



Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Utveckling av grunderna för talan i Högsta domstolens mål nr B 1720-10

Överklagandet

I överklagande den 12 april 2010 yrkade jag att Högsta domstolen med ändring av Hovrättens över Skåne och Blekinge dom den 15 mars 2010 i mål nr B 313-10 skulle bestämma påföljden till fängelse i tio år. Jag har beviljats anstånd med att utveckla grunderna för överklagandet och skälen för prövningstillstånd till den 21 april 2010.

Bakgrund

Åtalet

MT åtalades för grov narkotikasmuggling enligt följande gärningsbeskrivning.

MT har den 24 juni 2009, i samband med införsel via Trelleborg till Sverige av 40 477 gram cannabisharts och 5 959 gram kokain, som är narkotika och som omfattas av införselförbud, uppsåtligt brutit mot förbudet genom att underlåta att anmäla narkotikan till tullbehandling.

Brottet är grovt eftersom det avsett en särskilt stor mängd narkotika.

Tingsrättens dom

Tingsrätten dömde MT för grov narkotikasmuggling till fängelse i tio år samt utvisning ur riket med förbud att återvända hit.

MT erkände gärningen. Tingsrätten fann att hans erkännande vann stöd av övrig utredning varför åtalet ansågs styrkt.

I påföljdsdelen anför tingsrätten bl.a. följande.

Även med beaktande av att cannabishartsen var av dålig kvalitet, THC-halten uppgick enligt analysbevis endast till 2 procent, är utgångspunkten att straffvärdet är långt högre än motsvarande 10 års fängelse.

[...]

Det brott MT har gjort sig skyldig till är sådant att han inte bör få stanna kvar i riket. Han skall därför utvisas. Med hänsyn till brottets höga straffvärde skall utvisningen inte tidsbegränsas.

MT saknar anknytning till Sverige. Det förhållandet att han kommer att nekas inresa i Sverige kan därför inte anses medföra något beaktansvärt men. Han är emellertid sedan flera år tillbaka bosatt i Nederländerna och har delar av sin släkt där. Det kan därför antas att utvisningsbeslutet kommer att medföra men för honom. Straffvärdet är emellertid så högt att, även med beaktande av MTs men av utvisningen, straffet ej bör sättas lägre än tio års fängelse.

Hovrättens dom

MT överklagade tingsrättens dom och yrkade att hovrätten med ändring av tingsrättens dom skulle lindra påföljden och tidsbegränsa utvisningen.

MT gjorde därvid gällande att hans uppdragsgivare utsatt honom för hot och att han därför befunnit sig i en nödliknande situation som gör att brottet har ett lägre straffvärde än annars. Han gjorde också gällande att det bör anses förmildrande vid straffmätningen att han lider men av utvisningsbeslutet, att han förlorar sin anställning, att han har dålig hälsa samt att han själv agerat för att bli upptäckt och medverkat till att föra utredningen framåt.

Hovrätten ändrade endast tingsrättens dom på så sätt att påföljden skulle bestämmas till fängelse i nio år och sex månader.

Hovrätten fann att bedömningen av brottets straffvärde skulle göras med utgångspunkt i mängden och arten narkotika som MT haft med sig vid smugglingen. Även med beaktande av att beslaget av cannabisharts hållit en så låg THC-halt som 2 procent fann hovrätten att brottet med hänsyn till den stora mängden kokain har ett straffvärde som motsvarar tio års fängelse. Hovrätten fann vidare att vad MT anfört om sitt hälsotillstånd liksom hans agerande vid tullkontrollen eller hans medverkan i utredningen inte var av sådan karaktär att det kan påverka straffmätningen i förmildrande riktning.

Hovrätten delade tingsrättens bedömning att MT skulle utvisas från Sverige på livstid. Hovrätten anförde vidare bl.a. följande när det gäller frågan om straffmätning.

MT saknar anknytning till Sverige. Han är emellertid sedan 1990 bosatt i Nederländerna där han enligt egen uppgift har uppehållstillstånd. Hovrätten utgår från att ett svenskt utvisningsbeslut kommer att leda till att MT antecknas på den s.k. spärllistan enligt Schengenkonventionen. Detta innebär att en förnyad prövning av MTs uppehållstillstånd i Nederländerna kommer att ske. Hur denna prövning kommer att utfalla avgörs av myndigheterna i Nederländerna. Det framstår emellertid inte som osannolikt att MT kan komma att förlora sitt uppehållstillstånd där. Denna omständighet bör därför läggas till grund för bedömningen av om MT genom registrering på spärllistan lider sådant men av ett utvisningsbeslut att det ska påverka straffmätningen.

