

LIKHET INFÖR LAGEN – LIKA INFÖR STRAFFET? – FÖR- OCH NACKDELAR MED INDIVIDANPASSAD RÄTTSSÄKERHET¹

AV HELEN ORNEMARK HANSEN

Summary

*Preliminary studies indicate an increase of individualized enforcement of sanctions in Sweden. The aim of this article is to examine whether this increase in individualization has brought about an unacceptable increase in the severity of criminal sanctions. If legislative issues concerning equality lead to practical issues of unacceptable severity, then both justice and equality may be jeopardized**

1. Inledning

Det finns en utbredd uppfattning om att verkställighetsnivån tenderat att få en alltmer individualiserad form i Sverige. De undersökningar som genomförts vid Lunds universitet avseende livstidsstraffet reglerat i lag (2006:45) om omvandling av fängelse på livstid (omvandlingslagen, som är införd efter 26 kap. 24 § brottsbalken) och intensivövervakning med elektronisk kontroll verifierar denna uppfattning.² Individualiseringen hänför sig såväl till tiden som avtjänas som till formen för hur straffet avtjänas. Att det sker en individualisering vid verkställighet av straff är i och för sig inte kontroversiellt. Detta kan innebära att individens möjligheter till återanpassning till ett laglydigt liv förbättras.³ Men frågan som ska beröras i denna artikel är om individualiseringen för den dömda ökat på ett oacceptabelt sätt. I denna artikel är det främst fokus på om det är oacceptabelt för den dömda och nedan beskrivs på vilket sätt det kan vara att betrakta som oacceptabelt. Om det är att betrakta som oacceptabelt så skulle det kunna innebära att kravet på rättvisa och likabehandling får stå tillbaka.

Jag har som framgått valt att avgränsa området för denna artikel till verkställighet av straff och i första hand till den person som är föremål för detta. Det skulle också vara intressant att studera om det är oacceptabelt för andra som t.ex. anhöriga, brottsoffer, samhället i stort och Kriminalvården. Detta tar jag endast hänsyn till i den avslutande diskussionen för att belysa för- och nackdelar med individualisering av verkställigheten.

* Title in English: Does equality before the law ensure equal punishment? Advantages and disadvantages of individualized enforcement of sanctions.

Vad som är att betrakta som oacceptabelt är när kravet på förutsebarhet och konsekvens inte längre kan upprätthållas. Förutsebarhet är centralt när det gäller att mäta rättssäkerheten och det förekommer olika definitioner av detta krav. Konsekvenskravet vid rättstillämpningen följer av att man använder objektivitetsprincipen. De individuella variationerna av verkställighetsnivån bör enligt min mening begränsas av detta. För att mera konkret exemplifiera kravet på förutsebarhet och konsekvens används likhetsbegreppet.

Problemet är om bedömningen av vad som är en relevant likhet (dvs. materiell rättvisa) – en uppgift som åligger lagstiftaren – genom en oacceptabel ökning av individualisering på verkställighetsnivån i större utsträckning har kommit att ligga på rättstillämparen (hit räknar jag också myndigheterna, t.ex. Kriminalvården). Detta har visat sig vara fallet vid tillämpningen av omvandlingslagen. Att flera myndigheter – inte bara domstolar – ska besluta om likabehandling innebär en förhöjd risk för att kravet på förutsebarhet och konsekvens inte uppnås i den utsträckning som är önskvärt.

Jag utgår från att det skett en ökad individualisering eftersom flera centrala lagstiftningsprodukter avseende alternativ till fängelsestraff och tidsbegränsning av livstidsstraffet visar prov på detta. Denna hypotes borde spegla regeringens strävan mot en ökad individualisering. Man använder nämligen förutsebarhet som syfte. Då blir följdfrågan om detta bidrar till konsekvens vid nivån för rättstillämpningen.

Som nämnts kan överlämnande av verkställigheten ske på olika sätt avseende form och tid. De kategorier som synas närmare i denna artikel är verkställighet av slutna ungdomsvård, tidsbestämning av livstidsstraff, vissa utslussningsåtgärder och villkorlig frigivning. Valet av dessa beror på att de varit föremål för en lagstiftningsreform under senare år.

De nämnda verkställighetsformerna studeras, som framgått, avseende den bakomliggande lagstiftningen och tillämpningen av denna.

2. Det formella och materiella likhetsbegreppet

Olika principer verkar på olika nivåer inom straffsystemet, såsom lagstiftningsnivån, domstolsnivån och verkställighetsnivån. Att olika principer har olika platser i straffsystemet är de flesta ense om. Men frågan är om det är den bästa lösningen. Denna diskussion har pågått och pågår i Sverige och man utgår från de traditionella principerna som rättssäkerhet, proportionalitet, förutsebarhet och humanitet. Det är enligt min uppfattning inte möjligt att finna en princip lik den princip som genomsyrar hela föräldrabalken, dvs. principen om barnets bästa. Någon motsvarande princip finns inte inom straffrätten, och är förmodligen inte heller lämplig. Man kan tänka sig att principen om likabehandling samt saklighet och opartiskhet

ska iakttas av såväl domstolar som myndigheter (RF 1 kap. 9 §). Denna princip är emellertid inte specifik för straffrätten utan gäller för alla rättsområden och den binder dessutom förvaltningsdomstolar, domstolar och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen. Enligt förarbetena anses RF 1 kap. 9 § ge uttryck för en normmässigheten i myndigheternas rättstillämpning och maktutövning.⁴ Normmässighet i sig anses innefatta tre olika krav, nämligen konsekvens i handlandet, frihet från godtycke samt att lika fall ska behandlas lika. När det gäller frågan om lika fall brukar man inom politisk filosofi tala om formell respektive materiell rättvisa/likhet/rättssäkerhet. Begreppen varierar men har i princip samma innehåll. De innebär att lika fall ska behandlas lika men säger inget om vilka faktorer som ska vara relevanta vid likhetsbedömningen. Materiell rättvisa/likhet/rättssäkerhet är något som ankommer på lagstiftaren och den motsvarande formella på rättstillämparen. Lagstiftaren tar alltså ställning till vilka faktorer som ska vara relevanta vid likhetsbedömningen medan rättstillämparens roll inskränker sig till frågan om dessa faktorer är för handen i det konkreta fall som är föremål för bedömning. Här vill jag poängtera att rättstillämpningen sker såväl av domstolarna som av andra som t.ex. Kriminalvården.

