

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 17 juli 2012

Mål nr

B 1018-12

KLAGANDE

1. NL

Ombud och offentlig försvarare: Advokat SR

2. MP

Ombud och offentlig försvarare: Advokat LN

MOTPART

Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

SAKEN

Försök till grov narkotikasmuggling m.m.

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 2012-02-20 i mål B 3622-11

DOMSLUT

Beträffande NL ändrar Högsta domstolen på det sättet hovrättens domslut att Högsta domstolen

dels bedömer gärningen enligt bilaga 1 till tingsrättens dom som grovt narkotikabrott enligt 3 § narkotikastrafflagen (1968:64),
dels bestämmer fängelsestraffets längd till fyra år sex månader.

Beträffande MP ändrar Högsta domstolen på det sättet hovrättens domslut att Högsta domstolen

dels bedömer gärningen enligt bilaga 1 till tingsrättens dom som grovt narkotikabrott enligt 3 § narkotikastrafflagen (1968:64),
dels bestämmer fängelsestraffets längd till fyra år.

För försvaret av NL i Högsta domstolen tillerkänns SR ersättning av allmänna medel med 33 670 kr, varav 10 845 kr avser arbete, 12 155 kr tidsspillan, 3 936 kr utlägg och 6 734 kr mervärdesskatt. Denna kostnad ska stanna på staten.

För försvaret av MP i Högsta domstolen tillerkänns LN ersättning av allmänna medel med 33 800 kr varav 10 243 kr avser arbete, 10 498 kr tidsspillan, 6 299 kr utlägg och 6 760 kr mervärdesskatt. Denna kostnad ska stanna på staten.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

NL och MP har var för sig yrkat att fängelsestraffet sätts ned.

Riksåklagaren har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

DOMSKÄL

Bakgrund

1. I enlighet med hovrättens dom ska NL dömas för narkotikasmuggling av 1,26 gram kokain och 4,98 gram cannabis (gärningen enligt bilaga 2 till tingsrättens dom).
2. Hovrätten har även dömt NL och MP för försök till grov narkotikasmuggling avseende 67 879,89 gram cannabisharts, en narkotika som inte var avsedd för eget bruk och som de också uppsåtligen och olovligen, gemensamt och i samförstånd, hade transporterat från Danmark till Sverige (gärningen enligt bilaga 1 till tingsrättens dom). Frågorna i målet är hur denna gärning ska bedömas, vilket straffvärde den har samt vilken påföljden ska bli för NL och MP.

Lagregleringen

3. Enligt 3 § lagen (2000:1225) om straff för smuggling (smugglingslagen) döms den som, i samband med införsel till landet av en vara som omfattas av ett särskilt föreskrivet förbud mot eller villkor för införsel, uppsåtligen bryter mot förbudet eller villkoret genom att underlåta att anmäla varan till tullbehandling, för smuggling. Om en sådan gärning gäller narkotika, döms enligt 6 § för narkotikasmuggling till fängelse högst tre år. Om brottet är att anse som grovt ska dömas för grov narkotikasmuggling till fängelse, lägst två och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningen har avsett en särskilt stor mängd narkotika, om gärningen har

ingått som ett led i en verksamhet som har bedrivits i större omfattning eller yrkesmässigt eller om verksamheten eller gärningen annars har varit av särskilt farlig eller hänsynslös art.

4. I 14 § smugglingslagen föreskrivs ansvar även för bl.a. försök till narkotikasmuggling och försök till grov narkotikasmuggling. För sådant ansvar gäller de allmänna regler om ansvar för försök till brott som anges i 23 kap. 1 § brottsbalken. Dessa innebär bl.a. att straffskalan för försök till narkotikasmuggling är böter eller fängelse högst tre år medan straffskalan för försök till grov narkotikasmuggling är fängelse, lägst fjorton dagar och högst tio år.

5. Enligt 1 § första stycket narkotikastrafflagen (1968:64) döms bl.a. den som innehar eller transporterar narkotika, om gärningen sker uppsåtligen, för narkotikabrott. Straffskalan är fängelse högst tre år. Om brottet är att anse som grovt döms enligt 3 § för grovt narkotikabrott. Straffskalan är då fängelse lägst två och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska särskilt beaktas om det har utgjort ett led i en verksamhet som har bedrivits i större omfattning eller yrkesmässigt, avsett en särskilt stor mängd narkotika eller annars varit av särskilt farlig eller hänsynslös art. Bedömningen ska grundas på en sammanvägning av omständigheterna i det särskilda fallet.