MT har bott en stor del av sitt vuxna liv i Nederländerna och har arbetat där under flera år som lastbilschaufför. Han har ingen familj men har en bror med

familj i Nederländerna. I Turkiet har han två systrar som han enligt egen uppgift inte har någon kontakt med. Han har berättat att hans far är död sedan många år men att han inte vet om modern lever.

Hovrätten delar tingsrättens uppfattning att ett utvisningsbeslut förorsakar men för MT. Det brott som MT döms för avser en så stor mängd narkotika att straffvärdet, med ett rent mängdresonemang, hypotetiskt sett kraftigt överstiger den gräns där maximistraftet 10 år döms ut. Påföljden hade emellertid, vid en straffmätning i enlighet med straffvärdet, inte kunnat bestämmas till mer än 10 år (jfr 29 kap. 1 § brottsbalken). Detta måste därför vara utgångspunkten vid bedömningen av om förmildrande omständigheter enligt 29 kap. 5 § brottsbalken ska påverka straffmätningen. Det men som MT lider av utvisningen bör med detta synsätt beaktas vid straffmätningen och motivera en straffreduktion. Det förhållandet att MT förlorar sitt arbete i Nederländerna, vilket han också åberopat som grund för strafflindring, saknar självständig betydelse. Fängelsestraffet bör bestämmas till 9 år och 6 månader.

Grunderna för överklagandet

MT har av hovrätten dömts för grov narkotikasmuggling. Straffskalan för grov narkotikasmuggling är fängelse i lägst två och högst tio år (6 § tredje stycket lagen [2000:1225] om straff för smuggling). Vid bedömning huruvida smuggling av narkotika utgör grovt brott ska enligt samma bestämmelse särskilt beaktas om gärningen avsett en särskilt stor mängd narkotika, om gärningen ingått som ett led i en verksamhet som bedrivits i större omfattning eller yrkesmässigt eller om verksamheten eller gärningen annars varit av särskilt farlig eller hänsynslös art.

Arten och mängden av den narkotika som gärningen avser är av stor betydelse även vid straffvärdebedömningen (se t.ex. NJA 1993 s. 38). Bedömningen av straffvärdet ska emellertid grundas på en sammanvägning av omständigheterna i det enskilda fallet varför det bl.a. är av betydelse vilken roll gärningsmannen haft när det gäller narkotikahandlingen i vidare mening, om han eller hon själv är narkotikaberoende och vad syftet med gärningen har varit (se bl.a. prop. 1980/81:76 s. 204 ff. och NJA 2004 s. 354).

Då det inte framkommit några särskilda förhållanden kring den gärning MT har begått anser jag precis som hovrätten att bedömningen av straffvärdet i aktuellt fall bör ta sin utgångspunkt i arten och mängden narkotika. Härvidlag är främst av intresse den stora mängd kokain, drygt 5,9 kg, som MT fört in i landet.

Enligt praxistabellen i Borgeke-Sterzel bör straffvärdet vid ett rent mängdresonemang för befattning med 2,4 kg kokain ligga på tio års fängelse (Borgeke, Sterzel, Studier rörande påföljdspraxis med mera, s. 646).

MT ska också utvisas ur riket och, utan tidsbegränsning, förbjudas att återvända hit. Frågan är vilken betydelse denna omständighet ska ha vid straffmätningen när straffvärdet är så högt som i förevarande fall.

Straff ska enligt 29 kap. 1 § första stycket brottsbalken, med beaktande av intresset av en enhetlig rättstillämpning, bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlande brottslighetens straffvärde. Enligt paragrafens andra stycke ska vid bedömningen av straffvärdet särskilt beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han haft.

Straffvärdet är grunden för straffmätningen. Utöver vad som framgår av 29 kap. 1 § brottsbalken ska domstolen vid straffvärdebedömningen beakta försvårande och förmildrande omständigheter i 29 kap. 2 och 3 §§ brottsbalken.

Straffvärde kan vara abstrakt eller konkret. Med abstrakt straffvärde menas det straffvärde som framgår av den aktuella brottstypens straffskala. Med konkret straffvärde menas svårheten hos en viss begången brottslig gärning. Med straffvärde i ovan angivna bestämmelser avses konkret straffvärde.

