsestraff eller på annat sätt skärpa påföljden (BrB 29:4). Är det däremot fråga om nyupptäckt brottslighet finns inte denna möjlighet. I så fall återstår endast att utdöma särskild påföljd eller konsumtionsdom. Om det i både dom 1 och dom 2 är fråga om brottslighet med ett betydande straffvärde – t.ex. omkring 1 års fängelse – är konsumtionsdom utesluten. Domstolen kan således hamna i en situation där det samlade straffvärdet hos brottsligheten i sig talar för att bestämma påföljden till fängelse, men där de brott som bedöms i respektive dom inte i sig innefattar tillräckliga skäl för att fängelse skall väljas. På grund av att brotten bedöms i olika rättgångar uppstår en påtaglig rabatteffekt. Detsamma blir effekten om påföljden i dom 2 bestäms till fängelse, vilket i praktiken kommer att absorbera en tidigare dom bestående i en icke frihetsberövande påföljd. Om det i dom 2 inte är fråga om återfall eller artbrott, finns inga skäl att döma till fängelse. På grund av att brotten lagförs vid olika tillfällen uppstår en stor rabatteffekt om inte möjligheten att undanröja finns. Sådana effekter strider mot intresset att främja proportionalitet och likabehandling. Av detta skäl kan det finnas ett visst intresse av att behålla möjligheten att undanröja en tidigare dom. Därmed inte sagt att det skall vara ett likvärdigt huvudalternativ vid sidan av konsumtionsdom och möjligheten att döma särskilt. Men som säkerhetsventil kan principen – trots sitt delvis principlösa innehåll – fylla en principiell funktion.

7.5 Utländska motsvarigheter till BrB kap. 34

7.5.1 Inledning

I vissa äldre framställningar har det hävdats att den svenska konkurrenslären är ensam om att ha en reglering för de konkurrenssituationer som uppstår då någon begår brott efter att ha blivit dömd till straff men ännu inte till fullo verkställt detta.[206] Jag tror att påpekandet – i vart fall numera – är felaktigt. Vad som möjligtvis kan sägas är att den svenska regleringen företer vissa särdrag när det gäller att reglera dessa situationer i lag och – inte minst – vad gäller omfattningen på reglerna.

Det finns av utrymmesskäl ingen möjlighet att närmare redogöra för utländska motsvarigheter till regleringen av iterativa tillämpningssituationer. Detaljer i utländska regleringar och de olika konkurrenslärornas närmare utformning är vidare avhängiga en rad andra straffrättsliga och straffprocessuella bestämmelser. Detta gör det svårt att bedöma vilka likheter och olikheter som finns mellan de olika systemen.

Jag tror dock att det kan vara fruktbart att ge en kortare översikt av vissa utländska motsvarigheter till BrB kap. 34. En sammanfattning av utländska rättsordningars principer för att lösa konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer kan visa om det finns något gemensamt i sättet att formulera problem eller konstruera lösningar. Alternativa synsätt kan förse argumentationen med skäl för eller mot en viss lösning i en diskussion de lege ferenda. Undersökningsobjekten är norsk, dansk, finsk och tysk rätt.

Som redan har framgått tillämpas principen om gemensamt straff i Norge, Danmark och Finland. Tysk rätt skiljer sig från de nordiska länderna genom att man upprätthåller distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens, och följaktligen tillämpar principen om kollektivt straff vid reellt konkurrerande brott.

Vissa anmärkningar angående terminologin bör göras i syfte att underlätta framställningen.[207] I samtliga nordiska länder finns olika former av icke frihetsberövande straff eller påföljder.

I Finland används *villkorligt fängelsestraff*, vilket innebär att domstolen utdömer ett konkret fängelsestraff men den dömde medges anstånd med verkställigheten under en prövotid. Under förutsättning att någon ny

[206] Se bl.a. Stjernberg 1935 s. 174 f. och SOU 1937:24 s. 41.

[207] Det skall noteras att i detta avsnitt kommer jag beträffande de norska, danska och finska strafflagarna genomgående att använda förkortningen SL. Detta avviker från vad jag har angivit i förkortningslistan. Syftet är att förenkla framställningen. Följaktligen används i avsnitt 7.5.2 (Norge) förkortningen SL för att beteckna *1902 års almindelig borgerlig straffelov*. I avsnitt 7.5.3 (Danmark) avses med SL *1930 års straffelov*. I avsnitt 7.5.4 (Finland) avses med SL *1889 års strafflag*.

brottslighet inte aktualiseras under prövotiden förfaller straffet efter att prövotiden har löpt ut.[208]

I såväl Danmark som Norge används en form av villkorlig straffdom, som innebär att den dömde sakerförklaras för brottet och att verkställigheten av straffet anstår under en angiven prövotid. Det villkorliga straffet kallas i Norge *betinget dom* och i Danmark *betingede dom*. Båda dessa former av villkorlig straffdom kan förekomma i två varianter. Enligt den första varianten utsätter domstolen i domen ett särskilt fängelsestraff som kan komma att förverkas om ny brottlighet aktualiseras under prövotiden, varvid den villkorliga straffdomen starkt kommer att påminna om det finska villkorliga fängelsestraffet. Enligt den andra varianten utsätts inget alternativstraff. Ett villkorligt straff i denna form påminner om svensk villkorlig dom.[209]

Trots att det finns vissa väsentliga skillnader mellan de olika varianterna av alternativ till ovillkorligt fängelsestraff, kommer jag i det följande att beteckna dem alla *villkorligt straff* i syfte att skilja dem från den svenska påföljden villkorlig dom. Eftersom jag i det följande undersöker konkurrensregleringen i respektive land för sig torde ingen risk för sammanblandning föreligga.

7.5.2 Norsk rätt

När någon i samma rättegång skall dömas för flera brott talar man i norsk rätt om *sammenstøt av forbrytelser*.[210] Bestämmelsen om gemensamt straff (fellesstraf) för brottslighet på fängelsenivå finns i SL § 62. Av denna regel framgår att ett gemensamt straff skall utdömas enligt asperationsprincipen. Straffskalan för den samlade brottsligheten fastställs genom att den lägsta summan av antingen en fördubbling av det svåraste brottets straffskalemaximum eller summan av de olika brottens straffskalemaxima utgör straffskalemaximum för den flerfaldiga brottsligheten. Motsvarande regler beträffande brottslighet på bötesnivån finns i SL § 63.

Om någon som redan är dömd till fängelsestraff skall dömas på nytt aktualiseras frågan om s.k. *etterskuddsdom* skall meddelas. Bestämmelsen härom finns i SL § 64. Förutsättningen för att meddela etterskuddsdom är att brottet är förövat "forut for dommen". Rättsverkan av en etterskuddsdom är att bestämmelserna i SL §§ 62–63 skall iakttas "saavidt muligt". Detta innebär dels att asperationsprincipen skall tillämpas vid

[208] Se Frände 2004 s. 386 ff. och Havansi & Koskinen 2002 s. 87 ff.

[209] Angående *betinget dom* i norsk rätt, se Andenæs 2004 kapitel 43. Beträffande *betingede dom* i dansk rätt, se Waaben 1993 kapitel 12.

[210] Angående sammenstøt av forbrytelser, se närmare bl.a. Mæland 2004 s. 182, Matningsdal & Bratholm 2003 (särskilt s. 549 ff) och Andenæs 2004 s. 447 ff.

straffmätningen (dvs. att mängdrabatt skall ges), dels att hänsyn skall tas till den tidigare domen vid valet av påföljd.[211] Två möjligheter finns då domstolen utdömer etterskuddsdom. Antingen utdöms ett nytt gemensamt straff (*fellesstraff*) eller ett tilläggsstraff (*tilleggsstraff*).[212] Vanligtvis används alternativet med att utdöma tilläggsstraff.

Om tilläggsstraff utdöms, kommer detta att motsvara det svenska lösningsalternativet att utdöma en ny påföljd i en särskild dom avseende den nya brottsligheten (BrB 34:1 st. 1 p. 2). Asperationsprincipen beaktas främst vid straffmätningen. Det spelar ingen roll huruvida den tidigare påföljden har börjat verkställas, verkställts till fullo eller på annat sätt upphört.[213] Domstolen gör en påföljdsbestämning såsom om hela brottsligheten hade bedömts i ett sammanhang, varefter det straff som framgår av dom 1 avräknas. Storleken på tilläggsstraffet bestäms av differensen mellan straffmätningen för den samlade brottsligheten och vad som utdömts i dom 1.[214] Det är att märka att domstolen – precis som enligt BrB 34:3 st. 2 – får underskrida stadgat straffminimum för den nya brottsligheten.[215]

Om domstolen istället väljer att utdöma ett gemensamt straff motsvarar detta den i BrB 34:1 st. 1 p. 3 stadgade möjligheten att undanröja den tidigare domen och bestämma en ny gemensam påföljd för den samlade brottsligheten. Skillnaden mellan det norska och svenska lösningsalternativet är, att enligt SL § 64 finns inget krav på att det nya straffet skall vara av annan art. Det är således möjligt att utdöma straff av samma slag som utdömts i dom 1, varför skillnaden mellan gemensamt straff och tilläggsstraff kan bli marginell.[216] Möjligheten att utdöma ett gemensamt straff används endast då den tidigare domen (dom 1) inte har verkställts.[217] Detta förhållande i förening med att det inte finns något krav på att påföljden skall vara av annan art samt att asperationsprincipen skall tillämpas vid straffmätningen, medför att man kan uppnå precis samma resultat genom att utdöma ett tilläggsstraff som att utdöma ett nytt gemensamt straff. På samma sätt som vid tilläggsstraff finns det vid straffmätningen möjlighet att underskrida straffskaleminimum.[218] Domstolen kan t.o.m.

[211] Matningsdal 1985 s. 559.
[212] Matningsdal & Bratholm 2003 s. 566.
[213] Ot.prp nr. 90 s. 373.
[214] Andenæs 2004 s. 450.
[215] Matningsdal & Bratholm 2003 s. 568.
[216] Gripne 1987 s. 104. I samband med utarbetandet av en ny SL har föreslagits att domstolar som huvudregel skall utdöma tilläggsstraff, vilket hänger samman med att möjligheten att utdöma en ny gemensam dom leder till praktiska problem för kriminalvården. Se närmare NOU 2002:4 s. 266 och Ot.prp nr. 90 s. 374 f.
[217] Gripne 1987 s. 104.
[218] Matningsdal & Bratholm 2003 s. 567

utdöma straff av samma längd som utdömdes i dom 1. Däremot kan det gemensamma straffet inte göras lindrigare än det straff som utdömdes i dom 1.[219] Detta avser såväl straffmätningen som valet av påföljd. Om straffet i dom 1 har bestämts till ett ovillkorligt fängelsestraff, kan inte en ny gemensam dom avse ett villkorligt fängelsestraff (betinget dom). Om domstolen i dom 2 utdömer straff av samma art och längd, blir resultatet detsamma som då en svensk domstol utdömer konsumtionsdom (BrB 34:1 st. 1 p. 1).

I vilken utsträckning som domstolen i dom 2 måste beakta den tidigare påföljden är till viss del oklart. Som sagt får den nya domen inte ändras till ett lindrigare resultat än vad som följer av dom 1. Däremot finns inga hinder mot att domstolen i dom 2 dömer särskilt och bestämmer påföljden till ett villkorligt straff trots att påföljden i dom 1 har bestämts till fängelse. Påföljderna kommer då att verkställas parallellt.

Om den nya brottsligheten är begången *efter* den tidigare domen – dvs. utgör återfall – gäller inte bestämmelserna om etterskuddsdom. Domstolen är i dessa fall hänvisad till att döma särskilt för den nya brottsligheten. Någon hänsyn skall inte tas till den tidigare domen. Andenæs anger att ett hänsynstagande till den tidigare domen skulle innebära att den tilltalade skulle ges en otillbörlig rabatt.[220] Men Høyesterett har i flera fall, vid straffmätningen i dom 2, tagit hänsyn till att den dömde har ett eller flera straff som återstår att verkställa.[221] Høyesteretts praxis innebär att någon form av mängdrabattsprincip tillämpas analogt beträffande ny brottslighet som utgör återfall. Till detta återkommer jag i avsnitt 8.4.

När det gäller situationer där den tidigare domen avser ett villkorligt straff (*betinget dom*), måste man skilja mellan om brottsligheten är nyupptäckt eller utgör återfall. Beträffande *nyupptäckt brottslighet* gäller enligt SL § 64 st. 2 samma möjligheter som då dom 1 avser ett fängelsestraff. Domstolen kan följaktligen i dom 2 antingen utdöma ett gemensamt straff eller utdöma ett tilläggsstraff för den nya brottsligheten.[222] Om domstolen väljer att utdöma ett gemensamt villkorligt straff för den samlade brottsligheten, skall en ny prövotid bestämmas. Detta är i praktiken detsamma som att utdöma en konsumtionsdom.[223] Domstolen kan emel-

[219] Se närmare Ot.prp nr. 90 s. 374, Matningsdal & Bratholm 2003 s. 567 och Andenæs 2004 s. 450 f. Frågan kommer att diskuteras i avsnitt 8.5.

[220] Andenæs 2004 s. 451.

[221] Se Andenæs 2004 s. 451 och där gjorda hänvisningar till Rt. 1987 s. 763, 1988 s. 633 och 1991 s. 1483.

[222] Ot.prp nr. 90 s. 374

[223] Domstolen som meddelar den andra domen har samma möjligheter att meddela föreskrifter, villkor eller förlänga prövotiden som skulle ha gällt om samtliga brott hade underkastats domstolens prövning samtidigt, se Matningsdal & Bratholm 2003 s. 568.

lertid nå den slutsatsen att den nya gemensamma påföljden skall bestämmas till ett ovillkorligt fängelsestraff. Ett skäl härför kan vara den samlade brottslighetens svårhet.[224]

Om det är fråga om *återfall* efter tidigare dom regleras situationen i SL § 54 st. 3. I dessa fall kan domstolen välja att antingen utdöma en gemensam dom för den samlade brottsligheten eller döma särskilt för den nya brottsligheten. Domstolen har nästintill obegränsade möjligheter att bestämma utformningen av påföljden. Påföljden i dom 2 kan utgöras av ett fängelsestraff, ett villkorligt straff eller en kombination av dessa.[225] Valet mellan nytt gemensamt straff och tilläggsstraff påverkas av omfattningen av brottsligheten och av när under prövotiden som återfallet har aktualiserats.[226]

Om domstolen väljer att utdöma en ny gemensam påföljd i dom 2, innebär detta i praktiken detsamma som att den tidigare domen undanröjs. Domstolen kan härigenom välja att reagera på det faktum att det är fråga om återfall genom att det tidigare villkorliga straffet uppgår i ett nytt gemensamt fängelsestraff. Påföljdsbestämningen i dom 2 behöver inte påverkas av att det gemensamma straffet innefattar den tidigare domen. Matningsdal och Bratholm anger att det t.o.m. är möjligt att "sette fellesstraffen lavare enn hva som tidligere er utmålt".[227]

Väljer domstolen istället att utdöma en särskild påföljd för den nya brottsligheten kan domstolen inte längre påverka verkställigheten av det tidigare villkorliga straffet genom att besluta om förverkande. Däremot är det möjligt att ändra det tidigare villkorliga straffet genom att meddela villkor för den dömde samt förlänga prövotiden (SL § 54 st. 1). Motsvarande möjlighet står inte till buds för det fall att det är fråga om nyupptäckt brottslighet och således en etterskuddsdom skall meddelas.[228]

Av vad som har sagts framgår att det beträffande val av lösningsalternativ inte är någon större skillnad mellan om den nya brottsligheten avser nyupptäckt brottslighet eller återfall. Samma möjligheter står till buds. Den principiella skillnaden är dock att mängdrabatt inte skall ges om det är fråga om återfall. Eftersom straffmätningen har en begränsad betydelse

[224] Matningsdal & Bratholm 2003 s. 568.
[225] Andenæs 2004 s. 491.
[226] Matningsdal & Bratholm 2003 s. 488.
[227] Matningsdal & Bratholm 2003 s. 487. Om detta avser straffet efter det att avräkning skett för vad den dömde har undergått till följd av den tidigare domen är regleringen begriplig. Om det däremot avser den konkreta straffmätningen av den samlade brottsligheten är uttalandet svårt att förena med proportionalitetsprincipen. Det innebär ju dels att möjlighet finns att ge mängdrabatt på den nya brottslighet som utgör återfall, dels att den samlade straffmätningen kan bli lägre trots att det blir fråga om ytterligare brottslighet.
[228] Matningsdal & Bratholm 2003 s. 568.

vid villkorliga straff, och då det av Høyesteretts praxis framgår att någon form av mängdrabatt ges analogt även vid återfall, kan skillnaden sägas vara marginell.

Vad till sist gäller den situationen att den nya brottsligheten avser såväl nyupptäckt brottslighet som återfall (dvs. kombinationsfall), tillämpas etterskuddsdom på den del av brottsligheten som i tiden är hänförlig till den tidigare domen (delvis etterskuddsdom) och tilläggsstraff för den del av brottsligheten som utgör återfall.[229] Det står därefter domstolen fritt att bestämma ett gemensamt straff för den samlade brottsligheten. Vid sammanläggningen av de nyupptäckta brotten och de brott som utgör återfall skall emellertid inte asperation tillämpas.[230]

7.5.3 Dansk rätt

Den danska regleringen är i väsentliga avseenden likartad den som gäller i Norge. Bestämmelser om gemensamt straff finns i SL § 88. Dessa används då domstolen vid samma tillfälle skall döma någon för flera brott (*sammenstød af forbrydelser*).[231] Den situationen att någon skall dömas för brottslighet begången före den tidigare domen ("forud for dommen") och den tidigare domen avser ett fängelsestraff, regleras i SL § 89. Enligt huvudregeln skall ett tilläggsstraff (*tillægsstraf*) utdömas för den nyupptäckta brottsligheten. Vid bestämmandet av detta straff skall hänsyn tas till den tidigare domen på det sättet att det sammanlagda resultatet av de två domarna skall bli detsamma som om hela brottsligheten hade bedömts vid ett tillfälle.[232]

För det fall att domstolen i dom 2 anser att den nyupptäckta brottsligheten inte skulle medföra någon ökning i straff, eller att den vid straffmätningen är att anse som obetydlig, kan domstolen helt avstå från att utdöma ett särskilt straff för den nya brottsligheten.[233]

Enkelt uttryckt kan man säga att den danska regleringen bygger på kumulation vid valet av påföljd och asperation vid straffmätningen. I förhållande till den svenska regleringen motsvarar detta situationen då dom-

[229] Tidigare rådde i praxis en viss oklarhet om huruvida etterskuddsdom kunde meddelas i dylika situationer. Gripne redogör för en utveckling där Høyesterett i ett antal avgöranden under åren 1972–1980 alltid utdömde en ny gemensam påföljd, vilket i praktiken innebar att den tidigare domen undanröjdes och uppgick i den nya domen. Se Gripne 1987 s. 105 ff.

[230] Gripne 1987 s. 107.

[231] Angående "sammenstød af forbrydelser" se bl.a. Waaben 1993 s. 95 ff., Greve m.fl. 2001 s. 393 ff., Toftegaard Nielsen 2002 s. 116 ff. och Greve 2003.

[232] Greve 2003 s. 484.

[233] Greve m.fl. 2001 s. 397.

stolen utdömer en särskild dom för den nya brottsligheten (BrB 34.1 st. 1 p. 2), varvid hänsyn tas till den tidigare domen vid straffmätningen (BrB 34:3 st. 2). I de fall något tilläggsstraff inte anses vara nödvändigt överensstämmer den danska regleringen med de svenska bestämmelserna om konsumtionsdom (BrB 34:1 st. 1 p. 1 och 34:3 st. 1).

Om den tidigare domen är ett villkorligt straff (*betinget straf*) är situationen något annorlunda.[234] Beträffande dessa situationer finns en särskild reglering i SL § 61, vilken är att uppfatta som ett specialfall av SL § 89.[235] Under förutsättning att verkställigheten av den tidigare domen fortfarande pågår skall enligt denna bestämmelse som huvudregel en gemensam dom meddelas avseende de brott som omfattas av den tidigare domen och den nyupptäckta brottsligheten.[236] På samma sätt som då den tidigare domen avser ett fängelsestraff är det möjligt att domstolen i dom 2 finner att något ytterligare straff inte är nödvändigt. I dessa fall kan åklagaren antingen meddela åtalsunderlåtelse eller så kan domstolen fastställa den tidigare domen. Utgångspunkten är – som angivits beträffande SL § 89 – att helhetsresultatet skall bli detsamma som om hela brottsligheten samtidigt hade varit föremål för domstolens prövning. Om den nyupptäckta brottsligheten är av mindre betydelse, men att den ändock anses böra komma till uttryck i straffbestämningen, kan det villkorliga straffet ändras genom att domstolen i dom 2 uppställer vissa villkor för den dömde eller förlänger prövotiden.[237]

Mer komplicerad är situationen vid återfallsbrottslighet (*gentagelse*). Om den tidigare domen består i ett fängelsestraff är tillämpningssituationen förvisso relativt oproblematisk. Utgångspunkten i dessa fall är att påföljdsbestämningen, vad avser såväl straffmätning som val av påföljd, skall ske utan hänsyn till den tidigare domen.[238] Ett helt separat straff utdöms således för den nya brottligheten och i detta avseende tillämpas således fullständig kumulation i förhållande till den tidigare domen. Om den nya brottsligheten emellertid är flerfaldig skall bestämmelserna om gemensamt straff tillämpas på den brottslighet som är föremål för prövning i dom 2. Detta innebär att asperationsprincipen skall tillämpas vid straffmätningen samt att en gemensam påföljd normalt skall väljas. Det bör nämnas att enligt SL § 83 kan straffskalan vid vissa brottstyper ökas

[234] Enligt SL § 67 st. 1 gäller motsvarande bestämmelser även då den tidigare domen består i samhällstjänst (samfundstjeneste), se Greve m.fl. 2001 s. 293.
[235] Blok 1985 s. 238.
[236] Har prövotiden emellertid löpt ut, skall huvudregeln i SL § 89 tillämpas, se Greve m.fl. 2001 s. 277.
[237] Greve m.fl. 2001 s. 277.
[238] Greve 2003 s. 475.

med det dubbla om brottet har begåtts under det att den dömde verkställer ett tidigare straff.[239]

Om påföljden i den tidigare domen emellertid består i ett villkorligt straff uppkommer frågan hur ny brottslighet skall påverka den tidigare domen. Greve anger att domstolen har fyra olika möjligheter i sådana situationer.

(1) Den första möjligheten – vilken också utgör huvudregeln – består i att ett gemensamt fängelsestraff utdöms för den samlade brottligheten.[240] Detta blir i praktiken detsamma som att det tidigare villkorliga straffet undanröjs och ersätts med en ny gemensam påföljd enligt BrB 34:1 st. 1 p. 3. Vad som bör noteras är att denna lösning innebär att återfallet tillåts spela en stor roll vid straffbestämningen. Vidare är att märka att vid straffmätningen skall, enligt lagtexten, ingen hänsyn tas till asperationsprincipen. Straffvärdet hos den nya brottsligheten kumuleras således med den straffmätning som följer av dom 1. I praxis blir emellertid den samlade straffmätningen normalt lägre än vid en ren sammanläggning av de båda straffen. Detta innebär att man i praxis vid straffmätningen tillämpar asperationsprincipen. Följden blir således att den dömde får mängdrabatt på den brottslighet som utgör återfall.[241] Enligt Greve kan straffmätningen t.o.m. resultera i ett lägre straff än vad som följde av den tidigare domen.[242]

Av praxis framgår att möjligheten att utdöma ett nytt gemensamt straff skall användas såvida inte andra skäl talar för att välja en annan lösning. Ett skäl för att välja en annan lösning är att det är fråga om olikartad brottslighet.[243] E contrario innebär detta att återfall i likartad brottslighet innebär en presumtion för en strängare form av reaktion.

(2) En andra möjlighet består i att domstolen i dom 2 meddelar ett gemensamt villkorligt straff för den samlade brottligheten. Även om denna lösning innefattar ett undanröjande av dom 1, kan resultatet bli detsamma som om man med den svenska regleringen dömer särskilt till påföljd av samma art eller meddelar konsumtionsdom. Skillnaden mellan de svenska och danska lösningarna är att enligt den svenska regleringen

[239] Se bl.a. Straffelovrådets betænkning 2002 s. 192 ff., Greve m.fl. 2001 s. 377 och Greve 2003 s. 477.

[240] Greve 2003 s. 480.

[241] Greve m.fl. 2001 s. 277.

[242] För att kunna avgöra om straffet *är* lindrigare måste den tidigare villkorliga straffdomen vara sådan att domstolen har utsatt ett särskilt straff. Jfr vad som sagts ovan i not 227 angående den norska motsvarigheten.

[243] Greve 2003 s. 480. Varför det skall spela roll huruvida brottsligheten är likartad eller olikartad framgår inte. Det är oklart varför det förhållandet att det är fråga om likartad brottslighet skulle påkalla en strängare syn på återfallet.

kan två påföljder av samma slag komma att verkställas parallellt medan det med den danska lösningen blir fråga om en och samma påföljd.[244]

(3) Den tredje möjligheten består i att domstolen låter det tidigare villkorliga straffet kvarstå och utdömer ett särskilt fängelsestraff för den nya brottsligheten. Enligt Greve används denna möjlighet när den nya brottsligheten är av annan art jämfört med den som föranlett det villkorliga straffet.[245] Om det är ett återfall som föranlett domstolen att bestämma påföljden för den nya brottsligheten till fängelse, innebär denna lösning att betydelsen av återfallet begränsas till påföljdsvalet i dom 2. Lösningsalternativet överstämmer med den svenska möjligheten att i dom 2 döma särskilt till fängelsestraff (BrB 34:1 st. 1 p. 2), vilket därefter kommer att verkställas parallellt med en icke frihetsberövande påföljd.

(4) Till sist finns det en möjlighet för domstolen att låta det tidigare villkorliga straffet kvarstå och för den nya brottsligheten (återfallet) utdöma ett nytt villkorligt straff. Skillnaden mellan denna situation och att domstolen undanröjer det tidigare villkorliga straffet och ersätter det med ett gemensamt villkorligt straff är i praktiken liten. Den nu diskuterade möjligheten att kumulera två domar av samma slag infördes i syfte att möjliggöra att de villkorliga straffen utformas på olika sätt.[246] Ett exempel kan vara att det första villkorliga straffet avser tillgreppsbrottslighet och den senare domen avser rattfylleri för vilket straffet skall förenas med t.ex. föreskrift om alkoholavvänjande behandling eller samhällstjänst. För att undvika att föreskrifterna (med hänsyn till sin omfattning) kommer att gälla den samlade brottsligheten, finns ett behov av att behandla de olika brotten separat vid straffbestämningen.

Vad till sist gäller den situationen att brottsligheten i den nya domen avser såväl nyupptäckt brottslighet som återfall, tillämpas i dansk rätt en princip om uppdelning motsvarande den som gäller i norsk rätt.[247]

7.5.4 Finsk rätt

Den finska lösningen är i allt väsentligt lik de som gäller i norsk och dansk rätt. Utgångspunkten om gemensamt straff vid flerfaldig brottslighet framgår av SL kap. 7.

Vid de iterativa tillämpningssituationerna måste man skilja mellan om påföljden i dom 1 har bestämts till *(ovillkorligt) fängelse* eller utgör ett

[244] I svensk rätt är det emellertid inte möjligt att undanröja den tidigare domen och ersätta den med påföljd av samma art (jfr BrB 34:1 st. 1 p. 3).
[245] Greve 2003 s. 481.
[246] Se Greve 2003 s. 482.
[247] Se Greve 2003 s. 486, Greve m.fl. 2001 s. 279 och Blok 1985 s. 239.

villkorligt straff.[248] Beträffande de fall där den tidigare domen består i ett fängelsestraff, framgår av SL 7:6 att "det tidigare ovillkorliga fängelsestraffet skäligen [kan] beaktas som en straffnedsättningsgrund eller strafflindringsgrund vid bestämmandet av det nya straffet". Förutsättningen är dock att den nya brottsligheten är begången *innan det tidigare straffet utdömdes*. Regleringen är således endast (direkt) tillämplig på nyupptäckt brottslighet.

Frände påpekar att även om SL 7:6 är utformad som en fakultativ bestämmelse för domstolen, står det klart att hänsyn *skall* tas till den tidigare domen i syfte att åstadkomma ett rättvist resultat samt undvika att slumpen (dvs. i vilken ordning åtal väcks) påverkar straffmätningen.[249] Asperationsprincipen skall således beaktas vid nyupptäckt brottslighet i iterativa tillämpningssituationer. Hur detta skall ske är avhängigt en skälighetsbedömning, vilken bygger på ett kontrafaktiskt resonemang.[250]

För det fall att påföljden i dom 1 har bestämts till ett villkorligt straff är situationen något annorlunda. Här måste man skilja mellan om den nya brottsligheten utgör nyupptäckt brottslighet eller återfall.

Om den nya brottsligheten utgör *återfall* kan detta komma att innebära att domstolen förordnar att det tidigare villkorliga straffet skall verkställas.[251] Förutsättningarna härför är, enligt SL 2b:5, att den dömde under prövotiden har begått ett brott för vilket påföljden skall bestämmas till ett ovillkorligt fängelsestraff och att åtal för detta brott har väckts inom ett år från prövotidens utgång.[252] Om ett villkorligt straff förverkas, skall domstolen bestämma ett gemensamt straff för den samlade brottsligheten.[253] Frände anger att i dessa situationer skall bestämmelserna i SL

[248] Härutöver bör noteras att påföljden i dom 1 kan avse samhällstjänststraff eller ungdomsstraff. Bestämmelser för hur konkurrensproblem skall lösas i iterativa tillämpningssituationer framgår av SL 7:7 och 7:8. Dessa påföljder kommer inte att beröras närmare.

[249] Frände 2004 s. 382 not 37.

[250] Frände ger utförliga exempel på hur bedömningen skall göras, se Frände 2004 s. 383 ff.

[251] Angående terminologin skall följande noteras. När ett villkorligt straff skall omvandlas till ett ovillkorligt fängelsestraff talas i finsk rätt om att straffet *förordnas att verkställas* eller att straffet *verkställs*, se och jfr SL 2b:5, Havansi & Koskinen 2002 s. 89 och Frände 2004 s. 390 ff. Den praktiska innebörden av ett sådant förordnande motsvarar vad jag tidigare har kallat *förverkande*. I syfte att undvika missförstånd kommer jag i det följande tala om *förverkande av villkorligt straff* när en finsk domstol förordnar om verkställighet av ett villkorligt straff.

[252] Havansi & Koskinen 2002 s. 89.

[253] Frände 2004 s. 391 f. Frände anger att om SL 2b:5 inte innehöll en hänvisning till SL kap. 7, skulle det inte finnas möjlighet att utdöma ett gemensamt straff. Istället skulle domstolen vara hänvisad till att utdöma ett särskilt straff för den nya brottsligheten och förordna att det tidigare straffet skulle verkställas, varefter de olika straffen skulle sammanräknas och sammanläggas i verkställighetshänseende.

kap. 7 tillämpas, vilket bl.a. leder till att asperationsprincipen skall användas vid konstruktionen av straffskala.[254] Det framgår emellertid inte om Frände menar att detta även gäller vid straffmätningen men allt talar för att så är fallet.

En liknande lösning av konkurrenssituationen uppnås i svensk rätt när en domstol undanröjer en tidigare dom avseende en icke frihetsberövande påföljd och utdömer ett gemensamt fängelsestraff (BrB 34:1 st. 1 p. 3). Problemen med att rabatt kommer att ges vid den gemensamma straffmätningen trots att det är fråga om återfall torde uppkomma även i finsk rätt.[255]

Ett beslut att förverka ett villkorligt straff kan uppenbarligen leda till ett strängt resultat. Även om asperationsprincipen skulle beaktas vid straffmätningen av den samlade brottsligheten (trots att det är fråga om återfall), kommer ett förverkande att leda till att den dömde får verkställa flera olika straff genom frihetsberövande. Resultatet blir ännu strängare om den dömde vid tiden för dom 2 verkställer flera på varandra följande villkorliga straff. Dessa kommer alla att kunna omfattas av ett beslut om förverkande.[256] Återfall kommer på detta sätt att spela en mycket stor roll vid straffbestämningen. Finska domstolar har emellertid prövningsrätt vid beslutet om ett tidigare villkorligt straff bör förverkas och i så fall i vilken utsträckning som förverkande bör ske. Det finns tre olika alternativ.

(1) För det första har domstolen möjlighet att avstå från att förverka det tidigare straffet och istället utdöma ett ovillkorligt straff för den nya brottsligheten.[257] Ett sådant beslut leder till motsvarande resultat som man i svensk rätt uppnår genom att i dom 2 döma särskilt till fängelse för ny brottslighet och låta en tidigare icke frihetsberövande påföljd kvarstå (BrB 34:1 st. 1 p. 2).

(2) För det andra kan domstolen besluta att förverka endast en del av det tidigare villkorliga straffet och utdöma ett ovillkorligt fängelsestraff för den nya brottsligheten. En sådan lösning påminner om den svenska möjligheten att förverka villkorligt medgiven frihet endast till viss del (BrB 34:4 st. 2). Den väsentliga skillnaden är, att vid förverkande av villkorligt medgiven frihet i svensk rätt, har påföljden för den brottslighet som omfattas av domen redan bestämts till fängelse. Dvs. vid tidpunkten för dom 1 förelåg tillräckliga skäl för att gärningsmannen skulle dömas till fängelse. Vid förverkande av ett villkorligt straff i finsk rätt är det återfallet (dvs. brottsligheten i dom 2) som resulterar i att dom 1 skall övergå

[254] Frände 2004 s. 392.
[255] Se ovan avsnitt 7.4.3.3.
[256] Havansi & Koskinen 2002 s. 89.
[257] Frände 2004 s. 390.

i ett fängelsestraff. En annan skillnad är att det i svensk rätt krävs särskilda skäl för att endast förverka del av den villkorligt medgivna friheten.

(3) För det tredje är det möjligt för domstolen att utdöma ett nytt villkorligt fängelsestraff och avstå från att förverka det tidigare villkorliga straffet. Frände anger att denna lösning kan aktualiseras när det är fråga om unga lagöverträdare.[258] Lösningen innebär att domstolen låter två villkorliga straff verkställas parallellt. Situationen påminner om det resultat som uppnås i svensk rätt när domstolen låter en tidigare villkorlig dom eller skyddstillsyn kvarstå och i dom 2 dömer särskilt till en ny icke frihetsberövande påföljd (BrB 34:1 st. 1 p. 2).

Det enda lösningsalternativ som inte står till buds för en finsk domstol är att förverka ett tidigare villkorligt straff samtidigt som den i dom 2 utdömer ett nytt villkorligt straff.[259]

Närmare anvisningar avseende efter vilka principer domstolen skall utöva sin prövningsrätt framgår inte av litteraturen, vilket gör det svårt att kommentera de skäl som styr valen av lösningsalternativ i de iterativa tillämpningssituationerna.

Om det istället är fråga om *nyupptäckt brottslighet* skiljer sig situationen från den nu diskuterade på det sättet att det inte finns någon möjlighet att förverka det tidigare villkorliga straffet. Ett tidigare utdömt villkorligt straff kommer således att kvarstå oförändrat. Den tidigare domen skall endast beaktas genom att den läggs till grund för en hypotetisk bedömning av hur brotten skulle ha bedömts om de hade prövats i samma rättegång. Enligt Frände påverkar detta frågan om straffet i dom 2 skall göras villkorligt eller ovillkorligt.[260] Av det sagda framgår att det främst är vid *påföljdsvalet* som den tidigare domen kan ges betydelse. Även om det inte framgår av lagtexten måste det rimligtvis följa av principen bakom SL 7:6 att mängdrabatt skall ges vid straffmätningen.

På vilket sätt som det tidigare villkorliga straffet kan påverka straffbestämningen i dom 2 framgår inte. Klart är dock att valet mellan villkorligt och ovillkorligt fängelsestraff bestäms av *brottets allvar, gärningsmannens skuld* och *tidigare brottslighet* (SL 6:9).[261] Om brottsligheten är nyupptäckt kan det inte vara återfall som medför att straffet i dom 2 bör bestämmas till ett ovillkorligt fängelse. Således återstår endast brottets allvar och gärningsmannens skuld (dvs. brottets straffvärde).

[258] Frände 2004 s. 391.
[259] Frände 2004 s. 391.
[260] Frände 2004 s. 394.
[261] Frände anger att därutöver kan olika skälighetsgrunder såsom svag hälsa, hög ålder och social utsatthet påverka valet. Dessa faktorer – som överensstämmer med vad som i svensk rätt utgör billighetsskäl – härrör från äldre praxis, men bidrar till att förstärka presumtionen för ett villkorligt fängelsestraff, se Frände 2004 s. 389.

Frände anger att om den hypotetiska bedömningen av hur påföljdsbestämningen skulle ha gestaltat sig, om brotten hade bedömts tillsammans, utmynnar i att ett villkorligt fängelsestraff skulle ha utdömts, skall straffet i dom 2 bestämmas till ett villkorligt straff.[262] Han nämner emellertid inget om den omvända situationen, dvs. att domstolen utifrån en bedömning av den samlade brottslighetens straffvärde når slutsatsen att straffet skulle ha bestämts till ovillkorligt fängelse. E contrario torde dock följa att straffet i dom 2 i så fall skall göras ovillkorligt. Den hypotetiska straffvärdebedömningen kan endast påverka straffbestämningen i dom 2. På grund av utformningen av SL 2b:5 kan något undanröjande av den tidigare domen inte aktualiseras.[263] Konsekvensen av den finska regleringen kan i så fall bli att den dömde, på grund av den tillfälligheten att de olika brotten prövas i olika rättegångar, får en avsevärt lindigare påföljd.[264] Situationen kommer således att motsvara den situationen då en svensk domstol avseende nyupptäckt brottslighet dömer särskilt till fängelse, vilket kommer att verkställas parallellt med en tidigare utdömd icke frihetsberövande påföljd (BrB 34:1 st. 1 p. 2). I svensk rätt är inte möjligheten att beakta den tidigare domen blockerad av lagstiftningen på samma sätt som blir fallet i finsk rätt på grund av utformningen av SL 2b:5. Genom att domstolar har möjlighet att undanröja den tidigare domen även vid nyupptäckt brottslighet finns möjlighet att låta den tidigare brottsligheten påverka straffmätningen i dom 2. Som har understrukits i avsnitt 7.4.3.3 är dock den svenska regleringen behäftad med andra problem relaterade till proportionalitetstänkandet.

7.5.5 Tysk rätt

Den tyska regleringen rörande konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer är av naturliga skäl annorlunda i vissa avseenden, beroende på att man i tysk rätt begagnar sig av distinktionen mellan ideal- och realkonkurrens och följaktligen använder sig av kollektivt straff vid

[262] Frände 2004 s. 394.

[263] Frände 2004 s. 394.

[264] Antag t.ex. att brottsligheten i den första domen hade ett straffvärde motsvarande fängelse i 1 år och 10 månader och att den nyupptäckta brottsligheten har ett straffvärde på 1 år och 6 månader. Vid en hypotetisk bedömning av vad påföljden skulle ha blivit om brotten bedömts samtidigt, följer att presumtionen för villkorligt fängelse bryts eftersom straffvärdet – även vid beaktande av mängdrabattseffekten – överstiger fängelse i 2 år. På grund av att den tidigare brottsligheten har bedömts i en tidigare rättegång och bestraffats med ett villkorligt fängelse, återstår endast möjligheten att utdöma ett ovillkorligt fängelsestraff för den nyupptäckta brottsligheten. Jämfört med vad som hade blivit fallet om brotten hade bedömts vid samma tillfälle kan den dömde på detta sätt undgå att avtjäna en väsentlig del av straffet genom frihetsberövande.

straffbestämningen av reellt konkurrerande brott. Detta får konsekvenser för lösningsmöjligheterna när det är fråga om ny brottslighet efter tidigare dom.

Vad gäller ideellt konkurrerande brottslighet – som är begången genom *samma gärning* – är det klart att en situation där den nya brottsligheten är begången efter den tidigare domen (återfall) aldrig kan uppstå.[265] Återstår gör endast fall av nyupptäckt brottslighet begången genom samma gärning. I dessa fall löses konkurrensproblemet av processuella bestämmelser. Rättskraften från dom 1 hindrar domstolen att pröva det nya åtalet (ne bis in idem).[266] Beträffande brottslighet som konkurrerar reellt är situationen annorlunda. Under förutsättning att den tidigare domen avser flerfaldig brottslighet har i dom 1 ett kollektivt straff (Gesamtstrafe) utdömts enligt StGB § 54.[267] Enligt StGB § 55 skall ett nytt kollektivt straff bildas i efterhand (*Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe*) under förutsättning att:

(a) den nya brottsligheten är begången före den tidigare domen ("vor der früheren Vorurteilung"),
(b) den tidigare domen har vunnit laga kraft, och
(c) den tidigare domen inte till fullo är verkställd.[268]

Om dessa förutsättningar är uppfyllda skall det tidigare kollektiva straffet (Gesamtstrafe) *undanröjas* och ersättas med ett nytt kollektivt straff. StGB § 55 är tillämplig endast på nyupptäckt brottslighet. Är det fråga om återfallsbrottslighet kommer ett nytt straff att bildas utan att den tidigare domen berörs eller beaktas.

