



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johan Aspman

**Straffteori i amerikansk och svensk rätt –
Proportionalitet, prevention eller humanitet?
En studie på lagstiftnings- och domstolsnivå**

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin för examen: VT2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Syfte	10
1.2 Frågeställningar	11
1.3 Material	12
1.4 Metod och disposition	13
1.5 Avgränsning	15
2 AVHANDLING	17
2.1 Grundläggande förutsättningar för västerländsk straffrättsideologi	17
2.1.1 Västerländsk straffteori och proportionalitet som princip	17
2.2 En introduktion till den amerikanska straffteorin och retributiv straffrättsideologi	20
2.3 Särskilt om amerikansk proportionalitet på lagstiftningsnivån	23
2.3.1 Exemplifiering av en typiskt amerikansk påföljd, ”third strike”-regeln	24
2.3.2 Undantag från den kaliforniska regeln om ”third strike”, så kallade ”wobblers”	25
2.4 Amerikansk proportionalitet på domstolsnivå och vägledande rättsfall för amerikansk straffteori och proportionalitet	26
2.4.1 In re Kemmler, 136 U.S. 436 (1890)	27
2.4.2 Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910)	27
2.4.3 Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962)	28
2.4.4 Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977)	28
2.4.5 Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980)	30
2.4.6 Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983)	30
2.4.7 Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991)	32
2.4.8 Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002)	33
2.4.9 Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003)	34
2.4.10 Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)	36
2.5 Sammanfattande analys amerikansk praxis och proportionalitet	38
2.6 Proportionalitetsprincipen i Svensk straffrätt	40
2.6.1 Materiella skillnader gentemot amerikansk rätt	40
2.6.2 EU och dess betydelse för den svenska straffrätten	41

2.6.3	Proportionalitet i svensk straffrättsideologi	41
2.6.4	Proportionalitet på lagstiftningsnivån	42
2.6.5	Svensk proportionalitet på domstolsnivå	44
2.6.6	Grovt narkotikabrott – NJA 2011 s. 357 m.fl	45
2.6.7	Mord och påföljden livstids fängelse – NJA 2007 s. 194	46
2.6.8	Bedömning av flerfaldig brottslighet (straffrabatt) och återfallsförbrytare	47
2.6.9	Återfall i brottslighet – NJA 1998 s. 713	47
2.6.10	SOU 2012:34 – <i>Nya påföljder</i>	48
2.7	Sammanfattning proportionalitet i svensk straffteori	49
3.	SLUTSATSER	52
3.1	Allmänna slutsatser kring straffteori och proportionalitet på lagstiftnings- och domstolsnivå	52
3.2	Slutsatser kring proportionalitet och straffteori på lagstiftningsnivån	53
3.2.1	Amerikansk rätt	53
3.2.2	Svensk rätt	56
3.3	Slutsatser kring proportionalitet på domstolsnivån	57
3.3.1	Amerikansk rätt	57
3.3.2	Svensk rätt	59
3.4	Författarens reflektioner och deltagande i diskussionen	59
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		63
Offentligt tryck		63
Monografier och samlingsverk		63
Artiklar		64
Rättsfallsförteckning		66
USA	66	
Sverige	66	
Förteckning över lagar och andra rättsakter		66
Sverige	66	
USA	67	
Internationella konventioner		67
BILAGA A		68
BILAGA B		70

Summary

This essay concerns the issue of proportionality in penal theory as it is applied in USA and in Sweden. The essay compares two main aspects, or levels of this proportionality; the judicial level and the court level, of each jurisdiction respectively; applying the comparative method.

The essay thus addresses the federal system of American jurisprudence, and the interpreting and guiding role of the Supreme Court as its precedence forces American state law to accept certain boundaries; both in a judicial and a principal sense. The typical American penal theory of retributivism is described as providing essential principal guidelines for existing legislations. This is further shown with examples of the renowned “Three strikes law”¹ and its exceptions known as “wobblers”² – as they exist in the Penal Code of California. As one of the primary sources of law, the Supreme Court cases and their reference have been given lofty space in this essay. The essay also conveys the importance of the American constitution and further questions related to the legislative process and state-federal structure.

The essay further explores the measures available to the U.S. court in which to maneuver according to the existing concepts of proportionality. The portion of the essay concerning the court level in the American sense of proportionality is slightly different than the one concerning the Swedish; since the USA constitutes a rather complex fusion of common law and civil law a substantial effort was made to exemplify this.

There are also portions that highlight the differences between American and Swedish courts and the way in which they are able to apply their own interpretations of penal theory and proportionality.

¹ See chapter 2.3.1 and ”Bilaga B” for excerpts of the Penal Code of California concerning third strike rules.

² Se chapter 2.3.2 and ”Bilaga A” for excerpts of the Penal Code of California concerning so called wobbler offences.

Also, a substantial number of Supreme Court cases were included in the court level of the American part of the essay, albeit its precedence has a supreme status as a legal source.

Furthering the comparative aspect, the essay describes Swedish penal theory out of a similar context; first the legal sources are outlined and what ideological considerations lay behind them, stating the typical Swedish approach of considering legislative history as a legal source as well as the role of humanitarian principles in the legislative process and level. Legal sources are directly cited and referred, and with reference to the works of some of Sweden's finest legal experts, are put in to an ideological context with regards to proportionality and penal theory. Existing legislations as well as future³ ones are discussed out of an ideological context, whether they reflect proportionality and penal theory in a coherent way or not.

On the court level, a selection of cases are presented concerning subjects reflecting (however not exclusively) the cases presented in the American part of the essay. These cases are thought not only to represent the measure of independent reasoning that can be applied by the Swedish court, but also to reflect some typically Swedish approaches and put the previously mentioned legislations into practical examples.

Conclusions are made primarily with respect to providing answers to what ideological reasoning respective jurisdiction or nation provide to rationalize their legislations, and in what primary aspects the both systems differ. There is also a separate, further aspect of the essay that I outline in the introduction, that concerns the questioning of present Swedish penal theory as it is generally perceived, out of a retributivist perspective and my own partaking in the discussion.

³ SOU 2012:34 *Nya påföljder*

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar proportionalitet och straffteori utifrån ett amerikanskt respektive ett svenskt perspektiv. Uppsatsen utgår från en indelning som typiskt görs för att indela straffrättsystemet⁴ och avhandlar amerikansk respektive svensk straffteori utifrån ett lagstiftnings- och ett domstolsperspektiv. Det bör understrykas att uppsatsen inte är någon komparation mellan rättsystemen, utan snarare en komparation av de bägge rättsystemens straffteorier och definition av proportionalitet.

Den för USA typiska straffteorin retributivism behandlas och sätts i ett ideologiskt sammanhang, och dess betydelse för modern amerikansk straffrätt utreds. Avseende den delen av uppsatsen som behandlar det amerikanska området har visst utrymme avsatts för att redogöra för den unika blandning av common law och civillag som landet utgör, och hur dess rättskällor interagerar och används. Därför har också de förekommande referatet från Supreme Court en dubbel roll såväl som överordnad rättskälla i lagstiftningsdelen, som relevans för domstolsperspektivet då de utgör landets högsta dömande instans.

Vidare presenteras för uppsatsen relevant innehåll ur den amerikanska konstitutionen och dess tillägg samt delstatlig lagtext.⁵

Sett till domstolsnivån utreder uppsatsen vilket utrymme domstolen har att självständigt resonera kring proportionalitet, och vilka faktorer som typiskt sett beaktas och prioriteras. En särskild del för varje rättsystem beskriver vilket utrymme domstolarna har att självständigt resonera kring proportionalitet och därtill knutna principer inom straffteorin.

⁴ Jfr avsnitt 2.1.1

⁵Jfr avsnitt 2.3.1, "third strike" samt avsnitt 2.3.2 om s.k "wobblers", som de förekommer i the Penal Code of California. För återgivning av kalifornisk lagtext jfr Bilaga A och B

För svensk del presenteras relevant lagtext i ett ideologiskt sammanhang, visst utrymme ges också att förklara svensk rättskällelära: Närmare bestämt doktrin och förarbetenas roll och varför detta är relevant ur ett straffteoretiskt sammanhang. Proportionaliteten definieras ur ett svenskt sammanhang, där särskilt tankarna och principerna om humanitet getts tyngd i såväl rättskällor som litteratur.

Då svensk straffteori inte är helt enhetlig ges exempel på där den divergerar och den nya påföljdsutredning som presenterats under 2012⁶ ger vidare bäring för att också andra tankar än de om humanitet har fäste hos lagstiftaren.

Vidare refereras rättsfall relevanta ur uppsatsens synvinkel, vilka speglar inte bara ett visst urval med hänsyn till de amerikanska referaten, men också det utrymme svensk domstol typiskt sett har att beakta tankarna om proportionalitet och resonera kring straffteori.

Uppsatsens slutsatser har främst dragits med hänsyn till uppsatsens komparativa aspekt att förklara hur respektive rättsystem motiverar sina skillnader i påföljdsval. Detta bygger främst på tillämpningen av olika straffteorier men också på vilka principer och tankar man vill prioritera för att definiera proportionaliteten. Det visar sig att sådana skillnader tydligen finns kring vilka olika slutsatser kan dras – som att prioritering av humanitetsprinciper kommer leda till lägre repression och kortare påföljder.

En av uppsatsens huvudsakliga slutsatser är därför att proportionalitet inte kan definieras ensamt, och att respektive rättsystem prioriterar olika värderingar för att komplettera denna definition. För amerikansk del torde tankarna om prevention vara särskilt tongivande.

Uppsatsen har en ytterligare aspekt, som är att presentera vissa argument för en retributiv diskussion i Sverige och svensk straffteori. Denna diskussion saknas i många relevanta avseenden, särskilt i den juridiska debatten.

⁶ SOU 2012:34 *Nya påföljder*

Förord

Det är först såhär i slutskedet av en utbildning man förstår vad den betyder. Juristrollen och jag har inte alltid kommit överens, och många gånger har det varit svårt att se målet på denna resa. Juristrollen är emellertid för mig något mer än en utbildning; juristrollen är samhällsdebattörens, politikerns, tjänstemannens och medborgarens röst.

Jag hoppas med denna uppsats kunna lämna ett, om än blygsamt, bidrag till den akademiska diskussionen och ett ämne som ligger mig nära hjärtat. Den huvudsakliga aspirationen för mig har alltid varit att utforska, ifrågasätta och förstå.

Jag vill med detta tacka:

Mina föräldrar, för att ni finns, utan er vore jag inget, jag är för alltid i skuld till er

Min fru Mai, för allt, för att du lyssnar och står ut med mig

Min handledare Christoffer Wong, för ovärderlig handledning och akademiskt stöd

Min syster Frida, för alla våra stunder och minnen tillsammans

Alla vänner, som bistått med intelligenta diskussioner och samtal

Alla framstående författare och jurister, vars verk jag refererat i denna uppsats

Vänligen

Johan Aspman

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
HD	Högsta domstolen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ff.	Följande sidor
HovR	Hovrätt
Ibid.	Ibidem, på samma sida
Jfr	Jämför, se vidare
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätt
U.S.	United States Reports

1 Inledning

*San Quentin, I hate every inch of you.
You've cut me and you've scarred me thru an' thru.
And I'll walk out a wiser, weaker man;
Mister Congressman, you can't understand
...
San Quentin, you've been living hell to me.⁷*

Mycket kan sägas och har redan sagts om straffrätt. I många avseenden är straffrätten en av de centrala aspekterna av vårt moderna samhälle; uppseendeväckande rättsfall och rättstillämpning ger svallvågor via media, skapar opinion, debatt och i förlängningen ny lagstiftning. Tillsammans med straffrätten kommer straffteorin, vilket innebär de bakomliggande ideologier som dikterar de generella villkoren för de materiella bestämmelserna.⁸

Straffteorier såsom de tillämpats i västvärlden de senaste decennierna tar i huvudsak sikte på att besvara följande frågor, vilket framgår av den debatt i området som uppsatsen ämnar presentera.

- Skall rättvisa vara det primära syftet med straffet?
- Är det primära syftet att andra ska avskräckas från att utföra samma gärning?
- Kan någon vara så hopplöst förlorad i brottslighet och ovilja att rätta sig i samhällets normer, att detta i sig bör utgöra skäl för ytterligare bestraffning?

På en internationell skala, löpande från hög repression med långa straff till låg repression med korta straff, bör Sverige snarast kunna placeras in under den senare kategorin. Blott genom ett fåtal kriminaliseringar sticker vi ut⁹ och

⁷ Delar av Johnny Cash – ”San Quentin”, i den lydelse den framfördes 1969 vid en konsert för de intagna på fängelset San Quentin i Kalifornien. Johnny Cash framförde också låten (med ”San Quentin” utbytt mot ”Österåker”) vid ett liknande framförande på Österåkeranstalten i Uppland 1973.

⁸ Jfr avsnitt 1.4 Metod och disposition för vidare förklaring av begreppet ”straffteori”.

⁹ Jfr avsnittet om narkotikabrott, 2.6.6.

också i ett europeiskt sammanhang är svenska påföljdsregler genomgående milda.¹⁰

Gällande det svenska medlemskapet i EU har viljan att harmonisera sin straffrätt med unionen har sammanfattningsvis varit svag när det kommit att stå mot intern nationell opinion.¹¹ De senaste årens trend med straffskärpning har emellertid svept över hela västvärlden, en förklaring ur mer teoretisk synvinkel kan vara betraktandet av behandlingsideologin som havererad samt växande brottslighet.

En utveckling i motsatt riktning framgår emellertid i och med faktumet att de mest tydliga rättspositivistiska teorierna och tankarna gått ur tiden och ersatts med mer moraliskt rotade sådana – grundade i rådande starka föreställningar om vissa okränkbara värden såsom konventionen om mänskliga rättigheter – har man sökt att begränsa alltför långtgående kriminaliseringar och straff.¹²

Jag önskar att läsaren behåller denna föreställning om motsatta riktningar inom straffteorin i sin tankevärld; om straffskärpningar å ena sidan, och en växande rättighetsdiskussion å andra sidan.¹³

Ett land i denna västvärld sticker ut i synnerhet och det är USA som trots sin lagstiftningsdelegerande federala struktur genomgått en sådan övergripande radikaliserings av sin straffrätt under de senaste 30 åren. Amerikansk doktrin beskriver det hela som en separat amerikansk utveckling, via längre fängelsestraff och återinförandet av dödsstraffet i flertalet delstater,¹⁴ till en sådan situation där man kan tala om amerikansk straffrättsideologi som något

¹⁰ Träskman, Per Ole, *Påföljd, proportionalitet och prioritering av samhällsstraff*, SvJT (2003) s. 173, s. 178-179

¹¹ Jfr avsnitt 2.6.2.

¹² Se vidare under avsnitt 2.6.

¹³ För en mera genomgående analys av detta fenomen ur ett amerikanskt perspektiv, jfr avsnitt 2.2. För svensk del existerar fenomenet mindre tydligt och straffskärpningar är ingen genomgående trend i svensk straffrätt, jfr avsnitt 2.6.4, 2.6.6. Däremot hittas en tydligare retorik för straffskärpningar i förarbetena, jfr avsnitt 2.6.10 om SOU 2012:34 *Nya påföljder*.

¹⁴ Whitman, James Q., *A Plea Against Retributivism*, Yale Faculty Scholarship Series, Paper 648, Yale (2004) s. 86

i väsentliga aspekter skild från övriga västvärldens straffrättsideologi.¹⁵

Denna unika utveckling har, gentemot många andra faktorer, genomdrivits med hjälp av tongivande företrädare för den så kallade retributivismen i det amerikanska rättssamhället.¹⁶

Denna uppsats har drivits av min idé, en tanke om en komparation av två samhällen med så många fysiska och materiella förutsättningar gemensamma. Redan här vill jag understryka uppsatsens strävan¹⁷ att skildra huvuddragen för straffteorierna och vilka värderingar de prioriterar; samt något om hur uppgifterna att utforma dessa teorier och principer delegerats i respektive rättsordning. Min ambition är därför att komparera proportionalitet – traditionellt ett rättesnöre för att definiera ett förhållande mellan den begångna gärningen och den påföljd, eller straff, som ådöms överträdaren; detta mellan Sverige och Amerikas Förenta Stater (USA).

Ett av uppsatsens ytterligare syften är att ifrågasätta svensk straffteori utifrån ett retributivistiskt perspektiv.¹⁸ I de fall retributivistiska tankegångar reflekteras i svensk straffrätt är de alldeles för lågmälda, och starkt områdesbegränsade.¹⁹

Som svensk jurist är man med största sannolikhet formad av många av de outtalade traditioner och normer som präglar den svenska rätten och samhället i stort. Många betraktar säkerligen amerikansk rätt, bombarderade som vi är av populärkultur från andra sidan Atlanten, med en förundrad skepsis och, efter en smula resonemang, kanske rentav med motstånd och upprördhet vid faktumet att dödsstraffet – såsom det används i USA – kan anses stridigt med de mänskliga rättigheternas föreskrift om rätten till liv;

¹⁵ Whitman (2004) s. 85

¹⁶ Se vidare avsnitt 2.2 och Whitman (2004) s. 85-86

¹⁷ Jfr avsnitt 1.4, Metod och disposition.

¹⁸ Jfr avsnitt 3.4.

¹⁹ Kring konkreta retributiva inslag i svensk rätt kan man blott spekulera. Retributiva inslag i den svenska rättsutvecklingen och författarna till den här uppsatsens svenska källmaterial (vilka torde höra till de främsta på straffteorins, kanske hela straffrättens område) lyser med sin frånvaro.

eller varför inte andra föreskrifter – såsom reglerna om ”third strike”,²⁰ obligatoriska fängelseuniformer (”orange jumpsuits”), eller galler för fönstren.²¹ Det blir hastigt väldigt tydligt att vi rör oss i en markant annorlunda del av straffrättens världskarta.