Visserligen kan en individualisering vid verkställigheten i viss utsträckning vara positiv för den intagne men det har visat sig att vid t.ex. tillämpningen av omvandlingslagen har den tilltalade vid domtillfället haft svårt att förutse vilken tid som verkställigheten ska avse. Likaså har olika former av dåligt uppträdande fått betydelse vilket inte borde ha skett.

Syftet med denna utläggning är att visa att om individualiseringen vid verkställighetsnivån ökar alltför mycket, kommer frågan om vad som är materiell rätt i större utsträckning att ligga på Kriminalvården eller på andra domstolar än på den som meddelat ursprunglig dom. Det sistnämnda kan vara fallet vid beslut meddelade enligt omvandlingslagen. Om individualiseringen ökar på ett oacceptabelt sätt så kommer inte den dömde att kunna förutse vilken form eller tid verkställigheten ska avse. Visserligen kan ett visst mått av individanpassning, som nämnts inledningsvis, vara av godo men nedan visar jag på områden där denna anpassning, enligt min mening, gått för långt. Som exempel på detta kan nämnas att man i omvandlingslagen anger tre av fem kriterier som är direkt individanpassade utan att närmare ange hur de ska tillämpas. Detta kan innebära att det vid huvudförhandlingen är svårt för den intagne att förutse vad som ska ske angående tidsbestämningen. Ett av de kriterier som särskilt bör framhållas är risk för återfall i brottslighet av allvarligare slag. Om man individanpassar verkställighetsnivån så att förutsebarhet och konsekvens inte kan upprätthållas i rimlig utsträckning anser jag att anpassningen har gått för långt.

3. Individanpassad verkställighet

3.1 Inledning

Som nämnts inledningsvis ska individanpassningen enligt min mening vara förutsebar och konsekvent. Detta är två krav som måste ställas för att likhet inför lagen ska kunna sägas vara uppfylld. Vad avses då med förutsebarhet respektive konsekvens i detta sammanhang? Förutsebarhet innebär att den tilltalade vid tidpunkten för huvudförhandlingen i rimlig utsträckning kan förutse hur verkställigheten ska komma att se ut. Det är inte så lagen behöver vara otydlig men lagen kan vara så knapphändig att allt för mycket lämnas åt rättslämparnas tolkning. Vad som är att betrakta som rimligt avseende verkställighetens form och tidsaspekt ska studeras närmare nedan. Som exempel ska den unge i rimlig utsträckning kunna förutse vilken vård han eller hon kommer att få under den slutna ungdomsvården, den livstidsdömde ska vid förhandlingen i tingsrätten i rimlig utsträckning kunna förutse hur lång tid han eller hon har kvar att avtjäna i fängelse, den tilltalade ska i rimlig utsträckning kunna förutse hur olika utslusningsåtgärder kommer att utformas och när han eller hon kommer att bli villkorligt frigiven.⁵

Valet av kravet på förutsebarhet har som redan nämnts skett på grund av att det förekommer som en variabel i flera definitioner av rättssäkerhetsbegreppet. Det har vidare lyfts fram av lagstiftaren vid samtliga studerade verkställighetsformer i detta arbete. Frågan är vad man vill uppnå och hur man kan mäta förutsebarhet.

Konsekvens innebär att samhället reagerar om den dömde – vad gäller de unga lagöverträdarna – bryter mot vårdplanen som fogats till domen, den livstidsdömde inte uppfyller kraven för att få sitt livstidsstraff tidsbestämt, och den dömde inte uppfyller kraven för vissa utslusningsåtgärder. För att utreda om kravet på konsekvens uppfylls i rimlig utsträckning vid verkställighet av slutna ungdomsvård, tidsbestämning av livstidsstraff, olika utslusningsåtgärder och villkorlig frigivning är enligt min uppfattning följande frågor av intresse:

1) Vilka syften ligger till grund för respektive lagstiftning som rör verkställigheten? Med andra ord hur ser lagstiftningen ut beträffande de faktorer som ska ligga till grund för en likhetsbedömning? Är lagstiftningen tillräckligt tydlig och är kravet på förutsebarhet uppfyllt?

2) Vilka faktorer beaktas på verkställighetsnivån? Med andra ord kan man fråga om den individanpassning som sker i praktiken är konsekvent eller om det föreligger en förhöjd risk för att vi inte uppnår kraven på grund av att till exempel alltför många myndigheter är inblandade?

För att besvara dessa frågor på ett tillfredställande sätt krävs en mycket större undersökning än den som presenteras här. Min tanke är att göra en stickprovsundersökning för att pröva frågorna på ett mindre material. Tanken är att därefter gå vidare med en större undersökning.

3.2 Individanpassning i centrala arbeten som rör verkställighetsfrågor

Utöver tendensen angående individanpassning kan man notera en gruppering/polarisering av de intagna i centrala arbeten rörande verkställighetsfrågor. De centrala arbeten som innehåller dessa tendenser är 1999 års påföljdsreform för unga lagöverträdare, betänkandet SOU 2004:122 "Ingripande mot unga lagöverträdare",⁶ direktiv 2009:60 "En översyn av påföljdssystemet", lag (2006:45) om omvandling av fängelse på livstid (omvandlingslagen) och förarbetena till denna, lag (2006:432) om ändring i lagen 1974:203 om kriminalvård i anstalt och dess betänkande SOU 2005:54 "Framtidens kriminalvård", där utslussningsåtgärder och villkorlig frigivning behandlas, samt 26 kap. 6 § brottsbalken, 21 § förordningen (1974:248) om kriminalvård i anstalt avseende villkorlig frigivning. De nämnda arbetena behandlas i kronologisk ordning.