Ett nytt kollektivt straff bildas i efterhand på samma sätt som då straffbestämning för flerfaldig brottslighet sker vid ett tillfälle. Domstolen är skyldig att utsätta särskilda straff (*Einzelstrafe*) för respektive brott och därefter bilda ett kollektivt straff för den samlade brottsligheten. Vid bestämmande av ett nytt kollektivt straff måste domstolen beakta bestämmelserna i StGB §§ 53–54, vilka begränsar straffskalan för den samlade brottsligheten och ålägger domstolen en skyldighet att ge mängdrabatt. Beträffande de brott som omfattas av dom 1 har redan särskilda straff (Einzelstrafe) utmätts. För de nyupptäckta brotten måste nya straff utmä-

[265] Jag bortser i det följande från den komplicerade situationen att det är fråga om perseverérande brottslighet.
[266] Jescheck & Weigend 1996 s. 725 och Roxin 2003 s. 833. Enligt författarna finns dock vissa undantag.
[267] Bestämmelserna om kollektivt straff i tysk rätt (Gesamtstrafe) enligt StGB § 54 har behandlats ovan i avsnitten 3.5.2 och 3.5.3.
[268] Se bl.a. Bringewat 1987 s. 151 ff., Roxin 2003 s. 842 ff. och NK-Frister 1995 § 55 s. 2 ff.

tas. På samma sätt som om alla brott hade bedömts vid samma tillfälle, kommer det svåraste straffet (*Einsatzstrafe*) att bilda utgångspunkt för det kollektiva straffet (*Gesamtstrafe*). Det tidigare kollektiva straffet saknar betydelse i dom 2.[269] Det spelar således ingen roll om domstolen i dom 1 har beslutat att det kollektiva straffet skall verkställas genom övervakning (Bewährung).[270]

Begränsningar i reglerna om bildande av ett nytt kollektivt straff i efterhand skall inte förväxlas med förbudet mot reformatio in pejus. Frågan om betydelsen av den tidigare domens rättskraft aktualiseras ändock genom att en ny dom, avseende nyupptäckt brottslighet, innebär att den tidigare lagakraftvunna domen kommer att undanröjas. Eftersom ny brottslighet kommer att ingå i det nya kollektiva straffet finns det inget förbud mot att det nya straffet blir strängare än vad som följde av den tidigare domen.[271] I dom 2 görs en ny totalvärdering av gärningsmannens personlighet och de enskilda brotten enligt StGB § 54 Abs. 1 S. 3.[272]

Däremot finns i princip ett förbud mot att den dömde bestraffas hårdare för de enskilda brotten som redan har bedömts i den första rättegången, än vad som framgår av respektive Einzelstrafe.[273] Detta innebär att domstolen i dom 2 inte får utdöma ett strängare straff för de tidigare enskilda brotten än vad som utdömdes i dom 1.[274] Eftersom domstolen fritt värderar den nya brottslighetens straffvärde, och är skyldig att företa en totalvärdering av den samlade brottligheten, behöver detta förbud inte innebära någon egentlig begränsning vid fastställandet av ett kollektivt straff.

Med hänsyn till den i StGB § 55 stagade huvudregeln om undanröjande av det tidigare straffet uppstår av naturliga skäl problem när både nyupptäckt brottslighet och brott som utgör återfall aktualiseras i samma rättegång. Tillämpningssituationen är följande.[275]

[269] Schäfer 1990 s. 195 och Bringewat 1987 s. 208.

[270] Schönke & Schöder 2001 s. 802.

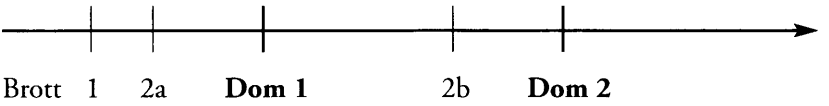
[271] Det nya straffet behöver inte vara högre än det tidigare straffet. Däremot får det nya kollektiva straffet inte överstiga summan av samtliga Einzelstrafe för respektive brott (summan av det tidigare utdömda straffet och det nya straffet för den nyupptäckta brottsligheten), se Dreher & Tröndle 1995 s. 356.

[272] Se närmare Bringewat 1987 s. 141 ff. och LK-Rissing-van Saan 1999 s. 138. Angående innebörden av denna totalvärdering (zusammenfassenden Würdigung der Täterpersönlichkeit und der festgestellten Einzeltaten), se avsnitt 4.3.5.2.

[273] NK-Frister 1995 § 55 s. 16.

[274] Viss osäkerhet råder om förbudet mot reformatio in pejus även gäller vid ett beslutsförfarande enligt StPO § 460. Enligt flera författare talar gällande uppfattning i praxis för att förbudet även gäller i dessa situationer, se bl.a. NK-Frister 1995 § 55 s. 16 och Schönke & Schöder 2001 s. 802.

[275] Brottens numrering anger i vilken dom de behandlas.



När domstolen i dom 2 tar ställning till brotten 2a och 2b finns flera tänkbara lösningsalternativ för hur ett kollektivt straff skall bildas, beroende på vilka brott man anser skall ingå i det kollektiva straffet.

(1) För det första är det möjligt att med stöd av StGB § 54 bilda ett kollektivt straff för brotten 2a och 2b, vilka behandlas i tillämpningssituationen i dom 2. Dom 1 kvarstår således oförändrad.

(2) För det andra är det möjligt att med stöd av StGB § 55 bilda ett kollektivt straff i efterhand av brott 1 och 2a. I så fall läggs vikt vid tidpunkten då brotten är begångna och att dessa brott tillhör samma "domsenhet". Med denna lösning undanröjs dom 1 och ett nytt kollektivt straff bildas för brott 1 och 2a. För brott 2b utdöms ett separat straff.

(3) För det tredje kan man tänka sig att domstolen i dom 2 tillämpar båda dessa lösningar. Detta skulle i så fall innebära att domstolen enligt StGB § 54 först bildar ett kollektivt straff av brott 2a och 2b för att därefter enligt StGB § 55 i efterhand bilda ett nytt kollektivt straff för samtliga brott. Av ordalydelsen i StGB § 55 framgår att detta lösningsalternativ inte får användas. Brott 2b är begånget *efter* dom 1. Kravet på att brottet skall vara begånget "vor der früheren Vorurteilung" hindrar således att detta brott omfattas av ett nytt kollektivt straff med brott 1. Detta lösningsalternativ skulle vidare innebära att rabatt vid straffmätningen kan komma att ges (åtminstone) två gånger, vilket framstår som tveksamt från proportionalitetssynpunkt.[276]

Vid valet mellan de två första alternativen ger lagtexten ingen egentlig vägledning och rättsläget får betraktas som delvis oklart. Flera författare anger att enligt den dominerande uppfattningen i doktrinen och praxis skall problematiken lösas genom att StGB § 55 ges företräde (dvs. alternativ 2).[277]

Resonemanget bygger på att man låter varje ny dom utgöra en gräns för vilka brott som kan och bör ingå i ett kollektivt straff. Domen får på detta vis en "stoppfunktion" (*Zäsurwirkung*). Den tidigare domen uttrycker en varning till den dömde. Budskapet i varningen är i huvudsak att all brottslighet begången efter denna tidpunkt inte kommer att bestraffas kollektivt

[276] Se vad som i avsnitt 7.3.3 sagts om risken för att domstolen vid en dylik sammanläggningsprocess i kombinationsfall ger rabatt två gånger.
[277] Se bl.a. Schönke & Schröder 2001 s. 796 och NK-Frister 1995 § 55 s. 6.

med den tidigare brottsligheten.[278] Annorlunda uttryckt: de straffskalebegränsande reglerna i StGB § 53 och bestämmelserna om straffmätning vid flerfaldig brottslighet i StGB § 54 kommer inte att beaktas vid ny brottslighet som utgör återfall. Om den brottslighet som blir föremål för en senare dom däremot är flerfaldig skall – enligt huvudbestämmelsen i StGB § 54 – ett kollektivt straff bildas av de straff som utmäts för respektive nytt brott.[279] Stoppfunktionen ges följaktligen den betydelsen att varje nyupptäckt brott skall hänföras till den dom som ligger närmast i tiden för att kunna betraktas som "före tidigare dom". Varje dom skapar på detta sätt avgränsade perioder på en kronologisk tidsaxel (*Klammerwirkung*).[280]

Till sist skall jag beröra kravet på att den tidigare domen inte till fullo får vara verkställd. Enligt StGB § 55 kan ett kollektivt straff inte bildas i efterhand om det tidigare straffet redan har verkställts.[281] Teoretiskt sett skulle det i och för sig vara möjligt. Men det skulle förutsätta att det tidigare avtjänade straffet avräknas från det nya kollektiva straffet. Samma resultat kan enklare uppnås genom att domstolen för den nya brottsligheten utdömer ett särskilt straff.

Vad som emellertid kan utgöra ett problem i dessa situationer är, att eftersom domstolen i dessa fall inte bildar något kollektivt straff saknar den formellt skyldighet att begränsa straffskalan för den samlade brottsligheten. Av samma skäl saknas också möjligheten att ge mängdrabatt vid straffmätningen. En sådan ordning kan upplevas som orättvis eftersom det är tillfälligheter som avgör huruvida det tidigare straffet har verkställts eller inte.[282] Situationen löses i praxis på det sättet att domstolen vid utdömandet av straff för det nyupptäckta brottet mildrar straffmätningen (*Härteausgleich*).[283] Detta innebär således att domstolar analogt tillämpar mängdrabattsprincipen i StGB § 55. I ett normativt perspektiv framstår det som befogat att den dömde skall behandlas på samma sätt oavsett om det tidigare straffet har verkställts eller inte. Tillämpningen kan uppfattas som en utfyllnad av en axiologisk ofullkomlighet i lagstiftningen, vilken skapats genom utformningen av StGB § 55.

[278] Deiters 1999 s. 72 och 77, Bringewat 1988 s. 27, LK-Rissing-van Saan 1999 s. 132, NK-Frister 1995 § 55 s. 2 och Schönke & Schröder 2001 s. 796.
[279] Bringewat 1987 s. 169.
[280] Se bl.a. Lackner 1995 s. 337 och NK-Frister 1995 § 55 6 f.
[281] Deiters 1999 s. 78 och von Clausbruch 1991 s. 175.
[282] von Clausbruch 1991 s. 176 och Bringewat 1987 s. 193.
[283] von Clausbruch behandlar frågan utförligt, se von Clausbruch 1991 kapitel 3. Se vidare bl.a. Bringewat 1987a, Bringewat 1987 s. 193 ff., Schönke & Schröder 2001 s. 796, Deiters 1999 s. 78 f., NK-Frister 1995 § 55 s. 13, Lackner 1994 s. 335 och LK-Rissing-van Saan 1999 s. 139.

En liknande problematik uppstår då det är fråga om unga lagöverträdare. Som påpekats i avsnitt 3.5.2 används vid påföljdsbestämning för unga lagöverträdare principen om gemensamt straff (*Einheitsstrafenprinzip*). I dessa fall är det oklart om det tidigare gemensamma straffet kan tjäna som utgångspunkt när domstolen i efterhand skall bilda ett kollektivt straff.[284] Enligt Frister talar syftet bakom StGB § 55 för att detta borde vara såväl möjligt som önskvärt. Vidare utesluter inte ordalydelsen i § 55 att man jämkar det stränga resultat som annars blir följden av att bestämmelsen inte är tillämplig.[285] Det är emellertid oklart om detta är möjligt de lege lata.[286]

7.5.6 Konklusioner

Som har framgått av denna korta jämförelse finns det både väsentliga skillnader och påtagliga likheter mellan regleringarna i svensk och utländsk rätt avseende påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer.

Vad beträffar likheterna finns det i samtliga utländska påföljdsbestämningssystem möjligheter att nå motsvarande resultat som de en svensk domstol uppnår genom tillämpning av BrB 34:1 st. 1. Många av de lösningar på konkurrensproblem som finns i de övriga nordiska länderna motsvarar resultaten av att utdöma konsumtionsdom, att döma till särskild påföljd eller att undanröja tidigare dom och döma till ny gemensam påföljd.

Jag har emellertid beskrivit vissa tydliga skillnader mellan den svenska regleringen i BrB kap. 34 och de utländska motsvarigheterna. I samtliga nu diskuterade utländska konkurrensläror läggs – på regelnivå – stor vikt vid om den nya brottsligheten är begången före eller efter den tidigare *domen*. Som framgått gäller huvudbestämmelserna om konkurrens i iterativa tillämpningssituationer endast *nyupptäckt brottslighet*. Det saknas reglering för det fall att det är fråga om återfall. Om det tidigare straffet är fängelse, skall domstolen vid straffbestämningen inte beakta den tidigare domen (annat än som grund för återfallsskärpning).

Av naturliga skäl kommer emellertid frågan *om* och i så fall *hur* ett nytt straff skall anpassas till ett tidigare att aktualiseras i alla system som använder sig av någon form av villkorliga straff. I de särskilda bestämmelser som reglerar de olika formerna av villkorligt straff finns regler för hur detta kan

[284] Se bl.a. Streng 2003 s. 142 och NK-Frister 1995 § 55 s. 14 f.
[285] NK-Frister 1995 § 55 s. 15.
[286] Streng diskuterar utförligt frågan om analog användning av JGG § 32, se Streng 2003 s. 141 ff.

påverka ny brottslighet begången under prövotid. Härigenom ges (indirekt) också anvisningar för hur konkurrens i iterativa tillämpningssituationer skall lösas.

Jag har i detta avsnitt inte gått in närmare på vilka skäl som avgör valet av lösningsprincip i respektive rättsordning. Istället har jag främst diskuterat vilka möjligheter som finns. Vissa slutsatser torde ändock kunna dras. Jag skiljer i det följande mellan straffmätning och val av påföljd.

Vad gäller *straffmätningen* framstår den svenska regleringen som mer generös mot den dömde, eftersom gränsen för när den tidigare brottsligheten måste vara begången för att asperationsprincipen skall beaktas inte dras förrän då den tidigare påföljden har börjat verkställas. I samtliga nu diskuterade utländska motsvarigheter dras gränsen vid den tidigare domen. En annan sak är att domstolar i vissa länder väljer att ge mängdrabatt genom att tillämpa asperationsprincipen analogt. Inget är dock ännu sagt om det finns goda skäl för endera lösningen.

Vad gäller *valet av påföljd* kan man genom de olika regleringarna i allt väsentligt uppnå likartade eller samma resultat. Som nämnts överensstämmer den norska, danska och finska regleringen med huvuddragen i BrB 34:1 st. 1 p. 1–3. Den tyska regleringen använder sig däremot av undanröjande som enda lösningsalternativ. Såsom framgått behöver inte den praktiska skillnaden i utfall bli särskilt stor i jämförelse med den svenska modellen. Under förutsättning att man i tysk rätt medger avräkning av vad den dömde tidigare har verkställt, och att möjligheter finns att utdöma det nya straffet i samma strafform, kan ett undanröjande leda till samma resultat som annars skulle ha uppnåtts genom en särskild dom eller konsumtionsdom.

Vidare kan vi konstatera att den svenska konkurrensläran på intet sätt är unik vad gäller regleringen av återfall i iterativa tillämpningssituationer, i vart fall inte vid de icke frihetsberövande straffen. Vad som utmärker den svenska konkurrensregleringen är att den på regelnivå är avsevärt mer detaljerad och komplicerad än de utländska motsvarigheterna och att man i lagtexten bundit reglernas tillämpningsområde till olika frister som är avhängiga påföljdernas verkställighet istället för domstolens beslutsfattande.

Vad beträffar konkurrensregleringarna rörande andra påföljder än fängelse och böter kommer regleringarna av naturliga skäl att skilja sig åt beroende på att respektive land har olika former av alternativa straff. Vissa karakteristika kan ändock noteras. Utmärkande för vissa av de norska, danska och finska formerna av villkorligt fängelsestraff är att utrymmet för att visa tolerans för ny brottslighet under prövotiden synes vara betydligt mindre än enligt den svenska regleringen. Detta gäller åtminstone på regelnivå. Hur bestämmelserna tillämpas är en annan fråga. I de fall ny

brottslighet i form av återfall aktualiseras under verkställigheten finns i övriga Norden en starkare presumtion för att det tidigare straffet skall förverkas och övergå till ovillkorligt fängelse. Detta är primärt en följd av hur respektive land har valt att utforma de alternativa straffen och vilken betydelse man tillmäter återfall. Detta får betydelse för vad som utgör en lämplig lösning av konkurrensproblemet. Så mycket kan sägas att utifrån ett svenskt perspektiv kommer de resultat som jag kritiserade rörande utfallet av ett undanröjande av en tidigare utdömd villkorlig dom eller skyddstillsyn att i än högre grad accentueras om man använder sig av vissa av de utländska varianterna av villkorligt straff och huvudregler om undanröjande.[287] Återfall under prövotid kan i de övriga nordiska länderna komma att tillmätas en mycket stor betydelse.

I flera avseenden har det framgått att en alltför hård eller kategorisk inställning till återfall på regelnivå tycks aktualisera en lindigare lösning på tillämpningsnivå. Förmodligen har vi här förklaringen till att man i utländska konkurrensläror – i högre grad än i Sverige – har ett behov av att tillämpa asperationsprincipen analogt vid straffmätningen och därutöver skapa undantag och begränsningar vad gäller skyldigheten att undanröja den tidigare påföljden.

[287] Angående kritiken av lösningsalternativet undanröjande och ny gemensam dom, se avsnitt 7.4.4.

8 Principer för en reform

> Den svenska strafflagen äger som bekant en särskild konkurrensregel även för det fall, att någon begår brott, sedan han blivit dömd eller bestraffad för ett annat, men ännu icke till fullo undergått detta straff. I stort sett går den ut på att de sammanträffande straffen skola vid sammanläggningen enligt vissa angivna grunder reduceras.
>
> Dess existensberättigande är lindrigt talat synnerligen tvivelaktigt. Rimligt är väl ur både teoretiska och praktiska synpunkter, att särskilda regler uppställs ifråga om straffverkställigheten, vilka på ett lämpligt sätt åvägabringa ett enhetligt verkställande av olika straff, särskilt frihetsstraff, som samtidigt förekomma till verkställighet. Men att dylika verkställighetsregler skola behöva handhavas av domstolarna, är ingalunda någon nödvändighet.
>
> *Nils Stjernberg*

8.1 Inledning

Vad som återstår i avdelning III är att utvärdera resultaten av undersökningen i kapitel 6 och 7. Inför en sådan utvärdering kan det vara lämpligt att rekapitulera de syften och utgångspunkter som presenterades i kapitel 2. Det övergripande syftet var att undersöka principerna bakom den straffrättsliga konkurrensläran rörande påföljdsbestämning. Mitt grundläggande antagande var att skälen för hur konkurrensproblem bör lösas vid påföljdsbestämning av flerfaldig brottslighet måste överensstämma med den övriga påföljdsbestämningsläran för att regleringen skall vara rationell och värderingsmässigt sammanhängande. Avvikelser från de värden, intressen och ideologiska utgångspunkter som styr påföljdsbestämning (proportionalitet, billighet och humanitet) måste kunna motiveras

av goda skäl. I den utsträckning som det finns sådana undantag i påföljdsbestämningsregleringen, kan motsvarande undantag accepteras i konkurrensläran.

Det sista kapitlet är disponerat på följande vis: I *avsnitt 8.2* diskuterar jag de problem som jag anser finns med regleringen rörande konkurrens i iterativa tillämpningssituationer. Jag har delat in problemen i tre kategorier, nämligen *ideologiska*, *praktiska* och *systematiska problem*.

I *avsnitt 8.3* återvänder jag till de i avsnitt 6.3 diskuterade syftena med att överhuvudtaget reglera konkurrens i iterativa tillämpningssituationer. Jag diskuterar vilka skäl som jag överhuvudtaget anser bör gälla för en konkurrenslära i iterativa tillämpningssituationer och kontrasterar dessa mot resultaten i kapitel 7. Utifrån de utgångspunkter som jag anser måste gälla för konkurrensregleringen, byter jag härefter perspektiv och prövar – mycket tentativt – att uppställa förutsättningar för en ny modell för att lösa konkurrens i iterativa tillämpningssituationer. De förutsättningar som jag redovisar kan ses som en rekommendation för hur BrB kap. 34 de lege ferenda borde utformas för att anpassas till gällande påföljdsbestämningslära och den övriga konkurrensregleringen. Jag vill redan här understyrka att den diskuterade modellen ligger på principnivå. Den innehåller sålunda inget detaljerat förslag till revidering av BrB kap. 34. Mitt syfte är endast att sortera bland de olika lösningarna och uppställa vissa riktlinjer som jag anser bör gälla.

I *avsnitt 8.4* följer en diskussion de lege ferenda om tidpunkten för när ett brott bör vara begånget för att omfattas av regleringen av konkurrens i en iterativ tillämpningssituation. Som framgått i avsnitt 7.5 gäller olika utgångspunkter i den svenska konkurrensläran och i de utländska motsvarigheterna till BrB kap. 34. Utan att föregripa mina slutsatser kan sägas att min utgångspunkt är att konkurrensregleringen på straffmätningsnivån endast bör omfatta *nyupptäckt brottslighet*. Frågan som främst diskuteras är hur gränsen mellan före och efter dom bör dras.

I *avsnitt 8.5* övergår jag till att diskutera vilka lösningsalternativ som bör finnas i en framtida reglering samt efter vilka principer dessa bör väljas. Min grundläggande tes är att det finns en alltför stor skepticism gentemot parallell verkställighet av flera påföljder och jag diskuterar vilka konsekvenser detta får för prioritetsordningen bland de olika lösningsalternativen. I enlighet med slutsatserna från avsnitten 8.3 och 8.4 kommer jag att tydligt skilja mellan nyupptäckt brottslighet och återfall.

Avslutningsvis följer i *avsnitt 8.6* en kortare utvärdering av vilka konsekvenserna skulle bli av den modell jag föreslår.

8.2 Probleminventering

8.2.1 Inledning

Jag hävdade inledningsvis i kapitel 6 att konkurrensregleringen rörande de iterativa tillämpningssituationerna är komplex och att tillämpningen av BrB kap. 34 lätt blir komplicerad. Det skall framhållas att konkurrensproblem och de anvisade lösningsprinciperna i iterativa tillämpningssituationer är behäftade med långt större problem än vad som har framkommit i min diskussion. Men även om vad jag har diskuterat i kapitel 7 endast anger grundstrukturen på problematiken, tror jag att resultaten är tillräckliga för att dra vissa slutsatser.

Enligt min mening står det klart att det stora antalet kombinationsmöjligheter av påföljder, antalet lösningsprinciper och systemets öppenhet i många avseenden ställer domstolar inför omfattande problem. De många möjligheterna att lösa dem, förenat med liten vägledning, överlämnar åt domstolar att avgöra vad som är "lämpligt" utan att det framgår vad som är "rätt" och utan möjlighet för dem att egentligen göra "fel".

BrB kap. 34 har reviderats vid ett stort antal tillfällen. Ändringarna har huvudsakligen avsett anpassningar av konkurrenslösningar till förändringar som gjorts beträffande de olika påföljderna och mindre redaktionella justeringar av lagtexten. Inte vid något tillfälle har lagstiftaren närmare kommenterat tillämpningen, än mindre frågat sig om det finns anledning att ändra regleringen och i så fall vari problemet/problemen med regleringen består. Varför är regleringen så omfattande? Vad gör den så komplicerad att tillämpa? Avsaknaden av en sådan diskussion skulle i och för sig kunna uppfattas som att det tas för givet att systemet är underbyggt av goda skäl samt att domstolarna har ett fullgott underlag för att göra lämpliga bedömningar (eller, mer korrekt, bedömningar av vad som är lämpligt). Jag tror emellertid att regleringens komplexitet utgör ett stort problem och att man i domstolar inte sällan söker sin tillflykt till den lösning som framstår som enklast. Det torde inte vara en slump att man i domstolsjargong möter uttrycket "det är aldrig fel att döma särskilt". Systemets öppenhet – eller principlöshet om man så vill – innebär att domstolar ytterst sällan kan göra fel. Därmed inte sagt att de lösningar som väljs alltid är lämpliga.

I det följande kommer jag att sammanfatta vilka problem som jag tror att regleringen i BrB kap. 34 är behäftad med. Som tidigare utelämnas de bestämmelser som inte direkt har att göra med konkurrenslösningar i iterativa tillämpningssituationer.

8.2.2 Bestraffningsideologiska problem

En första fråga i sammanhanget är vilka ideologiska intressen eller hänsyn som kapitlet försöker tillgodose. Bygger regleringen på intresset av proportionalitet och humanitet eller något annat? Om det är något annat, är i så fall detta intresse förenligt med de principer som skall styra påföljdsbestämningen då någon vid samma tillfälle skall dömas för flera brott?

Om vi börjar bakifrån, anser jag att det inte kan anses vara förenligt med ett rationellt straffsystem att ha olika principer eller ideologiska utgångspunkter beroende på om påföljdsbestämningen skall göras för flera brott vid ett tillfälle eller om påföljdsbestämningen skall göras i en iterativ tillämpningssituation. I annat fall måste man kunna förklara varför det skall spela en roll huruvida gärningsmannen döms vid samma tillfälle eller vid olika tillfällen. Ett påföljdssystem som betonar proportionalitet kan svårligen förenas med en konkurrenslära som löser problem i iterativa tillämpningssituationer utifrån intresset av prevention. Föreningsteorier är möjliga – och lämpliga – om man skiljer mellan straffsystemets olika nivåer.[1] En sådan uppdelning kan bidra till att identifiera att olika skäl gör sig gällande i olika stor utsträckning beroende på vad det är man diskuterar (kriminalisering, utdömande av straff eller verkställighet). Däremot är det mycket svårt att på samma nivå ha olika läror och principer, vilka delvis syftar till att uppnå olika saker. Risken för att principerna kommer att motarbeta varandra är uppenbar. Enligt mitt förmenande är det mycket svårt att motivera ett system som utgör en hybrid av olika bestraffningsideologiska utgångspunkter eller bygger på delvis oförenligt tankegods. Följaktligen måste en konkurrenslära motiveras av sådana skäl som är förenliga med påföljdsbestämningens allmänna principer. I annat fall kommer påföljdsbestämningssystemet att undermineras av konkurrensregleringen.

Om vi återvänder till den ideologiska basen för regleringen i BrB kap. 34, menar jag att denna i allt väsentligt består av två olika intressen, nämligen att åstadkomma rättvisa resultat (rättviseargumentet) och att tillgodose intresset av en materiellt lämplig påföljd (behandlingsargumentet).[2] Vilket utrymme dessa intressen ges, skiljer sig åt beroende på om fråga är om val av påföljd eller straffmätning. Vad gäller nivån för *val av påföljd* är kapitlet uttryckligen formulerat efter principen att valet skall göras utifrån vad som är lämpligast för gärningsmannen vid tidpunkten för dom 2. I kapitel 7 har jag vid flera tillfällen framhållit, att i förarbetsuttalanden anges att syftet med regleringen är att åstadkomma en för den

[1] Se avsnitt 3.2.

[2] De två övriga argumenten (*kompetenskonfliktargumentet* och *intresset av en enhetlig reglering*) påverkar utformningen av konkurrensläran, men inte den ideologiska bas på vilken konkurrensregleringen byggs.

dömde så materiellt lämplig påföljd som möjligt. Vad som är "materiellt lämpligt" överlämnas till domstolarna att bedöma. Genom hänvisningar till att det inte anses vara ändamålsenligt att *flera påföljder samtidigt är tillämpliga beträffande en person*, att man *regelmässigt skall undanröja en villkorlig dom vid händelse av återfall* och att det ofta är lämpligt *att den behandling som inletts mot den brottslige får fortsätta även om han vid ny lagföring befinns ha begått nytt brott*, har emellertid lösningen tydligt styrts i riktning mot individualpreventiva överväganden. Detta bekräftas och förstärks även av det utpekade intresset av att påföljden skall vara enhetlig och inriktad på den dömdes behov vid tidpunkten för dom 2.

Vad gäller *straffmätningsnivån* är budskapet bakom bl.a. BrB 34:3 st. 2 att straffmätningen – inom vissa ramar – skall ske utifrån intresset av proportionell bestraffning. De straffskalebegränsande regler som gäller vid flerfaldig brottslighet skall gälla även om gärningsmannen blir föremål för lagföring vid olika tillfällen. I annat fall skulle tillfälligheter avgöra omfattningen av bestraffningen, vilket uppfattas som orättvist. Skälen bakom de straffskalebegränsande reglerna har emellertid inte anpassats efter vad som – ur ett teoretiskt och praktiskt perspektiv – kan utgöra tillfälligheter. Det är för frågan om de straffskalebegränsande reglerna skall tillämpas, inte avgörande huruvida brottsligheten hade kunnat bli föremål för prövning i en och samma tillämpningssituation. Annorlunda uttryckt: brottsligheten måste inte nödvändigtvis vara nyupptäckt och därmed begången *före dom 1*. Istället läggs vikt vid huruvida den tidigare påföljden har *börjat verkställas* eller om verkställigheten *inte har avslutats*.

Situationen är något olika beroende på vilket lösningsalternativ som skall väljas och vilken påföljd som utdömts i dom 1. Den generella utgångspunkten i BrB kap. 34 är att val av påföljd kan påverkas till dess påföljden till fullo har verkställts, men straffmätningen skall endast påverkas av den tidigare domen så länge som den tidigare påföljden inte har börjat verkställas (BrB 34:3 st. 2, 34:5 st. 1 och 34:7 st. 2). Endast om det är fråga om att meddela konsumtionsdom utsträcks gränsen till verkställighetens avslutande (BrB 34:3 st. 1, 34:6 st. 1 och 34:7 st. 1). Skälen för att flytta brytpunkten för när straffskalorna skall anpassas till den tidigare brottsligheten var ursprungligen rent individualpreventiva, och byggde på ett synsätt där man antog att gärningsmannen inte kunde anses vara fullt straffvärdig förrän han hade varit underkastad (hela) den reaktion som den tidigare brottsligheten krävde. Annorlunda uttryckt: brottsligheten var ett uttryck för någon form av sjukdom eller liknande och gärningsmannen var inte (färdig)behandlad. Av denna anledning borde kumulation undvikas vid straffmätningen. Däremot ansågs den nya brottsligheten böra bemötas med en annan form av reaktion. Den tidigare påföljden hade inte varit tillräcklig för att häva gärningsmannens brottsbenägenhet.

Som en följd härav finns det i BrB kap. 34 stora möjligheter att reagera på ny brottslighet genom att undanröja den tidigare påföljden och ersätta den med en ny och mera lämplig, utifrån de förutsättningar som gäller vid tiden för dom 2.

Att de nu nämnda utgångspunkterna är individualpreventivt färgade behöver knappast sägas. Visserligen upprätthålls asperationsprincipen på straffmätningsnivån genom att domstolen är skyldig att beakta den tidigare brottsligheten, vad den dömde har undergått till följd av den tidigare domen och vad som kommer att kvarstå trots ett undanröjande. Men på grund av de praktiska svårigheter som är förenade med att göra en adekvat och rättvis avräkning av vad en delvis verkställd icke frihetsberövande påföljd motsvarar, finns det en stor risk att återfallet innebär en skärpt reaktion på såväl straffmätningsnivån som nivån för val av påföljd. Denna stränga syn på återfallets betydelse torde kunna förklaras endast av rent preventiva skäl.

Att det har funnits en inneboende spänning, mellan å ena sidan intresset av en rättvis bestraffning och å andra sidan intresset av brottspreventivt utformade påföljder, bekräftas av att regleringen delvis drar i olika riktningar. Intresset av proportionell bestraffning enligt BrB 29:1–3 är delvis oförenlig med den straffskärpande bestämmelsen i BrB 29:4, vilken motiveras av preventiva intressen (även om skälen för nämnda paragraf i lagförarbetena har maskerats till något slags rättviseargument). Vidare hamnar de allmänpreventiva skälen bakom BrB 29:4 i konflikt med de individualpreventiva skälen bakom BrB 34:3 st. 2, där det anges att asperationsprincipen skall tillämpas i iterativa tillämpningssituationer trots att det är fråga om återfall.

En konkurrensreglering med detta innehåll gör proportionalitetsprincipens budskap otydligt. Straffskärpning på grund av återfall och mängdrabatt vid straffmätningen kan aktualiseras i samma situationer. Till skillnad från SLB anser jag inte att dessa regleringar kan förenas.[3] Enligt min uppfattning utgör de istället ett exempel på kolliderande ideologiska utgångspunkter.

Det är kanske inte ägnat att förvåna att de principer eller ideologiska utgångspunkter som styr BrB kap. 34 i hög grad överensstämmer med det synsätt som låg till grund för påföljdsbestämningen i samband med BrB:s tillkomst. Vid *valet av påföljd* skulle domstolen enligt den då gällande BrB 1:7:

> "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."

[3] Jfr SOU 1956:55 s. 348.

När det gäller *straffmätningen*, har denna alltid i större eller mindre utsträckning präglats av någon slags rättvisekonception baserad på proportionalitet och intresset av enhetlig rättstillämpning.[4] Att asperationsprincipen skall tillämpas vid straffmätningen av nyupptäckt brottslighet och att avräkning skall ske av vad den dömde har undergått till följd av en tidigare påföljd som senare undanröjs, är således helt förenligt med hur man tidigare såg – och idag ser – på straffmätning.

Att konkurrensregleringen i BrB kap. 34 på ett delvis anakronistiskt sätt överensstämmer med de bestraffningsideologiska utgångspunkterna som gällde vid BrB:s tillkomst utgör ett problem. Detta är också kärnan i min kritik. BrB kap. 34 omfattades inte av påföljdsreformen 1989 och har följaktligen inte kommit att anpassas till de numera gällande principerna för påföljdsbestämning. Härigenom blir det möjligt att tillämpa vissa principer i samband med att påföljdsbestämning görs för den samlade brottsligheten i det aktuella målet (proportionalitet och humanitet), och därefter (eller t.o.m. i samma mål) beakta intresset av allmän- och individualprevention, när brottsligheten ställs i relation till tidigare domar i en iterativ tillämpningssituation. Preventionsintresset smyger in bakvägen vid påföljdsbestämningen. Detta gäller främst vid valet av påföljd, men det kan till lika stor del påverka straffmätningen genom att gränserna för när asperationsprincipen skall beaktas är anpassade efter preventionsintressena. Denna påverkan riskerar dessutom att ske nästintill helt obemärkt, eftersom domstolarna aldrig motiverar hur man har bedömt konkurrensproblemen i de iterativa tillämpningssituationerna.

Nu skulle man kunna invända att det inte utgör något ideologiskt problem att man i förarbetena utgick från de då gällande ideologiska utgångspunkterna, eftersom dessa inte behöver styra lösningar av konkurrensproblem idag. De drygt fyrtio år gamla förarbetena har inte en sådan betydelse att de binder dagens rättstillämpning vad gäller val av konkurrenslösning. Detta är förvisso sant, men likafullt präglar dessa överväganden regleringen i högre grad än att utgöra blotta tolkningsdata.

För det första finns de utpekade fristerna kvar i lagtexten. De anger att asperationsprincipen *skall* tillämpas vid straffmätningen om den nya brottsligheten är begången innan den tidigare domen har börjat verkställas. De anger att konsumtionsdom *må* ske för brottslighet till dess att påföljden till fullo har verkställts och att undanröjande *får* ske t.o.m. efter att den tidigare påföljden till fullo har verkställts.

För det andra må lagförarbeten – och särskilt gamla sådana – principiellt ha en begränsad betydelse för lagtolkning. Men det går inte att bortse från att dessa utgör den enda tillgängliga vägledningen för domstolar.

[4] Se avsnitt 3.4.2.

Brottsbalkskommentaren har baserat sin beskrivning av gällande rätt uteslutande på förarbetena. I vissa delar är det rena avskrifter från motiven som återges. Förarbetena hålls såtillvida vid liv genom att de i motiven angivna skälen motiverar lösningsanvisningar som anses utgöra gällande rätt. Till detta kommer att lagstiftaren vid varje revidering av konkurrensregleringen antingen har upprepat vad som framgår i de tidigare lagförarbetena eller har undvikit att närmare ange hur och när ett lösningsalternativ skall eller bör väljas. Detta kan ju uppfattas som att man bekräftar den gällande ordningen samt att de tidigare angivna skälen har betydelse ännu idag. En sådan ordning präglar domstolarnas val av lösningsalternativ. Detta gäller inte minst mot bakgrund av att domstolar – under de fyrtio år som BrB har varit i kraft – i sina domskäl är synnerligen restriktiva med att närmare utveckla hur konkurrensfrågor har lösts.

För det tredje kan sägas att även om man skulle hävda att förarbetena har spelat ut sin roll – och att domstolarna faktiskt löser konkurrensproblem i de iterativa tillämpningssituationerna med utgångspunkt från de idag gällande bestraffningsideologiska principerna – åskådliggör detta endast vad jag försöker bevisa, nämligen att det finns ideologiska problem med en reglering som ger möjligheter att lösa konkurrensproblem utifrån andra bestraffningsideologiska hänsyn än de som domstolar skall ta vid påföljdsbestämningen. Vad som faktiskt ligger bakom domstolarnas tillämpning av BrB kap. 34 kommer vi dock inte att få veta förrän utförliga domskäl skrivs i dessa frågor.

Sammantaget kan sägas att så länge som ingen säger att det är fel – eller principiellt osammanhängande – att t.ex. ge mängdrabatt i situationer där det är fråga om återfall, kommer BrB kap. 34 (och de lösningar som där finns på konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer) att "leva sitt eget liv". Som nämnts finns det med dagens reglering få möjligheter för domstolar att direkt göra fel.

8.2.3 Praktiska problem

Om vi lämnar de ideologiska problemen och övergår till att studera regleringen ur ett mer praktiskt perspektiv, står det klart att BrB kap. 34 lämnar mycket att önska även i detta avseende.

Det är ingen slump att kapitlet anses vara komplicerat att tillämpa. Detta beror till stor del på att regleringens bestämmelser är utformade efter olika frister som relaterar till verkställigheten av den tidigare påföljden. Att knyta frågor om huruvida mängdrabatt skall ges, undanröjande får ske eller konsumtionsdom är möjlig att meddela till gränser som i allt väsentligt är beroende av t.ex. om den tidigare domen har överklagats eller om den dömde har fått möjlighet att verkställa sitt fängelsestraff,

leder ofelbart till att regleringen blir problematisk att tillämpa. BrB kap. 34 tycks utgå från att påföljder inte överklagas och att verkställighet alltid kommer till stånd inom kort tid efter domen. Så är emellertid inte fallet. Istället är överklaganden synnerligen vanliga. Om brottsligheten inte är särskilt allvarlig och den dömde inte är häktad i målet kan – med dagens handläggningstider i domstolar – ett mål få vänta på slutligt avgörande under ett eller flera år. Detta innebär att ny brottlighet ofta kan komma att aktualiseras innan den tidigare domen slutligen har avgjorts. Härigenom uppstår nya iterativa tillämpningssituationer. Eftersom frågan om i vilken utsträckning som hänsyn skall tas till andra domar har knutits till verkställigheten, kan regleringen i BrB kap. 34 ha betydelse under mycket lång tid efter att gärningsmannen först dömdes för viss brottslighet. Därutöver kommer det att bli möjligt att turordningen på domarna kastas om. Det finns ingen garanti för att vad som utgjorde den "tidigare" domen kommer att behålla sin position kronologiskt sett om den överklagas. Detta gäller i allmänhet då den tidigare domen är fängelse, eftersom mängdrabatt endast skall ges för ny brottslighet som är begången "före verkställighetens början". Vid villkorlig dom blir effekten än tydligare. Ursprungligen var det avsett att ny brottslighet efter prövotidens början skulle föranleda att den villkorliga domen undanröjdes, varför det finns ett förbud mot att meddela konsumtionsdom. Om domen emellertid överklagas blir det plötsligt möjligt eftersom prövotiden inte börjar löpa förrän domen vinner laga kraft. Omständigheter såsom att domen överklagas, vilket inte har något att göra med principerna för påföljdsbestämning eller för hur man bör se på återfall, kommer att sätta regleringen ur spel.

Vidare är möjligheterna att välja konkurrenslösning främst inriktade på att det endast finns *en* tidigare dom. Detta är säkerligen ett resultat av att man i den äldre regleringen i SL oftast endast hade en tidigare dom att beakta. Enligt huvudregeln i SL 4:3 skulle tidigare påföljder regelmässigt undanröjas och ersättas med en ny. Det huvudsakliga skälet till att man övergav denna ordning var att den gav upphov till synnerligen komplicerade tillämpningsproblem då olika strafftider och datum för villkorlig frigivning skulle beräknas.[5] Genom att systemet sedermera har öppnats för mer flexibla och varierade lösningar med särskild dom och konsumtionsdom, kan den dömde emellertid ha ett flertal tidigare domar som verkställs samtidigt. Likaså kan en tidigare påföljd avse en mängd åtal för vilka den tilltalade dömts vid olika tillfällen. De praktiska problemen gör sig påminda dels i samband med att undanröjande skall ske (varvid undanröjandet således kan komma att avse såväl en dom med en tidigare påföljd som olika konsumtionsdomar som är kopplade till denna), dels i

[5] Se avsnitten 6.3.5 och 7.4.2.

samband med att asperationsprincipen skall beaktas i förhållande till olika tidigare domar (varvid brottsligheten ibland utgör återfall och ibland utgör nyupptäckt brottslighet). Detta är främst av betydelse vid straffmätningen, eftersom en rättvis och adekvat avräkning skall göras för vad den dömde redan har undergått till följd av den tidigare domen. Att särskild dom eller ny gemensam dom anses vara lämpliga lösningar på konkurrensen vid valet av påföljd föranleder alltså praktiska problem på straffmätningsnivån. Vi ser här hur eliminerandet av konkurrensproblem på en nivå, eller enligt en viss lösning, ger upphov till nya problem på en annan nivå.