1.1 Syfte

Först något om uppsatsens perspektiv och djup. Uppsatsen rör sig medvetet på en sådan nivå, att ideologi kan beaktas och beröras på ett mera allmänt och deskriptivt plan. Syftet med detta är flerfaldigt: Dels att kunna dra sådana allmänna slutsatser om straffteori som kan innefatta diskussion om varför retributivism har ett svagt stöd i Sverige,²² men också för att ha det nödvändiga perspektiv som krävs för att kunna förstå straffrättens relation till lagstiftaren. Jurister som utgör rättstillämpningen i egenskap av t.ex. domare och författare är likväl bundna av politiskt tillkomna dokument; vare sig det är konstitutioner, lagtext eller förarbeten.²³

Med andra ord torde det ligga uppsatsen till nackdel, om den beaktade alltför djupgående aspekter ur doktrin eller teori överlag: Detta då det skulle ske på bekostnad av andra funktioner som utgör starkare krafter i tillkomsten av kriminalisering och straffteori.²⁴

Syftet med uppsatsen är vidare att, genom en komparation och analys av två motstående rättsordningars straffteorier,²⁵ utvärdera sådana aspekter av svensk straffrätt som innefattar resonemang som bygger på proportionalitetstanken och straffteori, samt vilka medel som används för att uppnå detta, på lagstiftningsnivå och domstolsnivå.

²⁰ Jfr. Avsnitt 2.4, särskilt rättsfallen *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980) och *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003)

²¹ Whitman (2004) s. 97

²² Jfr avsnitt 3.4.

²³ Också respektive nations maktdelningsprinciper skiljer sig och får effekt på detta allmänna plan: Jfr för amerikansk del avsnitten 2.2, 2.3, 3.1 & 3.2.1, samt för svensk del avsnitten 2.1, 2.6.1 – 2.6.4, 3.1 & 3.2.2.

²⁴ Många författare har i doktrin presenterat sinnrika lösningar eller problem som uppkommit i och med rådande lagstiftning; för att sedan se dessa kullkastade eller helt ignorerade i och med andra, högre gällande rättskällor. För svensk del gäller detta särskilt för förarbetena.

²⁵ Uppsatsen gör inget anspråk på att komparera själva rättssystemen. Jfr avsnitt 1.4.

Vidare syfte är att identifiera och granska sådana för olika straffteorier typiska markörer inom främst den svenska straffrätten och dra slutsatser om vilka implikationer detta kan ha för framtiden och framtida rättsutveckling.

1.2 Frågeställningar

Klart är att ämnet rör två i många avseenden unika rättskulturer med rent grundläggande skillnader mellan varandra. Det är emellertid min övertygelse att en sådan komparation i allt väsentligt kan låta sig utföras och att de juridiska slutsatser som kan dras blir talande och tydliga.

Jag har summerat följande frågeställningar i en punktlista; av relevans för uppsatsens framställning:

- Hur har det straffteoretiska begreppet proportionalitet kommit att definieras i respektive rättsordning?
- Står detta begrepp ensamt eller definieras det av andra principer?
- Genom vilka principer, och i vilken form, har principerna för proportionalitet kommit till uttryck?
- Vilka ideologiska strävanden och idéer har legat bakom?
- Vilka betydelser har dessa definitioner haft för framväxten av en modern straffrätt och respektive rättsordnings moderna definition av proportionalitet?

Genom redogörelserna av de ideologiska huvuddragen för dessa två straffrättsliga system ämnar jag hamna i en sådan slutsats som kan förklara vilka värderingar som prioriterats i respektive rättssystem, och vilka värderingar som givits mindre utrymme.

1.3 Material

Det skall sägas, att på ämnet råder det ingen brist på kvalitativ litteratur. En intressant uppgift har trots allt förelegat vid författandet av ämnet; en nybörjares hantering av den digra juridikkatt som amerikansk rätt utgör. Juristens främsta uppgift är emellertid att kunna navigera bland rättskällor, hitta det som är relevant och göra kunskapen till sin egen. Att läsa amerikanska rättsfall är, när de materiella intrycken från formalian lagt sig, inte någon större skillnad från svenska.

Gällande lagtext och praxis har min strävan varit att reflektera samma ämnesområde, i respektive rättssystem. Den påpasslige läsaren märker strax att antalet refererade fall från amerikanska Supreme Court är tvåsiffrigt;²⁶ refererade fall från HD knappt en handfull. Tanken här är att reflektera respektive rättsområdes särskilda utformning och rättskällelära: Prejudikat från Supreme Court gäller som lag i USA, liksom förarbeten och till viss del doktrin intar en särställning i Sverige. På samma sätt redogör uppsatsen för större områden av svensk lag än amerikansk (ett voluminöst bilageavsnitt till trots), på grund av Sveriges mer renodlade tillhörighet till civillagskategorin.

Amerikansk delstatslagstiftning, där den förekommer, är kalifornisk,²⁷ som vidare skäl för detta anför jag att det är den mest befolkade delstaten, med ett flertal utmärkta lärosäten för juridik, och en av de mest uppmärksammade hemvisterna för den så kallade ”third strike”-regeln,²⁸ påpassligt nog också fråga för ett av uppsatsens refererade mål i Supreme Court.²⁹

Ämnet råder heller inte brist på material. Insatta i ämnet känner till internationella namn såsom von Hirsch, Ashworth, Robinson, Duff och Dubber. För svensk del gäller Träskman, Borgeke, Jareborg, Asp och Victor.

²⁶ I valet av dessa rättsfall har jag tagit intryck av urvalet i nordamerikansk doktrin, främst Baker, jfr vidare avsnitt 2.4.

²⁷ Denna lagstiftning utgör Bilaga A respektive B och redogör för två typiska amerikanska och kaliforniska bestämmelser; reglerna om ”third strike” (jfr avsnitt 2.3.1 och Bilaga B) samt reglerna om s.k. ”wobblers” (jfr avsnitt 2.3.2 och Bilaga A).

²⁸ Jfr avsnitt 2.3.1.

²⁹ Jfr avsnitt 2.4.9, *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003)

Samtliga av dessa digniteter har bidragit med ett eller flera verk som använts vid författandet av denna uppsats. Somliga, såsom Jareborg, har vidrört ämnet på olika sätt vid olika tillfällen under årtiondenas gång; inte sällan har de påverkat rättsutvecklingen. Även andra, amerikanska jurister som Baker och Whitman har utgjort ovärderliga källor i sina översiktliga skildringar av typiskt amerikanska aspekter av straffteori och praktisk tillämpning.

1.4 Metod och disposition

Metodvalet har fallit på en blandad lösning; den komparativa metoden³⁰ har använts för att presentera fakta för att kunna dra slutsatser utifrån ett rättsvetenskapligt, granskande perspektiv – det vill säga den s.k. juridiska metoden.

Jag vill här understryka med kraft att detta inte rör sig om en komparation mellan rättssystem, utan en komparation mellan straffteorier. Dessa båda rättssystem uppställer många materiella olikheter, vilka jag menar överbyggs av de straffteoretiska aspekterna.

Uppsatsen bygger på en trefaldig klassifikation av straffrättssystemet som är etablerad i juridisk doktrin. Av dessa tre nivåer har uppsatsens ämne kommit att innefatta de första två – lagstiftningsnivån och domstolsnivån.³¹

Utifrån dessa två nivåer behandlas det amerikanska respektive det svenska straffrättssystemet ur relevanta synvinklar.

Vidare existerar uppsatsens komparativa element snarast för att belägga de skillnader, möjligheter och framtida vägsål svensk rätt kan stå vid om man

³⁰ Jfr Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2003

³¹ För utförlig beskrivning av dessa nivåer och hänvisningar till doktrin - jfr avsnitt 2.1.1.

väljer att alternera, eller tillskriva sig andra teoretiska eller ideologiska modeller för tillämpningen av straffrätten än vad man gör idag.³²

Flertalet avsnitt i avhandlingsdelen³³ avslutas med sammanfattande analytiska avsnitt där avsnitten sammanfattas. Detta bör läsas som ett komplement till slutsatserna i avsnitt 3 och en ambition att sammanfatta lyfta fram essensen ur respektive avsnitt.

Något bör också sägas om viss terminologi och begreppsdefinition. Med begreppet ”straffteori” förstås ”föreställningar om varför och hur straff skall användas.”³⁴ I uppsatsen förekommer emellertid också begrepp som ”straffideologi”, vilket kan sägas ha en liknande betydelse men användningen av ordet ”ideologi” indikerar i huvudsak övertygelser och ställningstaganden.³⁵ Emellertid torde uttrycken kunna användas utbytbart sinsemellan (tillämpningen av en viss straffteori tyder ju på ett visst ideologiskt ställningstagande och vice versa).

Den amerikanska Supreme Court vållar en viss klassifikationsproblematik,³⁶ under den förutsättningen att det är rättsordningar som kompareras. Eftersom så inte är fallet, har jag valt att låta Supreme Court klassificeras under domstolsnivån: Detta för att skapa en någorlunda likformig struktur mellan de amerikanska och svenska delarna i uppsatsen och leda till bättre och mer sammanhållna resonemang. I allt relevant torde det också sakna effektiv betydelse för uppsatsens ämne. Läsaren bör dock hålla i åtanke Supreme Courts överordnade roll som rättskälla.

³² Jfr avsnitt 2.6.9-2.6.10 ff. för förekomsten av olika skäl till proportionalitetsbedömningar i Svensk straffteori (allmän- respektive individualpreventiva).

³³ Jfr särskilt avsnitten 2.5 och 2.7.

³⁴ Victor, Dag, *Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem*, SvJT (1999) s. 132, s. 136

³⁵ Träskman (2003) s. 183

³⁶ Problemet gäller huruvida Supreme Court ska placeras på lagstifnings- eller domstolsnivå. Jfr avsnitt 2.2, 2.3, 2.5 & 2.6.1 för utförligare beskrivning av Supreme Court och dess befogenheter och roll i den amerikanska rättsordningen och rättskälleläran.

1.5 Avgränsning

Uppsatsens tydligaste och främsta avgränsning är till proportionalitetsresonemangets användning och dess betydelse på det straffrättsrättsliga området; hur detta aktualiseras i straffteori och resonemang om huruvida en påföljd skall stå i proportion till den begångna gärningen. Ämnet kommer vidare vara avgränsat till att beröra de områden av proportionalitet som avser lagstiftningsnivån och domstolsnivån, och det historiska perspektiv som anläggs i t.ex. den amerikanska delen är begränsat till att förklara den amerikanska proportionaliteten i sitt sammanhang. Motsvarande svenska sammanhang har ersatts med fylligare redogörelse för gällande rätt då Sverige inte tillämpar en sådan prejudikatlära som man använder i USA;³⁷ ett historiskt perspektiv för den svenska delen saknar därför motsvarande relevans. Däremot har jag i urval presenterat svenska rättsfall på områden som motsvarar de som använts för att definiera proportionalitet på det amerikanska området.

I de fall ideologiska eller teoretiska idéer behandlas har jag försökt att filtrera dem med hänsyn till uppsatsens frågeställning och syfte; redogörelser för hur retributivistiska eller allmänpreventiva tankegångar sprungit ur respektive delstats, lands eller regions rättskultur och historia må vara intressant men kan inte inkluderas i denna uppsats omfång.

För de komparativa avsnitten i boken har använts den komparativa metoden.³⁸ Det skall tilläggas att komparationen inte är ett egensyfte i uppsatsen, utan att jag därmed önskar blottlägga sådana straffideologiska frågor avseende proportionalitet (i synnerhet för svensk del) som uppkommer. En slutgiltig avgränsning är så att uppsatsens komparativa syfte snarast är att utvärdera relevanta delar av den svenska straffteorin snarare än en ren jämförelse: Jag menar att en diskussion som ifrågasätter rådande svenska straffteori saknas eller åtminstone är svag i doktrinen – särskilt utifrån sådana perspektiv som är jämförbara med de amerikanska motsvarigheterna.

³⁷ Jfr Metod och disposition i avsnitt 1.4.

³⁸ Jfr, Bogdan (2003), s. 22 ff.

Jag har vidare försökt, med vägledning från doktrin, att identifiera typiska markörer för respektive rättsordnings särdrag och vilka konsekvenser detta inneburit i realiteten. Detta har sammanfattats för de två rättsområdena med genomgångar för respektive lagstiftningsnivå och domstolsnivå; i den utsträckning de gått att särskilja. Som läsaren kommer upptäcka utgör t.ex. det amerikanska systemet en betydligt mer integrerad lösning av dessa två nivåer som har alldeles egna implikationer för förhärskande ideologiska bakgrunder.

2 Avhandling

2.1 Grundläggande förutsättningar för västerländsk straffrättsideologi

Dagens straffteorier har en lång historia, med olika ideologisk bakgrund. Vissa har uttrangerats och existerar blott som spår, medan andra har modifierats eller integrerats i nyare tankegångar. Exempel på en tongivande sådan ”utrangerad” teori är den så kallade talionsprincipen, byggd på den Mosaiska lagen ”öga för öga, tand för tand” som syftade till att den skada som tillförts någon skulle vedergällas på samma vis. Denna princip brukar benämnas som typexempel på en av de så kallade absoluta straffteorierna, där varje brottslig gärning har en, på förhand definierad, påföljd.³⁹ Dessa absoluta straffteorier har i moderna rättssamhällen kommit att ersättas av de relativa straffteorierna, där kriminaliseringar, gärningars svårhet och påföljder bedöms i relation till varandra och andra redan straffbelagda gärningar.⁴⁰ Vidare har också de relativa straffteorierna kommit att uppställa sådana syften för kriminalisering, som vanligtvis brukar vara individual- och allmänprevention.⁴¹

2.1.1 Västerländsk straffteori och proportionalitet som princip

Vissa begrepp kring straffteori och proportionalitet är av en mera generell art och kan betraktas som universella för de västerländska rättsordningarna. Proportionalitetsprincipen innebär i sammanfattning att det utdömda straffet bör reflektera den begångna, brottsliga gärningens svårhet.⁴²

³⁹ För utförligare beskrivning av absoluta straffteorier, se vidare nästkommande avsnitt 2.1.1.

⁴⁰ För utförligare beskrivning av relativa straffteorier, se vidare nästkommande avsnitt, 2.1.1.

⁴¹ Jareborg, Nils *Vilken sorts straffrätt vill vi ha? Om defensiv och offensiv straffrättspolitik*, artikel ur antologin *Varning för straff – Om vådan av den nyttiga straffrätten*, Victor, Dag (red), Norstedts Juridik, Stockholm (1995) s. 24

⁴² Borgeke, Martin *Att bestämma påföljd för brott*, uppl. 2:1, Norstedts Juridik, Stockholm (2012), s. 32

Detta ger emellertid ingen vägledning ifråga om vilken typ av påföljder eller ”straffteori” som man väljer att applicera. Huvudsakligen skiljer man på absoluta och relativa straffteorier. Absolut straffteori grundar sig på vedergällning eller försoning, och de relativa straffteorierna på allmän- och individualprevention.⁴³

Proportionalitet kan också delas in i två – absolut (kardinal) och relativ (ordinal). Den i Storbritannien verksamme juristen Andrew von Hirsch understryker vikten av en indelning mellan dessa två aspekter av proportionalitet och har vunnit stort gensvar för detta i västerländsk straffteori.⁴⁴

En absolut proportionalitet bygger på argument för att en viss brottstyp tilldelas en viss påföljd, och är att betrakta som kulturellt relativ. En relativ proportionalitet är beroende av andra påföljder för att rangordnas och jämföras med dem – dvs. ett visst brott skall givas en påföljd i förhållande till andra påföljder, vars svårighetsgrad är graderad relativt.⁴⁵

Jareborg påpekar att proportionell (relativ) straffbestämning är systemintern, den går att likna vid betygsgraderingen i skolan. Det går inte på förhand att avgöra vilken av eleverna som skall få vilket betyg – det måste avgöras av deras prestationer (gärningar) och andra omständigheter.⁴⁶

Dagens västerländska straffrättsystem följer i regel en trefaldig indelning. Exempel på denna indelning hittar vi hos bland andra Jareborg.⁴⁷ Dessa tre steg bör, särskilt på en teoretisk nivå, hållas åtskilda för att lättare kunna förstå och identifiera de särskilda nivåerna: Detta då de innefattar myndigheternas olika straffrättsideologiska mål och syften i åtanke.

⁴³ Jareborg, ”Humanitet och straffbestämning”, *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, (2000), s. 437

⁴⁴ Jfr von Hirsch, Andrew, *Censure and Sanctions*, Oxford University Press, Oxford (1993) s. 17-19, 36-39

⁴⁵ Borgeke (2012) s. 32

⁴⁶ Jareborg (2000) s. 440

⁴⁷ Jareborg (1995) s. 25-27

De tre nivåerna avser:

1. Kriminalisering genom lagstiftning eller annan likvärdig funktion (*lagstiftningsnivå*)
2. Påföljdsbestämning genom att en brottslig gärning fastställts av domstol (*domstolsnivå*)
3. Verkställighet av en påföljd, vilket innefattar myndighetens arbetsätt i praktiken och för den enskilde dömde (*administrativ myndighetsnivå*)⁴⁸

Nivåerna tar på skiftande sätt sikte på att beivra brottslighet genom olika mer eller mindre uttalade syften. Vid en kriminalisering syftar lagstiftaren till att beskriva en viss handling som klandervärd och brottslig. Det primära syftet med kriminalisering är därför *allmänprevention*. Huruvida kriminalisering har en sant allmänpreventiv verkan är en omdiskuterad fråga och inte alls självklart. Jareborg påpekar t.ex. att även om en substantiell del av befolkningen alltid kommer avhålla sig från brottsliga handlingar just på grund av att de är brottsliga, kan det ifrågasättas om straffskärpningar verkligen har någon mätbar allmänpreventiv effekt.⁴⁹

På nästa nivå, domstolsnivån, blir det klart svårare att utkristallisera genomslaget av de olika teorierna. Jareborg understryker hur allmänpreventiva syften, såsom proportionalitetsprincipen där brottets svårhet vägs mot föreskriven påföljd skall beaktas, skall brytas mot vissa individualpreventiva faktorer såsom ändamålsenlig inkapacitering, behandling etc. Jareborg kan vidare inte utesluta ett visst mått av vedergällning, samt en egen önskan att individualpreventiva hänsyn bör lämnas till verkställighetsnivån.⁵⁰

Borgeke understryker att individualpreventiva tankegångar på domstolsnivån, sedan sin framväxt under andra halvan av 1900-talet, tryckts tillbaka till

⁴⁸ Jareborg (1995) s. 20-21

⁴⁹ Jareborg (1995) s. 21, 31

⁵⁰ Jareborg (1995) s. 21

förmån för allmänpreventiva överväganden. Domstolen skall utmäta straff huvudsakligen i proportion till den begångna gärningens brottslighet.⁵¹

Såväl Borgeke som Jareborg är överens om att allmänpreventiva resonemang inte har något utrymme på verkställighetsnivån. Här bör istället de individualpreventiva faktorerna kunna behandlas; dvs. de faktorer som rör individens lämplighet för behandlingsprogram, fallenhet för återfall i brottslighet etc. De individualpreventiva metodernas effektivitet har ifrågasatts, i synnerhet ”behandlingsmetoden”, där man kunnat konstatera att behandling som tvångsmedel inte har varit särskilt framgångsrikt.⁵² Andra individualpreventiva metoder har emellertid fortfarande relevans då utrymme ges för individuella hänsyn och humanitetsaspekter vid verkställandet av påföljder, inte sällan av avgörande relevans för den dömdes livsföring.