Tyngdpunkten i denna framställning ligger på omvandlingslagen eftersom det är vid denna lagstiftningsprodukt som de flesta av mina undersökningar gjorts.

3.2.1 Om överlämnande till särskild vård – polarisering av unga – speciellt om slutna ungdomsvård

Genom 1999 års påföljdsreform infördes en ny form av frihetsberövande påföljd för unga lagöverträdare, nämligen slutna ungdomsvård.⁷ Genom de omfattande förändringar som skedde i och med den nya lagstiftningen den 1 januari 2007 (SFS 2006:891) har ungdomspåföljderna fått ett delvis nytt innehåll. Ungdomstjänst blev en särskild ungdomspåföljd. Skillnaden i förhållande till vad som gällde tidigare var att förutsebarhet, proportionalitet och konsekvens fick större betydelse. För att öka förutsebarheten skulle det vara möjligt att i rimlig utsträckning förutse vilken vård eller vilka åtgärder som den unge skulle komma att bli föremål för. Detta skulle ske genom utförligare yttranden från socialnämnderna med vårdplan och redogörelse för olika åtgärder. För att tillgodose proportionalitetsprincipen kan domstolen beakta brottets svårhet när domstolen tar ställning till om den unge bör överlämnas till vård inom socialtjänsten. Även tilläggsstraff som böter kan användas. För att uppnå kravet på konsekvens ansåg regeringen att vårdplanen skulle fogas till domen. Kravet på humanitet är tänkt att beaktas vid verkställigheten. I den för påföljdsbestämningen grundläggande bestämmelsen i 1 kap. 7 § i brottsbalken angavs att rätten vid val av påföljd särskilt skulle fästa avseende vid att påföljden skulle vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället. Detta under iakttagande av vad som krävs för att upprätthålla den allmänna laglydnaden.⁸ De särskilda överlämnandepåföljderna för unga lagöverträdare utgörs av ungdomsvård, ungdomstjänst och slutna ungdomsvård. I denna artikel behandlas av utrymmesskäl endast den slutna ungdomsvården.

Enligt 32 kap. 5 § stadgas som huvudregel att om rätten finner att den som begått

ett brott innan han eller hon fyllt 18 år bör dömas till fängelse, så ska påföljden bestämmas till sluten ungdomsvård under viss tid.

Syftet med lagstiftningen – Vad vill man från samhällets sida?

Enligt förarbetena är syftet med verkställigheten av sluten ungdomsvård följande:

”Utgångspunkterna vid utformningen av en ny frihetsberövande påföljd för de yngsta lagöverträdare bör vara dels att verkställigheten kan ske under sådana former att risken för skadeverkningar minimeras, dels att verkställigheten kan ordnas så att orsakerna till den unges kriminalitet kan angripas så effektivt som möjligt. Samtidigt måste verkställigheten utformas med beaktande av att frihetsberövandet är en straffrättslig reaktion på brott och att verkställigheten måste kunna ske under säkra och betryggande former.”⁹

Verkställigheten bygger på att den ska vara individanpassad. Det framgår av lagstiftningen hur vården ska utformas till tid och form.¹⁰ Vilket ungdomshem som ska väljas beslutas av Statens institutionsstyrelse (SiS) i samråd med socialtjänsten från den dömdes hemort. Samverkan ska även ske mellan de olika ungdomshemmen och socialtjänsten i den dömdes hemkommun. Utslussningen ska ske successivt och SiS ska samverka med socialtjänsten för att planlägga den. Utslussningen är också individanpassad.

Tiden för slutna ungdomsvård ska bestämmas till mellan 14 dagar och fyra år. Straffet är alltså tidsbestämt. Eftersom villkorlig frigivning inte kan förekomma dras en tredjedel av straffmätningens värde av. Detta gäller generellt och är alltså inte individanpassat.

Enligt förarbetena är målsättningen att den unge vid huvudförhandlingen i rimlig utsträckning ska kunna förutse vilken vård eller vilka åtgärder som han/hon skulle komma att bli föremål för vid överlämnandet.¹¹ Tanken var att detta skulle åstadkommas genom utförligare yttrande från socialnämnderna. Yttrandena skulle innehålla en vårdplan där man redogjorde för de olika åtgärderna.

Vad gäller den slutna ungdomsvården så är alltså syftet att verkställigheten ska ske så att skadeverkningarna minimeras men även att kriminalitet bekämpas. Avseende tiden som ska avtjänas så ges inget utrymme för någon individanpassning. Formen för den slutna ungdomsvården är individanpassad och ska framgå av vårdplanen vilket innebär att lagstiftningen är tydlig och effekterna av den förefaller förutsebar.

Rättstillämpningen – Får lagstiftningen önskad effekt?

Även när det gällde kravet på konsekvens var det regeringens uppfattning att påföljden vård inom socialtjänsten var behäftad med svårigheter. Som en åtgärd för

att möta intresset av konsekvens innebar 1999 års reform, som nämnts, att vårdplanen skulle fogas till domen på överlämnande till vård inom socialtjänsten och att den unge, om han eller hon bryter mot planen, skall bli föremål för en reaktion från samhällets sida. Ytterst bör denna reaktion vara att överlämnandepåföljden undanröjs och ersätts av en annan påföljd.