För att ett undanröjande skall kunna ske på ett fullgott sätt förutsätts att domstolen har tillgång antingen till de tidigare domstolarnas straffmätning eller till material som på ett tillfredsställande sätt möjliggör för domstolen att göra en ny värdering av den tidigare brottslighetens straffvärde. Ofta torde sådant material inte finnas (tillgängligt). Eftersom det av naturliga skäl främst är icke frihetsberövande påföljder som skall undanröjas, och domstolar i normala fall inte är skyldiga att redovisa det slutliga straffmätningsvärdet på den samlade brottsligheten, återstår endast för domstolen i dom 2 att utifrån gärningsbeskrivningen och vad som har beskrivits i domskälen bilda sig en uppfattning av straffvärdet hos brottsligheten. Att göra en straffvärdebedömning utifrån detta material är emellertid ofta problematiskt. Ett sätt att åtminstone delvis lösa detta problem är att införa en obligatorisk straffmätning.

Oavsett om en sådan reform blir verklighet, kvarstår dock problemet med att domstolen på ett eller annat sätt måste försöka genomföra en avräkning. Denna kommer att avse dels vad den dömde redan har verkställt av den tidigare påföljden, dels de påföljder som kommer att kvarstå trots undanröjandet. Till hjälp för en avräkning finns inte annat än vissa tumregler och omvandlingsförhållanden uttryckta i andra lagrum, lagförarbeten och viss praxis. Som nämnts är det praktiskt svårt att värdera hur ingripande de olika inslagen i villkorlig dom och skyddstillsyn är. Man måste vidare skilja mellan de rent repressiva inslagen (böter, övervakning, samhällstjänst etc.) och de mer kvasirepressiva vårdinriktade inslagen (föreskrifter etc.). Det finns dock en viss överlappning dem emellan. Det kan inte uteslutas att det saknas en enhetlig praxis på detta område. Olika principer för avräkning kan ge upphov till orättvisa resultat.

8.2.4 Systematiska problem

Till sist skall beröras några av de systematiska problem som den nu diskuterade konkurrensregleringen ger upphov till. Jag har nämnt att lagstiftaren i samband med utarbetandet av BrB kap. 34 uttryckligen avstod

från att lämna utförliga anvisningar om hur de olika lösningsalternativen bör användas. Vissa uttryckliga påbud och förbud uppställdes genom de frister som följer av respektive paragraf (se t.ex. BrB 34:3 st. 2 och BrB 34:5 st. 1). Samtidigt angavs vissa övergripande syften, intressen och mål. I övrigt är konkurrensproblemen överlämnande till domstolarna att lösa.

Med beaktande av att regleringen är mycket öppen, kommer den många gånger att motsäga sig själv. Man kan nå samma lösningar på olika vägar. Vad som inte är möjligt beträffande konsumtionsdom eller undanröjande, kan lösas genom att domstolen dömer särskilt och bestämmer påföljd av samma slag som i den tidigare domen. I situationer där konsumtionsdom är möjlig kan motsvarande resultat uppnås genom att istället döma särskilt till påföljd av samma slag.

Liknande problem av systematisk art kan uppkomma om dom 1 överklagas, varvid verkställigheten senareläggs. Om den dömde återfaller innan domen har vunnit laga kraft, finns inga hinder mot att meddela en konsumtionsdom. Än mindre finns det några hinder mot att utdöma en ny särskild påföljd. Jag kan inte se annat än att man inte lyckats uppnå den form av renodlad tillämpning av påföljder som eftersträvades i samband med BrB:s tillkomst.

Detta intryck förstärks om man beaktar att just de situationer, där helt olika myndigheter – vilka inte har behörighet att påverka varandras beslut – har ansvar för påföljdens verkställighet, har lämnats helt utanför regleringen. Om det är någon situation där man skulle kunna tänka sig att det finns skäl att undvika att den dömde underkastas olika påföljder, borde det ju vara i relationen mellan de allmänna påföljderna och de särskilda överlämnandepåföljderna i BrB kap. 31. Men dessa konkurrenssituationer har lämnats helt utanför regleringen och får således lösas med hjälp regler om verkställighetskonkurrens, vilka oftast består i rent pragmatiska bedömningar av vilken påföljd som anses böra ges företräde. Trots att resultatet av att dessa påföljder har lämnats utanför BrB kap. 34 skall bli att kumulationsprincipen skall tillämpas, kan det praktiska utfallet bli att konsumtion sker. Kan påföljderna verkställas parallellt, får det förmodas att detta skall ske.

På ett övergripande plan finns det ett systematiskt problem genom att vissa lösningsalternativ (i synnerhet särskild dom och de former av konsumtionsdom som innebär att den tidigare påföljden förenas med tilläggssanktioner) kan leda till resultat som inte anses vara lämpliga, och vilka utgör grunden för att använda lösningsalternativet undanröjande och ny gemensam dom.

Det sammanlagda intrycket är att det finns ett antal systematiska problem bestående i dels att man kan nå samma faktiska resultat på olika vägar, dels att regleringens syften inte överensstämmer med syftena bakom

övriga bestämmelser för påföljdsbestämningen. Till viss del beror detta på att man inte tydligt skiljer mellan vad som utgör påföljdskonkurrens i domstol och vad som utgör verkställighetskonkurrens när olika myndigheter skall verkställa domar. Domstolar behöver – och borde enligt min mening – endast ägna sig åt påföljdskonkurrens. Hur påföljder skall verkställas samtidigt, hur strafftider skall beräknas, vem eller vilken myndighet som skall sörja för övervakning eller tillhandahållandet av plats för samhällstjänst, kontraktsvård etc. är frågor som bör kunna överlämnas till de myndigheter som har till uppgift att sörja för verkställigheten av påföljderna. Det enda undantaget där verkställighetskonkurrens kan bli av intresse för domstolen är då verkställigheten av någon påföljd kommer att förhindra att en annan påföljd kan verkställas. I så fall kan det uppstå problem med att upprätthålla proportionalitetsprincipen. Ett typexempel på en sådan situation är då en tidigare frivårdspåföljd med omfattande tilläggssanktioner skall verkställas parallellt med ett längre fängelsestraff. I sådana situationer kan det eventuellt bli aktuellt för domstolen att vid påföljdsbestämningen i dom 2 modifiera dom 1.

8.3 Grunder för en godtagbar konkurrensreglering

8.3.1 Syftet med en konkurrensreglering i iterativa tillämpningssituation

I avsnitt 6.3 beskrev jag ett antal skäl som i olika sammanhang har angivits för varför man bör ha en konkurrenslära beträffande påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer. De utpekade skälen var i nämnd ordning:

(1) Undvika att tillfälligheter föranleder att den dömde behandlas på olika sätt jämfört med om samtliga åtal blivit föremål för prövning vid ett och samma tillfälle (*rättviseargumentet*).

(2) Främja den dömdes återanpassning i möjligaste mån genom att i dom 2 välja den lämpligaste påföljden och undvika parallell verkställighet av olika påföljder *(behandlingsargumentet).*

(3) Undvika kompetenskonflikter mellan olika beslutsfattande och verkställande organ (*kompetenskonfliktargumentet*).

Vid sidan av dessa skäl anses även intresset av att ha en samordnad, enhetlig och enkel konkurrenslära påverka själva utformningen av reglerna (*intresset av en enhetlig reglering*).

En utvärdering av de olika skälen visar att *kompetenskonfliktargumentet* inte har något generellt förklaringsvärde för hur konkurrensproblem bör lösas. Sin främsta betydelse har detta argument som skäl för att exkludera de särskilda överlämnandepåföljderna från regleringen i BrB kap. 34. Kompetenskonfliktargumentet bör i fortsättningen inte föranleda denna slutsats. Jag återkommer till hur jag menar att detta argument ändock bör ha en viss begränsande verkan på hur konkurrensproblem bör lösas i iterativa tillämpningssituationer.

Med beaktande av vad som har sagts i avsnitt 6.3 vill jag hävda att i vart fall *behandlingsargumentet* idag har en mycket begränsad betydelse för hur en konkurrenslära bör vara utformad. Detta argument härrör från en tid då helt andra bestraffningsideologiska intressen prioriterades. Den del av den nuvarande regleringen som bygger på behandlingsargumentet skapar fler problem än den löser.

Jag har tidigare nämnt att det aldrig närmare har utvecklats varför det anses vara olämpligt att flera olika påföljder verkställs parallellt. SLB nöjde sig med att hänvisa till den dömdes resocialisering och en lämplig hushållning med tillgängliga resurser.[6] Om man avsåg att påföljd skall väljas med utgångspunkt i hur den dömde bäst skall återanpassas till samhället, borde detta argument – enligt vad jag tidigare har redogjort för om de idag gällande principerna för påföljdsbestämning – numera betraktas som obsolet. Påföljd skall inte längre bestämmas med utgångspunkt i hur den dömde bäst skall återanpassas. Inte heller kan det hävdas att lagstiftaren med den nuvarande konkurrensregleringen har försökt att undvika att den dömde drabbas av flera olika reaktionsformer.[7] Det tydligaste exemplet härpå är de möjligheter som finns i BrB kap. 30 att kombinera olika frihetsberövande påföljder med olika föreskrifter och tilläggssanktioner. Vad beträffar de iterativa tillämpningssituationerna innebär de stora möjligheterna att förena en tidigare dom med olika förstärkande tilläggssanktioner ett ytterligare belägg för att parallell verkställighet inte är något som nödvändigtvis måste undvikas. Det kan i många avseenden betraktas som en fiktion att det slutliga resultatet vid påföljdsbestämningen utgör *en* (enhetlig) påföljd. Under alla omständigheter skiljer sig det slutliga resultatet av en påföljdskombination enligt BrB kap. 30 inte nämnvärt från vad som blir följden av en parallell verkställighet av olika påföljder.

Som redan har nämnts behöver inte proportionalitetsprincipen eller humanitetsprincipen förhindra att man beaktar intresset av att verkställigheten av ådömda påföljder bidrar till den dömdes återanpassning i den bemärkelsen att påföljden motverkar återfall i brott. Ett exempel härpå är

[6] SOU 1956:55 s. 340.
[7] KBrB III s. 34:6.

de många möjligheterna som finns att åberopa särskilda skäl och utdöma en icke frihetsberövande påföljd, vilken förenas med olika föreskrifter i syfte att undvika fängelse (BrB 30:7 st. 2, 30:9 st. 2 och 30:11). Dessa kombinationer förutsätter parallell verkställighet av olika påföljdsmoment.[8]

Att åstadkomma en enhetlig påföljd är emellertid inte ett argument som bör få något avgörande inflytande på valet av påföljd för den i dom 2 aktuella brottsligheten. Under förutsättning att inte proportionalitets- eller humanitetsprincipen kränks, kan påföljdsbestämningen anpassas så att återanpassningen i vart fall inte *försvåras*. Exempel på ett dylikt försvårande skulle kunna vara att olika domstolar parallellt utdömer icke frihetsberövande påföljder med olika förstärkande inslag, där t.ex. den ena domen avser kontraktsvård med särskild behandlingsplan och den andra domen avser föreskrift om samhällstjänst. Om skyldighet att utföra samhällstjänst åläggs den som samtidigt skall genomgå en ingripande behandling mot alkohol- eller narkotikamissbruk, skulle man kunna tänka sig att det är olämpligt att dessa verkställs parallellt.[9] Problem av detta slag löses emellertid normalt inom ramen för påföljdsbestämningen och de olika förutsättningar som finns för att välja olika påföljder. En förutsättning för att t.ex. förstärka en villkorlig dom eller skyddstillsyn med en föreskrift om samhällstjänst är bl.a. att det framstår som lämpligt med hänsyn till den dömdes möjligheter att genomföra påföljden.[10] Att i iterativa tillämpningssituationer låta intresset av återanpassning påverka påföljdsbestämningen utöver vad som har sagts ovan om möjligheterna att förena icke frihetsberövande påföljder med tilläggssanktioner, kan emellertid komma i konflikt med principerna om straffvärdeproportionalitet och humanitet.

Till sist kan påpekas att behandlingsargumentet och kompetenskonfliktsargumentet inte i någon mån egentligen har bidragit till att uppnå målen att undvika kompetenskonflikter respektive skapa en enhetlig, samordnad och enkel reglering. Det tydligaste exemplet härpå är förhållandet mellan de särskilda överlämnandepåföljderna i BrB kap. 31 och övriga påföljder i kriminalvårdens regi. Fastän konflikten inte är lika tydlig, kan

[8] De tydligaste exemplen på detta är icke frihetsberövande påföljder vilka förenas med föreskrift om samhällstjänst (BrB 30:7 st. 2 och 30:9 st. 2) samt skyddstillsyn som förenas med föreskrift om kontraktsvård (BrB 30:9 st. 2) eller 28:3-fängelse (BrB 30:11).

[9] Det skall dock noteras att hinder inte föreligger att förena en skyddstillsyn med såväl samhällstjänst som annan föreskrift om vård mot missbruk, se Prop. 1997/98:96 s. 92.

[10] Se Prop. 1989/90:7 s. 21 och Prop. 1997/98:96 s. 100. En person med allvarliga missbruksproblem är inte per definition olämplig att utföra samhällstjänst. Domstolen är emellertid skyldig att i varje enskilt fall göra en bedömning av den enskildes möjligheter att fullgöra samhällstjänst. Detsamma måste gälla i iterativa tillämpningssituationer. Ovan talas endast om vad som i princip skulle kunna betraktas som ett försvårande av verkställigheten.

liknande situationer uppstå när olika icke frihetsberövande påföljder skall verkställas parallellt. Olika frivårdsmyndigheter kan få ansvaret för att verkställa påföljder avseende samma person. De problem som uppkommer i dessa situationer är normalt inte omöjliga att lösa.

Om man accepterar att behandlingsargumentet, och till stora delar även kompetenskonfliktargumentet, är överspelade som skäl för varför det bör finnas en konkurrenslära rörande påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer och för hur den bör vara utformad, återstår endast *rättviseargumentet*. Om det skulle visa sig att även detta argument är diskutabelt eller irrelevant, skulle man radikalt kunna föreslå ett avskaffande av större delen av BrB kap. 34. Reglerna om förverkande av villkorligt medgiven frihet kunde flyttas till BrB kap. 26. De bestämmelser som behandlar verkställighetskonkurrens kunde överföras till specialregleringar rörande verkställighet av påföljder. I avsaknad av en reglering av påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer, skulle alla konkurrensproblem lösas genom kumulation. Jag tror emellertid att rättviseargumentet är relevant och av denna anledning blir det intressant att gå vidare med undersökningen.

Först skall nämnas att de skäl som jag angav i kapitel 3–5 för att ha en princip om gemensamt straff inte automatiskt implicerar att motsvarande hänsyn gör sig gällande om ny brottslighet aktualiseras i en iterativ tillämpningssituation. Skälen som jag angav för att man – utifrån humanitetsprincipen och proportionalitetsprincipen – bör ha straffskalor, straffskalebegränsande principer och normalt utdöma endast en gemensam påföljd för den samlade brottsligheten gäller då någon *samtidigt* döms för flera brott. Jag påstod aldrig att dessa regler skall tillämpas med avseende på all brottslighet som gärningsmannen har begått fram till dagen för domen eller därefter. Skälen för att begränsa straffskalorna var att humanitetsprincipen uppställer krav på att vi använder oss av rimliga och måttliga straffskalor samt att det vid flerfaldig brottslighet måste finnas straffmaxima som inte får överskridas. Detta ger oss goda skäl att acceptera att hur stor skada gärningsmannen än har orsakat – och oavsett dennes skuld – bör det finnas ett begränsat utrymme att utmäta straff. Som en praktisk konsekvens av att straffskalan är begränsad även vid flerfaldig brottslighet, argumenterade jag för att vi bör acceptera att asperationsprincipen skall tillämpas även på den konkreta straffmätningsnivån, och att det därvidlag är viktigare att kunna rangordna brott och brottskombinationer i förhållande till varandra än att utmäta straff strikt proportionellt i förhållande till straffvärdet. Den kommunikativa funktionen i bestraffningen blir begriplig genom att bestraffningen sker vid ett tillfälle för flera brott. Jag använde mig av en analogi till betyg som delas ut efter en avslutad kurs. Man beaktar samtliga prestationer som studenten har gjort och sätter ett

gemensamt betyg. Precis som vid betygssättning utgör påföljdsbestämningen ingen total värdering av den dömdes prestationer i olika sammanhang. Straffrätten arbetar med mycket begränsade och individualiserade händelser och händelseförlopp. Det är fråga om avgränsade utsnitt i tid och rum som är föremål för bedömning. Även om gärningsmannens grad av klandervärdhet inte bedöms helt tagen ur sin kontext, kvarstår som ett faktum att straffet endast avser en enstaka gärning eller några isolerade händelser såsom de beskrivs i respektive gärningsbeskrivning. Bestraffningen skall återspegla detta eller dessa brott.

Ännu har inget sagts om att bedömningen måste avse all brottslighet som gärningsmannen faktiskt har begått vid tidpunkten för domen. Frågan ställs på sin spets om man frågar sig vad det är för typ av klander som samhället kommunicerar med gärningsmannen vid tidpunkten för en dom. Skall det betraktas som en summering av den i målet föreliggande brottsligheten eller utgör det en avstämning av all den brottslighet som han faktiskt har begått fram till en viss tidpunkt? Skillnaden mellan dessa olika former av kommunikation blir att i det förstnämnda fallet avser begränsningarna endast det faktum att flera brott skall bedömas tillsammans, medan det i det sistnämnda fallet handlar om att kommunicera ett gemensamt klander för brott begångna fram till en viss tidpunkt. Väljer man att betrakta det som en summering av den aktuella brottsligheten, skulle man kunna nöja sig med att hävda att asperationsprincipen och principen om gemensamt straff endast behöver tillämpas när flerfaldig brottslighet bedöms i en tillämpningssituation. Det finns ingen anledning att begränsa straffskalan i förhållande till andra tänkbara brott som gärningsmannen kan ha begått, men som domstolen i dom 1 inte har kännedom om. Inte heller finns det anledning att justera straffmätningen i efterhand om det visar sig att gärningsmannen har begått ytterligare brott. Bedömningen i den tidigare domen gjordes utifrån vad domstolen kände till vid det tillfället, och den då aktuella brottskombinationen motsvarar det straffvärde som brottsligheten åsattes. Man skulle på detta vis kunna hävda att gärningsmannen har blivit "rättvist" bedömd. För det fall att han blir föremål för en ny domstolsprövning kommer motsvarande begränsningar att göras vid den nya bestraffningen.

Det finns emellertid skäl som talar för att ett sådant synsätt inte är lämpligt. För det första behöver det faktum att samtliga åtal inte handläggs i samma rättegång inte bero på att all tidigare brottslighet inte var känd vid tillfället. Jag har redan nämnt att de tillfälligheter som orsakar att åtalen inte handläggs i samma rättegång kan bestå i att brottslighetens utreds av olika åklagare, att utredningstakten är olika beträffande de olika brotten eller att målen handläggs i olika domstolar. Sådant råder inte gärningsmannen över. Det finns därför ett befogat rättvisekrav på att

gärningsmannen i en iterativ tillämpningssituation skall bli bedömd på samma sätt som andra gärningsmän som får sin sak prövad i ett sammanhang. För det andra skulle rättviseargumentet bli problematiskt om det förutsätter att ansvaret för vad som utgör "känd" eller "upptäckt" brottslighet läggs på gärningsmannen. Det skulle vara synnerligen problematiskt att hävda att gärningsmannen inför en huvudförhandling i princip måste erkänna all brottslighet som han begått (men som inte har upptäckts) för att straffmätningen skall kunna ske i enlighet med asperationsprincipen. Detta skulle strida mot utgångspunkten att den tilltalade har rätt att tiga i syfte att inte belasta sig själv, och på så sätt förvandla den kommunikativa funktionen och intresset av rangordning enligt principen om relativ proportionalitet till en princip om rabatt på grund av erkännande.[11] Likheterna mellan en sådan ordning och plea bargaining och liknande institut är uppenbar. För det tredje går det inte att bortse från att påföljdsbestämningen skulle kunna manipuleras av polis och åklagare om konkurrensreglerna endast är tillämpliga på de gärningar som omfattas av åtalet. Genom att (medvetet) dela upp brotten i olika åtal skulle mängdrabattseffekten kunna undvikas vid påföljdsbestämningen trots att åtal hade kunna väckas samtidigt för samtliga brott.

Vad gäller intresset av att kunna beakta huruvida det finns ett visst sammanhang eller samband mellan den brottslighet som bedöms, är detta argument främst av intresse om man tillämpar principen om kollektivt straff. Om asperationsprincipen används när ett gemensamt straff utdöms, finns det i och för sig inget som hindrar att domstolen vid straffmätningen i dom 2 tar hänsyn till att den då aktuella brottsligheten står i ett visst sammanhang med brottslighet som gärningsmannen tidigare har dömts för samt att hänsyn tas till att samma moment inte bestraffas flera gånger.[12]

Sammanfattningsvis finns det skäl att ha en reglering beträffande iterativa tillämpningssituationer som tillser att gärningsmannen inte förfördelas på grund av den tillfälligheten att flera brott handläggs i olika rättegångar. Såvitt jag kan se är detta också det enda hållbara skälet till att reglera iterativa tillämpningssituationer. Rättviseargumentet bygger huvudsakligen på skäl hänförliga till straffmätningsnivån.

[11] Rätten att inte belasta sig själv kommer till uttryck främst i att den tilltalade inte har vittnesplikt och att han kan välja att tiga under förhandlingen, se Fitger s. 46:15. Att den misstänkte eller tilltalade inte har en vittnesplikt sammanfattas i många länder under maximen *nemo tenetur se ipsum accusare*. För liknande uppfattning i frågan om mängdrabatt bör förutsätta att den tilltalade erkänner brottslighet, se Deiters 1999 s. 70. Principen om att den dömde har en rätt att inte belasta sig själv (*the right not to incriminate oneself* och *the right to silence*) ingår som en del i begreppet "rättvis rättegång" i EKMR artikel 6:1, se närmare Danelius 1998 s. 188 f.

[12] Se avsnitt 5.3.1

Vi kan redan här dra en viktig slutsats. Skälen för att reglera iterativa tillämpningssituationer sträcker sig inte längre än till tidpunkten för dom 1. Argumentet avser endast de situationer där samtliga brott är begångna *före* det tidigare lagföringstillfället, dvs. vid nyupptäckt brottslighet.[13] I annat fall kan man svårligen hävda att det är fråga om en tillfällighet att åtalen inte handlagts i samma rättegång.

Principen om gemensamt straff skall enligt det sagda *i princip* begränsas till att användas vid vad som bör benämnas nyupptäckt brottslighet. Det är för frågorna hur straffskalor bör konstrueras, hur straffmätningen bör utformas eller vilken slutlig påföljd som gärningsmannen skall ådömas, inte intressant om den tidigare verkställigheten har påbörjats eller avslutats.[14] Den kommunikativa funktionen av att utdela klander genom bestraffning är endast beroende av vad gärningsmannen har gjort; den relaterar inte till vad han har verkställt av en tidigare utdömd påföljd. Anser man däremot att bestraffningen bör utgå från gärningsmannens straffvärdighet måste man ifrågasätta om straffskalorna verkligen skall konstrueras utifrån brottens abstrakta straffvärde. Det är i så fall inte säkert att man överhuvudtaget bör ha straffskalor.

Det finns ytterligare problem med att relatera bestraffningen i dom 2 till vad den dömde tidigare har verkställt som påföljd. Om vi låter konkurrensproblem lösas utifrån hänsyn till vad gärningsmannen tidigare har ådömts som påföljd och hur stor del av denna som har verkställts, finns det ingen naturlig början eller naturligt slut för vilka tidigare påföljder som bör beaktas. Varför skall man t.ex. sluta vid brottslighet begången före verkställighetens början eller innan verkställigheten har avslutats? Varför inte relatera den nya brottsligheten till samtliga tidigare verkställda straff eller sanktioner som den dömde har drabbats av? Härigenom närmar man sig till slut bedömningar av vad som liknar en livsskuld. Med ett långt drivet synsätt, där tidigare bestraffning *alltid* skall beaktas vid ny bestraffning, kommer vissa gärningsmän efter hand att ha bestraffats så många gånger och med ett totalt straff som är så långt att det täcker alla eventuella ytterligare brott som de kan tänkas begå. Ett sådant synsätt innehåller för straffrätten främmande element såsom att det finns en skuldkvot som till slut kan fyllas och att bestraffning "i förväg" skulle kunna räknas den dömde tillgodo vid framtida brottslighet.[15]

[13] Som framgått i avsnitt 7.5 gäller i Norge, Danmark, Finland och Tyskland att det skall vara fråga om nyupptäckt brottslighet begången före tidigare dom för att det skall bli aktuellt att tillämpa konkurrensregleringen i iterativa tillämpningssituationer.

[14] Angående principerna för konstruktion av straffskalor, se avsnitten 4.2 och 5.2.

[15] Se vad som berörts i avsnitt 4.3.2 om tanken på att mängdrabatter skall baseras på att den dömde har en viss skuldkvot som till slut kan fyllas, varvid ingen ytterligare bestraffning kan ske. Se även Geerds 1961 s. 456, Bohnert 1993 s. 851 ff. och Jareborg 1999 s. 273.

Problemet med ett sådant synsätt är att man ohjälpligt fastnar i resonemang som bygger på att straffet skall anpassas efter den dömdes individuella förutsättningar och förhållanden vid tidpunkten för dom 2. Därigenom är man tillbaka i individualprevention som ledstjärna vid påföljdsbestämningen och den relativitet som är förknippad med bestraffning utifrån gärningsmannens person istället för dennes gärningar. Jag vill på intet sätt förneka att den asperationsprincip som jag har förespråkat på straffmätningsnivån också bär vissa drag av relativitet.[16] Men asperationsprincipen på denna nivå är begränsad av hur straffskalorna är utformade. Genom att knyta frågan om straffmätning till straffskalorna finns tydliga gränser för hur straffmätningen kan påverkas. Inom dessa gränser övertrumfar intresset av rangordning av brottskombinationer intresset av att upprätthålla strikt proportionalitet vid straffmätningen.

Avslutningsvis bör påpekas att brytpunktens närmare placering för att skilja nyupptäckt brottslighet från återfall inte enbart kan bestämmas utifrån rättviseargumentet. Frågan vad som utgör brott begånget "före tidigare dom" kommer att diskuteras närmare i avsnitt 8.4.

8.3.2 Grundläggande principer

I detta avsnitt avser jag att i punktform summera de argument, synsätt och principer som jag menar bör styra utformningen av en reglering av påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer.

(1) Konkurrensregleringen skall – liksom påföljdsbestämningsläran – utgå från att tillgodose intresset av *straffvärdeproportionalitet*, *billighet* och *humanitet*.

(2) När konkurrens uppstår i iterativa tillämpningssituationer skall konkurrensen lösas genom att domstolar förses med lösningsmöjligheter och skäl som åstadkommer resultat vilka överensstämmer med proportionalitetsprincipen och humanitetsprincipen.

(3) Det sagda innebär att straff skall utmätas proportionellt efter brottslighetens straffvärde. Med proportionell bestraffning förstås *retrospektiv straffvärdeproportionalitet*. På grund av att straffskalorna enligt BrB 26:2 och 25:6 är begränsade, är den relevanta formen av proportionalitet relativ. Straffmätningen skall syfta till att rangordna brott i relativt hänseende. Av denna anledning måste rabatter ges. Den samlade straffmätningen skall uttrycka brottslighetens straffvärde sett utifrån en helhetsbedömning.[17]

[16] Se avsnitt 5.3.
[17] Se avsnitt 5.3.2.1.

(4) Vid påföljdsbestämningen skall domstolen som utgångspunkt försöka i möjligaste mån *undvika fängelsestraff*. Presumtionen mot fängelse bör upprätthållas även i iterativa tillämpningssituationer. Såvida inte brottslighetens samlade straffvärde, art eller förekomsten av tidigare brottslighet, talar för att bestämma påföljden till fängelse, skall en icke frihetsberövande påföljd väljas.[18] Vad gäller den sistnämnda omständigheten följer av humanitetsprincipen att *tolerans bör visas* för mänskliga tillkortakommanden vilka innebär att personer ibland begår brottsliga gärningar. Återfall bör därför spela en undanskymd roll även om den iterativa tillämpningssituationen avser ny brottslighet begången efter tidigare dom. Om återfallet anses böra påverka påföljdsbestämningen, bör det i vart fall inte påverka annat än påföljdsbestämningen för den nya brottsligheten.[19]

(5) Utifrån vad som har sagts i avsnitt 8.3.1 skall konkurrensregleringen i iterativa tillämpningssituationer främst syfta till att undvika att tillfälligheter påverkar påföljdsbestämningen. Detta avser endast *nyupptäckt brottslighet*, dvs. brott begånget "före tidigare dom". Principen om gemensamt straff bör upprätthållas i iterativa tillämpningssituationer med avseende på den del av principen som avser att skapa en modell för straffmätning.[20]

(6) Behandlingsargumentet bör inte ges någon framskjuten betydelse vid lösandet av konkurrensproblem avseende påföljdsbestämningen.[21] Intresset av en enhetlig påföljd kan i vart fall inte sträcka sig längre än vad som gäller då någon samtidigt döms för flera brott (dvs. de tillämpningssituationer som behandlades i avdelning II). Mot bakgrund av att parallell verkställighet av olika påföljder och skärpande inslag i form av tilläggssanktioner redan idag är möjliga i stor utsträckning, framstår det som omotiverat att ställa högre krav på enhetlighet och renodling av påföljden då någon vid olika tillfällen döms för flera brott än vad som krävs då någon vid samma tillfälle döms för flera brott.

(7) Vad gäller intresset av att skapa en enhetlig påföljd och intresset av att påföljden skall verkställas i en och samma strafform, bör dessa målsättningar primärt inte spela någon roll i iterativa tillämningssituationer. Så länge som det är möjligt att ge verkställigheten av olika påföljder ett reellt innehåll, finns det inte anledning att i efterhand modifiera dem i syfte att göra påföljden enhetlig. Som diskuterats tidigare kan det sättas i fråga vad

[18] Se avsnitt 3.4.2.
[19] Se avsnitt 6.4.
[20] Se avsnitt 3.5.4.
[21] Angående behandlingsargumentet, se avsnitt 6.3.3.

"enhetligt" egentligen innebär.[22] Icke frihetsberövande påföljder är i sig kompilerade av flera olika moment, vilket gör parallell verkställighet nödvändig. I iterativa tillämpningssituationer blir det – då konsumtionsdom används – än mera tydligt att olika moment kan förenas med en tidigare påföljd, vilket gör parallell verkställighet till en förutsättning för att påföljden skall kunna verkställas.[23]

(8) Om man ger upp behandlingsargumentet och det individualpreventivt färgade intresset av att försöka anpassa påföljdsvalet i dom 2 till den dömdes förhållanden vid denna tidpunkt, kan istället förutsebarhet, legalitet, konsekvens och en enhetlig rättstillämpning betonas. Som tidigare nämnts måste man utgå från att den tidigare utdömda påföljden skall verkställas och att den inte bör betraktas som "felaktig". Individualprevention och behandling bör således ersättas med en orubblighetsprincip och en starkare betoning på påföljdens rättskraft. Slutsatsen av det sagda blir att en prioritetsordning bland de olika lösningsalternativen bör införas. Utrymmet för att undanröja en tidigare utdömd påföljd bör minimeras. Likaså blir behovet av konsumtionsdom i många avseenden litet. Vad gäller de former av konsumtionsdom, där den tidigare påföljden modifieras genom att den förenas med olika tilläggssanktioner, framstår lösningsalternativet konsumtionsdom som onödigt. Jag återkommer i avsnitt 8.5 till hur de olika lösningsalternativen bör användas i iterativa tillämpningssituationer.

8.3.3 Om tillämpningsområdet

Jag har hittills klargjort vad jag anser vara grundläggande syften bakom regleringen. Härvidlag uppkommer frågan hur konkurrensregleringens tillämpningsområde bör se ut. För närvarande omfattar BrB kap. 34 samtliga situationer där påföljden i dom 1 har bestämts till något annat än böter eller överlämnande till särskild vård. Skälen för att utelämna dessa påföljder är delvis olikartade.

Som skäl för att exkludera **böter** från tillämpningsområdet anfördes i förarbetena tre olika skäl, nämligen praktiska skäl, enkelhetsskäl och straffmätningsskäl.[24] Jag har redan berört att inget av dessa skäl kan anses motivera att tidigare bötesstraff utesluts från regleringen. Allt talar således för att tidigare domar avseende böter bör omfattas av en framtida reglering av påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer.

[22] Se avsnitten 4.4.2 och 5.4.1.
[23] Se avsnitt 7.2.4.
[24] Se avsnitt 6.2.2.2.

En konsekvens av en sådan reform skulle bli att bötesstraff kan komma att bli föremål för undanröjande, och ersättas med en ny gemensam dom. Om tidigare bötesstraff undanröjs och ersätts av påföljd av annan art, kan ett flertal problem uppstå. Det första avser förhållandet mellan böter och fängelse. Antag t.ex. att den dömde i samband med ny lagföring ådöms ett kortare fängelsestraff för nyupptäckt brottslighet. Ett undanröjande skulle innebära att ett brott på bötesnivå ersätts med viss tids fängelse. Att bötesstraff absorberas av ett fängelsestraff kan visserligen ske redan idag, då någon vid samma tillfälle döms för flera brott och något av dem motiverar att påföljden bestäms till fängelse.[25] I dessa situationer är det emellertid klart att påföljden – i den aktuella tillämpningssituationen – skall bestämmas till fängelse. I de iterativa tillämpningssituationerna förhåller det sig emellertid annorlunda. Skillnaderna mellan dagens reglering och den av mig diskuterade är, att med min modell skulle tidigare utdömda bötesstraff kunna bli föremål för en ny påföljdsbestämning i dom 2, varvid ett eller flera av lagens i princip lindrigaste straff ändras till lagens strängaste strafform. Man kan tänka sig att personer som har en rad obetalda bötesstraff i samband med ny lagföring får samtliga tidigare bötesstraff undanröjda och ersatta med ett gemensamt fängelsestraff. Detta skulle strida mot såväl ambitionerna att minimera användandet av förvandlingsstraff som mot humanitetsprincipen.

Vidare kan det uppkomma praktiska problem med avräkning för vad den dömde eventuellt har betalat av bötesstraffet. Om bötesstraffet ersätts med en icke frihetsberövande påföljd, är det inte osannolikt att den dömde vid sidan av denna åläggs skyldighet att betala böter (BrB 30:8), varför det kan sättas ifråga om det verkligen är fråga om påföljd av "annan art".[26] Beroende på beräkningsgrunden för bestämmandet av tilläggsstraffets storlek, skulle det måhända kunna hävdas att ett undanröjande innebär att den dömde sammantaget erhåller en lindrigare påföljd, vilket skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Om det inte blir fråga om ett lindrigare bötesstraff utan istället ett bötesstraff som motsvarar det bötesstraff som är föremål för undanröjande, kan det ifrågasättas varför ett undanröjande överhuvudtaget bör ske.

De nu diskuterade problemen uppkommer emellertid endast om lösningsalternativet undanröjande av tidigare påföljd och ny gemensam dom används (BrB 34:1 st. 1 p. 3). Om man accepterar att ny gemensam

[25] Se avsnitt 4.4.2.

[26] Som diskuterats i avsnitt 4.4 består böter som tilläggsstraff (BrB 30:8 och 30:10) av ett särskilt straff som förenas (kumuleras) med den icke frihetsberövande påföljden. Skillnaden mellan böter som tilläggsstraff och rena bötesstraff är att de förstnämnda utgör en tilläggssanktion för all brottslighet som ligger på fängelsenivå.

dom i framtiden bör utgöra ett lösningsalternativ som endast används undantagsvis, torde man i allt väsentligt kunna undvika de problem som är förknippade med att låta tidigare bötesstraff omfattas av regleringen i BrB kap. 34.

Det finns vissa påtagliga fördelar med att låta böter ingå i tillämpningsområdet för BrB kap. 34. Framförallt skulle principen om mängdrabatt kunna respekteras. En sådan ändring är enligt min uppfattning motiverad. Bötesstraffets stränghet eller ingripandegrad är, som nämnts, i vissa avseenden kraftigt undervärderad.[27] Fullständig kumulation av bötesstraff som utdöms vid olika tillfällen kan lätt leda till totalstraff som framstår som mer ingripande än en icke frihetsberövande påföljd eller ett kortare fängelsestraff. Rättviseskäl talar starkt för att man vid nyupptäckt brottslighet bör kunna beakta tidigare utdömda böter. Som nämnts tillämpades en motsvarande princip tidigare i svensk rätt.[28] Böter omfattas även i flera av de utländska motsvarigheterna till BrB kap. 34.[29]

Det skall emellertid inte förnekas att praktiska problem av ett annat slag än de som har diskuterats ovan kan uppstå om böter skulle komma att omfattas av regleringen i BrB kap. 34. Flertalet bötesstraff utdöms nämligen genom utfärdande av strafföreläggande eller ordningsbot. Dessa former av summarisk process föregås inte av straffmätning motsvarande den som sker i domstol. Inte heller finns vid beslutsfattandet normalt tillgång till tidigare domar eller godkända förelägganden.[30] Praktiska svårigheter kan därför uppkomma om båda bötesstraffen utfärdas genom sådan summarisk process eller om en åklagare eller polisman i samband med utfärdandet av strafföreläggande eller ordningsbot måste beakta ett tidigare i domstol utdömt bötesstraff.

Med hänsyn till det mycket stora antalet fall av böter utdömda genom strafföreläggande eller ordningsbot kan det nu beskrivna problemet bli avsevärt (kvantitativt sett).[31] Mot att låta dessa praktiska problem utgöra skäl för att behålla den nuvarande ordningen talar att de summariska förfarandena främst syftar till att tillgodose andra hänsyn än proportionalitet, likabehandling och rättvis bestraffning. Istället är det intresset av en snabb, enkel och billig process som motiverar regleringen i RB kap. 48.

[27] Se avsnitt 5.3.2.2.

[28] Se avsnitt 6.2.2.2.

[29] Se bl.a. norska SL § 64 och Matningsdal & Bratholm s. 560 ff., danska SL § 89 och Greve m.fl. 2001 s. 398. Jfr finsk rätt, där tidigare domar på böter inte beaktas när ny brottslighet aktualiseras i en iterativ tillämpningssituation, se Frände 2004 s. 385.

[30] Detta gäller främst i samband med utfärdande av ordningsbot, vilket normalt sker i samband med ett polisingripande.

[31] Under 2003 godkändes 38 285 utfärdade strafföreläggande och 239 527 fall av utfärdad ordningsbot, se BRÅ Kriminalstatistik 2003 s. 141 och 202.

Proportionalitet upprätthålls genom att åklagare och poliser följer de utfärdade riktlinjerna även om det i praktiken inte förekommer någon egentlig straffmätning. Bötesstraffets storlek bestäms utifrån konstruerade schabloner, vilka knyts till ett begränsat antal rekvisit i brottsbeskrivningen. Däremot skall mängdrabatt ges vid flerfaldig brottslighet.[32] Som angivits i avsnitt 5.3.2.2 bör principen om mängdrabatt användas även beträffande bötesstraff för flerfaldig brottslighet. Den logiska följden blir att tidigare böter bör omfattas av regleringen i BrB kap. 34.

Man kan tänka sig vissa alternativa lösningar på problemet i förhållande till de summariska processerna enligt RB kap. 48. Ett sätt att lösa problematiken skulle kunna vara att konkurrensregleringen i BrB kap. 34 endast är tillämplig på sådana bötesstraff som har utdömts i *domstol*. Detta skulle emellertid inte ge någon tillfredsställande lösning, eftersom det uppstår en märklig obalans mellan situationer då böter utdöms i domstol och då böter utfärdas genom strafföreläggande eller ordningsbot. Härigenom kan problem uppkomma i förhållande till likabehandlingsprincipen. Varför skulle endast den som har fått sina böter fastställda i domstol få mängdrabatt vid straffmätningen? En konsekvens av en sådan ordning kan bli att den misstänkte förnekar brott och inte godkänner ett strafföreläggande eller en ordningsbot endast i syfte att få mängdrabatt.

En annan lösning skulle kunna vara att tillämpa BrB kap. 34 på dels böter som har utdömts i *domstol*, dels böter som har utfärdats genom *strafföreläggande*. I så fall exkluderas endast böter som utfärdats genom ordningsbot. Vad som skulle kunna tala för denna lösning är att böter som utfärdas av polisman genom ordningsbot endast kan avse penningböter (RB 48:13). I de fall ordningsbot utfärdas sker lagföringen normalt direkt i anslutning till att brottet upptäcks. Utrymmet för att nyupptäckt brottslighet skall kunna aktualiseras är således synnerligen begränsat.

Om vi övergår till **överlämnande till särskild vård**, kan det konstateras att motsvarande hänsyn som åberopats beträffande för att låta böter omfattas av regleringen i BrB kap. 34 i allt väsentligt gör sig gällande på *straffmätningsnivån*. Den dömde har ett berättigat intresse av att i samband med påföljdsbestämning för ny brottslighet få tillgodoräkna sig att han verkställt en vårdpåföljd som innehåller repressiva inslag.[33] Ett typexempel på en sådan situation är att en person i dom 1 har överlämnats till vård enligt LVM och senare döms för nyupptäckt brottslighet till fängelse. Tvångsvård av missbrukare på ett LVM-hem kan innefatta att den dömde är beskuren sin frihet och underkastad tvångsvård, vilket kan ha tydliga

[32] Se bl.a. Riksåklagarens föreskrifter (1999:178) om ordningsbot för vissa brott § 3.
[33] Se avsnitt 6.2.2.3.

inslag av repressiv karaktär.[34] Att bortse från detta i samband med straffmätningen vid dom 2 framstår som orättvist. Om påföljderna skall verkställas parallellt bör det beaktas att den totala reaktionen inte blir strängare än om gärningsmannen hade dömts för all brottslighet vid samma tillfälle. En jämförelse med andra påföljder visar vidare att regleringen är inkonsekvent utformad i detta avseende. Vid händelse av undanröjande av skyddstillsyn, är domstolen skyldig att ta skälig hänsyn till vad den dömde har undergått till följd av skyddstillsynen (BrB 34:6 st. 5). Frågan är därför varför inte motsvarande skall gälla om den tidigare domen avser påföljd enligt BrB kap. 31. Som nämnts är det inte uteslutet att man i domstol vid straffmätningen i dom 2 tar hänsyn till en tidigare dom, där påföljden har bestämts till överlämnande till särskild vård. Det saknas dock uttryckligt lagstöd för en sådan tillämpning. Inte heller kan det anses vara tillfredsställande att tydliga regler saknas, vilka skulle främja en enhetlig rättstillämpning på området.