Frågan huruvida gärningarna ska bedömas som smugglingsbrott eller narkotikabrott

6. Riksåklagaren har förklarat att NLs och MPs gärningar enligt hans uppfattning bör kunna bedömas som grova narkotikabrott i stället för, som hovrätten har ansett, försök till grov narkotikasmuggling, eftersom de tilltalade

har innehaft narkotikan, som inte var avsedd för eget bruk, i Sverige efter att ha transporterat den från Danmark.

7. Det är en vanlig situation att den som har gjort sig skyldig till narkotikasmuggling enligt smugglingslagen även uppfyller de förutsättningar som gäller för narkotikabrott enligt narkotikastrafflagen. För sådana fall finns det en hänvisning i 1 § andra stycket narkotikastrafflagen till smugglingslagen. Denna hänvisning består i upplysningen att bestämmelser om straff för olovlig införsel och utförsel av narkotika och olovlig befattnings i vissa fall med narkotika finns i lagen om straff för smuggling. I förarbetena till smugglingslagen (se prop. 1999/2000:124 s. 112) uttalas i denna del att det genom hänvisningen får anses vara markerat att det innehav som konstituerar den olaga införseln inte bör föranleda ansvar enligt narkotikastrafflagen utan enbart enligt smugglingsbestämmelsen. Ansvar för narkotikasmuggling konsumerar alltså ansvar för narkotikabrott. De straffskalor som gäller för fullbordad narkotikasmuggling är, som har framgått (se p. 3 och 5), likalydande med de som gäller för fullbordat narkotikabrott.

8. Straffskalan för försöksbrott är emellertid utformad på ett annat sätt än straffskalan för fullbordat brott (se p. 4). Samma maximistraff gäller, men minimistraffet är generellt sett lägre för försöksbrott. Dessutom gäller i princip att straffvärdet av ett försöksbrott är lägre än straffvärdet av ett motsvarande fullbordat brott (se Nils-Olof Berggren m.fl., Brottsbalken – En kommentar, maj 2012, BrB 23:1, s. 13; se även Martin Borgeke, Att bestämma påföljd för brott, 2 uppl. 2012, s. 131 ff.). I förarbetena till smugglingslagen tas denna fråga upp. Där framhålls att ju mer gärningsmannen har gjort av det som ankommer på honom för att brottet ska fullbordas och ju mer slumpbetonad

som upptäckten är, desto större skäl bör det finnas för att anse att gärningen har samma straffvärde som ett fullbordat brott (se a. prop. s. 146 f.).

9. Om en gärning innefattar en fullbordad narkotikasmuggling men också ett fullbordat narkotikabrott ska alltså dömas endast för smugglingsbrottet. Om smugglingsbrottet har stannat vid ett försök och gärningsmannen också har gjort sig skyldig till ett fullbordat narkotikabrott uppstår dock frågan, om han eller hon bör dömas för båda brotten (i brottskonkurrens) eller för endast det ena, och i så fall för vilket brott. I förarbetena till smugglingslagen diskuteras inte denna fråga. Saken har inte heller tagits upp i praxis. (Jfr t.ex. NJA 2001 s. 464 som avsåg konkurrens mellan fullbordad smuggling och fullbordat vapenbrott.)

10. Vad som ska gälla i situationer av detta slag, d.v.s. när ett och samma handlande är straffbelagt enligt olika straffbestämmelser, finns det inte någon generell reglering av. En grundläggande princip är dock att om brottsstadgandena har samma kriminalpolitiska grund – vilket bestämmelserna om narkotikabrott och narkotikasmuggling har (se a. prop. s. 124) – talar detta för att det ena brottet ska konsumera det andra. Den tilltalade ska alltså dömas för endast ett av brotten. En annan princip som brukar upprätthållas är att ett fullbordat brott konsumerar ett försöksbrott. Det har delvis samma skäl för sig som en tredje princip, nämligen den att om ett handlande innefattar fler än ett brott det normalt ska dömas för det brott som har den strängaste straffskalan. Den principen bygger på tanken att det inte kan ha varit lagstiftarens mening att ett brott med en mindre sträng straffskala i konkurrenshänseende ska ha företräde framför ett brott med en strängare straffskala. (Se Petter Asp m.fl., *Kriminalrättens grunder*, 2010, s. 492 ff.)