Regeringen tillsatte en utredning år 2002 – Ungdomsbrottsutredningen – för att följa upp och vidareutveckla 1999 års reform. Detta resulterade i betänkandet ”Ingripande mot unga lagöverträdare” (SOU 2004:122). Brottsförebyggande rådet (Brå), Socialstyrelsen och SiS presenterade därefter en gemensam rapport, ”Vad händer med unga lagöverträdare?”.¹² I utredningen ”Sluten ungdomsvård – en uppföljning” kom man fram till att samtliga avdelningar hade behandlingsprogram som var anpassade till det kriminella beteendet hos de intagna. Kritik riktades mot både bristfälliga insatser och skolundervisningen för de korttidsdömda. Brister i samarbetet mellan ungdomshemmen och socialtjänsten påtalades liksom insatser efter frigivningen.¹³

Regeringen har tillsatt en utredning för översyn av påföljdssystemet för vuxna och unga lagöverträdare.¹⁴ I detta direktiv framhävs att grunden för utredningen ska vara en fortsatt minskning av individualpreventiv hänsyn, men de unga lagöverträdarna ska även i fortsättningen särbehandlas. Vad gäller verkställighetsfrågorna kan det finnas behov av längre frihetsberövande, och det finns anledning att utreda om det finns bättre möjligheter till kontroll och stöd under den första tiden efter det att frihetsberövandet har upphört.

Enligt min mening är det tveksamt om lagstiftningen får önskad effekt eftersom det verkar svårt att uppfylla kravet på konsekvens. Det har framförts att det är för många myndigheter inblandade och att det finns brister i samarbetet mellan SiS och socialtjänsten. Enligt årsredovisning från SiS har strävanden gjorts för att förbättra kontakten med socialtjänsten.¹⁵ Det framgår inte vad som händer om den unge inte följer vårdplanen. Det verkar finnas en ojämnhet mellan kommuner avseende hanteringen och brister i samarbete med den psykiatriska vården. En mera ingående studie krävs för att jag mera bestämt ska kunna uttala mig angående nyss nämnda förhållanden. En sådan ryms inte inom denna artikel.

3.2.2 Omvandlingslagen – polarisering av långtidsdömda

Syftet med lagstiftningen – Vad vill man från samhällets sida?

Örebro tingsrätt har från och med år 2007 att pröva ärenden enligt lag (2006:45) om omvandling av livstidsstraff (omvandlingslagen). Syftet med lagen är i huvudsak att förbättra förutsebarheten och rättsäkerheten för den livstidsdömda.¹⁶ Örebro tingsrätt har arbetat med att skapa en viss praxis (enhetlighet/konsekvens) vad gäller omvandling av livstidsstraff. Dess beslut kan överklagas till Göta hovrätt och

därefter till Högsta domstolen. Möjligheten att söka nåd finns dock kvar parallellt med möjligheten att ansöka om omvandling av livstidsstraffet.¹⁷ Nyckelorden i förarbetena är förutsebarhet, rättssäkerhet och enhetlighet (konsekvens).

Allmänna utgångspunkter för denna lagstiftning är som nämnts att förbättra förutsebarheten, såväl för de livstidsdömda som för Kriminalvården. Inte minst viktigt är att verkställighetstiden bättre än tidigare ska kunna användas effektivt och ändamålsenligt och tidigare inriktas på frigivningsförberedande åtgärder. Tydligheten i systemet ska öka och de negativa effekterna av livstidsstraffet i möjligaste mån motverkas. Tanken är vidare att stärka den livstidsdömdes rättssäkerhet och att öka den dömdes incitament att själv främja sin frigivning och anpassning i samhället.¹⁸

Vid tiden före och i samband med omvandlingslagens införande diskuterades huruvida livstidsstraffet skulle behållas eller inte. Flera remissinstanser visade stort intresse för debatten. Regeringen valde att behålla livstidsstraffet. Regeringen menade dock att livstidsstraffets tidsbestämda karaktär medförde svårigheter för verkställande myndighet, den dömde och dennes anhöriga. Nådeinstitutet var alltså så rättssäkert att en komplettering med omvandlingslagen ansågs nödvändig. Omvandlingslagen är således en kompletterande frigivningsmöjlighet, som tidigare endast bestod av nådeinstitutet.

Först ska man bestämma om tidsbestämning bör ske och därefter tillämpa de regler som gäller för villkorlig frigivning.

Enligt 4 § 1 st. omvandlingslagen ska följande fem kriterier särskilt beaktas vid omvandlingsprövningen: 1. Den tid som den dömde avtjänat. 2. Vad som av domen framgår om de omständigheter som legat till grund för straffmätningen. 3. Risk för återfall i brottslighet av allvarligt slag. 4. Om den dömde har åsidosatt vad som gäller för verkställigheten. 5. Om den dömde har medverkat till att främja sin anpassning i samhället. 6. De övriga omständigheter som kan beaktas vid prövningen kan enligt motiven vara sjukdom eller s.k. tredjemansskäl.

1. Kriteriet om den tid den dömde avtjänat regleras endast genom att det i 3 § omvandlingslagen sägs att ansökan om tidsbestämning inte får göras förrän den dömde avtjänat minst tio år av livstidsstraffet. Detta speglar tanken om en enhetlig rättstillämpning.

2. Det andra kriteriet – om vad som framgår om de omständigheter som legat till grund för straffmätningen – ger uttryck för en tanke om individualisering av verkställigheten.

3. Det tredje kriteriet berör återfallsrisken och här ges inte någon vägledning beträffande vilken sorts brottslighet som är att bedöma som så allvarlig att återfallsrisken kan innebära ett hinder för bifall till ansökan om omvandling. Syftet med återfallskriteriet är enligt motiven att frigivningen ska kunna ske utan att sam-

hällsskyddet eftersätts. Syftet med samhällsskyddet är att förhindra och förebygga brott.

4. Det fjärde kriteriet – om den dömda åsidosatt vad som gäller för verkställigheten syftar på en tanke om individualisering. Enligt motiven framgår att det finns svårigheter med att göra en riskbedömning. Återfallsrisken är beroende av en mängd olika faktorer. Riskbedömningen är en uppskattning av chansen att ett möjligt händelseförlopp inträffar. Det är ett rimligt grundkrav att den dömda sköter sig under verkställigheten och efter sin förmåga följer gällande regler. För den intagne i kriminalvårdsanstalt gäller ett skötsamhetskrav enligt 9 § andra stycket lagen om (1974:203) om kriminalvård i anstalt (KvaL). Som exempel nämns rymning och berusning.