När det däremot gäller *val av påföljd* och påföljdens verkställighet finns det vissa påtagliga skillnader mellan de särskilda vårdpåföljderna i BrB kap. 31 och övriga påföljder. Det ursprungliga motivet som anfördes för att utelämna dessa situationer från BrB kap. 34 var främst att man önskade undvika kompetenskonflikter mellan de rättsvårdande myndigheterna och de institutioner inom hälso- och sjukvården som ansvarar för vårdpåföljderna.[35] Detta skäl har fortfarande viss giltighet. Det finns anledning att försöka undvika att domstolars beslut påverkar övriga myndigheters utformning av vården i större utsträckning än vad som blir följden av påföljdsbestämningen i dom 2. I den mån påföljderna kan verkställas parallellt, bör det vara upp till den ansvariga myndigheten att avgöra hur verkställigheten skall ske och när den bör upphöra. Detta gäller även om vården i dom 1 har tvångskaraktär. Slutsatsen blir att det även fortsättningsvis inte bör vara möjligt att undanröja en tidigare påföljd avseende överlämnande till särskild vård.

Det ovan sagda talar för att man i de nu aktuella situationerna tydligare bör skilja mellan konkurrensproblem som uppstår på domsnivå respektive verkställighetsnivå. De förstnämnda bör regleras i enlighet med vad som har sagts ovan beträffande böter. Den dömde bör vid straffmätningen

[34] Den som är tvångsintagen skall placeras på ett LVM-hem (eller i vissa fall på ett sjukhus) och i vart fall initialt vistas där. Polismyndigheten kan lämna biträde för att föra en tvångsomhändertagen till sådan inrättning. Även om intagningen i formellt hänseende inte är att jämföra med ett frihetsberövande, kan den som avviker från ett LVM-hem återhämtas av polis. Vidare är vistelsen omgärdad av förbud mot att inneha alkoholhaltiga drycker, narkotika m.m. och i syfte att upprätthålla förbudet får kroppsvisitation eller kroppsbesiktning företas. Angående innehållet och formerna för tvångsvård enligt LVM, se närmare Strömberg 1995 s. 154 ff.

[35] Se avsnitt 6.2.2.3.

i skälig utsträckning få tillgodoräkna sig vad han har undergått till följd av en tidigare dom. Om den nya brottsligheten är nyupptäckt, bör således straffskalorna begränsas i dom 2 enligt BrB 26:2 och 25:6. I dom 2 bör mängdrabatt ges vid straffmätningen. Vid valet av påföljd bör det endast vara möjligt att döma särskilt. I dessa fall bör det naturligtvis vara möjligt att på nytt döma till samma påföljd som i dom 1. Verkställigheten sker därefter parallellt i den mån det är möjligt. Detta motsvarar ju i praktiken vad som redan sker idag. En lagändring av detta slag skulle främst innebära att parallell verkställighet sker med stöd av BrB kap. 34.

Vad därefter gäller de konkurrens- eller kollisionssituationer som uppstår då det inte är möjligt att verkställa påföljder parallellt, bör lösningarna av problemen regleras i lag.[36] Om påföljd i kriminalvårdens regi normalt anses ha företräde framför särskild vård, bör detta anges i lagtexten. En sådan reglering bör innehålla regler om vem som är behörig att besluta om upphävande av vården samt ange i vilka fall den särskilda vården inte kan verkställas parallellt med en annan påföljd. Eftersom detta rör sig om verkställighetskonkurrens, är det inte nödvändigt att bestämmelser av detta slag införs i BrB kap. 34.

8.4 Före och efter dom – var går gränsen?

8.4.1 Var bör brytpunkten förläggas?

8.4.1.1 Inledning

Jag har i avsnitt 8.3 gjort gällande att gränsen för vilka brott som skall omfattas av regleringen av påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer bör dras vid den tidigare domen. Åtminstone vad gäller straffmätningsnivån borde endast sådan brottslighet som är begången *före dom* (nyupptäckt brottslighet) omfattas av regleringen i BrB kap. 34. Jag återkommer i avsnitt 8.5 till hur återfallssituationer bör behandlas i iterativa tillämpningssituationer och huruvida samtliga lösningsalternativ skall vara möjliga för domstolen att välja. I det följande avser jag endast att diskutera gränsdragningen mellan före och efter dom. Frågan gäller endast på vilka fall som asperationsprincipen skall tillämpas.

Förslaget om att flytta gränsen för när domstolen skall beakta en tidigare dom vid straffmätningen till "den tidigare domen" är en radikal förändring av nuvarande tillämpningsområde, genom att man helt frikopplar frågan om konkurrensregleringens tillämplighet från frågan om den tidigare påföljdens verkställighet.

[36] Se avsnitt 6.2.2.3.

Vad jag inte har sagt något om är den närmare innebörden av uttrycket "före tidigare dom". Formuleringen utgår från en viss bestämd tidpunkt – nämligen *domen* – vilket förutsätter att man kan precisera vad som avses med detta uttryck. I princip kan härmed avses tre olika tillfällen. För det första kan avses själva *huvudförhandlingen* på vilken domen grundas. Uttrycket "före dom" skulle då (i princip) sammanfalla med gränsen för när det inte längre är möjligt införa nya åtalspunkter i målet.[37] För det andra kan med "före dom" avses själva *meddelandet av domen*, vilket kan ske antingen genom att domen meddelas skriftligen eller genom att den avkunnas efter huvudförhandlingen. Vid avkunnande av domen sammanfaller således tidpunkten för "domen" med huvudförhandlingens avslutande. För det tredje kan man tänka sig att "före dom" skall förstås som innan domen vinner *laga kraft*. Dvs. först när domen vinner laga kraft och inte längre kan ändras, upphör möjligheten att i senare domar beakta den tidigare domen.

Var brytpunkten mellan *före* respektive *efter* dom skall placeras är inte självklart. Olika lösningar finns representerade i olika rättssystem. Av naturliga skäl har frågan i högre grad aktualiserats i andra rättsordningar, eftersom man där upprätthåller en principiell skillnad mellan nyupptäckt brottslighet och återfall. Som framgått förordar jag att denna distinktion tydligare borde upprätthållas i svensk rätt.

8.4.1.2 Betydelsen av att den tidigare domen har vunnit laga kraft

Först skall undersökas om det tredje alternativet att placera brytpunkten vid tidpunkten då dom 1 vinner laga kraft är lämpligt.

I denna del kan konstateras att man på ungefär samma grunder varmed jag har kritiserat den nuvarande ordningen – i vilken man knyter olika rättsverkan till den tidigare påföljdens verkställighet – kan argumentera för att tidpunkten för vinnande av laga kraft är olämplig som brytpunkt. Frågan när domen vinner rättskraft är precis som frågan om när verkställighet påbörjas eller avslutas beroende av omständigheter, vilka inte har något med vare sig straffmätning eller påföljdsval att göra. Lagakraftvinnandet – och därmed den tänkbara gränsen – påverkas av huruvida domen har överklagats. Om det skulle vara en förutsättning att den tidigare domen har vunnit laga kraft för att få tillämpa konkurrensbestämmelserna, skulle den dömde genom att överklaga domen kunna utverka

[37] Nytt åtal vid huvudförhandling kan i princip endast avse böter för rättegångsförseelse. De tidigare diskuterade kraven på att den tilltalade skall erhålla skäligt rådrum (RB 23:18) och att rätten måste anse det vara lämpligt att målen handläggs i samma rättegång (RB 45:3) torde i praktiken utesluta att övriga åtal förs in i målet på detta stadium.

en möjlighet att få mängdrabatt vid straffmätningen. Även om domen inte har överklagats, kommer det att finnas en period efter domen (men innan den vunnit har laga kraft) där reglerna om mängdrabatt och återfallsskärpning kommer att sammanträffa. Att förlägga brytpunkten vid tidpunkten då domen vinner laga kraft skulle således inte i något väsentligt avseende lösa de problem som finns med dagens reglering.

Att brytpunkten inte bör förläggas vid domens lagakraftvinnande skall inte sammanblandas med frågan om den tidigare domen måste ha vunnit laga kraft för att asperationsprincipen skall få tillämpas i dom 2. I svensk rätt finns idag inte något sådant krav. Som angivits i avsnitt 7.3.3 finns möjligheter att korrigera påföljden i dom 2 enligt BrB 34:10 för det fall att den tidigare domen i samband med ett överklagande kommer att ändras. Korrigeringsmöjligheten gäller dels om domstolen i dom 2 har tagit hänsyn till dom 1 och denna därefter har ändrats varför mängdrabatt har beräknats – eller konsumtionsdom har meddelats – utifrån premisser som senare har kommit att ändras, dels då den tilltalade har ådömts fängelse och domstolen i dom 2 har underlåtit att ta hänsyn till den tidigare domen vid straffmätningen.

I tysk rätt har man hållit fast vid ett krav på att den tidigare domen skall ha vunnit rättskraft för att det skall vara möjligt att meddela ett nytt kollektivt straff i efterhand.[38] I sammanhanget vill jag hänvisa till ett citat av Bringewat:

> "Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass einer (nachträglichen) Gesamtstrafenbildung durch den späteren Wegfall einer einbezogenen Einzelstrafe der Boden entzogen wird – ein mit dem Grundgedenken des § 55 StGB unvereinbares und deshalb sinnwidriges Ergebnis, das vor allem dann unerträglich ist, wenn die Gesamtstrafe beim nachträglichen Wegfall der Einzelstrafe bereits in Rechtkraft erwachsen wäre und nur noch im Wege eines Wiederaufnahmeverfahrens zu Gunsten des Verurteilen gem. § 359 Ziff. 5 StPO beseitigt werden könnte".[39]

Bringewats motivering påminner om den som Hagströmer gav till varför ett krav på laga kraft måste gälla vid tillämpning av konkurrenslösningar i iterativa konkurrenssituationer, nämligen att olämpliga resultat kan uppstå om det senare visar sig att den tidigare domen (dom 1) ändras i samband med att målet slutligen avgörs.[40] Förklaringen till att situationen kommer att kompliceras är, att om man använder sig av kollektivt straff och vid varje ny dom undanröjer den tidigare domen, kommer ett nytt

[38] Se bl.a. Schäfer 1990 s. 195 och Roxin 2003 s. 844.
[39] Bringewat 1987 s. 160. Se även Schönke & Schröder 2001 s. 799.
[40] Hagströmer 1901–1905 s. 769.

kollektivt straff att bildas vid varje tillfälle en person döms. Det finns dock möjlighet att låta påföljdsbestämningen i dom 2 anstå i avvaktan på att dom 1 vinner laga kraft, varefter förutsättningar finns att bilda ett nytt kollektivt straff enligt StGB § 55.[41]

De ovan av Bringewat utpekade riskerna är enligt min mening i viss mån överdrivna. Eftersom brotten konkurrerar reellt, har domstolen vid varje dom utmätt ett enskilt straff för respektive brott som den tilltalade döms för (Einzelstrafe). För det fall att en tidigare dom som inte har vunnit laga kraft sedermera skulle komma att ändras i överrätten, finns det – på samma sätt som gäller i nuvarande BrB 34:10 – möjlighet att korrigera den senare domen vad gäller både straffmätning och val av påföljd. I vissa avseenden är möjligheterna att i efterhand göra en adekvat straffmätning t.o.m. bättre om man använder sig av modellen med kollektivt straff än om man använder sig av modellen med gemensamt straff. Med hänsyn till att en separat straffmätning har gjorts för varje enskilt brott är sannolikheten större att den slutliga straffmätningen av den samlade brottsligheten blir korrekt jämfört med om straffmätningen för ett gemensamt straff i efterhand skall upplösas och respektive brott läggas till grund för en ny straffvärdebedömning. Situationen skall jämföras med den som idag gäller i Sverige, där domstolar i vissa fall i efterhand måste uppskatta straffvärdet hos tidigare brottslighet utifrån vad som framgår av domskäl och gärningsbeskrivningar. Med den tyska regleringen behöver en domstol vid ett motsvarande korrigeringsförfarande i princip endast bestämma storleken på mängdrabatten. En annan sak är emellertid att processuella regler – med hänsyn till hur reglerna om villkorlig frigivning är konstruerade – kan försvåra förfarandet och att problem kan uppkomma om den tidigare domen har börjat verkställas.[42] Det sistnämnda

[41] Bringewat 1987 s. 260.

[42] I doktrinen har sedan lång tid tillbaka diskuterats huruvida man i tysk rätt borde överge modellen med kollektivt straff och övergå till att använda modellen med gemensamt straff (*Einheitsstrafenprinzip*), se bl.a. Geerds 1961 s. 483 ff. och Erb 2005, se särskilt s. 37 ff. och 104 ff. Frågan huruvida ett krav på att den tidigare domen skall ha vunnit laga kraft blir inte lika betydelsefull om modellen med gemensamt straff används (även om det inte är uteslutet att ett sådant krav uppställs). Konsekvensen blir i så fall ett större användande av korrigeringsregeln i StPO § 460. Som Erb påpekar är ett alternativ till den tyska huvudregeln att använda undanröjande av det tidigare gemensamma straffet (varvid frågan om betydelsen av om den tidigare domen har vunnit kraft aktualiseras) och att – som i österrikisk och schweizisk rätt – använda konstruktionen tilläggsstraff (*Zusatzstrafenprinzip*). Detta motsvarar det svenska lösningsalternativet att döma särskilt för den nya brottsligheten. Principen om gemensamt straff respekteras genom att domstolen vid fastställandet av tilläggsstraffet beaktar den tidigare domen oavsett om denna har vunnit laga kraft eller inte. Se närmare Erb 2005 s. 59.

skälet var som bekant orsaken till att man uppgav huvudregeln om undanröjande i svensk rätt i samband med BrB:s tillkomst.[43]

I tysk rätt finns möjligheter att i efterhand korrigera utfallet av två domar där principen om kollektivt straff inte har kunnat beaktas i dom 2 på grund av att dom 1 vid det aktuella tillfället inte hade vunnit laga kraft.[44] Enligt StPO § 460 kan ett kollektivt straff bildas i efterhand genom ett separat beslut från domstolen. Möjligheten är avsedd att tillämpas då förutsättningar för att i efterhand bilda ett kollektiv straff inte har förelegat (t.ex. på grund av att den tidigare domen inte vunnit laga kraft) eller då sådana förutsättningar har förelegat, men domstolen i dom 2 av någon anledning underlåtit detta (t.ex. därför att domstolen inte känt till dom 1 eller av andra skäl försummat att tillämpa asperationsprincipen).[45] Ett beslutsförfarande av nu nämnt slag vilar på samma grund som den i StGB § 55 uttryckta principen, nämligen att av rättviseskäl korrigera det slutliga resultatet av flera påföljdsbestämningar i olika rättegångar. I vissa avseenden skiljer sig bestämmelserna åt. Den viktigaste skillnaden består i att då ett beslut i efterhand fattas enligt StPO § 460, förekommer ingen muntlig förhandling.[46] En fullständig värdering av de olika brotten är såtillvida möjlig endast då ett kollektivt straff bildas i samband med en dom enligt StGB § 55.[47] Vidare är det endast möjligt att överpröva domen eller domarna enligt StPO § 460 genom omedelbart besvär till överrätt till skillnad från ett kollektivt straff som kan överklagas med ordinära rättsmedel.[48]

Bortsett från vissa detaljer och processuella bestämmelser, påminner den tyska regleringen starkt om möjligheterna att enligt BrB 34:10 korrigera påföljdsbestämningen och tidigare lösningar av olika konkurrensproblem. Ett korrigeringsförfarande enligt BrB 34:10 sker också genom beslut i vilket domstolen, efter anmälan från åklagare, prövar påföljdsbe-

[43] Se avsnitten 6.3.5 och 7.4.2.

[44] Bringewat understryker att ett sådant förfarande inte är en alternativ lösning till att använda StGB § 55 vid dom 2. Förfarandet skall användas som en sista utväg för det fall att det i dom 2 inte har varit möjligt att bilda kollektivt straff i den iterativa tillämpningssituationen, se Bringewat 1987 s. 257 f.

[45] Streng 2002 s. 275 och Roxin 2003 s. 845.

[46] Flera författare har uttryckt kritik mot detta förhållande eftersom det fråntar den tilltalade möjligheten att medverka, se bl.a. Geerds 1961 s. 616 och Schmitt 1963 s. 199 f.

[47] Bringewat 1987 s. 258. Jfr dock Streng som anger att om domstolen har känt till den tidigare domen, men (av vilket skäl som helst) avstått från att tillämpa StGB § 55 och därigenom bilda ett nytt kollektivt straff, är ett beslutsförfarande enligt StPO § 460 inte möjligt. I dessa fall har inte "die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe ... ausser Betracht geblieben", se Streng 2002 s. 275.

[48] Bringewat 1987 s. 258.

stämningen i den dom som sist avgjorts. Inte heller i dessa fall förekommer normalt någon muntlig förhandling.[49]

En slutsats vi kan dra av det sagda är att kravet på att dom 1 skall ha vunnit laga kraft mer hänger samman med lösningsalternativet att undanröja tidigare påföljd och utdöma ny gemensam dom (BrB 34:1 st. 1 p. 3) och mindre med de materiella förutsättningarna för huruvida den tidigare domen bör beaktas vid den nya påföljdsbestämningen. Detta förklarar också varför man i svensk rätt har kvar ett krav på att dom 1 skall ha vunnit laga kraft för det fall att lösningsalternativet i BrB 34:1 st. 1 p. 3 skall användas.

Däremot har Bringewat en poäng i att det föreligger bättre förutsättningar för ett materiellt riktigt beslut, om den domstol som åtminstone har prövat viss del av den åtalade brottsligheten också slutligen bestämmer det kollektiva straffet. Annorlunda uttryckt: den domstol som slutligen avgjort målet bör ha de bästa möjligheterna att avgöra hur stor mängdrabatten bör vara. Det är ofrånkomligt att en granskning av handlingarna i ett tidigare mål ofta ger ett alltför begränsat underlag för bedömningen av mängdrabattens storlek.

Vad som nu har sagts skulle kunna tala för att det bör finnas en möjlighet att vilandeförklara ett mål i avvaktan på att den tidigare domen vinner laga kraft. En sådan ordning förutsätter dock att en vilandeförklaring är möjlig med hänsyn till processuella frågor som t.ex. användningen av straffprocessuella tvångsmedel, regler om frister för doms meddelande efter hållen huvudförhandling, möjlighet att göra uppehåll i förhandlingen etc. Jag avstår från att ta ställning till hur detta i så fall närmare skulle regleras samt vilka ändringar som skulle krävas i processuellt hänseende. De slutsatser som kan dras från konkurrenssynpunkt är dels att brytpunkten inte bör förläggas vid tidpunkten då den tidigare domen vinner laga kraft, dels att mängdrabatt bör ges endast vid ett tillfälle i situationer där endera domen har överklagats till överrätt.

8.4.1.3 Närmare om brytpunktens placering

Efter att ha avvisat tanken på att förlägga brytpunkten mellan före och efter dom vid domens lagakraftvinnande, övergår jag till att diskutera vilket av de återstående alternativen (att förlägga brytpunkten vid huvudförhandlingen eller vid domens meddelande) som är mest lämpligt.

[49] Enligt BrB 38:8 har den dömde rätt att bli hörd muntligen om han begär det. Det skall emellertid inte hållas någon huvudförhandling och rättens avgörande sker genom beslut. Se närmare KBrB III 38:16.

I den nordiska doktrinen har frågan om den närmare innebörden av uttrycket "före tidigare dom" främst diskuterats av Matningsdal. I en utförlig artikel uppställer han olika typfall för när den nya brottsligheten kan vara begången och vilken betydelse detta har för den norska uppfattningen av "forud for Dommen".[50] De naturliga utgångspunkterna är att den nya brottsligheten (brott 2) kan vara begången (i) före den tidigare huvudförhandlingen, (ii) efter huvudförhandlingen men innan domen meddelas, eller (iii) efter meddelande av dom 1.[51]

I det första fallet är det enligt Matningsdal klart att brott 2 är begånget "före domen". Således skall konkurrensbestämmelsen i norska SL § 64 tillämpas.[52]

Matningsdal dryftar vissa skäl för och emot att brottslighet begången efter huvudförhandlingen (men innan domen har meddelats) skall betraktas som brottslighet "före tidigare dom". *Mot* att den nya brottsligheten skulle vara att betrakta som nyupptäckt talar att gärningsmannen har visat lagtrots genom att efter huvudförhandlingen på nytt begå brott, varför han inte har något rättmätigt krav på att asperationsprincipen skall tillämpas på den nya brottsligheten. Mängdrabatt borde således inte ges i samband med straffmätningen av den nya brottsligheten.[53] *För* att det skall vara att betrakta som nyupptäckt brottslighet talar emellertid olika legalitetsskäl. Av ordalydelsen i den norska SL § 64 följer att brottet skall vara begången "forud for Dommen" eller "før den betingete dommen ble avsagt". Matningsdal sammanfattar diskussionen med att norsk rättspraxis har anslutit sig till de åberopade legalitetsskälen och således förlagt brytpunkten till *domens meddelande*.[54] Ny brottslighet efter domens meddelande är att betrakta som återfall.

De skäl som har angivits för den norska lösningen är visserligen goda, men det skall framhållas att de bygger på en tolkning av hur den norska SL § 64 är utformad. Om man de lege ferenda diskuterar hur den svenska regleringen bör vara utformad, är man inte bunden av den norska formuleringen. Den norska situationen ger emellertid en erinran om att man måste utforma konkurrensbestämmelsen på så sätt att det klart framgår vilken tidpunkt som avses.

Jag tror att det finns vissa skäl att välja domens meddelande – och inte huvudförhandlingen – för att dra gränsen mellan nyupptäckt brottslighet

[50] Se Matningsdal 1985, särskilt s. 565–575.
[51] Matningsdal 1985 s. 567 f. Frågan om betydelsen av att domen överklagas och därför inte vinner laga kraft kommer att behandlas i avsnitt 8.4.2.
[52] Matningsdal 1985 s. 565 f. och Matningsdal & Bratholm 2003 s. 562.
[53] Matningsdal 1985 s. 566.
[54] Matningsdal 1985 s. 567.

och återfall. När det gäller att precisera vad som utgör "före tidigare dom" måste det noteras att rättviseargumentet inte sträcker sig längre än att ange att det skall vara fråga om "nyupptäckt brottslighet". Såvida inte domstolar i varje enskilt fall skall behöva pröva vilka åtal som en tidigare domstol hade kunnat pröva och kumulera (i processrättslig mening) med andra åtal i en tidigare rättegång, måste uttrycket "före tidigare dom" bestämmas utifrån andra faktorer än sådana som direkt anknyter till rättviseargumentet och olika tillfälligheter. Problemen med att domstolen i dom 2 skall göra en kontrafaktisk prövning huruvida den tilltalade skulle ha givits skäligt rådrum, om det hade varit lämpligt att målen handlades tillsammans etc. är så stora att jag anser det vara en fördel om brytpunkten fixeras på ett enklare sätt, även om detta innebär att rättviseargumentet ges en tillbakaskjuten roll vid själva preciseringen av brytpunkten.[55] Detta ligger i linje med den tidigare nämnda enkelhetsprincipen.[56] Likaså anser jag det vara förenligt med det tidigare gjorda påpekandet att domen skall uttrycka klander för gärningar begångna fram till en viss tidpunkt och inte vissa i åtalet särskilt angivna gärningar.[57] Denna slutsats innebär dock att vi måste hämta vägledning från vissa hjälpargument.

Enligt min mening kan dessa hjälpargument bestå dels i en återkoppling till *domens kommunikativa funktion*,[58] dels i ett antagande om att konkurrensläran bör harmoniera med *återfallsregleringen* i så motto att kollisioner dessa emellan bör undvikas. Det sistnämnda hjälpargumentet följer av det i kapitel 2 diskuterade kravet på att lagstiftningen bör vara motsägelsefri och värderingsmässigt sammanhängande. Jag skall i det följande utveckla idén, vilken bygger på ett resonemang i flera led.

Vi inleder med hjälpargumentet som utgår från den kommunikativa funktionen. Hjälpargumentet utgår i denna del från att det vid sidan av domens vedergällande funktion finns en kommunikativ klandrande funktion. Som jag argumenterade för i avsnitt 8.3.1 bör detta klander avse all den brottslighet som gärningsmannen har begått fram till en viss tidpunkt. I annat fall kan tillfälligheter medföra att vissa brott inte kommer att omfattas av den samlade bedömningen, vilket skulle vara orättvist. Detta förutsätter i sin tur att vi *måste bestämma en gräns* för vilken brottslighet som skall ingå i den gemensamma bedömningen. Oavsett var man väljer att placera brytpunkten, förutsätter en skillnad mellan nyupptäckt brotts-

[55] Det skall noteras att en kontrafaktisk prövning av om den nya brottsligheten hade kunnat prövas i den tidigare domen, är en bedömning som måste göras i varje enskilt fall utifrån omständigheterna i det konkreta fallet. Prövningen kommer därigenom att få en tydlig in casu-karaktär.

[56] Se avsnitt 5.3.3.

[57] Se avsnitt 8.3.1.

[58] Se avsnitt 3.2.

lighet och återfall att man drar en gräns.[59] När denna gräns dras måste bedömningen – oavsett var brytpunkten förläggs – rimligen bli retrospektiv. Fastställandet av vilka brott som skall ingå i den gemensamma bedömningen bör avse endast sådana brott som faktiskt är begångna före till den valda tidpunkten. Man kan inte beakta (nya) brott som vid den aktuella tidpunkten (ännu) inte är begångna. Detta leder oss till nästa hjälpargument, vilket ger stöd för tanken att det är domen – och inte huvudförhandlingen – som bör avgöra var brytpunkten placeras, nämligen relationen till återfallsregleringen.

Utifrån de idag gällande principerna för påföljdsbestämning, skall ny brottslighet begången efter en viss tidpunkt betraktas som återfall, vilket kan leda till att en senare påföljdsbestämning skärps. Återfallsskärpning kan inte aktualiseras förrän det har konstaterats att den tilltalade har begått brott. Det krävs inte att detta har skett i dom, men det måste finnas en sakerförklaring. Denna följer av fällande *dom*, *strafföreläggande* eller *ordningsbot*. I de bestämmelser i vilka återfall eller tidigare brottslighet utgör grund för en strängare reaktion, förutsätts således att gärningsmannen har lagförts för brottet.[60] Återfallsregleringen ger således stöd för att den sista tidpunkt för då det nya brottet måste vara begånget är då återfallsregleringen blir tillämplig, dvs. vid *domen*. Av de båda hjälpargumenten kan vi hitintills dra slutsatsen att brytpunkten allra *senast* kan förläggas vid domen. Brott begångna efter denna tidpunkt kan inte sägas ingå i det gemensamma klander som domen förmedlar. Av vad som har sagts framgår emellertid inte att gränsen måste dras vid domen. Det är ju fullt tänkbart att gränsen dras vid ett tidigare tillfälle (t.ex. vid huvudförhandlingen).

Inför det fortsatta resonemanget vill jag framhålla att det förmodligen är ofrånkomligt att den närmare preciseringen av var gränsen bör dras kommer att ske på ett arbiträrt sätt. Frågan är om hjälpargumenten ändock kan ge någon vägledning för var brytpunkten bör förläggas.

Vi återvänder till domens kommunikativa funktion. För att kunna besvara om denna kan ge oss vägledning måste vi precisera vad vi egentligen menar med en kommunikativ funktion. I denna del tror jag att det

[59] Enligt min mening är det dock nödvändigt att brytpunkten fixeras till en bestämd tidpunkt. Detta motiveras av intresset att mängdrabatt skall kunna beräknas på ett enhetligt sätt. Däremot är det inget absolut krav att återfallsregleringen blir tillämplig från samma tidpunkt. Med mitt förslag blir detta konsekvensen, men detta beror på hur återfallsregleringen är utformad i svensk rätt. Som jag har understrukit tidigare tar jag den gällande påföljdsbestämningsläran för given och laborerar inte med ändringar i principerna för straffmätning och val av påföljd. Relationen till återfallsregleringen har emellertid inget att göra med att man måste hitta en brytpunkt för att avgöra vad som skall anses utgöra *nyupptäckt brottslighet*. Även om man skulle avskaffa återfallsregleringen, är det nödvändigt att ha en tidpunkt som anger när principen om mängdrabatt inte längre skall tillämpas.

[60] Träskman 1999 s. 204.

är fruktbart att uppmärksamma att domen innehåller olika budskap. Jag angav i avsnitt 3.2 att domens kommunikativa funktion i första hand handlar om att förmedla klander. Budskapet i en fällande dom är att den dömde klandras för sitt handlande. Såväl den dömde som samhället i övrigt får vidare ta del av domstolens värdering av hur klandervärd den brottsliga gärningen är.

Vid sidan härav kan emellertid domen också innehålla andra budskap, vilka framgår av hur den konkreta bestraffningen skall utformas. Val av påföljdsform, tolerans för återfall etc. är typiska instrument för domstolen att kommunicera ett visst budskap. T.ex. innebär den prövotid som följer med en villkorlig dom eller en skyddstillsyn att den dömde erhåller en "varning" om vad ny brottslighet – begången efter domen – kan komma att medföra vid en senare påföljdsbestämning. Min tanke är att frågan om gränsdragningen mellan nyupptäckt brottslighet och återfall skulle kunna göras utifrån ett liknande synsätt. På samma sätt som domen kan ges en varnande funktion om vad ny brottslighet kan komma att leda till, skulle domen kunna innebära att den dömde upplyses om att från och med denna tidpunkt kommer ny brottslighet inte att bedömas gemensamt med övrig brottslighet som är begången fram till denna tidpunkt.[61] Slutsatsen blir att gränsen för vad som skall anses utgöra nyupptäckt brottslighet bör relatera till brott begångna fram till dess att budskapet kommuniceras. Brott begångna efter det att klandret har förmedlats bör inte anses omfattas av domstolens kommunikation. Det nu diskuterade budskapet kan inte sägas ha kommunicerats med gärningsmannen – eller någon annan – förrän det är klarlagt att denne skall dömas för brottet.[62]

[61] Se och jfr Schönke & Schröder 2001 s. 796 och Bringewat 1987 s. 174.

[62] Man skulle i och för sig kunna väcka frågan när gärningsmannen egentligen klandras för vad han har gjort. I enskilda fall är det säkerligen mycket individuellt när och om gärningsmannen uppfattar och tar till sig något klander. Det kan vara i samband med att han grips, åtalas, förhörs i domstolen, tar del av domen etc. Den kommunikativa funktionen är emellertid inte avhängig den enskilde gärningsmannens upplevelser. Det krävs inte ens att han är receptiv eller tar till sig klander. Se vad som sagts i avsnitt 3.2 om att bestraffning inte kan syfta till att gärningsmannen skall ta intryck av klandret på så sätt att han ångrar sig eller på andra sätt måste göra bot för brottet. Den kommunikativa funktionen bygger istället på att samhället uttrycker klander på ett *instrumentellt plan*. Kommunikationen sker dels med gärningsmannen, dels med andra i samhället i syfte att uttrycka att gärningen är förkastlig. Att någon förtjänar klander uttrycks först då domstolen har beslutat att så skall ske, vilket är i och med domen. Intressant i sammanhanget är att Deiters beträffande tysk rätt – där gränsen dras vid den tidigare domen – argumenterar för att brytpunkten (Zäsurwirkung) borde förläggas vid domens lagakraftvinnande. Skälet härför bygger på individualpreventiva överväganden. Enligt Deiters motiveras detta av att: "So lange die Verurteilung noch unter dem Vorbehalt einer anderweitigen Entscheidung steht, erfolgt auch die in ihr implizit erhaltene Rehabilitierung nur unter Vorbehalt", se Deiters 1999 s. 77.

Detta konstateras först i och med att domen avkunnas muntligen eller meddelas skriftligen.[63]

Utifrån det sagda skulle man kunna argumentera för att det som bör ingå i en gemensam bedömning – och således var brytpunkten bör förläggas – definieras negativt till vad som utgör återfall. Brott begångna fram till det att straffskärpningsbestämmelserna på grund av återfall blir tillämpliga anses utgöra nyupptäckt brottslighet och bör bedömas som om de hade varit föremål för prövning samtidigt. Annorlunda uttryckt: brytpunkten för vad som utgör nyupptäckt brottslighet i iterativa tillämpningssituationer placeras där återfallsregleringen blir tillämplig, nämligen vid *domen* (oavsett om denna avkunnas muntligen eller meddelas skriftligen).

Det är som sagt inte nödvändigt att gränsen för när brottslighet skall betraktas som nyupptäckt dras på samma ställe som gränsen för när brottslighet i teknisk mening skall betraktas som återfall. Det är fullt möjligt att ha ett mellanrum mellan dessa brytpunkter, där varken mängdrabatt eller straffskärpning kan aktualiseras.

En fördel med ett sådant synsätt skulle vara att asperationsprincipen inte skulle behöva tillämpas i de fall då ny brottslighet aktualiseras efter huvudförhandlingen men innan domstolen meddelar domen. Det är inte osannolikt att den dömde efter huvudförhandlingen, men innan domen har meddelas, begår nytt brott. Exempel saknas inte på att detta i vissa fall har skett redan innan den tilltalade har lämnat rättens lokaler. Anser man att detta skäl är starkt, måste brytpunkten förläggas vid en annan tidpunkt. Lämpligt torde i så fall vara att välja huvudförhandlingen. Men även en definition av nyupptäckt brottslighet som "brott begånget före huvudförhandlingen" måste preciseras närmare. Avses med detta uttryck huvudförhandlingens början eller är det huvudförhandlingens avslutning? Frågan är viktig eftersom det inte är ovanligt med rättegångar som pågår under en längre period.

Personligen kan jag inte se att ett förläggande av brytpunkten till "huvudförhandlingen" löser något av de ovan nämnda problemen på ett

[63] Det är ofta tillfälligheter som avgör om domstolen väljer att avkunna en dom i anslutning till huvudförhandlingen eller meddela den skriftligt inom angiven frist (RB 30:7). Oavsett vilket förfarande som väljs, finns ett visst tidsspann mellan tidpunkten då en dom *kan* avkunnas och då en dom *måste* meddelas. Det är emellertid klart att gärningsmannen inte är dömd för brottsligheten och att något klander inte har kommunicerats med honom förrän i vart fall vid tidpunkten då domen på endera sättet meddelas. En konsekvens av att förlägga gränsen mellan nyupptäckt brottslighet och återfall vid "domen" blir att brytpunkten kan komma att variera beroende på om domstolen väljer att avkunna domen muntligen eller meddela den skriftligen.

bättre sätt än om "domen" väljs.[64] Mot bakgrund av vad som sagts om straffdomens funktioner, anser jag att det finns vissa skäl att placera brytpunkten så att gränsen mellan återfall och nyupptäckt brottslighet dras enhetligt och att detta skall ske vid domens meddelande. Härvidlag måste man acceptera den ovan nämnda konsekvensen att en tilltalad som omedelbart i anslutning till en avslutad huvudförhandling – men innan domen har meddelats – gör sig skyldig till ny brottslighet, vid en ny rättegång skall bedömas såsom om brotten hade förekommit till bedömning i ett sammanhang.

En särskild situation som kan vålla problem är om det nya brottet utgör *persevererande brottslighet* och således begås under en längre period, vilken sträcker sig över den nu utpekade brytpunkten.[65] Brottsligheten är således begången såväl före som efter tidigare dom. Härigenom blir man tvungen att ta ställning till huruvida principen om gemensamt straff skall tillämpas.

Det finns i vart fall två lösningar på detta problem. Enligt en första lösning kan man dela upp det aktuella brottet och endast låta den del av brottsligheten som är hänförlig till tiden före den tidigare domen bestraffas med beaktande av en tidigare dom, varvid asperationsprincipen tillämpas vid straffmätningen. Detta kan ske antingen genom att konsumtionsdom meddelas eller – om gärningsmannen skall dömas särskilt för denna brottslighet – att man vid straffmätningen beaktar asperationsprincipen. För den resterande delen av brottsligheten utdöms straff utan hänsyn till den tidigare domen. En andra lösning är att hänföra hela brottet till endera sidan av brytpunkten, dvs. betrakta all brottslighet som begången före eller efter tidigare dom.

Frågan om hur persevererande brottslighet skall behandlas i påföljdshänseende har mig veterligen aldrig diskuterats i den svenska doktrinen. Matningsdal anger att beträffande norsk rätt torde skälen bakom regleringen i norska SL § 64 tala för att den del av brottet som begicks före tidigare dom bör bestraffas med beaktande av principen om gemensam straff. Å andra sidan tillstår han att det ibland kan vara onaturligt att göra en uppdelning av nu nämnt slag.[66]

[64] Även om man väljer "huvudförhandlingen" som brytpunkt kommer den gemensamma bedömningen i en iterativ tillämpningssituation att kunna omfatta brott som i ett processrättsligt perspektiv inte hade kunnat behandlas inom ramen för den tidigare domen. Om man väljer att precisera "före huvudförhandlingen" som "före huvudförhandlingens början" kommer denna definition vidare att exkludera böter för eventuella rättegångsförseelser som utdöms under den pågående förhandlingen från den gemensamma bedömningen. Även om dessa normalt skall föranleda ett särskilt straff (BrB 30.3 st. 2), står det klart att dessa böter faktiskt behandlas i samma rättegång som den övriga brottsligheten.

[65] Angående den närmare innebörden av persevererande brottslighet, se avsnitt 1.2.2.4.

[66] Matningsdal 1985 s. 567.

När man i tysk rätt skall avgöra om ett brott är begånget före eller efter en tidigare dom, tenderar man i gällande rätt att generellt lägga vikt vid brottets materiella fullbordan med vilket avses tidpunkten då *brottet avslutas.*[67] Vid tvivel om huruvida brottet skall anses vara begånget före eller efter tidigare dom, tillämpas en tumregel som anger att domstolen skall välja den lösning som är mest fördelaktig för den tilltalade.[68] Inom doktrinen har bl.a. Bringewat riktat kritik mot denna uppfattning.[69] Enligt honom borde frågan om det nya brottet har begåtts före den tidigare domen avgöras utifrån ett formellt gärningsbegrepp, varvid tidpunkten för *brottets fullbordanspunkt* blir avgörande. Om fullbordanspunkten för brottet är nådd vid en tidpunkt som inträffar före den tidigare domen, finns formella förutsättningar för att döma för brottet och därmed skall brottet anses vara begånget "före den tidigare domen".[70] Problem kan dock uppkomma med brott som begås fortlöpande. Bringewat konstaterar även beträffande persevererande brottslighet att situationen skall bedömas enligt den av honom föreslagna huvudregeln.[71] Det är för frågan om ett kollektivt straff skall meddelas i efterhand inte intressant när brottsligheten *avslutas.*[72] Det viktiga är att brottet har fullbordats före den tidigare domen. Bringewat avvisar således – till skillnad från Matningsdal – tanken på att dela upp *ett* pågående brott i olika delar, vilka anses vara begångna före respektive efter den tidigare domen. Han säger:

> "In mehrfacher Hinsicht überzeugt indessen auch diese Ansicht nicht. Zum einen sprengt sie die materiellstrafrechtlich und prozessual typische Einheitlichkeit des Fortsetzungszusammenhangs an einer Stelle, wo es nach dem Grundgedanken des § 55 Abs. 1 StGB und dem Sinn des Asperationsprinzips weder erforderlich noch zulässig ist. Zum anderen liegt ihr unausgesprochen eine durch nichts zu belegende Fiktion zu Grunde: Genaugenommen müsste aus ihrer Sicht die "frühere Verurteilung" nämlich rückwirken eine auf die vom Täter in Aussicht genommene Anzahl von Einzeltaten bezogene Reduzierung des ursprünglich gefassten Gesamt- oder Fortsetzungsvorsatzes zur Folge haben und des weiteren bewirken, dass der Täter für die restlichen Teilakte nach der "früheren Verurteilung" einen neuen Gesamt- bzw. Fortsetzungsvorsatz fasst."[73]

[67] Se bl.a. Lackner 1995 s. 336 och Schönke & Schröder 2001 s. 795.
[68] Schönke & Schröder 2001 s. 796
[69] Bringewat 1987 s. 162 ff. Se även Roxin 2003 s. 842 f.
[70] Bringewat 1987 s. 163.
[71] Bringewat 1987 s. 164 ff.
[72] Jfr t.ex. NJW 1954 s. 324 (avseende ett brott bestående i underlåtenhet som pågick flera månader efter den tidigare domen).
[73] Bringewat 1987 s. 167.