11. Eftersom narkotikabrott och narkotikasmuggling har samma kriminalpolitiska grund och straffskalan för försök till narkotikasmugglingsbrott är mindre sträng än den för motsvarande fullbordade narkotikabrott – och då det i detta fall inte föreligger några omständigheter som talar emot det – ska NL och MP dömas för brott enligt narkotikastrafflagen.

Bedömningen av kurirens gärning

12. NLs och MPs gärning har bestått i att de har transporterat narkotikan en sträcka i Danmark och sedan över gränsen till Sverige. De har varit vad som brukar kallas kurirer. En fråga som därmed aktualiseras är hur en kurirs gärning ska bedömas.

13. I rättsfallet NJA 1991 s. 255 hade en person vid upprepade tillfällen tagit befattning med stora mängder narkotika såsom kurir i en organiserad yrkesmässig internationell verksamhet av stor omfattning. Högsta domstolen konstaterade att kuriren vid en på detta sätt organiserad verksamhet som regel utgör en viktig länk i distributionskedjan. Även om personen i fråga hade fått endast blygsam ersättning för sin insats förtjänade han enligt Högsta domstolen ett strängt straff. Fråga var emellertid om en avancerad kurirverksamhet av ett helt annat slag än den som är aktuell i detta mål. Högsta domstolens avgörande ger vidare begränsad ledning beträffande vilken betydelse de olika omständigheter som förelåg i målet hade för straffvärdet.

14. En fråga är vilken betydelse det har att transporten har passerat landsgränsen. När det gäller större partier narkotika har det i underrättspraxis ofta setts som en i straffvärdehänseende försvårande omständighet att narkotikan har förts in i Sverige. Det synsättet har också ett visst stöd i förarbetena. De

särskilda bestämmelserna om narkotikasmuggling kom till på förslag av Lagrådet (se a. prop. s. 124). I anslutning till förslaget i lagrådsremissen att det vid bedömningen av brottets svårhet skulle vägas in ”om gärningen annars varit av särskilt farlig eller hänsynslös art” uttalade Lagrådet följande. ”Medan man i fråga om narkotikabrott kan tala om att gärningen är av särskilt hänsynslös art vid exempelvis överlåtelse av narkotika till skolungdom, är det i fråga om smugglingen mer naturligt att säga att gärningen ingått som ett led i en verksamhet som varit av särskilt farlig eller hänsynslös art.” Detta uttalande förklarade sig regeringen inte ha någon erinran emot. Under riksdagsbehandlingen av propositionen gjordes inte heller någon invändning mot den av Lagrådet framförda uppfattningen (se bet. 2000/01:JuU2).

15. I Högsta domstolens dom den 26 mars 2012 i mål B 4343-11, som avsåg transport av en mycket stor mängd cannabis inom Sverige, vägde domstolen vid sin bedömning av brottets straffvärde in att gärningsmannens insats var begränsad till en transport inom Sverige. Rättsfallet innebär att Högsta domstolen höll öppet för att det kan vara att bedöma som mera allvarligt att föra narkotika från ett annat land till Sverige än att transportera den inom landet.

16. Som har redovisats i det föregående stämmer straffskalorna för respektive grad av narkotikabrotten överens med motsvarande grader av narkotikasmugglingsbrotten. De omständigheter som särskilt ska beaktas vid bedömningen av om brottet är grovt är också i sak identiska. (Se p. 3 och 5.) Dessa förhållanden talar i och för sig emot att det bör ses som mera straffvärt att föra in narkotika till landet än att transportera narkotika inom landet. Det kan också från en mer allmän synpunkt sättas i fråga varför det skulle vara mera klandervärt att transportera narkotika från såsom här Danmark till Sverige än från t.ex. Helsingborg till Stockholm.

17. Det finns emellertid motargument. Fastän det förekommer en viss narkotikaframställning i Sverige kommer den helt dominerande mängden narkotika från andra länder. Därför görs det särskilda insatser i syfte att motverka att narkotika kommer in i landet. En gärning som innebär att dessa insatser inte får avsedd verkan utan att narkotika kommer hit, där den sedan kan spridas, får bedömas ha ett visst högre straffvärde än en gärning som inte innehåller ett sådant moment. Om risken för upptäckt vid de kontroller som finns vid landsgränsen föranleder att transporten sker med en särskild förslagenhet kan det motivera ett ytterligare högre straffvärde. Det sagda gäller oavsett om gärningen ska bedömas enligt narkotikastrafflagen eller enligt smugglingslagen.

