



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rebecca Ekberg

Straffvärde eller straffmättningsvärde?
– en studie av 29 kap. brottsbalkens struktur, systematik
och straffteori

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin för examen: HT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och perspektiv	10
1.5 Material	13
1.6 Forskningsläge	14
1.7 Terminologi	15
1.8 Disposition	16
2 OM STRAFFMÄTNINGSVÄRDEDEBATTEN I SVENSK JURISTTIDNING	17
3 OM 29 KAP. BROTTSBALKEN	20
3.1 Inledning	20
3.1.1 Allmänt om påföljdsbestämmningsreglerna	20
3.1.2 Om begreppet straffmätning	20
3.1.3 Om förhållandet mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken	21
3.2 Allmän teoretisk bakgrund till 29 kap. brottsbalken	21
3.2.1 Varför en påföljdsbestämmningsreform 1988?	21
3.2.2 Allmänt om straffteorier	23
3.2.2.1 Prevention – allmän och individual	24
3.2.2.2 Proportionalitet, förtjänstteorin och retributivism	25
3.2.2.3 Humanitet	26
3.2.3 Grundläggande straffteorier och principer i lagförarbetena	27
3.2.3.1 Fängelsestraffkommitténs betänkande <i>Påföljd för brott</i>	27
3.2.3.2 Regeringens proposition <i>Om ändring i brottsbalken m.m.</i>	28
3.2.3.3 Straffteori och principer kommenterade i senare lagförarbeten	29
3.2.3.4 Sammanfattande kommentar	30
3.2.4 Grundläggande straffteorier och principer enligt doktrinen	31
3.3 29 kap. brottsbalkens struktur och straffteori genom studier av dess bestämmelser	32
3.3.1 Överblick av 29 kap. brottsbalkens disposition	32
3.3.2 Bestämmelser avseende straffvärdebedömningen	32
3.3.2.1 Om straffvärdebegreppet	33
3.3.2.2 Den grundläggande bestämmelsen om straffvärde	34

3.3.2.3	Försvårande och förmildrande omständigheter	36
3.3.3	Övriga straffmättningsbestämmelser	38
3.3.3.1	Återfall	38
3.3.3.2	Billighetsskäl	39
3.3.3.3	Påföljdseftergift	41
3.3.3.4	Ungdom	41
3.4	Straffteorierna och principernas förenlighet med strukturen och bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken	42
3.4.1	Analys: straffteoriernas och principernas förenlighet med 29 kap. brottsbalken	43
3.4.1.1	Allmän- och individualprevention	43
3.4.1.2	Proportionalitet	44
3.4.1.3	Humanitet	46
3.4.1.4	Övriga grundläggande och övergripande principer	47
3.4.2	Resultat: vilka kriterier kan identifieras och uppställas inför analysen av beslutsstrukturerna?	48
4	BESLUTSSTRUKTURER FÖR 29 KAP. BROTTSBALKEN	49
4.1	Jareborgs och Zilas beslutsstruktur	49
4.2	Borgekes beslutsstruktur	54
4.3	Stenborres beslutsstruktur	58
4.4	Högsta domstolen och beslutsstrukturen	59
4.4.1	NJA 2008 s. 359	59
4.4.2	NJA 2013 s. 397	60
4.4.3	NJA 2014 s. 559	61
4.4.4	NJA 2014 s. 990	62
4.4.5	NJA 2015 s. 417	62
4.5	Analys och resultat: vilka beslutsstrukturer kan identifieras och vilket värde utgår respektive beslutsstruktur ifrån?	64
5	ANALYS: BESLUTSSTRUKTURERNAS FÖRENLIGHET MED 29 KAPITLET'S STRUKTUR, STRAFFTEORI OCH PRINCIPER	66
5.1	Beslutsstrukturerna, den legislativa strukturen och kriterierna	66
5.1.1	Förenlighet med den legislativa strukturen	66
5.1.2	Förenlighet med de uppställda kriterierna	67
5.1.2.1	Proportionalitet	68
5.1.2.2	Humanitet	68
5.1.2.3	Rättssäkerhetsprinciper	69
5.1.2.4	Preventionsteorierna	70
5.2	Resultat	71
5.2.1	Vilken beslutsstruktur överensstämmer mest och bäst med den legislativa strukturen och kriterierna?	71
5.2.2	Vilken beslutsstruktur bör tillämpas i förhållande till och i enlighet med kriterierna?	72
6	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	73
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	76

Summary

During 2015, in *Svensk Juristtidning*, one specific question has triggered debate: the question of what value – the penal value or the ‘meting out of punishment value’ – should constitute the starting point for the choice of sanction. The same question and debate served as source of inspiration for the subject of this thesis. The purpose of this thesis is to examine and elucidate Chapter 29 of the Swedish Penal Code – the chapter’s structure, systematics, underlying theory of punishment and principles, and analyze how these components relate to each other. This thesis also attempts to contribute with *one* perspective in regards to what value should constitute the starting point for the choice of sanction. The main research question coincides with the purpose: *what can a study of Chapter 29’s structure, systematics and theory of punishment contribute with in the debated question of what value – the penal value or the ‘meting out of punishment value’ – that ought to constitute the starting point of the choice of sanction?* The study also sets out to answer questions considering Chapter 29 of the Penal Code – how the chapter is structured, what theory of punishment and principle is the chapter founded upon, the compatibility between these components, what decision structure can be identified for the application of Chapter 29, and what value can be connected to the decision structure. In addition, questions considering the decision structures’ compatibility with the legislative structure, the theories of punishment and principles of Chapter 29, have been discussed. Inevitably, the study also brings forth a standpoint in the question of what decision structure should be applied by the court. The method applied in the study can be described as a legal dogmatic method and is characterized by an analytical nature, an inner perspective, *de lege ferenda* argumentation and a sort of theoretic evaluation of the research questions.

After a thorough examination of the articles in and the legislative structure of Chapter 29 of the Penal Code, as well as the underlying theories of punishment and principles, the study reached a partial result. The theories of punishment and the founding principles of Chapter 29 can be arranged into an order of precedence decided by their compatibility with the articles in and the legislative structure of Chapter 29, accordingly: proportionality and humanity, general principles of law and order, and prevention theories. In addition, an examination of doctrine and precedents identified two decision structures for the application of Chapter 29 of the Penal Code: one more divided and one more coherent. The divided decision structure uses the penal value, and the coherent decision structure uses the ‘meting out of punishment value’, as the starting point of the choice of sanction.

The two partial results became important constituents in the study’s analysis – the decision structures’ compatibility with the identified and arranged theories of punishment and principles, and the legislative structure of Chapter 29 of the Penal Code. Both the divided decision structure and the coherent decision structure appeared compatible with all the components of the assessment, but to different extents. In the end, the compatibility depended on the legislative structure of Chapter 29 of the Penal Code, which this study presumed to follow the order of the articles in the chapter. However, what the study truly demonstrates is that the legislative structure is not a matter of course. Instead, the structure can be interpreted in two different ways – as the order of the arti-

cles in the chapter, or as dependent on the 'prison presumption' in Article 4 of Chapter 30 of the Penal Code. Thereby, the questions considering what decision structure that are most compatible with the theories of punishment, principles and the legislative structure, as well as what decision structure that should be applied, became dependent on how the legislative structure of Chapter 29 is interpreted. If the legislative structure is interpreted in accordance with the purpose of this thesis, i.e. that it is independent and follows the order of the articles in the chapter, the more coherent decision structure should be applied. If the legislative structure is seen in light of the study's discoveries, i.e. that it is dependent on Article 4 of Chapter 30 of the Penal Code that implies another order among the articles in Chapter 29, the more divided decision structure should be applied. What this study contributes with in the question of what value that should constitute the starting point for the choice of sanction, is that both the penal value and the 'meting out of punishment value' can be regarded as compatible with the structure, the theories of punishment and principles of Chapter 29 of the Penal Code, depending on how the components are estimated and the degree of independence that Chapter 29 is ascribed.

Sammanfattning

I Svensk Juristtidning i år har frågan om vilket värde – straffvärde eller straffmättningsvärde – som bör utgöra utgångspunkten inför påföljdsvalet föranlett debatt. Samma fråga och debatt har agerat som inspirationskälla till ämnet för detta examensarbete. Ifrågavarande uppsats har som syfte att undersöka och belysa brottsbalkens 29:e kapitlets struktur, systematik, bakomliggande straffteorier och principer, samt analysera hur de nämnda komponenterna förhåller sig till varandra. Genom detta syfte eftersträvas även att försöka bidra med *ett* perspektiv, *ett* betraktelsesätt, i frågan om vilket värde som bör utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet. Arbetets huvudfrågeställning sammanfaller med dess syfte och lyder som följer: *vad kan en studie av 29 kapitlets struktur, systematik och straffteori bidra med i den omdebatterade frågan om vilket värde – straffvärde eller straffmättningsvärde – som bör utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet?* I studien har följande frågeställningar beträffande 29 kap. brottsbalken besvarats – hur kapitlet är strukturerat, vilka straffteorier och principer som ligger till grund för det, förenlighet mellan dessa komponenter, vilka beslutsstrukturer som kan identifieras för tillämpningen av 29 kap. brottsbalken samt vilket värde respektive beslutsstruktur kan sammankopplas med. Därtill har även frågeställningar rörande beslutsstrukturernas förenlighet med den legislativa strukturen, straffteorierna och principerna i 29 kap. brottsbalken behandlats. Oundvikligen har studien även föranlett ett visst ställningstagande i frågan om vilken beslutsstruktur som bör tillämpas. Metoden som tillämpas i studien kan beskrivas som rättsdogmatisk och har präglats av en analytisk karaktär, ett inre perspektiv, *de lege ferenda* argumentation och en slags teoretisk utvärdering av forskningsfrågorna.

Efter ett granskande och belysande av bestämmelserna och den legislativa strukturen i 29 kap. brottsbalken samt de bakomliggande straffteorierna och principerna anlände studien i ett delresultat. Straffteorier och principer som grundar 29 kap. brottsbalken kan uppställas i en rangordning bestämd utifrån deras förenlighet med bestämmelserna och den legislativa strukturen i kapitlet: proportionalitet och humanitet, rättssäkerhetsprinciper och preventionsteorier. Därtill resulterade ett granskande av doktrin och prejudikat i att två beslutsstrukturer för tillämpandet av 29 kap. brottsbalken kan identifieras: en uppdelad och en sammanhållen. Den uppdelade beslutsstrukturen utgår från straffvärdet och den sammanhållna beslutsstrukturen utgår från straffmättningsvärdet som utgångspunkt för påföljdsvalet.

De två delresultaten kom att bli beståndsdelar i studiens analys – beslutsstrukturernas förenlighet med de uppställda straffteorierna och principerna samt den legislativa strukturen i 29 kap. brottsbalken. Såväl den uppdelade som den sammanhållna beslutsstrukturen visade sig förenlig med samtliga komponenter i bedömningen, om än i olika grad. Förenligheten blev i slutändan beroende av den legislativa strukturen i 29 kap. brottsbalken som i studien hade förutsatts följa den ordningsföljd som bestämmelserna i kapitlet skapar. Vad studien däremot förevisat är att den legislativa strukturen inte är en självklarhet. Istället kan den tolkas på två olika sätt – som bestämmelsernas ordningsföljd i kapitlet eller som beroende av fängelsespresumtionen i 30 kap. 4 § brottsbalken. Därmed blev frågorna rörande vilken beslutsstruktur som är mest förenlig med straffteorierna, principerna och den legislativa strukturen, samt frågan om vilken av dem som bör tillämpas, beroende av hur den legislativa strukturen i

29 kap brottsbalken tolkas. Om den legislativa strukturen tolkas i enlighet med studiens syfte, d.v.s. att den är självständig och utgörs av bestämmelsernas ordningsföljd i kapitlet, är det den mer sammanhållna beslutsstrukturen som bör tillämpas. Om den legislativa strukturen ses i ljuset av studiens upptäckter, d.v.s. att den är beroende av 30 kap. 4 § brottsbalken som implicerar en annan följd av bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken, ska den mer uppdelade beslutsstrukturen tillämpas. Vad denna studie därmed bidrar med i frågan om vilket värde som bör utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet är att såväl straffvärdet som straffmättningsvärdet kan anses vara förenlig med strukturen, straffteorierna och principerna bakom 29 kap. brottsbalken beroende på hur komponenterna värderas och vilken grad av självständighet som 29 kapitlet tillerkänns.

Förord

Nog finns det mål och mening i vår färd –
men det är vägen, som är mödan värd.

Ur ”I rörelse”, *Karin Boye*

Min studietid vid Juridiska fakulteten i Lund lider nu mot sitt slut. Trots en känsla av vemod är det med tillförsikt, nyfikenhet, stor glädje och ett öppet sinne jag välkomnar framtiden och arbetslivet. Det har sannerligen varit en spännande resa fram till denna stund.

Jag vill rikta ett innerligt tack till min handledare, Christoffer Wong, för ständigt engagemang, inspiration och goda råd.

Slutligen vill jag tacka min älskade sambo, familj och vänner för outhärligt stöd, hjälp och uppmuntran under hela min studietid och framförallt under denna utmaning – att författa ett examensarbete.

Malmö, januari 2016

Rebecca Ekberg

Bryt upp, bryt upp! Den nya dagen gryr.

Oändligt är vårt stora äventyr.

Ur ”I rörelse”, *Karin Boye*

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Vi kunde ha skonat hans liv, men värdet av slikt är ej stort.
En dråpare var Torkel. Vi handlade så som vi bort.
Vi alla är män från bygden, och detta var riktigt gjort.
Ur ”Torkel Tyre”, Karin Boye

Påföljdsbestämningen med dess inneboende straffvärdebedömning, straffmätning och påföljdsval utgör inte enbart en viktig del av straffrätten utan agerar ofta även som föremål för debatt och diskussion. Ämnets nära förhållande till tankar om rätt och fel frambringar inte sällan åsikter och värderingar.

I Svensk Juristtidning i år har särskilt en fråga avseende påföljdsbestämningen föranlett debatt och diskussioner – frågan om vilket värde, straffvärde eller straffmättningsvärde¹, som bör utgöra utgångspunkten inför påföljdsvalet.² Vad debattörerna synes vara ense om är att denna fråga i grunden handlar om, eller åtminstone har nära beröringspunkter med, frågan om de olika beslutsstrukturer³ som samexisterar och tillämpas vid påföljdsbestämningen.⁴ En beslutsstruktur med straffmättningsvärde som utgångspunkt för påföljdsvalet kritiserar av f.d. justitierådet Dag Victor bl.a. för att vara oförenlig med påföljdsbestämningens legislativa struktur samt att den äventyrar förefintligheten av en fristående bedömning av straffvärdets styrka, dvs. gärningens förkastlighet.⁵ Härtill förhåller inte beslutsstrukturen sig neutral till en fråga som lagstiftningen inte besvarar – huruvida billighetsskälens inverkan på straffmätningen kan överföras direkt till påföljdsvalet.⁶ Däremot förespråkas och motiveras samma beslutsstruktur av justitierådet Martin Borgeke bl.a. på grund av att den verkar för en enhetlig rättstillämpning i domstolarna samt tillgodoser intresset av att billighetsskälens i 29 kap. 5 § brottsbalken (1962:700) får det genomslag som de var avsedda att få enligt lagstiftaren.⁷ Emellertid torde samtliga debattörer vara ense om att en beslutsstruktur som utgår från straffmättningsvärdet kan tillämpas som en tumregel (om än en grov sådan enligt somliga) inför påföljdsvalet så länge medvetenhet om att det i vissa fall kan finnas skäl att avvika från tumregeln upprätthålls.⁸

Vid första anblick kan ovannämnda debatt i Svensk Juristtidning anses vara relativt oansenlig och handla om lagtekniska petitesser utan egentlig inverkan på den praktiska rättstillämpningen. Samtidigt framhävs värdet av denna typ av debattinlägg för rättsutvecklingen och vikten av fortsatta diskussioner om på-

¹ Se Borgekes definition i avsnitt 4.2.

² Här i kronologisk ordning: Dag Victor, ”*Straffmättningsvärde*” och *påföljdsval* i Svensk Juristtidning 2015 s. 173; Martin Borgeke, *Straffmättningsvärdet – en replik* i Svensk Juristtidning 2015 s. 281; Petter Asp, *Enighet om tumregeln* i Svensk Juristtidning 2015 s. 292. För en djupare redogörelse av debatten se kapitel 2.

³ Med detta begrepp menas i denna studie ett system eller modell för att tillämpa och fatta beslut enligt 29 kap. & 30 kap. brottsbalken, se mer härom i not 13 nedan och avsnitt 1.7.

⁴ Asp 2015, s. 292; Borgeke 2015, s. 286; Victor 2015, s. 184.

⁵ Victor 2015, s. 195f.

⁶ Victor 2015, s. 197f.

⁷ Borgeke 2015, s. 289f.

⁸ Asp 2015, s. 295; Borgeke 2015, s. 289; Victor 2015, s. 189.

följdsbestämningens strukturer och nyanser.⁹ Därtill kan de största problemen med dagens påföljdssystem anses vara förknippade med just dess struktur.¹⁰ Ifrågavarande debatt kom att bli startskottet för detta examensarbete. Hur kunde debatten uppstå? Varför kan en diskussion om olika beslutsstrukturer och olika värden uppkomma? Detta blev min utgångspunkt. En tanke började gro och en föreställning uppstod – måhända en analys av 29 kap. brottsbalken kunde bringa klarhet i frågan, det är ju trots allt däri de båda begreppen, eller värdena, återfinns och skapas. Dessutom har Victor hävdad att vårt nuvarande påföljdssystem och kriterierna för dess användning kan framstå som oförenliga med de principer som framhävdes i och var vägledande för 1988/89 års påföljdsbestämningsreform.¹¹ Beträffande denna reform har Ulväng poängterat att principerna bakom regleringen får direkt genomslag i varje mål där en påföljdsbestämning företas – varför det är få delar inom straffrätten där angelägenheten att frambringa och upprätthålla en teoretisk överbyggnad är så påtaglig som just inom påföljdsbestämningen.¹² Tankegången utvecklades. Måhända kunde även en analys av de straffteorier och principer som grundar 29 kap. brottsbalken bidra med ett perspektiv i frågan. Således hade ämnet för detta examensarbete fastställts – en studie av 29 kap. brottsbalken och dess struktur, systematik och straffteori.

1.2 Syfte och frågeställningar

Likt ovannämnt utgår denna studie från en grundläggande föreställning om att en undersökning och analys av strukturen i och avsikterna bakom 29 kap. brottsbalken borde kunna ge viss vägledning i frågan om valet mellan straffvärde och straffmättningsvärde som utgångspunkt för påföljdsvalet. Frågan om valet mellan de olika värdena kan i grunden anses vara en fråga om vilken beslutsstruktur¹³ som bör tillämpas för påföljdsbestämningen och, mer specifikt för denna studie, för 29 kap. brottsbalken.

Med utgångspunkt i föreställningen är syftet med detta examensarbete att undersöka och belysa brottsbalkens 29:e kapitelns struktur, systematik, bakomliggande straffteorier och principer, samt analysera hur de nämnda komponenterna förhåller sig till varandra. Den sistnämnda analysen avser en bedömning och värdering av förenligheten mellan å ena sidan den legislativa strukturen, straffteorin och principerna och å andra sidan den systematiska beslutsstrukturen. Genom detta syfte eftersträvas även att försöka bidra med ett perspektiv, ett betraktelsesätt, i frågan om vilket värde – straffvärde eller straffmättningsvärde – som bör utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet. De två olika värdena kan finna grund och berättigande utifrån olika straffteorier och principer, varför valet mellan straffvärde eller straffmättningsvärde kan komma att ha

⁹ Asp 2015, s. 292 & 296; Borgeke 2015, s. 290.

¹⁰ SOU 2012:34, s. 119.

¹¹ Victor 2015, s. 174.

¹² Ulväng 2009, s. 412.

¹³ Med *beslutsstruktur* avses den modell eller systematik som används vid tillämpandet av 29 kap. och 30 kap. brottsbalken, dock främst avseende 29 kap. brottsbalken i denna studie. Jareborg och Zila använder begreppet beslutsteoretisk struktur i boken *Straffrättens påföljdslära* och Borgeke använder benämningen tankeschema i sin bok *Att bestämma påföljd för brott*.

konsekvenser för den mer principiella frågan beträffande straffets rättfärdigande. Arbetets syfte sammanfaller oundvikligen med dess huvudfråga:

- Vad kan en studie av 29 kapitlets struktur, systematik och straffteori bidra med i den omdebatterade frågan om vilket värde – straffvärde eller straffmättningsvärde – som bör utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet?

I studien förekommer det även ett flertal delfrågor som av nödvändighet behöver besvaras i avsikt att uppnå syftet och behandla huvudfrågan. Dessa delfrågor kan med fördel indelas i två grupper, varav en främst avses besvaras fortlöpande i studien och en avses besvaras i och utgöra föremål för studiens analys. De delfrågor som kommer besvaras löpande i de kapitel och avsnitt som behandlar 29 kapitlets legislativa struktur, straffteori och principer, samt beslutsstruktur är:

- Hur ser 29 kap. brottsbalken ut – hur är det strukturerat – och vilka straffteorier och principer ligger till grund för kapitlet?
- Är kapitlets legislativa struktur och bestämmelser förenliga med dess straffteorier och principer?
- Vilka beslutsstrukturer avseende att tillämpa 29 kap. brottsbalken kan identifieras och vilket värde – straffvärde eller straffmättningsvärde – ska ligga till grund för påföljdsvalet enligt respektive beslutsstruktur?

De delfrågor som kommer besvaras i och utgöra föremål för studiens analys är:

- vilken av beslutsstrukturerna överensstämmer mest och bäst med följande kriterier: den legislativa strukturen, straffteorierna och principerna som 29 kap. brottsbalken vilar på?

Föregående fråga föranleder och inbegriper också ett ställningstagande om den praktiska rättstillämpningen:

- Vilken beslutsstruktur bör tillämpas i förhållande till och i enlighet med kriterierna?

1.3 Avgränsningar

Avsikten med detta arbete är inte att frambringa ett klart och tydligt svar i den mindre, mer preciserade och tämligen intrikata frågan om vilket värde – straffvärde eller straffmättningsvärde – som bör utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet. Avsikten är att se till den stora bilden, att se till 29 kap. brottsbalkens struktur, systematik, straffteori och principer för att på så sätt bidra med *ett* perspektiv i den mindre och preciserade frågan – *ett* potentiellt sätt att granska frågan. Jag är medveten om att det inre perspektiv¹⁴ som tillämpas i studien är just enbart *ett* sätt att granska frågans problematik. Härtill finns det naturligtvis andra möjliga perspektiv och tillvägagångssätt att granska saken för att kunna ge ett mer fullständigt svar i den aktuella omdebatterade frågan. Detta är dock inte syftet med denna studie och därför utelämnas dessvärre andra potentiella perspektiv än just det inre. Denna avgränsning är i grunden baserad i tids- och

¹⁴ Inre perspektiv förklaras närmare i avsnittet om metod och perspektiv. Andra möjliga perspektiv skulle kunna vara olika utifrånperspektiv eller ett perspektiv med fokus på att jämföra resultat av olika beslutsstrukturer, d.v.s. ett mer praktikbaserat perspektiv.

utrymmesbrist, men framförallt i att ett inre perspektiv framstod som en naturlig och klar avgränsning för denna studie som utgår från en föreställning om att 29 kap. brottsbalken torde kunna bidra med kunskap i ämnet i det stora hela och därmed delvis i den mindre och intrikata frågan.

En ytterligare avgränsning i detta arbete relateras till förhållandet mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken. Fokus för denna studie är först och främst 29 kap. brottsbalken. Emellertid kommer 30 kap. brottsbalken oundvikligen att beröras i samband med beslutsstrukturerna för 29 kap. brottsbalken eftersom beslutsstrukturerna baseras på och utgår från båda kapitlen. Avsikten med studien är däremot inte att genomföra en djupare granskning av valet av påföljd – den delen av beslutsstrukturen kommer således att delvis utelämnas ur denna uppsats. Därtill kan nämnas att en sådan granskning skulle vara alltför tidskrävande i förhållande till denna studies tidsram. Att 29 kap. brottsbalken är i fokus beror på att straffvärde och straffmättningsvärde återfinns och skapas i just 29 kap. brottsbalken. Således kommer 30 kap. brottsbalken enbart att beröras till den del den har betydelse för en beslutsstruktur enligt 29 kap. brottsbalken. Med andra ord kommer påföljdsvalet enbart att tangeras avseende den initiala fråga som domstolen måste ta ställning till vid tillämpande av 29 kap. brottsbalken – nämligen vilket straff som hade dömts ut om straff valts som påföljd, d.v.s. valet mellan böter eller fängelse (en prövning av den s.k. fängelsepresumtionen).¹⁵ Därmed kommer 30 kap. 4 § brottsbalken att beröras i arbetet, om än ingen annan del av 30 kap. brottsbalken.

Härtill kan tilläggas att andra bestämmelser som är av vikt för påföljdsbestämningen men som återfinns i andra delar av brottsbalken eller andra lagar inte kommer att behandlas i denna studie. Inte heller kommer någon djupare granskning att ske avseende den problematik som härrör från frågan om varför 29 kap. och 30 kap. brottsbalken är åtskilda, d.v.s. varför bestämmelserna i dessa två kapitlen inte är förenade i ett gemensamt kapitel. Specifik problematik avseende bl.a. återfall, artbrott, billighetsskäl, flerfaldig brottslighet, påföljds-konkurrens som aktualiseras vid påföljdsbestämningen avses inte behandlas i denna studie, mer än att de eventuellt berörs kortfattat vid genomgången av 29 kap. brottsbalken.¹⁶ Samtliga nyssnämnda avgränsningar har företagits p.g.a. att de är alltför tids- och utrymmeskrävande i förhållande till studiens omfattning.

Förevarande studie är i grunden av teoretisk karaktär. Beslutsstrukturerna kommer att analyseras utifrån kriterier funna i en genomgång av 29 kap. brottsbalken struktur, straffteori och principer – utifrån ett inre perspektiv. Beslutsstrukturerna kommer således inte att prövas utifrån en praktisk synvinkel, m.a.o. avser denna studie inte att granska och jämföra de verkliga resultaten som de olika beslutsstrukturerna ger vid en praktisk tillämpning. En sådan ”prövning i praktiken” är naturligtvis av intresse och vikt, men ingår inte i och faller utanför det inre perspektiv som tillämpas i denna studie. Därtill kan påpekas att en sådan praktisk studie skulle vara alltför tidskrävande i förhållande till detta arbetes tidsram. Emellertid, i avsikt att bringa någon form av praktiskt perspektiv kommer ett fåtal prejudikat att belysas. Annan kritik som kan relateras till bristen av praktisk anknytning i studien härrörs till det faktum att straff-

¹⁵ Avgränsningsinspiration hämtad från Ågren 2013, s. 326.

¹⁶ Avseende en del av de nämnda ämnena har det författats hela avhandlingar, se bl.a. Catharina Sitte Durlings *Tidigare brottslighet: Om rättsverkningar av återfall i brott* från 2005, Jack Ågrens *Billighetsskäl i BrB 29:5 – berättigande och betydelse vid påföljdsbestämning* från 2013 och Magnus Ulvängs *Påföljds-konkurrens – problem och principer* från 2005.

teorier, bestraffningsideologier och principer inte behöver överensstämma med hur påföljdsbestämningen fungerar i praktiken.¹⁷ Trots detta avser jag att undersöka hur pass överensstämmande straffteorierna är med de beslutsstrukturer som tillämpas avseende den del av påföljdsbestämningen som avser 29 kap. brottsbalken. Grundtankarna och principerna bakom rättssystemet har tillkommit av en anledning – de ger uttryck för syftet med regleringen. Av denna anledning finner jag att undersökningen likväl är betydelsefull, om än bara för att uppmärksamma vad som är den grundläggande tanken bakom 29 kap. brottsbalken. Dessutom borde det vara värdefullt och viktigt även för den praktiska tillämpningen, inte enbart i den teoretiska dimensionen, att begrunda lagstiftarens tilltänkta ändamål och syfte med regleringen.

Beträffande den straffteori som ska behandlas i studien har följande avgränsning företagits. Straffets syfte ska förstås i förhållande till en tredelad struktur av det straffrättsliga systemet: hot om straff (kriminaliseringsnivå), ådömande av straff (domsnivå), samt verkställighet av straff (verkställighetsnivå).¹⁸ I denna studie är domsnivån av främst relevans och intresse, det är nämligen där påföljdsbestämningen sker. Kriminaliseringsnivån kommer nämnas kortfattat p.g.a. att straffskalorna bestäms på denna nivå och straffskalorna har betydelse för straffvärdebedömningen som ingår i påföljdsbestämningen. Verkställighetsnivån faller utanför denna studies syfte som inriktas på 29 kap. brottsbalken. På domsnivån är det främst frågan kring straffvärde och straffmätning som ämnas behandlas (som kan anses vara av mer kvantitativ art), inte valet av påföljd (som kan anses vara av mer kvalitativ art), vilket delvis sammanhänger med studiens syfte och fokus på 29 kap. brottsbalken.

Avslutningsvis ska det betonas och markeras att studien inte avser att presentera och framlägga allomfattande baskunskap i ämnet. Kravet på läsarens kunskapsnivå kan måhända uppfattas som högt, vilket beror på syftets snävhet och tydliga fokus på 29 kap. brottsbalken. Dessutom är ämnesinspirationen, debatten i Svensk Juristtidning, också på en hög kunskapsnivå vilket oundvikligen synes ha påverkat nivån på ifrågasvarande studies förkunskapskrav.

1.4 Metod och perspektiv

Detta arbete har genomförts genom studier av gällande rätt. I avsikt att uppnå arbetets syfte och besvara de olika forskningsfrågorna har jag valt att tillämpa en metod, ett tillvägagångssätt, som kan beskrivas som rättsdogmatisk. Den rättsdogmatiska metoden handlar i grunden om att söka svaren i allmänt accepterade rättskällor såsom lagstiftning, lagförarbeten, prejudikat och doktrin.¹⁹ Därtill kan den sägas ha som främsta ändamål att fastställa gällande rätt. Samtidigt handlar rättsvetenskapliga arbeten, enligt Sandgren, om mer än så, som att t.ex. systematisera material och innehåll eller utveckla begreppsapparaten. Härtill torde en rättsdogmatiker kunna använda grundläggande värderingar, såsom ändamål bakom lagstiftning, i sin systematisering och tolkning.²⁰ Att fastställa gällande rätt, systematisera innehållet och utveckla begreppsapparaten genom

¹⁷ Ulväng 2005, s. 85. Se även de beaktanden som görs avseende straffteori, teleologisk tolkning och teoretisk utvärdering i metod- och perspektivavsnitt 1.4.

¹⁸ Jareborg & Zila 2014, s. 63; Ågren 2013, s. 78.

¹⁹ Kleineman 2013, s. 21.

²⁰ Sandgren 2009, s. 118 & 121f. i kapitlet med rubrik ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”.

ett granskande av ovannämnda rättskällor ur ett lagändamålsperspektiv är det som jag, genom detta arbete, ämnar försöka åstadkomma.

Rättsdogmatiken har av Jareborg förklarats bestå i en rekonstruktion av rättssystemet och gällande rätt.²¹ Den handlar om att bedriva forskning i ett vetenskapligt syfte att rekonstruera ett visst fragment av ett rättssystem. Denna forskning karaktäriseras av en vetenskaplig inställning att inte sluta ifrågasätta – att inte sluta fråga varför.²² Den verklighet som rättsdogmatiken behandlar är inte den juridiska praktiken utan snarare rättssystemet som normativt system.²³ Föreliggande studie fokuseras framförallt kring lagstiftningen och dess syften – inte på den praktiska tillämpningen. Visserligen kommer beslutsstrukturer för påföljdsbestämningen att granskas utifrån lagens struktur, straffteori och principer, men avsikten är inte att rekonstruera en praktisk tillämpning av ifrågasättande regelsystem. Avsikten är snarare att rekonstruera, i bemärkelsen att återge och återskapa, det normativa systemet. En potentiell risk med rekonstruktionsförfarandet är, enligt Kleineman, att ens egen entusiasm för en viss lösning eller synsätt hindrar en från att förhålla sig neutral till ett synsätt som kanske inte speglar en lika positiv syn av rättsläget som önskats.²⁴ Med detta riskbeteende i åtanke ska jag naturligtvis sträva efter att förhålla mig så neutral som möjligt i min studie. Detta har bl.a. skett genom belysande av olika rättsvetenskapares motstående ståndpunkter samt genom uppriktighet beträffande de resultat som studien utfaller i.