I ett rent förtjänstperspektiv tror jag att det är mest konsekvent att använda asperationsprincipen på straffmätningsnivån på det sätt som Matningsdal anger. För att inte ge rabatt för den del av brottsligheten som ligger i tiden efter den tidigare domen talar att gärningsmannen – under förutsättning att han har haft erforderlig gärningskontroll – knappast kan sägas ha ett berättigat krav på att få den efterföljande brottsligheten bedömd i ett sammanhang med brottsligheten i dom 1. Om man uppfattar dom 1 som en kommunikation med gärningsmannen och utgår ifrån att domen innehåller en varning om att ny brottslighet inte kommer att bedömas gemensamt med den tidigare avdömda brottsligheten, kan den gärningsman som fortsätter att begå ett annat brott efter dom 1 inte sägas bli utsatt för en orättvis behandling om mängdrabatt inte ges vid bedömningen av den efterföljande brottsligheten. Fortsatt brottslighet behöver inte behandlas strängare än den tidigare brottsligheten. Däremot saknas det anledning att ge mängdrabatt vid straffmätningen. Detta gäller särskilt om huvuddelen av brotten ligger i tiden efter dom 1.[74] På motsatt sätt kan man säga att gärningsmannen för den del av brottsligheten som ligger i tiden före den tidigare domen har ett berättigat krav på att bli bedömd som om brottsligheten hade prövats vid samma tillfälle. Det kan upplevas som orättvist mot gärningsmannen om denne inte bedöms i enlighet med asperationsprincipen om huvuddelen av t.ex. ett innehav härrör från tiden före en tidigare dom. Detta gäller särskilt om den tidigare domen avsåg likartad brottslighet och det i dom 1 hade funnits möjlighet att ge stor rabatt.

En princip om uppdelning torde gälla oavsett vilken typ av perseverererande brottslighet det är fråga om. Vad som kan utgöra ett skäl mot uppdelning är att det praktiskt sett kan vara mycket svårt att genomföra uppdelningen. Beträffande *drivande av verksamhet* och *intermittenta brott* är det teoretiskt sett möjligt att föreställa sig att händelseförloppet delas upp i olika delar.[75] Till skillnad från vad som gäller i de situationer när lagen ändras eller upphävs under det att det perseverererande brottet begås och domstolen måste avgöra enligt vilken lag som brottet skall bestraffas, är det vid straffmätning inte nödvändigt att bestämma sig för en lösning som styr bedömningen av hela brottsligheten.[76]

[74] Liknande synpunkter har framförts i norska lagstiftningssammanhang, se bl.a. NOU 2002:4 s. 196 f.

[75] Matningsdal hänvisar till hur motsvarande situationer skall lösas i norsk rätt om det är fråga om pågående brott (*fortsatt forbrytelse)* under det att lagändring sker (norska SL § 3). I dessa situationer bör en uppdelning ske av det brottsliga handlandet i sådant begånget före respektive efter lagändringen, se Matningsdal 1985 s. 567 och Matningsdal & Bratholm 2003 s. 18.

[76] Om en brottslig gärning pågår under en längre tid och lagen ändras under brottets begående uppkommer frågan enligt vilken lag brottsligheten skall bedömas. Teoretiskt

Som Bringewat riktigt påpekar blir konsekvensen, att vad som på planet för brottslighetskonkurrens betraktas som *ett brott* (begångna inom en brottsenhet) är att betrakta som *olika delar* vid lösningen av konkurrensproblem på planet för påföljdsbestämning.[77] Vad som nu har sagts gäller under förutsättning att det är möjligt såväl att ge mängdrabatt för den del av brottsligheten som ligger i tiden före den tidigare domen som att göra en separat straffmätning beträffande den del som ligger i tiden efter den tidigare domen.

Om brottsligheten sker *kontinuerligt*, t.ex. ett innehav, blir det praktiskt svårare att dela upp händelseförloppet i olika moment. Ofta består brottet endast i en längre underlåtenhet (att avbryta det tillstånd som uppfyller rekvisiten för en straffbelagd gärning). Det är sannolikt att mängdrabattsprincipen vid dylik brottslighet kommer att ha en mindre

---

sett finns det flera alternativ. Dels kan man tänka sig att hänföra hela brottsligheten till en straffbestämmelse, vilken kan vara antingen den tidigare lagen som gällde då brottet fullbordades eller den nya straffbestämmelse som gäller då brottet avslutades. Dels är det möjligt att göra en uppdelning av brottsligheten. En konsekvens av det sistnämnda är att gärningsmannen kommer att dömas för två brott. Jareborg diskuterar frågan och konstaterar att man först måste ta ställning till konkurrensfrågan, dvs. avgöra vad som utgör en brottsenhet och ett brott, se Jareborg 2001 s. 137. Härav kan vi dra slutsatsen att en lagändring inte kan medföra att vad som annars skulle anses utgöra en brottsenhet, delas upp i flera sådana endast på grund av den omständigheten att lagen ändras. Vid fastställandet av efter vilken lag gärningsmannen skall dömas, lägger Jareborg avgörande vikt vid *när ett kontrollerat handlande skall anses vara avslutat*. Med kontrollerat handlande måste förstås detsamma som att gärningsmannen har förmåga och tillfälle att avbryta händelseförloppet (eller närmare bestämt det kausala skeende som hans handlande innebär). Som motivering härför anger han rättssäkerhetsskäl. Den omständigheten att ett resultat eller en effekt inträffar i tiden efter att det kontrollerade handlandet är avslutat bör inte få medföra en strängare bedömning. Motsatsvis gäller enligt Jareborg att om det kontrollerade handlandet pågår efter tidpunkten då lagen ändras, får gärningsmannen ta konsekvensen av detta, varvid hela brottsligheten hänförs till den nyare lagstiftningen. Se Jareborg 2001 s. 137. Liknande uppfattning möter vi äldre svensk rätt. Hagströmer angav att det avgörande för när ett brott skall anses vara förövat är "tidpunkten för själfva handlandet, icke tidpunkten för dess inverkan å den yttre världen". Hagströmer framhöll vidare att s.k. *fortsatt brott i inskränkt mening* (dvs. brottsenhet) i sin helhet skulle bedömas enligt den nya lagen så länge som någon del av det successiva handlandet "infaller under den nyare lagens tid". Om den nya lagen var strängare än den äldre, innebar detta att hela brottsligheten kunde komma att bedömas strängare. Vid *fortsatt brott i vidgad bemärkelse* gällde motsatsvis att varje brottsligt moment (vilka skulle bestraffas såsom om de utgjorde ett fortsatt brott enligt SL 4:3), skulle anses som förövat då gärningen företogs, se närmare Hagströmer 1901–1905 s. 70 f. Detta innebar i praktiken att man tillämpade en princip om uppdelning beträffande denna konkurrensform. Angående begreppen fortsatt brott i inskränkt mening och fortsatt brott i vidgad bemärkelse, se avsnitt 3.5.3.1.

[77] Följaktligen skall ett kollektivt straff bestämmas i efterhand enligt reglerna om reellt konkurrerande brott (StGB 54–55 §§) och inte enligt bestämmelserna om ideellt konkurrerande brott (StGB § 52), se Bringewat 1987 s. 166 ff.

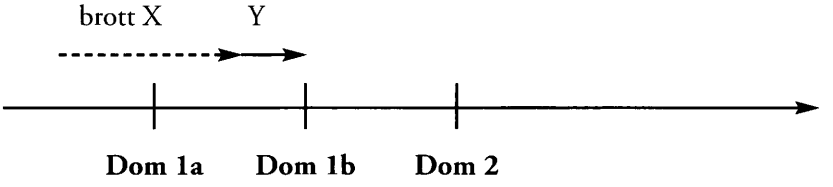
effekt om en viss del av brottsligheten bedöms enligt asperationsprincipen i förhållanden till en tidigare dom. Det är nämligen inte säkert att straffvärdet hos persevererande brottslighet ökar linjärt med tiden. Antag t.ex. att A skall dömas för innehav av narkotika, vilket pågått under 1 månad (dom 2). Vid förhandlingen framkommer att A redan har dömts för annan brottslighet, vilket skedde en vecka efter att narkotikabrottet fullbordades. Fråga uppkommer om narkotikabrottsligheten skall anses vara begången före eller efter dom 1. Om en uppdelning av den persevererande brottsligheten sker, skall en veckas innehav av narkotikan anses utgöra nyupptäckt brottslighet och tre veckors innehav (av samma narkotika) anses utgöra återfall.[78] Straffmätningen beträffande innehav av narkotikan under den första veckan skall relateras till en tidigare dom och straffvärdet beträffande innehav under tre veckor bedömas självständigt. Att man ger rabatt beträffande den första veckan torde inte påverka straffvärdet annat än marginellt i förhållande till den samlade brottsligheten. Man skulle också kunna uttrycka det som att straffvärdet i dessa situationer är mer eller mindre odelbart.

Ett rättsfall som kan utgöra utgångspunkt för en diskussion om en sådan konkurrensproblematik är NJA 1985 s. 544. Omständigheterna i fallet var följande: Två personer gjorde sig skyldiga till försök till grov stöld. Enligt gärningsbeskrivningarna hade de gemensamt och i samråd sedan i vart fall början på december månad 1984 förberett en stöld genom att anskaffa och framställa en falsk nyckel till en bil. Den 20 februari 1985 beredde de sig tillträde till bilen för att där stjäla värdefulla ädelstenar, vilka dock hade avlägsnats från bilen efter att ägaren hade förvarnats av polisen. Fara för brottets fullbordan ansågs vara utesluten av tillfälliga omständigheter.

Det i sammanhanget intressanta är att en av den tilltalade (A) under den aktuella perioden vid två tillfällen dömdes av domstol för annan brottslighet. Domarna meddelades dels under den period som förberedelsebrottet begicks, dels samma dag som försöksbrottet begicks. Vid det förstnämnda tillfället dömdes A till fängelse i 2 år och 6 månader (dom 1a). I den andra domen (dom 1b) dömdes A till fängelse i 4 månader. I den nya domen (dom 2) beaktade HD vid straffmätningen att den nya brottsligheten var begången innan de tidigare domarna hade börjat verkställas (BrB 34:3 st. 2). Tillämpningssituationen såg således ut på följande

[78] Notera att A endast döms för ett brott (ett innehav). Uppdelningen avser inte att göra de olika delarna till olika brott. I annat fall skulle intresset av en differentierad straffmätning leda till att gärningsmannen döms för två brott, vilket i praktiken skulle kunna leda till en straffskärpning.

vis. Den heldragna pilen utgör en tidsaxel. De övre pilarna markerar förberedelsen (brott X) respektive försöksgärningen (brott Y), vilka skall behandlas i dom 2. Streckad pil anger att utförandet av brott X pågår.



Enligt gällande rätt skall BrB 34:3 st. 2 tillämpas i förhållande till de tidigare domarna om brott X och Y är begångna innan de tidigare utdömda påföljderna började verkställas. Av denna anledning är det inte av något större intresse att avgöra om brotten är begångna före eller efter meddelandet av dom 1a respektive 1b. HD:s bedömning i rättsfallet har således ingen betydelse för min diskussion. I det följande används således endast de faktiska omständigheterna i NJA 1985 s. 544 för att illustrera hur gränsdragningen vid persevererande brottslighet kan blir problematisk samt hur den bör göras.

De för min undersökning intressanta omständigheterna är dels att det nya brottet (som är nyupptäckt) pågår under en längre tid och kommer att anses vara hänförligt till två olika domar, dels att den inledande fasen av brottsligheten (förberedelsen) konkurrerar med försöksbrottet.

Till att börja med påverkas den ovan diskuterade modellen med uppdelning av påföljdsbestämningen på olika domar inte av att det finns flera "tidigare domar". Under förutsättning att det är fråga om persevererande brottslighet, torde den enda skillnaden bli att man måste skapa flera påföljdsenheter, till vilka den nyupptäckta brottsligheten skall relateras. Att brottsligheten pågår under en längre period innebär emellertid inte att den skall bedömas som persevererande eller att gärningsmannen skall dömas för den. Enligt min uppfattning är det först nödvändigt att ta ställning till hur brottslighetskonkurrensen skall lösas. Anskaffandet av nyckel, framställningen av kopian samt innehavet utgör ett sådant befattningstagande med egendom som kvalificerar hela förfarandet (fram till att försökspunkten uppnås) som föreberedelse till grov stöld. Om försökspunkten anses vara nådd kommer brottslighetskonkurrensen att lösas genom att förberedelsebrottet konsumeras av det efterföljande försöks-

brottet.[79] Följaktligen skall A dömas endast för försök till grov stöld, vilket innebär att det enda brott beträffande vilket det blir aktuellt med en klassificering (som nyupptäckt brottslighet eller återfall) är försöksbrottet. Det kan ändock vara intressant att fundera över hur man skulle lösa situationen om brottet inte hade nått till försökspunkten eller om försöket inte hade uppfyllt lagens krav. I så fall hade förberedelsen pågått fram till dess att A greps. I det följande kommer jag att diskutera båda situationerna parallellt.

Om vi utgår från HD:s bedömning att den tilltalade hade begått försök till grov stöld, kommer detta brott som angivits ovan att konsumera förberedelsebrottet. Härigenom kvarstår endast ett brott, vilket domstolen måste avgöra om det är begånget före eller efter tidigare dom. Ett problem är att det finns flera tidigare domar.

Vad gäller dom 1a kan det konstateras att försök till grov stöld (brott Y) inte kan anses vara begånget före denna dom. Brott Y kan tidigast anses vara förövat vid tidpunkten då försökspunkten uppnås, vilket är efter meddelandet av dom 1a, varför brott Y utgör återfall i förhållande till denna dom. Vad som återstår att ta ställning till är om brott Y är begånget före eller efter dom 1b. Av vad som har framgått av omständigheterna, är brott Y begånget samma dag som domen meddelades. Domen kan antingen ha meddelats skriftligen eller avkunnats i anslutning till en huvudförhandling. Problemen är således dels att brottet (teoretiskt sett) kan begås under det att domstolen avkunnar eller meddelar domen, dels att det kan vara oklart när brottet begicks respektive när domen meddelades eller åtminstone när den kom till A:s kännedom.

Här ger de argument som jag tidigare anförde beträffande placeringen av brytpunkten ringa vägledning. Som vi kan erinra oss hävdade jag att det är först i samband med domens meddelande som något klander kommuniceras med gärningsmannen, varför denna tidpunkt bör utgöra gränsen mellan före och efter tidigare dom. Jag påstod vidare att det inte kan vara nödvändigt att gärningsmannen tar till sig det i domen förmedlade klandret eller att han ens är mottaglig att ta till sig detta, för att han skall anses förtjäna vad som uttrycks i domen. Om man låter frågan om när ny brottslighet skall utgöra återfall avgöras av tidpunkten för domens meddelande, spelar det ingen roll hur gärningsmannen reagerar på domen. Frågan som kvarstår är om A åtminstone måste känna till att han är dömd.

[79] Strahl anger att förstadier till brott i form av förberedelse till försök eller försök i förhållande till fullbordat brott konsumeras på grund av subsidiaritet (regelkonkurrens), se Strahl 1976 s. 426. Se även Jareborg 1995 s. 218 och Leijonhufvud & Wennberg 2001 s. 52.

Som jag ser det finns det två tumregler, vilka kan användas för att lösa konkurrensproblemet i dylika situationer. Den första tumregeln förutsätter att man accepterar att det klander som uttrycks i domen är enkelriktat från samhället mot gärningsmannen och samhället i övrigt. Man fäster såtillvida inget avseende vid om gärningsmannen har tagit till sig klandret, förstått innebörden av att han dömts eller på vilka grunder. Det sistnämnda är närmast en sociologisk eller psykologisk fråga som får avgöras på andra grunder. Så länge gärningsmannen vet att han har dömts eller att en dom kommer att meddelas en viss dag, föreligger inga problem att hävda att ny brottslighet begången efter denna tidpunkt utgör återfall och inte nyupptäckt brottslighet. Om A således varit närvarande vid förhandlingen, varefter domen avkunnats, utgör ett försöksbrott begånget senare under dagen återfall i konkurrenshänseende.

Denna regel kan kompletteras med en andra tumregel, vilken anger att om det är oklart huruvida brottet begicks före eller efter den tidigare domen, tolkas bestämmelsen till den tilltalades fördel.[80] Dvs. vid osäkerhet anses brottet vara begånget *före* den tidigare domen. Osäkerheten kan avse dels de situationer där det är oklart när brottet begicks (påbörjades, fullbordades eller avslutades), dels om det är oklart huruvida gärningsmannen överhuvudtaget haft kännedom om att domen meddelats.

Vid dessa förhållanden blir resultatet i det ovan diskuterade exemplet att om A var närvarande när domen avkunnades eller meddelades den 20 februari 1985 – eller i vart fall kände till att domen skulle meddelas vid detta tillfälle – och brottet är begånget efter denna tidpunkt blir hela brottsligheten att betrakta såsom återfall. I annat fall blir brottet att betrakta såsom nyupptäckt.

För det fall att domstolen har nått slutsatsen att endast förberedelse till grov stöld har begåtts, blir bedömningen liknande. De nämnda tumreglerna kan användas även i detta fall. Vissa ytterligare problem uppstår dock för det fall att den nya brottsligheten består i förberedelse, vilken pågår under en längre tid. Vad som skiljer situationerna åt är att förberedelsebrottet, till skillnad från försöksbrottet, är begånget såväl före som efter dom 1a. För att kunna avgöra om mängdrabatt skall ges i förhållande till dom 1a, måste man enligt min mening skilja mellan vilken typ av persevererande brottslighet som förberedelsebrottet utgör. Man kan å ena sidan tänka sig att de huvudsakliga gärningsmomenten i tiden är hänförliga till tiden före dom 1a. Om vi antar att gärningsmännen beslutade sig för att begå brottet, anskaffade nyckeln och framställde kopian före meddelandet av dom 1a, bestod brottet därefter främst i en underlåtenhet att avbryta förberedelsen. Vid dessa omständigheter är det inte orimligt att

[80] En sådan in dubio-regel finns i tysk rätt, se LK-Rissing-van Saan 1999 s. 131.

anse den huvudsakliga straffvärda delen av förberedelsebrottet såsom begången före den tidigare domen. Vilken dom som skall utgöra brytpunkt mellan nyupptäckt brottslighet och återfall när det som i exemplet finns flera, bestäms utifrån när förberedelsegärningarna anses vara begångna. Den tidsmässigt sett närmast liggande domen i förhållande till de brottsliga gärningarna kommer att utgöra "tidigare dom". Såtillvida anser jag att man borde låta varje ny dom utgöra slutet på ett intervall inom vilket mängdrabatt ges i förhållande till den i domen aktuella brottsligheten (Zäsurwirkung).[81]

Om man å andra sidan antar att gärningsmännen inför det förestående försöksbrottet den 20 februari 1985 på nytt vidtog ett antal gärningar som ingick i förberedelsen (vilket de faktiskt gjorde), kan det vara mer lämpligt att anse brottsligheten såsom begången före dom 2. I så fall skall mängdrabatt ges i förhållande till denna dom. Om det är möjligt bör, som Matningsdal anger, en uppdelning ske. Det finns nämligen vissa problem med att, i enlighet med vad Bringewat anser, avstå från att åtminstone försöka göra en uppdelning av de brottsliga momenten då straffmätningen skall göras.

Om domstolen skulle vara tvungen att välja huruvida hela den persevererande brottligheten är begången före eller efter dom, kan besvärliga bevisproblem uppkomma, vilket kan leda till orättfärdiga rabatteffekter. Antag t.ex. att en tilltalad invänder att viss brottslighet som han skall dömas för påbörjades lång tid före det att åklagaren fick kännedom om brottet och att brottet tidsmässigt sett fullbordades före en tidigare dom. I så fall bör mängdrabatt ges vid straffmätningen i förhållande till den tidigare domen. Vid dessa förhållanden erkänner gärningsmannen följaktligen att brottet har begåtts under längre tid än vad åklagaren vill medge i syfte att förmå domstolen att beakta att en tidigare dom vid straffmätningen. Under dessa omständigheter måste åklagaren bevisa att brottet fullbordades *efter* den tidigare domen. Vid många brottstyper kan det vara svårt att bevisa exakt när brottet fullbordades. Vid åtal för t.ex. innehav av narkotika torde det vara svårt att bevisa exakt när narkotikan anskaffades. Det klandervärda i brottet ligger främst i själva innehavet eller handhavandet med narkotikan efter att den hamnade i gärningsmannens besittning. Detsamma gäller förberedelsebrott. Om åklagaren lyckas visa att någon med uppsåt att utföra brott har skaffat vapen, rånarluva och väktaruniform, kan det vara svårt att bevisa när dessa föremål anskaffades. Det är inte rimligt att den dömde skall ges mängdrabatt enbart på grund av ett påstående att brottet fullbordats före en tidigare dom. Om man, i den utsträckning det är möjligt, använder sig av en upp-

[81] Se avsnitt 7.5.5.

delning, kan straffmätningen nyanseras så att den del av brottsligheten som ostridigt är begången efter tidigare dom bedöms som återfall (dvs. att ingen mängdrabatt ges).

Sammanfattningsvis kan sägas att brytpunkten för när en gemensam straffmätning skall göras bör dras vid meddelandet av dom. Med hjälp av de nu diskuterade tumreglerna kan olika komplicerade brottstyper hänföras antingen till tidpunkten före eller efter dom. Alternativt kan brottsligheten – i den utsträckning som detta är möjligt – delas upp i samband med straffmätningen, så att principen om mängdrabatt tillämpas på den del av brottsligheten som ligger i tiden före tidigare dom, men inte på den del som ligger i tiden därefter.

Det går inte att undvika att vad som skall utgöra "före" respektive "efter" dom i viss mån bestäms godtyckligt. Detta beror på att man hänger upp brytpunkten vid ett bestämt tillfälle som i sin tur kan bestämmas med en exakthet av nästintill minutiös precision.[82] Den dömde upplyses vid huvudförhandlingens avslutande eller genom meddelande från domstolen om när domen kommer att meddelas. Huruvida detta kan beskrivas som kännedom om att klander kan komma att förmedlas kan diskuteras. Om man vill undvika att domstolar i varje enskilt fall i efterhand skall pröva om ett åtal hade kunnat prövas i en tidigare rättgång och istället föredrar en fast punkt där man upphör att betrakta brottsligheten som nyupptäckt, är det förmodligen ofrånkomligt att gränsdragningen måste göras på ett konstlat sätt. Jag har valt att placera denna brytpunkt utifrån dels tidpunkten för klanderkommunikationen, dels en ambition att undvika att konkurrensregleringen hamnar i konflikt med återfallsregleringen. Det finns emellertid ingen "naturlig" exakt tidpunkt då klandret förmedlas. I vart fall utgör den av mig gjorda preciseringen ingen nödvändig följd av rättviseargumentet. Det handlar istället främst om att hitta en naturlig punkt för när asperationsprincipen *inte* längre bör vara tillämplig. Den konstlade formella gränsdragningen vid domens meddelande bidrar i vart fall till att lösa vissa materiella problem. Däremot är det inte oväsentligt att bestämmelserna tolkas på ett entydigt sätt och att tolkningarna bygger på någon sorts skäl. Detta innebär att teoretiskt skulle brytpunkten likaväl kunna placeras vid huvudförhandlingen.

8.4.2 Betydelsen av att en dom överklagas

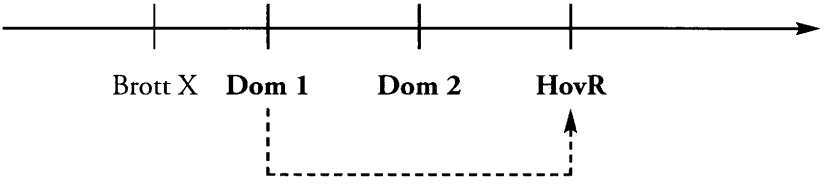
Den hittills beskrivna modellen kan kompliceras av det faktum att den första domen överklagas till överrätt och att nyupptäckt brottslighet – i den mening som jag ovan angivit – aktualiseras före den tidigare domen slut-

[82] Oftast meddelas domar ett bestämt klockslag genom att hållas tillgängliga på domstolens kansli.

ligen prövas i överrätt. Tillämpningssituationerna kan komma att variera beroende på om brottsligheten är begången före eller efter den första domen.

Matningsdal behandlar den nu diskuterade situationen och uppställer fyra olika typfall. Lösningsanvisningarna enligt norsk rätt är endast av begränsad vägledning för hur en svensk modell bör utformas. Detta beror på att vissa av skälen för de norska lösningarna är avhängiga dels processuella regler, dels utformningen av den norska lagtexten. I en diskussion de lege ferenda utifrån svenska förhållanden är man inte bunden av dessa omständigheter. Däremot är typfallen av principiellt intresse. Den norska lösningen av respektive problem kommenteras löpande i det följande. Typfallen ser ut på följande sätt. I illustrationerna utgör den heldragna pilen en tidsaxel. Brott X utgör det nya brottet som skall behandlas i dom 2. Det skall erinras om att den nya brottsligheten kan vara flerfaldig. Streckad pil anger att dom 1 har överklagats. För enkelhetens skull utgår jag från att HovR utgör den överprövande överrätten.

Typfall 1



Typfall 1 utgör en klassisk situation med nyupptäckt brottslighet. Brottet är begånget före den tidigare domen och den gällande principen – i såväl norsk rätt som den av mig skisserade modellen – är att den tilltalade i dom 2 inte skall erhålla ett strängare straff än om brottsligheten hade bedömts tillsammans den brottslighet som varit föremål för bedömning i dom 1. Enligt den modell jag har skisserat i detta kapitel skall en gemensam straffskala för den samlade brottsligheten konstrueras och vid straffmätningen skall mängdrabatt ges.

Två frågor kan uppkomma i dylika situationer. För det första måste man ta ställning till om det spelar någon roll om asperationsprincipen beaktas i dom 2 eller i samband med att dom 1 slutligen avgörs i överrätt. För det andra måste man bestämma huruvida det skall spela någon roll om dom 1 har vunnit laga kraft eller inte.

Beträffande norsk rätt konstaterar Matningsdal att det för frågan om asperationsprincipen skall tillämpas i dom 2 inte är av betydelse huruvida

dom 1 har vunnit laga kraft.[83] Således skall i dom 2 hänsyn tas till dom 1 även om denna dom har överklagats. Jag är enig med Matningsdal om att denna princip – om möjligt – bör tillämpas. Det väsentliga är emellertid inte om dom 1 har vunnit laga kraft eller huruvida asperationsprincipen bör tillämpas i dom 2 eller då dom 1 slutligen avgörs i HovR. Huvudsaken är att asperationsprincipen tillämpas vid något av dessa domstillfällen när brottsligheten tidsmässigt sett är att hänföra till perioden som utgör "före dom". Enligt min uppfattning skall i fall där mängdrabatt har givits vid straffmätningen i dom 2 – och den överklagade dom 1 således avgörs efter denna – inte asperationsprincipen tillämpas på nytt av HovR. Detta skulle leda till att mängdrabatt ges två gånger. Motsatsvis skall asperationsprincipen tillämpas i HovR om domstolen vid straffmätningen i dom 2 inte har beaktat TR:s bedömning i dom 1. Huvudprincipen är således enkel. Asperationsprincipen skall tillämpas vid straffmätningen av den samlade brottsligheten, dock endast av en av domstolarna.

Man kan emellertid tänka sig att situationen förändras genom att den dömde sedermera i HovR frikänns från den brottslighet för vilken han dömts i TR. Konsekvensen blir att straffmätningen i dom 2 har kommit att bli alltför generös eftersom domstolen i den domen har beaktat brottslighet, vilken den tilltalade sist och slutligen inte dömts för. Matningsdal anger att detta i så fall har det skett till den tilltalades fördel. Rättspraxis i Norge har accepterat konsekvensen att den slutliga totala straffmätningen baserar sig på omständigheter som senare har kommit att ändras.[84] En sådan ordning kan emellertid leda till problem med proportionalitetsprincipen eftersom gärningsmannen erhåller en alltför generös rabatt. Syftet med regleringen är att undvika att den dömde drabbas av en *strängare* bedömning än vad han skulle ha gjort vid en gemensam bedömning. Om nu förstainstansens bedömning av dom 1 ändras, borde detta även påverka påföljdsbestämningen i dom 2. Den dömde har annars erhållit en *lindrigare* bedömning än vad som annars skulle ha blivit fallet.

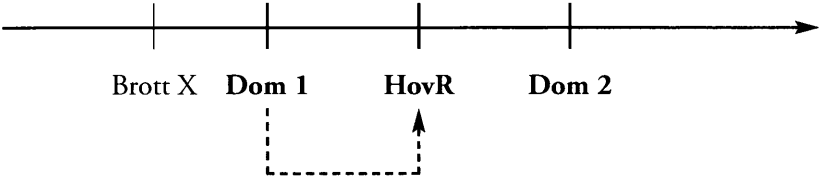
Frågan har också diskuterats i den danska doktrinen. Blok anser att de nu omtalade situationerna utgör ett argument för att mängdrabatt i förhållande till en tidigare dom bör ges i den instans som slutligen avgör målet. Han anger att danska SL § 89 inte kan användas i dom 2 när den tidigare domen har överklagats "fordi det jo kan tænkes, at tiltalte bliver frifundet vedrørende forhold 1 i ankeinstansen".[85] Argumentet har visst

[83] Matningsdal 1985 s. 569. Matningsdal anger att det inte borde finnas några principiella problem med att tillämpa norska SL § 64, men anför här att praxis i denna fråga är splittrad. Nyare praxis talar för att asperationsprincipen bör tillämpas i överrätten om den inte har beaktats i dom 2, se Matningsdal & Bratholm 2003 s. 564 och Rt. 2002 s. 1591.
[84] Matningsdal 1985 s. 569.
[85] Blok 1985 s. 242.

fog för sig. Det innebär emellertid att ett krav på laga kraft i praktiken skulle införas för möjligheten att använda asperationsprincipen i senare rättegångar. En regel av nu angivet slag innebär att det alltid kommer att ankomma på överrätten att göra den gemensamma straffmätningen. Det löser emellertid inte problemet med att domar i efterhand kan komma att behöva korrigeras. Antag t.ex. överklagandet av dom 1 återkallas efter att dom 2 har avgjorts.

Konsekvenser av nu diskuterat slag kan enkelt korrigeras genom en bestämmelse som anger att straffmätningsfrågan i dom 2 under vissa omständigheter på nytt skall prövas i domstol (BrB 34:10 st. 1).

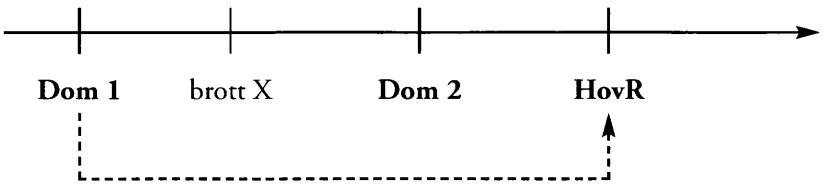
Typfall 2



Typfall 2 består i en situation som utgör ett specialfall av typfall 1. Vad som skiljer fallen åt är att dom 2 avgörs efter att dom 1 slutligen har avgjorts i HovR. Eftersom varken TR i dom 1 eller HovR i samband med överprövningen av denna dom, har kunnat beakta den tidigare brottsligheten – som märk väl är begången *före* dom 1 – måste mängdrabatt ges när domstolen i dom 2 dömer för den nyupptäckta brottsligheten. Om brott X är utan nämnvärd betydelse för den samlade brottslighetens straffvärde, finns möjligheten att åklagaren meddelar åtalsunderlåtelse efter att dom 1 slutligen har avgjorts förutsatt att kriterierna härför i övrigt är uppfyllda.

De följande typfallen 3 och 4 skiljer sig från de nu behandlade på det sättet att brottsligheten är begången *efter* att den tidigare brottsligheten har blivit föremål för TR:s dom i dom 1. Vad som komplicerar bilden är att dom 1 har överklagats. De frågor som uppkommer är dels om detta bör påverka bedömningen av vad som utgör "före dom", dels om det bör spela någon roll i vilken ordning som målen avgörs, dels om det bör spela någon roll huruvida den överklagade domen har vunnit laga kraft eller inte.

Typfall 3



I typfall 3 uppkommer frågan huruvida det faktum att den tidigare domen är överklagad kan ha någon inverkan på bedömningen när den nya brottsligheten bedöms i dom 2. Enligt vad jag har sagt tidigare, borde detta inte kunna bli fallet. Brottet är begånget efter dom 1 och således finns det ingen anledning att tillämpa asperationsprincipen i förhållande till den redan avdömda brottsligheten. Om den nya brottsligheten är flerfaldig, skall naturligtvis asperationsprincipen tillämpas i förhållande till den i dom 2 aktuella brottsligheten. I övrigt kan det inte betraktas som en tillfällighet att man i dom 1 inte kan tillämpa principen om gemensamt straff i förhållande till den tidigare brottsligheten. Brottsligheten är begången efter den utpekade brytpunkten och utgör således återfall.

Matningsdal anger att enligt norsk rätt torde principen om gemensamt straff knappast vara tillämplig beroende på att situationen faller utanför lagens ordalydelse.[86] Däremot utesluter han inte möjligheten att i dessa fall ändock tillämpa asperationsprincipen. Detta skulle kunna ske genom en analogi till de situationer där principen är tillämplig.[87] Vidare väcker han tanken att man kan tolka uttrycket "före domen" som *före domen slutligen avgörs*, dvs. efter överrättens prövning.[88] Vid HovR:s prövning av dom 1 skall frågan om brott X har begåtts före domen relateras till dom 2. Eftersom dom 1 slutligen avgörs senare, blir dom 2 den "tidigare" domen.

Ingen av dessa lösningar anser jag vara systematiskt tilltalade. Att tolka "före domen" med utgångspunkt från tidpunkten för HovR:s dom får till följd att ordningsföljden på domarna kastas om. Det innebär dock inte att tidpunkten för brottet ändras. Det nya brottet är likväl begånget *efter* tidigare dom. Vad gäller frågan om analogisk tillämpning, finns i straff-

[86] Matningsdal 1985 s. 570. Även Andenæs anger att principen i norska SL § 64 inte torde vara tillämplig i dessa fall, se Andenæs 2004 s. 451. Viss oklarhet i rättsläget rörande denna fråga har undanröjts genom Rt. 2001 s. 1606.

[87] Även Gripne anger att det i Høyesteretten förekommer att principen bakom norska SL § 89 och § 64 används indirekt, dvs. analogt, se Gripne 1987 s. 100 f.

[88] Matningsdal 1985 s. 570.

rätten visserligen inget uttryckligt förbud mot analogislut till den dömdes fördel. Däremot förutsätter en analogisk tillämpning att det finns goda skäl att behandla ett fall som inte faller inom tillämpningsområdet för en bestämmelse på samma sätt som om bestämmelsen hade varit tillämplig. Vad vi söker är i så fall ett likhetskriterium som motiverar att det är rimligt att samma rättsföljd inträder i det analoga fallet som om lagen hade varit direkt tillämplig.[89] Här uppstår dock ett problem. Vilka är dessa goda skäl?

I avsnitt 5.3.2.1 angav jag att skälen för varför asperationsprincipen skall tillämpas generellt på straffmätningsnivån är att *humanitetsprincipen* anger att vi bör begränsa straffskalorna vid bedömning av flerfaldig brottslighet som föreligger till bedömning samtidigt, att *proportionalitetsprincipen* anger att mängdrabatt ges i syfte att kunna rangordna brottskombinationer inom den begränsade straffskalan och att *likabehandlingsprincipen* anger att de båda tidigare principerna tillämpas på alla som vid ett tillfälle skall dömas för flerfaldig brottslighet. Vad gäller de iterativa tillämpningssituationerna är skälen för att tillämpa motsvarande principer främst baserade på rättviseargumentet, där tidpunkten för då principerna skall användas preciseras med hjälp argumentet om kommunikation av klander samt förhållandet till återfallsregleringen.

På vilket sätt liknar då ett återfall de situationer där asperationsprincipen är tillämplig? Jag kan inte se att det finns goda skäl att behandla brott som utgör återfall på samma sätt som nyupptäckt brottslighet, såvida man inte är beredd att utsträcka humanitetsprincipen och reglerna om begränsning av straffskalor längre än vad som följer av BrB 26:2 och BrB 25:6. Hävdar man att humanitetsprincipen bör utsträckas på detta sätt, är man tillbaka till den nuvarande regleringen i svensk rätt. En sådan ordning är mycket svår att motivera annat än på individualpreventiva grunder. Dessutom upplöser man betydelsen av straffskalor och ger proportionalitetsprincipen en diffus innebörd. Straff skall i så fall inte längre mätas ut med hänsyn till den i målet aktuella brottslighetens straffvärde eller i förhållande till brott som hade kunnat ingå i en sådan bedömning. Det kan finnas vissa skäl att beakta effekterna i form av repressionsökning av att mängdrabatt inte skall ges vid straffmätningen. Den av mig förordade modellen kommer att leda till att mängdrabatt kommer att kunna ges i mindre utsträckning än vad som är fallet med dagens reglering. Det är emellertid inte säkert att problem med en för hög repressionsnivå skall lösas genom konkurrensregleringen. Jag har svårt att se att en lösning med analogisk tillämpning skulle lösa något av de tidigare berörda (ideo-

[89] Om analogier och likhetsbedömningar, se närmare Frändberg 1973 kap. 4 och Andersson 2003.

logiska, praktiska eller systematiska) problemen med den svenska ordningen. Jag återkommer till denna fråga i avsnitt 8.6.2.

Typfall 3 kan modifieras på ett avgörande sätt, vilket kan ge upphov till att frågan om mängdrabatt kan komma att besvaras annorlunda. Man kan nämligen tänka sig att A frikänns i första instans.

Om den tilltalade frikänns i TR (dom 1), har inget klander förmedlats till den tilltalade. Om han begår ett nytt brott och döms för detta (dom 2), kan inte heller den tidigare domen medföra att det nya brottet anses utgöra återfall. Det spelar för det nu sagda ingen roll om åklagaren har överklagat dom 1. Om de tidigare hjälpargumenten avseende domens kommunikativa funktion och relationen till återfallsregleringen skall vara avgörande, borde inte brytpunkten för vad som utgör den "tidigare domen" vid de nu angivna förhållandena kunna dras vid dom 1. Om den överklagade dom 1 ändras i HovR, och den tilltalade fälls till ansvar för brottet, kommer den i detta mål behandlade brottsligheten (brott X) att vara begången *före* tidigare dom. Med "tidigare dom" avses då den senaste dom i vilken klander (senast) har kommunicerats. Med denna tolkning blir slutsatsen att om dom 1 i TR är frikännande, kommer TR:s dom 2 att bli det första tillfälle då klander förmedlas, varför dom 2 utgör brytpunkten för när principen om gemensamt straff skall användas på brottsligheten som den tilltalade döms för i HovR. Eftersom denna brottslighet är begången före dom 2, skall asperationsprincipen tillämpas vid straffmätningen. I så fall måste vi ytterligare precisera uttrycket "före tidigare dom" till "före tidigare *fällande* dom".[90]

Mot detta kan emellertid invändas att det inte är någon tillfällighet att brottsligheten i dom 1 inte har prövats i dom 2. Åtalet har ju de facto prövats i dom 1. Ett alternativt synsätt är således att utgå endast från det tidigare diskuterade huvudskälet för att reglera påföljdskonkurrens i iterativa tillämpningssituationer, dvs. rättviseargumentet. Problem av det nu aktuella slaget, där en tilltalad frikänns för ett brott löses i så fall utan stöd av de båda hjälpargumenten. Det ligger något systematiskt tilltalade i denna lösning eftersom man annars låter hjälpargumenten för brytpunktens närmare placering helt sätta rättviseargumentet ur spel.

Om man anser att det krävs att den tilltalade har dömts i dom 1 för att denna dom skall utgöra brytpunkt för när en gemensam bedömning skall göras, skulle det vidare uppstå helt olika resultat beroende på om den tilltalade frikänns i TR eller HovR.[91] Om den tilltalade frikänns i dom 1 och därefter döms i dom 2, kommer dom 2 att vara den första dom som klan-

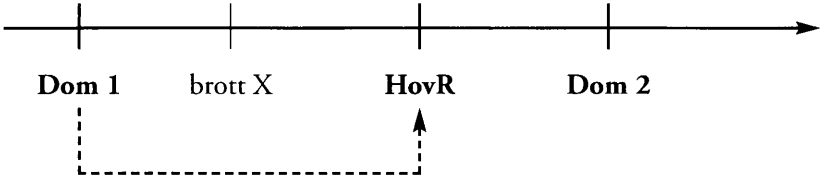
[90] Jag uppfattar att Blok är av denna mening, se Blok 1985 s. 242 f.

[91] För att undvika missförstånd vill jag understryka att frågan endast aktualiseras om den tilltalade i det första målet (dom 1) fälls till ansvar antingen i TR eller HovR.

der kommuniceras i och där den dömde upplyses om att mängdrabatt inte kommer att ges på ny brottslighet begången efter denna tidpunkt. Om HovR sedermera ändrar dom 1 och dömer den tilltalade, kommer den i dom 1 aktuella brottsligheten att vara begången före den "tidigare domen" (dvs. dom 2), varför mängdrabatt skall ges. Om däremot den tilltalade i dom 1 döms i TR, men frikänns i HovR, kommer ingen rabatt att ges i förhållande till dom 2.

Huruvida den tilltalade frikänns i dom 1 eller i dom 2 måste betraktas som en tillfällighet, vilken inte bör ges någon betydelse för om mängdrabatt skall ges vid straffmätningen. Eftersom rättviseargumentet är huvudskälet till den föreslagna regleringens utformning, och brott X är begånget efter denna doms meddelande (trots att domen är frikännande och därför aldrig hade kunnat behandlas inom ramen för den tidigare rättegången) bör asperationsprincipen inte tillämpas vid straffmätningen i dom 2. En annan fråga är om återfallsskärpning borde vara möjlig i dom 2. Med hänsyn till avhandlingens avgränsning och utgångspunkter, saknas anledning att närmare gå in på denna frågeställning.