18. När det gäller andra omständigheter av betydelse för straffvärdet märks att kuriren många gånger hålls ovetande om verksamhetens organisation och om vilka personer som deltar i den. Den ersättning som, enligt vad den tilltalade brukar uppge, vanligtvis utgår är också liten i förhållande till den risk som kuriren tar. Inte sällan framstår det som att kuriren utnyttjas av den eller de som står bakom narkotikahandlingen. Det finns anledning att beakta sådana förhållanden vid den nyanserade bedömning som ska göras av även kurrens gärning. Detta gäller också om omständigheterna inte är sådana att bestämmelsen i 23 kap. 5 § brottsbalken om tvång eller medverkan i mindre mån m.m. är tillämplig. I sammanhanget bör det påminnas om att den stränga straffskala som gäller för grov narkotikabrottslighet bör tillämpas endast på den allvarligaste brottsligheten, främst sådana allvarliga gärningar som ingår i en organiserad narkotikahandel med inriktning på att i vinningssyfte sprida missbruk och utnyttja missbrukarnas beroende (se NJA 2011 s. 357 p. 15). Det är uppenbarligen ofta som kurrens gärning inte är av detta slag.

19. Fastän alltså också kurirens gärning ska bedömas på ett allsidigt sätt måste det konstateras, att det förekommer fall där det saknas andra omständigheter att bedöma straffvärdemässigt än sort och mängd narkotika. Det kan t.ex. vara så att den som är åtalad för narkotikabrottslighet, exempelvis i form av narkotikasmuggling, har lämnat en berättelse som, på grund av berättelsens egen orimlighet eller av något annat skäl, inte kan vara riktig och som domstolen därför lämnar utan avseende. I sådana fall får det accepteras att sorten och mängden narkotika blir avgörande både för bedömningen av till vilken grad av brottet som gärningen hör och för straffvärdet av den. I dessa fall, liksom i andra, kan det naturligtvis finnas förmildrande omständigheter (se 29 kap. 3 § samt 23 kap. 5 § brottsbalken) som innebär att straffvärdet är lägre. Det kan också finnas anledning att avvika från det straff som straffvärdet indikerar med hänvisning exempelvis till billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken. Men oavsett detta kommer i dessa fall bedömningen av till vilken grad brottet hör och dess straffvärde att i hög grad vara beroende av vilken sort och vilken mängd narkotika som har hanterats.

När bör en olaglig hantering av cannabis bedömas som ett grovt brott?

20. Högsta domstolen uttalade i domen den 23 mars 2012 i mål B 3851-11 att den mer nyanserade bedömning som har kommit till uttryck i de domar som har meddelats av Högsta domstolen det senaste året påverkar straffvärdebedömningen av samtliga narkotiska preparat när det gäller grova brott (p. 10).

21. I domen den 26 mars 2012 i mål B 4343-11 uttalade Högsta domstolen (p. 21) att cannabis, med den kunskap som finns för närvarande, får bedömas som en mindre farlig narkotikasort än amfetamin (och som en avsevärt mindre farlig drog än exempelvis kokain och heroin). Missbruksdosen cannabis

brukar anges till cirka 0,3–0,5 gram (se Martin Borgeke och Georg Sterzel, Studier rörande påföljdspraxis m.m., 2009, s. 640).

22. Högsta domstolen drog i en dom den 11 juli 2012 i mål B 965-12 slutsatsen att en hantering av cirka 500 gram amfetamin, vid sådana omständigheter som normalt förekommer vid hantering av en sådan mängd – och där det inte förekommer några omständigheter som talar i motsatt riktning – många gånger kan vara att bedöma som ett grovt narkotikabrott (p. 17). En mängd av 500 gram amfetamin anses motsvara ungefär 5 000 missbruksdoser (p. 20).

23. Mot bakgrund av det föregående kan en riktpunkt vara att en hantering av cirka 5 kg cannabis (d.v.s. i storleksordningen 12 000 missbruksdoser) under omständigheter som normalt förekommer ofta är att bedöma som ett grovt brott. Det ska dock påpekas, som också har gjorts i Högsta domstolens dom den 11 juli 2012 i mål B 965-12 beträffande en motsvarande riktpunkt för ecstasy (p. 22), att den slutliga sammanvägda bedömningen av samtliga omständigheter många gånger kan leda till ett annat resultat (p. 13–16; se också p. 26 nedan).