Svaret på en vetenskaplig fråga är inte sällan snarare av *bör*-karaktär än av *ska*-karaktär, dvs. att det finns goda skäl för att t.ex. använda en viss begrepps-bildning eller verklighetsbild.²⁵ Denna *bör*-karaktär kan relateras till *de lege ferenda* argumentation. Rättsdogmatiken ägnar sig inte sällan åt att analysera vilka argument som är tillåtna i diskussion om för eller emot en viss lösning på ett juridiskt problem. Skillnad görs mellan *de lege lata* och *de lege ferenda* argumentation, i vilken den förra avser att beskriva rättsläget och den senare avser att föreslå lösningar på problem.²⁶ Victor menar att diskussion avseende alternativa beslutsstrukturer kan föras från olika perspektiv – ett av dessa är ett *de lege ferenda* perspektiv – d.v.s. frågan om vilken beslutsstruktur som *bör* gälla.²⁷ Denna studie karaktäriseras till stor del av *bör* och *de lege ferenda* eftersom en förhoppning är att granska de olika beslutsstrukturernas förenlighet med lagens grundläggande straffteorier och principer och därigenom oundvikligen delvis bedöma vilken av dessa beslutsstrukturer som *bör* tillämpas utifrån det givna inre perspektivet. Därmed inte sagt att stora delar av studien kommer utgöras av ett *de lege lata* perspektiv.

Begreppet rättsdogmatisk metod har kritiserats bland annat p.g.a. att *ett rätt svar* ofta inte existerar inom rättsvetenskapen. Snarare finns det en tendens att genom tolkning av rättskällematerial påvisa olika potentiella lösningar. Enligt Sandgren kan denna tendens betraktas som motsatsen till ett dogmatiskt synsätt, vilket ju utgår från att det finns en ”förborgad sanning”.²⁸ Istället hade metoden med fördel, enligt Sandgren, närmast kunnat beskrivas som analytisk

²¹ Jareborg 2004, s. 4.

²² Jareborg 2004, s. 8.

²³ Jareborg 2004, s. 9.

²⁴ Kleineman 2013, s. 43.

²⁵ För ett liknande resonemang se Jareborg 2004, s. 3.

²⁶ Kleineman 2013, s. 36.

²⁷ Victor 2015, s. 184.

²⁸ Sandgren 2009, s. 117 & 122f.

än dogmatisk – *en analytisk rättsvetenskap*.²⁹ Denna tolkning av den rättsdogmatiska metoden kan med fördel tillämpas för att finna *svaren* på de frågor som denna studie avser att behandla. Redan i ett initialt skede kunde jag konstatera att det inte skulle finnas en förborgad sanning – det skulle komma att finnas många olika sanningar och strategier. Inte heller kommer *ett rätt svar* att frambringas genom denna studie – istället påvisar och resulterar studien snarare i olika potentiella svar.

Mot bakgrund av det sagda har denna studie inte varit bunden av en grundläggande rättsdogmatisk metod i den mening att studien enbart fastställer gällande rätt, utan studien har till stor del grundats i den ovanbeskrivna bredare tolkningen av den rättsdogmatiska metoden. Jag har således genom att tillämpa en *analytisk* metod granskat gällande rätt och systematiserat innehållet i avsikt att försöka rekonstruera det normativa rättsystemet. Genom detta tillvägagångssätt har jag ofrånkomligen kommit att fundera kring vilken av dessa ”sanningar”, d.v.s. beslutsstrukturer, som *bör* tillämpas enligt, eller bäst överensstämmer med, det inre perspektiv som genomsyrar hela studien.

I denna studie har jag för avsikt att utvärdera och bedöma olika beslutsstrukturer för 29 kap. brottsbalken från ett inre, eller inifrån³⁰, perspektiv. Bedömningen tar, i enlighet med det givna perspektivet, sikte på beslutsstrukturernas förenlighet med de bakomliggande straffteorierna och principerna i 29 kap. brottsbalken. De kriterier som beslutsstrukturerna ska bedömas utifrån är således de olika straffteorier och principer som går att finna i lagförarbetena till kapitlet. Härtill kommer även de straffteorier och principer som i doktrinen hävdas grunda 29 kap. brottsbalken att beröras. Enligt Kleineman finns det en tendens inom rättsdogmatisk forskning att söka svaren på juridiska frågeställningar genom just ett inre perspektiv – som om lösningen existerade i själva definitionen av en rättsregel eller ett begrepp. Denna tendens har i litteraturen omnämnts som ett slags begreppsjurisprudens som inte sällan kan leda till cirkeldefinitioner och cirkelresonemang.³¹ Detta kan anses utgöra ett riskbeteende inom rättsdogmatiken och bör uppmärksammas. Föreliggande studie kan mycket väl komma att ligga i riskzonen för begreppsjurisprudens eftersom arbetets syfte utgår från just ett inre perspektiv. Även om studiens resultat kan anses vara viss cirkelkaraktär, då svaret kommer vara beroende av ett annat svar, är de resultat som påträffats likväl av betydelse och värde inför framtida diskussioner beträffande påföljdsbestämningens strukturer.

Likt tidigare nämnt präglas föreliggande studie även av ett lagändamålsperspektiv, d.v.s. att rättskällorna som grundar studien stundtals kommer tolkas teleologiskt (ändamålstolkning). Teleologisk tolkning är en vanlig tolkningsmetod som, enligt Victor, ska tillämpas med försiktighet inom straffrättens område där intresse för förutsebarhet och likabehandling gör sig särskilt gällande. Däremot innebär inte det sagda att det är rimligt att helt bortse från lagstiftarens ändamål.³² Som det kommer framgå senare i arbetet utgör förutsebarhet och likabehandling viktiga principer och ändamål med påföljdsbestämningssy-

²⁹ Sandgren 2009, s. 125. Ett annat sätt att benämna tillvägagångssättet är *rättsanalytisk metod*, se Kleineman 2013, s. 24.

³⁰ Enligt Sandgren kan rättsdogmatiken anses karaktäriseras av just ett inifrånperspektiv, se Sandgren 2009, s. 118

³¹ Kleineman 2013, s. 42.

³² Victor 1999, s. 140.

stemet, varför ett tillämpande av teleologisk tolkning i denna studie förhoppningsvis inte kränker eller bortser från dessa principer.

Härtill kan tillvägagångssättet i studien anses utgöra en teoretisk utvärdering eftersom straffteorierna och principerna bakom lagstiftningen används som en slags måttstock inför bedömningen av beslutsstrukturerna. Enligt Victor kan straffteoretisk argumentation på ett olyckligt sätt begränsa debatten om straffsystemets utformning och tillämpning – därför måste även andra intressen vägas mot straffteorierna.³³ Emellertid bygger de förarbeten som föranlett nuvarande påföljdsbestämningssystem på såväl straffteorier som andra principer och intressen. Därför kommer studien inte enbart att beröra straffteorier i strikt mening, utan även andra principer och intressen som lagstiftaren framhåvt i förarbetena. Samtidigt bör det observeras att andra intressen som inte upptas direkt i förarbetena, såsom effektivitet eller processekonomiska aspekter, utelämnas ur studien.

Som ett hjälpmedel vid finlandet och bedömandet av kriterierna ska rättsskälreläran och dess hierarki begrundas och tillämpas.³⁴ Enligt Peczeniks rättsskälrelära *ska* lag, *bör* prejudikat och förarbeten och *får* doktrin beaktas. Enligt Peczenik är de rättskällor som ska beaktas viktigare än de rättskällor som bör beaktas. De rättskällor som bör beaktas är i sin tur viktigare än de rättskällor som får beaktas.³⁵ I avsikt att kunna företa någon form av prioritering inom kriterierna avses denna rättsskälhierarki tillmätas betydelse. Rättsskälreläran kommer således till uttryck i den grova rangordning som ska göras mellan de olika straffteorierna och principerna i avsnitt 3.4.2. En självklar följd av det sagda är att förarbeten således kommer tillmätas något större betydelse än doktrin. Vilka kriterier som uppställs inför bedömningen utvecklas, bestäms och presenteras i avsnitt 3.4.2.

I framställningen kan utländska exempel förekomma, men detta betyder inte att en komparativ metod tillämpas. Avsikten med denna studie är inte att göra en komparation mellan olika länders påföljdsbestämningssystem. De exempel som förekommer är just exempel på hur ett alternativt påföljdsbestämningssystem skulle kunna framstå.

1.5 Material

Som en direkt följd av den rättsdogmatiska metoden (eller analytisk rättsvetenskap) som tillämpas i studien kommer materialet främst att bestå av allmänt accepterade rättskällor. De källor som kommer behandlas är bl.a. lagstiftning, d.v.s. brottsbalken, och lagförarbeten. Särskilt relevanta förarbeten är Fängelsestraffkommitténs betänkande *Påföljd för brott* och regeringens proposition *Om ändring i brottsbalken m.m.* som föranledde 29 kapitlets tillkomst i brottsbalken, men även senare tillkomna och kompletterande förarbeten kommer beröras. Den juridiska litteraturen, eller doktrinen, kommer att utgöras av såväl monografier som artiklar i juridiska tidskrifter. Doktrinen har framförallt valts utifrån

³³ Victor 1999, s. 143.

³⁴ Enligt Sandgren kan den rättsdogmatiska metoden anses karaktäriseras av att rättskällorna ska användas i enlighet med rättsskälreläran, se Sandgren 2009, s. 118. Därtill bör det även framlyftas att Sandgren menar att begreppet rättsskälreläran kan välla osäkerhet p.g.a. dess skiftande innebörder, se Sandgren 2009, s. 120. I denna studie klargörs dock vad som avses med rättsskälreläran för just detta arbete varför problematiken inte är av direkt relevans.

³⁵ Peczenik 1995, s. 35f.

dess ålder – studien baseras i det stora hela på yngre doktrin som är mer anpassad till de olika lagändringar som företagits under åren. Återigen bör det observeras att rättskällevärdet ska hållas i åtanke alltigenom utförandet av studien och värderandet av materialet. Härtill bör det även framhållas att ifrågasättande studie främst utgår från svenskt material. Utländsk forskning och doktrin som eventuellt hade kunnat tillföra andra synvinklar (främst nordisk) har uteslutits ur studien dels p.g.a. studiens begränsade omfattning, dels p.g.a. att studien fokuseras kring ett problem som, trots allt, avser en nationell lagteknisk svårighet rörande just svensk lagstiftning.

Det material som används i den beskrivande delen om strukturen och de bakomliggande straffteorierna och principerna i 29 kap. brottsbalken är delvis författat av debattörerna i Svensk Juristtidning. Möjligtvis skulle detta kunna kritiserats utifrån en tanke om att detta material på förhand skulle vara färgat av deras idéer och därför olämpligt att bruka för nyssnämnda ändamål. Däremot anser jag att så inte är fallet, det material jag har behandlat har noggrant granskats och hanterats utifrån en neutral synvinkel – i avsikt att försöka exkludera personliga åsikter avseende beslutsstrukturen från det allmänna avsnittet om 29 kap. brottsbalken. Dessa åsikter har istället framhävts och erhållits utrymme i kapitel 4.

I detta avsnitt bör det även uppmärksammas att en del av författarna kan ha personliga samband med det material som används. Victor har t.ex. medverkat i Fängelsestraffkommittén och således varit en del av den grupp som utarbetade nuvarande påföljdssystem genom 1988/89 års reform. Till följd av detta kanske hans bidrag i debatten i Svensk Juristtidning i slutändan kommer framstå som mest förenlig med 29 kap. brottsbalken och dess förarbeten. Härtill kan nämnas att en del av debattörerna och författarna själva är justitieråd och möjligen kan tänkas ha intresse av att just deras beslutsstruktur ska tillämpas av Högsta domstolen. Att justitieråden i sin dömande verksamhet agerar opartiskt i rollen som Högsta domstolen ifrågasätts inte i egentlig mening. Däremot bör det inte förglömmas att de även kan vara referenter och att det därför, måhända, kan vara så att det kan bli olika utgångar i domarna beroende på vem som sitter i domstolen. Med det sagda vill jag enbart uppmärksamma läsaren på den problematik som kan anses föreligga när justitieråd både dömer och skriver.

1.6 Forskningsläge

I den aktuella debatten i Svensk Juristtidning i år, beträffande frågan mellan straffvärde och straffmättningsvärde, har främst Victor, Borgeke och Asp varit delaktiga. Härutöver har begreppen i förhållande till fängelsepresumtionen även diskuterats tidigare av Asp, Borgeke, Ulväng, Jareborg och Zila. Borgeke utmärker sig inom ämnet och har författat såväl artiklar som böcker om påföljdsbestämningen och kan sägas ha introducerat och främjat begreppet straffmättningsvärde genom sin bok ”Att bestämma påföljd för brott”, en bok som kommer användas mycket i denna studie. Påföljdsbestämningen och dess struktur och systematik är ett *mycket* omskrivet ämne. En bok som är av stor betydelse för domstolarna är ”Studier rörande påföljdspraxis m.m.” av Borgeke, Månsson och Sterzel. Här utöver kan nämnas böcker och artiklar av bl.a. Asp, Hoflund, Jareborg, Reimer, Sitte Durling (särskilt avseende tidigare brottslighet), Stenborre, Ulväng (lexino), Victor, von Hirsch, Träskman, Zila

och Ågren (särskilt avseende billighetsskålen). Straffteorierna bakom straffsystemet och påföljdssystemet har behandlats och omskrivits dels generellt, dels mer specifikt angående just påföljdsbestämningen. Här kan nämnas bl.a. Ashworth, Borgeke, Ulväng, Victor, von Hirsch och Ågren. Följaktligen kan det konstateras att rättsområdet har undersökts i stor omfattning och inte sällan utgör föremål för forskning och doktrin. Påföljdssystemet synes ha väckt intresse och utgjort ett populärt undersökningsområde alltsedan nuvarande reglering infördes genom 1988/89 års påföljdsbestämningsreform. Bevisligen är det ännu idag ett ämne som engagerar flertalet jurister.

Min uppfattning är att påföljdssystemet ofta angrips och undersöks utifrån sin helhet i avsikt att konkretisera och skapa klarhet i ett tämligen invecklat rättsområde. Att ämnet granskas utifrån sin helhet innebär att undersökningar av påföljdsbestämningen ofta relateras till såväl 29 kap. som 30 kap. brottsbalken. Att så görs beror nog främst på att de två kapitlen är mycket nära sammankopplade och ingår tillsammans i beslutsstrukturen för påföljdsbestämningen. Att separera de två kapitlen och enbart undersöka det ena synes vara en ny (och måhända ogrundad) företeelse. Likväl ska jag främst granska och undersöka 29 kap. brottsbalken med utgångspunkt i den föreställning som studiens syfte bygger på. Genom den specifika avgränsning som företas i studien skapar jag ett nytt perspektiv och tillvägagångssätt för att granska rättsområdet. Vad som däremot torde ha varit mer vanligt förekommande i tidigare forskning är att fokusera på främst en bestämmelse i 29 kap. brottsbalken, se t.ex. Sitte Durlings avhandling om tidigare brottslighet eller Ågrens avhandling om billighetsskålen. Detta arbete kommer ändå relatera till det tidigare helhetsperspektivet eftersom studien avser att ge en helhetsbild av 29 kap. brottsbalkens struktur och straffteori och därigenom belysa flertalet problemområden inom kapitlet. Att studera enbart 29 kap. brottsbalken i sin helhet kan således betraktas som en relativt ny företeelse.

1.7 Terminologi

I arbetet används många begrepp rörande straffbestämmandet som inte alltid framstår som helt tydliga och lättdefinierade. Många av de aktuella begreppen har inte en entydig definition utan är beroende av den subjektiva tolkaren. Studiens karaktär är delvis och oundvikligen något begreppsutredande varför entydiga och klara definitioner av begreppen inte kommer erbjudas i detta avsnitt. Istället ska de viktigaste begreppen utpekas och därtill förses med hänvisning om var de återfinns i arbetet. Begreppet *straffmätning* utreds kortfattat i avsnitt 3.1.2. Begreppet *straffvärde* utreds i avsnitt 3.3.2.1. Begreppet *straffmätningensvärde* kommer framförallt att betinga fjärde kapitlet och uppmärksammas i samtliga av dess avsnitt, en entydig definition kommer inte att erbjudas. Däremot synes Borgekes definition av *straffmätningensvärde* vara lättförståelig och utgöra en bra grunddefinition om en sådan önskas redan i detta skede, definitionen återfinns i avsnitt 4.2.

Begrepp som emellertid kan utredas redan här och nu och ges en generell definition som tillämpas utigenom hela studien är beslutsstruktur respektive legislativa struktur. Med *beslutsstruktur* avses den modell, metod eller system som tillämpas för att fatta beslut utifrån lagens bestämmelser. Med *legislativa struktur* avses den struktur som skönjs i och ådagaläggs genom lagrummen i 29 kap. brottsbalken.

Slutligen ska det framlyftas att det erbjuds en kortare definitionsdiskussion beträffande straffteori, straffideologi och principer.³⁶ I denna studie kommer begreppen straffteori och princip att användas jämsides och kompletterande i avsikt att kunna förklara de grundtankar och värderingar som grundar 29 kap. brottsbalken.

1.8 Disposition

Arbetet utgår från följande disposition. Först presenteras en kort redogörelse för den debatt i Svensk Juristtidning som grundar ämnesvalet, i avsikt att erbjuda läsaren en djupare förståelse och orientering i problematiken. Det bör uppmärksammas att denna debatt kan uppfattas som svårförståelig och knepig vid en första läsning och utan förkunskap i ämnet. Om så är fallet är det ingen anledning till oro utan debatten kommer klarna och förhoppningsvis framstå som mer begriplig efter en genomläsning av denna studie. Redogörelsen av debatten tjänar en viktig funktion i arbetet varför den ändå – trots sin eventuellt höga svårighetsgrad – inkorporerats i början av studien.

Därefter inleds ett längre kapitel som behandlar 29 kap. brottsbalken. I detta kapitel kommer straffteorin att redovisas först, för att efterföljas av en redogörelse för strukturen och bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken, i vilken även straffteori relaterad till varje specifik bestämmelse kommer behandlas. Kapitlet avslutas med en sammanfattning av den straffteori som kan anses grunda 29 kap. brottsbalken enligt såväl förarbeten som doktrinen. Därtill avses en kort analys företas avseende 29 kapitlets inbördes förenlighet. Till sist kommer ett avsnitt med resultat beträffande vilka kriterier som ska utgöra mätstock, inför bedömningen av beslutsstrukturerna, att bedömas och rangordnas. Detta kapitel avser besvara de två förstnämnda frågeställningarna. Att de två frågeställningarna besvaras redan i detta skede beror på en avsikt om att underlätta den kommande framställningen. Inte sällan är det enklare för förståelsen om man erbjuds ett avslut innan ett nytt kapitel tar vid. Därtill behövs den analys och de resultat som kapitlet landar i inför arbetes huvudsakliga analys i femte kapitlet. Ämnet kan uppfattas som komplext och svårbegripligt varför en avslutande analys i respektive kapitel också har en uppsamlade funktion som är tänkt att underlätta för läsaren.

Nästkommande kapitel behandlar de olika beslutsstrukturerna som existerar och förordas vid tillämpandet av 29 kap. brottsbalken. Kapitlet avslutas med en kort analys beträffande vilka beslutsstrukturer som kan identifieras inför studiens analys. Detta kapitel avser besvara den tredje frågeställningen. Återigen erbjuds ett avslut inför kommande kapitel och denna gång är det av särskild betydelse att frågeställningen besvaras eftersom den utgör en viktig grund inför analysen i femte kapitlet.

Härefter, i ett femte kapitel, inleds analysen av beslutsstrukturerna. Det är denna analys som är i behov av resultaten från tidigare kapitel. Detta kapitel avser således besvara de två resterande och sista frågeställningarna. Studien kommer sedermera avrundas och avslutas med ett kapitel innehållande avslutande reflektioner, såväl avseende studiens huvudfråga som av mer allmän karaktär.

³⁶ Se nedan not 78 under avsnitt 3.2.2 och not 114 under avsnitt 3.2.2.3.

2 Om straffmättningsvärde debatten i Svensk Juristtidning

I föreliggande kapitel avses den debatt som föranlett ämnesvalet för denna studie att behandlas något djupare i avsikt att erbjuda läsaren en djupare förståelse och orientering kring uppkomsten av och innehållet i debatten. Återigen bör det framhållas att debatten måhända är något svår att tillgodogöra sig vid en första läsning och utan förkunskap i ämnet.

I den initiala artikeln, författad av f.d. justitierådet Dag Victor, framställs kritik mot användandet av straffmättningsvärde som utgångspunkt inför påföljdsvalet. Victor diskuterar två olika beslutsstrukturer som beskrivits i den juridiska litteraturen. Dessa två beslutsstrukturer utgår från två olika värden som utgångspunkt för påföljdsvalet – den ena utgår från straffmättningsvärde och den andra från straffvärde.³⁷ Den beslutsstruktur som utgår från straffmättningsvärde torde Victor mena att justitierådet Martin Borgeke till stora delar är ansvarig för. Borgeke har författat böcker och artiklar i vilka begreppet används återkommande. Dessutom insinueras att Borgeke lanserat och infört begreppet i Högsta Domstolens dömande verksamhet.³⁸

Victor menar att även om flera beslutsstrukturer skulle kunna vara godtagbara betyder det inte att de är likvärdiga. Tvärtom kan det mycket väl vara så att en är att föredra därför att den kan anses vara enklare utifrån en beslutsökonomisk synvinkel, eller därför att den måhända överensstämmer bättre med påföljdsbestämningens allmänna uppbyggnad.³⁹ Således företar Victor en ekvivalensprövning av de två beslutsstrukturerna han identifierat, dvs. en prövning av om de leder till samma slutresultat, eller åtminstone tillåter att slutresultatet blir detsamma, trots att de utgår från olika strukturer.⁴⁰

Frågan kring beslutsstrukturerna och värdebegreppen har många beröringspunkter med vilken betydelse billighetsskålen i 29 kap. 5 § brottsbalken har för straffmätningen och påföljdsvalet. De två alternativa beslutsstrukturerna skulle kunna anses vara ekvivalenta avseende resultatet, men hur väl de fungerar i praktiken beror på det normativa innehållet. Beslutsstrukturerna har, enligt Victor, inget eget normativt innehåll.⁴¹ Victor menar att den beslutsstruktur som utgår från straffmättningsvärde förutsätter att det finns en automatisk koppling mellan billighetsskålens betydelse för straffmätning respektive påföljdsval. Om man istället, enligt Victor, utgår från att en sådan automatisk koppling inte existerar torde det normativa innehållet på ett enklare och tydligare sätt kunna anpassas till en beslutsstruktur som utgår från straffvärdet.⁴² Argumentation kring att systemets normativa innehåll skulle inneha en sådan koppling har enligt Victor ej förebringats. Istället torde kopplingen grundas i argument om en enhetlig och tydlig tillämpning, vilket enligt Victor inte är ett

³⁷ Victor 2015, s. 173.

³⁸ Victor 2015, s. 174ff., 178, 183.

³⁹ Victor 2015, s. 183f.

⁴⁰ Victor 2015, s. 191. Victors prövning av beslutsstrukturen kan liknas vid denna studies kommande ”prövning”, dock med de bakomliggande straffteorierna och principerna som kriterier inför bedömningen istället för Victors ekvivalenskriteriebaserade bedömning.

⁴¹ Victor 2015, s. 191 & 194.

⁴² Victor 2015, s. 194.

självändamål. Lagstiftaren har istället överlåtit till rättstillämparen att utföra den skälighetsbedömning som beaktandet av billighetsskälerna de facto innebär. En tumregel avseende användningen av straffmätningens värde som utgångspunkt för påföljdsvalet måste alltid vara underordnad en sådan skälighetsbedömning.⁴³

Victors kritik mot straffmätningens värde som utgångspunkt består i bl.a. att den beslutsstruktur som utgår från straffmätningens värde kan ifrågasättas som oförenlig med påföljdsbestämningssystemets legislativa struktur. Därtill riktas kritik hänförlig till den grundläggande presumptionen mot fängelse. Enligt lagen utgör straffvärdet ett av de tre skäl som kan bryta presumptionen mot fängelse. Om straffvärdet bryter presumptionen *mot* fängelse kan billighetsskälerna, enligt Victor, i sin tur bryta den presumption *för* fängelse som straffvärdet föranleder. Om den beslutsstruktur som utgår från straffmätningens värde som utgångspunkt för påföljdsvalet tillämpas, innebär det att det är straffmätningens värde som istället kommer att vara avgörande för om presumptionen mot fängelse bryts eller inte.⁴⁴ Genom detta förfarande, menar Victor, äventyras en självständig bedömning av straffvärdets styrka, dvs. gärningens klandervärdhet. Dessutom innebär det att skäl som talar *mot* fängelse (billighetsskälerna) tillåts ingå som en del i de skäl som talar *för* fängelse (straffvärdet).⁴⁵

Framförallt består Victors kritik i att en beslutsstruktur som utgår från straffmätningens värde inte förhåller sig neutral till en fråga som lagstiftningen inte besvarar – huruvida billighetsskälernas inverkan på straffmätningen kan överföras direkt till påföljdsvalet. Risken uppstår då att den tumregel som Borgeke (enligt Victor) menar att straffmätningens värde kan utgöra uppfattas som en dogmatisk regel utan legislativ eller normativ grund. Victor kan inte finna någon vägledning i de accepterade rättskällorna i frågan om billighetsskälernas betydelse för straffmätning och påföljdsval, varför han föredrar att tillämpa en beslutsstruktur som inte innefattar en ståndpunkt i frågan.⁴⁶

Martin Borgeke har replikerat efter förfrågan av Svensk Juristtidning. Borgeke menar att billighetsskälerna i 29 kap. 5 § brottsbalken är ett resultat av ett försök från de nyklassiska⁴⁷ strömningar som präglade det nuvarande påföljdsbestämningssystemets uppkomst, att påvisa att ett nyklassiskt straffsystem inte behövde vara mindre humant än ett präglat av behandlingstanken.⁴⁸ Billighetsskälerna ska enligt 29 kap. 5 § brottsbalken tillämpas vid straffmätningen, men så även ges betydelse vid påföljdsvalet enligt 30 kap. 4 § brottsbalken. Frågan som diskussionen centreras kring, enligt Borgeke, avser *hur* billighetsskälerna ska beaktas vid påföljdsvalet.⁴⁹ Denna fråga har i sin tur nära likheter med frågan kring de olika beslutsstrukturerna för påföljdsbestämningen.⁵⁰ Borgeke torde mena att det i praktiken är en mycket liten skillnad mellan den beslutsstruktur som utgår från straffvärdet förespråkad av Victor och den av honom själv fö-

⁴³ Victor 2015, s. 194.

⁴⁴ Victor 2015, s. 195.

⁴⁵ Victor 2015, s. 196.

⁴⁶ Victor 2015, s. 197f.

⁴⁷ Det straffsystem som infördes genom 1988/89 års påföljdsreform brukar omnämnas som nyklassiskt eftersom det ansågs anknyta till tidigare ideal beträffande att den straffrättsliga reaktionen huvudsakligen skulle utmätas utifrån den begångna gärningens svårhet, se Borgeke 2015 s. 283.

⁴⁸ Borgeke 2015, s. 285.

⁴⁹ Borgeke 2015, s. 286.

⁵⁰ Borgeke 2015, s. 286.

respråkade beslutsstrukturen som utgår från straffmätningens värde. En anledning att tillämpa den beslutsstruktur som utgår från straffmätningens värde är att det i en del fall (t.ex. när billighetsskäl leder till bötesnivå) kan föranleda att resterande påföljdsbestämning bevisas överflödig.⁵¹

Enligt Borgeke har den av honom förespråkade beslutsstrukturen två viktiga dimensioner. För det första kan denna beslutsstruktur, som bör uppfattas som en tumregel, verka för en enhetlig rättstillämpning i domstolarna. Dock ska det poängteras att beslutsstrukturen är just en tumregel och att domstolarna måste uppmärksamma att inte alla billighetsskäl har samma vikt för eller inverkan på straffmätningen och påföljdsvalet.⁵² För det andra tillgodoser denna beslutsstruktur, eller tumregel, intresset av att billighetsskäl får det genomslag som de var avsedda att få genom 1988/89 års reform. Billighetsskäl är, enligt Borgeke, viktiga och bör ges en betydande inverkan – det är avseende billighetsskälens betydelse som han menar att Victors och hans egen åsikt främst skiljer sig åt. Borgeke framhäver dock vikten av att Högsta domstolen undviker förenklade resonemang och verkar för en nyanserad bedömning i vilken alla element erhåller den tyngd de är avsedda att ha. Emellertid, att domstolen tillämpar presumtioner och tumregler betyder inte att nyanserna riskeras – istället förtjänas i allmänhet en ökad enhetlighet i rättstillämpningen.⁵³

Även Petter Asp har bidragit med inlägg i debatten. Till största del handlar Asps inlägg om att de beslutsstrukturer som diskuteras, enligt honom, i grunden inte skiljer sig åt. Asp menar att tumregeln i all enkelhet innebär att svaret på frågan om straffvärdet är tillräckligt högt för att bryta presumtionen mot fängelse, i situationer då straffvärdet talar för fängelse och billighetsskäl mot, kan sökas i svaret på frågan om straffmätningens värde överstiger ett år. Således menar Asp att denna tumregel inte innefattar att bedöma billighetsskäl i skäl för fängelse, som Victor ju tycks mena. Istället används straffmätningens värde för att bedöma huruvida straffvärdet är högt nog, även med beaktande av billighetsskäl, att bryta fängelsepresumtionen. Dock bör domstolen i sina domskäl avhålla sig från att argumentera enligt denna tumregel och istället ge uttryck för bedömningen i oförkortad form. Det är i grunden, enligt Asp, en fråga om tycke och smak.⁵⁴ Asp menar att samtliga debattörer egentligen är eniga om att det är straffvärdet som ska tala för fängelse och att straffmätningens värde kan tillämpas som en tumregel vid bedömningen av ett-års-regeln för fängelsepresumtionen. Nog finns det skillnader bestående i att vissa betonar en differentierad bedömning medan andra betonar tumregeln, men, menar Asp, dessa skillnader framstår framförallt som skillnader i ordval och uttryckssätt.⁵⁵

Debatten lämnas härvid för att återkopplas till och återkomma i såväl kapitel 5 som kapitel 6.

⁵¹ Borgeke 2015, s. 287.

⁵² Borgeke 2015, s. 288f.

⁵³ Borgeke 2015, s. 290f.

⁵⁴ Asp 2015, s. 294f.

⁵⁵ Asp 2015, s. 295.

3 Om 29 kap. brottsbalken

3.1 Inledning

3.1.1 Allmänt om påföljdsbestämmningsreglerna

Den 1 januari 1989 ikraftträdde för första gången en samlad och utförlig reglering avseende straffvärde, straffmätning och påföljdsval i svensk rätt. Genom 1988 års påföljdsbestämmningsreform hade således regleringen avseende påföljdsbestämning för brottmål införts i brottsbalkens 29 och 30 kapitel.⁵⁶ Om än något förenklat kan det sägas vara reglerna i 29 kap. och 30 kap. brottsbalken som utgör den centrala påföljdsbestämningen. Det bör emellertid uppmärksammas att det även finns andra bestämmelser, såväl i brottsbalken som i annan lagstiftning, som kan ha betydelse för påföljdsbestämningen.⁵⁷

De olika beslutsstrukturerna för 29 kap. brottsbalken ska inte behandlas i detta kapitel utan kommer redovisas senare i arbetet. Däremot ska det redan nu uppmärksammas problematiska aspekter relaterade till beslutsstrukturerna som är oundvikliga att beröra när 29 kap. brottsbalken ska behandlas. Framställningen i föreliggande kapitel kommer således i detta avsnitt att inledas med en kort genomgång av begreppet straffmätning och förhållandet mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken, för att därefter i kommande avsnitt att fokuseras enbart kring 29 kap. brottsbalken och dess legislativa struktur samt bakomliggande straffteorier och principer.

3.1.2 Om begreppet straffmätning

Enbart sett till rubriken, *Om straffmätning och påföljdseftergift*, till 29 kap. brottsbalken skulle det kunna anses givet att samtliga bestämmelser i 29 kapitlet konstituerar straffmätningen. Däremot framstår denna premiss inte som självskriven vid studier av den förefintliga doktrinen. Somliga menar att straffvärdebedömningen som återfinns i kapitlet *inte* utgör en del av straffmätningen⁵⁸, medan andra torde mena det motsatta – att straffvärdebedömningen utgör en viktig komponent i straffmätningen.⁵⁹ Att denna skillnad kan identifieras torde rimligtvis kunna sammanhålla med och härledas till de olika beslutsstrukturer som uppkommit för påföljdsbestämningen. I detta kapitel kommer begreppet straffmätning tillämpas som ett samlingsnamn med betydelsen straffvärdebedömningen förenat med resterande straffmättningsbestämmelser i 29 kap. brottsbalken. I kommande kapitel avseende de olika teoretiska beslutsstrukturerna kommer däremot skillnaden i begreppsbildningen, särskilt avseende vad som anses utgöra straffmätningen, att beröras närmare.

⁵⁶ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Inledning”.

⁵⁷ Borgeke 2012, s. 26 & 119; Stenborre 2005, s. 12; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Lagens regler om påföljdsbestämning”.

⁵⁸ Stenborre 2005, s. 12.

⁵⁹ Borgeke 2012, s. 119; Jareborg & Zila 2014, s. 121; Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 1 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.3 och 2.6.