Typfall 4



Till sist skall behandlas den situationen att dom 1 avgörs slutligt innan den nya brottsligheten prövas i domstol (dom 2). Mot bakgrund av vad jag har sagt om situationen i typfall 3 kan jag inte se att bedömningen blir annorlunda på grund av att dom 1 slutligen har avgjorts i HovR. Frågan om ordningsföljden som domarna ges i och huruvida de har vunnit laga kraft är inte av betydelse för de skäl som finns att tillämpa asperationsprincipen.[92]

[92] Det skall här noteras att Matningsdal för ett delvis annat resonemang med utgångspunkt från de norska reglerna om överklagande (*anke* respektive *begæring om fornyet behandling*) och utformningen av de aktuella bestämmelserna i norska SL rörande gemensamt straff. Beträffande villkorliga straff (*betinget dom*) gäller enligt norska SL § 53 att brytpunkten dras vid prövotidens början. Eftersom dessa bestämmelser inte är av betydelse för en principiell diskussion om den svenska konkurrensregleringens utformning avstår jag från att närmare kommentera dessa slutsatser. Se närmare Matningsdal 1985 s. 570 ff. och Matningsdal & Bratholm 2003 s. 564 f.

Detta leder till en sista slutsats. Om den ovan skisserade principen tillämpas konsekvent – dvs. att brottslighet "före tidigare dom" alltid syftar till den tidsperiod som ligger före det att brottsligheten första gången avdömdes – bör inte asperationsprincipen och principen om gemensamt straff tillämpas då flera olika överklagade mål handläggs tillsammans i HovR. Om så sker, kan nämligen hela gränsdragningen mellan nyupptäckt brottslighet och återfall sättas ur spel. Antag t.ex. att A begår ett brott (X) och döms i TR (dom 1). Domen överklagas. Innan HovR hinner avgöra målet begår A ett nytt brott (Y) och döms på nytt av TR (dom 2). Om A överklagar även denna dom, finns det en möjlighet att målen kommer att handläggas gemensamt i HovR. Vad som nu har beskrivits är emellertid en klassisk återfallssituation. Den dömde begår brott efter tidigare dom och döms särskilt. På grund av den av HD uttryckta principen i NJA 1975 s. 691 finns det emellertid möjlighet att principen om gemensamt straff ändock skall tillämpas. En ny gemensam påföljd skall i HovR utdömas enligt BrB 30:3 st. 1, varvid den tidigare gränsdragningen i förhållande till "tidigare dom" kommer att upphöra.

Som jag angav i avsnitt 6.2.3 framgår av opublicerad praxis att det – trots NJA 1975 s. 691 – är vanligt att man i HovR tillämpar BrB kap. 34 på dessa situationer. Om man vidare utgår från det tidigare gjorda påpekandet att man i domstolar är restriktiv med att tillämpa asperationsprincipen när det är fråga om återfall efter tidigare dom (men innan verkställigheten av påföljden har påbörjats) blir slutsatsen att den av HD stadgade principen inte alltid följs i HovR. I vart fall torde man kunna befara att en viss oenhetlighet i rättstillämpningen finns. Det skäl som RÅ anförde för att gemensamt straff skulle användas i dylika situationer var att den rättspolitiska grunden bakom stadgandet var att domstolen skulle ådöma "den mest lämpade påföljden" vad gäller påföljdens art och längd. Det kan konstateras att den princip HD angav i NJA 1975 s. 691 föranleder samma kritik som jag ovan har riktat mot regleringen i BrB kap. 34. Intresset av att finna den mest lämpliga påföljden bygger på ett individualpreventivt synsätt. Om man skall förlägga den relevanta brytpunkten vid den tidigare domen, blir min slutsats att HD:s avgörande i NJA 1975 s. 691 fortsättningsvis inte bör tillmätas någon betydelse. Principen om gemensamt straff och BrB 30:3 st. 1 bör inte tillämpas i HovR endast på grund av den tillfälligheten att de överklagade målen kommer att handläggas i samma HovR. Det kan för övrigt sägas att det är en slump huruvida en gemensam handläggning överhuvudtaget aktualiseras, både vad gäller om målen förenas och om det råkar vara till samma HovR som målen överklagas, vilket reser ytterligare frågetecken om den i rättsfallet stadgade principen är berättigad.

8.4.3 Kombinationsfall av nyupptäckt brottslighet och återfall

Om man skulle acceptera vad jag har sagt ovan, kommer en relativt tydlig gräns för när asperationsprincipen skall tillämpas i iterativa tillämpningssituationer att dras vid dom 1. All nyupptäckt brottslighet skall behandlas som om den hade varit föremål för prövning i dom 1. Detta får främst betydelse för straffmätningsnivån. Straffskalan kommer att begränsas för den brottslighet som i tiden är hänförlig till perioden före dom 1. På samma sätt skall mängdrabatt ges i förhållande till den då aktuella brottsligheten. Samtidigt står det klart att det i dom 2 – vid sidan av den nyupptäckta brottsligheten – kan förekomma brottslighet som utgör återfall. Frågan är då hur denna skall behandlas.

I praktiken uppkommer här ingen skillnad mot vad som gäller idag då domstolen handlägger ett mål där det förekommer brottslighet begången dels innan den tidigare påföljden började verkställas, dels därefter. Den enda skillnaden blir att man har flyttat den relevanta tidpunkten för när brottslighet skall betraktas som nyupptäckt respektive återfall. Domstolen måste således fortfarande konstruera separata straffskalor för den nyupptäckta brottsligheten respektive den brottslighet som utgör återfall. Vid straffmätningen av den sistnämnda brottsligheten ges, under förutsättning att det är fråga om flerfaldig brottslighet, mängdrabatt dessa brott emellan.[93]

Att man flyttar brytpunkten påverkar inte heller det förhållandet, att något nytt gemensamt straff inte skall utmätas för dom 1 i förhållande till dom 2. Straffmätningen sker således separat för respektive brott, varvid domstolen vid tillämpning av asperationsprincipen relaterar till olika brottskombinationer. Om ett nytt gemensamt straff därefter skulle bildas av de båda straffen, skulle man däremot i praktiken ge rabatt två gånger.

8.5 Val av lösningsalternativ

8.5.1 Inledning

Den viktigaste slutsatsen i detta kapitel är att en konkurrensreglering avseende straffmätning i iterativa tillämpningssituationer bör begränsas till att avse *nyupptäckt brottslighet*. En inskränkning av konkurrensregleringen i detta avseende innebär dock inte att man kan avstå från att ta ställning till konkurrensproblem när gärningsmannen skall dömas för

[93] Huvuddelen av tysk doktrin är av samma mening när det gäller kombinationsfall av nyupptäckt brottslighet och återfall, se Bringewat 1987 s. 169 f.

brott som utgör återfall. Som sagts tidigare innebär inte avsaknaden av en konkurrensreglering att konkurrens mellan påföljder inte uppstår.[94] Att utelämna återfallsbrottslighet från regleringen skulle dock innebära att konkurrensproblem blir enkla att lösa. De fall som inte omfattas av regleringen kommer – precis som idag – att lösas genom att domstolen i en särskild dom bestämmer påföljd för den nya brottsligheten, varefter påföljderna kumuleras. Detta skall dock inte ske med stöd av BrB kap. 34. Eventuella problem med en obegränsad kumulation flyttas till verkställighetsnivån.

Det finns emellertid vissa skäl för att inte förespråka fullständig kumulation av straff och andra påföljder och att hävda att det bör finnas en reglering för hur återfall skall hanteras i iterativa tillämpningssituationer. Ett första uppenbart skäl är att den nya brottsligheten kan bestå i kombinationsfall av nyupptäckt brottslighet och återfall. En framtida reglering måste kunna hantera sådana kombinationer. Alternativet att endast låta konkurrensregleringen avse nyupptäckt brottslighet skulle medföra att olika påföljder måste bestämmas separat för brott begångna före respektive efter tidigare dom. Härigenom skulle olika tillämpningssituationer uppstå i samma mål. En sådan ordning skulle vara otymplig och i praktiken leda till att man införde modellen med kollektivt straff. De huvudsakliga skälen för att begränsa tillämpningsområdet till nyupptäckt brottslighet hänför sig till straffmätningsnivån. En begränsning av regleringen på straffmätningsnivån behöver inte påverka – eller påverkas av – frågan huruvida återfallsbrottslighet kan behandlas inom ramen för en reglering av konkurrens i iterativa tillämpningssituationer vid val av påföljd.

Ett andra skäl för att ha en konkurrensreglering som inte helt utesluter återfallsbrott är att jag i avsnitt 7.4 har hållit möjligheten öppen för att det i vissa fall kan vara befogat att undanröja en tidigare påföljd i just återfallssituationer. I det följande kommer jag att tydligt skilja mellan nyupptäckt brottslighet och återfall.

8.5.2 Vilka lösningsalternativ bör finnas i BrB kap. 34?

Trots att jag i kapitel 7 riktade delvis stark kritik mot reglerna om såväl konsumtionsdom som ny gemensam dom, har jag inte explicit angivit om jag anser att dessa lösningsalternativ helt bör tas bort och ersättas med något annat eller modifieras i något väsentligt avseende. Min kritik riktar sig främst mot utformningen av de olika bestämmelserna som närmare anger förutsättningarna för att använda respektive lösningsalternativ och mot konsekvenserna som följer av den nuvarande regleringen. Det finns

[94] Se avsnitt 1.2.3.

därför anledning att säga något om hur jag ser på frågan om vilka lösningsalternativ som bör finnas i BrB kap. 34.

Vad gäller de fall där en konsumtionsdom innebär en fullständig absorption kan det från proportionalitetssynpunkt visserligen invändas att det inte är förenligt med proportionalitetsprincipen att gärningsmannen inte får något ytterligare straff trots att han döms för ny brottslighet. Skälen mot konsumtionsdom blir givetvis starkare om det är fråga om återfallsbrottslighet eftersom mängdrabatt inte bör ges vid straffmätningen. Mot att konsumtionsdom utgör ett problem talar att det i dessa fall är fråga om brottslighet som vid en straffvärdebedömning inte skulle föranleda någon kvalitativ skillnad vid påföljdsbestämningen och att det många gånger är möjligt att meddela åtalsunderlåtelse (RB 20:7 p. 3).[95] Men från principiell synvinkel kommer man inte ifrån att en konsumtionsdom framstår som diskutabel om man tar intresset av straffvärdeproportionalitet på allvar.

Om det istället är fråga om konsumtionsdom som förenas med olika tilläggssanktioner, är det inte fråga om fullständig absorption. Att välja konsumtionsdom i dessa fall innebär att den gamla påföljden kommer att modifieras, varigenom den nya brottslighetens straffvärde kommer till uttryck genom tilläggssanktionen. Min slutsats i kapitel 7 var att det i många fall i praktiken inte behöver finnas något som förenar påföljdsmomenten i den tidigare domen och konsumtionsdomen. Tilläggssanktioner, tilläggsföreskrifter och ny övervakningsperiod kan, på grund av att prövotiden kan förlängas, i det närmaste uppfattas som en (ny) självständig påföljd.[96] I många avseenden är konsumtionsdom dessutom en onödigt komplicerad lösning på konkurrensproblemet. Man kan uppnå i princip identiska resultat genom att döma särskilt till ny påföljd av samma slag. Den överlappning som uppstår om man dömer särskilt för den nya brottsligheten består främst i dubbla prövotider. Frågan är om detta kan få någon betydelse för påföljdsbestämningen. Vad som aktualiseras är främst återfallsregleringen och betydelsen av att ny brottslighet aktualiseras under pågående prövotid.

Med den syn på återfall som jag har redovisat i avsnitt 6.4 ser jag inga problem med att den dömde parallellt verkställer flera påföljder av samma slag. Om ny brottslighet aktualiseras under prövotiden och återfallet anses böra ha inverkan på påföljdsbestämningen, påverkas bedömningen främst av antalet brott, tiden mellan brotten, huruvida brottsligheten är allvarlig i båda fallen samt om brottsligheten är likartad.[97] Huruvida gärningsmannen verkställer en påföljd (vilken fungerat som utgångspunkt för

[95] Se avsnitt 7.2.2.2.
[96] Se avsnitt 7.2.4.
[97] Se bl.a. Jareborg & Zila 2000 s. 129 och 143, NJA 1995 s. 35 och KBrB III 30:26.

konsumtionsdom) eller flera påföljder av samma slag torde inte ha någon betydelse för om – och i så fall hur – återfallet skall beaktas. Huruvida konsumtionsdom eller flera särskilda domar har meddelats för tidigare brottslighet påverkar på intet sätt möjligheten att kunna reagera på ny brottslighet som utgör återfall. I vissa undantagssituationer kan det emellertid – som nämnts – finnas skäl att välja konsumtionsdom framför att döma särskilt till ny påföljd (av samma slag).

Vad gäller lösningsalternativet ny gemensam påföljd, har jag uttryckt stark kritik av denna konstruktion. Enligt min uppfattning utgör hela tanken, att den tidigare påföljden bör undanröjas och ersättas med en "lämplig" påföljd, ett utslag av ett delvis förlegat preventionstänkande. Intresset av att åstadkomma en materiellt lämplig påföljd bygger på ett behandlingstänkande som numera i allt väsentligt är obsolet i påföljdsbestämningssammanhang. I vart fall kan ett behandlingsintresse tillgodoses genom användande av lösningsalternativet särskild dom. Vidare innebär ett undanröjande inte sällan en reaktion på ny brottslighet, vilket måste uppfattas som ett led i en straffskärpning på grund av återfall. Att reagera så starkt på återfall att även verkställigheten av den tidigare utdömda påföljden ändras, är enligt min mening att tillmäta denna omständighet en alltför stor betydelse. Som har diskuterats i avsnitt 6.4.3.1 är det främst (allmän)preventiva intressen att bestraffa "trots" eller "olydnad" som motiverar en sådan syn på återfall. I ett normativt de lege ferenda-resonemang bör sådana hänsyn inte tillmätas någon betydelse. Vad som hittills har sagts om undanröjande och ny gemensam dom talar för att detta lösningsalternativ bör kunna tas bort. Man skulle kunna se BrB 34:1 st. 1 p. 3 som (den sista) återstoden av SL 4:3 och den gamla huvudregeln om undanröjande som huvudregel. Jag har emellertid i kapitel 7 angivit att det i en konkurrensreglering byggd på proportionalitet och humanitet i vissa undantagssituationer kan vara berättigat att undanröja tidigare påföljder.[98]

Sammanfattningsvis finns det anledning att behålla samtliga lösningsalternativ i nuvarande BrB 34:1 st. 1. Som framgick i den komparativa undersökningen finns motsvarande lösningsalternativ representerade i de flesta utländska rättsordningar som undersöktes.[99] Därmed är det inte sagt att lösningsalternativen skall vara likvärdiga och alltid möjliga för domstolen att välja oavsett hur konkurrenssituationen ser ut. Det torde ha framgått av detta avsnitt att jag anser att konsumtionsdom och ny gemensam dom utgör undantagslösningar som endast bör tillämpas i särskilda fall.

[98] Se avsnitt 7.4.3 och 7.4.4.
[99] Se avsnitt 7.5.

Oavsett om den nya brottsligheten är nyupptäckt eller återfall bör samtliga lösningsalternativ vara tillämpliga när domstolen skall lösa konkurrensproblemet. Såtillvida föreslår jag ingen ändring av vad som gäller i dag. Däremot anser jag att en tydlig prioritetsordning bör införas vid val av lösning.

8.5.3 En ny modell

8.5.3.1 Huvudregel om särskild dom

Huvudregeln bör vara att domstolen skall *döma särskilt* till ny påföljd. I normalfall skall en ny påföljd för den nya brottsligheten i dom 2 utdömas, vilken bestäms enligt reglerna i BrB kap. 29–30. För att välja konsumtionsdom eller undanröja den tidigare domen måste det finnas särskilda skäl. En sådan ordning skulle till en början förutsätta att nuvarande BrB 34:1 st. 1 ändras. Ändringen må främst vara av pedagogisk natur, men den skulle tjäna det viktiga syftet att klargöra att domstolen *inte* har tre likvärdiga alternativ att välja mellan.

Om man inför en huvudregel om att döma särskilt till ny påföljd för den nya brottsligheten – oavsett om det är fråga om nyupptäckt brottslighet eller återfall – skulle den svenska konkurrensregleringen överensstämma med den som gäller i de länder som använder en princip om tilläggsstraff.[100] Vid varje nytt lagföringstillfälle skall en ny påföljd utdömas, vilken därefter kumuleras med den tidigare påföljden. Precis som med dagens reglering bör det vara möjligt för domstolen att utdöma påföljd av samma slag som i dom 1. Den enda skillnaden som bör finnas i behandlingen av nyupptäckt brottslighet och återfall är, att vid nyupptäckt brottslighet skall hänsyn tas till den tidigare domen vid straffmätningen, medan detta inte skall ske vid återfall. Härigenom kommer det nya straffet att tydligt bli ett tilläggsstraff. Är det fråga om nyupptäckt brottslighet används asperationsprincipen på nivån för straffmätning och kumulationsprincipen på nivån för val av påföljd. Är det fråga om återfall tillämpas kumulationsprincipen på båda nivåerna.

Liksom i tysk rätt bör vidare finnas en regel om att varje dom ges en stoppfunktion (*Zäsurwirkung*), varvid olika intervaller bildas mellan varje domstillfälle (*Klammerwirkung*).[101] Nyupptäckt brottslighet hänförs till

[100] Som framgått i avsnitt 7.5 används tilläggsstraff som huvudregel i norsk, dansk och finsk rätt. Se Gripne 1987 s. 104, Matningsdal & Bratholm 2003 s. 566, Greve 2003 s. 484 och Frände 2004 s. 382. I österrikisk och schweizisk rätt används motsvarande princip (*Zusatzstrafenprinzip*), se Erb 2005 s. 59.

[101] Se avsnitt 7.5.5.

det intervall inom vilket brottsligheten är begången. Överklagande av domar och uppskjutande av verkställigheten av påföljder skall således inte påverka frågan i förhållande till vilken dom (och vilken brottslighet) som mängdrabatt bör ges.

Det spelar för huvudregelns användning ingen roll om påföljden i någon av domarna är en icke frihetsberövande påföljd. Det väsentliga för frågan, huruvida en icke frihetsberövande påföljd anses vara lämplig i dom 1 och/eller dom 2, bör vara om de allmänna förutsättningarna för att välja sådan påföljd är uppfyllda. Dessa förutsättningar framgår av BrB kap. 30. Konkurrensregleringen skall som huvudregel inte påverka hur detta val görs. Detta förutsätter dock att man är beredd att acceptera att flera icke frihetsberövande påföljder kan komma att utdömas flera gånger och verkställas parallellt utan att återfallet medför att påföljden i dom 2 bestäms till fängelse.

Det är något oklart *när* återfallet skall anses vara så graverande att toleransen upphör.[102] Att man som huvudregel utdömer en särskild dom, bör inte föranleda någon förändring i förhållande till gällande principer på detta område. Däremot är det givetvis viktigt att uppmärksamma om flera påföljder som verkställs samtidigt avser brottslighet som är begången inom samma intervall. Att någon dömts vid olika tillfällen för brott begångna inom samma intervall kan med min modell medföra att flera påföljder av samma slag verkställs parallellt. Detta kan i sin tur leda till att flera prövotider löper parallellt. Betydelsen av ett återfall bör inte påverkas av att gärningsmannen har begått brott under parallella prövotider under förutsättning att brotten är begångna inom samma intervall. Som jag har nämnt tidigare är det, för frågan huruvida tolerans bör visas, främst av intresse hur många gånger gärningsmannen har återfallit och inte hur många gånger han har dömts. Att lösa konkurrensen genom att döma särskilt istället för att meddela konsumtionsdom eller utdöma en ny gemensam dom påverkar inte betydelsen av återfall eller det faktum att gärningsmannen vid flera tillfällen har dömts för flera brott. Återfallet innebär endast att den dömde har begått ett nytt brott efter att han tidigare har lagförts för annan brottslighet.[103] Det väsentliga är primärt hur

[102] Betydelsen av återfallet påverkas av faktorer som antalet brott, tiden mellan domarna, huruvida brottsligheten är likartad, allvarlig etc. Hur många lagföringstillfällen som kan aktualiseras innan återfallet föranleder att toleransen upphör kan således variera. von Hirsch anger att det kanske finns anledning att visa förståelse för att en person hemfaller till brott vid ett eller några tillfällen. Jareborg och Zila föreslår att en mildare bedömning i påföljdsvalet kan vara rimlig även vid ett andra eller tredje återfall. Se närmare von Hirsch 2001 s. 73 och Jareborg & Zila 2000 s. 98.

[103] Se ovan avsnitt 6.4.

många gånger efter tidigare dom som gärningsmannen har begått brott och inte hur många prövotider som han är underkastad.

Normalt bör kumulation av de olika påföljderna kunna ske utan att verkställigheten av den tidigare domen påverkas. Två (eller flera) icke frihetsberövande påföljder kan normalt verkställas parallellt. Många gånger innebär det endast att den dömde underkastas flera prövotider. Vidare kan fängelsestraff inte sällan förenas med en villkorlig dom eller en skyddstillsyn. Skillnaden mellan särskild dom och ny gemensam dom blir främst att den icke frihetsberövande påföljden inte kommer att kunna verkställas under den tid som gärningsmannen är frihetsberövad. Jag återkommer nedan till frågan om detta kan anses utgöra ett problem. Om fängelsestraff skall verkställas parallellt med skyddstillsyn, kan domstolen som nämnts besluta om att t.ex. övervakningen skall anstå i syfte att undvika att vissa påföljdsmoment kolliderar.[104]

8.5.3.2 Konsumtionsdom som komplement i vissa fall

Som angivits i avsnitt 8.5.2 finns det vissa skäl för att acceptera lösningsalternativet *konsumtionsdom*. Det torde emellertid vara motiverat främst om den nya brottsligheten är *nyupptäckt*. Som har diskuterats ovan är det principiellt tvivelaktigt att ny brottslighet inte föranleder någon ytterligare påföljd. Detta gäller i allmänhet om det är fråga om nyupptäckt brottslighet och i synnerhet om det är fråga om återfall. Vill man upprätthålla intresset av proportionalitet, borde varje nytt brott på något sätt komma till uttryck i straffmätningen. Jag angav i kapitel 5 att straffmätningskurvan vid straffmätning av flerfaldig brottslighet – teoretiskt sett – inte borde tillåtas att plana ut i takt med att antalet brott blir stort.[105] Ur ett principiellt perspektiv borde istället varje nytt brott på något sätt återspeglas i straffmätningen. Detsamma gäller i iterativa tillämpningssituationer. Det är däremot inte nödvändigt att den nyupptäckta brottsligheten bestraffas med hela det straffvärde som skulle ha aktualiserats om brottsligheten hade bedömts helt separat. Möjlighet att underskrida straffskalan bör finnas i dessa fall.

Om man ur ett praktiskt perspektiv inte anser att det är nödvändigt eller realistiskt att alltid utdöma särskilda straff för ny brottslighet, skulle man kunna argumentera för att behålla möjligheten att meddela konsumtionsdom. Argumentet bygger då på att den nya brottsligheten inte skulle ha medfört någon kvalitativ ökning eller förändring av den tidigare

[104] Se avsnitt 6.2.1.
[105] Se avsnitt 5.3.2.2.

påföljden. Kvalitativa förändringar i straffvärdebedömningar torde främst kunna uttryckas om påföljden utmäts i fängelse eller böter. Principen borde emellertid gälla även när påföljden i dom 1 består i en icke frihetsberövande påföljd. Eftersom det saknas möjligheter att närmare differentiera de icke frihetsberövande påföljderna i straffmätningshänseende, kan det i vissa fall finnas ett praktiskt behov att kunna meddela konsumtionsdom.

Under alla omständigheter finns det som angivits en situation där konsumtionsdom är motiverad från proportionalitetssynpunkt. Om den nyupptäckta brottsligheten lagförs mycket lång tid efter det att den tidigare domen meddelades, kan det tänkas att den tidigare påföljden till fullo har verkställts när gärningsmannen lagförs för den nyupptäckta brottsligheten. I dessa situationer kan det framstå som oskäligt att för den nyupptäckta brottsligheten utdöma en ny påföljd av samma slag.[106] Den dömde kan härigenom komma att underkastas en helt ny prövotid för brott som hade kunnat ingå i den tidigare utdömda och redan verkställda påföljden. Jag har tidigare nämnt att nuvarande BrB 34:5 och 34:6 bör ändras så att straffskalan i dessa fall kan underskridas.[107] Om man inte anser det vara praktiskt lämpligt att i dessa fall mäta ut ett straff i efterhand, kan man tänka sig att konsumtionsdom (trots att den tidigare påföljden till fullo har verkställts) kan utgöra ett alternativ till att underskrida straffskalan.

Med denna syn på konsumtionsdom blir detta lösningsalternativ ett komplement till särskild dom, vilket kan användas endast i situationer där den nya brottsligheten har ett så lågt straffvärde i förhållande till den i dom 1 behandlande brottsligheten att någon reell förändring av påföljden inte anses vara nödvändig. Detta förutsätter, som idag, en kontrafaktisk straffmätning. Om lösningsalternativet konsumtionsdom behålls, bör i vart fall tillämpningsområdet anpassas efter de möjligheter som finns för åklagare att underlåta att väcka åtal (RB 20:7 p. 3). Regeln blir såtillvida ett komplement till åtalsunderlåtelse och bör användas endast i de fall då ytterligare påföljd inte anses vara nödvändig. Dylika bestämmelser finns i andra nordiska länder.[108]

Av det sagda framgår implicit att det inte finns något behov av att använda möjligheten att meddela konsumtionsdom i förening med olika tilläggssanktioner. Om brottsligheten är så allvarlig att det anses vara nödvändigt att förena domen med tilläggssanktioner, bör istället huvudregeln om särskild dom användas. Som nämnts kan härigenom i princip samma resultat uppnås.

[106] Se avsnitt 7.2.4.
[107] Se avsnitt 7.2.4.
[108] Se angående norsk och dansk rätt i avsnitten 7.5.2 och 7.5.3.

Vad gäller *återfallsbrottslighet* är situationen annorlunda. I dessa fall är det principiellt mycket tveksamt om konsumtionsdom bör vara möjlig. I vart fall om man avser konsumtionsdom som innebär fullständig absorption. Från proportionalitetssynpunkt borde absorption och eftergift av påföljd inte vara möjlig. Gärningsmannen har begått ny brottslighet efter tidigare dom, vilken anses förtjäna ett visst mått av klander. Vidare hamnar meddelande av konsumtionsdom i konflikt med återfallsregleringen. Domens kommunikativa funktion blir oklar om bestraffning av den nya brottsligheten helt efterges genom att konsumtionsdom meddelas. Av samma skäl som tidigare angivits för att mängdrabatt inte bör ges vid återfallsbrottslighet, bör konsumtionsdom inte kunna meddelas.[109] Konsumtionsdom kan ju ses som ett specialfall av principen om mängdrabatt.

Även optiska skäl kan anföras mot att konsumtionsdom bör vara möjlig vid återfall. Som nämnts i avsnitt 7.2.2.1 gäller detta även om den tidigare påföljden är fängelse på livstid. Att absorption från verkställighetssynpunkt skall bli följden om den tidigare påföljden är fängelse på livstid är en annan sak. Har den dömde begått ny brottslighet efter tidigare dom och anses denna förtjäna ett visst mått av klander, bör straffet utdömas även om gärningsmannen verkställer livstidsstraff. I praktiken blir det ingen skillnad eftersom straffen vid dessa förhållanden måste verkställas parallellt, varvid livstidsstraffet kommer att ges företräde. Detta utgör emellertid verkställighetskonkurrens. Det visar att det inte finns något praktiskt behov av konsumtionsdom för att i dessa fall lösa konkurrens mellan påföljder.

Vad som eventuellt skulle kunna tala för att konsumtionsdom skall vara möjlig att meddela även beträffande återfallsbrottslighet är det faktum att åklagare kan meddela åtalsunderlåtelse för den aktuella brottsligheten. Vad som i så fall motiverar konsumtionsdom är intresset av likabehandling. Detta förutsätter dock att man vänder på perspektivet och betraktar konsumtionsdom som ett korrektiv i de fall att domstolen finner att åklagaren har väckt åtal trots att RB 20:7 p. 3 hade kunnat tillämpas. Att en konflikt mellan konsumtionsdom och återfallsregleringen uppstår, får ses som ett utslag av att opportunitetsprincipen vinner mark. Konflikten bör behandlas därefter. Eftersom konkurrensfrågor i dessa fall har flyttats till åklagarnivån, ankommer det på åklagaren att avgöra om det är rättvist att återfall skall kunna resultera i full eftergift av påföljd. Som nämnts kan ju åtalsunderlåtelse vara utesluten av andra skäl än att brottsligheten inte anses vara utan nämndvärd betydelse.[110] Kan man inte

[109] Se avsnitten 8.3.1 och 8.3.2.
[110] Se avsnitt 7.2.2.2.

acceptera att regleringarna inte överensstämmer, bör man kanske överväga att anpassa RB 20:7 efter den rättvisekonception som styr konkurrensregleringen. Det är ju inte säkert att processekonomi och effektivitet är högre värden eller viktigare intressen jämfört med proportionalitet och likabehandling.

Jag avstår från att göra något definitivt ställningstagande i frågan om konsumtionsdom bör vara möjlig enbart på den grunden att åtalsunderlåtelse i vissa fall hade kunnat meddelas. Min principiella uppfattning är dock att det är synnerligen tveksamt, och jag vill ännu en gång erinra om att institutet åtalsunderlåtelse syftar till att tillgodose andra intressen än proportionalitet och humanitet. Att åtalsunderlåtelse inte är ett instrument för straffrättslig påföljdsbestämning talar för att den inte borde ges någon framskjuten roll vid utformningen av en konkurrenslära. Detta motiverar att konsumtionsdom inte bör vara möjlig vid återfallsbrottslighet.

Vad därefter gäller de fall, där konsumtionsdom idag meddelas vid återfallsbrottslighet och förstärks med olika tilläggssanktioner, kan detta lösningsalternativ enligt min mening helt avskaffas. Det är endast ett komplicerat sätt att åstadkomma samma resultat som annars kan uppnås genom den av mig förslagna huvudregeln med att utdöma en ny särskild påföljd. Det finns inget praktiskt behov av att den nya brottsligheten skall bestraffas inom ramen för den tidigare påföljden. När det gäller återfallsbrottslighet finns inte heller anledning att vid ny icke frihetsberövande påföljd tillse att den sammanlagda prövotiden inte blir för lång.[111] Parallell verkställighet av olika påföljder är oftast fullt möjlig. Den nuvarande ordningen, att den tidigare domen i första hand skall kompletteras med olika tilläggssanktioner bygger på tanken att det är mest lämpligt att verkställigheten av den tidigare påföljden i första hand fortsätter. Regleringen är således starkt präglad av ett behandlingstänkande. Slutsatsen blir att det stora antalet möjligheter i BrB 34:5 och 34:6 att bygga på den tidigare påföljden tas bort. Är brottsligheten så allvarlig att olika föreskrifter om samhällstjänst, 28:3-fängelse etc. anses böra utdömas, bör sådana föreskrifter ingå i en ny icke frihetsberövande påföljd. I dessa fall behöver domstolen varken på straffmätningsnivån eller på nivån för val av påföljd ta någon hänsyn till den tidigare påföljden. Att utdöma en ny särskild dom har vidare de fördelarna att det leder till en tydligare kommunikation av det klander som den nya brottsligheten anses förtjäna och att konkurrenssituationen vid ett eventuellt undanröjande underlättas.

[111] Jfr vad som ovan i detta avsnitt har sagts om den situationen att den nya brottsligheten är nyupptäckt.

8.5.3.3 Undanröjande och ny gemensam dom endast i undantagsfall

Vad till sist gäller frågan om lösningsalternativet undanröjande och ny gemensam dom, har jag i avsnitt 7.4.4 hävdat att det praktiska behovet av detta är mycket litet och att det finns stora problem förenade med denna lösning. Praktiska problem med att genomföra en straffmätning i efterhand och att göra en adekvat uppskattning av hur mycket som skall avräknas, talar för att detta lösningsalternativ inte gagnar en enhetlig rättstillämpning eller en rättvis straffvärdebedömning. De skäl som har åberopats för att kunna undanröja tidigare påföljder är vidare i stor utsträckning präglade av ett individualpreventivt färgat behandlingstänkande.

I avsnitt 7.4.3 angav jag emellertid vissa situationer, där intresset av proportionalitet, billighet, humanitet eller behandlingsinriktade skäl skulle kunna medföra att det anses vara motiverat att behålla lösningsalternativet undanröjande. De situationer som jag diskuterade var följande:

Först och främst angav jag att undanröjande kan vara motiverat om ett mycket långt fängelsestraff skall utdömas i dom 2 och den tidigare påföljden består i en icke frihetsberövande påföljd och brottsligheten i dom 1 har ett högt eller mycket högt straffvärde, varför påföljden har förenats med ingripande tilläggssanktioner (t.ex. kontraktsvård).[112] Att döma särskilt till fängelse i dom 2 skulle innebära att skyddstillsynen inte kommer att kunna verkställas, varför påföljd för brotten i dom 1 i praktiken efterges om den tidigare domen inte undanröjs.

För det andra diskuterade jag ett antal situationer där det kan vara motiverat att undanröja ett tidigare utdömt fängelsestraff.[113] Ett typexempel är att det är fråga om nyupptäckt brottslighet och ett behandlingsbehov enligt särskild vårdplan har konstaterats först i samband med dom 2. Ett annat exempel är att ett särskilt vårdbehov enligt BrB kap. 31 har konstaterats först vid tidpunkten för dom 2. Om den dömde t.ex. skall överlämnas till rättspsykiatrisk vård i dom 2, kan det av humanitära skäl vara befogat att undanröja ett tidigare utdömt fängelsestraff (under förutsättning att detta inte har verkställts).

Undanröjandet kan således leda till såväl att den dömde erhåller en mer ingripande påföljd som att den dömde undgår att verkställa ett tidigare utdömt fängelsestraff. Huruvida effekten av ett undanröjande blir en strängare eller lindrigare bedömning behöver inte vara beroende av om den nya brottsligheten är nyupptäckt eller återfall.

Förmodligen är undanröjande nödvändigt i dessa fall. Alternativen är att påföljderna måste verkställas parallellt eller seriellt. I de nu diskuterade

[112] Se avsnitt 7.4.3.3.
[113] Se avsnitt 7.4.3.1.

speciella situationerna är inget av dessa alternativ lämpligt. Exemplet med å ena sidan ett långt fängelsestraff och å andra sidan en icke frihetsberövande påföljd med mycket ingripande tilläggssanktioner visar att *parallell verkställighet* skulle leda till att gärningsmannen i praktiken undgår den icke frihetsberövande påföljden. En sådan lösning föranleder problem ur proportionalitetsperspektiv. Den dömde bör inte hamna i ett mer förmånligt läge för att brottsligheten blir föremål för bedömning i olika rättegångar. I dessa fall kan det av rena rättviseskäl anses vara nödvändigt att en tidigare icke frihetsberövande påföljd undanröjs. Straffvärdet hos den tidigare brottsligheten kan i vissa fall vara så högt som fängelse i 2 år och från proportionalitetssynpunkt är det inte rimligt att den dömde helt undgår att verkställa detta straff på grund av ett senare utdömt fängelsestraff. Detta gäller särskilt om den nya brottsligheten utgör återfall. Att den tidigare påföljden undanröjs i dessa situationer skall inte i första hand uppfattas som en straffskärpning. Eftersom den dömde kommer att ådömas ett fängelsestraff för brottsligheten i både dom 1 och dom 2, är det svårt att komma ifrån att det i realiteten innebär en straffskärpning. Särskilt om den nya brottsligheten är nyupptäckt är detta en betänklig effekt. Som jag ser det är emellertid denna effekt (främst) en konsekvens av att tillämpningsområdet för de icke frihetsberövande påföljderna har utsträckts till att kunna omfatta brottslighet med mycket höga straffvärden. Mot att det är fråga om straffskärpning kan invändas att i de situationer, där ett undanröjande kommer att aktualiseras, har den sammanlagda brottsligheten ett så högt straffvärde att en icke frihetsberövande påföljd normalt inte borde ha varit möjlig. När det gäller återfallsbrottlighet accentueras det ovan gjorda förbehållet om att konkurrensregleringen vilar på skäl som inte direkt är hänförliga till proportionalitet och humanitet.

Vad beträffar alternativet *seriell verkställighet* skulle detta kunna leda till alltför ingripande och omfattande verkställighetsperioder. Därutöver skulle det många gånger vara praktiskt omöjligt att ordna så att omfattande icke frihetsberövande påföljder (förenade med tilläggssanktioner) kan verkställas i anslutning till att den dömde friges från ett fängelsestraff. Som nämnts är det inte ens säkert att förutsättningar för att förena en icke frihetsberövande påföljd med olika föreskrifter föreligger vid tidpunkten för frigivningen.

Vad gäller situationer där ett undanröjande leder till ett lindrigare resultat, är det min uppfattning att ny gemensam dom bör kunna komma ifråga endast då särskilda skäl talar för att gärningsmannen inte bör verkställa en tidigare påföljd. Att undanröja ett tidigare fängelsestraff innebär att gärningsmannen privilegieras vid påföljdsbestämningen, vilket normalt grundas på olika humanitetsskäl, billighetsskäl eller individualpreventivt färgade behandlingsskäl (BrB 30:9 st. 2). Som framgått ovan är

skälen för att kunna undanröja en påföljd och därigenom särbehandla den dömde vid konkurrensbedömningen inte starkare än de skäl som finns för att i påföljdshänseende avstå från att tillämpa huvudregeln i BrB 30:4.

Även om man godtar att alternativet med undanröjande och ny gemensam dom bör finnas kvar, innebär detta inte att lösningsalternativet ny gemensam dom bör vara ett med särskild dom och konsumtionsdom jämställt alternativ. Det bör istället betraktas som en speciallösning som används endast i vissa undantagsfall. Detta kan i lagtexten uttryckas så att det krävs särskilda eller synnerliga skäl. Härmed kan förstås antingen att påföljd för brott med *mycket höga straffvärden* inte kommer att kunna verkställas eller att *starka humanitära skäl eller billighetsskäl* gör sig gällande. Undanröjande bör vidare på tidigare angivna skäl inte vara tillåtet om den tidigare domen avser överlämnande till särskild vård.[114] Hänvisningen till "mycket höga straffvärden" medför att det i praktiken blir uteslutet att undanröja tidigare bötesstraff.

Om ny gemensam dom skall finnas kvar som konkurrenslösning, måste kravet på att den tidigare domen skall ha vunnit laga kraft behållas. Detta gäller dock endast nivån för påföljdsval. Som diskuterats i avsnitt 7.4.1 kan stora praktiska problem annars uppkomma om en domstol i dom 2 undanröjer en tidigare påföljd och den tidigare domen senare överklagas. För att vid straffmätningen kunna ge mängdrabatt finns inget motsvarande behov av att domen skall ha vunnit laga kraft.

8.5.3.4 Konklusioner

Sammanfattningsvis kan således sägas att konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer bör kunna lösas med något av de tre lösningsalternativ som idag finns i BrB 34:1 st. 1. Bestämmelserna kommer formellt sett att vara tillämpliga oavsett om den nya brottsligheten utgör nyupptäckt brottslighet eller återfall.

Den väsentliga förändring som bör göras är att införa en tydlig prioritetsordning för i vilken ordning som domstolen skall använda lösningsalternativen. Enligt min uppfattning talar allt för att lösningsalternativet särskild dom skall utgöra huvudregel och tillämpas såvida inte särskilda skäl föreligger. Konsumtionsdom och ny gemensam dom bör utgöra undantag. Dessa lösningsalternativ och de närmare förutsättningarna för när de får användas, bör regleras särskilt i separata bestämmelser så att det tydligt framgår att det är fråga om undantag och att särskilda begränsningar gäller.

[114] Se avsnitt 8.3.3.

På grund av att dessa lösningsalternativ kommer att tillämpas endast i särskilda fall, kommer tillämpningsområdet att avsevärt minska, varför t.ex. flertalet möjligheter att förena konsumtionsdomar med tilläggssanktioner kan avlägsnas ur lagtexten.[115] Vad gäller avräkning i samband med undanröjande måste bestämmelser härom finnas kvar.

8.6 Konsekvenser

8.6.1 Fördelar

Av vad som har sagts torde det ha framgått att konkurrensregleringen skulle bli mer ideologiskt sammanhängande om de föreslagna ändringarna infördes. Den i kapitel 2 diskuterade – och av mig eftersträvade – rationaliteten i straffsystemet skulle därför bli större. De skäl och principer som styr hur brottstyper tilldelas abstrakta straffskalor, och efter vilka modeller som straffmätning bör ske i en konkret tillämpningssituation då någon vid samma tillfälle skall dömas för flera brott, överförs till de iterativa tillämpningssituationerna. Den del av den nuvarande regleringen som inte är förenlig med principerna om proportionalitet och humanitet tas bort. Härigenom blir systemet värderingsmässigt mer sammanhängande. Det skulle vidare i många avseenden bättre överensstämma med hur domstolarna faktiskt ser på påföljdsbestämning i iterativa tillämpningssituationer.

En andra konsekvens av en reform är att konkurrensläran avseende iterativa tillämpningssituationer skulle bli betydligt enklare att tillämpa jämfört med den nuvarande. Domstolar skulle ha en klar huvudregel att tillämpa, vilket innebär att påföljdsbestämningen i dom 2 kan koncentreras till den brottslighet som har aktualiserats i den senare rättegången. Med en tydlig huvudregel om att tidigare domar skall beaktas endast om den nya brottsligheten är begången *före tidigare dom* (nyupptäckt brottslighet), står det dessutom klart i förhållande till vilka tidigare påföljder som mängdrabatt skall beräknas.

För det tredje tror jag att det skulle vara fruktbart att i framtiden tydligare skilja mellan vad som utgör påföljdskonkurrens och vad som utgör verkställighetskonkurrens. Som framgår av det inledningsvis i detta kapitel återgivna citatet behöver domstolar endast befatta sig med det förstnämnda. En renodling av domstolars verksamhet i brottmål till att avse verksamhet som rätteligen kan beskrivas som påföljdsbestämning skulle ge domstolar mer tid och bättre förutsättningar att fokusera på deras huvudsakliga uppgifter.