Den övre gränsen för betydelsen av sort och mängd

24. Efter hand som en narkotikabrottslighet bör tillmätas ett allt högre straffvärde avtar betydelsen av sort och mängd som straffvärdefaktorer. Vid den straffmätning av grova narkotikabrott som ägde rum före rättsfallet NJA 2011 s. 357 tillämpades straffskalorna för grovt narkotikabrott och grov narkotikasmuggling fullt ut. Det innebar att fängelsestraff på tio år för ett brott och på fjorton år vid flerfaldig narkotikabrottslighet långt ifrån var ovanliga. I huvudsak skedde straffmätningen enligt en skala som baserades på vilken narkotika som det var fråga om och mängden narkotika. Detta ledde till en

närmast linjär straffmätning som avsevärt skilde sig från straffmätningen vid nästan alla andra brottstyper.

25. Bland de problem som straffmätningstraditionen avseende narkotikabrottslighet förde med sig kan nämnas att det blev förenat med stora svårigheter att i de övre skikten beakta olika förmildrande omständigheter samt billighetsskäl enligt 29 kap. 5 § brottsbalken (se NJA 2010 s. 592). Detta gällde även om straffmätningen innebar att varje ytterligare mängd narkotika fick allt mindre betydelse som straffvärdehöjande omständighet i takt med att straffvärdet steg. En annan, och ännu allvarligare, avigsida var att straffmätningen många gånger blev schablonmässig. Den fokuserade nästan enbart på sort och mängd. Andra omständigheter av betydelse i sammanhanget beaktades i mycket liten omfattning. I och för sig kunde domstolarnas straffmätning förefalla enhetlig, men i själva verket var det inte sällan så, att gärningar av sinsemellan helt olika svårhet ansågs ha lika högt straffvärde, om den hanterades sorten och mängden narkotika var samma.

26. För att straffmätningen vid narkotikabrottslighet ska kunna anpassas till vad som gäller vid andra brott krävs bl.a. att det ges ett väsentligt utrymme för de andra faktorer som, vid sidan av sort och mängd, ska inverka på bedömningen av brottets svårhet. I linje med detta ligger att sort och mängd ges en i förhållande till andra relevanta omständigheter begränsad betydelse vid avgörandet av om ett narkotikabrott bör bedömas som grovt. Sorten och mängden narkotika bör inte heller som enda faktor kunna föranleda ett straff inom den övre delen av straffskalan för grovt brott. Högsta domstolen har med domen den 26 mars 2012 i mål B 4343-11 lämnat utrymme för en sådan rättstillämpning.

27. Genom det nyssnämnda avgörandet dömdes en person som hade innehaft, transporterat och förvarat cirka 97 kg cannabis till fängelse fyra år. Högsta domstolen uttalade (p. 18) att enbart mängden (vid en given sort) visserligen i vissa fall bör kunna motivera att ett narkotikabrott bedöms som grovt och även bör kunna ligga till grund för ett straff som är klart högre än minimistraffet för grovt narkotikabrott. Men domstolen förklarade samtidigt att enbart mängden i allmänhet inte bör föranleda bedömningen att straffvärdet motsvarar ett fängelsestraff som sträcker sig mer än några år över minimistraffet för grovt brott. Samtidigt framhöll Högsta domstolen att den betydelse som tillmäts mängden narkotika måste tillåtas variera något med preparatets farlighet.

28. Att fängelsestraffet i domen den 26 mars 2012 i mål B 4343-11 bestämdes till fyra år motiverades med att det förelåg omständigheter som talade för ett lägre straffvärde. Den slutsats som kan dras av rättsfallet är att mängden när det gäller olaglig hantering av cannabis, om det inte rör sig om alldeles extrema fall, inte i sig bör kunna föranleda ett så strängt straff som fängelse fem år.