5. Det femte kriteriet – om den dömda har medverkat till att främja sin anpassning i samhället – syftar åter på individualiseringstanken.

6. Det sjätte kriteriet återspeglar en billighetstanke.

Syftet med omvandlingslagen är i huvudsak att förbättra förutsebarheten och rätts-säkerheten för den livstidsdömda. Av den genomförda undersökningen framgår att mycket lämnats till rättstillämparen för tolkning. Som nämnts är tre av sex kriterier direkt individanpassade men det framgår inte att denna anpassning ska komma till uttryck i en plan om olika åtgärder vid huvudförhandlingen i Örebro tingsrätt. Enligt min mening innebär detta att det är svårt för den livstidsdömda att förutse vad som kommer att ske angående tidsbestämningen.

Rättstillämpningen – Får lagstiftningen önskad effekt?

Hur har då rättstillämparen valt att tolka de ovan nämnda kriterierna? Frågor som ställts i detta avsnitt är hur konsekvent rättstillämpningen är och om det påverkar bedömningen att flera rättstillämpare är involverade.

Enligt regeringens mening ska handläggningen ske vid en tingsrätt för att koncentrera handläggningen och åstadkomma en enhetlig rättstillämpning. Eftersom denna tingsrätt är Örebro tingsrätt ska ett överklagande ske till Svea hovrätt och därefter till Högsta domstolen. Kriminalvården ska yttra sig angående verkställighetsfrågan och Rättsmedicinalverket ska yttra sig angående återfallsrisken.

Högsta domstolen fattade den 21 maj 2008 beslut i tre fall om omvandling av fängelse på livstid.¹⁹ Nedan följer HD:s ställningstaganden till de fem kriterierna:²⁰

1. HD påpekar att betydelsen av den tid som den dömda avtjänat har reglerats i 3 § omvandlingslagen i ett hänseende. En ansökan får inte göras förrän den dömda avtjänat minst tio år av livstidsstraffet. HD påpekar att en fråga som inte behandlas i motiven är hur domstolen bör agera om den dömda ansöker om omvandling efter

att ha avtjänat tio år och domstolen finner att längden av ett tidsbestämt fängelsestraff, med hänsyn till omständigheter som legat till grund för straffmätningen, i princip borde bestämmas till exempelvis 21 år. Detta får enligt HD inte anses utgöra ett skäl mot att tidsbestämma straffet, om man endast ser till de omständigheter som ligger till grund för straffmätningen. Som skäl mot tidsbestämning godtas endast sådana, över tiden föränderliga faktorer som kan tala mot en omvandling såsom i första hand återfallsrisken. Detta förefaller som ett märkligt uttalande då återfallsrisken ska beaktas vid den tredje punkten. HD har här gjort avsteg från den konsekventa (enhetliga) bedömning som Örebro tingsrätt försökt att skapa för kriteriet avtjänad tid. I en studie som genomförts vid juridiska fakulteten i Lund visas att i de fall där den dömde avtjänat elva år eller mindre har ansökan i samtliga fall avslagits. I de fall där den dömde avtjänat 14 år eller mer har ansökan i samtliga fall utom i ett bifallits.²¹

I en nyare studie avseende omvandlingsärenden i Örebro tingsrätt från år 2009 framgår det att av de 23 inkomna ärendena har den dömde avtjänat mindre än elva år. Av dessa har fem fall bifallits. Den dömde hade avtjänat tio år och sju månader och tiden bestämdes till 18 år.²² Av undersökningen framgår även att den dömde har goda möjligheter att påverka domstolens bedömning i positiv riktning genom att utbilda sig, medverka i programverksamhet och vara skötsam.

2. De omständigheter som legat till grund för den ursprungliga straffmätningen ger enligt HD inte utrymme för mer än en grov kategorisering inom det spann som en omvandling enligt förarbetena normalt ska ske till.

3. Kriteriet risk för återfall i brottslighet av allvarigare slag ges, som nämnts ovan, ingen närmare vägledning i motiven beträffande vilken sorts brottslighet som är att bedöma som så allvarlig att återfallsrisken kan utgöra hinder för bifall till en ansökan om omvandling. Förutsättningarna för att överlämna till rättspsykiatrisk vård med särskild utskrivningsprövning torde enligt HD kunna tjäna som vägledning. HD anser att återfallsrisken intar en särställning bland de andra kriterierna. Om det föreligger återfallsrisk utgör detta ett absolut hinder mot att bifalla en ansökan om tidsbestämning av livstidsstraffet. Av den ovan nämnda sammanställningen framgår att då Rättsmedicinalverket bedömt återfallsrisken som låg (sju fall) har samtliga ansökningar fått bifall i Örebro tingsrätt med undantag av ett fall. I det fallet ansåg även tingsrätten att återfallsrisken var låg, men straffvärdet var för högt för att redan vid detta tillfälle omvandla livstidsdomen. I tolv fall har Rättsmedicinalverket bedömt återfallsrisken som medelhög och av dessa har fem bifallits i Örebro tingsrätt. I två fall där återfallsrisken bedömts som hög har ansökan inte vunnit bifall i tingsrätten.

Jag har svårt att se att man kan upprätthålla kravet på konsekvens om domstolen väljer att förlänga strafftiden på grund av brottsförebyggande skäl i stället för att erbjuda vård och behandling.²³

Det är svårt att avgöra vilka fall som bedöms vara av låg, medelhög eller hög risk.

4. Vad gäller kriteriet för skötsamhet säger HD att den dömdes uppförande under verkställigheten uppenbarligen är en faktor som kan vara av betydelse för bedömningen av återfallsrisken. Domstolen anser därför att en ansökan inte ska bifallas om den dömden en förhållandevis kort tid före prövningen gjort sig skyldig till allvarlig misskötsamhet.