[115] Jfr nuvarande BrB 34:5 st. 2–4 och 34:6 st. 1–3.

Om konkurrensläran skulle revideras i enlighet med vad jag har föreslagit, torde man kunna göra tämligen drastiska förändringar i BrB kap. 34. Innan jag övergår till att diskutera vilka negativa konsekvenser som eventuellt kan följa med den förslagna modellen, skall en kort sammanställning göras av hur BrB kap. 34 skulle kunna gestalta sig efter en revidering av nu diskuterat slag. Sammanställningen är översiktlig och innehåller ingen detaljerad eller fullständig redovisning av hur respektive paragraf bör utformas. Syftet med sammanställningen är endast att visa vilka förändringar som skulle aktualiseras.

(1) BrB 34:1 skulle behöva omformuleras och förses med en huvudregel om att konkurrensproblem i iterativa tillämpningssituationer bör lösas med lösningsalternativet *särskild dom*. De övriga lösningsalternativen, konsumtionsdom och ny gemensam dom, bör användas endast om särskilda skäl är för handen. Vidare bör framgå att bestämmelserna i BrB kap. 34 som huvudregel är tillämpliga oberoende av vad påföljden i den tidigare domen är.

(2) BrB 34:2 skulle kunna tas bort. Bestämmelsen bör kunna modifieras till en regel om verkställighetskonkurrens inom ramen för BrB 34:11.

(3) BrB 34:3 bör göras till huvudregel för alla konkurrensfall. Detta innebär bl.a. att det uttryckligen skall framgå att mängdrabatt skall ges vid straffmätningen om den nya brottsligheten är nyupptäckt.

(4) Bestämmelsen om förverkande av villkorligt medgiven frihet (BrB 34:4) kan flyttas till BrB kap. 26. Eftersom den inte direkt avser påföljdskonkurrens, behöver bestämmelser härom inte finnas i BrB kap. 34.

(5) BrB 34:5–6 kan tömmas på möjligheter att utdöma konsumtionsdom i förening med olika tilläggssanktioner. Detta avser främst BrB 34:5 st. 2–3 och 34:6 st. 1–3.

(6) Bestämmelser om vad som gäller vid konsumtionsdom och ny gemensam dom kan samlas i (två) särskilda paragrafer för att förtydliga under vilka förutsättningar dessa lösningsalternativ får användas samt vad rättsverkningarna i så fall blir. Detta avser främst BrB 34:3 st. 1 och 3, 34:5 st. 1 och 5, 34:6 st. 4–6 samt 34:7 st. 1 och 3.

(7) Det måste finnas en bestämmelse om korrigering av påföljdsbestämning i efterhand för det fall att en påföljd som legat till grund

för en konkurrenslösning senare har ändrats genom överklagande. Bestämmelsen i nuvarande BrB 34:10 st. 2 bör således behållas, men förtydligas vad gäller skyldigheten för domstolen att ge mängdrabatt.

(8) En bestämmelse som motsvarar innehållet i BrB 34:11 måste finnas kvar. Det bör dock förtydligas att det är fråga om verkställighetskonkurrens. Av denna anledning är det inte nödvändigt att bestämmelsen placeras i BrB kap. 34.

Det kan konstateras att BrB kap. 34 skulle kunna begränsas till ett relativt litet antal paragrafer, där det tydligt framgår vad som utgör huvudregel och vad som utgör undantagsregler. Allt som inte direkt har med påföljdskonkurrens att göra kan flyttas till andra delar av strafflagstiftningen.

8.6.2 Risk för repressionsökning?

En sista fråga som är värd att ta på stort allvar är om det med den nu skisserade modellen finns en risk för att påföljdsbestämningen blir mer repressiv, antingen genom att längre straff kommer att utmätas eller genom att fler fängelsestraff utdöms. Vad som skulle kunna tyda på detta är att jag har förslagit att möjligheten att tillämpa principen om mängdrabatt skall tas bort om den nya brottsligheten avser återfallsbrottslighet begången efter tidigare dom. Vidare har jag förslagit att utrymmet för konsumtionsdom bör minskas om det är fråga om återfall.

Jag tror emellertid att riskerna för en repressionsökning är ganska små. Även om riskerna skulle komma att förverkligas, finns det skäl för att i så fall – i konkurrenshänseende – acceptera denna konsekvens. Jag skall utveckla dessa skäl något ytterligare.

Först vill jag erinra om att jag i avsnitt 7.3.3 framhöll att domstolarna redan idag är tämligen restriktiva med att utnyttja skyldigheten i BrB 34:3 st. 2, att beakta asperationsprincipen då påföljden i den tidigare domen är fängelse och det är fråga om återfall efter dom men före verkställighetens början. Motsvarande restriktiva uppfattning finns även beträffande den i BrB 34:3 st. 1 stadgade möjligheten att meddela konsumtionsdom.[116] Om det stämmer att domstolar redan idag tillämpar bestämmelserna på detta sätt, finns det ingen anledning att befara en repressionsökning. Skillnaden blir endast att man anpassar lagen efter hur bestämmelsen huvudsakligen tillämpas, varigenom en oenhetlig rättstillämpning undviks.

[116] Se avsnitt 7.2.2.2.

Vad gäller möjligheten att använda konsumtionsdom beträffande de icke frihetsberövande påföljderna kommer den av mig förespråkade modellen inte att innebära någon större praktisk skillnad i förhållande till dagens reglering. I vart fall kommer den inte att innebära någon förändring som kan beskrivas som mer repressiv. I de fall som meddelande av konsumtionsdom förutsätter att domen förenas med en tilläggssanktion, kommer samma resultat att kunna uppnås genom att en särskild påföljd för den nya brottsligheten bestäms i en särskild dom. I praktiken innebär min modell ingen skillnad i förhållande till dagens reglering.

Den eventuella repressionsökning som kan följa av att möjligheten att tillämpa asperationsprincipen begränsas vid återfallsbrottslighet, lindras vidare av att möjligheterna att undanröja tidigare påföljder minimeras. Oavsett om den dömde har återfallit eller om han skall dömas för nyupptäckt brottslighet, bör inte intresset av att påföljden skall bestå i en och samma strafform få innebära att tidigare påföljder undanröjs. En sådan reaktion på ny brottslighet leder ofta till att den totala reaktionen på den samlade brottsligheten skärps väsentligt. Ofta omvandlas hela den tidigare påföljden till fängelse och tämligen ofta sker ingen reell avräkning. Med undanröjande finns det således en risk för såväl dubbelbestraffning som straffskärpning på grund av återfall. Genom att acceptera att parallell verkställighet i de flesta fall är möjlig och ofta lämplig, kan man undvika en sådan straffskärpning.

Det går emellertid inte att helt bortse från riskerna med att min föreslagna modell ändock kan leda till en viss repressionsökning i form av att längre straff utmäts. Jag är beredd att acceptera denna konsekvens. Skälen härför är följande. Straffmätningen och påföljdsvalet skall styras av bestämmelserna i BrB kap. 29–30. Att bestämma påföljd ankommer på domstolarna, och det är deras uppgift att avgöra var repressionsnivån inom de angivna straffskalorna bör ligga. Lagstiftaren har endast försett domstolarna med skäl och principer efter vilka bedömningarna skall göras. Som har understrukits bygger dessa principer på ett antagande om hur man bäst uppnår en rättvis bestraffning. Konkurrensläran måste syfta till att åstadkomma motsvarande resultat, eller i vart fall resultat som harmonierar med de allmänna principerna för påföljdsbestämning. Om man är oroad över repressionsnivån vid påföljdsbestämning och anser att för stränga straff döms ut, är det dessa principer som lagstiftaren bör överväga att revidera. En allvarligt menad avsikt att undvika repressionsökning bör snarast inriktas på att minimera betydelsen av de skäl som finns för att utdöma fängelse och skärpa straffen, dvs. brottslighetens art och återfall.

Eftersom jag bygger mitt argument på att bestraffningen skall vara proportionell, skulle man kunna väcka frågan huruvida det är möjligt att i iterativa tillämpningssituationer – liksom vid straffmätning vid flerfal-

dig brottslighet – använda sig av ett annorlunda synsätt på vad som är "proportionellt". Man skulle i så fall hävda att eftersom man alltid tycks ha givit rabatt i iterativa tillämpningssituationer – och tycks göra det i flera utländska rättsordningar – är det rationellt att behålla denna ordning trots att det innebär att man måste acceptera att proportionalitet får en delvis ny innebörd. I iterativa tillämpningssituationer skulle den relativa proportionaliteten således ha en ytterligare dimension som tar hänsyn till de faktiska påföljder som gärningsmannen skall verkställa.

Argumentet förefaller vara sympatiskt om man önskar upprätthålla en repressionsnivå där straffen är någorlunda låga och anständiga. Jag tror emellertid inte att det är förenligt med vad jag har sagt om proportionalitetsprincipen. För det första skulle det innebära att bedömningen av vad som är proportionellt helt frikopplas från straffskalorna och det abstrakta straffvärdet hos brottsligheten. Diskussionen om mängdrabatt i kapitel 4–5 utgick från att straffskalor för enkel och flerfaldig brottslighet skulle respekteras. Frågan gällde där främst hur straffmätningen inom de givna begränsningarna bör ske. Om straffmätningen relateras till tidigare domar, andra brott och vilka påföljder som gärningsmannen faktiskt skall verkställa, är det inte längre möjligt att hävda att den konkreta straffmätningen i iterativa tillämpningssituationer utgår från de i målet aktuella brottens eller brottskombinationernas abstrakta straffvärde. För det andra blir det svårt att förklara förhållandet mellan konkurrensläran och påföljdsregleringen. Även om man försöker förklara den gällande konkurrensläran för iterativa tillämpningssituationer med att det är fråga om en ny form (eller dimension) av proportionalitet, kvarstår det faktum att regleringen hamnar i konflikt med återfallsregleringen genom att mängdrabatt skall ges i samma situationer som straffskärpning kan aktualiseras.

Min slutsats är att det inte kan vara rationellt att ge det dubbla budskapet att vissa skäl först skall styra straffmätningen, för att därefter – när resultaten inte anses vara önskvärda – försöka reparera det hela med en konkurrensreglering som utgår från principiellt motsatta utgångspunkter. Kollisionen mellan återfallsregleringen och regleringen i BrB kap. 34 utgör ett uppenbart exempel härpå.

Man skall i detta sammanhang inte heller glömma att utrensning av brottslighet – med hänsyn till intressena av att dels åstadkomma en rättvis och proportionell bestraffning, dels undvika otillbörliga rabatteffekter – genomgående har skett på två olika plan med vartdera flera underliggande nivåer.[117] På planet för brottslighetskonkurrens har först sådana brott som inte anses vara begångna sorterats bort på grund av reglerna om *skenbar konkurrens*. Vidare har viss brottslighet som anses vara begången, men

[117] Se avsnitt 1.2.2.

som gärningsmannen inte skall dömas för, sorterats bort på grund av att lösningsalternativet *lagkonkurrens* valts. Båda dessa nivåer motiverades av rättvisehänsyn och proportionalitetsprincipen.

På planet för påföljdskonkurrens har jag argumenterat för, att i de fall det är fråga om flerfaldig brottslighet skall *mängdrabatt* undantagslöst ges vid straffmätningen. Som jag har diskuterat i avsnitt 5.3.2 är det ingen enkel uppgift att förklara hur detta hänger ihop med proportionalitetsprincipen. Enligt min uppfattning är det emellertid fullt möjligt att förena mängdrabatt med proportionalitet, vilket visats i kapitel 5.

Beträffande de iterativa tillämpningssituationerna har jag hävdat att det är motiverat att av rättviseskäl utsträcka principerna om gemensamt straff och principen om mängdrabatt till de iterativa tillämpningssituationerna under förutsättning att brottsligheten tidsmässigt sett är hänförlig till perioden för en tidigare dom (dvs. *nyupptäckt brottslighet*). Därutöver kan man i undantagsfall tänka sig att acceptera konsumtionsdom och undanröjande av fängelsestraff om det är förenligt med humanitetsprincipen, billighetsskälen och de behandlingsinriktade skälen i bl.a. BrB 30:9 st. 2.

Frågan är hur mycket man utöver de nu diskuterade möjligheterna kan motivera att bestraffningen bör modifieras, utan att proportionalitetsprincipen helt överges. Om ytterligare rabatter skall ges, finns det noga taget inte längre anledning att bygga påföljdsbestämningen på proportionalitet eller ha kvar straffskalor. Om straffskalorna – till slut – visar sig vara betydelselösa, faller ju hela grunden för den konkurrenslära som jag utmålade i kapitel 4–5. Det får ankomma på den som argumenterar för det nuvarande tillämpningsområdet i BrB kap. 34 att förklara hur detta i så fall skall göras förenligt med proportionalitetsprincipen och en konkurrenslära som förutsätter att man har straffskalor.

Summary

PART I INTRODUCTION

This is a thesis in criminal law concerning concurrence of crimes and principles of sentencing multiple offenders. Concurrence of crimes occurs in situations where more than one rule (or the same rule several times) can be applied on a certain case. The fact that it is possible to apply the law more than once does not imply that this is also appropriate. The purpose of having a concurrence doctrine is to create a structure for solving problems concerning whether a certain course of events and deeds constitutes a single crime or several crimes, and problems of sentencing multiple offenders if more than one crime is found to have been committed.

The first part of the thesis begins with a comprehensive chapter in which the subject matter of the thesis is introduced. In the second chapter the purpose of the thesis is presented together with the explicit questions that will be addressed. In the third chapter I give an introduction to the basic principles of sentencing multiple offenders.

1 On concurrence of crimes and punishments

The first chapter gives an introduction to the theoretical basis of the concurrence doctrine. The purpose of the chapter is to give an introduction to the systematics, established concepts and general principles used in legal writings and in the law. In chapter one I distinguish between different levels of the concurrence doctrine. The first level concerns *concurrence of crimes* and the main question is whether a person is to be convicted of more than one crime or not. The second level concerns *concurrence of punishments* and addresses questions on sentencing multiple offenders.

In order to properly understand the concept of concurrence of crimes, it is necessary to make—and keep carefully separated—a number of distinctions and main points. First, I distinguish between a conceptual form of concurrence, which concerns the area of application of different provi-

sions (*rule concurrence*), and *concurrence between concrete deeds* (acts or omissions). Secondly, within the latter, it is necessary to make a distinction between a suppressed deed being classified as a "non-crime" and crimes that are copunished. This distinction, in its turn, creates sublevels of the concurrence doctrine, which call for further distinctions. Among them is the question whether a sequence of events is to be regarded as one deed and one crime or as several deeds and several crimes. This draws attention to the question whether the concurrence concerns one or more particular provisions. If the deed can be subsumed under one particular provision, the main task is to create workable criteria to use in deciding what constitutes one deed (*deed unit*). If, on the other hand, the deed can be subsumed under several provisions, it is necessary to develop criteria for deciding whether the offender should be considered to have committed two (or more) crimes or if one crime is suppressed and classified as a non-crime. Finally, it is necessary to take into account that even if the offender is considered to have *committed* more than one crime, he might not be *convicted* of more than one crime. Some deeds and crimes are considered to be copunished with other (more important) crimes.

Generally speaking, concurrence of punishments occurs whenever it has been established that an offender is to be convicted of more than one crime. The main question is what principles should be used in sentencing multiple offenders. Also, within this area of concurrence, there is a need for a number of distinctions and sublevels. To begin with, sentencing multiple offenders should be separated from questions of how more than one sentence are to be implemented. The latter is a concern for the special correctional authorities and not a primary concern for courts when deciding on a proper sentence. Questions of this nature are thus not addressed in the thesis.

Principles of sentencing—as well as concurrence of punishments—can be dissolved into questions of determination of punishment and questions of choice of sanction. Determination of punishment deals with criteria and principles for deciding what is the appropriate punishment in terms of duration of imprisonment or amount of a fine. This involves anchoring penalty scales for multiple offenders (abstract level) and deciding the actual sentence for certain crimes (concrete level). Another distinction must be added to the area of sentencing multiple offenders, which depends on the situation and the context in which sentencing questions are posed to the court. Depending on whether sentencing multiple offenders arises on *one occasion* or on *different occasions*, different types of problems of concurrence occur.

Deciding what is an "appropriate" solution when sentencing multiple offenders implies making normative decisions. Traditionally a number of

legislative models and principles have been used, which all are reflections of three principles, namely the principles of *cumulation*, *absorption* and *asperation*. These principles can be regarded as constructive principles for solving problems concerning sentencing multiple offenders. The principle of cumulation states that the sentences are to be added to each other and thus made cumulative. The principle of absorption means that the available maximum sentence and the concrete sentence are identical with the highest maximum sentence and the concrete sentence among the crimes committed. The principle of asperation is a combination of the two other principles and uses a docked cumulation, i.e. a combination of limited cumulation and limited absorption. The main purpose of the thesis is to analyse and evaluate the reasons for choosing either principle, i.e. the reasons operating the normative decision making.

Chapter one concludes with a discussion on the relation between the concurrence doctrine and prosecutors' obligation to prosecute all detected and provable criminality.

2 The further inquiry

In the second chapter I elaborate on the purpose of the study. I first discuss different conceptions of rationality within normative systems. The starting point is that legal normative systems, in construction and application, must be assumed to be rational entities and thus characterized by rationality. By rational I mean that the concepts, rules, and principles within a specific doctrine must at least aim towards reflecting a coherent system of values. Solutions to different problems must be justified by reasons that correspond with the values of the system. As a minimum standard, a normative system must aim at avoiding inconsistencies or contradictions.

From this assumption of a coherent normative system of rules and principles, a number of questions arise concerning sentencing multiple offenders and the concurrence doctrine. These questions generate a number of tasks that I address in the thesis. (1) The first task is to examine what principles underpin the regulation on sentencing multiple offenders. (2) The second task is to analyse whether these principles are compatible with the general principles and the ideology of sentencing in Swedish law. (3) The third task is to reconstruct the principles applied in iterative sentencing. (4) The fourth task is to examine whether the reconstructed principles correspond to the general principles of sentencing. (5) If the different principles are incompatible, the final task will be to inquire whether differences can be explained and justified.

The study focuses on the rationality of a normative system. Strong focus is put on the Swedish regulation. Other doctrines of concurrence are used as comparative material. Chapter two ends with a short résumé of legal writings on Swedish concurrence doctrine.

3 General principles for sentencing multiple offenders

The final chapter of part I deals with the general principles on sentencing multiple offenders. A conclusion of the study is that an understanding of the general principles which operate the sentencing system presupposes a distinction between three levels of punishment, namely (1) *criminalization*, (2) *conviction and sentencing* and (3) *execution of punishments*. In the study I adopt the point of view that these levels deal with different questions, each connected with its own authorities (legislator, courts and administrative authorities). Thus, different ideological values and principles are relevant on each level. While the purpose of criminalization is to suppress certain determined types of behaviour through a threat of punishment (general prevention), sentencing in Swedish law consists in a kind of retribution, based mainly on censure and meeting bad with bad. A conclusion of the study is that other functions on the sentencing level can be identified within the regulation. One such function is the communication of censure. On the level of implementation of punishment it is possible to take different special preventive goals as well as the interest of a humanitarian sentencing policy into consideration.

The subject of the study is the second level of punishment—conviction and sentencing. Justifying punishments with arguments of retribution, censure and communication gives us an explanation why we punish. However, it does not tell us how we ought to punish. To answer this question, other principles are needed. In the following order I elaborate on the principles of *proportionality*, *humanity* (parsimony) and *collective sentence*. These principles are contrasted with (1) other principles relevant to sentencing theory and (2) other different kinds of general or special preventive theories. On the level of sentencing it is necessary to make use of several sublevels discussed previously in chapter one.

The main rationale behind the regulation on determining of punishments is just desert and the principle of proportionality. Since a sentence conveys reprobation, the sentence should reflect the degree of reprehensibility of the crime and thus be made proportionate to the harm of the offence and the culpability of the offender.

The choice of sanctions is governed by a principle of humanity (parsimony). This principle states (i) that punishments and sanctions ought to be moderate and reasonable, and (ii) that courts ought to show restraint in the use of custody. As regards sentencing persistent offenders, the principle of humanity is compatible with an approach of a progressive loss of mitigation. Based on the assumption that every offender will receive a reduction of sentence when sentenced for the first time (or times), a gradual increase of the sentence (up to a certain level) for persistent offenders can be justified on the grounds that the persistent offender loses his right to mitigation.

The third principle discussed in chapter three is the principle of collective sentence, which states that the court—when deciding on a sentence for a multiple offender—directly should determine a sentence for the totality of crimes. The offender thus receives only one sanction. The principle emanates from the principle of asperation and seeks to avoid the effects of *concurrent sentencing* (principle of absorption) and *consecutive sentencing* (principle of cumulation). I argue that the principle of collective sentence contains two parts. First, it establishes how punishments are to be measured and determined. The message is implicitly given through the prescribed construction of penalty scales, which stipulate asperation. When deciding on the actual sentence, the principle of asperation is adopted on a concrete level. Within the limitations of the penalty scales for multiple offenders a principle of bulk discounts is applied. Secondly, the principle states that one joint sanction should be chosen for the totality of crimes.

The Swedish model with a *collective sentence* is compared to the model of *total sentences*, used in German and Anglo-American law. According to this model the court first determines a sentence for each proven crime and then the sentence is made aggregate.

My conclusion is that from a practical point of view there are no substantial differences between these two models. The model adopted in Swedish law can thus be justified, but as an important alteration I suggest that Swedish courts ought to be obliged to give a closer account for the calculation of the collective sanction.

PART II SENTENCING MULTIPLE OFFENDERS

The second part of the thesis deals with the situation where a court has to sentence an offender on one occasion for several offences. The main purpose of chapter four and five is to analyse how sentencing policies and principles work when dealing with multiple offenders. Chapter four contains an analysis of Swedish law and the principles involved. A number of comparisons are made with arguments and opinions held in historical and contemporary Swedish doctrine as well as legal writings in Germany, England and the Nordic countries. Chapter five contains a critical confrontation of this part of the concurrence doctrine based on the conclusions made in part I.

4 Sentencing multiple offenders on one occasion

In chapter four I make an inventory of the reasons given in preparatory works, legal doctrine and precedents for using the *principle of asperation* in sentencing multiple offenders.

On an abstract level this concerns the regulation of constructing penalty scales for more than one crime. As in most other countries, this regulation is characterized by important limitations. The limitations rule out maximum penalties that are made cumulative, creating excessive punishments.

On a concrete level, the limitations on the abstract level are reflected through a *principle of bulk discounts*. Because the maximum penalty is limited by the available penalty scale, it becomes impossible to apply a principle of strict proportionality. A model must be constructed for determining punishments within the limited penalty scale. Different models and approaches are examined and discussed. The reasons given for bulk discounts are compared with the reasons behind the principles of proportionality and humanity.

One conclusion is that a principle of bulk discounts originally has been explained with reference to the connection between the crimes and deeds committed by the offender. This, in its turn, explains why a distinction between crimes committed by the same act or omission (in German *Idealkonkurrenz*), or constituting a single transaction, and crimes committed by more than one act or omission (in German *Realkonkur-*

renz) was used earlier in Swedish concurrence doctrine. For the category Idealkonkurrenz, the principle of absorption was used. For the category Realkonkurrenz, the principles of cumulation and asperation were upheld. Of special interest is a form of Realkonkurrenz which had certain features. If more than one crime was committed by several deeds, but the crimes together made up a "continuous criminality" (in German *fortgesetze Tat*), they were treated as Idealkonkurrenz.

Finally, different models for choosing a joint sanction for more than one crime are analysed. I give an account of the main principle in Swedish law. According to the Criminal Code Ch. 30 Section 3, the court should determine a sentence for the totality of crimes and choose one sanction. When choosing a custodial sentence or fines, the law is shaped according to the principle of absorption, though several exceptions exist. Concerning non-custodial sentences, a vast number of possibilities to combine the sanction with fines and different orders exist (for example probation orders, rehabilitations orders and community punishment order). In the study I raise the question whether these different orders can be viewed and treated as independent sanctions which are implemented together with a non-custodial sentence and fines. If so, the principle of a joint sanction really conveys the message of the principle of asperation on this level.

5 Confrontation

Chapter five contains a critical analysis of the concurrence doctrine discussed so far. My conclusion is that penalty scales are necessary for maintaining the principles of proportionality and humanity. Exactly how penalty scales ought to be constructed for each specific crime (and for multiple criminality) cannot be answered by any principle of proportionality. In my view cardinal proportionality does not exist in the sense that there is a correct answer to what is deserved for a specific crime in terms of maximum or minimum. The outer limits of penalty scales are determined by reference to tradition, convention, valid norms and values in the sentencing policy. The principle of humanity supplies reasons for prescribing an absolute punishment maximum. The principle of humanity calls for a morally decent penalty maximum and moderate sanctions. This concerns the penalty maximum both for a single offence and for multiple offenders. Further, penalty scales are of vital practical importance as regards ordinal proportionality, i.e. the relative seriousness of crimes between themselves. To be able to compare different crimes (single or multiple), we need anchoring points.

The principles concerning the construction of penalty scales used in Swedish law affect the concrete level in terms of determining the actual punishment. This is explicated in the sentence pattern of multiple offenders since the total or collective sentence is never identical to the sum of the individual crimes committed. Each added offence contributes less and less to the collective sentence (bulk discounts). What remains to answer is how this practice can be justified.

My conclusion is that since Swedish law and concurrence doctrine have abandoned the distinction between Realkonkurrenz and Idealkonkurrenz, the relevance of the connection between the crimes has lost its relevance as an explanation of bulk discounts. If the connection between the crimes has any significance to the concurrence doctrine, it is dealt with as an aspect, relevant to solving problems on concurrence of crimes. It is not a question of concurrence of punishments. Instead, I adopt the view that bulk discounts are justified because the principle of humanity rules out penalty scale maximums that are made up of a cumulation of the different maximums of each offence. Since the penalty scale for multiple offenders is limited, the principle of ordinal proportionality requires us to rank different crimes and combinations of crimes. Finally, I submit that the interest of ordinal ranking is general. To maintain ordinal proportionality, ranking crimes and combinations of crimes should always be upheld. The principle of treating like cases alike presupposes that every multiple offender receives a bulk discount which makes the sentences proportional to other sentences for crimes of equal severity. In this perspective, proportionality in sentencing must be understood as overall proportionality and not as strict proportionality within the available penalty scale.

Finally, concerning choice of sanction, I propose that a principle of a joint sanction for multiple crimes—and thus the principle of absorption—is only upheld when courts choose custodial sentences or fines. With regard to the nature of non-custodial sentences, the sanction is often adjusted to the specific offender and the crimes that he is convicted for. Different and distinguishable elements are made to run concurrently. As a preliminary conclusion, I submit that the concurrence doctrine ought to be open for accepting either the principle of cumulation or the principle of asperation in the choice of a non-custodial sanction. This view presupposes that concurrent sentencing in the specific case is both possible and appropriate with regard to the principles of proportionality and humanity. In all circumstances, maintaining the principle of absorption when choosing a joint sanction can never be an end in itself.

PART III SENTENCING MULTIPLE OFFENDERS ON DIFFERENT OCCASIONS

In the third part of the thesis I shift the perspective and turn towards another part of the concurrence doctrine. The special feature distinguishing these problems is the time aspect. The offender is sentenced for more than one crime on different occasions. Under the condition that the previous sentence has not been fully implemented when the new offence is committed, the court is obliged to—to various extents—take the previous sentence into account when deciding on the new sentence. Thus, the sentencing becomes *iterative*. The criminality brought before the court can either concern "old" criminality committed prior to the sentence or "new" criminality committed subsequent to the sentence.

6 General aspects on iterative sentencing

In chapter six I discuss the general conditions for the application of the regulation of concurrence doctrine concerning iterative sentencing. The chapter commences with a survey of the field of application of the regulation in the Criminal Code Ch. 34 and an examination of the reasons given in legal sources for having a regulation of this kind. I distinguish between four different arguments which relate to (i) the interest of just and fair sentencing, (ii) the interest of maximizing the conditions for rehabilitation, (iii) an aim to avoid conflicts of competence, or (iv) the interest of a homogeneous regulation.

In iterative sentencing, the court has three different possibilities. The court can either give a new separate sanction for the new criminality (*separate sanction*), or order that the earlier sanction should also apply to the new criminality (*sentence of consumption*), or revoke the sanction imposed and impose a new different joint sanction for the criminality in the previous trial together with the new criminality (*new joint sanction*). The three possibilities are reflections of the principles of cumulation, absorption and asperation. An analysis of these possibilities and principles, again, makes a distinction between determination of punishment and choice of sanction necessary.

Apart from the general aspects of the application of the regulation of the Criminal Code Ch. 34, chapter six deals with the different prerequisites for applying the three different solutions to iterative sentencing. The

prerequisites are all dependent on different set terms, which relate partly to when the new crime is committed, partly to when the implementation of the earlier sentence began. It does not matter whether the "new" crime, brought before the court, is in fact "old" and therefore could have been tried in an earlier trial, or if the crime is a relapse in criminality committed after a previous sentence. What is of relevance is instead whether or not the crime was committed before implementation of the previous sentence has begun, or at least before the previous sentence has been fully implemented. Since the Swedish concurrence doctrine, in this connection, makes no clear distinction between sentencing multiple offenders and sentencing recidivists—and at the same time acknowledges persistence or prior criminal record as an aggravating factor in sentencing—there is a risk of contradiction within the regulation. It is possible that a court, on one and the same occasion, must treat new criminality as an aggravating factor and at the same time give bulk discount when determining the punishment.

Chapter six concludes with a discussion on punishing persistence in Swedish law and the theoretical framework of the regulation. In my view, treating persistence or recidivism as an aggravating factor ought to be of moderate and limited relevance when solving problems of concurrence in iterative sentencing. Anticipating a discussion on a reform of the regulation in the Criminal Code Ch. 34, I conclude that the only justifiable approach to punishing persistence—if any—is the principle of progressive loss of mitigation (*tolerance theory*).

7 Analysis of the principles

Chapter seven offers a closer inquiry into the three possible solutions to problems of concurrence in iterative sentencing, i.e. *separate sanction*, *sentence of consumption* and *new joint sanction*. Due to the lack of precedents and extensive legal writing on the subject, the principles are reconstructed from the systematics of the Criminal Code Ch. 34 and recommendations given in preparatory works. The results are then compared with the general principles of sentencing and contrasted with the conclusions of part I of the thesis.

The inquiry shows that the principles, as well as the recommendations in preparatory works, are adjusted to suit the interest of an "appropriate sentence" for the offender. Emphasis is put on creating primarily a sentence which is homogenous and which will rehabilitate the offender in the best possible way. In order to satisfy this interest, courts have extensive possibilities to render a sentence of consumption, which can be adjusted

depending on the character of the new crime and the offender's needs at the time of the new trial. Only if the previous sentence is not appropriate as a sentence for the new criminality, the court should seek to alter it or give a separate sanction.

My conclusion is that the concurrence doctrine concerning iterative sentencing, on the level of *choice of sanction,* is marked by rehabilitation and special prevention as rationales for sentencing. Several arguments concerning punishing persistent offenders, found in preparatory works of the Criminal Code Ch. 34, are based on general and special preventive ideologies.

Concerning iterative sentencing on the level of *determination of punishment,* the situation is somewhat different. On an overall level, the principle of proportionality is honoured. However, the legislator's failure, in regulating iterative sentencing, to separate sentencing recidivists from sentencing multiple offenders (regarding crimes committed prior to the previous sentence) constitutes a general problem. The problem that makes the law complex, contradictory and partly difficult to apply, emanates from the fact that the law uses different set terms as prerequisites. The set terms relate to the time of the committal of a new crime and the implementation of the earlier sentence.

My conclusion is that a more rational and coherent sentencing doctrine could be established if the Criminal Code Ch. 34 was adjusted to the main rationales of sentencing of today, i.e. the principles of proportionality (just desert) and humanity. This would include creating a clearer distinction between sentencing multiple offenders and sentencing recidivists. The set terms used in the law therefore ought to relate to whether the "new" crime was committed before or after the previous trial.

Chapter seven concludes with a short comparative survey of the Norwegian, Danish, Finnish and German regulations on iterative sentencing.

8 Principles for a reform

In the final chapter I confront the results of chapters six and seven with the results of parts I and II. The purpose is to unite the principles and rationales of sentencing with the concurrence doctrine.

The chapter begins with a summary of the main problems connected with the concurrence doctrine concerning iterative sentencing. I distinguish between ideological, practical and systematic problems. My conclusion is that the Criminal Code Ch. 34 partly rests on different rationales and values than the ones governing the Swedish sentencing policy. Hereby, the regulation causes a number of practical problems. Even though

the ambition of the legislator has been to create a regulation that promotes homogenous and "appropriate" sanctions, I submit that this ambition has been met only to a limited extent. The regulation lacks clear guidelines for selecting cumulation, absorption or asperation, which leaves courts to themselves to decide on what the appropriate sanction and solution to the problem of concurrence of punishments is. The numerous possibilities of combining sanctions and different orders generate situations where the same result can be reached by applying different principles and where, sometimes, results that are illegitimate according to one principle are applicable according to another. So far, Ch. 34 of the Criminal Code lacks binding principles and a coherent structure.

In the remaining part of the chapter eight I, very tentatively, outline a reform of the Criminal Code Ch. 34. The main assumption is that the concurrence doctrine should be based on the same rationales and ideological foundation as the regulation of sentencing in general. Thus, the principles of proportionality and humanity should guide the principles of iterative sentencing. The only well-founded reason for having a special regulation on iterative sentencing, is to satisfy the requirement of just and fair sentencing. This means that the main purpose of the regulation must be to avoid different—and unfair—results in sentencing, depending on whether the multiple offender is sentenced on one occasion or on different occasions. As a consequence, iterative sentencing should not include recidivism. Only crimes committed before the previous trial ought to be considered when the court determines the punishment. In order to achieve just results, I also propose that fines and committal to special care should be included in the regulation.

On choice of sanction I submit that all the previously discussed solutions to problems on iterative sentencing—i.e. *separate sanction*, *sentence of consumption* and *new joint sanction*—remain applicable. In contrast to the present regulation, I propose that a clear order of priority should be introduced with a principal rule of rendering a separate sanction. This is valid regardless of whether the "new" crime is committed before the previous trial or after. A principal rule on separate sanction presupposes the acceptance of concurrent sentencing when deciding on non-custodial sanctions. My conclusion is that such an order is both possible and appropriate in most cases.

In some cases unwanted consequences, with regard to the principles of proportionality and humanity, can arise as a result of concurrent sentencing and a principal rule on separate sanction. For these exceptional situations the other two principles should remain applicable as secondary and supplementary solutions, i.e. the possibility to order that the earlier sanction should also apply to the new criminality (*sentence of consumption*), or

revoke the sanction imposed and impose a new joint sanction for the criminality in the previous trial and the new criminality (*new joint sanction*).

Another conclusion of my tentative outline for a reform is that several sections of the Criminal Code Ch. 34 are superfluous and therefore can be excluded from the code. What is needed is a clear principal rule on separate sanctions with complementary rules on how to determine the punishment. Further, additional rules on sentence of consumption and new joint sanction are needed. Finally, a rule on special correction is required for cases where a sanction has been altered by appeal.

Chapter eight is concluded with a discussion on the consequences of the outlined reform. My conclusion is that the regulation would lead to a more rational and coherent regulation and—not least—that the law would be easier for courts to apply. I further raise the question whether such a reform would lead to a more repressive sentencing system, but find that apprehensions of this kind are largely unfounded.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck m.m.

Äldre tryck

Tablå, innefattande jemnförelse emellan LagCommiteens Förslag till Allmän Criminallag och den nu gällande. Stockholm 1841. (Cit. Tablå 1841).

Förslag till Straff-Balk, Af Lagberedningen. Med Motiver samt Protocoll och Reservationer. Stockholm 1844–1845. (Cit. Förslag till Straffbalk 1844).

Förslag till Straff-Lag. Stockholm 1862. (Cit. Förslag till Straff-Lag 1862).

Propositioner

Prop. 1938:191 med förslag till lag om ändring i vissa delar av strafflagen m.m. (Cit. NJA II 1938).

Prop. 1959:146 med förslag till lag angående villkorlig dom (Cit. NJA II 1959).

Prop. 1962:10 med förslag till brottsbalk.

Prop. 1964:10 om särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare.

Prop. 1972:98 med förslag till lag om internationellt samarbete rörande verkställighet av brottmålsdom m.m.

Prop. 1973:131 med förslag till ändringar i brottsbalkens bestämmelser om kriminalvård i frihet m.m. (Cit. NJA II 1973).

Prop. 1978/79:212 om ändring i brottsbalken m.m. (Cit. NJA II 1979).

Prop. 1980/81:76 om interneringspåföljdens avskaffande och straffet för grovt narkotikabrott m.m.

Prop. 1982/83:85 om ändring i brottsbalken m.m. (villkorlig frigivning och kriminalvård i frihet m.m.). (Cit. NJA II 1983).

Prop. 1982/83:93 med ändring i brottsbalken m.m. (förvandling av böter).

Prop. 1984/85:3 om åtalsunderlåtelse.

Prop. 1987/88:120 om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.).

Prop. 1989/90:7 om försöksverksamhet med samhällstjänst.
Prop. 1990/91:68 om ändring i brottsbalken m.m. (böter).
Prop. 1997/98:96 om vissa reformer av påföljdssystemet.

Statens offentliga utredningar

SOU 1923:9. Förslag till strafflag. Allmänna delen samt förslag till lag angående villkorlig frigivning jämte motiv.
SOU 1937:24. Förslag till ändrad lagstiftning om sammanträffande av brott jämte motiv.
SOU 1938:44. Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. II Motiv m.m.
SOU 1953:14 Förslag till brottsbalk.
SOU 1953:17. Enhetligt frihetsstraff m.m.
SOU 1956:55. Skyddslag.
SOU 1976:47. Färre brottmål.
SOU 1977:83. Tillsynsdom.
SOU 1980:1. 14 dagars fängelse. Minimitid för fängelsestraff.
SOU 1981:90. Frivårdspåföljder.
SOU 1981:92. Villkorlig frigivning samt nämnderna och lekmannamedverkan inom kriminalvården.
SOU 1983:50. Översyn av lagstiftningen om förmögenhetsbrott utom gäldenärsbrotten.
SOU 1986:13–15.Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m.
SOU 1992:61. Ett reformerat åklagarväsende.
SOU 1993:76. Verkställighet av fängelsestraff.
SOU 1995:91. Ett reformerat straffsystem. Del I–III.
SOU 2002:3. Psykisk störning, brott och ansvar.
SOU 2002:26. Frigivning från livstidsstraff.

Departementsserien

Ds Ju 1979:5. PM om internering.
Ds Ju 1981:24. Förvandling av böter m.m.
Ds Ju 1997:32. Påföljder för unga lagöverträdare.
Ds Ju 2001:43. Åtgärder mot klotter.

Promemorior

Justitiedepartementets promemorior 1939:1. 1938 års lagstiftning om sammanträffande av brott. [utarbetad av C. G. Hellquist & Nils Regner]. (Cit. Hellquist & Regner 1939).

Rapporter

BRÅ Rapport 1977:7. Nytt straffsystem. Idéer och förslag.
BRÅ Rapport 1980:2. Påföljdsval, straffmätning och straffvärde.
BRÅ Rapport 1999:9. 8 reflektioner om kriminalpolitik.
BRÅ Kriminalstatistik 2003.

Kommentarer till SL, BrB och RB

Carlén, Richard, Kommentar öfver Strafflagen. Stockholm 1866.
Beckman, Nils & Holmberg, Carl & Hult, Bengt & Strahl, Ivar, Brottsbalken jämte förklaringar. Band III. 2:a uppl. Stockholm 1971. (Cit. Beckman m.fl. 1971).
Berg, Ulf & Berggren, Nils-Olof & Muck, Johan & Wersäll, Fredrik & Victor, Dag: Brottsbalken. Kap. 25–38. En kommentar. Följdförfattningar. Stockholm 2000. Med supplement två gånger om året. (Cit. KBrB III).
Fitger, Peter, Rättegångsbalken (I–IV. Stockholm 2005 (supplement 46)). (Cit. Fitger).
Gärde, Nathanael & Engströmer, Thore & Strandberg, Tore & Söderlund, Erik, Nya rättegångsbalken jämte lagen om dess införande. Med kommentar. Stockholm 1949. (Cit. Gärde 1949).

Övrigt

NOU 2002:4. Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII.
Ot.prp nr 81 (1999-2000) om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.). Det Kongelige Justis- og politidepartement. Oslo 2000. (Cit. Ot.prp. nr 81).
Ot.prp. nr 109 (2001-2002) om lov om endringer i straffeloven og straffprocessloven. Det Kongelige Justis- og politidepartement. Oslo 2002 (Cit. Ot.prp. nr 109).
Ot.prp. nr 90 (2003-2004). Om lov om straff (straffeloven). Det Kongelige Justis- og politidepartement. Oslo 2004. (Cit. Ot.prp. nr 90).
Straffelovrådets betænkning om straffastsættelse og strafferammer I. Almindelig del. Bind 1. Betænkning Nr. 1424. København 2002. (Cit. Straffelovrådets betænkning 2002).

Opublicerat material

Protokoll fört vid praxisdiskussion den 1 oktober 2004 vid Hovrätten över Skåne och Blekinge. (Cit. Protokoll HSB 2004).

Böcker och artiklar

Böcker och artiklar citeras, om annat ej anges, genom angivande av författarens (eller utgivarens) efternamn och årtal. Om en författare har publicerat flera verk under samma år särskiljs titlarna genom angivande av en bokstav (a, b, c etc.).

Agell, Anders, "Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen". SvJT 2002 s. 243–260.