3.1.3 Om förhållandet mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken

Likt ovannämnt har påföljdsbestämmningsregleringen införts i två kapitel i brottsbalken, 29 kap. och 30 kap. Således görs det en uppdelning i brottsbalken mellan straffmätning (29 kap.) och påföljdsval (30 kap.).⁶⁰ Denna legislativa uppdelning i två kapitel har i både förarbete och doktrin såväl förordats som ifrågasatts.⁶¹ I förarbetena erbjuds en tämligen kortfattad förklaring. Visserligen kan det hävdas att ordningen bör vara den omvända sett utifrån domstolens beslutsprocess eftersom en straffmätning inte kan genomföras förrän valet mellan böter och fängelse företagits. Däremot är påföljdsvalet i behov av en straffvärdebedömning varför bestämmelser beträffande straffvärde, och den med straffvärdet så nära förbundna straffmätningen, kommer före bestämmelser avseende påföljdsval.⁶² En djupare analys kring denna legislativa strukturproblematik har som tidigare nämnts avgränsats bort i denna studie och ska inte närmare behandlas. Likväl kommer förhållandet mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken oundvikligen beröras närmare när beslutsstrukturerna ska behandlas – om än mest avseende 29 kap. och endast 30 kap. i den mån det krävs för att beskriva den del av beslutsstrukturerna som berör 29 kap. brottsbalken.

3.2 Allmän teoretisk bakgrund till 29 kap. brottsbalken

3.2.1 Varför en påföljdsbestämmningsreform 1988?

Före 1988 års påföljdsbestämmningsreform bestod regleringen kring påföljdsbestämningen av enbart ett allmänt lagrum – dåvarande 1 kap. 7 § brottsbalken. Enligt denna bestämmelse ålades rätten att vid påföljdsvalet ”med iakttagande av vad som krävdes för att upprätthålla allmän laglydnad, fästa särskilt avseende vid att påföljden skall vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället”.⁶³ Huruvida denna bestämmelse avsåg enbart påföljdsvalet eller därjämte också straffmätningen råder det skilda uppfattningar om.⁶⁴ Oavsett ställning i frågan torde det stå klart att det inte fanns en allmän bestämmelse som

⁶⁰ Ågren 2013, s. 309.

⁶¹ Den uppdelade legislativa strukturen har ifrågasatts till förmån för ett förenat och gemensamt kapitel bl.a. i Straffsystemkommitténs betänkande *Ett reformerat straffsystem*, vilken dock aldrig ledde till ändringar i lagstiftningen (Borgeke 2012, s. 119). Härtill har det påpekats att den legislativa strukturen utgör en ologisk ordning eftersom en slutlig straffmätning förutsätter att ett påföljdsval företagits – alltså borde ordningen vara omvänd (Ågren 2013, s. 309). Dock sammanhänger reglerna och bedömning avseende påföljdsvalet är i hög grad beroende av en bedömning av straffvärdet och tillämpande av bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken (Borgeke 2012, s. 119; Ågren 2013, 309).

⁶² Prop. 1987/88:120, s. 77.

⁶³ Jareborg & Zila 2014, s. 99f.; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Äldre rätt och kritiken mot denna”.

⁶⁴ I doktrinen har det hävdats såväl att det i förarbeten framkom att bestämmelsen även kunde innebära viss vägledning vid straffmätningen, som att bestämmelsen skulle tolkas strikt enligt ordalydelsen och följaktligen utesluta betydelse för straffmätningen, se Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Äldre rätt och kritiken mot denna”; Jareborg & Zila 2014, s. 100; Sitte Durling 2005, s. 69.

direkt avsåg straffmätning. Däremot framkom det i förarbeten till brottsbalken att straff i huvudsak skulle utmätas utifrån brottets klandervärdhet eller svårhet.⁶⁵ Den allmänna påföljdsbestämmningsreglering i 1 kap. 7 § brottsbalken utgick från preventionshänsyn och innebar en avvägning mellan allmän- och individualprevention i vilken den sistnämnda skulle ha visst företräde.⁶⁶ Bestämmelsen baserades på en tanke om att ersätta straff med vård och behandling – den s.k. behandlingstanken.⁶⁷

Införandet av 29 kap. brottsbalken (och därmed även 30 kap. brottsbalken) kan anses ha delvis grundats i den kritik som framfördes mot den tidigare allmänna bestämmelsen i 1 kap. 7 § brottsbalken. Den äldre bestämmelsen kritiserades p.g.a. att den fordrade att domstolen företog en slags prognos i det enskilda fallet, vilket i praktiken var nästintill omöjligt då det ansågs vara svårt att på förhand bedöma effekterna av olika påföljder och förutse utfallet i det enskilda fallet.⁶⁸ Avseende den allmänna laglydnad, som rätten skulle iakttå upprätthållande av vid påföljdsbestämningen, hade kritik framförts beträffande att det snarare var allmän praxis än ett enskilt avgörande som skulle kunna vara av betydelse.⁶⁹ Kritiken som framfördes mot dåvarande reglering kan således anses ha riktats mot såväl de allmänpreventiva som de individualpreventiva influenserna i bestämmelsen. Ytterligare skäl till uppkomsten av 29 kap. brottsbalken var en önskan om ett samlat och överskådligt regelsystem för påföljdsbestämningen. Utöver bestämmelsen i 1 kap. 7 § brottsbalken fanns åtskilliga specialbestämmelser som berörde påföljdsbestämningen men som riskerades förbigås p.g.a. regleringens bristfälliga överskådlighet.⁷⁰ Genom införandet av en mer konkret och utförlig reglering eftersträvades främjande av enhetlighet och förutsebarhet i påföljdsbestämningen.⁷¹ Slutligen anfördes en grundläggande princip som skäl för mer konkreta bestämmelser – principen om den offentliga maktutövningens lagbundenhet i 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen. Denna princip ansågs böra gälla även för påföljdsbestämningen och inte enbart för bedömningen av en brottslig handling.⁷²

En startpunkt för reformarbetet utgjordes av en BRÅ-rapport, *Nytt straffsystem*, som publicerades i slutet av 1970-talet och som delvis torde ha inspirerat och föranlett 1988 års påföljdsbestämmningsreform. Enligt BRÅ-rapporten skulle en mer preciserad straffmättningsreglering vara ägnad att främja förutsägbarhet och likformighet i rättstillämpningen. Liknande reglering hade sedan innan införts i Finland.⁷³ Härtill var det genom denna rapport som kritiken gentemot behandlingstanken kom att bli allmänt känd. Forskning inom området hade vid denna tidpunkt konstaterat och påvisat att verkställande av olika påföljder sällan ledde till positiva resultat för den som blev utsatt för påföljden,

⁶⁵ SOU 1986:14, s. 69 & 417. Se också BRÅ-rapport 1977:7, s. 401.

⁶⁶ SOU 1986:14, s. 69 & 416.

⁶⁷ Borgeke 2004, s. 885.

⁶⁸ Prop. 1987/88:120, s. 32; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Äldre rätt och kritiken mot denna”.

⁶⁹ Prop. 1987/88:120, s. 32; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Äldre rätt och kritiken mot denna”.

⁷⁰ Prop. 1987/88:120, s. 39; SOU 1986:14, s. 418; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Äldre rätt och kritiken mot denna”.

⁷¹ Prop. 1987/88:120, s. 38; SOU 1986:14, s. 421 & 427.

⁷² Prop. 1987/88:120, s. 40; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Äldre rätt och kritiken mot denna”.

⁷³ SOU 1986:14, s. 15.

varför en mer realistisk syn avseende vad som kunde uppnås inom ramen för straffverkställande kom att börja förespråkas.⁷⁴

I slutet av 1970-talet tillsatte regeringen två lagstiftningskommittéer – Fängelsestraffkommittén och Frivårdskommittén – som fick i uppdrag att granska det svenska påföljdssystemet.⁷⁵ Fängelsestraffkommittén översåg allmänna regler för påföljdsval och straffmätning och det kan anses vara i BRÅ-rapporten som justitiedepartementet fann inspiration till det utredningsuppdrag som kommittén sen kom att redovisa i huvudbetänkandet *Påföljd för brott*.⁷⁶ Detta huvudbetänkande kom att föranleda regeringens proposition *Om ändring i brottsbalken m.m.* som i sin tur ledde till införandet av 29 kap. och 30 kap. i brottsbalken.⁷⁷

De tankar, straffteorier och principer som grundar dagens 29 kap. brottsbalken och som återfinns i Fängelsestraffkommitténs betänkande *Påföljd för brott* och regeringens proposition *Om ändring i brottsbalken m.m.* ska härnäst behandlas i kommande avsnitt. Emellertid kommer först ett mer generellt avsnitt avseende de straffteorier som kan anses grunda det svenska straffsystemet i stort att presenteras, i avsikt att underlätta förståelsen för den fortsatta framställningen. Därefter kommer de straffteorier som grundar just påföljdsbestämningen och 29 kap. brottsbalken att behandlas utifrån såväl ett lagförarbetsperspektiv som ett doktrinperspektiv.

3.2.2 Allmänt om straffteorier

De grundläggande uppfattningar och idéer som sedan länge dominerat diskursen avseende varför och hur man straffar samt syftet med bestraffningen brukar traditionsenligt benämnas straffteorier.⁷⁸ Straffteorier indelas vanligtvis i två huvudgrupper: absoluta och relativa. Den grundläggande skillnaden mellan de två huvudgrupperna, enligt Jareborg och Zila, ligger däri att straff används utan ett uttalat syfte och att straff används i ett visst syfte.⁷⁹

Enligt de absoluta straffteorierna är straffets berättigande oberoende av dess konsekvenser – straffet är ett givet svar på brottet och utgör målet i sig.⁸⁰ Utmärkande för de absoluta straffteorierna är att straffet ger uttryck för ett förutbestämt etiskt krav – rättvisan.⁸¹ Till denna huvudgrupp hör vedergällning och försoning och den kan anses karaktäriseras av ett bakåtblickande synsätt.⁸² En föreställning om att straffsystemet skulle kunna motiveras av absoluta straff-

⁷⁴ Borgeke 2004, s. 886. Se även prop. 1987/88:120, s. 32.

⁷⁵ Borgeke 2004, s. 886.

⁷⁶ SOU 1986:14, s. 15.

⁷⁷ Prop. 1987/88:120, s. 30f.

⁷⁸ Jareborg & Zila 2014, s. 63; Victor 1999, s. 135. Däremot har det i doktrinen framhävts att benämningen straffideologi, eller bestraffningsideologi, är att föredra eftersom uppfattningar avseende varför man straffar och syftet med bestraffningen allt som oftast är av normativ karaktär – de är grundläggande normativa ställningstaganden – och måhända inte antaganden, påståenden eller hypoteser vilket ordvalet teori skulle kunna antyda (se Jareborg & Zila 2014, s. 63 samt Ågren 2013, s. 70). Denna uppfattning avseende begreppsbildningen är såväl relevant som berättigad. Emellertid är det min personliga åsikt att begreppet straffteori uppfattas som något mer öppen och inkluderande avseende principer, varför jag föredrar att bruka begreppet straffteori i denna studie.

⁷⁹ Jareborg & Zila 2014, s. 63.

⁸⁰ Ågren 2013, s. 77f.

⁸¹ Leijonhufvud & Wennberg 2009, s. 15. Se även Ågren 2013, s. 77.

⁸² Ågren 2013, s. 78. Se även Leijonhufvud & Wennberg 2009, s. 15.

teorier är i dagens samhälle, enligt Victor, övergiven och otänkbar.⁸³ De relativa straffteorierna kännetecknas av att straffet styrs av ett praktiskt ändamål – att förebygga brott.⁸⁴ Följaktligen rättfärdigas straffet genom de konsekvenser straffet kan ha för samhällsnyttan.⁸⁵ Straffet används därmed som ett medel för att uppnå ett mål. Till denna huvudgrupp hör preventionsteorierna allmänprevention och individualprevention och den kan anses karaktäriseras av ett framåtblickande synsätt.⁸⁶

Enligt förarbeten till nuvarande påföljdsbestämmningsreglering har straffsystemet ansetts ha som övergripande och främsta syfte att påverka efterlevnad av normer och regler – att motarbeta och förhindra brottslighet.⁸⁷ Straffets syfte ska förstås i förhållande till en tredelad struktur av det straffrättsliga systemet: hot om straff (kriminaliseringsnivå), ådömande av straff (domsnivå), samt verkställighet av straff (verkställighetsnivå). De olika nivåerna präglas till stor del av olika straffteorier, d.v.s. att de olika teorierna tillmäts olika betydelse för olika nivåer.⁸⁸ Den nivå som placeras i fokus för denna studie är likt tidigare nämnt den andra nivån – ådömande av straff (domsnivån). Vilka straffteorier som präglar domsnivån och då särskilt den svenska påföljdsbestämningen avses närmare behandlas i avsnitt 3.2.3 samt 3.2.4. I följande avsnitt avses de olika straffteorier som grundar det svenska straffsystemet att kortfattat behandlas i sin allmänna betydelse.

3.2.2.1 Prevention – allmän och individual

Allmänprevention utgår från en tanke om att syftet med straff är att genom bestraffning av enskilda brottslingar avhålla andra medlemmar i samhället från att begå brott.⁸⁹ Allmänprevention uppdelas vanligtvis, avseende hur påverkan på allmänhetens avhållsamhet ska ske, i två kategorier: avskräckning och moralbildning, där avskräckning i sin tur brukligen indelas i omedelbar och medelbar avskräckning.⁹⁰ Omedelbar avskräckning karaktäriseras av att påverka allmänheten genom offentlig straffverkställighet. Medelbar avskräckning karaktäriseras av att påverka allmänheten genom hot om straff. Eftersom straffverkställighet inte längre sker offentligt avses med allmänprevention numera medelbar avskräckning. Moralbildning karaktäriseras av att påverka allmänhetens uppfattning om rätt och fel – genom att en gärning försetts med straff påvisas gärningens förkastlighet vilket påverkar allmänhetens normbildning.⁹¹ I dagens demokratiska samhälle är det framförallt allmänprevention genom moralbildning som förespråkas och dominerar, eftersom det i en demokrati är svårt att acceptera att allmänprevention ska ske genom avskräckning.⁹²

Individualprevention placerar den enskilde brottslingen i fokus i avsikt att förhindra och förebygga framtida brottslighet – d.v.s. prevention genom att

⁸³ Victor 1999, s. 136.

⁸⁴ Leijonhufvud & Wennberg 2009, s. 15.

⁸⁵ Ågren 2013, s. 77.

⁸⁶ Ågren 2013, s. 77. Se även Victor 1999, s. 136.

⁸⁷ SOU 1986:14, s. 61 & 66; prop. 1987/88:120 s. 32.

⁸⁸ Jareborg & Zila 2014, s. 63; Ågren 2013, s. 78.

⁸⁹ Jareborg & Zila 2014, s. 74.

⁹⁰ Jareborg & Zila 2014, s. 74; Sitte Durling 2005, s. 74f.; Ågren 2013, s. 80; BRÅ-rapport 1977:7, s. 160.

⁹¹ Jareborg & Zila 2014, s. 74; Ågren 2013, s. 80.

⁹² Jareborg & Zila 2014, s. 75. Se även Borgeke 2012, s. 27.

förebygga att en tidigare dömd gör sig skyldig till ny brottslighet. Det individualpreventiva syftet uppfylls genom att en brottsling ådöms ett straff som avhåller densamma från att begå ny brottslighet.⁹³ Individualprevention indelas brukligen i tre kategorier eller typer av straffsyften: individuellt avskräckande, oskadliggörande/inkapacitering och förbättring/rehabilitering.⁹⁴ Individuell avskräckning innebär att straffet ska föranleda sådant obehag att den dömd avstår från att begå ny brottslighet.⁹⁵ Oskadliggörande, eller inkapacitering, innebär att den dömd temporärt eller permanent förhindras att begå ny brottslighet – i dagens samhälle genom fängelsestraff.⁹⁶ Förbättring, eller rehabilitering, utgår från straffets positiva inverkan på den brottslige och syftar till att bryta individens brottsliga trend genom behandling.⁹⁷ Denna del av individualpreventionen kan anses utgöra behandlingssideologin, eller behandlingstanken, som utgår från en positiv människosyn och en grundläggande uppfattning om att människan är påverkbar.⁹⁸

3.2.2.2 Proportionalitet, förtjänstteorin och retributivism

Vid studier av doktrinen inom området torde det stå klart att föreliggande straffteori benämns något olika beroende på författare: proportionalitet⁹⁹, proportionalitetsteori eller förtjänstteori¹⁰⁰, samt retributivism¹⁰¹. Samtidigt är det min tolkning att samtliga benämningar synes ta sikte på samma grundläggande uppfattning eller straffteori. I föreliggande avsnitt har dessa grundtankar sammanställts, om än något förenklat och generaliserat.

Föreliggande teoribildnings fundament vilar i ett rättviseargument grundat i att straff ska utdömas proportionellt i förhållande till förtjänst och klander, d.v.s. att straff utdöms i ljuset av det klander som en tilltalad genom sin brottsliga gärning gjort sig förtjänt av.¹⁰² Således eftersträvas proportionalitet mellan brott och straff samt ekvivalens i straff avsedda för brott med samma bestraffningsvärde men begångna av olika individer.¹⁰³ Något enklare förklarar innebär det att svårare brott ska straffas strängare än lindrigare och att lika svåra brott ska få lika stränga, eller likvärdiga, straff.¹⁰⁴

Frågan om *varför* bestraffning ska ske är enligt denna teoribildning enkel att besvara – därför den tilltalade har begått ett brott (klander) – varför proportionalitetstänkandet närmast har betydelse för frågan om *hur* bestraffning bör ske.¹⁰⁵ Proportionalitetsprincipen utgör den primära basen för *hur* straff ska utdömas – straffet bör således bestämmas i proportion till hur allvarligt eller

⁹³ Jareborg & Zila 2014, s. 83; Ågren 2013, s. 80.

⁹⁴ Jareborg & Zila 2014, s. 84ff.; Ågren 2013, s. 81; Sitte Durling 2005, s. 76.

⁹⁵ Jareborg & Zila 2014, s. 84; Ågren 2013, s. 81; Sitte Durling 2005, s. 76.

⁹⁶ Jareborg & Zila 2014, s. 84; Ågren 2013, s. 81; Sitte Durling 2005, s. 76.

⁹⁷ Ågren 2013, s. 81; Sitte Durling 2005, s. 76.

⁹⁸ Jareborg & Zila 2014, s. 86; Sitte Durling 2005, s. 76.

⁹⁹ Jareborg & Zila 2014, s. 65.

¹⁰⁰ von Hirsch 2001, s. 11 & 16.

¹⁰¹ Ågren 2013, s. 82ff.; Sitte Durling 2005, s. 78f.

¹⁰² Jareborg & Zila 2014, s. 66f.; Ulväng 2005, s. 95.

¹⁰³ Jareborg & Zila 2014, s. 67.

¹⁰⁴ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänna grunder för straffmätningen?”. Se även Ulväng, *Brottsbalken* (1962:700) 29 kap. 1 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.2.

¹⁰⁵ Jareborg & Zila 2014, s. 67.

svårt det begångna brottet är.¹⁰⁶ Argument till stöd för proportionalitetstanken är, enligt von Hirsch, att eftersom straff förmedlar, och bör förmedla, klander så bör straffgraden återspegla brottets grad av klandervärdhet.¹⁰⁷ Proportionalitetsteorins betoning av klander föranleder oundvikligen en nära anknytning till skuldprincipen – den som inte kan klandras (skuldbeläggas) för sin gärning ska inte heller straffas.¹⁰⁸

Den teori om proportionalitet, eller förtjänstteori, som von Hirsch förespråkar betonar bestraffningens *kommunikativa* aspekter.¹⁰⁹ Utgångspunkten för ett kommunikativt perspektiv är att varje människa bör behandlas som om denne besitter förmåga att ta ställning till andras bedömning av dennes beteende. En reaktion på brott som ger uttryck för klander skapar möjlighet för den dömda att begrunda sin situation och ta moralisk ställning.¹¹⁰ Däremot vill von Hirsch inte förorda en botgöringsteori enligt vilken straffet ska utformas i avsikt att väcka önskade reaktioner – det är den dömdes ensak att ta ställning till hur denne bör reagera.¹¹¹ Den kommunikativa aspekten synes därmed spela en sekundär roll i teorin om proportionalitet.¹¹²

3.2.2.3 Humanitet

Straff innebär ofrånkomligen ett medvetet påförande av lidande och obehag för den dömda individen. Därför bör straff inte vara omänskliga och domstolen bör iakttä försiktighet och återhållsamhet vid sin påföljdsbestämning. Det är av yttersta vikt att visa respekt och förståelse för den enskilde individen och värna om dennes värdighet – att värna om ett upprätthållande och beskyddande av principen om alla människors lika värde.¹¹³ Denna teoribildning, eller principbildning, kan benämnas humanitetshänsyn eller humanitetsprincipen.¹¹⁴

Ulväng sammanfattar humanitetsprincipens innebörd och budskap i tre punkter. För det första ska det finnas ett allmänt krav på rimlighet och måttlighet vid bestraffning. För det andra bör viss barmhärtighet iakttas vid bestraffningen genom att: visa förståelse och tolerans för det mänskliga i snedsteg och misstag, ha medkänsla för att straff innebär ett lidande samt visa respekt för människans förmåga att tillgodogöra sig klander. Slutligen innebär humanitetsprincipen att domstolen i möjligaste mån bör undvika att utdöma fängelse-

¹⁰⁶ von Hirsch 2001, s. 47.

¹⁰⁷ von Hirsch 2001, s. 51.

¹⁰⁸ Jareborg & Zila 2014, s. 66f.

¹⁰⁹ von Hirsch 2001, s. 25.

¹¹⁰ von Hirsch 2001, s. 26.

¹¹¹ von Hirsch 2001, s. 39.

¹¹² För ett liknande resonemang se Ågren 2013, s. 85. Härutöver finns det också en mer renodlad kommunikationsteori, eller ”educative” teori, som ger straffet ett framåtblickande syfte – att sträva mot ett mål, såsom moralisk reform eller lärdom, oavsett om det går att uppnå eller inte, se Duff & Garland 1994, s. 8. Ågren förefaller tilltalas av att denna teori eftersom den ger uttryck för en ambitiös och sympatisk målsättning. Därtill menar Ågren att det framåtblickande synsättet är välförenligt med humanitetsstävanden. Samtidigt varnar Ågren för risker med alltför långtgående kommunikativa inslag, se Ågren 2013, s. 86.

¹¹³ Borgeke 2012, s. 33.

¹¹⁴ Frågan angående huruvida humanitet bör uppfattas som en princip eller ideologi har behandlats av Ågren som anser att argument grundade i humanitet måste inkorporeras i en straffideologi oavsett vilket perspektiv som styr frågor om straffets syfte eller berättigande, se Ågren 2013, s. 87f. Ulväng uttrycker humanitet som en princip, se Ulväng 2005 s. 102. Detsamma torde sägas för Borgeke 2012, s. 33f.

straff.¹¹⁵ Även Jareborg och Zila talar om humanitet utifrån respekt, medkänsla och tolerans.¹¹⁶

Enligt Borgeke sammankopplas humanitetshänsyn i påföljdssystemet inte sällan med behandlingstanken vilken kan anses ha haft väsentlig betydelse för humanitetshänsynens framväxt och utveckling inom påföljdsbestämningen. Däremot, poängterar Borgeke, kan humanitetshänsyn även existera, skyddas och upprätthållas i ett straffsystem som inte grundas i behandlingstanken.¹¹⁷

3.2.3 Grundläggande straffteorier och principer i lagförarbetena

Centrala lagförarbeten avseende påföljdsbestämningsregleringen, och särskilt 29 kap. brottsbalken, är de tidigare nämnda Fängelsestraffkommitténs betänkande *Påföljd för brott* och regeringens proposition *Om ändring i brottsbalken m.m.* Dessa dokument kommer utgöra grunden för detta avsnitt i avsikt att framställa vilka straffteorier och principer som styrde tankegångarna bakom införandet av 29 kap. brottsbalken. Regeringens proposition *Om ändring i brottsbalken m.m.* överensstämmer i stora delar med Fängelsestraffkommitténs betänkande *Påföljd för brott*. Flertalet remissinstanser kommenterade betänkandet, särskilt avseende preventionsteoriernas roll, men kommitténs generella inriktningar blev i allmänhet accepterade av remissinstanserna.¹¹⁸ Därtill ska även vissa senare tillkomna och kompletterande lagförarbeten till brottsbalken redovisas. Härnäst följer en genomgång av de straffteorier och principer som kan skönjas i respektive förarbete.

3.2.3.1 Fängelsestraffkommitténs betänkande *Påföljd för brott*

En genomgående grundtanke i Fängelsestraffkommitténs betänkande utgjordes av brottets svårhet, eller klandervärdhet, som utgångspunkt för påföljdsbestämningen. Straff för det begångna brottet skulle enligt kommittén bestämmas utifrån gärningens förkastlighet.¹¹⁹ En ytterligare grundtanke i Fängelsestraffkommitténs betänkande var att öka enhetlighet och förutsebarhet i straffrättsliga avgöranden – vilket innebar ett värnande om rättsäkerheten.¹²⁰ Dessutom framhävdes vikten av att medborgarna uppfattade påföljdssystemet som legitimt – vilket onekligen var av betydelse för tilltron till rättsväsendet och i förlängningen den allmänna laglydnaden. Därvid blev principer om rättvisa, lika-behandling och förutsebarhet av väsentlig betydelse.¹²¹

Kriminaliseringsnivån, där straffskalorna bestäms, skulle enligt Fängelsestraffkommittén varken präglas av allmänprevention eller individualprevention.¹²² Tvärtom skulle straffskalorna grundas i ett rättviseresonemang avseende

¹¹⁵ Ulväng 2005, s. 107.

¹¹⁶ Jareborg & Zila 2014, s. 93ff.

¹¹⁷ Borgeke 2012, s. 33.

¹¹⁸ Prop. 1987/88:120, s. 34.

¹¹⁹ SOU 1986:14, s. 20.

¹²⁰ SOU 1986:14, s. 21.

¹²¹ SOU 1986:14, s. 63.

¹²² SOU 1986:14, s. 68.

proportionalitet och ekvivalens.¹²³ Även på domsnivån, där straffmätningen företas, ansåg Fängelsestraffkommittén att utgångspunkten utgjordes av brottets klandervärdhet eller svårhet. Domstolen skulle inte utdöma strängare straff än vad brottets svårhet påkallade, inte ens i avsikt att uppnå avskräckning (allmänprevention). Att avskräcka allmänheten på bekostnad av den enskilde individen skulle strida mot kravet om allas likhet inför lagen.¹²⁴ Kommittén torde ha menat att allmänpreventiv hänsyn skulle tillgodoses genom att straffskalorna (som delvis styr straffvärdebedömningen) i viss mån påverkades av avskräckningseffekten, även om kommittén tog avstånd ifrån ett sådant förfarande.¹²⁵ Inte heller individualprevention skulle få påverka straffmätningen. Däremot var omständigheter hänförliga till den tilltalades person av vikt för straffmätningen och skulle tillåtas inverka på densamma. Dessa omständigheter var dock inte grundade i individualpreventiva föreställningar. Istället var det fråga om ett lindrande av det straff som egentligen skulle ha dömts ut, när ett straff utdömt enbart p.g.a. brottets svårhet skulle framstå som alltför orättvist eller obilligt.¹²⁶ Kommittén poängterade att ett uteslutande av preventionsteorierna vid straffmätningen inte innebar att de övergav brottsbalkens grundtanke om påföljds-systemets yttersta uppgift – att skydda samhället mot brott.¹²⁷

I betänkandet introducerade Fängelsestraffkommittén begreppet straffvärde. Med ett brotts straffvärde avsåg kommittén brottets svårhet i förhållande till andra brott.¹²⁸ Kommittén betonade att straffvärdebedömningen skulle utgå ifrån brottets förkastlighet – en bedömning som påkallade och krävde ett rättviseresonemang innefattande proportionalitets- och ekvivalenshänsyn.¹²⁹

3.2.3.2 Regeringens proposition *Om ändring i brottsbalken m.m.*

I den proposition som följde Fängelsestraffkommitténs betänkande anslöt sig departementschefen till kommitténs grunddrag avseende preventionsteoriernas betydelse för straffsystemets utformning och tillämpning. Att straffsystemets främsta ändamål är att motverka brott kunde knappast ifrågasättas enligt departementschefen. Däremot framfördes en något avvikande uppfattning beträffande preventionsteoriernas självständiga betydelse vid påföljdsbestämningen. Enligt departementschefen var det uppenbart att domstolarna vid sin tillämpning skulle ha möjlighet att beakta de allmänna ändamål som ligger till grund för straffsystemet.¹³⁰

I propositionen framlyftes rättssäkerhet, legalitet, proportionalitet, likhet inför lagen, saklighet och opartiskhet som viktiga värden att tillgodose för att straffsystemet skulle framstå som legitimt för allmänheten. Enligt departementschefen var dessa grundläggande principer *inte* oförenliga med preventionsteorierna utan tvärtom nödvändiga att värna om för att motverka och förebygga brottslighet.¹³¹ Kommitténs förslag om en mer preciserad reglering

¹²³ SOU 1986:14, s. 68.

¹²⁴ SOU 1986:14, s. 70.

¹²⁵ SOU 1986:14, s. 70.

¹²⁶ SOU 1986:14, s. 71f.

¹²⁷ SOU 1986:14, s. 75.

¹²⁸ SOU 1986:14, s. 131.

¹²⁹ SOU 1986:14, s. 143.

¹³⁰ Prop. 1987/88:120, s. 35.

¹³¹ Prop. 1987/88:120, s. 36.

innehöll enligt departementschefen flertalet fördelar, bl.a. tillgodoseende av legalitetsprincipen. Därtill hade likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen en djup förankring hos allmänheten vilket förutspåddes underlätta förståelsen för att påföljdsbestämningen skulle ske med utgångspunkt i brottslighetens svårhet.¹³² Departementschefen synes ha menat att begreppet straffvärde utgjorde en lämplig sammanfattande benämning för resultatet av en bedömning beträffande brottets svårhet och de ovannämnda principerna.¹³³

Straffvärdet som utgångspunkt för påföljdsbestämningen innebar, enligt departementschefen, att principer om proportionalitet, ekvivalens och rättslig likabehandling framhävdes. Emellertid talade detta inte emot allmänpreventiva hänsynstaganden. Visserligen ansågs det oförenligt med principerna att domstolen i ett enskilt fall statuerade ett exempel – allmänpreventiv hänsyn skulle först och främst iaktas av lagstiftaren. Ändå menade departementschefen att det stundvis förelåg anledning för domstolen att ändra praxis p.g.a. skäl såsom att en viss brottslighet blivit mer elakartad eller utbredd.¹³⁴ Beträffande individualpreventiva hänsynstaganden instämde departementschefen med kommitténs förslag – sådan hänsyn skulle inte beaktas självständigt vid påföljdsbestämningen. Omständigheter hänförliga till den tilltalades person skulle fortsatt få beaktas p.g.a. att det annars skulle framstå som orättfärdigt. Departementschefen framhöll dock att behandlingstanken alljämt skulle tillmätas betydelse på verkställighetsnivån.¹³⁵

3.2.3.3 Straffteori och principer kommenterade i senare lagförarbeten

Efter införandet av påföljdsbestämningsregleringen har de bakomliggande straffteorierna och principerna även diskuterats i senare tillkomna förarbeten.

År 1992 tillsattes Straffsystemkommittén med direktiv om att försöka få ett samlat grepp om påföljdssystemet som, efter diverse lagstiftande verksamhet efter brottsbalkens tillkomst, kommit att framstå som osammanhängande.¹³⁶ Dåvarande justitieminister hade i kommittédirektivet framhållt vikten av principerna om proportionalitet, rättssäkerhet och likhet inför lagen i straffsystemet. Därtill framhävdes att straffsystemet skulle präglas av humanitet och respekt för individen. Proportionalitet, legalitet och rättslig likabehandling skulle styra påföljdsbestämningen, därmed inte sagt att även personliga omständigheter skulle beaktas (inte utifrån prognostänkande utan utifrån allmänna principer som uppfattas som rättvisa av allmänheten).¹³⁷ Straffsystemkommittén framlade ett förslag i enlighet med direktivets intressen, men kommitténs förslag till nya påföljdsbestämningsregler (som bl.a. innefattade ett utökande av billighetsskäl) realiserades inte.¹³⁸ Regeringen instämde i att kraven om proportionalitet, rättvisa, klarhet och förutsebarhet var viktiga att tillgodose, men ansåg att dessa principer hade drivits för långt i kommitténs förslag. Enligt

¹³² Prop. 1987/88:120, s. 36.

¹³³ Prop. 1987/88:120, s. 36. Se även Borgeke 2012, s. 122f.

¹³⁴ Prop. 1987/88:120, s. 37.

¹³⁵ Prop. 1987/88:120, s. 37f.

¹³⁶ Borgeke 2002, s. 114f.

¹³⁷ Dir. 1992:47, under rubriken *Kriminalpolitiska utgångspunkter för uppdraget*, s. 276 i Årsbok för kommittédirektiv 1992. Se även Borgeke 2002, s. 114.