De negativa händelser som av Örebro tingsrätt har bedömts vara värda att tas upp är att en intagen vägrat att lämna urinprov, vägrat att utföra arbete vid två tillfällen, låtit sig tatueras av annan intagen samt att en intagen vid två tillfällen lämnat urinprov utvisande narkotikabruk. Det var enbart den sistnämnda förseelsen som tingsrätten fann vara en allvarlig misskötsamhet.²⁴

5. HD anför att frågan om den dömden har medverkat till att främja anpassning i samhället i viss mån kan beaktas vid sidan av brottets karaktär och svårhetsgrad.

6. Andra omständigheter kan endast i undantagsfall bli aktuella enligt HD. Sjukdom och tredjemansskäl ska primärt beaktas av nådeinstitutet.

Det första kriteriet – om den tid som den dömden avtjänat har HD gjort avsteg från den enhetliga praxis som Örebro tingsrätt skapat. Efter dessa HD-avgöranden har Örebro tingsrätt anpassat sig till HD:s ståndpunkt. Enligt min mening är det andra kriteriet komplicerat, eftersom domstolarna gör en ny straffmätning i jämförelse med den lagkraftvunna livstidsdomen. Enligt min uppfattning skjuts straffmätningen upp tio år och genomförs av en annan domstol som ska tolka vad som sagts i livstidsdomen. Det tredje kriteriet ger upphov till frågan om man kan upprätthålla kravet på konsekvens om domstolen väljer att förlänga strafftiden av brottsförebyggande skäl i stället för att erbjuda vård och behandling. Det fjärde kriteriet avseende återfall i brottslighet av allvarigare slag är det svårt att avgöra vilka fall som bedömts som låga-, medelhöga- och höga riskfall.

Enligt min uppfattning ger omvandlingslagen, som nämnts i tidigare avsnitt, ett allför stort tolkningsutrymme och detta medför att effekterna av lagstiftningen blir oförutsebara. Vid tillämpning av lagen har vi sett att Örebro tingsrätt har tolkat kriterierna på ett visst sätt medan HD valt en annan tolkning. Jag har svårt att se, att den individanpassning som således sker i praktiken, är konsekvent. Att HD:s moti-

veringar avseende kriterierna är de samma i alla de tre nämnda fallen kan enligt min uppfattning tolkas som att HD strävat att hantera olika fall på ett konsekvent sätt. Det är mycket resurskrävande att först låta Örebro tingsrätt lägga ned ett stort arbete på att tolka lagen och finna individuella lösningar för att sedan avfärda dessa i HD.

3.2.2 3.2.3 Utslussningsåtgärder – polarisering av kortidsdömda, skötsamma, missbrukare och långtidsdömda

Nedan följer en genomgång av de så kallade utslussningsåtgärderna, som innebär att man avtjänar sitt straff utanför en anstalt. Dessa åtgärder berör formen för verkställigheten.

Den 1 januari 2007 trädde nya regler om utslussning i kraft. En rad förändringar genomfördes i lagen (1974:203) om kriminalvård i anstalt (KvaL).

Syftet med lagstiftningen – Vad vill man från samhällets sida?

Syftet med lagstiftningen är att förbättra förutsättningarna för personer som frigges från fängelse.²⁵ Avsikten är att fler intagna ska kunna få en strukturerad övergång från anstalt till frihet. De tre, delvis nya utslussningsåtgärder som infördes var utökad frigång, vårdvistelse och halvvägshus. Regeringen anser att det ”bör finnas en viss tolerans mot misskötsamhet av mindre allvarligt slag” och stannar för formuleringen att det inte får finnas en beaktansvärd risk.²⁶ Kriminalvårdens mål är tudelat. Verkställigheten ska ske humant och effektivt, men samtidigt ska man arbeta för att återfall i brott ska förebyggas och minskas. I Brå Rapport 2008:19 ”2007 års reform för bättre utslussning i Kriminalvården” poängteras att under den individuellt behovsanpassade verkställigheten ska brottslighet förhindras och frigivningen förberedas. Eftersom syftet med lagändringen är att Kriminalvården på ett bättre sätt ska individanpassa utslussningen har man konstruerat olika utslussningsformer. Man har även velat nå fler personer. Detta gäller särskilt utslussning med fotboja. I den nya lagstiftningen uppmanas Kriminalvården att hantera risker i stället för att använda riskbedömningar som skäl för avslag. Alla dömda ska nu prövas för utslussningsåtgärder.

I regeringens uppdrag till Brå ingick en uppföljning av utökad frigång där grundprincipen är att klienten övervakas med en elektronisk fotboja. Fotbojan larmar Kriminalvården om klienten inte befinner sig i sin bostad efter uppgjort schema. Kontrollerna består av hembesök, nykterhetskontroller och arbetsplatsbesök. Vid god skötsamhet ska klienten få en gradvis ökad frihet. Frihetsgraden ska anpassas till behov och risk för var och en.

I Brå Rapport 2008:19 talar man om individanpassning som ett syfte.²⁷ Vad gäller de nya bestämmelserna om IÖV-sluss (elektronisk övervakning) kan man se att ambitionerna var att den skulle vidareutvecklas och få ett ökat användningsområde. ”Utvecklingen bestod bland annat i att instanserna under utslussningen skulle

individanpassas i överensstämmelse med vars och ens behov (prop. 2005/06:123 s. 37).”

Vad gäller 2. vårdvistelse har denna utvecklats ur den tidigare § 34-placeringen där den sista tiden verkställdes på behandlingshem eller familjehem.

Kan den dömde vid domstillfället förutse vilken utslussningsform som ska bli aktuell för just hans eller hennes del?

1. Förutsättningarna för utslussning genom utökad frigång har utvidgats dels så att kortare strafftider än tidigare kan ifrågakomma, dels så att den möjliga utslussningstiden kan utvidgas. I princip kan en intagen få utökad frigång efter halva strafftiden om minst tre månader har avtjänats. Av Kriminalvårdens föreskrifter (KVFS 2006:27) anges att den längsta möjliga tiden för utökad frigång är ett år om inte särskilda skäl föreligger. Det är svårt för den dömde att förutse vad som är särskilda skäl.