Agge, Ivar, "Till den straffrättsliga konkurrenslärans utvecklingshistoria". JFT 1936 s. 393–414.

Agge, Ivar, "Straffprocessens konstruktion och brottmålsutslagets rättskraft". SvJT 1937 s. 617–634.

Agge, Ivar, "Ett spörsmål rörande åtalspreskription". Festskrift tillägnad Birger Ekeberg. Stockholm 1950 s. 13–27.

Agge, Ivar, Kompendium i straffrätt för propedeutiska kursen. Stockholm 1952.

Agge, Ivar, Straffrättens allmänna del. Föreläsningar. Första häftet. Stockholm 1959.

Agge, Ivar, Straffrättens allmänna del. Föreläsningar. Andra häftet. Stockholm 1961.

Albrecht, Hans-Jörg, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität: Eine vergleichende theoretische und empirische Studie von Herstellung und Darstellung des Strafmasses. Berlin 1994.

Alvesson, Mats & Sköldberg, Kaj, Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod. Lund 1994.

Andenæs, Johs., Alminnelig strafferett. 3. utgave. Oslo 1989.

Andenæs, Johs., Alminnelig strafferett. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo 2004.

Andenæs, Johs., "Høyesterett om 'mengderabatt' ved straffutmåling for vinningsforbrytelser". Lov og Rett 1998 s. 314–316.

Andersson, Håkan, Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser. Uppsala 1993.

Andersson, Håkan, "Topisk retorik inom juridiken". Retorik och rätt. Utgiven av Mikael Mellqvist & Mikael Persson. Uppsala 1994 s. 111–154.

Andersson, Håkan, "Barthesianska meditationer". Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard. København 2003 s. 71–97.

Andersson, Håkan "Likhetsargumentation – analogi och metamorfos". Festskrift till Åke Frändberg. Uppsala 2003a.

Andersson, Torbjörn, "Straffprocessuell rättskraft, särskilt i narkotikamål: Rättskraftsspöket går igen!". Vänbok till Torleif Bylund. Uppsala 2003 s. 9–51.

Ashworth, Andrew, "Punishment and Proportionality". Introduction to Criminal Justice Act 1991. Winchester 1992 s. 23–33.
Ashworth, Andrew, The Criminal Process. An evaluative study. Second edition. Oxford 1998.
Ashworth, Andrew, "Was ist positive Generalprävention? Eine kurze Antwort". Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Hrsg. Schünemann & von Hirsch & Jareborg. Heidelberg 1998a s. 65–72.
Ashworth, Andrew, Sentencing & Criminal Justice. Second Edition. London 1995.
Ashworth, Andrew, Sentencing and Criminal Justice. Third edition. London, Dublin, Edinburgh 2000.
Ashworth, Andrew & von Hirsch, Andrew, "Recognising Elephants: The Problem of the Custody Threshold". Criminal Law Review 1997 s. 187–200.
Asp, Petter, EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv. Uppsala 1998.
Asp, Petter, "Ömsesidigt erkännande av europeiska domar och beslut i straffprocessen – erfarenheter och tillämpningsfrågor". Nordiska juristmötet 2005 (utkommer under 2005).
Asp, Petter & von Hirsch, Andrew, "Straffvärde". SvJT 1999 s. 151–176.
Bae, Ole Jakob, "Renovasjonsstraf og rettferdighet". Lov og Rett 1998 s. 449–450.
Baier, Kurt, The Moral Point of View. A Rational Basis of Ethics. Ithaca, N.Y. 1958.
Baumann, Jürgen, Strafrecht. Allgemeiner Teil. 7. überbearbeitete Auflage. Bielefeld 1975.
Baumann, Jürgen & Weber, Ulrich & Mitsch, Wolfgang, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch. 10. neubearbeitete Auflage. Bielefeld 1995.
Bennett, Jonathan, Rationality. An essay towards analysis. London 1964.
Bentham, Jeremy, Principles of Morals and Legislation. London 1970 (1789).
Bergendal, Ragnar, Lärobok i rättskunskap för blivande landsfiskaler. Utgiven genom socialdepartementets försorg. III. Straffrätt. Andra, omarbetade och tillökade upplagan. Lund 1928.
Bergström, P. L., Juristen – Handbok i svensk lagfarenhet. Stockholm 1923.
Bernt, Jan Fridthjof & Doublet, David R., Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring. 2. opplag. Bergen 1998.
Blei, Hermann, Strafrecht. Allgemeiner Teil. 12. neubearbeitete Auflage. München 1996.

Blok, Peter, "Nogle bemærkninger om anvendelsen af straffelovens § 89". Juristen 1985 s. 237–244.
Bohnert, Joachim, "Warum Gesamtstrafenbildung". ZStW 1993 s. 846–870.
Bolding, Per Olof, "Missbruk av ordet rättsregel". Filosofi och rättsvetenskap. Red. Bertil Belfrage & Leif Stille. Lund 1975 s. 27–36.
Borgeke, Martin, "Vilka grundtankar bör gälla för påföljdsbestämningen?". Flores juris et legum – Festskrift till Nils Jareborg. Uppsala 2002 s. 105–122.
Borgeke, Martin, "Påföljdsval och straffmätning – nytt vin i gamla läglar?". SvJT 2004 s. 885–910.
Borgeke, Martin & Reimer, Stefan, "Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem – en replik". SvJT 1999 s. 145–150.
Bottoms, Anthony, "Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment". Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch. Edited by Andrew Ashworth & Martin Wasik. Oxford 1998 s. 53–100.
Braithwaite, John & Pettit, Philip, Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice. Oxford 1990.
Bringewat, Peter, Die Bildung der Gesamtstrafe. Berlin, New York 1987.
Bringewat, Peter, "Straferledigung i.S. des § 55 StGB und ausgemessener Härteausgleich". NStZ 1987a s. 385–389.
Bringewat, Peter, "Zäsurwirkung des früheren Urteil trotz Straferledigung – BGHSt 33, 367". JuS 1988 s. 25–30.
Bringewat, Peter, Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen – Allgemeine Verbrechenslehre – Aufbauschemata. Baden-Baden 2003.
Brownlee, Ian, "Hanging judges and wayward mechanics: reply to Michel Tonry". Penal theory and practice. Tradition and innovation in criminal justice. Edited by Antony Duff, Sandra Marshall, Rebecca Emerson Dobash and Russell P. Dobash. Manchester 1994 s. 85–92.
Bruns, Hans-Jürgen, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung. 2. neubearbeitete Auflage. Köln, Berlin, Bonn, München 1974.
Bylund, Torleif, "Kioskinbrottet och rättskraftsspöket. En strip-tease i sex moment". Process och exekution. Vänbok till Robert Boman. Uppsala 1990 s. 41–69.
Cressey, Donald R., "Åtalsförhandling – en väg till rättvisa". Rationalitet i rättssystemet. Red. Ulla Bondeson. Stockholm 1979 s. 144–159.
Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Stockholm 1998.
Davies, Malcolm & Croall, Hazel & Tyrer, Jane, Criminal Justice. An introduction to the Criminal Justice system in England and Wales. London & New York 1995.

Deiters, Mark, Strafzumessung bei mehrfach begründeter Strafbarkeit. Studien zur Ratio der §§ 52–55 StGB. Baden-Baden 1999.
Dreher, Eduard & Tröndle, Herbert, Besck'sche Kurtzkommentare. Band 10. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 47. neubearbeitete Auflage. München 1995. (Cit. Dreher & Tröndle).
Duff, Antony, Criminal Attempts. Oxford 1996.
Duff, R. A., "Desert and Penance". Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy. Edited by Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth. Second edition. Oxford 1998 s. 161–167.
Duff, R. A., "Prävention oder Überredung?". Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Hrsg. Schünemann & von Hirsch & Jareborg. Heidelberg 1998a s. 181–194.
Duff, R. A., Punishment, Communication, and Community. Oxford 2001.
Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously. London 1977.
Eckhoff, Torstein, "Når foreligger kollisjon mellom rettsregler?". Nordisk Gjenklang. Festskrift till Carl Jakob Arnholm. Oslo 1969 s. 79–109.
Ekelöf, Per Olof, Rättegång – Andra häftet. 7:e uppl. Stockholm 1992.
Ekelöf, Per Olof, Rättegång – Femte häftet. 6:e uppl. Stockholm 1994.
Ekelöf, Per Olof & Bylund, Torleif & Boman, Robert, Rättegång – Tredje häftet. 6:e uppl. Stockholm 1994.
Elwin, Göran, Häleribrottet. De objektiva rekvisiten i brottsbalken 9 kap. 1 § i komparativ belysning. Stockholm 1969.
Elwin, Göran & Heckscher, Sten & Nelson, Alvar, Den första stenen. Studiebok i kriminalpolitik. Fjärde omarbetade upplagan. Stockholm 1975. (Cit. Elwin m.fl. 1975).
Emmins, Christopher J., A Practical Approach to Sentencing. London 1985.
Engisch, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung. Heidelberg 1963.
Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken. Sechste unveränderte Auflage. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1975.
Erb, Volker, "Überlegungen zu einer Neuordnung der Konkurrenzen". ZStW 2005 s. 37–106.
Feldtmann, Birgit, "Anklagemyndighedens rolle – legalitet og opportunitet i det danske og det tyske retssystem i et komparativt perspektiv." Rapportunderlåtelse, åtalsunderlåtelse, påföljdsefteregift etc. som en del av straffsystemen i Norden, NSfK:s 20:e kontaktseminarium, Lunds universitet 2002. Helsingfors 2003 s. 35–47.
Fletcher, George, Rethinking Criminal Law. Oxford 2000.
Forsman, Jaakko, Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror. Tredje upplagan. Helsingfors 1930.

Frister, Helmut, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2. Baden-Baden 1995. (Cit. NK-Frister 1995).
Frändberg, Åke, Om analog användning av rättsnormer. Uppsala 1973.
Frändberg, Åke, Rättsregel och rättsval. Om rättsliga regel- och systemkonflikter i tid och rum. Stockholm 1984.
Frände, Dan, Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
Frände, Dan, Finsk straffprocessrätt I. Helsingfors 1999.
Frände, Dan, Allmän straffrätt. 3:e uppl. Helsingfors 2004.
Gadamer, Hans-Georg, Sanning och metod i urval. Göteborg 2002.
Garland, David, Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory. Oxford 1990.
Geerds, Friedrich, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht. Hamburg 1961.
Golding, Martin P., Legal Reasoning. New York 1984.
Greve, Vagn. Straffene. 2. udgave. København 2002.
Greve, Vagn, "Sammenstød af sanktioner i dansk strafferet". Jura & Historie. Festskrift til Inger Dübeck som forsker. København 2003.
Greve, Vagn & Jensen, Asbjørn & Toftegaard Nielsen, Gorm, Kommenteret straffelov. Almindelig del. 7. omarbejdede udgave. København 2001. (Cit. Greve m.fl. 2001).
Gripne, Frithjof, "Om bruken av etterskuddsdom". Lov og Rett 1987 s. 98–111.
Gropp, Walter, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflage. Berlin, Heidelberg 2001.
Gross, Hyman, "Preventing Impunity". Jurisprudence. Cambridge Essays. Edited by Hyman Gross & Ross Harrison. Oxford 1992 s. 95–105.
Grönqvist, Henrik, "Om de finska straffmätningsreglerna". Påföljdsval, straffmätning och straffvärde. Rapport från ett forskarseminarium på Skokloster den 9–11 juni 1980. BRÅ Rapport 1980:2 s. 187–202.
Hagströmer, Johan, Svensk straffrätt. Första bandet. Uppsala 1901–1905.
Harrison, Ross, "The Equality of Mercy". Jurisprudence. Cambridge Essays. Edited by Hyman Gross & Ross Harrison. Oxford 1992 s. 107–125.
Hart, H.L.A., Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy Of Law. Oxford 1968.
Hart, H.L.A., The Concept of Law. Second Edition. 1997.
Hassemer, Winfried, "Gründe und Grenzen des Strafens". Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysos Spinellis. Athen 2001 s. 399–424.
Havansi, Erkki & Koskinen, Pekka, Finlands straff- och processrätt. En introduktion. (2 uppl.) Helsingfors 2002.

Heckscher, Sten, "Påföljdsvalet vid upprepad brottslighet". NTfK 1976 s. 283–290.
Hemmer, Ragnar, "Uppsåtlig misshandel enligt 1734 års lag". Minnesskrift ägnad 1734 års lag II. Stockholm 1934. s. 758–772.
Hoflund, Olle, Straff och andra reaktioner på brott. 4.e uppl. Stockholm 1995.
Hudson, Barbara A., Understanding justice. An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory. Second edition. Buckingham 2003.
Humbla, Philibert, Om strafflagens användande vid sammanträffande av brott. Afhandling i fäderneslandets gällande criminalrätt. Lund 1851.
Häthén, Christian, Straffrättsvetenskap och kriminalpolitik. De europeiska straffteorierna och deras betydelse för svensk strafflagstiftning 1906–1931. Tre studier. Lund 1990.
Jakobs, Günther, Strafrecht – Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Berlin, New York 1983.
Jareborg, Nils, Handling och uppsåt. En undersökning rörande doluslärans underlag. Stockholm 1969.
Jareborg, Nils, Begrepp och brottsbeskrivning. Semantik och läran om normativa rekvisit. Stockholm 1974.
Jareborg, Nils, Förmögenhetsbrotten. Stockholm 1975.
Jareborg, Nils, Värderingar. Stockholm 1975a.
Jareborg, Nils, "Konkurrensfrågor i svensk straffrätt". NTfK 1976 s. 237–248.
Jareborg, Nils, "Regler och riktlinjer". TfR 1979 s. 385–410.
Jareborg, Nils, "Straff och rättvisa". BRÅ Rapport 1980:2 s. 29–53.
Jareborg, Nils, Brotten. Första häftet. Grundbegrepp. Brotten mot person. 2 uppl. Stockholm 1984.
Jareborg, Nils, Brottsbalken kap. 23–24 med mera. Uppsala 1987.
Jareborg, Nils, Essays in Criminal Law. Uppsala 1988.
Jareborg, Nils, "Rättvisa och repressionsnivå". Rättsdogmatikens alternativ. Utg. av Kaarlo Tuori. Tammerfors 1988a s. 87–97.
Jareborg, Nils, Straffrättsideologiska fragment. Uppsala 1992.
Jareborg, Nils, Straffrättens ansvarslära. Uppsala 1994.
Jareborg, Nils, Straffrättens gärningslära. Stockholm 1995.
Jareborg, Nils, "The Swedish Sentencing Reform". The Politics of Sentencing Reform. Edited by Chris Clarkson & Rod Morgan. Oxford 1995a s. 95–123.
Jareborg, Nils, "Straffmätning vid flerfaldig brottslighet". SvJT 1999 s. 264–280.
Jareborg, Nils, "Humanitet och straffbestämning". JFT 2000 s. 435–450.

Jareborg, Nils, Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001.
Jareborg, Nils, Scraps of Penal Theory. Uppsala 2002.
Jareborg, Nils, "Böter istället för fängelse". SvJT 2003 s. 231–242.
Jareborg, Nils, "Kriminalisering som ultima ratio regis". Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskielle. 1.1.2003 omistettu. Helsingfors 2003a s. 89–102.
Jareborg, Nils, "Vad är en princip?" Festskrift till Åke Frändberg. Uppsala 2003b s. 137–144.
Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap". SvJT 2004 s. 1–10.
Jareborg, Nils & von Hirsch, Andrew, Påföljdsbestämning i USA. BRÅ Forskning 1984:4.
Jareborg, Nils & Zila, Josef, Straffrättens påföljdslära. Stockholm 2000.
Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil. 5. Auflage, Berlin 1996.
Jung, Heike, Sanktionensysteme und Menchenrechte. Bern, Stuttgart, Wien 1992.
Jung, Heike & Nitschmann, Kathrin, "Das Bekenntnis zum Schuldbekenntnis – zur Einführung des plaider coupable im französischen Strafprozess". ZStW 2004 s. 785–796.
KBrB, se Kommentar till BrB.
Kindhäuser, Urs, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Baden-Baden 2005.
Kleinig, John, Punishment and Desert. Hauge 1973.
Kleinig, John, "The Hardness of Hard Treatment". Fundamentals of Sentencing theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch. Edited by Andrew Ashworth & Martin Wasik. Oxford 1998 s. 273–298.
Klug, Ulrich, "Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz". ZStW 1956 s. 399–416.
Koskinen, Pekka, "Synpunkter på några straffrättsliga konkurrensproblem". Lov og frihet, Festskift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen 7 September 1982. Olso 1982 s. 185–194.
LK, (Leipziger Kommentar), se Rissing-van Saan.
Lacey, Nicola, State Punishment. Political Principles and Community Values. London 1988.
Lackner, Karl, Strafgestezbuch mit Erläuterungen. 21. Auflage. München 1995.
Lappi-Seppälä, Tapio, "Penal Policy and Sentencing Theory in Finland". Criminal Policy and Sentencing in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Edited by Raimo Lahti & Kimmo Nuotio & Panu Minkkinen. Helsingfors 1992.
Lappi-Seppälä, Tapio, "Proportionality and other Values in the Finnish Sentencing System". Flores juris et legum – Festskrift till Nils Jareborg. Uppsala 2002 s. 401–425.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Auflage. Berlin, Heidelberg, New York 1991.
Leijonhufvud, Madeleine, "Rättsvetenskap och kriminalpolitik". Lex ferenda. Rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet. Red. Jan Rosén. Stockholm 1996, s. 95–106.
Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, Straffansvar. 6:e uppl. Stockholm 2001.
Lernestedt, Claes, Kriminalisering. Problem och principer. Uppsala 2003.
Liedman, Sven-Eric, I skuggan av framtiden. Viborg 1999.
Lindblom, Per Henrik, "Processens arkitektur – Jakten på det slutliga bevistemat i ett funkishus med flera våningar". Vänbok till Torleif Bylund. Uppsala 2003 s. 171–260.
Lindell, Bengt, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Uppsala 1987.
Lindström, Peter, "Innebär färre rapporteftergifter och åtalsunderlåtelser minskad brottslighet & ökad trygghet?". 8 reflektioner om kriminalpolitik, BRÅ-Rapport 1999:9 s. 140–159.
Lovegrove, Austin, The framework of judicial sentencing. A study in legal decision making. Cambridge 1997.
Lucas, J. R., On Justice. Oxford 1980.
Lundkvist, Peter, "Åtalsunderlåtelse och förundersökningsbegränsning vid flerfaldig brottslighet". SvJT 1999 s. 281–287.
Löfmarck, Madeleine, Straffrättens konkurrensproblem. Stockholm 1974.
Löfmarck, Madeleine, "Nyklassicismen – vart tog den vägen?". NTfK 1986 s. 49–60.
Löfmarck, Madeleine, "Ett lagom ideologiskt betänkande". NTfK 1986a s. 497–414.
Löfmarck, Madeleine & Bergström, Göran & Lindberg, Per & Ericsson, Ulrica & Törnqvist, Stig-Björn, Åtalsunderlåtelse – Processekonomi och absolut åtalsplikt. Juridiska fakulteten i Stockholm; skriftserien. Stockholm 1986. (Cit. Löfmarck m.fl. 1986).
MacCormick, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford 1978.
Mackie, J.L., Ethics: Inventing Right and Wrong. Harmondsworth, Middlesex 1977.
Matningsdal, Magnus, "Etterskuddsdom". TfR 1985 s. 559–589.
Matningsdal, Magnus, "Hvordan kan Stortinget påvirke straffenivået?" Rettsteori og Rettsliv. Festskrift til Carsten Smith. Oslo 2002 s. 569–588.
Matningsdal, Magnus & Bratholm, Anders (red.), Straffeloven. Kommentarutgave. Første Del. Almindelige Bestemmelser. 2. utgave. Oslo 2003.

Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen. Berlin, Heidelberg 2001.
Morris, Norval, The Future of Imprisonment. Chicago, London 1974.
Morris, Norval, Madness and the Criminal law. Chicago 1982.
Morris, Norval, "Desert as a Limiting Principle". Principled Sentencing. Ed. Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth, Second Edition, Oxford 1998 s. 180–190.
Morris, Norval, "Incapacitation Within Limits". Principled Sentencing. Ed. Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth, Second Edition, Oxford 1998a s. 107–112.
Morris, Norval & Tonry, Michael, Between Prison and Probation. Oxford 1990.
Murphy, Jeffrie G., Retribution, Justice, and Therapy. Dordrecht 1979.
Murphy, Jeffrie G. & Hampton, Jean, Forgiveness and mercy. Cambridge 1998.
Myhrer, Tor-Geir, "Strengere straff for tyvsforbrytelser – rettferdighet for vem?" Lov og Rett 1999 s. 313–316.
Mäkelä, Klaus, "Om straffens verkningar". VI Jurisprudentia 1975 s. 233–280.
Mæland, Henry John, "Om der kriminalpolitiske utviklingen de siste tiår". NTfK 2000 s. 193–202.
Mæland, Henry John, Innføring i alminnelig strafferett. 3. utgave. Bergen 2004.
NK (Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2), se Frister, Helmut.
Nelson, Alvar, "Den rättvisa brottspåföljden" ... den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm 70 år. Oslo 1990 s. 73–85.
Nelson, Alvar, Kriminalpolitik och ingripanden mot brott. Fjärde upplagan. Uppsala 1990a.
Nordh, Robert, Processens ram i brottmål: Om gärningsbegreppet, ändring och justering av åtal, enskilt anspråk m.m. Uppsala 2002.
Olivecrona, Karl, Rättegången i brottmål enligt RB. Lund 1953.
Peczenik, Aleksander, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Stockholm 1995.
Petersson Hjelm, Ann-Christine, Fängelse som välfärdsbygge. Tre studier om behandlingstanken i svensk fångvård. Uppsala 2002.
Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy. Edited by Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth. Second edition. Oxford 1998.
Raz, Joseph, Practical Reason and Norms. London 1975.
Raz, Joseph, The Authority of Law. Oxford 1979.
Raz, Joseph, The Morality of Freedom. Oxford 1986.
Raz, Joseph, Engaging Reason. On the Theory of Value and Action. Oxford 1999.

Rissing-van Saan, Ruth, StGB Leipziger Kommentar. Grosskommentar. 28 Lieferung. §§ 52–55. Herausgeben von Burkhard Jähnke & Heinrich Wilhelm Laufhütte & Walter Odersky. 11. neubearbeitete Auflage. Berlin, New York 1999. (Cit. LK-Rissing-van Saan 1999).
Robinson, Paul H., "Dissent from the United States Sentencing Commission's proposed guidelines". The Journal of Criminal Law & Criminology 1986 s. 1112–1125.
Robinson, Paul H., "A Sentencing System for the 21st Century?" Texas Law Review 1987 s. 1–61.
Robinson, Paul H., "Desert, crime control, disparity, and units of Punishment". Penal theory and practice. Tradition and innovation in criminal justice. Edited by Antony Duff, Sandra Marshall, Rebecca Emerson Dobash and Russell P. Dobash. Manchester 1994 s. 93–107.
Ross, Alf, Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1953.
Ross, Alf, Directives and Norms. London 1968.
Ross, Alf, Forbrydelse og straf. Analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del. København 1974.
Roxin, Claus, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe". JuS 1966 s. 377–387.
Roxin, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München 1997.
Roxin, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München 2003.
Røstad, Helge, Innkast i straffefeltet. Utvalgte emner i strafferett. Oslo 1993.
Schaeferdiek, Sascha, Die kurze Freiheitsstrafe im schwedischen und deutschen Strafrecht. Berlin 1997.
Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch. Zweite, neubearbeitete Auflage. Tübingen 1975.
Schmitt, Rudolf, "Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht". ZStW 1963 s. 43–62 och 179–219.
Schumann, Karl F., Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver Generalprävention". Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Hrsg. Schünemann & von Hirsch & Jareborg. Heidelberg 1998 s. 17–28.
Schäfer, Gerhard, Praxis der Strafzumessung. München 1990.
Schönke, Adolf & Schröder, Horst, Strafgesetzbuch. 26. neubearbeitete Auflage. München 2001.
Slettan, Svein, "Hva er passe straff?". Tidsskift for Strafferett 2002 s. 379–386.
Smart, Alwynne, "Mercy". The Philosophy of Punishment. Edited by H.B. Acton. New York 1969 s. 212–227.

Sundby, Nils Kristian, Om normer. Oslo, Bergen, Tromsø 1974.
Stenborre, Eva, Påföljdsbestämningen i Sverige och straffutmålingen i Norge. Med en studie av rättsfall från Högsta domstolen och Høyesterett. (Stencil) Lund 2003.
Sterzel, Georg, Studier rörande påföljdspraxis m.m. Andra upplagan. Stockholm 2001.
Stjernberg, Nils, Kommentar till lagen om villkorlig straffdom den 22 juni 1906. Uppsala 1912.
Stjernberg, Nils, Kriminalpolitik. Studier till den svenska strafflagsreformen. Andra, väsentligt utvidgade upplagan. Uppsala 1935.
Strahl, Ivar, Den svenska kriminalpolitiken. En presentation av brottsbalken och en översikt över den svenska straffrättens utveckling från 1800-talet till våra dagar. Stockholm 1968.
Strahl, Ivar, Allmän straffrätt i vad angår brotten. Stockholm 1976.
Strahl, Ivar & Henkow, Hugo & Göransson, Hardy & Eriksson, Torsten & Wiklund, Daniel & Jonsson, Gustav. Om påföljder för brott. Stockholm 1948. (Cit. Strahl m.fl. 1948).
Strahl, Ivar & Bolin, Lars & Göransson, Hardy & Henkow, Hugo & Jonsson, Gustav & Lindquist, Gunnar & Wiklund, Daniel. Om påföljder för brott. Andra, omarbetade upplagan. Stockholm 1955. (Cit. Strahl m.fl. 1955).
Stratenwerth, Günther, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. Dritte, neubearbeitete Auflage. Köln, Berlin, Bonn, München 1981.
Strawson, Peter F., Freedom and Resentment and other essays. London 1974.
Streng, Franz, Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen. 2. Auflage. Stuttgart, Berlin, Köln 2002.
Streng, Franz, Jugendstrafrecht. Heidelberg 2003.
Strömberg, Håkan, Speciell förvaltningsrätt.13:e uppl. Malmö 1995.
Strömberg, Tore, Åtalspreskription. Stockholm 1956.
Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. 4 uppl. Stockholm 1992.
Tham, Henrik, "Från behandling till straffvärde – Kriminalpolitik i en förändrad välfärdsstat". Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utgiven av Dag Victor. Stockholm 1996 s. 78–109.
Thomas, David Arthur, Principles of Sentencing. The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division. Second edition. London 1979.
Thyrén, Johan C.W., Straffrättens allmänna grunder. Lund 1907.
Thyrén, Johan C.W., Principerna för en strafflagsreform. I. Straffets sociala uppgift. Straffsystemet. 2:a uppl. Lund 1910.
Thyrén, Johan C.W., "Svensk straffrätt". TfR 1914–1915 s. 329–380. (Cit Thyrén 1914).

Thyrén, Johan C.W., Förberedande utkast till strafflag. Kap. I–XIII. Allmänna delen. Lund 1916.
Tirkkonen, Tauno, "Opportunitetsprincipen enligt gällande finsk rätt". Festskrift till Per Olof Ekelöf. Stockholm 1972.
Toftegaard Nielsen, Gorm, Strafferet 2. Sanktionerne. København 2002.
Tonry, Michel, "Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments". A Reader on Punishment. Edited by Antony Duff & David Garland. Oxford 1994 s. 136–160.
Tonry, Michael, "Selective Incapacitation: The Debate over Its Ethics". Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy. Edited by Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth. Second edition. Oxford 1998 s. 128–137.
Tonry, Michael, "Setting sentencing policy through guidelines". Reform and Punishment. The Future of Sentencing. Edited by Sue Rex & Michael Tonry. Devon 2002.
Toulmin, Stephen, The Uses of Argument. Cambridge 1964.
Träskman, Per Ole, Åtalsrätt. De offentliga åklagarna, deras behörighet och uppgifter enligt gällande finsk rätt. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie Nr 47. Helsingfors 1980.
Träskman, Per Ole, "Om återfall i brott". SvJT 1999 s. 200–217.
Träskman, Per Ole, "Påföljd, proportionalitet och prioritering av samhällsstraff". SvJT 2003 s. 173–194.
Tuori, Kaarlo, Critical Legal Positivism. Hants 2002.
Törnudd, Patrik, "Ideologi och straffvärde". Påföljdsval, straffmätning och straffvärde. Rapport från ett forskarseminarium på Skokloster den 9–11 juni 1980. BRÅ Rapport 1980:2 s. 16–28.
Ulväng, Magnus, "Böter istället för fängelse? – några anteckningar i anslutning till Nils Jareborgs uppsats". SvJT 2003 s. 243–263.
Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utgiven av Dag Victor. Stockholm 1995.
Vestergaard, Jørn, "Gentagelsesstraf – en afvejning af recidivistens og myndighedernes ansvar for tilbagefaldet". NTfK 1976 s. 298–307.
Victor, Dag, "Återfallsregler i straffrätten". NTfK 1976 s. 249–262.
Victor, Dag, Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system. Lund 1977.
Victor, Dag, "Politik och straffsystem – ett drama under utveckling". Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utgiven av Dag Victor. Stockholm 1995 s. 57–77.
Victor, Dag, "Den åtalade gärningen – några tankar om utformningen av gärningsbeskrivningar". 35 års utredande – en vänbok till Erland Aspelin. Stockholm 1996 s. 213–262.

Victor, Dag, "Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem". SvJT 1999 s. 132–150.
von Eyben, W. E., Strafudmålning. Lovens rammer og Dommerens udfyldning. København 1950.
von Hirsch, Andrew. "Nyklassicism, proportionalitet och straffets grunder". NTfK 1982 s. 97–117.
von Hirsch, Andrew, Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals. New Brunswick, N.J. 1985 & Manchester 1986.
von Hirsch, Andrew, "Principles for Choice of Sentence. The proposals of Fängelsestraffkommittén". SvJT 1987 s. 1–19.
von Hirsch, Andrew, "The Ethics of Community-Based Sanctions". Crime & Delinquency, Vol. 36, 1990 s. 162–173.
von Hirsch, Andrew, Censure and Santions. Oxford 1993.
von Hirsch, Andrew, "Proportionate Sentences: a Desert Perspective". Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy. Edited by Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth. Second edition. Oxford 1998 s. 168–179.
von Hirsch, Andrew, "Seriousness, Severity, and the Living Standard". Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy. Edited by Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth. Second edition. Oxford 1998a s. 185–190.
von Hirsch, Andrew, "Desert and Previous Convictions". Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy. Edited by Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth. Second edition. Oxford 1998b s. 191–197.
von Hirsch, Andrew, Proportionalitet och straffbestämning. De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2001. Uppsala 2001.
von Hirsch, Andrew & Bottoms, Anthony E. & Burney, Elisabeth & Wikström, P-O., Criminal Deterrence and Sentence Severity. An Analysis of Recent Research. Oxford 1999.
von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, "Straff och proportionalitet". NTfK 1987 s. 300–324.
von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, "Straff och proportionalitet – replik". NTfK 1989 s. 56–63.
von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, "Gauging Criminal Harm. A Living-Standard Analysis". Oxford Journal of Legal Studies 1991 s. 1–38.
von Wright, Georg Henrik, Norm and Action. A logical enquiry. London 1963.
von Wright, Georg Henrik, Vetenskapen och förnuftet. Stockholm 1986.
Waaben, Knud, Strafferettens almindelige del. II. Santionslæren. 3. udgave. København 1993.

Walker, Nigel, Why Punish? Oxford 1991.
Warda, Günther, "Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre". JuS 1964 s. 81–93.
Wasik, Martin, Emmins on Sentencing. Fourth Edition. London 2001.
Wasik, Martin & von Hirsch, Andrew, "Section 29 Revised: Previous Convictions in Sentencing". Criminal Law Review 1994 s. 409–418.
Wasserstrom, Richard A., Philosophy and Social Issues. Five Studies. Notre Dame 1980.
Weber, Max, Economy and Society. Edited by Guenther Roth and Claus Wittich. Berkeley 1978 (1917).
Welamson, Lars, Om brottmålsdomens rättskraft. Stockholm 1949.
Wells, Marianne, Sentencing for Multiple Offences in Western Australia. University of Western Australia Crime Research Centre Research Report 6. 1992.
Wennberg, Suzanne, "Påföljd för brott. Fängelsestraffkommitténs huvudbetänkande". SvJT 1986 s. 704–712.
Wennberg, Suzanne, "Några moralteoretiska synpunkter på straffsystemet". TfR 1994 s. 305–336.
Wersäll, Fredrik, "Åklagare och polis som domare". Rapportunderlåtelse, åtalsunderlåtelse, påföljdseftergift etc. som en del av straffsystemen i Norden, NSfK:s 20:e kontaktseminarium, Lunds universitet 2002. Helsingfors 2003 s. 48–60.
Wessels, Johannes, Strafrecht – Allgemeiner Teil. Die Straftat und Ihr Aufbau. 18. neubearbeitete Auflage. Heidelberg 1988.
Wessels, Johannes & Beulke, Werner, Strafrecht – Allgemeiner Teil. Die Straftat und Ihr Aufbau. 32. neubearbeitete Auflage. Heidelberg 2002.
Wetter, Folke P:son, Den villkorliga domen. En straffrättslig undersökning. Uppsala 1912.
Wetter, Folke P:son, Allmän straffrätt. Anteckningar efter Professor F. Wetters föreläsningar vårterminen 1931. Uppsala 1932.
Winroth, Alfred Ossian, Anteckningar efter professor Winroths rättshistoriska föreläsningar i straffrätt. Genomsedda och bearbetade av professor Winroth. Lund 1889.
Wittgenstein, Ludwig, Filosofiska undersökningar. Stockholm 1992 (1953).
Zedner, Lucia, Criminal Justice. Oxford 2004.
Zila, Josef, "Gradindelning av brott och legalitetsprincipen i straffrätten". Lex ferenda. Rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet. Red. Jan Rosén. Stockholm 1996 s. 251–260.
Zippelius, Reinhold, Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die

Rechtsphilosophie. Dritte, neuarbeitete und erweiterte Auflage. München 1973.
Zippelius, Reinhold, Einführung in die juristische Methodenlehre. München 1971.

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 1954 s. 529 253
NJA 1957 s. 82 304
NJA 1962 s. 128 304
NJA 1966 s. 12 303
NJA 1966 s. 340 303
NJA 1968 s. 442 322
NJA 1969 B 28 253
NJA 1970 s. 175 304
NJA 1975 s. 691 320, 321, 531
NJA 1980 s. 686 303
NJA 1981 s. 439 318
NJA 1984 s. 447 304
NJA 1984 s. 898 253
NJA 1985 s. 496 304
NJA 1985 s. 544 518, 519
NJA 1988 s. 413 452
NJA 1989 s. 12 40, 311, 449
NJA 1989 s. 564 114
NJA 1989 s. 870 162
NJA 1990 s. 622 114
NJA 1991 s. 498 162
NJA 1992 s. 590 228
NJA 1993 s. 274 318, 413
NJA 1994 s. 143 363
NJA 1994 s. 153 114
NJA 1995 s. 35 229, 534
NJA 1995 s. 711 366, 417
NJA 1997 s. 652 197
NJA 1999 s. 269 351
NJA 2000 s. 256 351
NJA 2000 s. 314 115, 335, 351

NJA 2000 s. 533 306, 443
NJA 2001 s. 913 437, 441
NJA 2002 s. 270 198
NJA 2004 s. 354 201
NJA 2004 s. 644 427

Hovrätterna

SvJT 1966 rf s. 11 359
SvJT 1970 rf s. 50 32
RH 1981:65 319
RH 1992:55 375
RH 1993:47 443
RH 2002:70 221
RH 2004:49 366, 442
RH 2004:87 414

Norska Høyesterett

Rt. 1987 s. 763 461
Rt. 1988 s. 633 461
Rt. 1991 s. 1483 461
Rt. 1997 s. 1976 202
Rt. 2001 s. 1606 527
Rt. 2002 s. 1591 525

Tyska BGH

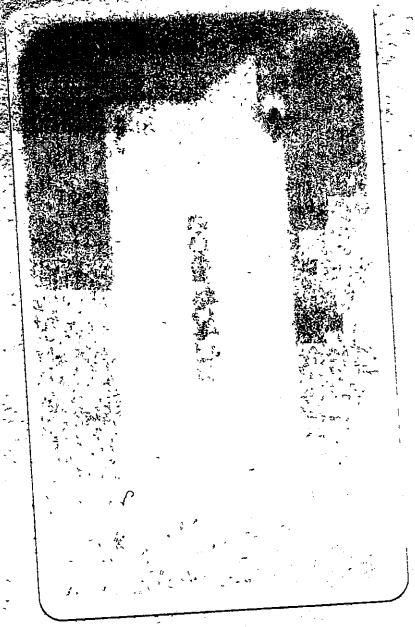
NJW 1954 s. 324 515
NJW 1972 s. 454 206
NJW 1995 s. 2234 206
BGHSt24 s. 268 206

Begreppsregister

Sökorden avser endast de för detta arbete specifika termer och begrepp inom konkurrensläran. Hänvisning görs endast till sidor där termerna och begreppen presenteras och närmare definieras.

absolut åtalsplikt, principen om 57 f.
absorption 51 f., 55
absorptionsprincipen 55, 172 ff.
asperation 51 f., 55, 226
asperationsprincipen 177 ff., 202 f.
brottsenhet 27, 141, 209, 249 f., 301 ff.
brottskonkurrens 28, 42
brottslighetskonkurrens 24 ff., 37, 39, 47 ff.
enkelhetsprincipen 269, 284
enhetsstraff, se *gemensamt straff*
fortsatt brott 134 ff., 148, 192 ff., 251 f.
– i inskränkt mening 135 ff., 301, 517
– i vidgad bemärkelse 138 f., 301, 517
gemensamt straff, principen om 123 ff., 142 f., 148 f., 226 ff., 288, 320 f., 322 ff., 407, 492 ff.
Gesamtstrafe 127, 144, 247, 471 f.
gärningsenhet 27, 141, 209, 249 ff., 301 ff.
gärningskonkurrens 26 ff., 39
humanitet 93, 102 ff., 119 ff.
humanitetsprincipen 105 ff., 257, 343
idealkonkurrens 27, 124, 128, 132 ff., 140 ff., 167, 252, 301
iterativ tillämpningssituation 21 f., 299 ff.
Klammerwirkung 474, 536 f.
kollektivt straff, principen om 41, 127 ff., 143 ff., 148 f., 167, 260
konsumtion 29, 139, 192 ff., 251 ff.,
konsumtionsdom 353 ff., 377 ff.
kumulation 51 f.
kumulationsprincipen 55, 124, 167 ff., 387 ff., 418
lagkonkurrens 28 ff.
– med citering 30 f., 35
legalitetsprincipen 36 ff.
likabehandling, principen om 112, 115 ff.
likartad konkurrens 27
lösningsalternativ, se *principer* (*konstruktiva principer*)
medbestraffade handlingar 29, 137, 139
mercy, principle of 103 f., 119, 223
modifikation 51, 55

mängdrabatt, principen om 187 f., 257 ff.
ny gemensam dom 329 f., 421 ff., 428 ff., 454 ff., 542 ff.
nåd 103 f., 119 f., 224 ff.
olikartad konkurrens 27, 132 f., 135
opportunitetsprincipen, se *relativ åtalsplikt*
parsimony, principle of 105
persevererande brottslighet 33, 514 ff.
principer 51 ff., 73
– konstruktiva 55
– normativa 52 ff., 296
proportionalitet, principen om 95 ff.
– absolut 98 ff., 156, 184
– relativ 98 ff., 106, 109, 165, 185, 239, 265 ff.
– prospektiv 95 ff., 122 f.
– retrospektiv 91 ff., 113 ff.
påföljdskonkurrens 30 ff., 39, 47, 49, 79 ff., 84, 304
påföljdsbestämningskonkurrens 47, 322
rationalitet 68 ff.
– målrationalitet 70
– normrationalitet 70
– systemrationalitet 71, 73
– värderationalitet 70
– ändamålsrationalitet 71
realkonkurrens 27, 128, 131, 134, 140 ff., 196, 209, 252
regelkonkurrens 24 ff., 28, 39, 49
relativ åtalsplikt, principen om 57 ff.
sammanträffande av brott 42 ff.
sammanträffande av straff 42 f., 47
skenbar konkurrens 28, 39, 135
särskild dom 353, 387 ff., 536 ff.
tillämpningssituation 21 ff., 26 f., 31
undanröjande, se *ny gemensam dom*
urval 51, 55
verklig konkurrens 28
verkställighetskonkurrens 31, 47, 76, 94 f., 322
Zäsurwirkung 473, 522, 536



Hur skall påföljden bestämmas i fall då den avser flera brott? Den frågan ger upphov till konkurrensproblem rörande påföljdsbestämning, som är det huvudsakliga ämnet för denna straffrättsliga undersökning. Fokus ligger på en analys av de principer som sedan lång tid anses styra valet av lösningsalternativ: *kumulation*, *absorption* och *asperation*.

Bland de frågor som diskuteras i boken kan nämnas:
- Principen om gemensamt straff
- Konstruktion av straffskala för flerfaldig brottslighet
- Straffmätning vid flerfaldig brottslighet och principen om mängdrabatt
- Valet mellan olika lösningsalternativ i BrB kap. 34 (konsumtionsdom, särskild dom och ny gemensam dom)
- Förhållandet mellan konkurrenslära och principerna om proportionalitet och humanitet

De frågeställningar som berörs i undersökningen är mycket sparsamt behandlande i svensk doktrin och litteratur.

Magnus Ulväng är hovrättsfiskal vid Svea hovrätt och verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Akademisk avhandling.

UPPSALA UNIVERSITETSBIBLIOTEK
16000 002733922

IUSTUS FÖRLAG

ISSN
0282-2040

ISBN
91-7678-602-1