¹³⁸ Borgeke 2002, s. 115 f. Se även SOU 1995:91, s. 121. Borgeke ingick i Straffsystemkommittén.

regeringen var straffsystemets yttersta syfte att förebygga brottslighet och även om domstolen skulle undvika att företa prognoser var det likväl av intresse att densamma skulle välja den påföljd som var bäst ägnad att motverka återfall i brott. Ett system som bortser från individuella förutsättningar riskerade, enligt regeringen, ett minskat hänsynstagande av humanitära aspekter. Kommittén hade föreslagit att behandlingstanken skulle få betydelse först på verkställighetsnivån, vilket regeringen emotstod p.g.a. de olika nivåernas obestridliga inbördes samband som medförde att individuella förutsättningar för verkställighet skulle beaktas redan vid påföljdsbestämningen.¹³⁹

Det uttalande som gjordes i propositionen *Om ändring i brottsbalken m.m.* avseende att allmänpreventiv hänsyn i vissa fall alltjämt kunde beaktas av domstolen vid straffvärdebedömningen kan numera anses ha återtagits.¹⁴⁰ I propositionen till 2010 års lagändring framhölls behovet av att ändra den grundläggande bestämmelsen om straffvärde från att vara icke uttömmande till uttömmande. Det betonades att den tidigare icke uttömmande uppräkningsavdelningen av omständigheter innebar att allmänpreventiv hänsyn kunde tillmätas betydelse. Detta skulle alltså inte längre vara möjligt när uppräkningsavdelningen kom att bli uttömmande.¹⁴¹ Således torde allmänpreventiv hänsyn numera vara utesluten vid straffvärdebedömningen och påföljdsbestämningen. Det kan dock påpekas att lagstiftaren inte sällan reviderat straffskalor med hänsyn till allmänprevention,¹⁴² varför sådan hänsyn, likt Fängelsestraffkommittén förutspådde, alltjämt indirekt påverkar straffvärdet.

3.2.3.4 Sammanfattande kommentar

Efter att ha granskat de ursprungliga förarbetena till nuvarande påföljdsbestämmningsreglering framstår det otvetydigt som att straffsystemets främsta ändamål är att motverka brott. Emellertid står preventionsteorierna inte längre i centrum för påföljdsbestämningen. I förarbetena betonas istället påföljdssystemets legitimitet och den avgörande betydelsen av principer rörande rättssäkerhet, legalitet, proportionalitet, ekvivalens, likhet inför lagen, saklighet och opartiskhet. Dessa principer gör sig gällande vid påföljdsbestämningen och straffvärdebedömningen. Allmänpreventiv hänsyn torde, i enlighet med den ursprungliga propositionen, kunna tillmätas viss betydelse vid påföljdsbestämningen, medan individualprevention är helt utesluten på domsnivån. Däremot synes möjligheten att tillmäta allmänpreventiv hänsyn vid straffvärdebedömningen och påföljdsbestämningen ha uteslutits av lagstiftaren i senare förarbeten. Härtill förefaller lagstiftaren, i senare förarbeten, särskilt ha uppmärksammat och framhåvt betydelsen av humanitetshänsyn. Samtidigt kan det också framstå som att regeringen återupptäckt vikten av individualpreventiv hänsyn i uttalandet om att påföljdsvalet ska falla på den påföljd som är bäst ägnad att motverka återfall. Emellertid är det sagda inte helt sant – individuella hänsynstaganden ska alltjämt ske utan prognostänkande.

¹³⁹ Prop. 1997/98:96, s. 77f. Se även Borgeke 2002, s. 116f.

¹⁴⁰ Borgeke 2012, s. 123. Se även Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Strykningen av ordet ’särskilt’ ”.

¹⁴¹ Prop. 2009/10:147, s. 13.

¹⁴² Borgeke 2012, s. 123 fotnot 1.

3.2.4 Grundläggande straffteorier och principer enligt doktrinen

Inom doktrinen framhävs och betonas att påföljdssystemet vilar på en oklar och oenhetlig straffteoretisk grund, vilket kan härledas till politiska oenigheter och kompromisser.¹⁴³ Enligt Jareborg och Zila bär påföljdssystemet inslag av proportionalitet, allmänprevention, individualprevention och humanitet, där proportionalitetstänkandet utgör den centrala straffteorin.¹⁴⁴ Att ett straffsystem, eller lagstiftning, är straffteoretiskt oenhetlig och inte bygger på en ren teori är enligt von Hirsch något att räkna med, eftersom tillkommande genom en politisk process ofta innebär kompromisser i olika hänseenden. Därför kan det i bästa fall vara så att ett system *i det stora hela* bygger på en teori.¹⁴⁵

Som tidigare nämnts präglas de olika nivåerna i straffsystemet av olika straffteorier. Enligt Ågren influeras kriminaliseringsnivån av allmänpreventiva överväganden samt proportionalitet och ekvivalens (inte minst avseende straffskalorna), och verkställighetsnivån främst av individualpreventiva överväganden.¹⁴⁶ Avseende den nivå som påföljdsbestämningen befinner sig på, d.v.s. domsnivån, menar Ågren att det främst är proportionalitet mellan brott och straff och ekvivalens som eftersträvas.¹⁴⁷ Leijonhufvud och Wennberg synes mena att straffmätningen styrs av brottets klandervärdhet, d.v.s. av rättviseresonemang.¹⁴⁸ Därtill menar Leijonhufvud och Wennberg, vilket Ågren torde instämma i, att även individualprevention kan få viss betydelse i det konkreta fallet, vilket däremot främst torde avse valet av påföljd.¹⁴⁹ Även Victor har poängterat att individualpreventiva överväganden kan få betydelse i ett differentierat påföljdssystem som grundas i likabehandling och förutsebarhet.¹⁵⁰ Häremot står Borgeke som anser att varken allmänprevention eller individualprevention har någon plats i eller betydelse för domsnivå – istället är det proportionalitet som utgör den grundläggande principen.¹⁵¹ Även Träskman finner det otvivelaktigt att straffbestämningen i svensk rätt grundas på proportionalitetsprincipen och att allmänpreventiva och individualpreventiva överväganden därigenom utesluts.¹⁵² Likaså Ulväng har konstaterat att påföljdssystemet base-

¹⁴³ Jareborg & Zila 2014, s. 99. Se även Borgeke 2002, s. 105. Enligt Borgeke beror otydligheten delvis på att olika delar av lagstiftningen vilar på olika synsätt. Det förberedande förarbetesarbetet hade uppdelats på två olika kommittéer – Fängelsestraffkommittén (som behandlats ovan) och Frivårdskommittén. Den förstnämnda beredde 29 kap. brottsbalken och arbetet präglades av den nyklassiska grunden (brottets svårhet), medan den sistnämnda beredde stora delar av 30 kap. brottsbalken vars arbete präglades av det synsätt som rådde innan påföljdsreformen, d.v.s. behandlingstanken och individualprevention, se Borgeke 2015, s. 283f.

¹⁴⁴ Jareborg & Zila 2014, s. 64 & 99.

¹⁴⁵ von Hirsch 2001, s. 83.

¹⁴⁶ Ågren 2013, s. 78f.

¹⁴⁷ Ågren 2013, s. 78f.

¹⁴⁸ Leijonhufvud & Wennberg 2009, s. 21.

¹⁴⁹ Leijonhufvud & Wennberg 2009, s. 21; Ågren 2013, s. 79.

¹⁵⁰ Victor 1999, s. 142.

¹⁵¹ Borgeke 2012, s. 31. Att det existerar motstående uppfattningar beträffande individualpreventionens betydelse på domsnivån kan, enligt mig, förstås i ljuset av att bestämmelserna kring billighet, återfall och ungdom kan anses grundas i, eller vara nära förknippat med, individualpreventiva överväganden, liksom att de istället kan anses vara ett resultat av vikten av rättvisa och rättfärdighet i straffmätningen. En annan anledning kan vara regeringens fokus på vikten av individuella förutsättningar och att påföljdsvalet ska styras av den påföljd som är bäst ägnad att motverka återfall.

¹⁵² Träskman 1999, s. 213.

ras på rättviseresonemang som förordar att straff ska bestämmas utifrån förtjänsttänkande, proportionalitet och billighetshänsyn.¹⁵³ Enligt Jareborg förekommer det dessutom ett visst mått av vedergällning på domsnivån, eftersom vedergällning innebär att ont bemöts av ont vilket återspeglas i att ett brott (ett ont), en normöverträdelse, bemöts med straff (ett annat ont).¹⁵⁴

Enligt Ågren finns det ett övervägande som har infiltrerat samtliga nivåer – att främja och skydda humanitära värden, en humanitetshänsyn.¹⁵⁵ Borgeke förespråkar detsamma och hävdar att domstolen bör vara återhållsam vid sin påföljdsbestämning och visa respekt för den enskilde samt värna om alla människors lika värde.¹⁵⁶ Ulväng, å sin sida, menar att humanitetsprincipen är den bärande principen för valet av påföljd,¹⁵⁷ vilket kan tolkas som att principen främst är av betydelse för 30 kap. brottsbalken (vilket ju är en del av domsnivån, men inte yttersta fokus för denna studie).

3.3 29 kap. brottsbalkens struktur och straffteori genom studier av dess bestämmelser

3.3.1 Överblick av 29 kap. brottsbalkens disposition

29 kap. brottsbalken inleds med grundläggande bestämmelser avseende straffvärdebedömningen. I kapitlets 1 § återfinns den grundläggande bestämmelsen om straffvärde – att straff ska bestämmas med utgångspunkt i brottets straffvärde. Vad som ska beaktas vid bedömandet av brottets straffvärde anges i paragrafens andra stycke. I kapitlets 2 § uppräknas exempel på omständigheter som ökar straffvärdet, dvs. försvårande omständigheter. I kapitlets 3 § uppräknas exempel på omständigheter som minskar straffvärdet, dvs. förmildrande omständigheter. Härfter följer övriga allmänna bestämmelser som också är av betydelse för straffmätningen. I kapitlets 4 § upptas betydelsen av tidigare brottslighet begången av den tilltalade (återfall). I kapitlets 5 § anges övriga omständigheter som ska beaktas, de s.k. billighetsskälerna. I 6 § regleras påföljdseftergift och till sist, i kapitlets 7 §, behandlas och regleras de brott som begåtts av en tilltalad under 21 år (ungdomsrabatt).¹⁵⁸ I denna studie och inför kapitlet om beslutsstrukturerna är 29 kap. 1–5 och 7 §§ brottsbalken av främsta betydelse. Av denna anledning kommer dessa bestämmelser ges mer utrymme i kommande avsnitt, än kapitlets 6 § som avses behandlas enbart kort.

3.3.2 Bestämmelser avseende straffvärdebedömningen

Vid en granskning av ordalydelsen i lagtexten framgår det att lagstiftaren förlagt straffvärdebedömningen i tre paragrafer, nämligen i 29 kap. 1–3 §§ brottsbalken. Den grundläggande bestämmelsen och utgångspunkten för straffvär-

¹⁵³ Ulväng 2005, s. 102.

¹⁵⁴ Jareborg 1992a, s. 138 & 146. För ett liknande resonemang se Victor 1999, s. 137.

¹⁵⁵ Ågren 2013, s. 79.

¹⁵⁶ Borgeke 2012, s. 33.

¹⁵⁷ Ulväng 2005, s. 102.

¹⁵⁸ Borgeke 2012, s. 120; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Kapitlets disposition”; Prop. 1987/88:120, s. 77.

debedömningen är 29 kap. 1 § brottsbalken. Denna bestämmelse definieras ytterligare genom tillämpande av bestämmelserna i 29 kap. 2 § och 3 § brottsbalken, vilka således kan bidra med precisering av innebörden av den grundläggande bestämmelsen.¹⁵⁹ Härnäst följer en genomgång av nyssnämnda lagrum som främst avser behandla grunderna och erbjuda en enkel och överskådlig framställning. Således kommer viss djupare problematik avseende flerfaldig brottslighet, gradindelning m.m. enbart kort och knapphändigt vidröras.

3.3.2.1 Om straffvärdebegreppet

Straffvärdebegreppet infördes, som ovannämnt, i brottsbalken genom den påföljdsbestämningsreform som företogs 1989.¹⁶⁰ I förarbetena definierades straffvärde som brottets svårhet i förhållande till andra brott och var i grunden ett mått på hur allvarligt brottet relativt sett betraktades av lagstiftaren. Straffvärdet kunde vara abstrakt eller konkret, varav det förra framgick av brottets straffskala och det senare var ett mått av svårhet på den enskilda brottsliga gärningen. Det sistnämnda ämnades bedömas av domstolen inom ramen för den av lagstiftaren bestämda straffskalan.¹⁶¹ Vid remissbehandlingen av förslaget kritiserades straffvärdebegreppet för att inte utgöra en objektiv egenskap hos en gärning utan snarare ett uttryck för en värdering som är beroende av vem som utför bedömningen. Departementschefen menade däremot att detta knappast var en nackdel hos straffvärdebegreppet, trots att en enhetlig rättstillämpning måhända delvis riskerades, eftersom den svenska rättskulturen var beroende av en levande debatt avseende de värden som grundar rättsystemet.¹⁶²

Fängelsetraffkommitténs förslag till legaldefinition av konkret straffvärde innefattade ett bestämmande utifrån brottets svårhet med särskild hänsyn till den skada eller fara gärningen inneburit, samt den tilltalades skuld såsom den kommit till uttryck i gärningen.¹⁶³ Begreppsbestämningen accepterades i det stora hela i propositionen, men skuldbegreppet uteslöts i den bestämmelse som infördes eftersom användande av detsamma hade mött åtskillig kritik under remissförfarandet och uppfattades som inte särskilt vägledande för rättstillämpningen. Att utesluta skuldbegreppet skulle, enligt departementschefen, i sak ändå inte innebära någon direkt skillnad mellan förslaget och den införda lagtexten.¹⁶⁴

Att det i praktiken inte medförde en direkt skillnad kan belysas av exempel från nu rådande doktrin. Enligt Jareborg och Zila kan straffvärde sägas vara ett resultat av gärningens skadlighet eller farlighet och den brottsliga skuld såsom den uttrycks i gärningen.¹⁶⁵ Denna definition är nästintill identisk med den som framlades av Fängelsetraffkommittén. Det är dock inte vilken skuld som helst som avses utan straffvärdet påverkas av skuldfaktorer enbart till den grad de kan anses utgöra ett led i den brottsliga gärningen, varför den tilltalades skuld i

¹⁵⁹ Jareborg & Zila 2014, s. 108.

¹⁶⁰ Borgeke 2012, s. 122.

¹⁶¹ SOU 1986:14, s. 131.

¹⁶² Prop. 1987/88:120, s. 36.

¹⁶³ SOU 1986:13, s. 76. Se även Sitte Durling 2005, s. 144.

¹⁶⁴ Prop. 1987/88:120, s. 80. Se även Sitte Durling 2005, s. 144f.; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Omständigheter av betydelse för straffvärdet”.

¹⁶⁵ Jareborg & Zila 2014, s. 103 & 110.

mer allmän mening utesluts.¹⁶⁶ Det abstrakta straffvärdet utgörs av att brottstyvens straffskala jämförs med straffskalor för andra brott. Det konkreta straffvärdet utgörs av ett mått på svårheten av en viss begången gärning.¹⁶⁷ Således torde dagens straffvärdebegrepp sammantaget ha samma betydelse som vid dess införande (se dock slopandet av ordet *särskilt* i avsnitt 3.3.2.2). En kortare och möjligen enklare definition av begreppet straffvärde erbjuds av Borgeke – brottets eller brottslighetens svårhet mätt i böter eller fängelse.¹⁶⁸

3.3.2.2 Den grundläggande bestämmelsen om straffvärde

I 29 kap. 1 § brottsbalken återfinns den grundläggande lagregeln avseende bestämmandet av straffvärde, dvs. bestämmandet av straff – valet mellan böter eller fängelse.¹⁶⁹ Utgångspunkten för straffvärdebedömningen i 29 kap. 1 § 1 st. brottsbalken är den straffskala som är föreskriven brottet eller brottsligheten.¹⁷⁰ Av bestämmelsen framgår att regleringen inte enbart avser de fall där den tilltalade gjort sig skyldig till ett brott utan även de fall när påföljd ska bestämmas för flera brott. I en sådan situation ska den fortsatta straffmätningen utgå från den samlade brottslighetens straffvärde.¹⁷¹ Enligt bestämmelsen är straffvärdet begränsat till och ska bestämmas inom ramen för den givna straffskalan.¹⁷² Straffskalorna innehåller däremot bara ett minimum- och maximumvärde innebärande att steg, eller positioner, däremellan lämnas opreciserade i lagtexten.¹⁷³ Emellertid, med anledning av intresset av en enhetlig rättstillämpning, åligger det domstolen att granska praxis, främst från Högsta domstolen, avseende hur andra domstolar bedömt straffvärdet i ett liknande fall.¹⁷⁴ Följaktligen är domstolen bunden av straffskalan och praxis vilket därigenom medför, har Victor hävdad, att straffvärdebedömningen är oberoende av den enskilda domarens värderingar.¹⁷⁵ I doktrinen har det däremot även vidhållits att vakuumet mellan maxima och minima i straffskalorna ytterst bör fyllas av moraliska bedömningar.¹⁷⁶ Det kan ifrågasättas till vilken grad enhetlighet i rättstillämpningen kan uppnås när det de facto är människor som dömer, trots att desamma har objektivitet, enhetlighet och rättvisa i åtanke.¹⁷⁷

Att straffvärdet utgör utgångspunkten för påföljdsbestämningen innebär oundvikligen att principerna om proportionalitet och ekvivalens placeras i

¹⁶⁶ Jareborg & Zila 2014, s. 105.

¹⁶⁷ Jareborg & Zila 2014, s. 103.

¹⁶⁸ Borgeke 2012, s. 529. Med ett brotts svårhet kan det enligt Jareborg och Zila avses två saker: bedömningen av brottets skadlighet och den brottsliges skuld, eller bedömningen av vilken svårhetsgrad inom brottsarten som brottet bör hänföras till, se Jareborg och Zila 2014, s. 105 och Jareborg 1992a, s. 154. Eftersom fokus i kommande avsnitt förläggs på straffmätningen är det främst den förstnämnda betydelsen som avses tillämpas om inget annat anges.

¹⁶⁹ Borgeke 2012, s. 120.

¹⁷⁰ Borgeke 2012, s. 124.

¹⁷¹ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Flerfaldig brottslighet”.

¹⁷² Borgeke 2012, s. 124.

¹⁷³ Jareborg & Zila 2014, s. 108.

¹⁷⁴ Borgeke 2012, s. 124.

¹⁷⁵ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänna grunder för straffmätningen”.

¹⁷⁶ Jareborg & Zila 2014, s. 108f.

¹⁷⁷ Egen kommentar, för ett liknande resonemang se Borgeke 2012, s. 121.

rampljuset och är av avsevärd betydelse.¹⁷⁸ En ytterligare målsättning är principen om rättslig likabehandling. I förarbetena framhävdes att även om rättslig likabehandling betonas bör det erinras om att det i praktiken kan föreligga betydande svårigheter att jämföra olika brott. Av denna anledning skulle betoningen av rättslig likabehandling inte tillåtas föranleda en förenklad och schematisk straffmätning.¹⁷⁹ Tvärtom var syftet, enligt Victor, att främja en nyanserad och allsidig bedömning – genom detta skulle likabehandling uppnås.¹⁸⁰

I paragrafens andra stycke anges (i enlighet med nyss sagda om likabehandling) de omständigheter som ska beaktas vid straffvärdebedömningen. Enligt Ulväng kan denna paragraf anses utgöra en form av legaldefinition av begreppet straffvärde.¹⁸¹ De omständigheter som upptas i paragrafen har i doktrinen benämnts som *brottsinterna* omständigheter.¹⁸² Omständigheter som är brottsinterna utgörs av sådana omständigheter som är avgörande för brottsrubriceringen och svårhetsgraderingen av brottet,¹⁸³ m.a.o. de omständigheter som utmärker en viss brottstyp.¹⁸⁴ Gemensamt för omständigheterna är att de hänför sig till *brottet* varför den brottslige person, tidigare brottslighet eller vad som inträffat efter brottet inte är av betydelse för straffvärdet (men får betydelse senare i 29 kap. brottsbalken).¹⁸⁵ Straffvärdebedömningen skall enligt bestämmelsen främst inriktas på följande omständigheter: betydelsen av det värde eller intresse som hotats eller kränkts, närheten till reell kränkning av intresset eller värdet, samt om gärningen förövats av oaktsamhet eller uppsåtliga.¹⁸⁶

År 2010 genomfördes ändringar i 29 kap. 1 § 2 st. brottsbalken. En viktig förändring utgjordes av borttagandet av ordet *särskilt* i lagtexten (äldre lydelse ”skall särskilt beaktas den skada...”) vilket gjorde att uppräknade omständigheter blev uttömmande.¹⁸⁷ Som tidigare nämnt (avsnitt 3.2.3.3) innebar denna ändring att domstolen inte längre tilläts åberopa allmänpreventiva överväganden som grund för straffvärdebedömningen.¹⁸⁸ Victor har emellertid påpekat att det är oklart huruvida lagstiftaren genom ändringen avsett att domstolen därutöver ska vara förhindrad att beakta förändringar av faktorer såsom brottslighetens former eller utbredning vid straffvärdebedömningen. Det står nämligen klart, enligt Victor, att domstolens straffvärdebedömning oundvikligen måste grundas i överväganden som domstolen finner tjäna en allmän norm

¹⁷⁸ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänna grunder för straffmätningen”; Borgeke 2012, s. 123 f; Ulväng *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 1 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.2.

¹⁷⁹ Prop. 1987/88:120, s. 78. Se även Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänna grunder för straffmätningen”.

¹⁸⁰ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänna grunder för straffmätningen”.

¹⁸¹ Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 1 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.2.

¹⁸² Jareborg & Zila 2014, s. 110; Sitte Durling 2005, s. 150.

¹⁸³ Jareborg & Zila 2014, s. 110.

¹⁸⁴ Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 1 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.2.

¹⁸⁵ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Omständigheterna vid brottet”.

¹⁸⁶ Jareborg & Zila 2014, s. 110.

¹⁸⁷ Prop. 2009/10:147, s. 13; Jareborg & Zila 2014, s. 103; Borgeke 2012, s. 123; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Strykningen av ordet ’särskilt’ ”.

¹⁸⁸ Prop. 2009/10:147, s. 13; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Strykningen av ordet ’särskilt’ ”; Borgeke 2012, s. 123; Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 1 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 3.6.

och det förfaller rimligt att dessa överväganden bör ha med brottslighetens farlighet eller skadlighet att göra.¹⁸⁹

Vid 2010 års reform genomfördes ännu en viktig ändring då den sista meningen i andra stycket infördes – att det särskilt ska beaktas om gärningen inneburet ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person. Avsikten från lagstiftarens sida synes ha varit att markera att det finns särskild anledning för domstolarna att tillmäta allvarliga våldsbrott ett högre straffvärde jämfört med dåvarande praxis och därigenom höja straffnivån för den aktuella brottstypen.¹⁹⁰

3.3.2.3 Försvårande och förmildrande omständigheter

Vad som gör att ett brott är att betrakta som mer eller mindre klandervärt uppfattas och bedöms olika av olika människor. För att uppnå och bibehålla en någorlunda enhetlig rättstillämpning förutsätts därför, vid straffvärdebedömningen, ett beaktande av ungefär samma omständigheter samt att de tillskrivs samma vikt. Dessa *brottsexterna* omständigheter, som kan vara försvårande eller förmildrande, upptas i 29 kap. 2 § respektive 3 § brottsbalken.¹⁹¹ Eftersom ett uppräknande av varje enskild omständighet inte är av direkt relevans och nödvändighet för studiens syfte kommer detsamma därför att utelämnas, istället hänvisas till lagtexten för en utförlig uppräknning.

I 29 kap. 2 § och 3 § brottsbalken upptas *exempel* på de mest betydelsefulla och vanliga försvårande och förmildrande omständigheterna.¹⁹² Uppräknningen i vardera bestämmelse är inte uttömmande varför även andra omständigheter än de som omnämns i paragraferna kan komma att påverka straffvärdet i höjande eller sänkande riktning.¹⁹³ I de ursprungliga förarbetena till bestämmelserna

¹⁸⁹ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Strykningen av ordet ’särskilt’ ”.

¹⁹⁰ Borgeke 2012, s. 127; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Andra mening”. Lagstiftarens straffhöjningsmetod har utsatts för viss kritik. Lagrådet påpekade vid remissförfarandet att det skulle vara systematiskt olämpligt att införa en bestämmelse som avser att höja straffnivån för en specifik brottstyp eftersom 29 kap. 1 § brottsbalken tar sikte på straffvärdet i det enskilda fallet. Istället borde straffhöjningen komma till uttryck i en strängare straffskala (Prop. 2009/10:147, s. 71.). Jareborg & Zila torde instämma i Lagrådets kritik (Jareborg & Zila 2014, s. 103, fotnot 1). Den vägledning som lagstiftaren erbjuder avseende hur straffhöjning ska gå till hamnar, enligt Ulväng, i konflikt med definitionen av straffvärde, idén om ett stadgat straffminimum och principen om relativ proportionalitet (Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 1 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 3.6. För ett liknande resonemang se Borgeke m.fl. 2011, s. 72 & 74).

¹⁹¹ Jareborg & Zila 2014, s. 112. De brottsexterna omständigheterna kan även vara av betydelse för ett brotts gradindelning och har de redan beaktats och fått betydelse vid gradindelningen bör de inte ges betydelse en andra gång vid straffvärdebedömningen. Således ska en omständighet helst inte räknas två gånger till en tilltalads nackdel. Finns det däremot något kvar att beakta efter att en omständighet påverkat gradindelningen, ett s.k. övervärde, kan resterande värde beaktas vid straffvärdebedömningen, se Jareborg & Zila 2014, s. 111f.; Sitte Durling 2005, s. 150f.; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänt om paragrafen”. För liknande resonemang avseende ”dubbelräkning” se Borgeke 2012, s. 154f., och ”dubbelbeaktande” se Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 2 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.3.

¹⁹² Prop. 1987/88:120, s. 85; Borgeke 2012, s. 155 & 163; Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 2 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.1, samt 29 kap. 3 § under avsnitt 1. Se också Jareborg & Zila 2014, s. 114 & 117.

¹⁹³ Prop. 1987/88: 120, s. 84f.; Borgeke 2012, s. 155 & 163. Se också Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 3 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.1.

betonades det att uppräkningsarna var exemplifierande och, särskilt avseende 29 kap. 2 §, någorlunda uttömmande samt att flera av punkterna var allmänt hållna och att bestämmelsen därför skulle tillämpas med försiktighet.¹⁹⁴ Genom 2010 års reform ändrades den tidigare uppfattningen genom ett markerande från lagstiftarens sida – utrymmet för att beakta såväl förmildrande som försvårande omständigheter skulle vidgas i avsikt att öka spännvidden vid straffvärdebedömningen. Således skulle den tidigare uttalade restriktiviteten inte längre prägla straffvärdebedömningen, istället skulle den präglas av en nyanserad bedömning som omfattade samtliga omständigheter av betydelse i det enskilda fallet.¹⁹⁵

Uppräkningen i vardera bestämmelse tillför egentligen inget i sak som inte redan framgår av 29 kap. 1 § 2 st. brottsbalken, utan utgör exempel på vad som särskilt kan påverka straffvärdebedömningen – i avsikt att uppnå förutsebarhet och enhetlig rättstillämpning.¹⁹⁶ Omständigheterna som anges i 29 kap. 2 § och 3 § brottsbalken måste kunna hänföras till det konkreta brottet för att de ska kunna påverka straffet i skärpande respektive lindrande riktning.¹⁹⁷

Slutligen bör det betonas att 29 kap. 3 § 2 st. brottsbalken ger domstolen möjlighet att, om det är påkallat med hänsyn till brottets straffvärde, döma till lindrigare straff än vad som är föreskrivet brottet.¹⁹⁸ Således tillåts domstolen att underskrida, d.v.s. döma till ett lindrigare straff än, det straffminimum som stadgas i brottets straffskala.¹⁹⁹ Enligt Jareborg & Zila kan bestämmelsen anses vara felplacerad eftersom den inte bara är tillämplig avseende de omständigheter som nämnts i paragrafens första stycke, utan gäller och tillämpas alltid om det behövs för att vid straffmätningen ta hänsyn till straffvärdet.²⁰⁰ Andra omständigheter som påkallar strafflindring men som inte hänförs till själva brottet, t.ex. billighetshänsyn, ska inte beaktas vid denna bestämmelse.²⁰¹

Enligt Wennberg skulle 29 kap. 2 och 3 §§ brottsbalken kunna grundas i den tilltalades moraliska skuld och ett större eller mindre behov av avskräckning. Framförallt synes Wennberg mena att vissa av de försvårande omständigheterna i 29 kap. 2 § brottsbalken är av sådan art att de inte rimligen kan grundas på brottets klandervärdhet, utan snarare motiveras utifrån ett behov av avskräckning.²⁰²

¹⁹⁴ Prop. 1987/88:120, s. 84f. Se också Borgeke 2012, s. 163.

¹⁹⁵ Prop. 2009/10:147, s. 28. Se också Borgeke 2012, s. 155 & 164. Se också Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 3 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.2.

¹⁹⁶ Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 3 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.1.

¹⁹⁷ Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 2 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.1, samt 29 kap. 3 §, under avsnitt 2.1.

¹⁹⁸ Jareborg & Zila 2014, s. 118; Borgeke 2012, s. 172; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Andra stycket”.

¹⁹⁹ Borgeke 2012, s. 172; Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 3 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.5.

²⁰⁰ Jareborg & Zila 2014, s. 118.

²⁰¹ Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 3 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.5; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Andra stycket”.

²⁰² Wennberg 1990, s. 806f. Att den tilltalades moraliska skuld skulle kunna grunda straffmätningen verkar Wennberg ha avvisat med argument kring förmåga och vilja, se mer i Wennberg 1990, s. 824f.

3.3.3 Övriga straffmättningsbestämmelser

Under detta avsnitt ämnas kvarvarande bestämmelser i 29 kap. brottsbalken att framställas och redovisas. De bestämmelser som härnäst ska behandlas är åtskilda från straffvärdebestämmelserna, de har alltså inget med straffvärdet att göra.²⁰³ Straffvärdebestämmelserna relateras som nämnt till brottet, bestämmelserna i 29 kap. 4–7 §§ brottsbalken relateras närmast till *den brottslige*. Enligt Zila ger uppdelningen av relevanta omständigheter, i straffvärdefaktorer respektive t.ex. billighetsskäl och återfall, uttryck för en skillnad mellan gärningens straffvärde och den tilltalades straffvärdighet.²⁰⁴ Bestämmelserna avses varken behandlas heltäckande eller detaljrikt. Däremot ämnas de straffteorier och principer som berättigar bestämmelserna att belysas.

3.3.3.1 Återfall

Behandlingen av bestämmelsen avseende återfall, eller tidigare brottslighet, i 29 kap. 4 § brottsbalken ska i detta avsnitt försöka hållas kortfattad och koncis. Detta trots att bestämmelsen synbarligen kan utgöra huvudämnet för en avhandling.²⁰⁵

Tidigare brottslighet kan främst föranleda ett strängare påföljdsval (t.ex. 30 kap 4 § brottsbalken) och ett förverkande av villkorligt medgiven frihet. Tidigare brottslighet kan emellertid även tillmätas hänsyn vid straffmätningen – i skärpande riktning – såvida inte förhållandet beaktas genom påföljdsvalet eller i tillräcklig utsträckning genom förverkande av villkorligt medgiven frihet.²⁰⁶ I förarbetena till 2010 års reform poängterades – mycket tydligt – att återfalls-hänsyn vid straffmätning *inte* gäller om förhållandet redan tillräckligt beaktats genom de två förstnämnda alternativen.²⁰⁷ Bestämmelsen fastslår således en ordning som domstolen ska följa.²⁰⁸ Var denna bestämmelse infaller i de olika beslutsstrukturerna ska diskuteras i fjärde kapitlet av denna studie.

Som tidigare antytt har bestämmelsen varit föremål för djupa diskussioner i den juridiska doktrinen.²⁰⁹ En omstridd fråga berör varför återfall bör beaktas och vilken grund som bestämmelsen vilar på. Enligt de ursprungliga lagförarbetena var det av väsentlig betydelse för tilltron för påföljdssystemet att återfall kunde tillmätas betydelse i påföljdsbestämningen. En sådan ordning skulle av en bred allmänhet uppfattas som rimlig och naturlig.²¹⁰ I förarbetena till 2010 års reform efterfrågades en skärpt reaktion vid återfall och återigen betonades återfallens betydelse för påföljdssystemets trovärdighet.²¹¹ Enligt Jareborg och Zila ger det sagda belägg för deras egen tolkning om att beteckna bestämmelsen som ”en eftergift till ’det allmänna rättsmedvetandet’, vilket egentligen in-

²⁰³ Jareborg 1992b, s. 259.

²⁰⁴ Zila 1998, s. 46.

²⁰⁵ Se t.ex. Sitte Durlings avhandling *Tidigare brottslighet: Om rättsverkningar av återfall i brott* från 2005 (observera dock att avhandlingen är skriven innan 2010 års reform av bestämmelsen).

²⁰⁶ Borgeke 2012, s. 174f.; Sitte Durling 2005, s. 203. Se också nuvarande lydelse av 29 kap. 4 § brottsbalken (SFS 2010:370).

²⁰⁷ Prop. 2009/10:147, s. 31f.

²⁰⁸ Sitte Durling 2005, s. 203.

²⁰⁹ Sitte Durling 2005, s. 209; Borgeke 2012, s. 175. För liknande påstående se Ulväng 2005, s. 331. Se också Jareborg & Zila 2014, s. 127.

²¹⁰ Prop. 1987/88:120, s. 52.