2.2 En introduktion till den amerikanska straffteorin och retributiv straffrättsideologi

Som nämndes i inledningen har USA, i det mått de samlade staterna utgör en, federal entitet, haft en särskild straffrättslig ideologi som på ett tydligt sätt influerat de senaste decenniernas utveckling. Denna kallas retributivismen och bör ägnas något utrymme för att beskrivas i sin allmänna karaktär. Först och främst bör, för de redogörelser som avser USA och de amerikanska staternas straffrätt, beaktas utifrån sin ideologiska kontext. Få andra politiska ideologier har haft något substantiellt genomslag i USA som liberalismen, av vilken variationer finns i överflöd och i stort har påverkat landets politiska klimat. Av de ideologer på liberalismens område som haft störst inverkan på utformningen av amerikansk straffrätt finns Immanuel Kants läror, samtida och av stor relevans för utformningen av den amerikanska konstitutionen. Detta märks främst i de kantianska resonemangen om att respektera varje

⁵¹Borgeke (2012) s. 31

⁵² Borgeke (2012) s. 28-29, 31

person som en egen individ med sina egna mål och planer, vars rättighet det är att inte kränkas, om än så för att förbättra för denne.⁵³

”Friheten bör inskränkas endast för att hindra överträdelser av frihet”.⁵⁴

Detta bör analyseras utifrån ett sådant sammanhang att utilitarismen, i huvudsak socialliberalism såsom vi känner den i ett svenskt sammanhang, motiverar och godkänner ingrepp hos den enskilde om det är till samhällets eller de flestas bästa.⁵⁵

Den som har erfarenhet av amerikansk rätt känner till att rättssystemet utgör ett komplext och inte helt statiskt rättssystem någonstans emellan common law-systemet och ett slags civilrättsligt system; en slags fusion med andra ord.⁵⁶

Författare som Dubber ifrågasätter huruvida delstaternas heterogenitet innebär om det över huvud taget finns någon ”amerikansk” straffrätt att tala om, och vilken särart bland västerländska rättssamhällen detta intar.⁵⁷

Jurister som Whitman menar emellertid att även om de senaste 30 åren måhända medfört omfattande påföljdsskärpningar på alla nivåer i USA, så har likväl ett omfattande reformarbete genomförts parallellt. Lika påföljd för lika gärningar och fler tidsbestämda straff är exempel på sådana reformer som fått effekt. Detta menar Whitman till stor del är till följd av att behandlingsideologin övergetts och straffrätten reformerats.⁵⁸

Som en fixstjärna för delstaternas autonoma rättsutveckling finns sedan det ambitiösa kodifikationsprojektet *Model Penal Code*, framställt av American Law Institute (ALI) första gången 1962. Detta ambitiösa projekt ledde till en

⁵³ Simmonds, Nigel E, *Juridiska principfrågor, rättvisa gällande rätt och rättigheter*, Norstedts Juridik, upplaga 1:10, Stockholm 2009 s. 35

⁵⁴ Ibid Simmonds (2009) s. 35

⁵⁵ Ibid Simmonds (2009) s. 35

⁵⁶ Observera att uppsatsen inte gäller en komparation eller uttömmande beskrivning av rättssystemen, utan snarare dess straffteorier. Jfr avsnitt 1.4.

⁵⁷ Dubber, *Philosophical Foundations of Criminal Law* (2011) s. 92

⁵⁸ Whitman (2004) s. 86-87

våg av straffrättsliga reformer under 60- och 70-talen⁵⁹, med influens av varierande grad från MPC. Den samling av 4000 domare, jurister och författare av amerikansk doktrin som utgör ALI är en icke-statlig organisation, och är inte heller den enda, men kan väl sägas vara den mest inflytelserika institutionen som påverkat de amerikanska staternas reformarbete sedan 1950-talet. Det brokiga lapptäcke av kodifieringar som utgör de amerikanska staternas delstatliga och federala straffrätt har sedan ALIs formering varit målet för en strävan att samordna, utveckla och vägleda den amerikanska straffrätten.⁶⁰ Den inofficiella kodifikation som MPC utgör, och ALIs arbete, har inneburit en vägledning (förvisso av auktoritet), men inte mer.⁶¹

Retributivismen ställer upp två huvudsakliga skäl för att ett särskilt straff skall utdömas: 1. Att den tilltalade befinns klandervärd ("blameworthy") för den begångna gärningen, samt 2. Att straffet befinns proportionellt i förhållande till den begångna klandervärda handlingen. Ett annat utmärkande huvuddrag för retributivismen är att syftet med straffet är att skipa rättvisa för den specifikt begångna överträdelsen.⁶²

Blumenson beskriver retributivismen genom att låta den jämföras med vad han kallar den andra huvudsakliga anledningen för rättfärdigande av straff: Utilitarismen, eller som den då kan kallas i straffrättsideologiskt sammanhang; konsekvensialismen. Dessa två straffrättsideologier står diametralt mot varandra på ett antal punkter, menar han, bland annat i hänseendet att retributivismen blickar bakåt, mot den begångna gärningen, och rättfärdigar straffet med hänsyn till att brottslingar förtjänar att lida ("suffer"), gentemot det utilitaristiska resonemanget att ett straff endast är rättfärdigat om det medför några sociala fördelar, såsom straffets preventiva och normförstärkande effekt.⁶³

⁵⁹ Robinson & Dubber, *An introduction to the Model Penal Code* (2007) s. 1

⁶⁰ Robinson & Dubber (2007) s. 1-2

⁶¹ Dubber (2011) s. 92

⁶² Blumenson, *Retributivism* (2012) s. 1

⁶³ Blumenson (2012) s. 1-2

Ett sådant resonemang, huruvida lagstiftaren väljer att blicka bakåt eller framåt för rättfärdigande av straffet, är en av de traditionella kategoriseringarna av de västerländska straffrätterna. Även om invändningar kan föras mot en sådan binär fördelning av denna myriad av straffrättsideologiska rättfärdiganden och principer, menar t.ex. Berman att man kan härleda den konsekvensialistiska traditionen till filosofer som Beccaria och Bentham, emedan retributivismen härleder sina grundtankar till Kant.⁶⁴

Whitman framhåller att han trots sin kritik gentemot retributivismen och dess dominerande ställning inom den amerikanska straffrätten, på intet sätt menar att lagstiftarna negligerat moraliska överväganden i sitt arbete, men att definitionen på proportionalitet tagit sig ett märkligt uttryck.⁶⁵

2.3 Särskilt om amerikansk proportionalitet på lagstiftningsnivån

Blumenson noterar vidare att inte heller retributivismen uppställer några särskilda, såsom han uttrycker det, ”ankarpunkter” (såsom talionprincipens fasta regel) avseende en definition på begreppet proportionalitet utan att det är en tolkning som växt fram ur en inte helt linjär utveckling.⁶⁶ En av de konstitutionella bestämmelserna som kommit att definiera proportionalitet i amerikansk rätt är därför det åttonde tillägget (”Amendment VIII”) till konstitutionen, som bland annat innehåller ett åläggande gentemot den federala regeringen att förbjuda bland annat ”cruel and unusual punishments”, vilken sedan 1868 också av Supreme Court med tvingande rätt ansetts omfatta delstaternas straffrättsliga bestämmelser i och med det fjortonde tillägget till konstitutionen.⁶⁷

⁶⁴Berman, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, (2011) s. 435

⁶⁵Whitman (2004) s. 88-89

⁶⁶Blumenson (2012) s. 3

⁶⁷ Amendment XIV har följande lydelse: ”...No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

USA uppställer alltså två rättskällor ovanför den delstatliga lagen; konstitutionen med sina tillägg, samt Supreme Court vars domar har ”äkta” prejudicerande verkan – dvs de gäller som lag. USA kan alltså sägas vara en fusion mellan de båda rättssystemen ”common law”, från Storbritannien, och civillag, från Kontinentaleuropa.

2.3.1 Exemplifiering av en typiskt amerikansk påföljd, ”third strike”-regeln

Använd som referens är den kaliforniska straffkoden, ”The Penal Code of California”, och dess bestämmelser om den så kallade ”third strike”-regeln (med informell hänvisning till en baseball-regel, ”three strikes and you’re out”), såsom den framgår av den Kaliforniska straffkodens sektioner 667 och 667.5.⁶⁸ Supreme Court godkände denna lagstiftning specifikt i och med fallet *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003).⁶⁹

Kalifornisk lag är formulerad enligt kodifieringstypen vilket innebär att den kaliforniska straffkoden innehåller mycket utförliga och detaljerade bestämmelser (läsare av kontinental civillag kommer känna igen sig). De två aktuella sektionerna i lagen innebär i korthet följande; sektion 667 i sin helhet möjliggör en rad ytterligare och strängare bestraffningspåföljder för återfallsförbrytare än ”third strike”, exempelvis en så kallad ”second strike” som innebär utdömmande av det dubbla straffet än vad som är föreskriven påföljd.⁷⁰ Emellertid måste, sedan en folkomröstning 2012, straffet vara en sådan specificerad ”serious⁷¹ or violent⁷² felony” för att man skall kunna kvalificera för reglerna om så kallad ”third strike”. Att bli dömd enligt denna regel innebär en fängelsedom på minst 25 år upp till livstid.⁷³

⁶⁸ Jfr återgivning i fulltext i bilaga B.

⁶⁹ Jfr avsnitt 2.4.9.

⁷⁰ Jfr the Penal Code of California section 667 (e) (1) (D)

⁷¹ Serious felonies framgår av en annan, särskild sektion, jfr The Penal Code of California section 1192.7. ff.

⁷² Jfr Section 667.5 (c), p. 1-23

⁷³ Detta beror på ett antal omständigheter. Jfr Section 667(e)(2)(C), minimistraffet bestäms av den största summan av (i) eller (ii). Regeln finns citerad på nästkommande sida.

Själva ”third strike”-regeln hittar vi i sektion 667 (e)(2)(C) med följande relevanta lydelse:

”if a defendant has

two or more prior serious and/or violent felony convictions as defined in subdivision (d)⁷⁴ that have been pled and proved, the term for the current felony conviction shall be an indeterminate term of life imprisonment with a minimum term of the indeterminate sentence calculated as the greatest of:

(i) Three times the term otherwise provided as punishment for each current felony conviction subsequent to the two or more prior serious and/or violent felony convictions.

(ii) Imprisonment in the state prison for 25 years.”

2.3.2 Undantag från den kaliforniska regeln om ”third strike”, så kallade ”wobblers”

I och med den kaliforniska straffkodens sektion 17⁷⁵ möjliggörs så kallade ”wobblers”. I korthet innebär detta att åklagare och domare ges möjligheten att sänka brottsrubriceringen från ”felony” (brott) till ”misdemeanor” (förseelse) och kan därmed innebära att en tilltalad undgår att kvalificera för reglerna om ”third strike”.⁷⁶

⁷⁴ (d) hänvisar till uppräkningsarna i section 667.5 och section 1192.7, dvs ”violent” respektive ”serious” felonies.

⁷⁵ Jfr återgivning i fulltext i Bilaga A.

⁷⁶ Gordon, Loren, ”Where To Commit a Crime if You Can Only Spare a Few Days To Serve the Time: The Constitutionality of California’s Wobbler Statutes as Applied in the State Today”, *Southwestern Law Review* 33, 2004, s. 497

Sektion 17 infördes ursprungligen i andra syften, däribland för att sänka belastningen av ”felony offences” på delstatens appellationsdomstolar,⁷⁷ men har sedan införandet av ”third strike”-regeln på 90-talet kommit att spela en helt annan, mycket dramatisk roll för delstatsdomstolarnas bedömning om en tilltalads gärning är att kvalificera som en ”wobbler” eller inte. Detta har lett till ett vitt svängrum för domstolarnas bedömningar i frågan⁷⁸ och har också aktualiserats hos Supreme Court, främst i rättsfallet *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003).⁷⁹

2.4 Amerikansk proportionalitet på domstolsnivå och vägledande rättsfall för amerikansk straffteori och proportionalitet

Som nämnt utgjorde det fjortonde tillägget till konstitutionen 1868 en av de första effektiva ansatserna att begränsa och definiera uttrycket proportionalitet i amerikansk straffrätt genom applikationen av åttonde tillägget även för de delstatliga jurisdiktionerna.⁸⁰ Dess inte helt linjära eller solklara utveckling har tillkommit genom en rad rättsfall hos Supreme Court.

Urvalet i detta avsnitt har delvis tillkommit med vägledning av Roozbeh (Rudy) B. Bakers artikel, *“Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment”*,⁸¹ men också med egna tillägg där så funnits befogat.⁸²

⁷⁷ Gordon (2004) s. 502

⁷⁸ Gordon (2004) s. 502-505

⁷⁹ Jfr avsnitt 2.4.9, *Ewing v. California* aktualiserade särskilt frågorna om Kaliforniens ”third strike”- regel samt reglerna om så kallade ”wobblers”.

⁸⁰ Jfr avsnitt 2.3.

⁸¹ Baker, *University of Miami Inter-American Law Review* 39,(2008) s. 485-490

⁸² Jfr avsnitt 1.4 gällande metod och disposition.

2.4.1 In re Kemmler, 136 U.S. 436 (1890)

Rättsfallet In re *Kemmler* berörde frågan huruvida delstaten New Yorks administration av dödlig elström som verkställighet av dödsstraff var förenlig med förbudet mot ”cruel and unusual punishment” i åttonde tillägget, vilket man fann att det inte var. Man tog emellertid några första steg mot att begränsa dödsstraffet, däribland genom att exemplifiera stegling, korsfästning, bränning på bål som sådana påföljder som faller inom åttonde tilläggets förbud.⁸³

Man formulerade även ett test för att kontrollera huruvida ett straff faller innanför det konstitutionella ramverket:

*”Punishments are cruel when they involve torture or a lingering death; but the punishment of death is not cruel within the meaning of that word as used in the Constitution.”*⁸⁴

2.4.2 Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910)

Gällande fängelsedomar kom *Weems v. United States* att spela viss roll. Saken gällde en amerikansk tjänsteman på Filippinerna (som då tillhörde USA som styrdes som ett samväld) som fälldes för penningbedrägeri (å 616 filippinska pesos) gentemot den federala regeringen och ådömdes för detta att böta 4000 filippinska pesos samt 15 års fängelse inkluderande straffarbete, kedjning och ständig övervakning, samt fråntog honom också efter dess verkställande vissa civila rättigheter.⁸⁵ Supreme Court fann att påföljden var i strid mot åttonde och fjortonde tilläggets förbud mot ”cruel and unjust punishment”, och att den regel som föreskrev detta straff skulle vara utan rättslig verkan.⁸⁶

⁸³ In re *Kemmler* vid s. 446

⁸⁴ In re *Kemmler* vid s. 447

⁸⁵ *Weems v. United States* vid s. 351

⁸⁶ *Weems v. United States* vid s. 357

2.4.3 **Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962)**

I *Robinson v. California* hade en man dömts till fängelse för en kalifornisk bestämmelse som föreskrev beroende till narkotiska preparat som brottslig förseelse (misdemeanor). Mannen uppvisade för drogmissbruk typiska märken på armarna vid visitation av en poliskonstapel och erkände därpå att denne var beroende av droger.⁸⁷ Med detta som grund dömdes han för brott mot den dåvarande ”Statute 11721 of the California Health and Safety Code” till fängelse i 90 dagar.⁸⁸

Supreme Court fann att bestämmelser, som generellt gjorde det brottsligt att vara sinnessjuk, sjuk i lepra eller en ha sexuellt överförbar sjukdom⁸⁹ utom tvivel skulle falla inom åttonde och fjortonde tilläggens förbud. Att drogberoende också var en sjukdom fann man i fallet styrkt, en sjukdom man kunde ådra sig på ett oskyldigt eller ofrivilligt sätt. Även om just själva påföljden, 90 dagars fängelse, inte i sig var okonstitutionell, var själva omständigheterna i fallet sådana att straffbeläggandet för att vara drogberoende befanns vara i strid mot åttonde och fjortonde tilläggens förbud mot ”cruel and unjust punishment”.⁹⁰

2.4.4 **Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977)**

Gällande dödsstraffets restriktiva användning var omständigheterna sådana i *Coker v. Georgia*, att en person dömd för ett flertal grova våldsbrott (däribland mord, våldtäkt, väpnat rån m.m.) flydde från det fängelse i Georgia där han avtjänade sitt straff. Emedan han befann sig på fri fot begick han under kort tid i ett samlat händelseförlopp bestående av såväl väpnat rån som kidnappning och våldtäkt. För punkten våldtäkt dömdes han av staten Georgia till dödsstraff, vilket medgavs av delstatens lag.⁹¹

Supreme Court uppställde vid sin dom ett flertal punkter, genom vilka de önskade belysa på vilket sätt domen inte var förenlig med åttonde och

⁸⁷ *Robinson v. California* vid s. 662

⁸⁸ *Robinson v. California* vid s. 661

⁸⁹ *Robinson v. California* vid s. 667

⁹⁰ *Robinson v. California* vid s. 668

⁹¹ *Coker v. Georgia* vid s. 588

fjortonde tilläggs förbud. De uppställda punkterna redogjorde bland annat för att åttonde tillägget inte bara avsåg ”barbariska” straff utan också sådana påföljder som utgör ”överdriven bestraffning”. Som sådan kvalificerades påföljder som 1) ...”Inte står i mätbar proportion till den begångna gärningen och därför utgör utdömandet av meningslös smärta och lidande” samt 2) ...”Är grovt oproportionerligt till det begångna brottets art och allvarighet”.⁹² Detta belades med ytterligare vikt då Georgia vid tidpunkten var den enda staten i USA som hade en sådan bestämmelse som medgav dödsstraff för våldtäkt med en vuxen kvinna som offer⁹³ samt att delstaten varit mycket restriktiv med utdömandet av detta straff.⁹⁴

Vidare fann Supreme Court att rätten visserligen med rätta befunnit de tidigare grova brotten som försvårande omständigheter, men att detta jämväl inte kunde rättfärdiga dödsstraffet som påföljd för den ifrågavarande gärningen (våldtäkt). Supreme Court framhöll vidare att delstaten inte ådömde dödsstraffet som påföljd för det väpnade rånet (vilket hade varit möjligt) utan specifikt för våldtäkten. Slutligen argumenterade Supreme Court att delstaten Georgias lag förutsatte försvårande (”aggravating”) omständigheter även vid uppsåtligt mord, vilket man menade starkt argumenterade emot att en våldtäktsman som inte tar sitt offers liv borde straffas hårdare än den uppsåtliga mördaren där försvårande omständigheter saknas.⁹⁵

Supreme Court fann därför påföljden vara grovt oproportionerlig och utgörande överdriven bestraffning och därmed i strid med åttonde tilläggets förbud. Det bör tilläggas att två dissiderande domare ansåg dödsstraffet vara helt emot åttonde och fjortonde tilläggs förbud.⁹⁶

⁹² *Coker v. Georgia* vid s. 585 p. (a)

⁹³ Dylika könsspecifika benämningar var och är norm i de Amerikanska delstaternas sexualbrottslagstiftningar.