I 29 kap. 5 § första stycket brottsbalken anges omständigheter som rätten utöver brottets straffvärde i skälig omfattning ska beakta vid straffmätningen. Dessa omständigheter är hänförliga till gärningsmannens person eller hans handlande efter brottet, s.k. billighetsskäl. Omständigheterna verkar endast i lindrande riktning. Paragrafen är avsedd att tillämpas med försiktighet. Paragrafen ger en allmän möjlighet att vid straffmätningen beakta sanktionskumulation, dvs. förekomst av sanktion utöver den straffrättsliga påföljden. Vad gäller exempelvis beslut om utvisning framgår av punkten 4 att det ska beaktas om den tilltalade förorsakas men genom att han på grund av brottet utvisas ur riket. Enligt punkten 8 ska beaktas om någon annan omständighet föreligger som påkallar att den tilltalade får ett lägre straff än brottets straffvärde motiverar.

Jag delar den bedömning som underrätterna har gjort att MT förorsakas men genom att utvisas ur riket och därigenom hamna på den s.k. spärllistan enligt Schengenkonventionen (jfr NJA 2001 s. 500).

Tingsrätten har funnit att brottets straffvärde är så högt, i realiteten över tio års fängelse, att de men MT förorsakas genom utvisningen inte ska påverka straffmätningen. Hovrätten har däremot funnit att brottets straffvärde inte kan överstiga tio års fängelse, varför avdrag för de men MT förorsakas ska beaktas vid straffmätningen.

Lagstiftaren har fastställt brottstypens abstrakta straffvärde genom den beslutade straffskalan. Frågan är då om en brottslig gärnings konkreta straffvärde kan sträcka sig längre än maximistraffet för den aktuella brottstypen. När det gäller det – fiktiva eller tänkta – konkreta straffvärde som överskrider maximistraffet kan man tala om ett straffvärdemässigt s.k. övervärde. Frågan aktualiseras främst i mål om grovt narkotikabrott eller grov narkotikasmuggling där straffskalans maximum ofta nås.

Frågan om hur förmildrande omständigheter respektive billighetsskäl ska behandlas vid ett straffvärdemässigt s.k. övervärde har i doktrinen diskuterats av Martin Borgeke (Martin Borgeke, Att bestämma påföljd för brott, första upplagan, 2008, s. 165 f.). Borgeke anför bl.a. följande.

En annan fråga som kan aktualiseras är hur man bör förfara om en straffvärdeminskande omständighet föreligger men straffvärdet, innan denna omständighet skall beaktas, så att säga har ”slagit i taket och mer därtill”. Ett tänkbart fall är att några personer skall dömas för narkotikasmuggling avseende tjugofem kg kokain. Enligt den straffmätningstradition som råder nås straffskalans maximum, fängelse tio år, redan vid smuggling av ungefär 2,4 kg kokain. En brottslighet av detta slag har därmed vad som skulle kunna beskrivas som ett övervärde, som inte kan beaktas vid straffmätningen. Om det i ett fall sådant som detta kan åberopas någon straffvärdeminskande omständighet kan man fråga sig, om resonemanget vid beaktandet av denna bör utgå från att brottet straffvärdemässigt ligger på fängelse tio år och från den nivån gå nedåt vid straffvärdebedömningen och hamna på exempelvis fängelse i åtta år eller om man skulle resonera så, att det krävs mycket mera av förmildrande omständigheter för att det skall påverka straffvärdebedömningen om man ”passerat taket” i straffskalan. Frågan är alltså om ”övervärdet” skall beaktas i sammanhanget. Skäl kan anföras både för och emot. För ett beaktande talar att ett bortseende från övervärdet kan leda till orättvisor på så sätt att den som har begått ett mycket allvarligare brott än någon annan likväl kan få ett lindrigare straff. Mot ett beaktande kan anföras att lagstiftaren angivit ett maximistraff så är det detta som skall gälla. Eftersom en straffvärdebedömning skall omfatta alla relevanta omständigheter torde emellertid övervägande skäl tala för att ”övervärdet” bör beaktas. Det innebär alltså att det kan inträffa att det förekommer förmildrande omständigheter av sådant slag att straffvärdet normalt bör påverkas av dem, men att straffvärdet i ett särskilt fall ändå, beroende på gärningens utomordentliga svårhet, motsvarar det maximistraff som gäller för brottet.