²¹¹ Prop. 2009/10:147, s. 32.

nebär att vilken som helst ideologisk grund godtas”.²¹² Härtill menar Ulväng att bestämmelsen om återfall inte kan förklaras utifrån enbart en straffteori.²¹³

Jareborg och Zila menar att vissa av de omständigheter som ska beaktas vid straffskärpning p.g.a. återfall möjligtvis kan ges en individualpreventiv motivering.²¹⁴ Vad samtliga omständigheter i bestämmelsen torde ha gemensamt är att de bör ses som en uppmaning, motiverad av humanitetsskäl, till försiktighet avseende att lägga återfall till grund för straffskärpning.²¹⁵ Ulväng anser att bestämmelsen måste betraktas som en kvarleva från preventionsteorierna eller som en eftergift till det allmänna rättsmedvetandet. Det sistnämnda torde dock, enligt Ulväng, inte kunna berättiga en straffskärpningsregel.²¹⁶ Att grunda återfallsregleringen i individualpreventiva motiv torde enligt Borgeke inte vara ett hållbart argument. Borgeke synes påstå att det som återstår när varken proportionalitet²¹⁷ eller individualprevention kan grunda systemet är de allmänt hållna förklaringar som framlades i förarbetena – trots att de inte heller framstår som särskilt hållbara.²¹⁸ Även Träskman avfärdar tanken om att straffskärpning p.g.a. återfall bygger på preventiva överväganden.²¹⁹ Träskman förefaller istället berättiga återfallets betydelse med utgångspunkt i att den tilltalades straffvärdighet, d.v.s. inte brottets straffvärde, är större än vid den tidigare brottsligheten.²²⁰ Att bestämmelsen kritiserats för att vara oförenlig med principer om proportionalitet och humanitet kommer behandlas i avsnitt 3.4.1.

3.3.3.2 Billighetsskäl

Bestämmelsen i 29 kap. 5 § brottsbalken är, liksom 29 kap. 4 § brottsbalken, av sådan karaktär att den ensam kan utgöra föremål för en avhandling.²²¹ Ändå ska denna framställning försöka hållas kortfattad och koncis. Eftersom ett uppräknande av varje enskild omständighet inte är av direkt relevans för studiens syfte utelämnas detsamma, istället hänvisas läsaren till lagtexten.

I 29 kap. 5 § brottsbalken anges omständigheter som domstolen, utöver brottslighetens straffvärde, ska beakta vid straffmätningen.²²² Omständigheterna benämns vanligtvis för billighetsskäl.²²³ Billighetsskäl är inte hänförliga till den brottsliga gärningen och saknar därmed betydelse för straffvärdet.²²⁴ Omständigheterna måste vara hänförliga till den tilltalades person eller dennes agerande efter brottet och kan endast beaktas i lindrande riktning.²²⁵ Uppräknningen av omständigheter i bestämmelsen består av åtta punkter. De sju första ut-

²¹² Jareborg & Zila 2014, s. 128.

²¹³ Ulväng 2005, s. 347.

²¹⁴ Jareborg & Zila 2014, s. 128.

²¹⁵ Jareborg & Zila 2014, s. 129.

²¹⁶ Ulväng 2005, s. 347.

²¹⁷ Att proportionalitet inte kan anses grunda bestämmelsen om återfall upptas i avsnitt 3.4.1.

²¹⁸ Borgeke 2012, s. 177.

²¹⁹ Träskman 1999, s. 213.

²²⁰ Träskman 1999, s. 207 och 215f.

²²¹ Se t.ex. Ågrens avhandling *Billighetsskäl i BrB 29:5 – berättigande och betydelse vid påföljdsbestämning* från 2013.

²²² Borgeke 2012, s. 186.

²²³ Ulväng *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 5 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 1.

²²⁴ Holmqvist 1999, s. 190.

²²⁵ Borgeke 2012, s. 189; Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteeo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänt om paragrafen”; Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 5 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 1.

gör typsituationer i vilka den tilltalade anses förtjäna lindrigare straff än det som straffvärdet föranleder.²²⁶ I förarbetena framhålls att uppräknigen ”i och för sig” är uttömmande, men att den avslutande (åttonde) punkten är allmänt hållen och möjliggör för att beakta andra icke angivna omständigheter.²²⁷ I paragrafens andra stycke anges att omständigheterna i första stycket kan föranleda att det utdöms ett lindrigare straff än det som är föreskrivet brottet.²²⁸ Enligt förarbetena ska bestämmelsen tillämpas restriktivt.²²⁹

Victor har hävdad att billighetsskälens möjligen skulle kunna motiveras av individualprevention, men menar samtidigt att många av skälerna är av sådan karaktär att de knappast kan motiveras av annat än rättfärdighetsargumentet.²³⁰ I förarbetena berättigades omständigheterna i 29 kap. 5 § brottsbalken av att ett icke beaktande skulle framstå som orättfärdigt, orimligt eller obilligt.²³¹ Bestämmelsen har, enligt Jareborg och Zila, att göra med en rättvis behandling av den tilltalade.²³² Bestämmelsen motiverades bl.a. av att ett system som tillåter beaktande av billighetsskäl i större utsträckning, än ett system grundat i individualprevention, tillgodoser behovet av individuella hänsynstaganden.²³³ Genom billighetsskälens existens finns det, enligt Borgeke och Reimer, goda möjligheter till beaktande av personliga omständigheter utan att behöva företa prognoser i det enskilda fallet.²³⁴ Borgeke har dessutom betonat att billighetsskäl berättigade av rättvisa präglas av lika mycket humanitet som ett system grundat i individualprevention.²³⁵ Härtill har Zila hävdad att bestämmelsen ger uttryck för en ”slags humanitär attityd gentemot brottslingar”.²³⁶

Ågren har företagit gedigna studier rörande billighetsskälens straffteoretiska berättigande som här kort ska sammanfattas. Ågren utgår ifrån en *utvidgad* proportionalitetsbedömning eftersom han anser att det inte föreligger hinder mot att utvidga den traditionella proportionalitetsbedömningen (som ju utgår från gärningen) till att även omfatta faktorer som hänförs till den tilltalade.²³⁷ Således synes Ågren utgå ifrån att bestämmelsen i vissa delar (främst punkt 1–4) kan berättigas utifrån en *utvidgad proportionalitetsprincip*. Därtill menar Ågren att bestämmelsen kan berättigas utifrån ett värnande om humanitet (främst punkt 1 och 4–6).²³⁸ Ett ytterligare berättigande finner Ågren i teorin om straffets kommunikativa syfte (främst punkt 2 och 3).²³⁹ Ågren betonar inte sällan berättigande p.g.a. förtjänst samt det opropotionella och orättvisa i att inte tillerkänna strafflindring.²⁴⁰

²²⁶ Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 5 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.1.

²²⁷ Prop. 1987/88:120, s. 89. Punkterna 1–7 är inte uttömmande, vilket punkten 8 utgör en erinran om, se Ågren 2013, s. 276.

²²⁸ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Andra stycket”.

²²⁹ Prop. 1987/88:120, s. 90 & 97.

²³⁰ Victor 1999, s. 143.

²³¹ Prop. 1987/88:120, s. 37 & 47.

²³² Jareborg & Zila 2014, s. 129.

²³³ Borgeke 2012, s. 189.

²³⁴ Borgeke & Reimer 1999, s. 149.

²³⁵ Borgeke 2015, s. 285.

²³⁶ Zila 1998, s. 47.

²³⁷ Ågren 2013, s. 109. Se också s. 142, 160 & 183.

²³⁸ Ågren 2013, se bl.a. s. 109f, 183, 218 & 244.

²³⁹ Ågren 2013, se bl.a. s. 142 & 160.

²⁴⁰ Ågren 2013, se bl.a. s. 142, 160, 183, 218, & 275.

3.3.3.3 Påföljdseftergift

Bestämmelsen om påföljdseftergift i 29 kap. 6 § brottsbalken stadgar att domstolen ska meddela påföljdseftergift om det med hänsyn till någon av omständigheterna i 29 kap. 5 § brottsbalken är uppenbart oskäligt att döma till påföljd.²⁴¹ Förutsättningarna för påföljdseftergift är således förenade med billighetsskäl och endast dessa kan föranleda eftergift av påföljd.²⁴² Om ett straffvärde inte existerar beror det på att gärningen inte utgör ett brott och då ska den tilltalade inte fällas och ges påföljdseftergift utan såklart frikännas.²⁴³ Enligt förarbetena ska bestämmelsen tillämpas i undantagsfall och med stor restriktivitet.²⁴⁴ Bestämmelsen om påföljdseftergift har enligt Borgeke kritiserats bl.a. för att den genom att ge domstolen möjlighet att efter fritt skön underlåta att utdöma påföljd äventyrar en jämn och enhetlig rättstillämpning.²⁴⁵

3.3.3.4 Ungdom

I 29 kap. 7 § 1 st. brottsbalken stadgas att om någon begått brott före 21 års ålder så ska dennes ungdom särskilt beaktas av domstolen vid straffmätningen. I ett sådant fall får domstolen döma till ett lindrigare straff än vad som är föreskrivet brottet.²⁴⁶ Straffnedsättning genom tillämpning av denna bestämmelse brukar, enligt Jareborg, benämnas *ungdomsrabatt*.²⁴⁷ Paragrafen har även ett andra stycke enligt vilken en tilltalad under 21 år inte får dömas till svårare straff än fängelse i tio år. Detta är inte undantagslöst – om det för det aktuella brottet är föreskrivet fängelse i mer än tio år eller på livstid så får domstolen döma till fängelse i högst 14 år.²⁴⁸

Den straffteoretiska bakgrunden till varför unga lagöverträdare ska särbehandlas är omdiskuterad. Det torde dock finnas en förklaring som förekommer mest frekvent i svensk doktrin, se bl.a. von Hirsch, Jareborg och Zila samt Borgeke.²⁴⁹ Jareborg & Zila har sammanfattat grunden för särbehandling väl och utgör ett fullgott exempel för denna korta framställning.²⁵⁰ Orsaken till särbehandling av ungdomar kan indelas i tre grundläggande tankar: utvecklad ansvarsförmåga, större sanktionskänslighet och större tolerans. *Utvecklad ansvarsförmåga* avser det faktum att unga människor befinner sig i ständig utveckling och saknar full förståelse (och kan inte heller begäras ha det) för andras intressen och lidande eller grundläggande samhällsliga värden. Att bli vuxen är en utdragen inlärningsprocess varför de krav som ställs på ungdomar rimligen

²⁴¹ Se 29 kap. 6 § brottsbalken.

²⁴² Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”29 kap. 6 § påföljdseftergift”; Jareborg & Zila 2014, s. 133.

²⁴³ Jareborg & Zila 2014, s. 133.

²⁴⁴ Prop. 1987/88:120, s. 60 & 97.

²⁴⁵ Borgeke 2012, s. 212.

²⁴⁶ Se 29 kap. 7 § brottsbalken.

²⁴⁷ Jareborg 2007, 107. Se också Jareborg & Zila 2014, s. 154. Borgeke benämner det ungdomsreduktion, se Borgeke 2012, s. 42.

²⁴⁸ Se 29 kap. 7 § 2 st. brottsbalken. Se också Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Andra stycket”.

²⁴⁹ Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 7 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.1.

²⁵⁰ Jareborg och Zilas framställning synes i hög grad överensstämma med den som utvecklats av von Hirsch i ”Proportionate sentences for juveniles” i boken *Proportionalitet och straffbestämning* (2001), och önskas en djupare beskrivning av ämnet hänvisar jag till von Hirschs bidrag.

bör vara lägre än för äldre åldersgrupper.²⁵¹ *Större sanktionskänslighet* avser det faktum att unga människor är psykologiskt känsligare för bestraffning och att bestraffningen därför kan drabba dem hårdare eftersom den kan störa utvecklingen och inlärningsprocessen. Det ligger, enligt Jareborg och Zila, i samhällets intresse att motverka ett riskerande av unga människors mognadsprocess genom en ”alltför repressiv straffrättspolitik”.²⁵² *Större tolerans* avser det ofrånkomliga i att många unga människor kommer begå misstag och dumheter i sin mognadsprocess. Om den möjligheten inte existerade skulle samhället inte heller bestå av vuxna människor med ansvarskänsla och självförtroende. Av denna anledning menar Jareborg och Zila att det föreligger skäl att betrakta ungdomars brottslighet med större tolerans än brottslighet begången av vuxna.²⁵³ Framförallt är det ett medkänsla- och toleransargument som torde grunda ungdomsrabatten i 29 kap. 7 § brottsbalken²⁵⁴, vilket ju inkluderas i t.ex. humanitetsprincipen.

3.4 Straffteorierna och principernas förenlighet med strukturen och bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken

I detta avsnitt avses de straffteorier och principer som identifierats i såväl lagförarbetena som i doktrinen att behandlas i förhållande till den struktur och de bestämmelser som stadgas i 29 kap. brottsbalken. Behandlingen utgörs av en undersökning av den inbördes förenligheten mellan bestämmelserna, eller den legislativa strukturen, och straffteorierna samt principerna. Avslutningsvis kommer de olika straffteorierna och principerna som identifierats att grovt rangordnas inför analysen beträffande dess förenlighet med beslutsstrukturerna. Emellertid, i avsikt att underlätta den fortsatta framställningen erbjuds först en kort sammanfattning och erinran av de straffteorier och principer som anses grunda 29 kap. brottsbalken, som framlyfts tidigare i avsnitt 3.2.3, 3.2.4, 3.3.2 och 3.3.3 med tillhörande underavsnitt.

I *förfarbetena* framhävs principer avseende proportionalitet, legalitet, likabehandling, rättssäkerhet, förutsebarhet, enhetlighet, saklighet och opartiskhet. Att straffvärdet ska utgöra utgångspunkten för straffmätningen och att straffvärdebedömningen präglas av rättviseresonemang avseende proportionalitet och ekvivalens torde framstå som klart. Därutöver ska omständigheter hänförliga till den tilltalade, även benämnt individuella förutsättningar, beaktas vid straffmätningen. Detta berättigas genom att ett icke beaktande hade varit orättvist, inte genom individualprevention eller prognostänkande. Beaktandet kan också förklaras genom hänsynstagande av humanitära aspekter. Att allmänprevention inte ska beaktas vid påföljdsbestämningen på domsnivå framstår som otvetydigt.

En gemensam utgångspunkt i den undersökta *doktrinen* synes vara att påföljdsbestämningen styrs av proportionalitetsprincipen. Ulväng och von Hirsch talar därutöver om ett förtjänsttänk. Victor talar om likabehandling och förut-

²⁵¹ Jareborg & Zila 2014, s. 152. Se även Jareborg 2007, s. 111.

²⁵² Jareborg & Zila 2014, s. 152. Se även Jareborg 2007, s. 111.

²⁵³ Jareborg & Zila 2014, s. 152f. Se även Jareborg 2007, s. 111.

²⁵⁴ Jareborg & Zila 2014, s. 154.

sebarhet. Enligt Jareborg och Zila finns det inslag av såväl allmänprevention som individualprevention. Att individualprevention kan ha betydelse synes även förespråkas av Leijonhufvud, Wennberg, Victor och Ågren. Borgeke och Träskman menar att preventionsteorierna inte ska ges betydelse på domsnivå. Att humanitet förekommer i påföljdsbestämningen förespråkas av Ågren, Borgeke, Jareborg och Zila. Straffvärdebestämmelsen i 29 kap. 1 § brottsbalken hävdas präglas av proportionalitet, ekvivalens och likabehandling. Borgeke har här till poängterat vikten av att upprätthålla en enhetlig rättstillämpning. Bestämmelserna i 29 kap. 2 och 3 §§ brottsbalken grundas, enligt Ulväng, i ett syfte att uppnå förutsebarhet och enhetlighet i rättstillämpningen. Wennberg har talat om ett motiverande genom bl.a. avskräckning. Jareborg och Zila menar att 29 kap. 4 § brottsbalken utgör en eftergift till det allmänna rättsmedvetandet och att bestämmelsen därför kan grundas i vilken ideologi som helst. Enligt Ågren vilar billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken på en utvidgad proportionalitetsprincip, straffets kommunikativa syfte och humanitet. Att bestämmelsen berättigas genom billighet och rättvisa synes förespråkas av flera. Slutligen berättigas ungdomsrabatten i 29 kap. 7 § brottsbalken framförallt i ett toleransargument, vilket utgör en del av humanitetsprincipen.

3.4.1 Analys: straffteoriernas och principernas förenlighet med 29 kap. brottsbalken

Som tidigare nämnt har påföljdsbestämningssystemet kritiserats för att inte vila på enhetlig ideologisk grund. Istället vilar systemet på flertalet straffteorier och principer, vilket dessutom uppenbarligen synes ha varit avsiktligt sett i förhållande till förarbetena som är belamrade med teorier och principer. Måhända är det inte ett problem att olika bestämmelser berättigas av olika teorier och principer. Att ett så invecklat system som ifrågasvarande skulle grundas och berättigas utifrån enbart *en* straffteori eller princip är förmodligen önsketänkande. Som von Hirsch påpekat – i bästa fall vilar systemet *i det stora hela* på en eller annan teori.²⁵⁵ Frågan huruvida de straffteorier och principer som anses grunda 29 kap. brottsbalken är förenliga med de bestämmelser och legislativa struktur som däri finns har inget direkt och enkelt svar. Emellertid har frågan behandlats indirekt genom andra författares forsknings- och doktrinämnen. Härnäst ska dessa olika åsikter avseende saken redovisas och kommenteras och fokus kommer ligga på de mest centrala straffteorierna och principerna som kan anses grunda 29 kap. brottsbalken.

3.4.1.1 Allmän- och individualprevention

Att allmän- och individualprevention ska tillmätas betydelse för, eller anses grunda, 29 kap. brottsbalken torde vara uteslutet enligt lagförarbetena. Visserligen har individuell hänsyn framhävts i senare förarbeten, men det förefaller snarare ha med rättvisa och billighet att göra. Av denna anledning skulle preventionsteorierna också kunna anses vara oförenliga med 29 kap. brottsbalken. I doktrinen har preventionsteorierna ändå stundtals framhävts, bl.a. av Victor, Wennberg, samt Jareborg och Zila, som möjliga berättigande av 29 kap. brottsbalken. Framförallt har preventionsteorierna framkommit i diskussion

²⁵⁵ För liknande resonemang se von Hirsch 2001, s. 83.

beträffande förmildrande och försvårande omständigheter, billighetsskäl och återfallens betydelse (den sistnämnda anser Ulväng utgöra en kvarleva av preventionsteoriernas tidigare betydelse). I doktrinen har de också förnekats samma betydelse, bl.a. av Borgeke och Träskman. Bevisligen går det att finna spår av preventionsteorier i 29 kap. brottsbalken, men samtliga bestämmelser har även hävdats kunna berättigas av andra straffteorier och principer. Med utgångspunkt i förarbetena borde preventionsteorierna vara oförenliga med 29 kap. brottsbalken, likväl har preventionsteorierna en gång i tiden varit mycket framträdande varför de fortfarande kan anses delvis influera och vara förenliga med ifrågavarande kapitel.

3.4.1.2 Proportionalitet

Att straffvärdet utgör utgångspunkten för påföljdsbestämningen innebär oundvikligen att principerna om proportionalitet och ekvivalens är av avsevärd betydelse och placeras i rampljuset.²⁵⁶ Således synes proportionalitetsprincipen vara förenlig med straffvärdebedömningen, men vad går det att säga om övriga bestämmelser i 29 kap. brottsbalken?

Proportionalitetsprincipen, teorin om proportionalitet, eller förtjänstteorins överensstämmelse med straffbestämningen har prövats och behandlats av von Hirsch. Att von Hirsch benämner det straffbestämning har att göra med att det proportionalitetsbegrepp han använder måste vara materiellt istället för formellt. Detta innebär att alla påföljder måste kunna bedömas som ett straff – strängheten måste kunna identifieras samt dess relation till brottets svårhet – fiktionen att t.ex. skyddstillsyn inte är ett straff har ingen plats i von Hirschs test.²⁵⁷ Därtill varnar von Hirsch för en förenklad definition av proportionalitet som enbart tillåter att straffet bestäms med hänsyn till allvarligheten i brottsligheten. En sådan definition skulle innebära att om lagen tillåter andra omständigheter att påverka straffbestämningen så skulle detta uppfattas som ett avsteg från proportionaliteten. Detta kan enligt von Hirsch inte vara riktigt – proportionalitetsprincipen innebär att det ska råda en viss relation mellan straffets stränghet och brottets svårhet. Därför, enligt von Hirsch, finns det inga hinder mot att bestämma straff utifrån andra hänsyn än brottets svårhet.²⁵⁸ En så snäv tolkning av proportionalitetsprincipen kan inte förklara delar av systemet som tillåter hänsyn av andra faktorer, t.ex. återfall. Däremot måste dessa andra faktorer vara förenliga med tankarna bakom proportionalitetsprincipen.²⁵⁹ På grund av det kommunikativa perspektivet, eller funktionen, hos proportionalitetsteorin (som berörs i avsnitt 3.2.2.2) bör straffet motsvara måttet av klandervärdhet hos gärningen. Således menar von Hirsch att brottets svårhet måste ges prioritet som kriterium för straffbestämningen. Att så sker i det svenska systemet framgår enligt von Hirsch bl.a. av att straffen böter och fängelse i huvudsak bestäms av brottets allvarlighet eller svårhet.²⁶⁰ De övriga omständigheter som enligt lagstiftningen tillåts påverka straffbestämningen är fören-

²⁵⁶ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänna grunder för straffmätningen”; Borgeke 2012, s. 123f; Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 1 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.2.

²⁵⁷ von Hirsch 2001, s. 84.

²⁵⁸ von Hirsch 2001, s. 84f. Detta resonemang kan liknas vid det som Ågren för – att billighetsskäl motiveras genom en utvidgad proportionalitetsprincip, se avsnitt 3.3.3.2.

²⁵⁹ von Hirsch 2001, s. 88.

²⁶⁰ von Hirsch 2001, s. 88.

liga med den kommunikationsgrundade proportionalitetsteori som von Hirsch förespråkar.²⁶¹

Den svenska regleringen tillåter att straffet påverkas av försvårande och förmildrande omständigheter (29 kap. 2–3 §§ brottsbalken) och dessa omständigheter överensstämmer väl med den förtjänstteori och proportionalitetsprincip som von Hirsch förespråkar. Det föreligger inga svårigheter, enligt von Hirsch, att finna rimliga skäl för att koppla omständigheterna till gärningens skadlighet eller klandervärdhet eller den tilltalades skuld.²⁶² Ett straffbestämningssystem som också anses grundas i proportionalitetstanken men i vilket rättstillämparen kan åberopa försvårande och förmildrande omständigheter utan begräsning, likt det system England har, kan enligt von Hirsch föranleda en underminering av proportionalitetsprincipen.²⁶³ Billighetsskäl i 29 kap 5 § brottsbalken har också kommenterats av von Hirsch. Några av omständigheterna i bestämmelsen är relaterade till förtjänsttanken eftersom de skulle ha gjort bestraffningen särskilt ingripande, t.ex. utvisning, förlust av anställning, hög ålder eller sjukdom. Den tilltalades ansträngningar att ställa allt till rätta torde enligt von Hirsch handla om att denne blir mindre klandervärd, men varför detta sker är oklart och bör utredas. Att den tilltalade själv skadas genom brottet har enligt von Hirsch mindre med förtjänst att göra, just för att det orsakas genom brottet och inte straffet. Även generalklausulen i den åttonde punkten är i behov av en djupare analys om varför olika omständigheter ska tillerkännas betydelse. I det stora hela synes von Hirsch mena att billighetsskäl vilat på en oklar grund men att bestämmelsen i stor utsträckning är förenlig med idéer om ”mercy” och ”natural justice” som sammanhänger med proportionalitetsteorin.²⁶⁴

Billighetsskälens förenlighet med proportionalitetsprincipen har även kommenterats av Ågren. Ågren berättigar stora delar av bestämmelsen i 29 kap. 5 § brottsbalken utifrån en utvidgad proportionalitetsprincip – d.v.s. att den traditionella proportionalitetsbedömningen (som ju utgår från gärningen) även omfattar faktorer som hänförs till den tilltalade.²⁶⁵

Bestämmelsen avseende återfall i 29 kap. 4 § brottsbalken har kritiserats av flertalet författare, främst i förhållande till proportionalitetsprincipen. Enligt Borgeke möter ett straffsystem grundat i proportionalitetsprincipen, där påföljden ska vara avpassad efter brottets eller brottslighetens svårhet, problem när detsamma försöker motivera att ett brott förtjänar strängare straff på grund av den tilltalades tidigare brottslighet.²⁶⁶ Även Sitte Durling anser att bestämmelsen som helhet strider mot proportionalitetsprincipen eftersom den innebär att straffskärpning sker p.g.a. ett för proportionalitetsprincipen irrelevant skäl.²⁶⁷ Ulväng menar att tidigare brottslighet inte påverkar svårheten hos den brottslighet som är föremål för en senare dom – varför bestämmelsen hamnar i konflikt med proportionalitetsprincipen och intresset av att straffmätningen ska ge uttryck för brottets svårhet.²⁶⁸ Ulvängs lösning på hur återfallsreglering-

²⁶¹ von Hirsch 2001, s. 89.

²⁶² von Hirsch 2001, s. 92f.

²⁶³ von Hirsch 2001, s. 92. Att notera är att von Hirsch synes hänvisa till argumentation av Asworth.

²⁶⁴ von Hirsch 2001, s. 94.

²⁶⁵ Se tidigare avsnitt 3.3.3.2.

²⁶⁶ Borgeke 2012, s. 177.

²⁶⁷ Sitte Durling 2005, s. 217.

²⁶⁸ Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 4 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.1.

en kan förenas med proportionalitetsprincipen är att utgå från ett hävdande om att samhället ska visa respekt för en tilltalads förmåga att tillgodogöra sig klander grundat i moral, samt att straffskärpnings ska betraktas som en gradvis minskande tolerans för mänsklig svaghet.²⁶⁹ Därtill kan återigen nämnas (se ovan) von Hirschs tanke om att en snäv proportionalitetsprincip måhända inte kan förklara återfallets betydelse – von Hirsch förespråkar därför en proportionalitetsprincip som innebär att det ska råda en viss relation mellan straffets stränghet och brottets svårhet. Av denna anledning ser von Hirsch inga problem med att beakta andra hänsyn än brottets svårhet.

Om proportionalitetsprincipen eller teorin om proportionalitet ska kunna anses grunda och vara förenlig med 29 kap. brottsbalken i det stora hela (och särskilt billighetsskäl, ungdomsrabatten och återfall) lär den behöva ha den utvidgade definition som såväl von Hirsch som Ågren förespråkar. Därtill synes även proportionalitetsprincipens kommunikativa aspekter vara av vikt för att förklara och berättiga de bestämmelser som är hänförliga till den brottslige. Denna utvidgade proportionalitetsprincip skulle också kunna anses vara förenlig med förarbetena till nuvarande system som förespråkar både proportionalitet och individuell hänsyn p.g.a. rättvisa – dock finns det inget direkt, tydligt eller uttalat stöd för detta i förarbetena.

3.4.1.3 Humanitet

Humanitetshänsyn, eller humanitetsprincipen, förefaller framförallt få genomslag i 29 kap. brottsbalken genom dess 5 § och billighetsskäl. Att billighetsskäl kan anses berättigas genom humanitet synes både Zila, Ågren och Borgeke mena. I förarbeten har humanitet, eller humanitära aspekter, framförallt diskuterats i samband med vikten av att beakta individuella förutsättningar – proportionalitetsprincipen kan tydligen drivas för långt och riskera ett åsidosättande av humanitet och individualitet. Utifrån ett sådant uttalande torde billighetsskäl även enligt förarbeten ha en viss grund i och koppling till humanitetsprincipen. Följaktligen synes humanitetshänsyn vara förenligt med billighetsskäl. Härtill kan betonas att även ungdomsrabatten i kapitlets 7 § har motiverats och berättigats utifrån resonemang som bär prägel av humanitetsprincipen – särskilt i det att ungdomsrabatten enligt Jareborg och Zila (och indirekt von Hirsch) grundas i argument om medkänsla och tolerans. Även i denna bestämmelse torde humanitet återspeglas och förenlighet uppstå.

Däremot kan återfallets betydelse i 29 kap. 4 § brottsbalken komma i konflikt med humanitetsprincipen. Enligt Ulväng är bestämmelsen inte förenlig med humanitetsprincipen och dess toleransteori.²⁷⁰ Ulvängs lösning på hur återfallsregleringen kan förenas med humanitetshänsyn är (liksom vid proportionalitetsprincipen) att utgå från ett hävdande om att samhället ska visa respekt för en tilltalads förmåga att tillgodogöra sig moraliskt grundat klander, samt att straffskärpnings ska tolkas som en gradvis minskande tolerans för mänsklig svaghet.²⁷¹

²⁶⁹ Ulväng 2005, s. 348.

²⁷⁰ Ulväng 2005, s. 347; Ulväng, *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap. 4 §, Lexino 2012-07-01, under avsnitt 2.1.

²⁷¹ Ulväng 2005, s. 348.

3.4.1.4 Övriga grundläggande och övergripande principer

I de ursprungliga förarbetena till 29 kap. brottsbalken, samt i efterföljande förarbeten som ändrat och kompletterat kapitlet, framhävs många grundläggande rättssäkerhetsprinciper²⁷² som är av en mer övergripande och generell karaktär.

Enligt min mening kommer principer om legalitet²⁷³ – som inbegriper förutsebarhet och tydlighet – enhetlighet och likabehandling till uttryck i att 29 kap. brottsbalken faktiskt innehåller exemplifierande bestämmelser beträffande omständigheter. De försvårande och förmildrande omständigheter som upptas i 29 kap. 2–3 §§ brottsbalken föranleder att straffvärdebedömningen blir mer förutsebar, enhetlig och tydlig. Därtill gynnar de straffvärdepreciserande bestämmelserna likabehandling. Även de omständigheter som upptas i 29 kap. 5 § brottsbalken borde verka för en mer enhetlig och förutsebar tillämpning. Likaså denna bestämmelse borde gynna likabehandling. Däremot kan den generella sista punkten i 29 kap. 5 § brottsbalken (som liknar en slasktratt) också föranleda att samma principer inte uppfylls. Att även återfall och ungdom utgör omständigheter som ska beaktas enligt 29 kap. brottsbalken talar för förenlighet med förutsebarhet, enhetlighet och likabehandling.

Om den legislativa strukturen hade varit annorlunda, om samtliga förtydligande omständigheter inte funnits, och 29 kap. brottsbalken enbart bestått av straffvärdebestämmelsen i 29 kap. 1 § brottsbalken, hade dessa övergripande rättssäkerhetsprinciper inte främjats i samma utsträckning. Trots det faktum att domarna ska bestämma straffvärde inom straffskalan och utifrån praxis kan enhetlighet komma att riskeras, det är ju ändå i praktiken människor med egen tankeförmåga och känsloliv som ska döma.²⁷⁴ Även om objektivitet ska upprätthållas kan det måhända undermedvetet ske att en domare för in sina egna värderingar i bedömningen. Om så sker äventyras opartiskhet och enhetlighet. Återigen, det ligger något mänskligt i att fela. I förarbetena har likabehandlingsprincipen framlyfts i samband med straffvärdebestämmelsen i 29 kap. 1 § brottsbalken. I förarbetena framhävs att även om rättslig likabehandling betonas bör det erinras om att det i praktiken kan föreligga betydande svårigheter att jämföra olika brott. Av denna anledning får betoningen av rättslig likabehandling inte föranleda en förenklad och schematisk straffmätning.²⁷⁵ Enligt Victor var syftet med uttalandet att främja en nyanserad och allsidig bedömning – genom detta skulle likabehandling uppnås.²⁷⁶ Om likabehandlingsprincipen förstås i denna betydelse kan den anses vara förenlig med straffvärdebedömningen.

²⁷² Med rättssäkerhetsprinciper menar jag principer som jag anser har med en rättssäker rättstillämpning att göra såsom legalitet, förutsebarhet, tydlighet, enhetlighet, likabehandling och rättvisa. I Nationalencyklopedin definieras rättsäkerhet som ”juridisk rättvisa” och innebär att rättssystemet innefattar skydd mot godtyckliga ingrepp gentemot den enskilde – den enskilde är försäkrad juridisk trygghet och ett förutsebart tillämpande av rättsreglerna, se Gleisner i Nationalencyklopedin sökord: *rättssäkerhet*.

²⁷³ Legalitetsprincipen innefattar enligt Victor ett krav på att lagstiftningen är klar, tydlig och förutsebar. Detta krav tar primärt sikte på brottsbeskrivningarna, inte straffet i sig. Det är, enligt Victor, mycket vanligt att straffet i lagen i hög grad är obestämd utan att det i sig anses strida mot legalitetsprincipen, se Victor 1999, s. 137. I förarbetena synes principer om legalitet och förutsebarhet användas mer självständigt.

²⁷⁴ För ett liknande resonemang se Borgeke 2012, s. 121.

²⁷⁵ Prop. 1987/88:120, s. 78.

²⁷⁶ Victor, *Brottsbalken – en kommentar* (1 jan 2015, Zeteo), kommentaren till 29 kap., under rubriken ”Allmänna grunder för straffmätningen”.