2. *Vårdvistelse*. Det finns en möjlighet primärt för intagna med missbruksproblem att tillbringa den sista tiden av verkställigheten på behandlingshem eller familjehem enligt 34 § Kval. Det krävs enligt lagrummet inte längre ”särskilda skäl”. Denna vistelse kan den dömde enligt min mening inte förutse.

3. *Halvvägshus*. I halvvägshus erbjuds boende i kombination med någon form av sysselsättning. Det kan förekomma övervakning med elektronisk fotboja. Detta kan komma i fråga endast för den som verkställt minst halva fängelsesstraffet, dock minst tre månader, i anstalt. Denna åtgärd skulle innebära att den som saknar bostad och inte är i behov av missbruksvård inte ”faller mellan stolarna”. Möjligheten att erbjudas detta boende kan den dömde förmodligen förutse.

4) *Frigång*. Detta behandlas inte av Brå-rapporten, eftersom det inte ingår i regeringens uppdrag och bara indirekt påverkas av lagändringen.

Syftet med lagstiftningen är att förbättra förutsättningarna för personer som frigges från fängelse. Medlet för att nå detta är att individanpassa utslussningen. De faktorer som ligger till grund för likhetsbedömningen avseende formen avser riskbedömning. Jag anser att lagstiftningen har lämnat för stort tolkningsutrymme. Det skulle vara möjligt att ge mera detaljerade instruktioner som lagstiftaren gjort vid 3. Halvvägshus.

Rättstillämpningen – Får lagstiftningen önskad effekt?

De nya kriminalvårdsföreskrifterna beskrivs som ett prövningsförfarande i stäl-

let för som tidigare ett ansökningsförfarande. Numera ska alla dömda prövas för utslussningsåtgärden.

Beslutsordningen för utslussning har alltså samlats hos Kriminalvården. Ett skäl till detta var att uppnå en enhetlig praxis. Enligt Brå har en relativt enhetlig praxis uppnåtts. Det är enbart ett regionkontor som i någon mån utmärker sig med en lägre andel beviljade ansökningar. Detta har uppmärksammats på huvudkontoret och man har omprövat vissa beslut. När det gäller kön och medborgarskap har Brå inte funnit några orimliga skillnader i beviljandegrad. Möjligheterna till utslussning hindras för många intagna av att utslussningen inte hinns med före den villkorliga frigivningen.²⁸

1. De som fick avslag på prövningen om utökad frigång var personer som dömts tidigare, dömts till kortare strafftider för tillgreppsbrott och narkotikabrott, de som fått en varning under anstaltstiden och de som bedömts ha missbruksproblem.

2. Av Kriminalvårdens årsredovisning för år 2007 framgår att antalet vårdvinstelser har minskat, och en förklaring till detta är sannolikt att riskbedömningarna blivit strängare under detta år.²⁹

3. Av avslagsbesluten avseende halvvägshusen framgår att två var belagda med särskilda villkor enligt 7 § KvaL som inte medgav vistelse i halvvägshusen. En person bedömdes ha behov av missbruksvård och för den sista fanns ingen godtagbar sysselsättning under utslussningen.³⁰

Det har inte varit möjligt att inom ramen för Brårapportens utvärdering redogöra för en enskild förklaring till att personer inte får någon form av utslussning.³¹ Dock kan man utifrån statistiken och samtal med representanter för Kriminalvården dela in orsakerna i följande tre grupper: tidsaspekten, bristande motivation hos den intagne och för hög risk för misskötsamhet.

Enligt BRÅ har en relativt enhetlig praxis uppnåtts inom utslussningsområdet. Det har dock inte varit möjligt att redogöra för en enskild förklaring till att vissa personer inte fått någon form av utslussning. Av det material som här genomgått är det svårt att uttala sig om huruvida rättstillämpningen är konsekvent. En närmare studie borde genomföras. Även vid denna verkställighetsform poängteras tidsaspekten och riskbedömningen.

4. Avslutande diskussion

Utgångspunkten för denna artikel är att en alltför långtgående individualisering avseende verkställighetsnivån inte är acceptabel. Individualiseringen rör såväl form som tid.

Fördelar med ett visst mått av individualisering är att man på verkställighets-

nivån kan beakta enskilda individers vård- och behandlingsbehov. Detta kan naturligtvis ge positiva effekter för samhället, den intagne, brottsoffer och anhöriga. Man kan alltså se rättsekonomiska fördelar vid minskad risk för återfall, fördelar avseende en tillpassning avseende den intagnes könstillhörighet och ett tillfredställande för den allmänna opinionen. Vad gäller de rättsekonomiska fördelarna kan man även se fördelar om anstaltsvistelserna delvis ersätts med verkställighet utanför anstalten. Vad gäller fördelar för den intagne kan nämnas att hänsyn tas till exempel till om den intagne har minderåriga barn, olika vård- och behandlingsbehov. För brottsoffrets del går det att geografiskt sett beakta var till exempel ett närstående brottsoffer har sin bostad. Vad gäller att tillfredsställa den allmänna opinionen kan olika anstalter med hög säkerhetsklass väljas.

Nackdelar med en alltför hög nivå av individualisering innebär att domstolen vid påföljdsvalet får svårt att förutse vad som kommer att ske på verkställighetsnivån. För den dömda brottsoffret, närstående och den allmänna opinionen kan det vara en nackdel om man inte i rimlig utsträckning kan förutse hur verkställigheten avseende form och tid ska komma att se ut. Detta har lyfts fram av lagstiftaren vid samtliga former av verkställighet i detta arbete. Frågan är vilka intentioner lagstiftaren har haft och hur man kan mäta detta.

Vidare är det en nackdel om den intagnes överträdelser under verkställigheten inte behandlas på ett konsekvent sätt.