⁹⁴ *Coker v. Georgia* vid s. 585

⁹⁵ *Coker v. Georgia* vid s. 586

⁹⁶ *Coker v. Georgia* vid s. 587

2.4.5 Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980)

Saken gällde en man som vid två separata tillfällen dömts av domstolar i Texas för bedrägeri av brottslig grad⁹⁷ ("felony offence") till fängelse för att ha lurat till sig varor eller tjänster för 80 dollar samt 28.36 dollar för att ha använt en falsk check. När han så efter avtjänat straff vid ett tredje tillfälle befanns skyldig för stöld ("felony theft") genom att ha vägrat betala 120.75 dollar för en utförd tjänst dömdes han till livstids fängelse (med möjlighet till villkorlig frigivning efter 12 års avtjänat straff) i enlighet med delstatens lag om "three strikes" för att straffa mängdförbrytare.⁹⁸

Supreme Court fann att delstaten Texas som ett uttryck för en samhällelig vilja infört en sådan lag inte bara till syfte att straffa brottslingar, utan specifikt de brottslingar som vägrat anpassa sig till samhällets normer och därför begått upprepade brott, som dömer dem enligt en "three strikes"-princip till livstids fängelse, med möjlighet för delstaten att besluta om villkorlig frigivning.⁹⁹ Supreme Court medgav sannolikheten för att den dömde, genom att diskvalificera sig för villkorlig frigivning, teoretiskt skulle komma att avtjäna resten av sitt liv i fängelse men att en sådan regel var acceptabel.¹⁰⁰ Supreme Court fann att det utdömda straffet inte utgjorde en sådan grovt oproportionerlig påföljd som Rummel åberopat enligt åttonde tillägget och att det stod delstaten Texas fritt att definiera sina gränsdragningar för sådana gärningar som stöld och snatteri. Supreme Court fastställde därför delstatens dom.

2.4.6 Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983)

Det skulle emellertid dröja mer än ett halvt sekel efter fallet *Weems v. United States* innan Supreme Court definierade mer materiella principer avseende proportionalitet kring fängelsestraffens längd. I *Solem v. Helm* gällde frågan en man som i delstaten South Dakota ådömdes livstids fängelse utan

⁹⁷ Lagen inkluderade också separat kriminalisering av bedrägeri om mindre penningbelopp som en förseelse ("misdemeanor").

⁹⁸ *Rummel v. Estelle* vid s. 264

⁹⁹ *Ibid. Rummel v. Estelle* vid s. 264

¹⁰⁰ *Ibid. Rummel v. Estelle* vid s. 264

möjlighet till villkorlig frigivning för bedrägeri genom användandet av en ogiltig penningcheck á 100 dollar. Till saken hörde att mannen hade sex tidigare fällande domar för icke-våldsamma (av relevans för den sammanvägda bedömningen) brottsliga gärningar (felony offences)¹⁰¹ bakom sig, vilken enligt delstatlig lag kvalificerade en person för denna bestämmelse om livstids fängelse.¹⁰²

Supreme Court menade att delstaten felaktigt resonerat att principerna om proportionalitet såsom de utformats utifrån åttonde och fjortonde tilläggen inte omfattade fängelsedomar för brottsliga gärningar ("felony offences"), och att principen inte på något sätt kunde utläsas till att omfatta ett sådant undantag.¹⁰³

Supreme Court gick ytterligare steg och formulerade en regel i tre steg som skulle vara vägledande för domstolarna i sin proportionalitetsbedömning: "In sum, a court's proportionality analysis under the Eighth Amendment should be guided by objective criteria, including (i) the gravity of the offense and the harshness of the penalty; (ii) the sentences imposed on other criminals in the same jurisdiction; and (iii) the sentences imposed for commission of the same crime in other jurisdictions."¹⁰⁴

Supreme Court resonerade vidare så att påföljden för dessa brott, inte kunde motsvara de svåra brott som livstids fängelse utan möjlighet till villkorlig frigivning i regel motsvarade. Domen blev således att påföljden föll inom åttonde tilläggets förbud mot "cruel and unjust punishment".¹⁰⁵

Detta var emellertid ett av de så kallade 5-4 avgörandena, dvs. där en alldeles knapp majoritet domare avgjorde frågan. De dissiderande domarna anförde bland annat utfallet i *Rummel v. Estelle* som grund för att ett sådant

¹⁰¹ En "felony offence" är i huvudsak sådana brott som kan rendera fängelse. Jfr "misdemeanor"; förseelse, som i regel renderar bötesbelopp. Denna klassificering varierar från delstat till delstat men jfr 2.3.1 om kaliforniska "violent felonies". Fram till 2012 gällde kalifornisk "third strike" alla "felonies", jfr avsnitt 2.4.9 *Ewing v. California*.

¹⁰² *Solem v. Helm* vid s. 282

¹⁰³ *Solem v. Helm* vid s. 290

¹⁰⁴ *Solem v. Helm* vid s. 293

¹⁰⁵ *Solem v. Helm* vid s. 279

resonemang som förts i fallet *Solem v. Helm* inte var rimligt; vid en jämförelse av fallen föreföll rentav Rummel gjort sig skyldig till jämförelsevis färre och mindre omfattande förseelser varför man inte kunde ställa sig bakom denna relativa helomvändning¹⁰⁶.

2.4.7 Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991)

Det dröjde ett knappt decennium innan praxis skulle ställas på ända igen. I detta fall gällde saken *Harmelin* som hade dömts för innehav av mer än 650 gram kokain, för vilket delstaten Michigan enligt gällande lag dömde Harmelin till livstids fängelse utan möjlighet till villkorlig frigivning. Det tydligaste resonemanget man förde här (återigen med minsta möjliga majoritet)¹⁰⁷ var att man tog avsteg från en så totalt uttalad proportionalitetsprincip som i *Solem v. Helm*, genom att man definierade förevarande brott som särskilt grovt och att omständigheterna i *Solem v. Helm* därför inte kunde anses jämförbara.

Supreme Court tog dessutom ett avgörande avsteg från att utläsa en strikt proportionalitet i åttonde tilläggets förbud, och valde att 'bara' utläsa ett förbud mot straff som är grovt oproportionerliga mot den begångna gärningen:

”Finally the Eighth Amendment does not require strict proportionality between crime and sentence, but rather forbids only extreme sentences that are grossly disproportionate to the crime”.¹⁰⁸

Därför, menade Supreme Court, kunde rätten i fall som avsåg *Harmelin*, endast behöva beakta det första steget av den trestegstrappa man formulerat i *Solem v. Helm*, och vid konstaterandet att brottet varit av sådan allvarlig art (bland vilket man klassificerade en sådan mängd kokain), inte kunde röra sig om en sådan grov oproportionalitet mellan den begångna gärningen och det

¹⁰⁶ *Solem v. Helm* vid s. 306-307

¹⁰⁷ *Harmelin v. Michigan* vid s. 961

¹⁰⁸ *Harmelin v. Michigan* vid s. 960

utdömda straffet som krävs för att det ska vara fråga om ”cruel and unjust punishment”.¹⁰⁹

Författare som Baker framhåller att rättsfallet inte gett någon större klarhet i frågan vad som är att definiera som grov eller allvarlig brottslighet och inte, samt att det modifierade Solem-test som uppkom i och med fallet *Harmelin* gett upphov till en mängd definitioner på vad som är att beskriva som ”grov brottslighet”.¹¹⁰

2.4.8 Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002)

Då praxis förekommer i denna uppsats i urval, kan det aktuella rättsläget i vissa frågor rörande proportionalitet vara det enklaste sättet för att sammanfatta och förklara ifrågavarande område. Fallet Atkins rörde en särskilt kontroversiell och komplicerad punkt, nämligen mental tillräknelighet och i vilken utsträckning åttonde tillägget medger bestraffning av utvecklingsstörda (bokstavligen ”efterblivna”, jfr ”mentally retarded”) som ändå kvalificerar för straffrättsligt ansvar.¹¹¹ Praxis i utgångsläget var sådant enligt fallet *Penry v. Lynaugh*¹¹², att personer som endast har en lättare utvecklingsstörning (”mild retardation”) kan och bör dömas som alla andra, och därför kan kvalificeras för dödsstraffet, om den åtalade uppvisar en sådan ”förmåga till resonemang” (reasoning ability”) som där fastställdes.¹¹³

Supreme Court beslöt att åter pröva frågan kring ”mental retardation” och dessas ansvar i fallet Atkins. Frågan aktualiserades när en psykolog under sitt vittnesmål förkunnade att denne, vid bedömandet av ett samlat underlag, kunde gradera Atkins till 59 på en IQ-skala. Detta är enligt amerikansk standard att gradera som ”mentally retarded”, men hindrade inte domstolen i delstaten Virginia från att döma Atkins till döden för rån, bortförande och mord på en flygvapenanställd i Arlington.

¹⁰⁹ *Harmelin v. Michigan* vid s. 960-961

¹¹⁰ Baker (2008) s. 489-490

¹¹¹ *Atkins v. Virginia* vid s. 5-17

¹¹² *Penry v. Lynaugh* 492 U.S 302

¹¹³ *Penry v. Lynaugh* vid s. 301-306

Rätten menade i fallet att även om de flesta stater har en omfattande lagstiftning och praxis som undantar utvecklingsstörda från de svåraste straffen och påföljderna, vilken växt fram under 90-talet, så är en sådan bedömning många gånger långt ifrån självklar (i detta fall vidhöll delstaten att Atkins var tillräknelig och normalbegåvad). Supreme Court menade emellertid att en sådan nationell konsensus växt fram under de senaste åren, att man inte dömde dessa gränsfall till de strängaste straffen, såsom dödsstraffet.¹¹⁴

I en lång och sirligt konstruerad dom, som bland annat tar vägen från kolonial common law via retributivismens syfte med straff och resonemang kring ”just deserts” (svårligen översatt, närmast kommer man kanske med ”det man rätteligen förtjänar”) till lejonparten av den praxis som berörts i detta avsnitt; landar Supreme Court i en slutsats att det åttonde tillägget skall utläsas ur ett sammanhang som reflekterar samhällets framväxande grad av värdighet (”evolving standards of decency”), och att dödsstraffet därför är att anse som förbjudet som straff även för de ”mentalt efterblivna”.¹¹⁵

2.4.9 Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003)

Fallet gällde en man i delstaten Kalifornien som, under villkorlig frigivning, begick grov stöld (”grand theft”) och därpå dömdes under delstaten Kaliforniens ”three strikes”-regel för tre eller flera brottsliga gärningar (felony crimes) till fängelse i 25 år till livstid (villkorsprövning möjlig först efter 25 år).

Sedan Supreme Court tog upp delstaten Texas regler om s.k. ”Three strikes” i fallet *Rummel v. Estelle*¹¹⁶ svepte en våg av sådan lagstiftning över många amerikanska stater, däribland Kalifornien som införde regeln 1994.¹¹⁷

¹¹⁴ *Atkins v. Virginia* vid s. 304

¹¹⁵ *Atkins v. Virginia* vid s. 4

¹¹⁶ *Rummel v. Estelle* 445 U.S. 263 (1980) jfr avsnitt 2.3.5.

¹¹⁷ *Ewing v. California* vid s. 12

Fallet aktualiserade ett flertal av de frågor vi stöter på i tidigare praxis, och en sådan slutsats bör kunna dras att Supreme Court befäste det försiktiga tolkningsutrymme kring proportion man tidigare fastställt. Fallets huvudsakliga punkter var dessa:

1. Hade någon sådan omständighet förelegat i fallet, eller omständighet i övrigt, som föranlett rätten att omvärdera sin ståndpunkt från *Harmelin v. Michigan*¹¹⁸ (dvs kunde det smala utrymmet för proportionalitet som uttolkades i nämnda fall, vara applicerbart här)? Förelåg det i detta fall sådana omständigheter för straffet i förhållande till gärningen som kunde avses med begreppet ”grov oproportionalitet”?¹¹⁹

För det första fann inte Supreme Court att det förelåg några sådana omständigheter som föranledde en annan bedömning än den vägen man slagit in på tidigare; den proportionalitet som existerar att utläsa ur åttonde tillägget är smal och gäller endast brott som ej kan bestraffas med dödsstraff (”noncapital offences”).¹²⁰ Ett särskilt stycke ur domen av domare Scalia (tillhörande majoriteten) tillade särskilt att fallet *Solem v. Helm* inte kan ges prejudicerande effekt med sin uttalade proportionalitetsprincip.¹²¹

Vad gällde frågan om just Ewing varit föremål för en grovt oproportionerlig påföljd (i enlighet med den modifierade Solem-modellens första steg enligt fallet Harmelin) fastställdes att brottet i sig själv inte var ringa utan snarare av grövre art även om det hade bedömts för sig själv. Vidare konstaterades det också att delstaten Kalifornien har en särskild ventil för sådana gränsfall (”wobblers”) där en möjlig ”third strike”- förbrytare får sin åtalspunkt justerad från brott (”felony”) till förseelse (”misdemeanor”) i syfte att undkomma en livstidsdom.¹²² Supreme Court menade att de delstatliga instanserna gjort en korrekt bedömning och att Ewings fall, med ett flertal tidigare domar och nio separata fängelsevistelser (och de flesta av sina brott

¹¹⁸ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S 967 (1991), jfr avsnitt 2.3.7

¹¹⁹ *Ewing v. California* vid s. 8-11

¹²⁰ *Ibid. Ewing v. California* vid s. 8-11

¹²¹ *Ewing v. California* vid s. 1-2

¹²² *Ewing v. California* vid s. 15-18. Jfr även avsnitt 2.3.1 och 2.3.2 om Kalifornisk ”Third strike” samt reglerna om ”wobblers”.

begångna under verkställandet av villkorligt frisläppande eller skyddstillsyn) inte utgjorde sådana omständigheter som kunde ifrågasätta delstatens dom.¹²³

2. Supreme Court tog också upp och avgjorde frågan kring huruvida delstater, som Kalifornien, över huvud taget kan applicera sådana teoretiska modeller som ”third strike”-regeln ger uttryck för som straff; dvs att de återfallsförbrytare som begår tillräckligt grova gärningar tillräckligt många gånger blir inlåsta under livstid eller flera decennier – för samhällets bästa. Supreme Court påpekade än en gång sin ovilja att inskränka delstaternas egna lagstiftande suveränitet och ståndpunkten sammanfattas bäst i följande citat:

” Recidivism (“återfallsförbrytelse”) has long been recognized as a legitimate basis for increased punishment and is a serious public safety concern in California and the Nation. Any criticism of the law is appropriately directed at the legislature, which is primarily responsible for making the policy choices underlying any criminal sentencing scheme.”¹²⁴

2.4.10 Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)

Avseende en annan aspekt av den amerikanska proportionalitetsprincipen hittar vi utdömandet av stränga straff för förövare som varit omyndiga vid gärningens genomförande, däribland dödsstraffet. I fallet *Roper v. Simmons* kom detta att prövas mot åttonde och fjortonde tilläggens förbud.

Också här rör det sig om att definiera rättsläget i ett federalt gränsland. USA använder sig av ett system där en reell lägsta ålder för straffrättsligt ansvar saknas; istället använder man sig av s.k. Juvenile Courts som likt Sveriges system för hantering av unga lagöverträdare syftar till rehabilitering och återintegrering i samhället. Samtliga stater har en, om än varierande, lägsta ålder för vilken förbrytare kan prövas straffrättsligt som vuxna. Innan fallet

¹²³ Ibid. *Ewing v. California* vid s. 15-18

¹²⁴ *Ewing v. California* vid s. 11-15

Roper fanns också en möjlighet att döma minderåriga (16-17 år) till dödsstraff enligt delstatlig lag. I rättsfallet *Stanford v. Kentucky*¹²⁵ fann Supreme Court att åttonde tilläggets förbud inte omfattade förbrytare i åldersklassen äldre än 15 år men yngre än 18, och medgav alltså att dessa var tillgängliga också för verkställandet av dödsstraffet.