Principer rörande rättvisa, billighet, rättfärdighet och rimlighet är välförenliga med billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken. Detta torde vara sant enligt såväl förarbetena som doktrinen. Dessutom kan billighetsskäl anses vara anledningen till och förutsättningen för att sådana rättvisepprinciper ska få genomslag i 29 kap. brottsbalken. Det är väl av just den anledning som de individuella hänsynstagandena upptas i 29 kap. 5 § brottsbalken.

3.4.2 Resultat: vilka kriterier kan identifieras och uppställas inför analysen av beslutsstrukturerna?

Att 29 kap. brottsbalken grundas i och berättigas utifrån såväl proportionalitet som humanitet framstår nästintill som en självklarhet. Proportionalitetsprincipen kan framförallt förklara och motivera straffvärdebestämmelserna. Dessa bestämmelser kan, enligt mig, anses vara av en kvantitativ karaktär eftersom resultatet presenteras i kvantitet – ”hur mycket”. Humanitetshänsyn framstår som nödvändigt för att förklara och berättiga billighetsskäl och ungdomsrabatten. Visserligen kan även ett resultat efter ett sådant beaktande uttryckas i kvantitet och inverka på frågan om ”hur mycket”, men bestämmelserna tillför också en grad av kvalitet i straffmättningsbedömningen. 29 kap. brottsbalken kan inte enbart beskrivas och förklaras i straffvärde och siffror, därtill behövs beaktande av andra omständigheter som är hänförliga till den tilltalade – vilket talar för en mer kvalitativ bedömning. Kvaliteten består i att omständigheterna också kan påverka valet av påföljd. Även återfall är av den kvalitativa karaktären, om än inte berättigad utifrån humanitet. Proportionalitetsprincipen och humanitetshänsynen synes således komplettera varandra i grundandet av 29 kap. brottsbalken. Samtidigt kan de två straffteorierna, eller principerna, anses utgöra två motstående ytterligheter i samma skala. På grund av deras dels kompletterande, dels motstående effekt framstår de båda som oundgängliga i förklarandet och berättigandet av 29 kap. brottsbalken. Följaktligen kommer proportionalitetsprincipen och humanitetshänsynen att utgöra de viktigaste och främsta kriterierna inför analysen i nästkommande kapitel.

Victor har menat att även om legalitetsprincipen och rättssäkerhetsgarantier inte i direkt mening är framsprungna ur straffteoretiska överväganden, betyder det inte att de ändå styr och sätter gränser för straffteoriernas inverkan på påföljdssystemet.²⁷⁷ Detta utlåtande anser jag motiverar varför även principer avseende legalitet, förutsebarhet, tydlighet, enhetlighet, likabehandling och rättvisa kommer att utgöra andra klassens kriterier inför kommande analys. Dessa principer kan även komplettera, genom att de kan anses styra och sätta gränser, analysen kring första klassens kriterier. I tredje klassens kriterier förläggs allmänprevention och individualprevention, av den enkla anledning att den ståndpunkt som framlyfts i förarbetena tillmäts större tyngd i enlighet med rättsskälsläran. Samtidigt bör de inte uteslutas eftersom de inom doktrinen likväl hävdats skönjas i bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken.

Således kan följande inbördes rangordning av kriterierna, som ämnar styra bedömningen i analysen i femte kapitlet, uppställas:

1. Proportionalitet och humanitet.
2. Rättssäkerhetsprinciper.
3. Preventionsteorierna.

²⁷⁷ Victor 1999, s. 136.

4 Beslutsstrukturer för 29 kap. brottsbalken

Den osynliga underliggande beslutsstrukturen för regleringen i 29 kap. och 30 kap. brottsbalken skiljer sig, enligt Jareborg, avsevärt från den legislativa strukturen. Jareborg har beskrivit påföljdsbestämningens struktur som ”tämmligen intrikat” p.g.a. att ett begreppsligt växelspel uppstår mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken.²⁷⁸ I föreliggande avsnitt ska såväl olika rättsvetenskapares beslutsstrukturer som den beslutsstruktur som synes förespråkas av Högsta Domstolen presenteras. Därefter ska beslutsstrukturerna sammanställas och sammanfattas i avsikt att besvara frågeställningen: vilka system eller beslutsstrukturer avseende att tillämpa 29 kap. brottsbalken kan identifieras och vilket värde – straffvärde eller straffmättningsvärde – ska ligga till grund för påföljdsvalet enligt respektive beslutsstruktur?

I detta avsnitt kommer framförallt fyra rättsvetenskapares beslutsstrukturer att granskas. Valet av rättsvetenskapare har företagits med utgångspunkt i deras mycket tydliga framställning av beslutsstrukturen. Att de särskilt fokuserat på just beslutsstrukturen är således en anledning till att de valts. Därtill utgör urvalet representativa exempel av olika beslutsstrukturer, att lyfta fram fler författare och rättsvetenskapare skulle uppta alltför stort utrymme i förhållande till studiens omfång. Beslutsstrukturerna kommer här till att framställas något förenklat i avsikt att erbjuda en översikt – alltför stort fokus på bestämmelserna på detaljnivå skulle försvåra belysandet av beslutsstrukturen (vilket är syftet).

Förhållandet mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken kommer främst att beröras i frågor beträffande valet mellan böter och fängelse samt valet mellan fängelse och alternativ påföljd.

4.1 Jareborgs och Zilas beslutsstruktur

Jareborg och Zila har beskrivit förhållandet mellan straffmätningen i 29 kap. och påföljdsvalet i 30 kap. brottsbalken som ”dialektiskt”, d.v.s. att påföljdsbestämningen förutsätter ett gående fram och tillbaka mellan de två kapitlen.²⁷⁹ Med begreppet straffmätningen synes Jareborg och Zila mena ett tillämpande av hela 29 kap. brottsbalken som resulterar i ett konkret bötesstraff eller fängelsestraff.²⁸⁰ I detta avsnitt utreds Jareborgs och Zilas uppfattning om hur 29 kap. brottsbalken ska tillämpas och i vilken ordning det ska ske. I avsnittet förläggs huvudsakligt fokus på såväl den struktur som Jareborg presenterade i sin artikel *Påföljdsbestämningens struktur* från 1992 som på de studier Jareborg och Zila företagit i sin bok *Straffrättens påföljdslära*.²⁸¹

²⁷⁸ Jareborg 1992b, s. 258. Observera att Jareborg använder benämningen *beslutsteoretisk struktur*. Jag har valt att fortsätta bruka begreppet beslutsstruktur i avsikt att underlätta framställningen.

²⁷⁹ Jareborg & Zila 2014, s. 121.

²⁸⁰ Jareborg & Zila 2014, s. 121.

²⁸¹ Jareborgs artikel i Svensk Juristtidning återfinns även i hans bok *Straffrättsideologiska fragment* från 1992, här sidhänvisas det dock enbart till artikeln i Svensk Juristtidning. Att Zilas egna studier i *Det straffrättsliga påföljdsystemet* inte utgör huvudsakligt fokus för avsnittet beror på att det som däri upptas i mångt och mycket överensstämmer med det som uppkommer i deras gemensamma studie (i delar där Zila uttryckt en annan ståndpunkt kommer detta uppmärk-

Jareborgs beslutsstruktur är något svårbegriplig och komplex trots den konkreta presentationen – den innefattar nämligen många steg och ett stort växelspel mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken. Av denna anledning vill jag framhålla att kommande framställning är min tolkning av Jareborgs beslutsstruktur. Hur 29 kap. brottsbalken ska tillämpas, d.v.s. hur bedömningen ska ske, är i sak ganska enkelt att förklara utifrån Jareborgs struktur. Det är samspillet med 30 kap. brottsbalken som utgör den försvårande faktorn. I sin artikel från 1992 har Jareborg uppställt två stegvisa beslutsstrukturer, en avseende straffmätningen och en avseende påföljdsbestämningen. Däremot framstår den struktur som uppställs för straffmätningen snarare som en genomgång av 29 kap. brottsbalken som delvis förlorar sin betydelse om den inte ses i förhållande till den beslutsstruktur som Jareborg redovisar för påföljdsbestämningen.

Beslutsstrukturen för straffmätningen inkluderar ett tilläppande av hela 29 kap. brottsbalken. I det stora hela följer denna stegvisa bedömning den legislativa strukturen i 29 kapitlet.²⁸²

1. Således är ett första steg²⁸³ att företa en bedömning av straffvärdet i enlighet med 29 kap. 1–3 §§ brottsbalken.²⁸⁴
2. Därefter, som steg två, ska tidigare brottslighet enligt 29 kap. 4 § brottsbalken beaktas – såvida det inte tillräckligt kan beaktas vid påföljdsvalet eller genom förverkande av villkorligt medgiven frihet.²⁸⁵
3. Ett tredje steg utgörs av billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken.²⁸⁶
4. Nästa steg avviker från den legislativa strukturen då Jareborg förespråkar ett beaktande av ungdomsrabatten i 29 kap. 7 § brottsbalken.²⁸⁷
5. Ett femte steg utgörs av ett beaktande av andra bestämmelser, d.v.s. straffflindring genom specialregler.²⁸⁸
6. Som ett sista och sjätte steg återgår Jareborg till 29 kap. brottsbalken och framhäver ett beaktande av påföljdseftergift enligt 29 kap. 6 § brottsbalken.²⁸⁹

Som nämnt bör den nyssnämnda beslutsstrukturen ses i ljuset av, eller i förhållande till, den beslutsstruktur som Jareborg framlägger för påföljdsbestämningen. Den översikt som Jareborg framlagt och förespråkat syftar, enligt honom själv, till att tillhandahålla en ”check-lista” inför påföljdsbestämningen.²⁹⁰ Jareborg har skapat en lista med ordningsföljd angiven i steg, här avses inte hela listan återges utan endast de delar som är av betydelse för 29 kap. brottsbalkens

sammans om det är av betydelse för avsnittet). Detta kan förvisso även anses vara sant för Jareborgs egna studie, men den är så specifik och direkt inriktad på att beskriva just en beslutsstruktur varför den ändå är av stort intresse för detta avsnitt.

²⁸² Här till kan nämnas att Jareborg i en senare studie ansett att 29 kap. brottsbalken ska tillämpas i den ordning den är skriven varför t.ex. ungdomsrabatten ska beaktas först efter att 29 kap. 1–5 §§ brottsbalken är tillämpade, se Jareborg 2007, s. 108.

²⁸³ Jareborg benämner dock inte stegen numeriskt, utan alfabetiskt, vilket kan tala för att uppställningen inte utgör en egen beslutsstruktur utan ingår som en del i den andra.

²⁸⁴ Jareborg 1992b, s. 266.

²⁸⁵ Jareborg 1992b, s. 266f.

²⁸⁶ Jareborg 1992b, s. 267.

²⁸⁷ Jareborg 1992b, s. 268.

²⁸⁸ Jareborg 1992b, s. 268f. Dessa specialregler kommer inte redovisas närmre i enlighet med studiens begränsande syfte att främst se till 29 kap. brottsbalken och delvis 30 kap. brottsbalken.

²⁸⁹ Jareborg 1992b, s. 269.

²⁹⁰ Jareborg 1992b, s. 269.

beslutsstruktur. Jareborg inleder listan med ett bestämmande av straffskalan för varje enskilt brott samt för den samlade brottsligheten.²⁹¹ Som ett andra steg förespråkar Jareborg ett beaktande av de olika påföljdsalternativ som föreligger.²⁹² Därefter menar Jareborg att ett val mellan fängelse och böter ska företas – detta val regleras inte av 30 kap. brottsbalken utan av straffmätningen i 29 kap. brottsbalken. Enligt 1 kap. 5 § brottsbalken ska fängelse alltid ses som ett strängare straff än böter, varför det här, enligt Jareborg, inte finns någon skillnad mellan straffmätning och påföljdsval.²⁹³ Vid detta val synes Jareborg således förespråka ett tillämpande av hela 29 kap. brottsbalken. Om böter bedöms som en tillräcklig påföljd ska en slutlig straffmätning genomföras.²⁹⁴ Detta torde alltså innebära ett tillämpande av den beslutsstruktur som redovisades tidigare avseende straffmätningen. Om böter inte bedöms som en tillräcklig påföljd blir nästa steg enligt Jareborg att företa ett val mellan fängelse och en alternativ påföljd.²⁹⁵ Om fängelse ska utdömas som påföljd ska en slutlig straffmätning avseende fängelse genomföras.²⁹⁶ Även här torde den beslutsstruktur som tidigare redovisades beträffande straffmätningen vara tänkt att tillämpas.

I valet mellan fängelse och en alternativ påföljd aktualiseras fängelsepresumtionen i 30 kap. 4 § brottsbalken. Enligt 30 kap. 4 § 1 st. brottsbalken ska domstolen särskilt fästa avseende vid omständigheter som föranleder en lindrigare påföljd än fängelse, t.ex. billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken. Därtill utpekar bestämmelsens andra stycke tre typer av faktorer som kan föranleda att presumtionen mot fängelse bryts – straffvärde, art och återfall. Beträffande straffvärde har det i förarbetena, enligt Jareborg, angivits en riktlinje innebärande att om straffvärdet är ett års fängelse (eller högre) uppstår en presumtion för fängelse.²⁹⁷ Förhållandet mellan riktlinjen och hänvisningen till billighetsskäl i 30 kap. 4 § brottsbalken är enligt Jareborg ”något oklar”.²⁹⁸ Jareborg menar att det ibland kan uppstå en situation där straffvärdet överstiger ett år, men där straffmätningen p.g.a. billighetsskäl skulle leda till ett avsevärt kortare fängelsestraff. I en sådan situation anser Jareborg att det får ”antas att presumtionen mot fängelse inte bryts”.²⁹⁹

Mot bakgrund i det redovisade förefaller Jareborgs beslutsstruktur utgå från det abstrakta straffvärdet (d.v.s. straffskalan) som grund inför en bedömning av påföljdsfrågan. Däremot framstår det oklart vad som styr valet mellan fängelse och böter – det abstrakta straffvärdet eller en bedömning av hela 29 kap. brottsbalken? Det finns inget tydligt svar på frågan mer än att Jareborg i sin artikel från 1992 valde att behandla straffvärdebedömningen skild från straffmätningen eftersom straffvärdet även kunde ha betydelse för påföljdsvalet³⁰⁰ (vilket implicerar att straffmätningen inte har det). Vad som däremot framstår som klart är att bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken blir tillämpliga vid olika

²⁹¹ Jareborg 1992b, s. 269f.

²⁹² Jareborg 1992b, s. 271f.

²⁹³ Jareborg 1992b, s. 272.

²⁹⁴ Jareborg 1992b, s. 272.

²⁹⁵ Jareborg 1992b, s. 272.

²⁹⁶ Jareborg 1992b, s. 274.

²⁹⁷ Jareborg 1992b, s. 272f. Se också prop. 1987/88:120, s. 100.

²⁹⁸ Jareborg 1992b, s. 273. Vilket synbarligen även är föremål för diskussion i den debatt i Svensk Juristtidning som agerat som inspiration till denna studies ämne.

²⁹⁹ Jareborg 1992b, s. 273.

³⁰⁰ Jareborg 1992b, s. 258.

tidpunkter – en slutlig straffmätning i enlighet med den struktur som presenterades för 29 kap. brottsbalken ska göras först efter att olika påföljdsval företagits.

Denna tolkning bör emellertid kompletteras av de studier Jareborg och Zila presenterat i boken *Straffrättens påföljdslära*. Jareborg och Zila framhäver, likt ovannämnt, att förhållandet mellan 29 kap. och 30 kap. brottsbalken är dialektiskt. I praktiken förutsätter varje påföljdsval enligt Jareborg och Zila att en ungefärlig, eller preliminär, straffmätning företagits.³⁰¹ Den beslutsstruktur som Jareborg redovisade 1992 överensstämmer i det stora hela med den lista, innehållande straffmätningens olika led, som Jareborg och Zila framlyfter. Jareborg och Zila förespråkar att följande led ingår i straffmätningen (29 kap. brottsbalken):

1. Konstruktion av straffskalan i det konkreta fallet.
2. Bedömning och fastställande av straffvärde.
3. Beaktande av straffskärpande omständigheter som ej påverkar straffvärdet (t.ex. 29 kap. 4 § brottsbalken).
4. Beaktande av straffmildrande omständigheter som ej påverkar straffvärdet (t.ex. 29 kap. 5 och 7 §§ brottsbalken).
5. Beaktande av sedan tidigare avtjänad påföljd.
6. Slutlig straffmätning – beaktande av eventuell påföljdseftergift.
7. Möjlig avräkning p.g.a. processuellt frihetsberövande.³⁰²

Led ett och sex överensstämmer med första och sista steget i Jareborgs beslutsstruktur för påföljdsbestämningen. Leden däremellan synes huvudsakligen överensstämma med den beslutsstruktur som Jareborg uppställde för straffmätningen, med reservation för att led fem måhända inte fullt ut är likvärdig med steg fem. Led sju i denna beslutsstruktur återfinns som sista steg i Jareborgs egna beslutsstruktur för påföljdsbestämningen.³⁰³

Jareborg och Zila uppställer även en ordning, eller beslutsstruktur, för påföljdsvalet inom vilken straffmätningen omnämns, varför det är av intresse att se till vissa delar av denna ordning för att förstå när och hur 29 kap. brottsbalken ska tillämpas. Påföljdsvalet inbegriper frågan huruvida påföljden kan stanna vid böter eller inte – en fråga som är beroende av en preliminär straffmätning enligt 29 kap. brottsbalken. Eftersom fängelse alltid anses svårare än böter finns det, enligt Jareborg och Zila, ingen begreppslig skillnad mellan straffmätning och påföljdsval beträffande föreliggande fråga. Om böter ska ådömas, ska en slutlig straffmätning företas.³⁰⁴ Om böter däremot inte bedöms tillräcklig som påföljd kan man, enligt Jareborg och Zila, (efter beaktande av bl.a. överlämnande till rättspsykiatrisk vård) säga att brottet ligger på fängelsenivå. Om tillämpningen av 30 kap. 4 § brottsbalken resulterar i att fängelse bör väljas ska en slutlig straffmätning ske.³⁰⁵ Sammanfattningsvis menar Jareborg och Zila att en slutlig straffmätning avseende fängelse kan ske först efter ett påföljdsval enligt 30 kap. brottsbalken, samt att varje påföljdsval i praktiken förutsätter att en ungefärlig straffmätning gjorts.³⁰⁶

³⁰¹ Jareborg & Zila 2014, s. 121.

³⁰² Jareborg & Zila 2014, s. 121.

³⁰³ Jareborg 1992b, s. 275.

³⁰⁴ Jareborg & Zila 2014, s. 135.

³⁰⁵ Jareborg & Zila 2014, s. 136.

³⁰⁶ Jareborg & Zila 2014, s. 121.

Det sagda överensstämmer i huvudsak med det Jareborg tidigare förespråkade. Dessutom kan det anses komplettera och ge klarhet i den sedan innan oklara fråga om vad som styr valet mellan böter och fängelse – enligt Jareborg och Zila en preliminär straffmätning. Emellertid, även om Jareborgs ställning torde vara oklar i tidigare studier har han likväl utgått från det abstrakta straffvärdet i sin beslutsstruktur. Härtill kan nämnas att Zila i egna tidigare studier utpekat straffvärdebedömningen som direkt avgörande för ifrågasvarande val mellan böter och fängelse.³⁰⁷ Vad är det då som gäller? I denna oklara situation tangeras den intrikata mindre fråga som agerade som inspiration för detta examensarbete – straffvärde eller straffmätningensvärde som utgångspunkt inför påföljdsvalet. Jareborg och Zila använder begreppet *preliminär straffmätning* vilket implicerar en preliminär prövning av *hela* 29 kap. brottsbalken. Samtidigt har de behandlat straffmätningensvärdebegreppet³⁰⁸ tidigare i samma studie och poängterat att straffvärde och straffmätningensvärde inte ska förväxlas då de avser två olika moment i straffmätningensförfarandet. Som exempel ger Jareborg och Zila följande situation: domstolen bestämmer straffvärdet till två års fängelse, påföljd väljs (t.ex. fängelse), därefter ska domstolen beakta billighetsskälerna och till slut komma fram till t.ex. att fängelsestraffets längd ska bestämmas till 18 månader (vilket är straffmätningensvärde).³⁰⁹ Detta exempel talar för att Jareborg och Zila alltså förespråkar att straffvärdet ska utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet – först därefter ska t.ex. billighetsskälerna beaktas.

Föregående styckes problematik är nära sammanlänkad med problematiken avseende billighetsskälens betydelse för fängelsepresumtionen. Innan ett tillämpande av 30 kap. 4 § 2 st. brottsbalken och straffvärdet kan resultera i ett fängelsestraff och en slutlig straffmätning kan genomföras ska billighetsskälerna beaktas enligt 30 kap. 4 § 1 st. brottsbalken.³¹⁰ Vad som avses här är en fråga om att återställa presumtionen *mot* fängelse när t.ex. straffvärdet föranlett en presumtion *för* fängelse. Enligt Jareborg och Zila finns det i praxis en allmän uppfattning om att en presumtion för fängelse ska kvarstå även när ett brott bedöms ha ett straffvärde på ett år (eller mer) men straffet bör sättas lägre än ett år p.g.a. billighetsskälerna. Denna uppfattning strider, enligt Jareborg och Zila, mot lagtexten eftersom den medför att billighetsskälerna i sådana fall endast beaktas vid straffmätningen och inte vid påföljdsvalet.³¹¹ En annan uppfattning är att billighetsskälerna ska ges samma betydelse som straffvärdeskäl. En sådan uppfattning innebär att straffvärdena på ett år eller mer, som bryter fängelsepresumtionen, som efter beaktande av billighetsskälerna föranleder att straffet ska sättas lägre än ett år så består fängelsepresumtionen, d.v.s. fängelse ska inte utdömas utan en alternativ påföljd. Enligt Jareborg och Zila ligger denna uppfattning i linje med tanken om att så långt det går undvika fängelsestraff, men

³⁰⁷ Zila 1998, s. 51.

³⁰⁸ Värt att notera är att Jareborg och Zila har en något från Borgekes definition skild uppfattning om vad straffmätningensvärde innefattar. Jareborg och Zila synes mena att straffmätningensvärde inbegriper ett tillämpande av 29 kap. 1–3, 4, 5 och 7 §§ brottsbalken för att komma fram till ett straff som i slutändan inte måste överensstämma med det straff som straffvärdet talade för, se Jareborg & Zila 2014, s. 104. För Borgekes definition se avsnitt 4.2. Skillnaden ligger framförallt i att Jareborg och Zila även förefaller inbegripa återfallets betydelse i straffmätningensvärde.

³⁰⁹ Jareborg & Zila 2014, s. 104.

³¹⁰ För liknande resonemang se Jareborg & Zila 2014, s. 144.

³¹¹ Jareborg & Zila 2014, s. 144f.

den är ändå alltför kategorisk.³¹² Om straffvärdet är ett år eller strax däröver framstår nyssnämnda uppfattning, enligt Jareborg och Zila, som rimlig. Däremot, vid ett högre straffvärde anser Jareborg och Zila att billighetsskälens styrka bör beaktas – dessa ska vara särskilt framträdande för att en alternativ påföljd ska kunna väljas. Därtill bör även typen av billighetsskäl beaktas eftersom inte alla billighetsskäl har samma betydelse för påföljdsvalet enligt Jareborg och Zila, t.ex. är det inte givet att utvisning, mer än undantagsvis, ska beaktas vid påföljdsvalet.³¹³

Sammanfattningsvis kan Jareborg och Zila anses förespråka en beslutsstruktur för 29 kap. brottsbalken som i det stora hela utgår från den legislativa strukturen. Däremot är beslutsstrukturen beroende av 30 kap. brottsbalken. Jareborg och Zila förefaller förespråka att straffvärdet utgör steg ett, påföljdsvalet steg två och en slutlig straffmätning steg tre (i en av mig nu mycket förenklad struktur). Samtidigt uppstår problem när Jareborg och Zila använder begreppet preliminär straffmätning om vilket värde som ska utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet. Sammanfattat torde deras uppfattning kunna anses vara att även om en preliminär straffmätning förutsätts för påföljdsvalet i praktiken bör straffvärdet utgöra utgångspunkten eftersom försiktighet bör iakttagas avseende billighetsskälens betydelse – inte alla skäl är av samma vikt och relevans för påföljdsvalet.

4.2 Borgekes beslutsstruktur

Den beslutsstruktur som Borgeke förespråkar ska i detta avsnitt sammanställas och redovisas. När domstolen tillämpar de bestämmelser som lagstiftaren uppställt genom 1989 års lagstiftning tillgodoses, enligt Borgeke, de övergripande principer och synpunkter som enligt lagstiftaren ska ligga till grund för lagstiftningen. För att tydliggöra vilka beslut som domstolen ska fatta och när i påföljdsbestämningen de ska tas, har Borgeke skapat ett, vad han benämner, tankeschema för påföljdsbestämningen.³¹⁴ Begreppet straffmätning torde enligt Borgeke innefatta ett tillämpande av samtliga bestämmelser i 29 kap. brottsbalken.³¹⁵ Enligt Borgeke är systemet uppbyggt på så sätt att om en prövning enligt 29 kap. brottsbalken utmynnar i att brottet eller brottsligheten föranleder straff på fängelsenivå ska en fortsatt bedömning göras i enlighet med 30 kap. brottsbalken.³¹⁶ Således, fortsätter Borgeke, innebär det sagda att om en prövning enligt 29 kap. brottsbalken stannar på bötesnivå så ska också domstolen utdöma ett bötesstraff.³¹⁷ Resultatet av en prövning enligt 29 kap. brottsbalken utgör alltså en grund inför påföljdsvalet i 30 kap. brottsbalken. Således borde domstolen, enligt Borgeke, notera resultatet av prövningen enligt 29 kap. brottsbalken, och då särskilt vilket fängelsestraff som ska utdömas om fängelse väljs som påföljd. Detta kan sammanfattas i termen *straffmätningensvärde* – det resultat som domstolen kommit fram till när den med utgångspunkt i den till-

³¹² Jareborg & Zila 2014, s. 145.

³¹³ Jareborg & Zila 2014, s. 145.

³¹⁴ Borgeke 2012, s. 36.

³¹⁵ Borgeke 2012, s. 226.

³¹⁶ Borgeke 2012, s. 226. I detta arbete kommer dock fokus, likt tidigare nämnt, förläggas på 29 kap. brottsbalken.

³¹⁷ Borgeke 2012, s. 226. Dock med undantag för överlämnandepåföljder, såsom ungdomstjänst eller ungdomsvård, enligt Borgeke.

lämpliga straffskalan beaktat bestämmelserna avseende straffvärdebedömningen, billighetsskålen och ungdomsrabatten, dock inte tidigare brottslighet.³¹⁸

Enligt Borgeke är domstolens uppgift inledningsvis att skapa en uppfattning om vilket straff som ska utdömas om straff väljs som påföljd, d.v.s. kvantiteten i straffet – hur högt bötesstraff eller hur långt fängelsestraff. Detta ställningstagande inbegriper frågan om böter är tillräckligt ingripande som påföljd, uppfattas det inte som det och en strängare påföljd bör utdömas brukar det normalt sägas att straffet är på fängelsenivå.³¹⁹ Mot bakgrund av det sagda är således det *första steget* i påföljdsbestämningen, enligt Borgeke, att undersöka vilken den tillämpliga straffskalan är. Den tillämpliga straffskalan utgörs av den straffskala som framgår av straffstadgandet för varje brott, såväl avseende enstaka brottslighet som flerfaldig brottslighet.³²⁰ När tillämplig straffskala fastställts ska domstolen i ett *andra steg* bestämma brottsligheten eller den samlade brottslighetens straffvärde inom ramen för straffskalan. Enligt Borgeke måste straffvärdebedömningen alltid utgöra grunden för påföljdsbestämningen.³²¹ I detta steg ska bestämmelserna 29 kap. 1–3 §§ brottsbalken tillämpas och dess brottsexterna omständigheter beaktas. Härtill kan även de brottsinterna omständigheter som anges i straffstadgandet, som egentligen avser gradindelning, invägas i bedömningen. Domstolen måste dock iakta försiktighet och undvika dubbelräkning av försvårande omständigheter.³²² Enligt Borgeke är det viktigt att domstolen avslutar sin bedömning i denna del med en allmän rimlighetsavvägning av det framkomna resultatet.³²³

Enligt Borgeke finns det en viktig faktor som domstolen *måste* uppmärksamma innan frågan om brottsligheten är sådan att den hamnar på fängelsenivå kan besvaras – nämligen om det föreligger billighetsskäl som kan påverka straffmätningen.³²⁴ Som ett *tredje steg* ska domstolen följaktligen beakta omständigheterna i 29 kap. 5 § brottsbalken. Borgeke talar om att domstolen måste bilda en plattform inför de kommande beslutsstegen, en plattform som utgörs av det straff som skulle utdöms om straff väljs som påföljd. För detta förfarande använder Borgeke begreppet *straffmätningens värde* som avser var någonstans på en skala mellan böter och fängelse som en straffmätning skulle hamna (om fängelse väljs kan återfall också komma att påverka längden av straffet, se mer om återfall i beslutsstrukturen nedan).³²⁵ Billighetsskålen i 29 kap. 5 § brottsbalken har, enligt Borgeke, inte sällan en stor betydelse vid bestämmandet av straffmätningens värde. Enligt Borgeke är billighetsskålen särskilt viktiga när straffvärdet motsvarar fängelse i ett år eller strax däröver. I en sådan situation kan billighetsskålen föranleda att straffmätningens värde understiger fängelse i ett år ”med de konsekvenser detta normalt får för fängelsepresumtionen enligt 30

³¹⁸ Borgeke 2012, s. 226f. Se också s. 190f.

³¹⁹ Borgeke 2012, s. 36.

³²⁰ Borgeke 2012, s. 36.

³²¹ Borgeke 2012, s. 38. För liknande resonemang se Borgeke 2015, s. 286.

³²² Borgeke 2012, s. 38f.

³²³ Borgeke 2012, s. 39.

³²⁴ Borgeke 2012, s. 40.

³²⁵ Borgeke 2012, s. 40. Enligt Borgeke används straffmätningens värde i domstolares resonemang avseende påföljdsbestämningen men begreppet existerar inte i lagtexten, varför Borgeke synes mena att det finns anledning att avstå från att bruka begreppet i bl.a. domskäl och pläderingar. Begreppet är användbart jurister emellan, men torde framstå som oklart för icke juridiskt insatta, såsom den tilltalade eller andra som läser domen (s. 40f.).

kap. 4 § brottsbalken”.³²⁶ Det sistnämnda tolkar jag som att Borgeke menar att den grundläggande presumptionen mot fängelse (ett år) inte bryts. Därtill ger Borgeke ett annat exempel – om straffvärdet motsvarar ett kort fängelsestraff kan billighetsskäl och straffmättningsvärdet föranleda att man inte längre hamnar på fängelsenivå utan på bötesnivå.³²⁷

Enligt Borgeke utgörs det *fyärde steget* utav ett beaktande av påföljdseftergift i 29 kap. 6 § brottsbalken. Billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken kan vara av sådant slag att det skulle vara uppenbart oskäligt att döma till påföljd – i en sådan situation ska domstolen meddela påföljdseftergift.³²⁸ Skulle domstolen meddela påföljdseftergift är saken klar och fler bedömningar i påföljdsbestämningen ska inte företas.³²⁹ Därefter, i ett *femte steg*, ska ungdomsrabatten i 29 kap. 7 § brottsbalken beaktas. Detta beaktande ingår, enligt Borgeke, som en del i bedömningen av straffmättningsvärdet.³³⁰

Vid denna tidpunkt och efter de resonemang som hittills förts har domstolen, enligt Borgeke, skapat en plattform inför påföljdsvalet.³³¹ Plattformen innebär att domstolen besvarat följande frågor avseende tillämpningen av 29 kap. brottsbalken:

1. Vilken straffskala är tillämplig?
2. Vilket straffvärde har brottet? Vid flerfaldig brottslighet – vilket straffvärde har brotten var för sig och sammantaget?
3. I vilken utsträckning föreligger billighetsskäl och vilken betydelse har dessa för straffet som bör utdömas om straff väljs som påföljd?
4. Finns det skäl för att meddela påföljdseftergift?
5. Vilket straff bör utdömas – om straff väljs som påföljd – efter beaktande av den tilltalades ungdom?
6. Om straffmättningsvärdet motsvarar bötesstraff: skulle ett beaktande av tidigare brottslighet föranleda att straffet hamnar på fängelsenivå?³³²

Straffmättningsvärdet uttrycks slutligen i, och beskrivs som, ett angivande av bötesstraff av viss storlek/nivå eller fängelsestraff av viss längd eller på livstid.³³³ Borgeke synes således förespråka att valet mellan fängelse och böter (och påföljdsvalet) besvaras genom ett tillämpande av 29 kap. 1–3, 5–7 §§ brottsbalken. Den sjätte punkten avser betydelsen av tidigare brottslighet i 29 kap. 4 § brottsbalken. Det synes inte helt självklart var återfallets betydelse bör inplaceras i beslutsstrukturen. Handlar det om att utdöma ett bötesstraff är saken klar enligt Borgeke. I en sådan situation ska domstolen direkt efter straffvärdebedömningen bedöma om det finns anledning, med hänsyn till tidigare brottslighet, till en skärpt straffmätning. Enligt Borgeke finns det sällan sådan anledning.³³⁴ Samtidigt framhäver Borgeke att även billighetsskäl och ungdomsrabatten ska beaktas vid bestämmande av om böter är en tillräckligt ingripande påföljd eller inte. Om böter inte kan anses vara tillräckligt ingripande, vilket

³²⁶ Borgeke 2012, s. 41.