29. Att Högsta domstolen har angett ett tak för betydelsen av mängden narkotika innebär inte att det ska ske en linjär straffmätning upp till denna punkt. Som har framhållits tidigare träder sådana omständigheter som yrkesmässighet, organisationsgrad, vinningssyfte och hänsynslöshet vid spridningen av narkotikan alltmer i förgrunden ju högre upp i straffskalan man kommer för grovt narkotikabrott. På motsvarande sätt minskar därmed självfallet betydelsen av sort och mängd, låt vara att en stor mängd i sig kan tala för att det har rört sig om en yrkesmässig och organiserad verksamhet (se NJA 2011 s. 357 p. 28 och domen den 11 juli 2012 i mål B 965-12 p. 14). Mängden får också en dominerande betydelse i de fall det saknas andra omständigheter som är

värda att beakta vid bedömningen av ett brotts svårhet (se p. 19 i det föregående).

Det påstådda hotet

30. MP har uppgett att han utförde gärningen under ett allvarligt hot. Hotet bestod enligt honom i att en person, som påstod sig ha en fordran på MP, anmodade MP att genomföra smuglingen samtidigt som han höll en pistol i handen. MP har berättat att han uppfattade personen i fråga som farlig och att han därför inte vågade säga emot. Genom sin försvarare har även NL – fastän han inte själv har velat berätta om det – gjort gällande att det förekom ett allvarligt hot.

31. MP har pekat ut en person som den som har legat bakom narkotikasmuglingen och som har varit hotfull. Denne har också kunnat identifieras som en person som har dömts för narkotikabrott. MP har emellertid – av uppgiven rädsla – inte velat att polisen skulle ingripa mot personen i fråga.

32. I och för sig tillåter det som har kommit fram i målet bedömningen att NL och MP kan ha befunnit sig i en pressad situation. Utredningen tyder dock inte på att denna har varit sådan som avses i 23 kap. 5 § brottsbalken (jfr NJA 1985 s. 726). Snarare handlar det om ett trångmål av ett slag som förmodligen inte är ovanligt vid inblandning i hantering och smuggling av större mängder narkotika och som normalt inte – och inte heller i detta fall – bör påverka bedömningen av gärningen.

Gradindelning och straffvärde i detta fall

33. Som Högsta domstolen har konstaterat ska NL och MP dömas för brott enligt narkotikastrafflagen (se p. 11). De har transporterat en mycket stor

mängd cannabis från Danmark till Sverige. Narkotikan har inte varit avsedd för eget bruk. Dessa omständigheter är försvårande. Det har emellertid inte kommit fram att NL eller MP skulle få någon ersättning för sin hantering. Visserligen kan det inte råda någon tvekan om att NL och MP har förstått att de har handlat inom ramen för en organiserad brottslighet av allvarligt slag, men det har inte kommit fram att de har haft någon kännedom om hur denna har varit upplagd och vilken allmän omfattning som den har haft. De har såvitt utredningen visar inte tagit några egna initiativ utan endast, fram till dess de blev gripna, handlat i enlighet med mottagna instruktioner.

34. Det förekommer alltså vissa omständigheter som talar för en mildare bedömning. Men att beakta är också att brottsplanen förutsatte att NL och MP med narkotikan skulle passera kontrollstationen vid gränsen till Sverige, låt vara att förfaringssättet inte präglades av någon förslagenhet (jfr p. 17). Med hänsyn till detta men främst till att gärningarna har avsett en mycket stor mängd cannabis är brotten grova. Straffvärdet motsvarar fängelse fyra år sex månader.

35. NL ska, som har framgått, dömas även för narkotikasmuggling av mindre mängder kokain och cannabis. Även om denna gärning ska bedömas som normalgraden av narkotikasmuggling är dess straffvärde inte sådant att det påverkar den samlade brottslighetens straffvärde.

36. MP var drygt tjugo och ett halvt år när brottet begicks. Detta ska beaktas vid påföljdsbestämningen. Att NL och MP utvisas på grund av brotten förorsakar dem inget beaktansvärt men (jfr 29 kap. 5 § första stycket 4 och 30 kap. 4 § första stycket andra meningen brottsbalken) och ska därmed inte påverka påföljdsbestämningen. Någon annan omständighet som bör beaktas vid påföljdsvalet eller straffmätningen har inte kommit fram.

37. Med hänsyn till det höga straffvärdet ska påföljden bestämmas till fängelse. Med tillämpning av 29 kap. 7 § brottsbalken bör strafflängden för MP bestämmas till fyra år medan den för NL ska bestämmas i enlighet med straffvärdet, dvs. till fyra år sex månader.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Stefan Lindskog (tillägg), Lena Moore, Johnny Herre, Ingemar Persson och Martin Borgeke (referent)
Föredragande justitiesekreterare: Olof Wetterqvist



**BILAGA TILL
PROTOKOLL**
2012-07-02

Mål nr
B 1018-12

SÄRSKILT YTTRANDE

Justitierådet Stefan Lindskog tillägger för egen del följande.