Enligt Borgeke kan en diskussion av motsvarande slag vara aktuell även vid tillämpning av bl.a. 29 kap. 5 § brottsbalken. Han menar dock att det vid beräkning av den s.k. ungdomsreduktionen i 29 kap. 7 § inte bör bli aktuellt att beakta något övervärde. Den som var under 21 år när brottet begicks bör, oavsett om övervärde förekommer, få normalt förekommande reduktion i förhållande till det straff en vuxen lagöverträdare hade fått. Vidare nämner Borgeke i sammanhanget även NJA 1995 s. 48 och Högsta domstolens

uttalande när det gäller om föreskriften om förmildrande omständigheter i 29 kap. 3 § första stycket 2 brottsbalken skulle beaktas som mildrande vid bedömningen av straffvärdet det inte var "möjligt för en brottslighet som omfattar sju mord och tre mordförsök tillämpa annan fängelsepåföljd än fängelse på livstid". När det gäller billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken anför Borgeke att den lösning som framstår som rimligast är att den som har begått ett så allvarligt brott att det finns ett "övervärde", dvs. ett konkret straffvärde som inte har kunnat beaktas vid straffvärdebedömningen, är längre ifrån att få sitt straff reducerat på grund av billighetsskäl än den som har begått ett brott med ett straffvärde som så att säga ryms inom straffskalan (a.a. s. 182).

Petter Asp, som i huvudsak delar Borgekes slutsatser, har utvecklat skälen för att s.k. övervärde bör beaktas vid förekomst av billighetsskäl (Petter Asp, När får man lov att slå i taket, Festskrift till Vagn Greve s. 21-35). Asp formulerar de huvudsakliga alternativen, dvs. att övervärde kan respektive inte kan beaktas, enligt följande.

Övervärde kan inte beaktas

Straffskalan sätter ett definitivt tak för straffmätningen.

Straffskalan ger också uttryck för det abstrakta straffvärdet och dess maximum sätter därigenom även ett tak för straffvärdebedömningen.

Förekomsten av (beaktansvärda) billighetsskäl innebär att straffmätningens värde skall sättas lägre än straffvärdet.

Förekomsten av billighetsskäl måste avspeglas i att straffmätningens värde sätts lägre än straffskalans maximum.

Övervärdet kan beaktas

Straffskalan sätter ett definitivt tak för straffmätningen.

Straffskalan ger uttryck för det abstrakta straffvärdet vilket innebär att den utgör en utgångspunkt för straffvärdebedömningen.

Straffskalan kan emellertid inte anses sätta ett tak för i vilken utsträckning straffvärdehöjande omständigheter kan beaktas i den helhetsbedömning som skall göras.

Också om det föreligger (beaktansvärda) billighetsskäl kan den samlade straffmätningen därför slå i taket.

Enligt Asp är det en fiktion att tala om att det inte finns ett straffvärdemässigt övervärde vid åtskilliga narkotikabrott. Om man godtar att det finns ett övervärde som i vissa fall kan vara betydande blir det enligt Asp uppenbart att en hållning enligt vilken man "fiktivt" förnekar det övervärde som finns, kommer att ge straffsänkande faktorer, t.ex. billighetsskäl, en helt oproportionerlig betydelse i relation till straffvärdeomständigheter. Asp åskådliggör detta genom följande exempel.

Antag nu *dels* att A smugglar in 200 kg heroin till Sverige, *dels* att B och C (var för sig, men båda på samma sätt som A) smugglar in 1,2 kg heroin till Sverige, *dels* att det beträffande A och B föreligger billighetsskäl värda en reduktion

motsvarande ungefär ett år. Om man bygger på tanken att billighetsskäl alltid skall komma till uttryck i straffmätningen skall domstolen döma A till 9 år, B till 9 år och C till 10 års fängelse. Är det rimligt att förekomsten av billighetsskäl i relationen mellan A och C inte bara får slå ut, utan helt invertera, den straffvärdemässiga skillnad som föreligger beträffande smuglingsgärningarna? Och är det rimligt att A och B behandlas identiskt i straffmätningshänseende? Enligt min mening är svaret på dessa frågor nej.

Enligt Asp är problemet inte så mycket att den som begått ett svårare brott kan komma att erhålla ett lindrigare straff än den som begått ett lindrigare brott – det är en konsekvens redan av att 29 kap. 5 § brottsbalken existerar – utan att det lindrigare straffet konstrueras på grundval av en ”mekanisk” tillämpning av 29 kap. 5, dvs. en tillämpning där det inte sker någon rimlig värdering av vad billighetsskäl *relativt sett* är värda.

Asp anför också att skälen för beaktande av övervärde möjligen skulle stå sig slätt om man kunde anföra legalitetsskäl emot dem. Lagtexten kan emellertid knappast åberopas till stöd för att det inte skulle vara tillåtet att ”slå i taket”. Det är ju straffet som ska bestämmas inom den tillämpliga straffskalan enligt 29 kap. 1 § brottsbalken, inte det konkreta straffvärdet. Enligt Asp bör vidare uppmärksammas att det i 29 kap. 5 § brottsbalken talas om att billighetsskäl ska beaktas i skälig omfattning och att man vid bedömning av vad som är skäligt rimligen måste sätta de ifrågavarande skälen i relation till andra faktorer av betydelse, bl.a. förekomsten av straffvärderelevanta faktorer.