³²⁷ Borgeke 2012, s. 41.

³²⁸ Borgeke 2012, s. 41.

³²⁹ Borgeke 2012, s. 42.

³³⁰ Borgeke 2012, s. 42 & 190f.

³³¹ Borgeke 2012, s. 42f.

³³² Hela punktlistan återfinns i Borgeke 2012, s. 43.

³³³ Borgeke 2012, s. 43 & 228.

³³⁴ Borgeke 2012, s. 39.

kan bero på t.ex. tidigare brottslighet, hamnar således brottet på fängelsenivå.³³⁵ Att straffet bestäms till fängelse eller en alternativ påföljd, som fängelse kan bytas ut mot, innebär att ett beslut har företagits med utgångspunkt i 30 kap. 4 § brottsbalken, enligt vilken tidigare brottslighet ska beaktas.³³⁶ Det sagda innebär enligt Borgeke att det finns anledning till viss försiktighet vid beaktande av tidigare brottslighet vid straffmättningsvärdebedömningen – återfallets betydelse ska enbart beaktas i den mån som är nödvändigt för att besvara frågan om böter är en tillräckligt ingripande påföljd. Enligt Borgeke föreligger det annars risk för att den tidigare brottsligheten beaktas dubbelt. Bestämmelsen i 29 kap. 4 § brottsbalken ska enligt Borgeke även tillämpas vid den slutliga straffmätningen av fängelse, d.v.s. efter att reglerna i 30 kap. brottsbalken tillämpats.³³⁷

Straffmättningsvärdet som skapas genom ovannämnda beslutsstruktur har inte enbart betydelse för valet mellan böter och fängelse utan även för det fortsatta påföljdsvalet (om tidigare val inte stannat vid böter). Borgeke förordar att straffmättningsvärdet utgör plattformen inför den fortsatta beslutsprocessen och domstolen har att besvara frågan om vilken betydelse straffmättningsvärdet har för påföljdsvalet. Härvid ska domstolen, enligt Borgeke, ta hänsyn till fängelsepresumtionen i 30 kap. 4 § brottsbalken.³³⁸ Enligt Borgeke anger bestämmelsen att domstolen ska beakta billighetsskäl vid påföljdsvalet.³³⁹ Om det är brottslighetens straffvärde (ett av de tre godkända lagstadgade skäl) som utgör det avgörande skälet för att påföljden bör bestämmas till fängelse kan, enligt Borgeke, en *tumregel* brukas. Denna tumregel innefattar ett användande av straffmättningsvärdet – om straffmättningsvärdet understiger fängelse om ett år, men straffvärdet överstiger det, föreligger det inte en presumtion för fängelse om det enbart är straffvärdet som föranleder sådant straff.³⁴⁰ Kommer domstolen fram till att det föreligger skäl för fängelse vid en prövning enligt 30 kap. 4 § brottsbalken och inga andra skäl mot fängelse är starka nog att bryta presumtionen *för* fängelse blir resultatet att fängelse väljs som påföljd. Vid denna tidpunkt återstår det, enligt Borgeke, att utföra en straffmätning. Här kan tidigare brottslighet i 29 kap. 4 § brottsbalken återigen tillmätas betydelse. Straffmättningsvärdet resulterade i hur långt fängelsestraff som skulle dömas ut, i detta steg kan återfallets betydelse föranleda en straffskärpning (varför omständigheten inte ska ges mer betydelse vid straffmättningsvärdebedömningen än rörande valet mellan böter och fängelse). Enligt Borgeke är påföljdsbestämningen härefter normalt färdig.³⁴¹

Sammanfattningsvis torde Borgeke förespråka en sammanhållen beslutsstruktur för 29 kap. brottsbalken, om än med viss försiktighet avseende återfallets betydelse (29 kap. 4 § brottsbalken). Det är straffmättningsvärdet (29 kap. 1–3, och 7 §§ brottsbalken) som utgör utgångspunkten inför påföljdsvalet. Efter ett tillämpande av 30 kap. brottsbalken får vissa bestämmelser i 29 kap. brottsbalken återigen betydelse. Följaktligen synes även Borgeke förespråka en viss växelverkan mellan de olika kapitlen, men med en mer sammanhållen be-

³³⁵ Borgeke 2012, s. 39.

³³⁶ Borgeke 2012, s. 39f.

³³⁷ Borgeke 2012, s. 40.

³³⁸ Borgeke 2012, s. 45.

³³⁹ Borgeke 2015, s. 286; Borgeke 2012, s. 246.

³⁴⁰ Borgeke 2012, s. 246f.

³⁴¹ Borgeke 2012, s. 51.

dömning av 29 kap. brottsbalken innan 30 kap. brottsbalken tillämpas. Utifrån de studier jag företagit av Borgekes beslutsstruktur och den terminologi han brukar är min tolkning att han förespråkar två straffmätningar – en inför påföljdsvalet och en slutlig efter valet av påföljd.

4.3 Stenborres beslutsstruktur

Ett intressant bidrag till detta kapitel och ett avvikande komplement till tidigare redovisade beslutsstrukturer erbjuds av Stenborre som presenterar en mycket tydlig och konkret översikt av hur påföljdsbestämningen ska ske. Om tidigare beslutsstrukturer krävt en viss grad av tolkning och begrundande så är den beslutsstruktur som Stenborre framlägger glasklar.

Enligt Stenborre består påföljdsbestämningen av tre moment. Först ska domstolen göra en straffvärdebedömning av brottet eller brottslighetens i målet, i enlighet med 29 kap. 1–3 §§ brottsbalken. Därefter ska domstolen välja påföljd, i enlighet med flertalet bestämmelser men bl.a. bestämmelserna i 30 kap. och 29 kap. 5 § brottsbalken. Till sist ska domstolen göra en straffmätning och därmed mäts straffet ut, i enlighet med bl.a. 29 kap. 4, 5 och 7 §§ brottsbalken. Denna uppdelning framgår, enligt Stenborre, av lagstiftningen.³⁴² Härtill framhäver Stenborre vikten av att åtskilja straffvärdebedömningen och straffmätningen eftersom de två momenten inte är samma sak.³⁴³ Följaktligen drar Stenborre en tydlig skiljelinje mellan straffvärdebedömningen och straffmätningen när hon förespråkar påföljdsvalet som steg nummer två av de tre moment som utgör påföljdsbestämningen. Följande uppställning är min (eventuellt förenklade) tolkning av hur Stenborres beslutsstruktur torde förefalla:

1. Straffvärdebedömningen (29 kap. 1–3 §§ brottsbalken).
2. Påföljdsval (bl.a. 30 kap. brottsbalken).
3. Straffmätning (29 kap. 4, 5 och 7 §§ brottsbalken).

Således förefaller Stenborres beslutsstruktur för 29 kap. brottsbalken vara uppdelad – straffvärdebedömningen för sig och straffmätningen för sig. Eftersom det första och det sista momentet av påföljdsbestämningen utgörs av ett tillämpande av 29 kap. brottsbalken menar Stenborre att domstolen därför, efter påföljdsvalet, måste återgå till 29 kap. brottsbalken. Därmed, menar Stenborre, anges bestämmelserna avseende påföljdsbestämningen inte kronologiskt, istället erfordras att domstolen alternerar mellan de två kapitlen.³⁴⁴ Trots en uppdelning i tre moment framhåller Stenborre att påföljdsbestämningen alltid ska präglas utav en helhetsbedömning, d.v.s. att den påföljd som väljs ska vara så rimlig som möjligt.³⁴⁵

Den tydliga beslutsstruktur bestående av tre moment som Stenborre förespråkar torde innebära ett tydligt svar i frågan om vilket värde som bör utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet – nämligen straffvärdet. Fängelsepresumtionen i 30 kap. 4 § brottsbalken styrs således av straffvärdet: ett straffvärde under ett år talar *mot* fängelse och ett straffvärde på ett år eller däröver talar *för* fängelse.³⁴⁶ Därtill kan billighetsskäl, enligt Stenborre, påverka påföljdsvalet på så

³⁴² Stenborre 2005, s. 11.

³⁴³ Stenborre 2005, s. 12.

³⁴⁴ Stenborre 2005, s. 12.

³⁴⁵ Stenborre 2005, s. 13.

³⁴⁶ Stenborre 2005, s. 56.

vis att presumtionen *för* fängelse bryts.³⁴⁷ Billighetsskålen kan därför enligt Stenborres mening påverka såväl påföljdsvalet som straffmätningen, men inte straffvärdet.³⁴⁸

4.4 Högsta domstolen och beslutsstrukturen

Trots det faktum att denna studie inte avser att erbjuda och framställa en heltäckande bild av beslutsstrukturerna i praktiken, utan snarare i teorin, ska ett fåtal betydelsefulla prejudikat från Högsta domstolen belysas. Här avses sålunda ingen heltäckande bild framläggas utan rättsfallen som belyses är valda utifrån en representativ och exemplifierande synpunkt. De tidigare rättsfallen har valts p.g.a. dess förekomst som diskussionsämne i doktrinen inom ämnet, varför de framstod som oundvikliga att beröra och behandla i denna studie. De senare rättsfallen är valda p.g.a. de är just nyare och eventuellt mer representativa för hur Högsta domstolen dömer för tillfället. Med hänvisning till studiens syfte, men även utrymmesbrist, har således ett fåtal representativa och exemplifierande rättsfall valts. Avsikten är inte att frambringa specifika detaljer i rättsfallen – fokus faller på att framlyfta den skönjbara beslutsstrukturen avseende 29 kap. brottsbalken och framförallt hur den används i förhållande till 30 kap. brottsbalken. Avslutningsvis ska det uppmärksammas att Högsta domstolen synes ha en ny trend beträffande domsskrivandet – pedagogiskt och metodiskt, likt en lärobok – vilket lyser igenom i de rättsfall jag valt för studien (vilket också omedvetet påverkat valet av rättsfall eftersom det då är enklare att se den struktur domstolen tillämpar).

4.4.1 NJA 2008 s. 359

I NJA 2008 s. 359 hade Högsta domstolen i uppgift att företa en påföljdsbestämning i ett mål där två 21-åringar gjort sig skyldiga till ett trettiotal stölder varav en grov.³⁴⁹ Frågan som domstolen hade att ta ställning till var om påföljden skulle bestämmas till fängelse (vilket underinstanserna ansett) eller om det förelåg förutsättningar för att döma till en icke-frihetsberövande påföljd.³⁵⁰

I målet utgår domstolen från 30 kap. 4 § brottsbalken och konstaterar att den vid skålen för fängelse är begränsad till att enbart beakta tre olika omständigheter: straffvärde, brottets art och återfall.³⁵¹ Domstolen företar därefter en straffvärdebedömning i målet som aktualiserar en bedömning av straffvärde vid flerfaldig brottslighet.³⁵² I målet konstaterar domstolen att straffvärdet för den samlade brottsligheten som de tilltalade begått tillsammans motsvarar inte enbart ett års fängelse utan också i viss mån överstiger detta, dock inte mer påtagligt.³⁵³ I ett nästa steg beaktar domstolen de tilltalades ålder i enlighet med 30 kap. 5 § och 29 kap. 7 § brottsbalken.³⁵⁴ Efter ett sådant beaktande ansåg domstolen likväl att brottsligheten föranledde att det förelåg en presumtion *för*

³⁴⁷ Stenborre 2005, s. 56.

³⁴⁸ Stenborre 2005, s. 89f.

³⁴⁹ NJA 2008 s. 359, s. 359. Av intresse att nämna är att Dag Victor var referent i målet.

³⁵⁰ NJA 2008 s. 359, s. 364.

³⁵¹ NJA 2008 s. 359, s. 364.

³⁵² NJA 2008 s. 359, s. 364f.

³⁵³ NJA 2008 s. 359, s. 366.

³⁵⁴ NJA 2008 s. 359, s. 367.

att fängelse skulle väljas som påföljd. Frågan var därnäst, enligt domstolen, huruvida det förelåg omständigheter som kunde föranleda att presumptionen *för* bryts.³⁵⁵ För att besvara frågan börjar domstolen med att behandla alternativa påföljder, vilket inte närmare ska återges här.³⁵⁶ Vad som är intressant är att domstolen därefter beaktar billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken och uttalar följande:

Något generellt svar på frågan i vad mån omständigheterna främst är av betydelse för straffmätningen eller för påföljdsvalet torde inte kunna ges. Rent allmänt torde dock kunna sägas att förutsättningarna för att de skall få genomslag på påföljdsvalet minskar ju högre straffvärdet är på den brottslighet som föreligger till bedömning. Vilket genomslag som omständigheterna bör få växlar också beroende på vilken typ av omständighet som är aktuell i det enskilda fallet. Det torde exempelvis vara naturligt att olika former av s.k. sanktionskumulation primärt beaktas vid straffmätningen medan hänsyn till den tilltalades hälsotillstånd och liknande i allmänhet torde vara av störst betydelse för påföljdsvalet.³⁵⁷

Domstolen avslutar påföljdsbestämningen med att bedöma hur pass ingripande en till fängelse alternativ påföljd skulle vara³⁵⁸, även denna bedömning utelämnas ur denna studie.

Sammanfattningsvis förefaller Högsta domstolen utgå ifrån straffvärdet (29 kap. 1–3 §§ brottsbalken) med beaktande av ungdomsrabatten (29 kap. 7 § brottsbalken) inför påföljdsvalet och fängelsepresumtionen. Först därefter tar domstolen hänsyn till billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken. Följaktligen blir beslutsstrukturen i 29 kap. brottsbalken uppdelad och beroende av 30 kap. brottsbalken. Bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken synes, enligt domstolens avgörande, tillämpas vid olika tidpunkter i påföljdsbestämningen. Denna beslutsstruktur, eller en mycket liknande, förefaller även ha tillämpats i NJA 2000 s. 314.³⁵⁹

4.4.2 NJA 2013 s. 397

I NJA 2013 s. 397 hade några gymnasielever genom att binda en annan elev med tejp till händer och fötter, duschat, knuffat och släpat runt densamma i skolans lokaler gjort sig skyldiga till ofredande.³⁶⁰ Högsta domstolen hade bl.a. att ta ställning till påföljdsbestämningen. Detta rättsfall erbjuder varken en utförlig eller särskilt pedagogisk beslutsstruktur, men ändå ett tämligen tydligt ställningstagande i vilket värde som bör utgöra utgångspunkt för påföljdsvalet. Domstolen inleder påföljdsbestämningen med att bedöma straffvärdet för den samlade brottsligheten. Domstolen är mycket kortfattad i straffvärdebedömningen och fokuserar främst på ett tillämpande av de försvärande omständig-

³⁵⁵ NJA 2008 s. 359, s. 367.

³⁵⁶ NJA 2008 s. 359, s. 367f.

³⁵⁷ NJA 2008 s. 359, s. 369.

³⁵⁸ NJA 2008, s. 359, s. 370.

³⁵⁹ Se NJA 2000 s. 314, s. 319ff. För ett liknande resonemang se Victor 2015, s. 179 & 181. NJA 2008 s. 359 har kommenterats flitigt i doktrin, för djupare diskussioner rörande detta rättsfall se Borgeke 2008, s. 763ff., Asp 2010, s. 977f., Victor 2015, s. 186f. och Ulväng 2009, s. 419ff.

³⁶⁰ NJA 2013 s. 397, s. 397.

heterna i 29 kap. 2 § brottsbalken.³⁶¹ Efter denna korta bedömning fortskrider domstolen direkt till, vad domstolen rubricerar det som, påföljdsbestämningen.³⁶² Några tydliga uttalanden angående de tilltalades ungdom eller andra strafflindrande omständigheter förekommer inte. Däremot har Borgeke, som var referent i målet, bidragit med en skiljaktig mening i vilken han beaktar ungdomsrabatt, tidigare brottslighet och andra omständigheter (om det hade funnits sådana) i avsikt att skapa ett straffmättningsvärde som han sedan grundar påföljdsvalet i. Därefter synes Borgeke återigen, för vissa av de tilltalade, beakta tidigare brottslighets betydelse.³⁶³

4.4.3 NJA 2014 s. 559

I NJA 2014 s. 559 hade den tilltalade gjort sig skyldig till brott mot varumärkeslagen och en fråga som Högsta domstolen bl.a. hade att ta ställning till avsåg hur påföljden skulle bestämmas.³⁶⁴ I domen, som är välstrukturerad och pedagogiskt utförd, kan den beslutsstruktur som domstolen tillämpat relativt enkelt skönjas. Domstolen inleder påföljdsbestämningen med att fastställa straffskalan och företa en straffvärdebedömning (29 kap. 1–3 §§ brottsbalken) i fallet – straffvärdet fastställs till åtta månaders fängelse.³⁶⁵ Därefter behandlar domstolen 30 kap. 1 och 4 §§ brottsbalken mer allmänt och uttalar följande:

Att fängelse ska väljas som påföljd i sista hand innebär att villkorlig dom och skyddstillsyn har företräde. Av ett uttalande som har gjorts i förarbetena till lagstiftningen - men som det inte ansågs lämpligt att konkretisera i lagtexten (se prop. 1987/88:120 s. 100) - framgår emellertid att detta, som en riktpunkt, gäller bara så länge brottsligheten inte har ett straffvärde som motsvarar fängelse i ett år eller mer. Riktpunkten, som åtskilliga gånger har bekräftats i praxis, höjs om det finns billighetsskäl enligt 29 kap. 5 § BrB respektive om det rör sig om en lagövertredare som inte hade fyllt 21 år vid brottet. I praktiken torde bedömningen av om fängelse måste väljas med hänsyn till brottslighetens straffvärde mestadels bestämmas utifrån längden av det straff som skulle dömas ut, om fängelse hade valts som påföljd (det s.k. straffmättningsvärdet [...]).³⁶⁶

Efter detta uttalande fortskrider domstolen till att bestämma straffmättningsvärdet i det föreliggande målet. Billighetsskäl i målet tillmättes endast mindre betydelse varför straffmättningsvärdet inte motsvarade fängelse i ett år eller mer varför det ensamt inte kunde föranleda fängelse som påföljd i enlighet med 30 kap. 4 § brottsbalken. Däremot poängterade domstolen att tidigare brottslighet och brottslighetens art alltså kunde tala för fängelse, varför domstolen företog en bedömning av dessa omständigheter (som i detalj faller utanför denna studies syfte).³⁶⁷ Domstolen bestämmer straffmättningsvärdet till åtta månaders

³⁶¹ NJA 2013 s. 397, s. 409f., p. 23.

³⁶² NJA 2013 s. 397, s. 410, p. 24–27.

³⁶³ NJA 2013 s. 397, s. 411f. Det sagda är en mycket förenklad tolkning av Borgekes skiljaktiga mening, den är i grunden mer komplicerad och detaljrik.

³⁶⁴ NJA 2014 s. 559, s. 564f., p. 1 och 3. Av intresse att nämna är att Martin Borgeke var referent i målet.

³⁶⁵ NJA 2014 s. 559, s. 565f., p. 4–12.

³⁶⁶ NJA 2014 s. 559, s. 567, p. 14.

³⁶⁷ NJA 2014 s. 559, s. 568, p. 16–17.

fängelse och därmed saknas skäl att döma till fängelse och en alternativ påföljd ska väljas.³⁶⁸ Ett fängelsestraff utmätts, enligt domstolen, inom straffskalans gränser och proportionerligt i förhållande till brott av denna typ med hänsyn till straffvärdet och de andra faktorer som bör påverka strängheten i ingripandet i det enskilda fallet. Följaktligen torde domstolen vid valet av alternativ påföljd utgå ifrån straffmättningsvärdet.³⁶⁹

Sammanfattningsvis synes Högsta domstolen i detta mål utgå ifrån straffmättningsvärdet vid påföljdsvalet. Förvisso framhävs först en bedömning av straffvärdet, men citatet ovan torde tala för att det är straffmättningsvärdet (d.v.s. straffvärdet med avdrag för billighetsskäl och ungdomsrabatt) som ska utgöra utgångspunkten inför påföljdsvalet. Följaktligen förefaller beslutsstrukturen för 29 kap. brottsbalken inte delas upp såsom i det tidigare rättsfallet – åtminstone inte avseende 29 kap. 1–3, 5 och 7 §§ brottsbalken. Påföljdseftergift omnämns inte, men återfallets betydelse torde infalla först som en del av bedömningen avseende fängelsepresumtionen – valet av påföljd. Denna beslutsstruktur, eller en mycket liknande, förefaller även ha tillämpats i NJA 2012 s. 849.³⁷⁰

4.4.4 NJA 2014 s. 990

I NJA 2014 s. 990 hade Högsta domstolen att företa påföljdsbestämning i ett mål rörande sexuellt utnyttjande av barn där den tilltalade var under 21 år när brottet begicks.³⁷¹ Domstolen inleder påföljdsbestämningen med att bestämma brottets straffvärde.³⁷² Därefter fortskrider domstolen till ett hänsynstagande av den tilltalades ungdom i enlighet med 29 kap. 7 § brottsbalken. Efter ett sådant beaktande framlägger domstolen ett straffmättningsvärde och poängterar att det är detta värde som ska ligga till grund inför påföljdsvalet.³⁷³ Straffmättningsvärdet i detta mål var enligt domstolen inte så högt att det ensamt motiverade fängelsestraff, varför domstolen fortskred med en bedömning av brottslighetens art inverkan på påföljdsvalet.³⁷⁴

I detta mål tillämpar domstolen en beslutsstruktur som liknar den i NJA 2008 s. 359 i det att straffvärdebedömningen och ett beaktande av ungdomsrabatten utgör den viktiga utgångspunkten inför påföljdsvalet. Däremot använder domstolen begreppet straffmättningsvärde, vilket inte förekom i det tidigare målet. Dessutom omnämns inte billighetsskäl, varför det är svårt att förutspå var dessa omständigheter skulle placeras i beslutsstrukturen.

4.4.5 NJA 2015 s. 417

I NJA 2015 s. 417 hade Högsta domstolen att bestämma påföljd i ett mål som aktualiserade bl.a. frågor beträffande hur påföljdsbestämningen ska påverkas av den tid som gått sedan brottet ifråga begåtts och av att domstolen återförvisat målet till hovrätten med hänvisning till den tilltalades rätt att inte bli straffad

³⁶⁸ NJA 2014, s. 559, s. 572, p. 35.

³⁶⁹ NJA 2014 s. 559, s. 572 f., p. 36–37.

³⁷⁰ Se NJA 2012 s. 849, s. 855. För ett liknande resonemang se Victor 2015, s. 180.

³⁷¹ NJA 2014 s. 990, s. 992f. Av intresse kan nämnas att Borgeke satt med i domstolens sits.

³⁷² NJA 2014 s. 990, s. 993f., p. 7–9.

³⁷³ NJA 2014 s. 990, s. 994, p. 10.

³⁷⁴ NJA 2014 s. 990, s. 994, p.10–11.

två gånger för samma gärning, samt hur näringsförbud ska påverka påföljdsbestämningen.³⁷⁵ Den beslutsstruktur som domstolen följde är något svåröverskådlig eftersom målet är invecklat, detaljrikt och aktualiserar internationell rätt. Här avses just beslutsstrukturen tydligt framläggas, varför tolkningen av målet kan framstå som tämligen förenklad.

Domstolen inledde påföljdsbestämningen med en bedömning av brottslighetens straffvärde.³⁷⁶ I ett andra steg tar domstolen hänsyn till att en ovanligt lång tid hade förflutit sedan brottet begicks, vilket innebär ett beaktande av billighetsskäl, närmare bestämt 29 kap. 5 § 1 st. 3 p. brottsbalken. Den sena lagföringen innebar i detta fall en reduktion av det fängelsestraff som straffvärdet talat för.³⁷⁷ Därefter beaktade domstolen huruvida dubbelbestaffningen skulle kompenseras och om den tilltalades rätt till rättegång inom skälig tid hade kränkts p.g.a. den långa tidsutdräkten i enlighet med Europakonventionen. Denna bedömning ska inte närmare behandlas i denna studie mer än att betona att dessa omständigheter synes kunna föranleda en reducering av fängelsestraffet eller påföljden.³⁷⁸ Härfter återgår domstolen till ett beaktande av 29 kap. 5 § brottsbalken i avsikt att beakta andra för den tilltalade negativa följder av brottsligheten, i detta fall är det särskilt näringsförbud som gör sig gällande.³⁷⁹ Domstolen går härnäst in i valet av påföljd och inleder med att konstatera att det är straffmättningsvärdet som ska läggas till grund för påföljdsfrågan, vilket i detta mål utgörs av straffvärdet reducerat med 29 kap. 5 § brottsbalken (lång handläggningstid och näringsförbud) samt kränkningar av Europakonventionen.³⁸⁰ Högsta domstolen sammanfattar sin bedömning enligt följande:

Straffvärdet av den brottslighet som P.-M.P. döms för motsvarar fängelse i tio månader. Det har varit fråga om sen lagföring som enligt 29 kap. 5 § första stycket 3 BrB ska beaktas så att ett fängelsestraff, om fängelse väljs som påföljd, ska sättas ned med ungefär två månader. Den kränkning av förbudet mot dubbla förfaranden som P.-M.P. utsattes för innan HD avvisade åtalet för skattebrott enligt åtalspunkten 3 anses kompenseras genom att den har erkänts och rättats till, och den ska därför inte föranleda någon ytterligare kompensation. Att målet har återförvisats som en följd av en kränkning medför inte i sig att tidsåtgången i denna andra processkedja berättigar till kompensation. En handläggningstid om nästan två år är emellertid oskäligt lång och bör föranleda en reducering av ett fängelsestraff med närmare en månad. Dessutom ska en straffmätning i detta fall påverkas av att P.-M.P. får näringsförbud under tre år.[...]³⁸¹

Den beslutsstruktur som Högsta domstolen tillämpar i detta mål liknar den som skönjdes i NJA 2014 s. 559. Även i detta mål utgår domstolen från straffvärdet för att därefter beakta bl.a. billighetsskäl i 29 kap. 5 § brottsbalken. Det värde som domstolen skapar genom denna bedömning benämns straffmättningsvärde och det är detta värde som utgör utgångspunkten inför påföljdsvalet. Följaktligen synes beslutsstrukturen för 29 kap. brottsbalken inte vara

³⁷⁵ NJA 2015 s. 417, s. 426, p. 4. Även i detta mål satt Borgeke med i domstolens sits.

³⁷⁶ NJA 2015 s. 417, s. 426f., p. 5–6.

³⁷⁷ NJA 2015 s. 417, s. 427, p. 7.

³⁷⁸ NJA 2015 s. 417, s. 427, p. 8–14 & 15–20.

³⁷⁹ NJA 2015 s. 417, s. 430, p. 21.

³⁸⁰ NJA 2015 s. 417, s. 430, p. 23.

³⁸¹ NJA 2015 s. 417, s. 431, p. 33.

fullt så uppdelad som den stundtals förespråkas och tillämpas. Förvisso aktualiseras inte alla bestämmelser i 29 kap. brottsbalken, men sammantaget torde det kunna konstateras att det inte enbart är en straffvärdebedömning som företagits utan även den största delen av straffmätningen innan valet av påföljd inleds.

4.5 Analys och resultat: vilka beslutsstrukturer kan identifieras och vilket värde utgår respektive beslutsstruktur ifrån?

De beslutsstrukturer som behandlats i detta avsnitt är i mångt och mycket lika varandra. Vid en översiktlig granskning kanske de inte ens kan anses skilja sig särskilt mycket åt. Emellertid förekommer det en del väsentliga skillnader på detaljnivå. Synbarligen är beslutsstrukturen för 29 kap. brottsbalken nära sammanlänkad med beslutsstrukturen i 30 kap. brottsbalken – vilket förmodligen är anledningen till att beslutsstrukturen i doktrinen inte behandlas separat utan gemensamt. Däremot förefaller 29 kap. brottsbalken tillämpas på olika sätt beroende på tillämparen varför det ändå är av betydelse att se till beslutsstrukturen för just 29 kap. brottsbalken, om än i ljuset av 30 kap. brottsbalken.

Med utgångspunkt i den utvalda doktrinen för detta kapitel kan följande konstateras beträffande beslutsstrukturen för 29 kap. brottsbalken. Borgeke och Stenborre kan anses förespråka två tydliga och delvis motstående beslutsstrukturer mellan vilka Jareborgs och Zilas beslutsstruktur balanserar. I grunden kan det talas om två olika beslutsstrukturer – en som förordar en mer sammanhållen beslutsstruktur för 29 kap. och en som förordar en mer uppdelad beslutsstruktur för 29 kap. p.g.a. dess samspel med 30 kap. brottsbalken. Borgeke förordar den beslutsstruktur som är av mer sammanhållen karaktär. Beslutsstrukturen kan anses bestå i ett tillämpande av hela 29 kap. brottsbalken, i sin legislativa ordning, med undantag för viss försiktighet beträffande återfallets betydelse. Denna bedömning utfaller i ett straffmättningsvärde som ska utgöra utgångspunkten inför påföljdsvalet. Stenborre å sin sida förordar den beslutsstruktur som är av mer uppdelad karaktär. Beslutsstrukturen är tydlig och innebär mycket kortfattat tre steg: straffvärde, påföljdsval och sist straffmätning. I denna beslutsstruktur synes således 29 kap. 1–3 §§ brottsbalken tillämpas i ett första steg, därefter företas val av påföljd, och sist torde resterande bestämmelser i 29 kap. brottsbalken tillämpas. Denna beslutsstruktur utgår från straffvärdet som utgångspunkt inför påföljdsvalet. Jareborg och Zila utgör ett oumbärligt exempel på att beslutsstrukturen i praktiken inte nödvändigtvis är fullt så svart och vit som den i teorin, och i denna studie, förefaller vara. Den beslutsstruktur som Jareborg och Zila förordar kan anses vara en blandning av de två mer renodlade beslutsstrukturerna. Denna studies kommande analys kommer avse och behandla de två beslutsstrukturer som i doktrinen har identifierats och dessa kommer för klarhetens skull hädanefter benämnas mycket förenklat *den sammanhållna beslutsstrukturen* och *den uppdelade beslutsstrukturen*.

Angående de fåtal rättsfall som studerats kan följande konstateras. Högsta domstolen har i samtliga fall inlett påföljdsbestämningen med ett bestämmande av straffvärdet i det föreliggande målet. I ett rättsfall utgör detta – straffvärdes-

bedömningen – den enda bedömningen avseende 29 kap. brottsbalken (NJA 2013 s. 397). Stegen därefter skiljer sig däremot åt i övriga rättsfall.

I två av rättsfallen (NJA 2008 s. 359 och NJA 2014 s. 990) har domstolen prövat ungdomsrabattens betydelse innan påföljdsvalet, i det senare fallet talar domstolen dessutom om att straffvärdet efter beaktande av ungdomsrabatten resulterar i ett straffmättningsvärde. Därefter fortskrider domstolen till påföljdsvalet. I målet från 2008 beaktar domstolen billighetsskäl först efter påföljdsvalet. I målet från 2014 förkommer inte billighetsskäl varför det inte går att säga var dessa skulle infalla i beslutsstrukturen. Sammantaget synes det finnas, särskilt i NJA 2008 s. 359, en delvis uppdelad beslutsstruktur som förespråkar följande gång: straffvärde (29 kap. 1–3 §§), ungdomsrabatt (29 kap. 7 §), påföljdsval, billighetsskäl (29 kap. 5 §). I NJA 2008 s. 359 synes domstolen utgå från straffvärdet med avdrag för ungdomsrabatt som utgångspunkt inför påföljdsvalet.

I de två andra rättsfallen (NJA 2014 s. 559 och NJA 2015 s. 417) har domstolen, efter att den bestämt straffvärdet, skapat ett straffmättningsvärde genom att även beakta billighetsskäl och ungdomsrabatten (sistnämnda enbart i NJA 2014 s. 559). Straffmättningsvärdet utgör sedan utgångspunkten för påföljdsvalet. Även NJA 2014 s. 990 kan sällas till denna grupp – den beslutsstruktur som utgår från straffmättningsvärdet som utgångspunkt inför valet av påföljd. I NJA 2014 s. 559 har även återfallets betydelse behandlats, och det synes placeras sist i beslutsstrukturen efter påföljdsvalet.

Sammanfattningsvis förefaller Högsta domstolen i det flesta mål på senare tid utgå från straffmättningsvärdet inför påföljdsvalet – vilket föranleder en beslutsstruktur för 29 kap. brottsbalken som är av den mer sammanhållna karaktären. Emellertid går det inte med säkerhet att säga att strukturen alltid följer samma gång: straffvärde (29 kap. 1–3 §§) minus billighetsskäl och ungdomsrabatt (29 kap. 5 och 7 §§) som leder till ett straffmättningsvärde som utgör utgångspunkt för valet av påföljd. Samtliga omständigheter har enbart berörts i NJA 2014 s. 559 och för detta mål kan nyssnämnda beslutsstruktur anses vara sann. Däremot borde bruket av begreppet straffmättningsvärde i NJA 2014 s. 990 och NJA 2015 s. 417, trots att de inte behandlar samtliga omständigheter i 29 kap. brottsbalken, kunna anses tala för den nyssnämnda beslutsstrukturen. Följaktligen har domstolen i de tidigare rättsfallen (från 2008 och 2013) tillämpat en beslutsstruktur som har mer likheter med den *uppdelade beslutsstrukturen* och i senare rättsfall (från 2014 och 2015) tillämpat en beslutsstruktur som har mer likheter med den *sammanhållna beslutsstrukturen*.