1. Domen i detta mål aktualiserar liksom domarna i målen B 965-12 och B 1158-12 frågan hur långt de högsta domstolarna bör gå i sin normbildning. Det föreligger naturligt nog olika uppfattningar om det. Frågan har flera dimensioner, och det finns inte utrymme för att här på vare sig bredden eller djupet gå närmare in på de olika aspekter som kan aktualiseras. Några korta anteckningar rörande de överväganden som just de nämnda domarna har föranlett för min del kan dock vara på sin plats.
2. En grundläggande fråga är vad som gäller beträffande vad som kan kallas för normbildningsinitiativet. Den historiska utgångspunkten är att riksdagen stiftar lagar och att de högsta domstolarna klargör hur de ska tillämpas genom att i överklagade mål avgöra konkret aktualiserade tillämpningsfrågor. Prejudikatbildningen är med den utgångspunkten strikt händelsestyrd och indirekt. I sin mest renodlade form uttalar sig domstolen inte ens om den rättsregel som skapas genom prejudikatet, utan får den härledas ur de sakomständigheter som domstolen har lagt till grund för sin slutsats (jfr justitierådet Torgny Håstads skiljaktiga motivering i NJA 2009 s. 500).

3. Det framstår emellertid enligt min mening som klart att de högsta domstolarna med tiden har tagit på sig ett större ansvar för rättsbildningen. Detta gäller till att börja med rent pedagogiskt. Avgörandena är numera ofta, om än inte alltid, skrivna så, att mödan först och främst är inriktad på att slå fast en rättsregel, som sedan tillämpas i det konkreta fallet. Inte bara det rättskällematerial som kan vara av betydelse för bestämmandet av rättsregeln redovisas, utan det sker en öppen inventering och värdering av de rättspolitiska argument som kan förtjäna beaktande.

4. Den mer medvetna rättsbildningen från de högsta domstolarna har också visat sig på det sättet, att det har skett en viss förskjutning från rättsbildning genom lagstiftning till rättsbildning genom prejudikat. Det har bl.a. att göra med att lagstiftaren av olika skäl på vissa områden har förhållit sig passiv (se från det straffrättsliga området t.ex. prop. 2000/01:85 s. 13 beträffande hanteringen av förslaget om lagregleringen av uppsåtsbegreppet). Det har talats om ”maktflykt” (se Pauliine Koskelo i Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2012, s. 312). Förutsatt att rättsläget inte är ”låst” genom lag är det inte bara naturligt, utan det är många gånger nödvändigt att de högsta domstolarna tar ansvar för rättsbildningen, när de anpassningar eller förändringar i rättsläget som omständigheterna påkallar inte möts med lagstiftning (jfr Högsta domstolens uttalande i NJA 2011 s 563 p. 18). Efter som lagstiftaren kan ingripa om de högsta domstolarna går för långt i sin prejudikatverksamhet (jfr mitt inlägg i Det 39:e Nordiska Juristmötet, 2011, Del II, s. 812), kan en sådan rättsbildning redan av det skälet inte anses stå i strid mot de grundläggande maktfördelningsprinciper som bör gälla i en demokrati.

5. Ett närliggande och i de aktuella målen särskilt relevant exempel på ett långtgående men enligt min mening nödvändigt ingripande i rättsbildningen är Högsta domstolens avgörande i NJA 2011 s. 357 (mefedrondomen). Ett tillrättaläggande genom lagstiftning av den oacceptabla påföljdspraxis som hade kommit att utvecklas under åren var inte att förvänta, i vart fall inte inom en rimlig tidhorisont. Då föll det på Högsta domstolen att ta initiativet till en förändring.

6. En sådan förhållandevis radikal förändring av rättsläget som skedde genom mefedrondomen är naturligtvis inte utan problem. Rättsbildning genom prejudikat lider av flera svagheter. En är avsaknaden av övergångsbestämmelser. När det gäller en mildare syn på straffrättsliga påföljder kommer visserligen inte förutsebarhetsaspekten in i bilden. Men det finns ingen möjlighet att ta ställning till vad som bör gälla i alla de fall där med det nya synsättet det utdömda straffet i redan slutligt avgjorda mål är alltför strängt. I sådana fall finns det heller inte något utrymme för resning. Att Högsta domstolen har avslagit sådana resningsansökningar har med fog ansetts vara rätt men knappast rättvist (se Petter Asp i SvJT 2011 s. 668).