En sådan utveckling hade emellertid växt fram under tiden till fallet *Simmons*, med hänvisning till de 30 delstater som förbjudit dödsstraffet för dömda förbrytare under 18 år¹²⁶, att delstaten Missouri vid utdömandet av straffet dömde till livstids fängelse utan möjlighet till tidsbestämning eller villkorlig frigivning (med undantag för guvernörens rättshandlingsförmåga, däribland nåd m.m.)¹²⁷. Att ett flertal delstater lagstiftat i en samlad riktning brukar vara en sådan faktor som Supreme Court beaktar i en bedömning av om ett rättsläge är att betrakta som förändrat.¹²⁸

Supreme Court befäste delstaten Missouris dom i frågan och fastställde i fallet att dödsstraffet var okonstitutionellt (förbjudet enligt åttonde och fjortonde tilläggen) för minderåriga. Domen avslutades med ett resonemang kring att det fanns en överväldigande internationell opinion i frågan, men att denna opinion inte var avgörande för fallets utgång, utan snarare:

”en respekterad och betydande bekräftelse för domstolens beslutsamhet i frågan att dödsstraffet är oproportionerligt för lagöverträdare under 18”¹²⁹

Supreme Court tillade också att även om USA är det enda landet i världen som officiellt sanktionerar sådana straff av minderåriga, så minskar inte detta tilltron till konstitutionen som rättskälla.¹³⁰

¹²⁵ *Stanford v. Kentucky* 492 U.S 361 (1989)

¹²⁶ *State ex rel. Simmons v. Roper* vid s. 397-399

¹²⁷ *State ex rel. Simmons v. Roper* vid s. 413

¹²⁸ *Roper v. Simmons* vid s. 10-13

¹²⁹ *Roper v. Simmons* vid s. 21-25

¹³⁰ *Roper v. Simmons* vid s. 21-25

2.5 Sammanfattande analys amerikansk praxis och proportionalitet

Proportionaliteten som vi har sett i amerikansk rätt möjliggörs alltså kortfattat av följande strukturer, först på lagstiftningsnivå: Den huvudsakliga rättskällan är konstitutionen, med sina tillägg (relevanta i sammanhanget är åttonde och fjortonde tilläggen). Dessa utgör en fixerad rättskälla, vars tolkning emellertid kan förändras något emedan samhället utvecklas.¹³¹

Vidare har delstaterna frihet att lagstifta och kriminalisera efter eget tycke såsom egna lagstiftande församlingar, men förbinder sig att respektera konstitutionen såsom exemplifierat i åttonde och fjortonde tilläggens lydelse.¹³²

Denna lagstiftningsprocess existerar parallellt med bindande praxis från Supreme Court, som alltså har mandat att förklara delstatlig lag okonstitutionell och därför utan rättslig verkan. Som ett slags sista möjlighet för den dömde finns möjlighet att överklaga saken ett ytterligare steg efter att de möjliga (delstatliga) forumen uttömts. USA uppställer alltså två rättskällor – konstitutionen och dess lydelse såsom den bör förstås utifrån Supreme Courts prejudicerande rättsfall, som har företräde framför tillämplig delstatlig (eller federal) lag. På så sätt existerar det trots allt en samlad uppfattning om hur proportionalitet bedöms i USA.

Också här bör påpekas metodavsnittets¹³³ klassificering av Supreme Court under domstolsnivån varför indelningen av denna amerikanska del av avhandlingen bör betraktas något flytande. Så som proportionaliteten bedöms i USA och som rättsfallen i förgående avsnitt styrker så låter man inte begreppet proportionalitet råda allena vid kriminalisering och påföljdsbestämning. Proportionaliteten bryts av, eller får vika, mot andra

¹³¹ Jämför resonemanget om samhällets växande grad av värdighet, avsnitt 2.4.8, *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)

¹³² Jfr avsnitt 2.3.

¹³³ Jfr avsnitt 1.4.

straffteoretiska tankar. Såsom exemplifierat i fallen *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980)¹³⁴ och *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991)¹³⁵ väljer man att låta begränsa proportionaliteten och låta sådana teorier som de om prevention ta plats. I de fallen gällde det de s.k. third strike-regel vilka är utslag av individualpreventiva tankegångar. Även rent retributiva principer framgår genom upprätthållandet av de ur internationella sammanhangen extremt långa och stränga straffen; exemplifierat i fall som *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977),¹³⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002),¹³⁷ och *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).¹³⁸

Fallen där proportionaliteten har fått vika för vissa yttringar som kan sägas humanistiska principer existerar också, vilket resonemangen av Supreme Court visar i fallen *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002),¹³⁹ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005),¹⁴⁰ och *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962).¹⁴¹ Det är intressant att studera den lydelse i vilka de är författade. I jämförelse med en svensk kontext¹⁴² undviker man att tillskriva sig sådana idéförklaringar som humanitetsprincipen utan man förklarar det utifrån en konstitutionell kontext, såsom samhällets växande grad av värdighet.

Vidare gällande domstolsnivån så går det också att konstatera att amerikanska domstolar har ett brett spektra av verktyg att tillämpa vid beaktningen av ett rättsfall, avseende såväl skärpande, som mildrande verkan. Detta exemplifieras av sådana regler som de om Kaliforniska ”wobblers”¹⁴³ och bereder domstolarna långgående utrymme för bedömningar. Också andra

¹³⁴ Jfr avsnitt 2.4.5.

¹³⁵ Jfr avsnitt 2.4.7.

¹³⁶ Jfr avsnitt 2.4.4.

¹³⁷ Jfr avsnitt 2.4.8.

¹³⁸ Jfr avsnitt 2.4.10. Notera att Supreme Court i detta fall också erkänner att man är det enda landet i världen som officiellt har denna typ av straffsanktion för minderåriga.

¹³⁹ Jfr avsnitt 2.4.8. Dessa två fall refereras såväl som exempel på de stränga amerikanska straffen och den retributiva ideologin, som exempel på humanitetsresonemang hos Supreme Court. En tanke är här att illustrera amerikansk straffteoris syn på proportionerliga straff såväl som nivån på de humanitetsresonemang man finner adekvata och medges av konstitutionen.

¹⁴⁰ Jfr avsnitt 2.4.10. Se föregående fotnot.

¹⁴¹ Jfr avsnitt 2.4.3.

¹⁴² Jfr avsnitt 2.6.3 och den svenska humanitetsprincipen.

¹⁴³ Jfr avsnitt 2.3.2.

aspekter av amerikansk straffrätt, såsom reglerna om ”plea bargaining” (även om de inte direkt involverar domstolarna), accentuerar ämbetsmännens självständiga roller. Detta blir särskilt tydligt i jämförelse mot deras svenska motsvarigheter.

2.6 Proportionalitetsprincipen i Svensk straffrätt

2.6.1 Materiella skillnader gentemot amerikansk rätt

I avsnittet om USA¹⁴⁴ konstaterades att retributivismen spelat en nyckelroll i utformningen av landets påföljdssystem och kriminaliseringar. Sverige sluter sig i allt väsentligt till en sådan tradition som motiverar kriminalisering med dess allmänpreventiva, framåtblickande verkan (dvs ett s.k konsekventiellt tänkande).¹⁴⁵ Detta kan då ställas mot retributivismens resonemang kring kriminaliseringens primära syfte såsom rättvisa och ”just deserts”.¹⁴⁶

Proportionalitet i svensk rätt, likt andra rättsprinciper, finns inflätad i lagstiftning, praxis och vidare rättskällor som gäller i landet.

Proportionaliteten existerar ju heller inte självständig, utan samverkar med andra teorier och rättsbildande principer som humanitet, repressionsnivå, ekvivalens, och så vidare.¹⁴⁷

Att, likt USA, låta högsta dömande instans definiera vad som är (och inte är) proportionerliga påföljder för brottsliga gärningar är inte aktuellt – en avgörande skillnad också detta; i Sverige står den lagstiftande församlingen högst; den kan också (med viss svårighet) ändra grundlagen.

USA har ett betydligt mera intrikat system där, sammanfattat, såväl Supreme Court¹⁴⁸ som konstitutionen står över den tillämpliga lagen, lagen som prövas är ju delstatlig. Det finns anledning att återkomma till och reflektera vidare

¹⁴⁴ Jfr avsnitt 2.2.

¹⁴⁵ Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, Iustus Förlag, Uppsala (2010), s. 48-49

¹⁴⁶ Jfr avsnitt 2.2.

¹⁴⁷ Jareborg (2000) s. 438 ff.

¹⁴⁸ Notera att domarna i Supreme Court är ämbetsmän, tillsatta på livstid av sittande president.

över maktdelningsprinciperna och dess innebörd för ämnet i respektive rättsordning.¹⁴⁹

Som ett civilrättsligt rättssystem är Sverige absolut bunden av lagarna – vilka rent fundamentalt begränsar alltför vidlyftiga teoretiska resonemang om proportionalitet. Regeringsformen (RF) 2 kap 4,5,7 §§ förbjuder dödsstraff, kroppsstraff och landsförvisning. Motsvarande fundament hittar vi i EKMR art. 2,3,5.¹⁵⁰ Redan här på den mest grundläggande materiella nivån hittar vi en vidare definition av proportionalitet än i motsvarande Amerikanska rättskälla (konstitutionen), Sverige förbjuder dödsstraff genom dubbla grundlagsskydd.¹⁵¹

2.6.2 EU och dess betydelse för den svenska straffrätten

Kort bör också sägas något om EU och svensk nationell straffrätt. Genom tecknandet av Lissabonfördraget möjliggjordes utfärdande av straffrättsliga lagar på EU-nivå, men i den utsträckning de existerar har de inte betydelse för uppsatsens område. Straffteori är ännu en högst nationell fråga för de europeiska medlemsstaterna.

2.6.3 Proportionalitet i svensk straffrättsideologi

I allt väsentligt skulle inte en beskrivning av begreppet proportionalitet kunna påvisa de stora skillnader det svenska straffrättsystemet uppvisar gentemot det amerikanska. Alla sådana skildringar glider vid något tillfälle över till faktisk rätt, straffteori osv. – proportionaliteten måste sättas i sitt sammanhang. Proportionaliteten i sig själv uppställer inga hinder mot t.ex. dödsstraff, och ur de preventiva aspekternas synvinkel kan vilken bestraffning

¹⁴⁹ Jfr avsnitt 3.1.

¹⁵⁰ Europeiska Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilken har grundlagsstatus i Sverige jämte t.ex. Regeringsformen.

¹⁵¹ EKMR och RF.

som helst tänkas godtagbar – bara den avskräcker från gärningen och därmed uppfyller sitt preventiva syfte.¹⁵²

Tillsammans med proportionaliteten beaktas ett antal andra principer, såsom de om ekvivalens och humanitet. Också sådana billighetsskäl som den dömdes ålder, hälsa etc ges utrymme att beaktas. Ekvivalens innebär helt kort att lika gärningar ges lika påföljd. Principen om humanitet är väletablerad och har lett till bland annat följande resonemang: Rent allmänpreventivt (och allmänpreventionen är det främsta skälet till kriminalisering i Sverige) finns det inga skäl som upphöjer fängelse som önskvärd eller effektiv påföljd. Det är snarare avgörande vilken strafform som är optimal. Jareborg fullföljer resonemanget med att anföra:

”Det är således angeläget att av medkänsla finna och använda (från proportionalitetssynpunkt trovärdiga) alternativ till fängelse”¹⁵³

2.6.4 Proportionalitet på lagstiftningsnivån

Proportionalitetsprincipen iaktas vid två av de nivåer som beskrivs under avsnitt 2.1.1 – lagstiftningsnivån och domstolsnivån. Såväl lagstiftaren som domaren gör sin respektive prövning av proportionalitet, utifrån den givna värdeordning som vi låtit reflekteras i våra rättskällor. Typexemplet för denna vägledning från lagstiftaren torde vara, utöver själva författningen, propositionerna och deras ställning i Svensk rätt.¹⁵⁴¹⁵⁵

Ramverket för lagstiftningsnivån utgörs av de grundlagar och folkrättsliga åtaganden dessa speglar, främst de jag redogjorde för i sista stycket av avsnitt 2.6.1, dvs EKMR och Regeringsformen.

¹⁵² Jareborg (2000) s. 441-442

¹⁵³ Jareborg (2000) 441-443

¹⁵⁴ Borgeke (2012) s. 32

¹⁵⁵ Jfr SOU 2012:34 *Nya påföljder*, där det nuvarande påföljdssystemet utvärderats och en mängd förslag givits till ny lagstiftning.

Vidare hittar vi flera specifika exempel på hur den svenska tolkningen av principerna om proportionalitet och humanitet tillämpas; i huvudsak BrB kap. 29 och 30 reflekterar den straffrättsideologi Sverige valt att implementera. Denna reflektion är ämnad att spegla ett avståndstagande från de tidigare populära tankarna om individualprevention men är inte heller ämnad att vara rent allmänpreventiv.¹⁵⁶¹⁵⁷

BrB 29 kap. 1§ redogör för den huvudsakliga innebörden av proportionalitet. 2§ för förmildrande omständigheter, 3§ för försvårande. 4§ anger tidigare brottslighet som möjligt skäl för skärpt straff, en förändring mot tidigare.¹⁵⁸ I 5§ ställs de nämnda billighetsskälen som domstolen kan beakta upp.¹⁵⁹ Ur 7§ framgår att ungdom (under 21 år) kan beaktas lindrande vid straffmätning.

30 kap. BrB avser val av påföljd och gör också den indelning av svårighet av påföljder som krävs av den relativa proportionalitetsprincipen. Detta framgår av 30 kap. 1§, med hänvisning till annan påföljd som vård (31 kap.) eller särskild vård av unga (32 kap.). 4§ 2 st. möjliggör återfall som försvårande omständighet, utan att specificera ytterligare.¹⁶⁰ 30 kap. 9§ 2 st 1p är ett av de exempel på individualpreventiva överväganden man valt att behålla.¹⁶¹

Övriga exempel, som inte direkt införts på proportionalitetsgrunder men väl speglar samspelet med andra principer som ekvivalens, humanitet m.m. är reglerna om möjlig förening av olika påföljder såsom villkorlig dom i förening med dagsböter enligt BrB 27:2, skyddstillsyn enligt BrB 28:2, samhällstjänst enligt BrB 27:2a etc. Totalt finns över 20 möjligheter till kombinerade påföljder.¹⁶²

¹⁵⁶ Träskman (2003) s. 174-175

¹⁵⁷ Jfr även Prop.1987/88:120 *Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.)*

¹⁵⁸ En av påföljdsutredningens slutsatser i SOU 2012:34 *Nya påföljder* är just att återfallsbrottslighet bör sanktioneras tydligare.

¹⁵⁹ Victor (1999), s. 144

¹⁶⁰ Jfr avsnitt 2.6.7.

¹⁶¹ Victor (1999) s. 143

¹⁶² Träskman (2003) s. 173-174

BrB 26 kap. reglerar domar där påföljden fängelse aktualiseras. 1§ reglerar bland annat en maxgräns för tidsbestämda straff till maximalt 18 år.

26 kap. 2§ innehåller den s.k. asperationsprincipen, dvs en formel för uträkning av den maximala påföljden som kan utdömas för flerfaldig brottslighet.

En annan för svensk straffteori karakteristisk regel är BrB 26 kap. 6§, som reglerar den s.k. 2/3 regeln. Huvudregeln i svensk straffrätt är att den dömda verkställer den sista tredjedelen av sitt straff som villkorligt frigiven.

2.6.5 Svensk proportionalitet på domstolsnivå

Denna uppsats har en ambition att förklara proportionaliteten på två av straffteorins nivåer: Lagstiftningsnivån och domstolsnivån. För Sveriges del innebär det vilka proportionerliga överväganden som görs och styr lagstiftarens arbete, samt vilket utrymme domstolen i det senare ledet har att göra proportionerliga bedömningar i det enskilda fallet.

Sverige har internationellt uppmärksamats för sin (jämfört med andra Europeiska stater) höga repressionsnivå avseende narkotikabrott. Detta yttrade sig i höga straffvärdesbedömningar som hade utformats i praxis. Denna nivå och därmed definition på proportionalitet i denna fråga justerades under 2011, bland annat genom att HD ifrågasatte det underlag man använde för att bedöma substansers farlighet.¹⁶³

Vidare har jag valt att aktualisera på domstolsnivån frågorna om livstidsstraffet som påföljd samt flerfaldig brottslighet.

¹⁶³ Perklev, Anders, *Straffmätning i narkotikamål – fyra domar från Högsta domstolen*, SvJT (2012) s. 131

2.6.6 Grovt narkotikabrott – NJA 2011 s. 357 m.fl

Fallet, populärt refererat som ”Mefedronfallet”, var det första av tre fall under 2011 där HD bland annat valde att värdera substansens ”farlighetsbedömning” annorlunda, vilket medförde en drastisk sänkning av straffvärdet och därmed den proportionerliga påföljden. Saken gällde L.B och M.K (samt en tredje, betydligt mindre inblandad kamrat) som anskaffat och sålt den sedan 2009 narkotikaklassade substansen mefedron. Kvantiteterna var för sammanhanget mycket stora – det befanns i målet att L.B och M.K innehåft åtminstone 1 kg mefedron vilken enligt hovrätten var att likställas i farlighet med ecstasy i farlighet. De bägge dömdes enligt rådande tabellföreskrifter för bl.a. grovt narkotikabrott och grov narkotikasmuggling till 14 års fängelse vardera.¹⁶⁴

När fallet prövades av HD aktualiserades ett antal frågor, en av vilka var att granska och ifrågasätta den tabell- och farlighetsindelning man använt sig av hittills. HD menade att det inte går att tillmäta sådant förtroende till de tekniska data domstolarna har tillgång till, i synnerhet avseende sådana substanser där man har så lite underlag kring som mefedron.¹⁶⁵ Vidare valde HD att uppmärksamma verksamhetens omfattning – de var inte del i ett större nätverk, de bedrev heller ingen större organiserad verksamhet eller sålde någon annan typ av droger. HD menade att rubriceringen var korrekt men justerade påföljds längden till 4 års fängelse vardera. HD klarlade också att de långa fängelsestraffen i huvudsak drabbade de s.k. kurirerna (de som transporterar narkotikan över gränser etc), varför syftet med de strängaste straffen för narkotikabrottslighet, reserverade organisatörerna och profitörerna av narkotikahandeln, kommit att bli förfelat.¹⁶⁶¹⁶⁷

¹⁶⁴ NJA 2011 s. 357, s. 369

¹⁶⁵ NJA 2011 s. 357, s. 373-377

¹⁶⁶ NJA 2011 s. 357 s. 378-379

¹⁶⁷ Asp, Petter, *Högsta Domstolen revolutionerar narkotikabrotten*, SvJT (2011) s. 659, s. 667-668

Petter Asp formulerade i sin artikel om rättsfallet att det var välkommet men mycket spektakulärt till sin omfattning – det kunde bl.a. ge upphov till vissa tröskeeffekter i övergångsperioden därefter.¹⁶⁸

Vidare rättsfall som NJA 2011 s. 675 I och II samt NJA 2011 s. 799 bekräftade utfallet i det s.k. Mefedronmålet, dvs en varaktig förändring av praxis avseende substansers farlighet och mer nyanserad bedömning av dess straffvärde kom till stånd.