Parentetiskt kan tilläggas att Asp också menar att vid frågan om man kan ”slå i taket” trots förekomst av straffvärdesänkande omständigheter (enligt 29 kap. 3 § brottsbalken) är tanken på ett straffmässigt övervärde irrelevant eftersom man inte behöver utgå ifrån ett straffvärdemässigt övervärde för att man ska slå i taket; tillräckligt är ju att man låter straffvärdet komma till uttryck så långt straffskalan ger möjlighet till. Att varje annan slutsats vore absurd framgår, enligt Asp, om man frågar sig varför straffvärdet skulle behöva bestämmas till en lägre nivå än den på vilken straffvärdet egentligen ligger.

Slutsats

Utgångspunkten för bedömningen av det konkreta straffvärdet är givetvis det abstrakta straffvärdet, dvs. den av lagstiftaren fastställda straffskalan. Detta talar för att straffvärdemässigt s.k. övervärde inte bör beaktas vid tillämpning av de s.k. billighetsskäl. Om s.k. övervärde inte ska kunna beaktas innebär det att en person som gjort sig skyldig till ett brott som, med hänsyn till straffvärdet, för länge sedan passerat gränsen för maximistraffet skulle få oproportionerligt stor strafflindring vid billighetsskäl. Beaktande av s.k. övervärde möjliggör en rimlig värdering av vad billighetsskäl *relativt sett* är värda sett i relation till straffvärdeomständigheter. Lydelsen av 29 kap. 1 § brottsbalken kan inte anses tala emot en sådan slutsats eftersom i paragrafen endast anges att straffet ska bestämmas inom ramen för straffskalan, vilket är

förenligt med tanken att det konkreta straffvärdet skulle kunna ligga över straffmaximum.

MT har tagit befattning med drygt 5,9 kg kokain samt drygt 40 kg cannabisharts. Som framkommit ovan bedöms straffvärdet för hantering av 2,4 kg kokain vid ett rent mängdresonemang enligt praxis ligga på tio års fängelse. Enligt min bedömning har det brott MT gjort sig skyldig till ett så högt straffvärde att det men han lider genom att utvisas ur riket på livstid inte bör beaktas vid straffmätningen. Påföljden bör därför, precis som vid tingsrätten, bestämmas till fängelse i tio år.

Skälen för prövningstillstånd

Frågan om hur straffrättsligt s.k. övervärde bör beaktas vid straffmätning är föremål för diskussion i doktrinen och i den juridiska debatten. Såvitt jag kunnat finna har Högsta domstolen inte tidigare uttalat sig i frågan. Frågan aktualiseras främst i mål om grovt narkotikabrott och grov narkotikasmuggling där vid ett rent mängdresonemang straffvärdet inte sällan bedöms hamna på straffmaximum. Förekomst av billighetsskäl, exempelvis till följd av ett beslut om utvisning, är inte sällsynt förekommande i dessa mål. Av vad jag har kunnat utröna har emellertid s.k. övervärde hittills sällan beaktats i praxis. Det har dock förekommit skiljaktiga meningar där övervärde har beaktats (se bl.a. Hovrättens över Skåne och Bleking dom den 23 december 2003 i mål nr B 2166-03). I aktuellt fall har också tingsrätten gjort en annan bedömning än hovrätten när det gäller frågan om beaktande av straffvärdemässigt övervärde. Vidare finns skäl att tro att domare och åklagare kan komma ta intryck av Borgekes uttalanden i ovan nämnda verk som har fått omfattande spridning och som i flera avseenden är av stor praktisk betydelse.

Mot denna bakgrund finns enligt min bedömning behov av klagande uttalanden av Högsta domstolen när det gäller frågan om hur straffrättsligt s.k. övervärde ska beaktas vid tillämpning av de s.k. billighetsskälen. Frågeställningen är renodlad och lämpar sig väl för en prövning i Högsta domstolen.

Jag anser således att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta domstolen prövar frågan.

Bevisuppgift

Jag åberopar inte någon bevisning. Målet torde kunna avgöras utan huvudförhandling.

Anders Perklev

Hedvig Trost

Kopia till:

Utvecklingscentrum Stockholm

Internationella åklagarkammaren i Malmö (AM-104630-09)