Om man lägger alltför mycket fokus vid individualiseringen så riskerar man att lägga för stor vikt vid individen som begår brott för egen vinnings skull. I förlängningen kan detta innebära att behandlingsarbetet sätts åt sidan till förmån för tanken att vilja bestraffa.

Undersökningen i denna artikel ger indikationer på att lagstiftningen individanpassats för olika grupper på ett sätt som gör att det är svårt att förutse effekterna av lagstiftningen. Lagstiftningen ger, enligt min uppfattning, ett alltför stort tolkningsutrymme när det gäller omvandling av livstidsstraff och utslussningsåtgärderna. Lagstiftningen avseende slutna ungdomsvården verkar däremot rimligen förutsebar.

En sådan individanpassning som skett innebär att rättstillämpningen svårligen blir konsekvent. Dock visar denna stickprovsundersökning att det är tveksamt om rättstillämpningen blivit konsekvent vid slutna ungdomsvård. Här är många tillämpare inblandade och det är svårt att se vad som händer om den unge bryter mot vårdplanen. Däremot visar tillämpningen av omvandlingslagen på att den inte blivit konsekvent. HD har här avgjort tre fall med samma motivering vilket tyder på en konsekvent tillämpning men det visar sig vara för en viss grupp – livstidsdömda - men inte för individerna. Vad gäller utslussningsåtgärderna verkar antagandet om en förutsebar lagstiftning och en konsekvent rättstillämpning stämma.³²

- 1 Ett stort tack till (dåvarande) assistenterna Monika Lozancic och Linnea Wegerstad för många givande diskussioner och värdefull materialinsamling. Tack även till professor Thomas Elholm för värdefulla synpunkter.
- 2 Intensivövervakning med elektronisk kontroll är inte ett straff utan en verkställighetsform till fängelse under vissa förutsättningar men är likväl intressant i detta sammanhang.
- 3 Ulväng, M., Påföljdskonkurrens – problem och principer, Uppsala 2005 s. 92.
- 4 Prop. 1975/76:209 s 98 f.
- 5 Jfr Borgeke, M och Månsson, C., Den nya lagstiftningen om påföljder för unga lagöverträdare. SvJT 2007, s 182-203.
- 6 Lagstiftningen på området trädde i kraft 1 jan. 2007 (SFS 2006:891) och har samlats i 32 kap. brottsbalken.
- 7 SFS 1998:604, NJA 1998 II s. 427 och BrB kom 32:1.
- 8 Prop. 1997/98:96, Vissa reformer av påföljdssystemet, s. 78 ff, 148 f och 151., Borgeke, M., Månsson, C., SvJT 2007, s. 183 och Thorsén, L, En studie av slutna ungdomsvård 2010-01-10 (stencil).
- 9 Prop. 1997/98:96 s. 157.
- 10 Se lag (1998:603) om verkställighet av slutna ungdomsvård och förordningen (1998:641) om verkställighet av slutna ungdomsvård.
- 11 Borgeke, M., Månsson, C., Den nya lagstiftningen om påföljder för unga lagöverträdare. SvJT 2007, s. 182–203, s. 183 och prop.1997/98:96 s. 148.
- 12 Brå Rapport 2002:19, Vad händer med unga lagöverträdare?
- 13 Brottsförebyggande rådet, Statens institutionsstyrelse, Socialstyrelsen (2002). Artikelnummer 2002-103-12 s. 31 ff. och Thorsén s. 13 f.
- 14 Dir. 2009:60 s. 16 f.
- 15 Statens institutionsstyrelse (2009), SiS årsredovisning 2008, s. 20 ff. och Thorsén s. 14.
- 16 Prop. 2005/06:35 s. 1.
- 17 Jfr tidigare arbeten angående omvandlingslagen i Ornemark Hansen, H., ”I nådens år – eller hur långt är ett liv bakom galler?” i Festskrift till Gorm Toftegaard Nielsen, Köpenhamn 2007 s. 395–403, Ornemark Hansen, H., ”En domare dömer – en annan bedömer” i Festskrift till Vagn Greve, Köpenhamn 2008 s. 201–210, Ornemark Hansen, H., ”Tatueringars betydelse – en studie av kriterierna för omvandling av livstidsstraff” i Festskrift till Suzanne Wennberg, Stockholm 2009 s. 539-551 och Ornemark Hansen, H., ”Omvandling av livstidsstraff – en fråga om villkorlig frigivning” i Juridisk Tidskrift 2008-09 Nr 3.
- 18 Prop.2005/06:35 s.1.
- 19 Fallen refereras i NJA 2008 s. 579; jämför även Ornemark Hansen, H., ”Tatueringars betydelse – en studie av kriterierna för omvandling av livstidsstraff” i Festskrift till Suzanne Wennberg, Stockholm 2009 s. 542-544 och JT 2008-09 s. 670f.
- 20 Jämför JT 2008-09 s. 671 ff.
- 21 Ornemark Hansen, H., ”En domare dömer – en annan bedömer, i Festskrift till Vagn Greve, Köpenhamn 2008 s. 201-210, s. 205 ff.
- 22 Studien är utförd av jur. stud. Wikström, E., januari 2010 (stencil).
- 23 Jämför Ju 2002:2717/BIRS s. 35 och ovannämnda studie s. 6.
- 24 Ornemark Hansen, H., ”Tatueringars betydelse – en studie av kriterierna för omvandling av livstidsstraff” i Festskrift till Suzanne Wennberg, Stockholm 2009 s. 544.
- 25 Prop. 2005/06:123 s. 24 och Brå Rapport 2008:19, 2007 års reform för bättre utslussning i Kriminalvården, s. 15–19.
- 26 Prop. 2005/06:123 s. 43.
- 27 Brå Rapport 2008:19 s. 61f.
- 28 Brå Rapport 2008:19 s. 14.

- 29 Brå Rapport 2008:19 s. 53.
- 30 Brå Rapport 2008:19 s. 33.
- 31 Brå Rapport 2008:19 s. 66.