2.6.7 Mord och påföljden livstids fängelse – NJA 2007 s. 194

Rättsfallet NJA 2007 s. 194 exemplifierar det utrymme för proportionalitet domstolen medges avseende påföljden för brottet mord. Fallet gällde en man som genom knivhugg mördade sin otrogna sambo. HD fann det ostridigt att gärningen var mord men den ansågs inte vara förrättat med sådan hänsynslöshet som placerade det i den övre påföljdsskalan för brottet. Påföljden fastställdes därför till 10 års fängelse. HD konstaterade också att den reella tiden spenderad i fängelse vid ett livstidsstraff, dvs. tidsbestämning av straffet genom nåd från regeringen, från år 1994 varit 18–25 år.¹⁶⁹

Fram till 2009 var det strängaste tidsbestämda straff som kunde utdömas i Sverige 10 års fängelse. I syfte att möjliggöra mer nyanserade domar för att reflektera gärningarnas diversitet ändrades påföljden för viss tid BrB 3:1 (mord) 2009 till fängelse i lägst 10 och högst 18 år. Möjlighet till ytterligare proportionalitetsavgörande på domstolsnivån medgavs därför, också för flertalet andra svåra brott.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Asp (2011) s. 669

¹⁶⁹ NJA 2007 s. 194

¹⁷⁰ Prop. 2008/09:118 *Straffet för mord m.m.* s. 1

2.6.8 Bedömning av flerfaldig brottslighet (straffrabatt) och återfallsförbrytare

Som nämnt möjliggörs återfall såsom en försvårande omständighet i 30 kap 4§ 2 st. BrB. Svensk straffrätt befinner sig emellertid i det läget att flerfaldig brottslighet inte motiveras straffteoretiskt med samma skäl som återfallsförbrytelse: Flerfaldig brottslighet som döms i samma mål beräknas utifrån en så kallad straffrabatt, där en beräkning görs enligt asperationsprincipen utifrån den samlade brottslighetens straffvärde. Jareborg menar att det exakta tillvägagångssättet för bedömningen av det samlade straffvärdet inte direkt framgår ur rättskällorna, mer än att en ren kumulation är förbjuden. Resultatet har alltså blivit en relativt frikostig s.k. rabatt, möjliggjord indirekt av lagstiftningen i bl.a. BrB 25 kap. 5–6§§, 26 kap. 2§ samt 30 kap. 3§.¹⁷¹

Denna rabatt kan anses möjliggjord genom det humanitetsresonemang som man låter bryta av proportionaliteten med, om låt säga att proportionalitet rent teoretiskt skulle föreskriva en ren kumulation av straffvärdet. Det är teoretiskt möjligt och därför likaledes inhumant, att den som döms för ett flertal likartade grova brott döms till ett tidsbestämt straff som är nära eller överträffar det maxstraff som kan utdömas. Inte heller reflekterar det lagstiftarens avsikt att låta de strängaste straffen reserveras för de gärningar man bedömer som svårast.¹⁷²

2.6.9 Återfall i brottslighet – NJA 1998 s. 713

Fallet gällde den tilltalade, J.F, och två sammanlagda tingsrättsdomar gällande denne rörande en mängd åtalpunkter, däribland försök till misshandel, olaga hot, olovlig körning, brott mot knivlagen m.m. Dessa domar resulterade i två fängelsedomar om fyra månader respektive samt

¹⁷¹ Jareborg, Nils, ”Straffmätning vid flerfaldig brottslighet”, SvJT (1999) s. 264, s. 265-266

¹⁷² Jareborg (1999) s. 277-278

förverkandet av en villkorligt medgiven frihet från ett tidigare avtjänat fängelsestraff (en förverkanstid á 2 månader och 10 dagar).¹⁷³

J.F hade dessutom en gedigen kriminell karriär bakom sig: Han förekom vid 47 punkter i kriminalregistret sedan 1975 och hade 14 domar sedan 1993. Fallet prövade regeln i BrB 29:4 om huruvida återfall kan utgöra försvårande omständighet som höjer straffvärdet. HD kom fram till att de samlade gärningarnas straffvärde uppgick till 6 månaders fängelse och att J.F, med återfallet som en försvårande omständighet, skulle dömas att få ytterligare 3 månader och 14 dagars villkorlig frigivning förverkad.¹⁷⁴

Sammantaget utgör denna praxis från HD alltså relativt begränsade möjligheter för domstolarna att beräkna en högre påföljd, även i fråga om personer som uppvisar en hög tendens att återfalla i brottslighet. Emellertid borde en sådan regel som 29 kap. 4§ likväl tolkas som en yttring av en viss individualpreventiv tankegång; att den återfallande brottslingen bör straffas hårdare än andra, eller en sådan allmänpreventiv idé; som följer av att man straffar återfallare hårdare än andra.¹⁷⁵

2.6.10 SOU 2012:34 – Nya påföljder

Sedan 2009 arbetade den s.k. påföljdsutredningen med en översyn av påföljdssystemet för vuxna och unga lagöverträdare. Denna utrednings resultat presenterades i utredningen SOU 2012:34 ”Nya påföljder”.

En av utredningens reflektioner är att den svenska straffteorin saknar enhetlig ideologisk grund vilket problematiserar domstolarnas påföljdsval i de enskilda fallen.¹⁷⁶ Det är intressant att notera utredningens klart

¹⁷³ NJA 1998 s. 713, s. 713-714

¹⁷⁴ NJA 1998 s. 713 s. 715

¹⁷⁵ Jareborg (1999) s. 265-266

¹⁷⁶ SOU 2012:34 s. 119-120

problematiserande inställning i det sjätte kapitel man valt att kalla ”Påföljdssystemets fel och brister”.¹⁷⁷

För det av uppsatsen relevanta ämnet tillförde utredningen inga större sensationer, och det är intressant att notera att man förespråkar och utvärderar ytterligare straff- eller påföljdsalternativ utöver de som redan finns till fängelse¹⁷⁸, såsom konstruktionen av en ny påföljdstyp som är ”villkorligt fängelse”. Viljan att nyansera påföljderna bör främst vara motiverat ur ett humanitetsperspektiv vilket är att betrakta som en förlängning av resonemanget i avsnitt 2.6.3.

Utredningen bekräftar också den straffteoretiska vilja jag beskrivit under 2.6.9–10 som finns i svensk straffteori att fortsatt sanktionera återfall i brottslighet med strängare straff, men med mer artikulerade regler. Skärpta sanktioner mot återfallsförbrytare är emellertid en karakteristiskt preventiv åtgärd, vilket skulle kunna förklaras med den straffskärpande trend vi kunnat notera i Sverige de senaste åren i de föregående avsnitten.

2.7 Sammanfattning proportionalitet i svensk straffteori

Det svenska rättssystemet bygger i allt väsentligt på ett politisk valt, lagstiftande organ. Till skillnad från USA finns inga tjänstemän (såsom domare i Supreme Court) i direkt lagstiftande position. De principer man i Sverige förbinder sig till på lagstiftande nivå, får effekt också på domstolsnivån vars handlingsutrymme är starkt begränsat i jämförelse med sina amerikanska motsvarigheter.

¹⁷⁷ SOU 2012:34 s. 119 ff.

¹⁷⁸ SOU 2012:34 s. 29-31

För att sammanfatta den samlade svenska uppfattningen i frågan så karakteriseras proportionaliteten i svensk straffteori främst av tre punkter:

1. En vilja till att ta visst avstånd från individualprevention och de tydliga behandlingsideologiska tankegångar som föregick påföljdsreformen 1989¹⁷⁹
2. En vilja att inte exklusivt tillskriva sig allmänpreventiva resonemang
3. En vilja att låta proportionaliteten balanseras av principen om humanitet och den diskussion inom området som Sverige i hög grad tagit del av de senaste åren.

Detta bör å andra sidan balanseras mot konstanta vindar av straffskärpningar på lagstiftningsnivåns område.

Det är med dessa ovanstående tre punkter i åtanke lätt att förstå de praktiska exempel uppsatsen redogör för: Avseende straffvärde för narkotikabrott,¹⁸⁰ så tog HD avstånd från en mer ren proportionalitetsbedömning (tabellberäkningar etc) och menade att nyanserade bedömningar måste göras för att beakta enskilda förhållanden. Detta var en klar yttring av överväganden av humanitära skäl, och medförde en kraftig sänkning av straffvärdet.

Gällande påföljden livstids fängelse för brottet mord,¹⁸¹ så avslöjar det en intressant nyansering och ställningstagande. Genom skärpningen av det högsta möjliga tidsbestämda straffet (som inte är exklusivt för brottet mord) visar man än tydligare att det finns ett vitt spektra innanför grova våldsbrott som mord kan begås. Genom att möjliggöra denna spännvidd har man demonstrerat ett visst allmänpreventivt resonemang, att särskilt brutala eller våldsamma fall skall sanktioneras särskilt.

¹⁷⁹Jfr Prop. 1987/88:120 *Om ändring i brottbalken m.m.*

¹⁸⁰ Jfr avsnitt 2.6.6.

¹⁸¹ Jfr avsnitt 2.6.7.

Ytterligare kluvenhet demonstreras gällande flerfaldig brottslighet/ återfall i brott.¹⁸² De förra företeelserna döms under påverkan av asperationsprincipen och andra beaktanden på humanitära grunder; de senare under påverkan av vissa preventiva grunder och resonemanget att återfall i brottslighet är, under de flesta omständigheter, ett särskilt klandervärt beteende.

¹⁸² Jfr avsnitt 2.6.8.

3. Slutsatser

3.1 Allmänna slutsatser kring straffteori och proportionalitet på lagstiftnings- och domstolsnivå

Något bör först sägas om maktdelningsprinciper. I USA är inte folkvalda församlingar exklusivt lagstiftande, såsom i Sverige. Snarare har åtminstone två instanser eller rättskällor företräde över den lag som delstaterna tillämpar (eller den federala jurisdiktionen): Supreme Court, i allt väsentligt tjänstemän tillsatta på livstid, och konstitutionen, skapad av en brokig skara statsmän sedermera kända som ”Founding Fathers of the United States”.¹⁸³ Implikationerna av en sådan skillnad ligger inte innanför den här uppsatsens ämnesområde; men har väl påverkat den komparativa aspekten.¹⁸⁴ Det är en skillnad som ständigt bör ligga läsaren av amerikansk rätt framför ögonen, och väcker också vissa perspektiv inför svensk rätt. Läsaren av amerikansk rätt bör också betänka den fusion av common law och civillag som den amerikanska rätten utgör; samt den upphöjda roll konstitutionen och dess tillägg spelar genom sin oförändrade lydelse. Man bör också kunna sluta sig till en sådan slutsats, med avsnitten 2.3 och 2.4 om amerikansk straffteori och dess tillämpning i åtanke, att konstitutionen må tolkas, men att den huvudsakligen tolkas restriktivt.

Svensk rätt å sin sida, utgör en rättsordning där den lagstiftande kapaciteten exklusivt tillhör landets folkvalda församling, riksdagen. Hur självklart detta än må tänkas vara för den svenske läsaren, är detta också ett sådant perspektiv som ständigt bör ligga i läsarens åtanke. De svenska domstolarna agerar endast i det utrymme de ges av lagstiftaren, och en ytterligare aspekt av denna

¹⁸³ Kring vilka som exakt utgjorde dessa utgör fortfarande ett omdiskuterat ämne, det bör tilläggas att konstitutionen inte skall sammanblandas med självständighetsförklaringen, vilken utgör ett separat dokument.

¹⁸⁴ Uppsatsen är snarast författad som en komparation och studie i de två ländernas straffteori, jfr avsnitt 1.4.

maktindelning står att finna i upphöjandet av förarbeten, politiska uppdrag i sin karaktär; till rättskälla av relevans i de enskilda fallen.

Straffteori, eller –ideologi, vilket uttryck man nu än väljer att använda, rör ett ytterst centralt ämne i straffrätten. Jag har i uppsatsen försökt att visa, att relativt enkla skillnader på denna höga nivå, s.a.s högst på pyramiden, ger vitt skilda resultat nere vid botten, i den reella rättstillämpningen.

Den svenske juridiske läsaren sätter måhända kaffet i vrångstruben när denne läser Supreme Courts inställning i sista stycket i fallet *Roper v. Simmons*¹⁸⁵ – att en författning, oaktat dess historik, skall ha en sådan status som rättskälla som den amerikanska konstitutionen besitter. Med tanke på Sveriges medlemskap i EU, och upphöjandet av EKMR till grundlagsstatus (eller kanske rentav högre), visar detta att retoriken kring respektive författningstext måhända skiljer sig, men att EU i en allt större utsträckning uppvisar likheter med USA.

De svenska domstolarna har som nämnt en starkt begränsad roll att definiera straffideologiska principer av egen hävd, och jag har sökt att i uppsatsen redogöra för hur detta manöverutrymme som trots allt finns kan yttra sig.

3.2 Slutsatser kring proportionalitet och straffteori på lagstiftningsnivån

3.2.1 Amerikansk rätt

Som jag har försökt visa, är proportionalitet inte en princip som står för sig själv, vare sig i svensk eller amerikansk straffrätt. Snarare balanseras den, eller får vika, mot andra principer rättssystemet uppfattar som viktiga och prioriterade för rättsskipningens vägledning.

För amerikansk del har retributivismen vunnit mycket mark de senare åren. Det kan sägas vara den huvudsakliga anledningen till de höga straffen man

¹⁸⁵ Jfr avsnitt 2.4.10 eller *Roper v. Simmons* vid s. 21-25

har, och ligger bakom många av de resonemang man för. Retributivismen har därför kommit att prioritera rättfärdigande, ”just deserts”. Som ett led i detta har man också därför valt att bryta av proportionaliteten med tankar om prevention. Eller snarare; (den relativa) proportionaliteten har definierats utifrån principerna om ”just deserts” och prevention. På så sätt har man motiverat t.ex. sina dödsstraff: Det är preventivt, rättfärdigt och därför proportionerligt att den som tar någon annans liv (eller likaledes andra av de svåraste av brott, jag vill inte att läsaren blandar detta sammanträffande av gärning och påföljd med talionsprincipen) får plikta med sitt eget som straff. Det är också individualpreventivt, främst i hänseende att den avrättade inte lever för att fortsätta sina gärningar, och allmänpreventivt för sin avskräckande och repressiva effekt.

Det är preventivt och därför proportionerligt att den som begår upprepad brottslighet, av viss definierad grov karaktär, ges ett mycket långt fängelsestraff, inkluderat livstid. Det är dels en individualpreventiv sanktion i det att den dömda inte längre vistas i samhället, och dels en allmänpreventiv sanktion i det att det avskräcker och har en repressiv effekt.

Den amerikanska federala strukturen har sannerligen haft en samordnande effekt på de strax över 50 jurisdiktioner som utgör landet. Sedan in *re Kemmler*¹⁸⁶ har drygt 120 år förlöpt,¹⁸⁷ och Supreme Court har under denna tid kunnat definiera en amerikansk standard på proportionalitetens område. Detta faktum, med mer än ett århundrade av som lag gällande prejudikat, borde tjäna som en fingervisning av vad som krävs för att samordna ett rättssystem av federal karaktär. Paralleller dras osökt till EU, och vad eventuella mer långtgående harmoniseringsförsök av straffrätten skulle innebära rent materiellt.

¹⁸⁶ Jfr avsnitt 2.4.1.

¹⁸⁷ Faktum är att 145 år förlöpt sedan det fjortonde tillägget till konstitutionen (1868) tvingade delstaterna att betrakta Supreme Courts prejudikat med bindande verkan. In *re Kemmler* har emellertid av doktrinen betraktats som det första moderna fallet av relevans för proportionalitets bedömningar på straffrättens område.

Samtidigt bör det understrykas, att den amerikanska proportionaliteten såsom den inryms i delstatlig lag i allt relevant författas och utformas av delstatens egna lagstiftande församling: Supreme Court prövar rättsregler i urval av hänsyn för vägledning och konstitutionsenlighet; den exakta graden av huruvida en delstat vill låta prevention ha företräde framför humanitet i proportionaliteten (USA saknar givetvis inte humanitära överväganden i sina straffteorier, de är bara mindre framträdande gentemot andra idéer såsom de om prevention) är också det upp till den enskilda staten. I allt väsentligt har proportionalitet som den definierats av Supreme Court handlat om huruvida bestraffningstyper *förbjuds* av åttonde tillägget och utgör t.ex. ”cruel and unjust punishment”. Skulle en delstat genom lagstiftning låta sådana principer om humanitet vara tongivande så som fallet är i Sverige, uppställer inte konstitutionen eller rättsordningen några sådana materiella hinder. Faktum är emellertid, att så breda lager av landets jurister, politiker och ämbetsmän står bakom retributivismen och preventionens framträdande roll i proportionaliteten, att dessa tankar fått störst genomslag.

Emellertid saknas absolut inte debatt, och aktivt arbete för andra inriktningar. En av den här uppsatsens källor, ”A Plea Against Retributivism” av James Q Whitman, utgör som titeln föranleder ett exempel på författare av amerikansk doktrin som ifrågasätter den rådande starka retributivistiska skolan. Men inte ens Whitman argumenterar emot¹⁸⁸ en annan, motsatt trend i amerikansk rätt som också är tydlig:¹⁸⁹ Supreme Court för också en diskussion om principer som kan kallas humanitetsrelaterade; även om man kallar det ”evolving standards of decency.”¹⁹⁰

Sett till vilken utsträckning denna trend nått i USA och Supreme Court, så vore det inte korrekt att jämföra den med humanitetsprincipen såsom den existerar i Sverige. Emellertid har denna utveckling för amerikansk del

¹⁸⁸ Jfr avsnitt 2.2.

¹⁸⁹ Om detta påkallades läsarens uppmärksamhet särskilt i inledningen, jfr avsnitt 1.