7. En annan svaghet med rättsbildning genom prejudikat är att ett domstolsavgörande inte kan föregås av ett sådant beredningsarbete som är normalt för lagstiftning. Ytterligare en svaghet är att det kan finnas ett behov av att klargöra rättsläget i en vidare omfattning än vad som påkallas för att avgöra det mål som föranleder prejudikatfrågan. Det reser frågan hur ”brett” de högsta domstolarna kan tillåta sig att skriva. De aktuella målen har ställt den frågan på sin spets.

8. Det är ett gammalt och etablerat synsätt att man bör skilja mellan olika slags skäl. De skäl som inte behövs för att avgöra den konkreta saken brukar

betecknas *obiter dicta* och anses ofta sakna prejudikatbetydelse. Av bl.a. den anledningen anses det ofta att de högsta domstolarna bör avhålla sig från sådana skäl. Det har också sagts att det finns en risk för att ett obiter inte blir lika väl genomtänkt som de skäl som det konkreta avgörandet vilar på (*ratio decidendi*) av den anledningen att uttalandet inte ger anledning till samma eftertanke; läget är inte skarpt. Även andra tänkvärda argument mot obiter har anförts.

9. Det finns emellertid också skäl som talar för ett annat synsätt. En viktig utgångspunkt är de högsta domstolarnas huvuduppgift. De är inte i första rummet till för parterna, de är främst till för samhället. Deras huvuduppgift är att genom prejudikat möta ett behov av rättsbildning. Ett effektivt utförande av den uppgiften förutsätter bl.a. att domstolarna hushållar med sina resurser.

10. När rättsutvecklingen genom ett prejudikat slår in på en ny väg kräver en adekvat rättsbildning på området inte sällan en bredare kartläggning av rättsläget. En sådan kartläggning måste ofta ske genom fortsatta prejudikat. Men för att begränsa nödvändigheten av det bör de prejudikatmöjligheter som det enskilda målet ger efter behov utnyttjas så långt det låter sig göras. Det kan ske genom att den konkreta frågan i målet sätts i ett större sammanhang. Att så sker fyller inte bara en viktig kontrollfunktion när det gäller hållbarheten av den rättsregel som avses ligga till grund bedömningen av den konkreta frågan; det ger utrymme för vägledande uttalanden i sådana hänseenden som visserligen inte är helt nödvändiga för att avgöra målet, men som har ett direkt och naturligt samband med den omedelbart relevanta rättsfrågan. Med ett sådant angreppssätt hushålls inte bara med domstolens resurser; rättsläget klagörs tidigare än vad som skulle ha skett om nya och för prejudikatbildning lämpliga mål hade avvaktats. I vad mån prejudikatbundenheten skulle vara mindre

därför att ett uttalande anses vara obiter saknar praktisk betydelse om det följs. Och skulle en hovrätt ge uttryck för ett avvikande synsätt ger det förmodligen ett gott tillfälle för Högsta domstolen att på nytt och mer konkret ta ställning i frågan.

11. När det gäller påföljder för narkotikabrott har Högsta domstolen, även med beaktande av rättsbildningens betydelse, på senare tid avgjort fler mål än vad som enligt min mening är rimligt. Delvis hänger det samman med att fråga har varit om s.k. häng-pt (se 54 kap. 10 § andra stycket rättegångsbalken). Men många hovrättsavgöranden tillkomna efter mefedrondomen har visat på ett fortsatt prejudikatbehov. Även i den juridiska debatten har ett sådant behov påtalats. Mot den bakgrunden är det enligt min mening motiverat att i de aktuella domarna redovisa domskäl, som genom att inte vara strikt begränsade till vad som krävs för att döma i respektive mål kan i allt fall delvis möta det påtalade behovet av klarlägganden. Det bidrar förhoppningsvis till minskad osäkerhet om rättsläget och därmed till en i verklig mening mer enhetlig rättstillämpning. Till det kommer ett minskat behov av ytterligare avgöranden av Högsta domstolen, som därmed i större utsträckning kan rikta sin uppmärksamhet mot andra rättsområden.