¹⁹⁰ Jfr avsnitt 2.4.8 *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) och avsnitt 2.4.10, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), som båda resulterade i ett förbud av utdömande av dödsstraffet för lätt utvecklingsstörda respektive minderåriga.

inneburit stora framsteg på andra, till proportionalitet relaterade områden, såsom ekvivalens och rätten till en objektiv prövning.¹⁹¹

Ytterligare en slutsats, relevant för nästkommande avsnitt, är snarast att svensk rätt saknar detta djup och mångfacettering i doktrin kring straffteori; särskilt bland namnkunniga författare.

3.2.2 Svensk rätt

Som påvisats i uppsatsen erbjuder Sverige en inte helt stringent eller ideologitrogen straffideologi.¹⁹² Som somliga författare¹⁹³ anfört är detta helt medvetet gjort; men det har gett upphov till en viss inkonsekvens. Rent huvudsakligen, emellertid, tillämpar Sverige en (relativ) proportionalitetsteori där man låter proportionaliteten vika för principerna om humanitet. Som Jareborg anför¹⁹⁴ har man sett det som en nödvändighet att beakta av humanitet relevanta skäl för den dömda också vid lagstiftningen; om detta vittnar bland annat bestämmelserna om asperation, villkorlig frigivning efter 2/3 av avtjänat straff, möjligheterna till individualiserade (och andra) påföljder än fängelse; et cetera.

Också rent grundläggande författningar, såsom dubbla grundlagsskydd (RF och EKMR) mot sådana påföljder som tortyr, kropps- dödsstraff visar en från lagstiftarens sida stark övertygelse och angelägenhet att implementera sådana standarder av humanitet som svårligen låter sig kullkastas; man kan säga att Sverige i hög utsträckning tillskrivit sig mycket av den västerländska diskursen om mänskliga rättigheter.

¹⁹¹ Bland annat bör erinras om de sociala motsättningar som präglat samhället och det amerikanska rättssystemet in i modern tid, vilket det finns anledning att återkomma till i slutsatsen, jfr avsnitt 3.3.1.

¹⁹² Jfr sammanfattningen i avsnitt 2.7.

¹⁹³ Jfr Träskmans resonemang om ideologitrohet under avsnitt 2.6.4.

¹⁹⁴ Jfr avsnitt 2.6.3.

Med de faktorer jag i uppsatsen framlagt, borde en sådan slutsats kunna dras, att ett samhälle som Sverige, med en straffteori som i första hand låter humanitet definiera tolkningen av proportionalitet, har påtagligt mildare påföljder och mindre långtgående straffsanktioner än ett samhälle som låter prevention definiera tolkningen av proportionalitet, dvs USA.

Däremot är det intressant att se såväl rester från individualpreventiva resonemang, som framväxten av nya, allmänpreventiva regler. En politisk vilja att ytterligare sanktionera återfallsbrottslighet, ett typiskt individualpreventivt resonemang, är en annan sådan röst som vittnar om den brokiga svenska uppfattningen i frågan.

En ytterligare möjlig slutsats är att Sveriges tillhörighet till humanitetsprincipen urholkas till förmån för preventiva resonemang, intimt förknippade som de är med den höjda repression som straffskärpningar och kriminaliseringar innebär. Det går att ana, inte minst från politiskt, lagstiftande håll, att framtiden innebär kriminalisering och straffskärpning snarare än något annat.

3.3 Slutsatser kring proportionalitet på domstolsnivån

3.3.1 Amerikansk rätt

Det bör åter påpekas, att den amerikanska strukturen skiljer sig mot den svenska och inte enligt samma mönster låter sin indelas i en lagstiftnings- respektive domstolsnivå. I allt relevant ingår inte Supreme Court i domstolsnivån: Även om den per definition är en domstol så utgör den en överordnad rättskälla med prejudicerande tolkningsföreträde. Vidare ingår inte heller granskning av fall av Supreme Court i appellationskedjan som möjliga forum för överklagande.

Sett till tillvägagångssätt blir utrymmet för delstatsdomstolen att manövrera i frågan proportionalitet tydligt större än de svenska motsvarigheterna.

Uppsatsen uppställer i denna fråga direkta exempel från delstatlig lag¹⁹⁵ såväl som hela raden refererade mål i Supreme Court¹⁹⁶ för att understryka att delstaterna och dess domstolar har stora utrymmen att utforma och tillämpa egna principer utifrån koncept om straffteori och proportionalitet.

Den bundenhet delstatsdomstolarna har av Supreme Courts praxis i ämnet proportionalitet för påföljdsbedömning har kommit att yttra sig främst i sådana rättsfall som avser huruvida en påföljd är förbjuden enligt åttonde och fjortonde tilläggen till konstitutionen; varefter Supreme Court antingen har godtagit domslutet och den delstatliga lagen eller underkänt domslutet och förklarat regeln utan verkan. Supreme Court uppställer således bara ett slags tak, men inte så mycket mer. Det torde därför stå individuella domare fritt att tillämpa också andra tankegångar än prevention i sin proportionalitetsbedömning; såsom humanitet. Detta kan vidare understrykas i de högst informella (emellertid statistiskt belagda) uppgifterna att olika domare möjliggörs att ha olika rykte såsom hårda eller överseende, eller lagda åt att tillämpa vissa påföljder mer gärna än andra.

Återigen bör understrykas uppsatsens syfte¹⁹⁷ metodvalets¹⁹⁸ ställningstagande att uppsatsen jämför straffteorier, och inte rättsystem. Det bör emellertid kunna sammanfattas så, att det amerikanska rättsystemets spännvidd möjliggör ett betydligt bredare spektra i straffteorier än vad Sverige kan uppvisa. Denna relativa frihet och obundenhet för domstolarna att tillämpa teorier och principer bör och skall dock ifrågasättas, då amerikansk rätt länge plågades och plågats av institutionella sjukdomar såsom anklagelser om korrupktion och inte minst sociala motsättningar och institutionaliserad rasism.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Jfr avsnitt 2.3.2 om ”wobblers” i Kalifornisk lag samt avsnitt 2.5.

¹⁹⁶ Jfr avsnitt 2.4.1 – 2.4.9.

¹⁹⁷ Jfr avsnitt 1.1.

¹⁹⁸ Jfr avsnitt 1.4.

¹⁹⁹ Särskilt domar före och kring medborgarrättsrörelserna på 60-talet visar att USA var ett synnerligen segregerat land där alla inte var lika inför lagen.

3.3.2 Svensk rätt

I svensk rätt är domstolen starkt begränsad att resonera kring proportionalitet utifrån andra principer än de om humanitet.²⁰⁰ Detta framgår tydligt i rättskällorna (utöver lag också förarbeten och doktrin).²⁰¹ Doktrinen är i huvudsak författad i denna anda; varför ”radikala” domar som Mefedronfallen²⁰² går att motivera utifrån rådande principer. Att göra det rakt motsatta, d.v.s. att raskt mer än dubbla straffvärdet för en gärning, hade inte funnit stöd eller kunnat motiveras utifrån rättskällorna. För att resonera hypotetiskt skulle alltså svenska domare med en retributiv inställning till straff svårligen kunna motivera strängare påföljder utifrån existerande lagrum och rättskällor.

Genomslaget av humanitetsprincipen torde också kunna besvara varför svenska domar generellt placerar sig i den nedre tredjedelen av straffskalan och straffvärdesbedömningar görs i huvudsak restriktivt.

3.4 Författarens reflektioner och deltagande i diskussionen

Som jag nämnt²⁰³ har jag formulerat en viss vilja att aktualisera en retributiv diskussion i ett svenskt sammanhang. Någon gång i halvåret briljerar kvällspressen med någon tidningsrubrik som skall visa hur tandlös svensk straffrätt är; ofta slår medföljande artiklar an på rättviseaspekten, huruvida det verkligen är rättvist att den begångna gärningen bestraffas så (milt) som den gör. Debatten blir sällan starkare än så. Det är på sin höjd på sexualbrottens

²⁰⁰ Jfr sammanfattningen i avsnitt 2.7.

²⁰¹ Jfr avsnitt 2.6.3 och 2.6.4.

²⁰² Jfr avsnitt 2.6.6.

²⁰³ Jfr avsnitt 1.

område vi kan ana vissa retributiva företrädare; där finns också ett större genomslag av preventiva resonemang.

Men begreppet ”rättvisa” får inte komma på glid. Sverige har i allt väsentligt välfärden att tacka för den låga förekomsten av grova vålds- och tillgreppsbrott. En under internationella omständigheter liten organiserad brottslighet med likaledes begränsat våldskapital har bidragit till denna situation. Följande frågor ger upphov till fler frågor än direkta svar, men bör betänkas:

- Är det rättvisa att den dömdes förutsättningar skall ges prioritet vid en proportionalitetsbedömning?
- Vid vilka förutsättningar som ovan dras gränsen, ingår ”rätten till frihet” i sådana förutsättningar som bör prioriteras?
- Är det rättvisa att kriminalvården medvetet gör avsteg från sådana fysiska attribut som anses typiska för ”fängelse”?²⁰⁴
- Är det rättvisa att flerfaldig brottslighet rabatteras och karriärbrottslingar ges obetydliga påföljdshöjningar?
- Representerar svensk straffrätt generellt en återgivning av proportionerliga påföljder för de gärningar den straffbelägger?

För att resonera vidare mer informellt; så vidhåller Sverige ett för den dömdes del märkligt system där social stigmatisering utgör en påtaglig och varaktig del av straffet. Ett exempel är utdrag från belastningsregistret som nu för tiden ofta görs avgörande vid eventuell anställning; ett tydligt exempel på att samhällets ”dom” kvarstår även när straffet är avtjänat. Jag tycker mig kunna ana en tydligt poäng i detta, att retributiva tankegångar kvarstår i samhället trots att vi väljer att låta lagtext och författningar leva kvar i andra anmärkningar.

²⁰⁴ Med detta avses olika aspekter hos den svenska Kriminalvården motiverade av humanitetsskäl: Detta kan vara diverse bekvämlighetsaspekter (att man är ensam i en cell, i vilken grad personliga persedlar och effekter tolereras); att fängelsekläder liknar civila kläder, att man använder vissa benämningar (”paviljong” etc) samt att man vill förmedla en viss känsla av frihet (man undviker gallerdörrar/ galler för fönstren, på anstalter med lägre säkerhetsklass låses inte celldörrarna för den intagne etc).

Vad är då retributivismens skuggsida? Även om vi separerar retributivismen från USA, så kan straffteorin ändå i många avseenden tjäna som ett avskräckande exempel. Det oerhörda lindandet, ångesten och stress som orsakas av att vara oskyldigt dömd till döden, anförs av somliga som i sig ett tydligt argument mot de strängaste av straff. Den som förespråkar stränga straff och därmed en högre repressionsnivå bör alltid vara medveten om rättssamhällets brister; att alla är människor och att ingen domstol varken känner till sanningen eller kan döma sant objektivt.

Också genom uppsatsens inledande citat av Johnny Cash²⁰⁵ vill jag visa vad det innebär att vara berövad rätten till frihet; vad paketet retributiv straffideologi innebär för den dömd. Det är ingen underdrift att det kan vara en särskilt svår upplevelse att avtjäna sitt straff i ett amerikanskt fängelse, och att sådana omständigheter såsom den amerikanska kriminalvårdens utformning är starkt influerad av retributiva tankegångar.²⁰⁶

I en ansats att blicka framåt är det inget vilt påstående att hävda att Sverige kan förvänta sig en sådan ökning av brottsligheten som ligger utanför också vad som är proportionerligt med tanke på befolkningsökningen m.m. Svårare ekonomiska förhållanden och ett strängare politiskt klimat är typiskt sett sådana faktorer som ofta lett till ökad brottslighet och i förlängningen ökade kriminaliseringar och högre repressionsnivåer. Att humanitetsaspekterna därför nått sitt zenit i svensk straffteori kan därmed vara ett rimligt påstående, vilket också torde kunna styrkas av vissa tongångar i nyare kriminaliseringar och förarbeten.²⁰⁷

²⁰⁵ Jfr avsnitt 1.

²⁰⁶ Jfr viss uppräknig i sista stycket avsnitt 1.

²⁰⁷ Jfr avsnitt 2.6.10

För amerikansk del blir omdömet mera tvåfaldigt: Å ena sidan finns det tydliga markörer på att de allra strängaste yttringarna av retributivism mattats av,²⁰⁸ å andra sidan brottas USA med större sociala frågor än på mycket länge; vilket torde indikera att avkall på denna stränga straffteori lär vänta på sig. Bland de främsta av dessa sociala frågor märks ekonomin och den växande fångpopulationen, som redan är en av de största i världen. Det är också svårt att förvänta sig en mera omfattande humanitetsdiskussion i ett rättssystem som av allt att döma är berett att behålla en sådan extensiv tillämpning av retributivismen och prevention i sin straffteori.

²⁰⁸ Jfr avsnitt 2.3.1 och särskilt inskränkningarna i ”third strike”-reglerna sedan 2012 och ytterligare möjligheter till strafflindring som ”wobbler”, jfr avsnitt 2.3.1. Se också rättsfallen *Atkins v. Virginia* (jfr avsnitt 2.4.8) *Roper v. Simmons* (jfr avsnitt 2.4.10).

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1987/88:120 *Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.)*

Prop. 2008/09:118 *Straffet för mord m.m.*

SOU 2012:34 *Nya påföljder*

Monografier och samlingsverk

Ashworth, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, 5th ed, Cambridge University Press, Cambridge 2010

Varning för straff – Om vådan av den nyttiga straffrätten, A. Ashworth, P.O Träskman, D. Victor (ed.) *et al.*, Norstedts Juridik, Stockholm 1995

Asp, Petter, Ulväng, Magnus & Jareborg, Nils, *Kriminalrättens grunder*, Iustus Förlag, Uppsala 2010

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2003

Borgeke, Martin, *Att bestämma påföljd för brott*, uppl. 2:1, Norstedts Juridik, Stockholm 2012

von Hirsch, Andrew, *Censure and Sanctions*, Oxford University Press, Oxford 1993

Crime, Punishment, and Responsibility – The Jurisprudence of Antony Duff, R, Cruft, M.H Kramer, M.R Reiff *et al.*(ed.), Oxford University Press, Oxford 2011

Hart, H.L.A., *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed, Oxford University Press, Oxford 2008

Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth, Gardner, J. et al. L. Zedner & J.V Roberts (ed.), Oxford University Press, Oxford 2012

Simmonds, Nigel E, *Juridiska principfrågor, Rättvisa gällande rätt och rättigheter*, Norstedts Juridik, upplaga 1:10, Stockholm 2009

Artiklar

Asp, Petter, ”Högsta Domstolen revolutionerar narkotikabrotten”, SvJT 2011 s. 659

Baker, Roozbeh (Rudy) B., “Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment”, *Inter-American Law Review* 39, University of Miami 2008 s. 483

Berman, Mitchell N., “Two Kinds of Retributivism”, i *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S.P Green (ed.), Oxford University Press, Oxford 2011, s. 433-460

Blumenson, Eric, “Retributivism”, *Legal Studies Research Paper* 12-55, Suffolk Law School, Boston 2012

Dubber, Markus D., “Foundations of State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal law”, i *Philosophical Foundations of Criminal Law*, S. P Green (ed.), Oxford University Press, Oxford 2011, s. 83-106

Gordon, Loren, "Where to Commit a Crime if You Can Only Spare a Few Days To Serve the Time: The Constitutionality of Californias Wobbler Statutes as Applied in the State Today", *Southwestern Law Review* 33, 2004, s. 497

Jareborg, Nils, "Humanitet och straffbestämning", Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, 2000 s. 435

Jareborg, Nils, "Straffmätning vid flerfaldig brottslighet", SvJT 1999 s. 264

"Vilken sorts straffrätt vill vi ha?" i *Varning för straff – Om vådan av den nyttiga straffrätten*, 1995 (se ovan 4.2) s. 19-37

Perklev, Anders, "Straffmätning i narkotikamål – fyra domar från Högsta domstolen", SvJT 2012 s. 131

Robinson, Paul H. & Dubber, Markus D., "The American Model Penal Code: A Brief Overview", *New Criminal Law Review*, Vol. 10, Buffalo 2007 s. 1

Träskman, Per Ole, "Påföljd, proportionalitet och prioritering av samhällsstraff", SvJT 2003 s. 173

Victor, Dag, "Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem", SvJT 1999, s. 132

Whitman, James Q., "A Plea Against Retributivism", *Yale Faculty Scholarship Series*, Paper 648, New Haven CT 2004

Rättsfallsförteckning

USA

United States Supreme Court

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)

Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003)

Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002)

Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991)

Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983)

Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302 (1989)

Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989)

Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980)

Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977)

Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962)

Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910)

In re Kemmler, 136 U.S. 436 (1890)

Missouri State Supreme Court

State ex rel. Simmons v. Roper, 112 S. W. 3d 397 (2003)

Sverige

NJA 1998 s. 713

NJA 2011 s. 357

NJA 2011 s. 675 I och II

NJA 2011 s. 799

Förteckning över lagar och andra rättsakter

Sverige

Brottsbalk (1962:700)

Regeringsformen (1974:152)

USA

The Penal Code of California

Internationella konventioner

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 1 november 1950
(Europakonventionen, EKMR)

Bilaga A

The Penal Code of California “Preliminary Provisions” (*Preliminary Provisions enacted 1872*)

Section 17

- (a) A felony is a crime that is punishable with death, by imprisonment in the state prison, or notwithstanding any other provision of law, by imprisonment in a county jail under the provisions of subdivision (h) of Section 1170. Every other crime or public offense is a misdemeanor except those offenses that are classified as infractions.
- (b) When a crime is punishable, in the discretion of the court, either by imprisonment in the state prison or imprisonment in a county jail under the provisions of subdivision (h) of Section 1170, or by fine or imprisonment in the county jail, it is a misdemeanor for all purposes under the following circumstances:
 - (1) After a judgment imposing a punishment other than imprisonment in the state prison or imprisonment in a county jail under the provisions of subdivision (h) of Section 1170.
 - (2) When the court, upon committing the defendant to the Division of Juvenile Justice, designates the offense to be a misdemeanor.
 - (3) When the court grants probation to a defendant without imposition of sentence and at the time of granting probation, or on application of the defendant or probation officer thereafter, the court declares the offense to be a misdemeanor.
 - (4) When the prosecuting attorney files in a court having jurisdiction over misdemeanor offenses a complaint specifying that the offense is a misdemeanor, unless the defendant at the time of his or her arraignment or plea objects to the offense being made a misdemeanor, in which event the complaint shall be amended to charge the felony and the case shall proceed on the felony complaint.
 - (5) When, at or before the preliminary examination or prior to filing an order pursuant to Section 872, the magistrate determines that the offense is a misdemeanor, in which event the case shall proceed as if the defendant had been arraigned on a misdemeanor complaint.
- (c) When a defendant is committed to the Division of Juvenile Justice for a crime punishable, in the discretion of the court, either by imprisonment in the state prison or imprisonment in a county jail under the provisions of subdivision (h) of Section 1170, or by fine or imprisonment in the county jail not exceeding one year, the offense shall, upon the discharge of the defendant from the

Division of Juvenile Justice, thereafter be deemed a misdemeanor for all purposes.

- (d) A violation of any code section listed in Section 19.8 is an infraction subject to the procedures described in Sections 19.6 and 19.7 when:
 - (1) The prosecutor files a complaint charging the offense as an infraction unless the defendant, at the time he or she is arraigned, after being informed of his or her rights, elects to have the case proceed as a misdemeanor, or;
 - (2) The court, with the consent of the defendant, determines that the offense is an infraction in which event the case shall proceed as if the defendant had been arraigned on an infraction complaint.
- (e) Nothing in this section authorizes a judge to relieve a defendant of the duty to register as a sex offender pursuant to Section 290 if the defendant is charged with an offense for which registration as a sex offender is required pursuant to Section 290, and for which the trier of fact has found the defendant guilty.

Bilaga B

The Penal Code of California, Part I, Title 16 “General Provisions”

Section 667

- (a) (1) In compliance with subdivision (b) of Section 1385, any person convicted of a serious felony who previously has been convicted of a serious felony in this state or of any offense committed in another jurisdiction which includes all of the elements of any serious felony, shall receive, in addition to the sentence imposed by the court for the present offense, a five-year enhancement for each such prior conviction on charges brought and tried separately. The terms of the present offense and each enhancement shall run consecutively.
- (2) This subdivision shall not be applied when the punishment imposed under other provisions of law would result in a longer term of imprisonment. There is no requirement of prior incarceration or commitment for this subdivision to apply.
- (3) The Legislature may increase the length of the enhancement of sentence provided in this subdivision by a statute passed by majority vote of each house thereof.
- (4) As used in this subdivision, “serious felony” means a serious felony listed in subdivision (c) of Section 1192.7.
- (5) This subdivision shall not apply to a person convicted of selling, furnishing, administering, or giving, or offering to sell, furnish, administer, or give to a minor any methamphetamine-related drug or any precursors of methamphetamine unless the prior conviction was for a serious felony described in subparagraph (24) of subdivision (c) of Section 1192.7.
- (b) It is the intent of the Legislature in enacting subdivisions (b) to (i), inclusive, to ensure longer prison sentences and greater punishment for those who commit a felony and have been previously convicted of one or more serious and/or violent felony offenses.
- (c) Notwithstanding any other law, if a defendant has been convicted of a felony and it has been pled and proved that the defendant has one or more prior serious and/or violent felony convictions as defined in subdivision (d), the court shall adhere to each of the following:
- (1) There shall not be an aggregate term limitation for purposes of consecutive sentencing for any subsequent felony conviction.
- (2) Probation for the current offense shall not be granted, nor shall execution or imposition of the sentence be suspended for any prior offense.

- (3) The length of time between the prior serious and/or violent felony conviction and the current felony conviction shall not affect the imposition of sentence.
- (4) There shall not be a commitment to any other facility other than the state prison. Diversion shall not be granted nor shall the defendant be eligible for commitment to the California Rehabilitation Center as provided in Article 2 (commencing with Section 3050) of Chapter 1 of Division 3 of the Welfare and Institutions Code.
- (5) The total amount of credits awarded pursuant to Article 2.5 (commencing with Section 2930) of Chapter 7 of Title 1 of Part 3 shall not exceed one-fifth of the total term of imprisonment imposed and shall not accrue until the defendant is physically placed in the state prison.
- (6) If there is a current conviction for more than one felony count not committed on the same occasion, and not arising from the same set of operative facts, the court shall sentence the defendant consecutively on each count pursuant to subdivision (e).
- (7) If there is a current conviction for more than one serious or violent felony as described in paragraph (6), the court shall impose the sentence for each conviction consecutive to the sentence for any other conviction for which the defendant may be consecutively sentenced in the manner prescribed by law.
- (8) Any sentence imposed pursuant to subdivision (e) will be imposed consecutive to any other sentence which the defendant is already serving, unless otherwise provided by law.
- (d) Notwithstanding any other law and for the purposes of subdivisions (b) to (i), inclusive, a prior conviction of a serious and/or violent felony shall be defined as:
- (1) Any offense defined in subdivision (c) of Section 667.5 as a violent felony or any offense defined in subdivision (c) of Section 1192.7 as a serious felony in this state. The determination of whether a prior conviction is a prior felony conviction for purposes of subdivisions (b) to (i), inclusive, shall be made upon the date of that prior conviction and is not affected by the sentence imposed unless the sentence automatically, upon the initial sentencing, converts the felony to a misdemeanor. None of the following dispositions shall affect the determination that a prior conviction is a prior felony for purposes of subdivisions (b) to (i), inclusive:
- (A) The suspension of imposition of judgment or sentence.
- (B) The stay of execution of sentence.
- (C) The commitment to the State Department of Health Services as a mentally disordered sex offender following a conviction of a felony.
- (D) The commitment to the California Rehabilitation Center or any other facility whose function is rehabilitative diversion from the state prison.
- (2) A prior conviction in another jurisdiction for an offense that, if committed in California, is punishable by imprisonment in the state prison shall constitute a prior conviction of a particular serious and/or violent felony if the prior conviction in the other jurisdiction is for an offense that includes all of the elements of a particular violent felony as defined in subdivision (c) of Section 667.5 or serious felony as defined in subdivision (c) of Section 1192.7.
- (3) A prior juvenile adjudication shall constitute a prior serious and/or violent felony conviction for purposes of sentence enhancement if:

- (A) The juvenile was 16 years of age or older at the time he or she committed the prior offense.
 - (B) The prior offense is listed in subdivision (b) of Section 707 of the Welfare and Institutions Code or described in paragraph (1) or (2) as a serious and/or violent felony.
 - (C) The juvenile was found to be a fit and proper subject to be dealt with under the juvenile court law.
 - (D) The juvenile was adjudged a ward of the juvenile court within the meaning of Section 602 of the Welfare and Institutions Code because the person committed an offense listed in subdivision (b) of Section 707 of the Welfare and Institutions Code.
- (e) For purposes of subdivisions (b) to (i), inclusive, and in addition to any other enhancement or punishment provisions which may apply, the following shall apply where a defendant has one or more prior serious and/or violent felony convictions:
- (1) If a defendant has one prior serious and/or violent felony conviction as defined in subdivision (d) that has been pled and proved, the determinate term or minimum term for an indeterminate term shall be twice the term otherwise provided as punishment for the current felony conviction.
 - (2) (A) Except as provided in subparagraph (C), if a defendant has two or more prior serious and/or violent felony convictions as defined in subdivision (d) that have been pled and proved, the term for the current felony conviction shall be an indeterminate term of life imprisonment with a minimum term of the indeterminate sentence calculated as the greatest of:
 - (i) Three times the term otherwise provided as punishment for each current felony conviction subsequent to the two or more prior serious and/or violent felony convictions.
 - (ii) Imprisonment in the state prison for 25 years.
 - (iii) The term determined by the court pursuant to Section 1170 for the underlying conviction, including any enhancement applicable under Chapter 4.5 (commencing with Section 1170) of Title 7 of Part 2, or any period prescribed by Section 190 or 3046.
 - (B) The indeterminate term described in subparagraph (A) shall be served consecutive to any other term of imprisonment for which a consecutive term may be imposed by law. Any other term imposed subsequent to any indeterminate term described in subparagraph (A) shall not be merged therein but shall commence at the time the person would otherwise have been released from prison.
 - (C) If a defendant has two or more prior serious and/or violent felony convictions as defined in subdivision (c) of Section 667.5 or subdivision (c) of Section 1192.7 that have been pled and proved, and the current offense is not a serious or violent felony as defined in subdivision (d), the defendant shall be sentenced pursuant to paragraph (1) of subdivision (e) unless the prosecution pleads and proves any of the following:
 - (i) The current offense is a controlled substance charge, in which an allegation under Section 11370.4 or 11379.8 of the Health and Safety Code was admitted or found true.
 - (ii) The current offense is a felony sex offense, defined in subdivision (d) of Section 261.5 or Section 262, or any felony offense that results in mandatory registration as a sex offender pursuant to

subdivision (c) of Section 290 except for violations of Sections 266 and 285, paragraph (1) of subdivision (b) and subdivision (e) of Section 286, paragraph (1) of subdivision (b) and subdivision (e) of Section 288a, Section 311.11, and Section 314.

- (iii) During the commission of the current offense, the defendant used a firearm, was armed with a firearm or deadly weapon, or intended to cause great bodily injury to another person.
- (iv) The defendant suffered a prior serious and/or violent felony conviction, as defined in subdivision (d) of this section, for any of the following felonies:
 - (I) A “sexually violent offense” as defined in subdivision (b) of Section 6600 of the Welfare and Institutions Code.
 - (II) Oral copulation with a child who is under 14 years of age, and who is more than 10 years younger than he or she as defined by Section 288a, sodomy with another person who is under 14 years of age and more than 10 years younger than he or she as defined by Section 286, or sexual penetration with another person who is under 14 years of age, and who is more than 10 years younger than he or she, as defined by Section 289.
 - (III) A lewd or lascivious act involving a child under 14 years of age, in violation of Section 288.
 - (IV) Any homicide offense, including any attempted homicide offense, defined in Sections 187 to 191.5, inclusive.
 - (V) Solicitation to commit murder as defined in Section 653f.
 - (VI) Assault with a machine gun on a peace officer or firefighter, as defined in paragraph (3) of subdivision (d) of Section 245.
 - (VII) Possession of a weapon of mass destruction, as defined in paragraph (1) of subdivision (a) of Section 11418.
 - (VIII) Any serious and/or violent felony offense punishable in California by life imprisonment or death.

- (f) (1) Notwithstanding any other law, subdivisions (b) to (i), inclusive, shall be applied in every case in which a defendant has one or more prior serious and/or violent felony convictions as defined in subdivision (d). The prosecuting attorney shall plead and prove each prior serious and/or violent felony conviction except as provided in paragraph (2).

(2) The prosecuting attorney may move to dismiss or strike a prior serious and/or violent felony conviction allegation in the furtherance of justice pursuant to Section 1385, or if there is insufficient evidence to prove the prior serious and/or violent felony conviction. If upon the satisfaction of the court that there is insufficient evidence to prove the prior serious and/or violent felony conviction, the court may dismiss or strike the allegation. Nothing in this section shall be read to alter a court’s authority under Section 1385.

- (g) Prior serious and/or violent felony convictions shall not be used in plea bargaining as defined in subdivision (b) of Section 1192.7. The prosecution shall plead and prove all known prior felony serious and/or violent convictions and shall not enter into any agreement to strike or seek the dismissal of any prior serious and/or violent felony conviction allegation except as provided in paragraph (2) of subdivision (f).

- (h) All references to existing statutes in subdivisions (c) to (g), inclusive, are to statutes as they existed on November 7, 2012.
- (i) If any provision of subdivisions (b) to (h), inclusive, or the application thereof to any person or circumstance is held invalid, that invalidity shall not affect other provisions or applications of those subdivisions which can be given effect without the invalid provision or application, and to this end the provisions of those subdivisions are severable.
- (j) The provisions of this section shall not be amended by the Legislature except by statute passed in each house by rollcall vote entered in the journal, two-thirds of the membership concurring, or by a statute that becomes effective only when approved by the electors.

Section 667.5

Enhancement of prison terms for new offenses because of prior prison terms shall be imposed as follows:

- (a) Where one of the new offenses is one of the violent felonies specified in subdivision (c), in addition to and consecutive to any other prison terms therefor, the court shall impose a three-year term for each prior separate prison term served by the defendant where the prior offense was one of the violent felonies specified in subdivision (c). However, no additional term shall be imposed under this subdivision for any prison term served prior to a period of 10 years in which the defendant remained free of both prison custody and the commission of an offense which results in a felony conviction.
- (b) Except where subdivision (a) applies, where the new offense is any felony for which a prison sentence or a sentence of imprisonment in a county jail under subdivision (h) of Section 1170 is imposed or is not suspended, in addition and consecutive to any other sentence therefor, the court shall impose a one-year term for each prior separate prison term or county jail term imposed under subdivision (h) of Section 1170 or when sentence is not suspended for any felony; provided that no additional term shall be imposed under this subdivision for any prison term or county jail term imposed under subdivision (h) of Section 1170 or when sentence is not suspended prior to a period of five years in which the defendant remained free of both the commission of an offense which results in a felony conviction, and prison custody or the imposition of a term of jail custody imposed under subdivision (h) of Section 1170 or any felony sentence that is not suspended. A term imposed under the provisions of paragraph (5) of subdivision (h) of Section 1170, wherein a portion of the term is suspended by the court to allow mandatory supervision, shall qualify as a prior county jail term for the purposes of the one-year enhancement.
- (c) For the purpose of this section, "violent felony" shall mean any of the following:
 - (1) Murder or voluntary manslaughter.
 - (2) Mayhem.
 - (3) Rape as defined in paragraph (2) or (6) of subdivision (a) of Section 261 or paragraph (1) or (4) of subdivision (a) of Section 262.
 - (4) Sodomy as defined in subdivision (c) or (d) of Section 286.
 - (5) Oral copulation as defined in subdivision (c) or (d) of Section 288a.
 - (6) Lewd or lascivious act as defined in subdivision (a) or (b) of Section 288.
 - (7) Any felony punishable by death or imprisonment in the state prison for life.
 - (8) Any felony in which the defendant inflicts great bodily injury on any person other than an accomplice which has been charged and proved as provided for in Section 12022.7, 12022.8, or 12022.9 on or after July 1, 1977, or as specified prior to July 1, 1977, in Sections 213, 264, and 461, or any felony in which the defendant uses a firearm which use has

been charged and proved as provided in subdivision (a) of Section 12022.3, or Section 12022.5 or 12022.55.

- (9) Any robbery.
 - (10) Arson, in violation of subdivision (a) or (b) of Section 451.
 - (11) Sexual penetration as defined in subdivision (a) or (j) of Section 289.
 - (12) Attempted murder.
 - (13) A violation of Section 18745, 18750, or 18755.
 - (14) Kidnapping.
 - (15) Assault with the intent to commit a specified felony, in violation of Section 220.
 - (16) Continuous sexual abuse of a child, in violation of Section 288.5.
 - (17) Carjacking, as defined in subdivision (a) of Section 215.
 - (18) Rape, spousal rape, or sexual penetration, in concert, in violation of Section 264.1.
 - (19) Extortion, as defined in Section 518, which would constitute a felony violation of Section 186.22 of the Penal Code.
 - (20) Threats to victims or witnesses, as defined in Section 136.1, which would constitute a felony violation of Section 186.22 of the Penal Code.
 - (21) Any burglary of the first degree, as defined in subdivision (a) of Section 460, wherein it is charged and proved that another person, other than an accomplice, was present in the residence during the commission of the burglary.
 - (22) Any violation of Section 12022.53.
 - (23) A violation of subdivision (b) or (c) of Section 11418. The Legislature finds and declares that these specified crimes merit special consideration when imposing a sentence to display society's condemnation for these extraordinary crimes of violence against the person.
- (d) For the purposes of this section, the defendant shall be deemed to remain in prison custody for an offense until the official discharge from custody, including any period of mandatory supervision, or until release on parole or postrelease community supervision, whichever first occurs, including any time during which the defendant remains subject to reimprisonment or custody in county jail for escape from custody or is reimprisoned on revocation of parole or postrelease community supervision. The additional penalties provided for prior prison terms shall not be imposed unless they are charged and admitted or found true in the action for the new offense.
- (e) The additional penalties provided for prior prison terms shall not be imposed for any felony for which the defendant did not serve a prior separate term in state prison or in county jail under subdivision (h) of Section 1170.
- (f) A prior conviction of a felony shall include a conviction in another jurisdiction for an offense which, if committed in California, is punishable by imprisonment in the state prison or in county jail under subdivision (h) of Section 1170 if the defendant served one year or more in prison for the offense in the other jurisdiction. A prior conviction of a particular felony shall include a conviction in another jurisdiction for an offense which includes all of the elements of the particular felony as defined under California law if the

defendant served one year or more in prison for the offense in the other jurisdiction.

- (g) A prior separate prison term for the purposes of this section shall mean a continuous completed period of prison incarceration imposed for the particular offense alone or in combination with concurrent or consecutive sentences for other crimes, including any reimprisonment on revocation of parole which is not accompanied by a new commitment to prison, and including any reimprisonment after an escape from incarceration.
- (h) Serving a prison term includes any confinement time in any state prison or federal penal institution as punishment for commission of an offense, including confinement in a hospital or other institution or facility credited as service of prison time in the jurisdiction of the confinement.
- (i) For the purposes of this section, a commitment to the State Department of Mental Health as a mentally disordered sex offender following a conviction of a felony, which commitment exceeds one year in duration, shall be deemed a prior prison term.
- (j) For the purposes of this section, when a person subject to the custody, control, and discipline of the Secretary of Corrections and Rehabilitation is incarcerated at a facility operated by the Division of Juvenile Justice, that incarceration shall be deemed to be a term served in state prison.
- (k) (1) Notwithstanding subdivisions (d) and (g) or any other provision of law, where one of the new offenses is committed while the defendant is temporarily removed from prison pursuant to Section 2690 or while the defendant is transferred to a community facility pursuant to Section 3416, 6253, or 6263, or while the defendant is on furlough pursuant to Section 6254, the defendant shall be subject to the full enhancements provided for in this section.
(2) This subdivision shall not apply when a full, separate, and consecutive term is imposed pursuant to any other provision of law.