Inför den fortsatta studiens gång kommer således de två identifierade beslutsstrukturerna, uppdelad och sammanhållna, att analyseras. Beslutsstrukturerna karaktäriseras något förenklat av att den uppdelade utgår från straffvärdet (29 kap. 1–3 §§) och den sammanhållna från straffmättningsvärdet (29 kap. 1–3, 5 och 7 §§) som utgångspunkt inför påföljdsvalet.

5 Analys: beslutsstrukturernas förenlighet med 29 kapitlets struktur, straffteori och principer

Föreliggande kapitel utgörs av studiens huvudsakliga analys. Denna analys utgår ifrån och avser att besvara följande frågeställning: vilken av beslutsstrukturerna överensstämmer mest och bäst med följande kriterier: den legislativa strukturen, straffteorierna och principerna som 29 kap. brottsbalken vilar på? Föregående fråga föranleder oundvikligen ett ställningstagande i frågan om vilken beslutsstruktur som bör tillämpas i förhållande till och i enlighet med de sedan innan uppställda kriterierna. I avsikt att underlätta framställningen kommer kapitlet indelas i tre olika avsnitt. Först ämnar ett avsnitt ge en allmän analys av de två beslutsstrukturernas förenlighet med den legislativa strukturen och de uppställda kriterierna. Därefter följer två avsnitt som utgår från respektive frågeställning.

5.1 Beslutsstrukturerna, den legislativa strukturen och kriterierna

5.1.1 Förenlighet med den legislativa strukturen

Det finns två sätt att bedöma beslutsstrukturernas förenlighet med den legislativa strukturen. Dels är det förenligheten med den legislativa strukturen i 29 kap. brottsbalken, d.v.s. ordningsföljden bland bestämmelserna, dels är det förenligheten med den legislativa struktur som kommer till uttryck i fängelsepresumtionen i 30 kap. 4 § brottsbalken. Studiens syfte fokuseras ju kring 29 kap. brottsbalken och den legislativa strukturen i kapitlet, varför detta avsnitt inleds med en granskning avseende den förstnämnda strukturen.

I 29 kap. brottsbalken kan en legislativ struktur skönjas i den ordningsföljd som bestämmelserna presenteras i, den har i korthet och översiktligt presenterats i avsnittet om dispositionen i 29 kap. brottsbalken (se 3.3.1). Denna legislativa struktur i 29 kap. brottsbalken synes vara särskilt förenlig med den sammanhållna beslutsstrukturen som ju huvudsakligen utgår ifrån 29 kapitlets bestämmelser i den legislativa följd. Visserligen kan återfallets betydelse anses avvika från denna legislativa ordning eftersom den inte alltid tillmäts betydelse i den ordningsföljd som förekommer i 29 kap. brottsbalken. Likväl är det främst den sammanhållna beslutsstrukturen som kan anses vara mest förenlig med denna legislativa struktur. Den uppdelade beslutsstrukturen inleder med att följa den ordningsföljd som framkommer i 29 kap. brottsbalken, därefter avviker den till 30 kap. brottsbalken och återkommer till ordningsföljden i 29 kap. brottsbalken först efter ett påföljdsval. Av denna anledning framstår den uppdelade beslutsstrukturen som mindre förenlig med den legislativa struktur som utgår från ordningsföljden i 29 kap. brottsbalken.

Trots att 29 kap. brottsbalken ådagalägger en legislativ struktur genom bestämmelsernas ordningsföljd, bör det inte bortses från den legislativa struktur som kan anas i 30 kap. 4 § brottsbalken. Att fängelsepresumtionen i 30 kap. 4 §

brottsbalken påverkar beslutsstrukturen är sedan tidigare påvisat. Bestämmelsen stadgar, likt tidigare nämnt, att domstolen särskilt ska fästa avseende vid omständigheter som föranleder en lindrigare påföljd än fängelse, t.ex. billighetsskäl, samt att det finns tre typer av faktorer som kan föranleda att presumptionen mot fängelse bryts – straffvärde, art och återfall. Detta stadgande åskådliggör dels att straffvärde är en av enbart tre faktorer som kan tala för fängelse, dels att billighetsskäl i sin tur kan tala mot fängelse. Stadgandet kan anses innebära en slags legislativ struktur som talar för att straffvärdet bestämmer fängelsefrågan som därefter, om den besvaras med att fängelse ska väljas, också kan påverkas av bl.a. billighetsskäl. Denna struktur synes framförallt överensstämma och vara förenlig med den uppdelade beslutsstrukturen – straffvärde, påföljdsval, straffmätning. Den uppdelade beslutsstrukturen utgår ifrån straffvärdet som utgångspunkt inför påföljdsvalet vilket finner stöd i och bekräftas av detta lagrum. Den mer sammanhållna beslutsstrukturen som förespråkar att straffmätningens värde utgör utgångspunkten inför påföljdsvalet finner således inte direkt stöd i detta lagrum.

Följaktligen kan de båda beslutsstrukturerna anses vara förenliga med de två olika legislativa strukturerna. Här bör det viktiga exempel som Jareborg och Zila utgjorde i föregående kapitel återupptas – beslutsstrukturen måste inte ovillkorligen vara svart och vit. Även Högsta domstolens tillämpning torde tala för detta faktum. Inte heller den legislativa strukturen är svart och vit, den kan också tolkas och vara i behov av en öppen inställning. Sålunda föreligger det vissa svårigheter i att säga vilken beslutsstruktur som är mest förenlig med den legislativa strukturen när båda beslutsstrukturerna finner stöd i två olika legislativa strukturer. Däremot kan den legislativa struktur som utgår ifrån fängelsepresumptionen anses falla utanför studiens syfte, den återfinns ju inte direkt i 29 kap. brottsbalken. Emellertid, eftersom det sedan tidigare konstaterats att 29 kap. brottsbalken delvis är beroende av 30 kap. brottsbalken borde den legislativa struktur som styr båda kapitlen, d.v.s. den senare av de två legislativa strukturerna, vara mer korrekt att utgå ifrån. Förvisso framträder en legislativ struktur även i 29 kap. brottsbalken, men den kan anses vara (liksom beslutsstrukturen) beroende av 30 kap. 4 § brottsbalken.

Utifrån studiens syfte som fokuseras kring just 29 kap. brottsbalken, och om detta tolkas strikt, ska den legislativa struktur som ådagaläggs i 29 kap. brottsbalkens ordningsföljd förordas – därmed även den beslutsstruktur som är mer sammanhållen. Om studiens syfte medges en bredare tolkning vilken även innefattar en förståelse för att påföljdssystemet är komplext och sällan svart och vitt bör den legislativa struktur för 29 kap. brottsbalken som styrs av fängelsepresumptionen förordas. Därmed bör den uppdelade beslutsstrukturen vara mest förenlig med 29 kap. legislativa struktur. Vilket det rätta svaret är synes således vara en tolkningsfråga.

5.1.2 Förenlighet med de uppställda kriterierna

I kapitel tre rangordnades och uppställdes kriterierna i följande ordning: först proportionalitetsprincipen och humanitetshänsynen, därefter de övergripande rättssäkerhetsprinciperna, sist preventionsteorierna. Denna rangordning utgör även uppbyggnaden av detta avsnitt.

5.1.2.1 Proportionalitet

Att proportionalitetsprincipen (proportionalitet och ekvivalens) särskilt kommer till uttryck i straffvärdet och de bestämmelser som avser straffvärdebedömningen har uttrönts tidigare i denna studie. Utifrån en sådan utgångspunkt borde den uppdelade beslutsstrukturen främst förespråkas som förenlig med proportionalitet och ekvivalens. Den uppdelade beslutsstrukturen fokuserar särskilt på och erbjuder straffvärdet stort utrymme i påföljdsbestämningen. Denna beslutsstruktur utgår ju som nämnt ifrån straffvärdet inför påföljdsvalet. Den sammanhållna beslutsstrukturen kan däremot ifrågasättas utifrån proportionalitetsprincipen. I debatten i Svensk Juristtidning i år har Victor särskilt framhåvt att en beslutsstruktur som utgår ifrån straffmättningsvärdet riskerar att förlora en självständig straffvärdebedömning. Att en självständig straffvärdebedömning riskeras förbigås skulle inte vara förenligt med proportionalitetsprincipens tonvikt på brottets svårhet eller klandervärdhet. Samtidigt, i de rättsfall där Högsta domstolen använt sig av den mer sammanhållna beslutsstrukturen och begreppet straffmättningsvärde har densamma likväl företagit en straffvärdebedömning och framlagt ett straffvärde för gärningen i fråga i samtliga av de studerade prejudikaten. Att så sker implicerar att ett tillämpande av den sammanhållna beslutsstrukturen inte nödvändigtvis äventyrar straffvärdebedömningen. Härtill har såväl von Hirsch som Ågren talat om en slags utvidgad proportionalitetsprincip som även skulle kunna inbegripa berättigande avseende återfall, billighetsskäl och ungdomsrabatt. Om en sådan utvidgad proportionalitetsprincip tillämpas, vilket von Hirsch menar är en nödvändighet för att förklara 29 kap. brottsbalken, kan den sammanhållna beslutsstrukturen med enkelhet anses vara förenlig med proportionalitetsprincipen. Om en utvidgad proportionalitetsprincip förkastas, t.ex. för att den inte kan anses finna ett direkt och tydligt stöd i förarbetena, synes den uppdelade beslutsstrukturen mer förenlig med proportionalitetsprincipen.

5.1.2.2 Humanitet

Humanitetshänsyn berättigar och grundar framförallt billighetsskäl och ungdomsrabatten. Av denna anledning synes den sammanhållna beslutsstrukturen framförallt vara av intresse. Den sammanhållna beslutsstrukturen kan anses tillmäta billighetsskäl och ungdomsrabatten större betydelse än den uppdelade beslutsstrukturen. Borgeke har i den aktuella debatten framhåvt att en beslutsstruktur som utgår ifrån straffmättningsvärdet tillgodoser att billighetsskäl får det genomslag och tillmäts den betydelse de var avsedda att få genom 1988/89 års påföljdsreform (dock bör det här uppmärksammas att billighetsskäl berättigades utifrån rättvisa i förarbetena, mer om det nedan). Å andra sidan utesluter inte en uppdelad beslutsstruktur att billighetsskäl och ungdomsrabatten tillmäts betydelse. Även i denna beslutsstruktur ingår dessa individuella förutsättningar. Skillnaden ligger framförallt i att den uppdelade beslutsstrukturen tillåter individuella förutsättningar först efter ett val av påföljd. Visserligen utgår den uppdelade beslutsstrukturen ifrån straffvärdet vid valet mellan fängelse och annan påföljd, men efter en sådan utgångspunkt ska ändå bl.a. billighetsskäl beaktas och tillmätas betydelse. En mer sammanhållen beslutsstruktur, å sin sida, tillåter att de individuella förutsättningarna får beaktas och inverka redan på valet av påföljd eftersom de ingår i det straffmättningsvärde som ska utgöra utgångspunkten inför påföljdsvalet. Följaktligen

synes båda beslutsstrukturerna vara förenliga med humanitetshänsynen i det att de båda tillåter att individuella förutsättningar tillmäts betydelse p.g.a. respekt, tolerans och medkänsla. Att den sammanhållna beslutsstrukturen är särskilt förenlig med humanitetshänsyn förefaller vara riktigt då denna beslutsstruktur tillåter ett tidigare och därigenom tyngre beaktande av billighetsskäl. Således borde den beslutsstruktur som talar för en mer sammanhållen tillämpning av 29 kap. brottsbalken vara mer förenlig med tankarna kring humanitet än den beslutsstruktur som är uppdelad och innefattar ett större fokus på straffvärdet.

5.1.2.3 Rättssäkerhetsprinciper

Beträffande beslutsstrukturernas förenlighet med de rättssäkerhetsprinciper som 29 kap. brottsbalken också kan anses vila på och styras av kan följande konstateras. Företeelsen av att det i doktrinen förordas och i Högsta domstolen tillämpas olika beslutsstrukturer äventyrar tillgodoseende och främjande av de krav gällande förutsebarhet, enhetlighet, tydlighet och likabehandling som ska efterlevas vid tillämpandet av 29 kap. brottsbalken. Av denna anledning borde egentligen enbart en beslutsstruktur förekomma. Även Ulväng har kommenterat att det system, eller beslutsstruktur, som Högsta domstolen tillämpar inte kan anses vara särskilt förutsebart eller enkelt.³⁸²

Krav på legalitet och förutsebarhet borde främst gynnas och tillgodoses i den uppdelade beslutsstrukturen eftersom den utgår ifrån straffvärdet som utgångspunkten inför påföljdsbestämningen, vilket är förenligt med lagtexten i 30 kap. 4 § brottsbalken. Begreppet straffmättningsvärde förekommer inte i lagtexten varför ett användande av detsamma inte kan anses uppfylla kraven om legalitet och förutsebarhet. Däremot kan det för ickejuristen, t.ex. den tilltalade, framstå som att den sammanhållna beslutsstrukturen är mer förutsebar utifrån 29 kap. brottsbalkens uppbyggnad. Att utgå ifrån den sammanhållna beslutsstrukturen kan också tillgodose krav beträffande tydlighet (som ju kan anses inbegripas i legalitet och rättssäkerhet) – 29 kap. brottsbalken ser enligt ordalydelsen ut på ett visst sätt och det tydligaste för utomstående hade varit att tillämpa en beslutsstruktur som utgår ifrån det sättet. Emellertid är det rättslära som ska tillämpa regleringen och då går det knappast att bortse ifrån andra bestämmelser som påverkar och kompletterar 29 kap. brottsbalken. Ifrågavarande problematik aktualiserar ett begrundande om för vem påföljdsbestämningen ska framstå som legal, förutsebar, enhetlig och rättssäker – juristen eller den enskilda individen? Högst troligen är det individen som särskilt ska uppleva att kraven är tillgodosedda eftersom det (enligt förarbetena) är av stor vikt för det svenska straffsystemet att detsamma uppfattas som legitimt av allmänheten.

Victor har, likt tidigare nämnt, hävdad att en beslutsstruktur som utgår ifrån straffmättningsvärdet synes berättigas utifrån att skapa enhetlighet och tydlighet. Victor avfärdar detta genom att hävda att argument om en enhetlig och tydlig rättstillämpning inte är ett självändamål. Emellertid har dessa rättssäkerhetsprinciper betonats och framlyfts som viktiga i förarbetena, varför de likväl bör vara av avsevärd betydelse. Problematiken kring principernas (legalitet, förutsebarhet, enhetlighet, tydlighet och likabehandling) förenlighet med be-

³⁸² Ulväng 2009, s. 422. Resonemanget utgick främst från NJA 2008 s. 359. Enligt Ulväng är en anledning, till att systemet inte framstår som enkelt, att verkligheten sällan är svart och vit och därför inte kan inpassas i en matris, se Ulväng 2009, s. 423.

slutsstrukturerna liknar den problematik som framkom vid den legislativa strukturen. Återigen blir förenligheten beroende av hur 29 kap. brottsbalken tolkas i förhållande till 30 kap. 4 § brottsbalken. Den uppdelade beslutsstrukturen torde vara mest förenlig med legalitet, förutsebarhet, enhetlighet, tydlighet och likabehandling om 30 kap. 4 § brottsbalken anses styra den legislativa strukturen i 29 kap. brottsbalken. Om man istället enbart ser till 29 kap. brottsbalken framstår den sammanhållna beslutsstrukturen som mest förenlig med samma krav.

Principer kring rättvisa och billighet kommer främst till uttryck genom billighetsskålen i 29 kap. 5 § brottsbalken. En beslutsstruktur som har berättigats p.g.a. av dess tillgodoseende av att billighetsskålen får det genomslag de var avsedda att få vid sitt införande (se Borgeke), borde vara mest förenlig med rättvisa och billighet. Således synes den mer sammanhållna beslutsstrukturen vara mer förenlig med dessa principer, även om den uppdelade beslutsstrukturen också innefattar ett beaktande av billighetsskålen. Båda beslutsstrukturerna kan anses vara förenliga med kraven om rättvisa och billighet. Emellertid förfaller den sammanhållna beslutsstrukturen, som förordas just p.g.a. dess tyngre fokus på billighetsskålen, vara något mer förenlig med principer om rättvisa, billighet och rättfärdighet.

5.1.2.4 Preventionsteorierna

Preventionsteoriernas förenlighet med beslutsstrukturerna borde egentligen utifrån ett förarbetsperspektiv vara obefintlig eftersom de inte ska tillåtas inverka alls på 29 kap. brottsbalken. Däremot har det i doktrinen hävdats att preventionsteorierna alljämt kan skymmas i bestämmelserna i kapitlet. Preventionsteorierna har framförallt observerats vid studier av återfallets betydelse samt delvis beträffande billighetsskålen och de försvårande omständigheterna (avskräckning).

Den sammanhållna beslutsstrukturen torde tillåta, utifrån Borgekes variant, att återfallets betydelse delvis beaktas redan innan påföljdsvalet, men enbart i den utsträckning det är avgörande för frågan om valet mellan böter och fängelse. En mer uppdelad beslutsstruktur talar för att återfallet beaktas först efter påföljdsvalet. Det kan således uppfattas som att den mer sammanhållna beslutsstrukturen talar för ett något starkare beaktande av återfallets betydelse. Av denna anledning kan den sammanhållna beslutsstrukturen anses vara mer förenlig med preventionsteorierna (individualprevention), än den uppdelade beslutsstrukturen. Billighetsskålen har, bl.a. av Victor, hävdats kunna berättigas utifrån individualprevention (trots att de mer troligen utgår ifrån rättviseresonemang) varför den sammanhållna beslutsstrukturen (som ju framhäver billighetsskålen betydelse) återigen synes något mer förenlig med preventionsteorierna än den uppdelade beslutsstrukturen. De försvårande omständigheterna har av Wennberg ansetts kunna förstås utifrån avskräckning. Dessa omständigheter beaktas i båda beslutsstrukturerna men kan anses tillmätas något större betydelse i den uppdelade beslutsstrukturen som utgår ifrån straffvärdet inför påföljdsvalet. På denna punkt synes den uppdelade beslutsstrukturen mer förenlig med preventionsteorierna.

5.2 Resultat

5.2.1 Vilken beslutsstruktur överensstämmer mest och bäst med den legislativa strukturen och kriterierna?

Likt tidigare nämnt får de två beslutsstrukturernas förenlighet med den legislativa strukturen anses vara en tolkningsfråga beroende av vilken legislativ struktur som förespråkas. Båda beslutsstrukturerna kan förordas och vara förenliga med den legislativa strukturen beroende på hur man tolkar 29 kap. brottsbalken – är kapitlet självständigt eller bör det bedömas i förhållande till åtminstone 30 kap. 4 § brottsbalken. Utifrån studiens syfte som utsatte att granska strukturen i 29 kap. brottsbalken (bortsett från 30 kap. 4 § brottsbalken) kan den mer sammanhållna strukturen anses vara mest och bäst förenlig med den legislativa strukturen i 29 kap. brottsbalken. Samtidigt vore det oskäligt att bortse från de resultat som uppkommit under arbetets gång – 29 kap. brottsbalken bör förmodligen ses i ljuset av 30 kap. 4 § brottsbalken. Utifrån det resultatet torde den uppdelade beslutsstrukturen vara mest och bäst förenlig med den legislativa strukturen.

Generellt synes den uppdelade beslutsstrukturen vara mest förenlig med proportionalitetsprincipen om de ursprungliga förarbetena styr bedömningen, och den sammanhållna beslutsstrukturen mest förenlig med humanitetshänsyn om såväl doktrinen som senare tillkomna förarbeten styr bedömningen. Proportionalitet och humanitet kan likt tidigare nämnt beskrivas utifrån karaktär, där proportionalitet är av mer kvantitativ karaktär och humanitet av mer kvalitativ karaktär. Således kan de två straffteorierna, eller kanske snarare principerna, verka och agera på olika sätt. De kan såväl anses komplettera varandra som anses vara av motstående intressen. Likväl är de båda viktiga grundläggande värderingar som bör präglade 29 kap. brottsbalken. Utifrån enbart dessa två kriterier är det svårt att avgöra vilken beslutsstruktur som kan anses vara mest och bäst förenlig med kriterierna. Därför är det av intresse att även värdera beslutsstrukturerna utifrån de övergripande rättssäkerhetsprinciper som också ska tillgodose genom och får anses styra 29 kap. brottsbalken.

Beslutsstrukturernas förenlighet med rättssäkerhetsprinciperna sammanhänger uppenbarligen med problematiken kring den legislativa strukturen. Båda beslutsstrukturerna kan bedömas vara förenliga med principer om legalitet, förutsebarhet, enhetlighet, tydlighet och likabehandling beroende på vilken tolkning som förordas avseende den legislativa strukturen. Samtidigt bör det begrundas vem regleringen ska framstå förutsebar och enhetlig för. I förarbetena framhävdes betydelsen av att den enskilde individen uppfattade påföljdssystemet som legitimt och förenligt med rättssäkerhetsprinciperna. Utifrån en ickejurists synvinkel kan den sammanhållna beslutsstrukturen framstå som mer tillgänglig och begriplig, trots att begreppet straffmättningsvärde inte omnämns i lagen. Den lagtekniska komplikation som uppstår i förhållandet mellan 29 kap. och 30 kap. 4 § brottsbalken kan också anses förmörka tydligheten och förutsebarheten i systemet. Härtill synes även principer om rättvisa och billighet vara mest förenliga med den sammanhållna beslutsstrukturen.

Vilken beslutsstruktur som är mest och bäst förenlig med den legislativa strukturen, straffteorierna och principerna förefaller efter denna studie vara

mycket svårt att säga. Båda beslutsstrukturerna kan anses vara förenliga med de givna komponenterna beroende på hur den legislativa strukturen tolkas. Likväl, om studiens syfte med fokus på 29 kap. brottsbalken och dess uppbyggnad får styra framstår den sammanhållna beslutsstrukturen som mest och bäst förenlig med den legislativa strukturen och rättssäkerhetsprinciperna. Denna beslutsstruktur är dessutom snäppet mer förenlig med humanitetshänsyn. Därtill kan den även anses vara förenlig med proportionalitetsprincipen eftersom tillämpandet av den i Högsta domstolen inte inneburit ett utelämnande av straffvärdebedömningen. Om proportionalitetsprincipen därtill uppfattas i dess utvidgade mening torde den sammanhållna beslutsstrukturen vara välförenlig med principen om proportionalitet. En ytterligare faktor är att den sammanhållna beslutsstrukturen framstår som mest och bäst förenlig med preventionsteorierna.

Även om det sagda får anses vara riktigt är jag ovillig att helt bortse från 30 kap. 4 § brottsbalkens inflytande på 29 kap. brottsbalken. Möjligen är det så att jag obefogat avgränsat studien till att omfatta och fokusera på 29 kap. brottsbalken som ett självständigt kapitel. Måhända är ett sådant avskiljande grundlöst och resultatet av detsamma delvis odugligt. Lagstiftningen är ju ändå den främsta rättskällan och den talar för att straffvärdet ska utgöra utgångspunkt inför påföljdsvalet – vilket i sin tur talar för en annan legislativ struktur än den som enbart framkommer i 29 kap. brottsbalken. Om förarbetenas emfas på proportionalitetsprincipen och 30 kap. 4 § brottsbalkens inflytande på 29 kapitlet tillerkänns största och tyngsta vikt skulle förmodligen den uppdelade beslutsstrukturen vara den som mest och bäst är förenlig med 29 kapitlets struktur, straffteori och principer. Såväl humanitetshänsyn som rättssäkerhetsprinciper tillgodoses i denna beslutsstruktur (om än kanske inte fullt lika mycket som i den sammanhållna). Dessutom, ur ett förarbetsperspektiv ska preventionsteorierna inte tillmätas betydelse och den uppdelade beslutsstrukturen kan anses vara den som är minst förenlig med dessa straffteorier.

5.2.2 Vilken beslutsstruktur bör tillämpas i förhållande till och i enlighet med kriterierna?

Frågan om vilken beslutsstruktur som bör tillämpas, bedömt utifrån dess förenlighet med de för denna studie uppställda kriterierna, har inget enkelt svar. Istället aktualiseras och lämpar sig det klassiska juridiska svaret – det beror på.

I förhållande till och utifrån denna studies syfte – att granska 29 kap. brottsbalken – är det den sammanhållna beslutsstrukturen som bör tillämpas. Här betonas den legislativa struktur som ådagaläggs genom bestämmelsernas ordningsföljd i 29 kap. brottsbalken. Humanitet, rättssäkerhetsprinciper och en utvidgad proportionalitetsprincip kan tillgodoses genom denna sammanhållna beslutsstruktur.

I förhållande till och utifrån rättskällearans främsta källor – lag och förarbeten – är det den uppdelade beslutsstrukturen som bör tillämpas. Här betonas en legislativ struktur som beaktar 30 kap. 4 § brottsbalkens inflytande på strukturen i 29 kap. brottsbalken. Därtill framhävs proportionalitetsprincipen, humanitet och rättssäkerhetsprinciperna – inte preventionsteorierna. I förarbetena har det dessutom varnats för en schematisk och förenklad straffmätning varför den uppdelade beslutsstrukturen torde vara att föredra i förhållande till ett sådant uttalande.

6 Avslutande reflektioner

Vad kan då slutligen en studie av 29 kapitlets struktur, systematik och straffteori bidra med i den omdebatterade frågan om vilket värde – straffvärde eller straffmättningsvärde – som bör utgöra utgångspunkten för påföljdsvalet. I grund och botten samt något simplificerat – att båda värdena kan anses vara förenliga med strukturen, straffteorierna och principerna bakom 29 kap. brottsbalken beroende på hur de olika komponenterna värderas och vilken grad av självständighet som 29 kapitlet tillerkänns. En beslutsstruktur som utgår ifrån vilken som av de två värdena kan tillgodose de olika delarna av 29 kap brottsbalken, om än med något olika fokus på betoning och främjande av de olika komponenterna. Det synes inte finnas ett korrekt svar i frågan, istället är svaret beroende av den subjektiva tolkaren.

Samtliga debattörer i Svensk Juristtidning har viktiga poänger – poänger som stundvis kan finna stöd även i denna studie. Kanske Asp har rätt, kanske är det enbart en fråga om olika preferenser kring ordval och uttryckssätt, kanske blir det ingen skillnad i praktiken. Samtidigt är Victors månande om straffvärdebedömningen inte obefogad, den har ju ändå framlyfts som mycket central för påföljdsbestämningen i de ursprungliga förarbetena. Borgekes innovativa och utvecklande inflytande inom Högsta domstolen kan däremot också anses vara av vikt för rättstillämpning, måhända med rätta. En alltför strikt hållning till en mer öppen rättsutveckling kan kvarhålla rätten i ett samhälle som kanske inte längre är sann till den verklighet vi lever i idag. Ämnesinspirationen och denna studie lyfter oundvikligen frågor beträffande vem som får föra rättsutvecklingen framåt. Lagstiftaren kan anses sitta på den yttersta funktionen för detta ändamål, men är det helt riktigt att utelämna rättsvetenskapare? Här ska inte enbart maktdelningsläran och rättssäkerhetsprinciper beaktas, utan även det faktum att lagen utgör den främsta rättskällan. Begreppet straffmättningsvärde existerar inte i lagtexten. Borgeke själv har avrått från att bruka begreppet vid domsskrivning, likväl förekommer det bevisligen att Högsta domstolen, särskilt på senare tid, använder straffmättningsvärde i domskälen. Utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv går det att ifrågasätta ett brukande av begreppet straffmättningsvärde utan att det inkorporeras i lagen. Detsamma gäller beträffande maktdelningsläran. Men vad har då rättsvetenskapare för funktion om deras forskning inte tillåts inverka på rättstillämpningen? Högsta domstolen synes ju på senare tid ha anammat en mer sammanhållen beslutsstruktur och brukandet av straffmättningsvärde – men är det domstolens roll att genom rättstillämpning också rättsskapa? Flertalet väsentliga frågeställningar väcks varför jag inte är helt benägen att hålla med om att debatten i grunden handlar om preferenser kring och skillnader i ordval och uttryckssätt. Debatten präglas av och frambringar mer betydelsefulla resultat och funderingar än så.

Denna studie har inte uppmärksammat eller beaktat andra viktiga faktorer som skulle kunna påverka frågan om de olika värdena och beslutsstrukturerna. Exempelvis hade det varit av stor vikt att utreda huruvida de två beslutsstrukturerna föranleder olika resultat i praktiken. Om så är fallet kan frågan knappast betraktas som en enbart en teoretisk principalsak. Därtill kan beslutsstrukturerna och de olika värdena motiveras utifrån andra aspekter, såsom effektivitet och processekonomiskt beslutsfattande. I detta hänseende är det framförallt den sammanhållna beslutsstrukturen som skulle gynnas. Vad denna studie, i

avsaknad av sådant material, kan bidra med i debatten är just att liknande nyssnämnda test och faktorer är nödvändiga för att kunna ta fullständig ställning i den mindre och intrikata frågan om de två värdena. Att utelämna liknande aspekter torde inte kunna åstadkomma ett fullkomligt svar.

Företeelsen av att det existerar två beslutsstrukturer som utgår ifrån två olika värden äventyrar upprätthållandet av grundläggande legalitets- och rättssäkerhetsprinciper. Så länge två olika beslutsstrukturer tillämpas i rättstillämpningen riskeras tillgodoseende och vidmakthållande av principer gällande förutsebarhet, enhetlighet, likabehandling och rättvisa. Principer som av förarbetena framhävs som mycket viktiga för påföljdssystemets allmänna legitimitet. Denna företeelse lyfter onekligen frågan om påföljdsbestämningens uppbyggnad i det stora hela (29 kap. och 30 kap. brottsbalken), men även uppbyggnaden av enbart 29 kap. brottsbalken. Kan det godtas och accepteras att 29 kap. brottsbalken kan föranleda två olika beslutsstrukturer som utgår ifrån två skilda värden? Kanske bör lagstiftningen överses och granskas. Bevisligen framträder en komplikation genom att de två kapitlen är uppdelade men ändå så nära sammanlänkade och samfällade. Likt tidigare nämnt har England ett annat system i vilket domaren har större frihet vid invägande av försvårande och förmildrande omständigheter. Ett mer öppet och oreglerat system skulle kunna avhjälpa den komplikation som kan anses föreligga i svensk rätt mellan de två uppdelade kapitlen om påföljdsbestämningen. Emellertid kan även ett sådant system ifrågasättas och då framförallt i förhållande till proportionalitetsprincipen (enligt doktrinen), men även i förhållande till upprätthållande av och värnande om rättssäkerhetsprinciper.

Vad denna studie framförallt synes ha bidragit med är ett förtydligande om vikten av att studera, granska och diskutera påföljdsbestämningens struktur, såväl den legislativa strukturen som beslutsstrukturen. Denna studie har inte kunnat frambringa entydiga svar i frågor beträffande strukturer i påföljdsbestämningen – studien har snarare lyft frågor avseende saken. Jareborgs uttalande om att beslutsstrukturen skiljer sig avsevärt från den legislativa strukturen, framstår för mig, med utgångspunkt i denna studies resultat, som ifrågasättbar. De båda beslutsstrukturer som identifierats i denna studie är i dess förenlighet och berättigande beroende av olika legislativa strukturer – beslutsstrukturen är i teorin direkt anknuten till och sammankopplad med den legislativa struktur som den kan förenas med. När ämnesvalet och problemformuleringen för detta arbete valdes och fastställdes utgick jag från att det var beslutsstrukturen som var problematisk och betydelsefull att granska. Att den legislativa strukturen skulle befinnas vålla nya frågeställningar i förhållande till beslutsstrukturen var inte något som hade inberäknats i studiens initiala skede. Följaktligen är det en viktig upptäckt och resultat att även den legislativa strukturen i 29 kap. brottsbalken påverkar och influerar frågan kring beslutsstrukturerna och det två värdena. Den legislativa strukturen är inte heller, likt beslutsstrukturen, en självklarhet.

Att säga vilken beslutsstruktur som bör tillämpas och vilket värde som ska utgöra utgångspunkten inför påföljdsvalet är alltså inte en enkel sak efter denna studie. Båda beslutsstrukturerna kan finna berättiganden i den legislativa strukturen i, samt straffteorierna och principerna bakom, 29 kap. brottsbalken. Däremot framträder en angelägenhet tydligt – att företeelsen av två beslutsstrukturer äventyrar och riskerar ett upprätthållande av essentiella legalitets- och rättssäkerhetsprinciper.

Vid den stora rättegången,
efter domen, efter talen,
höll de dömdas tysta tankar
samspråk i den tysta salen,

sa den ene till den andre:
Nu vet ingen hur det går oss.
[...]

Ur "De dödsdömda", *Karin Boye*

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Propositioner

Prop. 2009/10:147 Skärpta straff för allvarliga våldsbrott m.m.

Prop. 1997/98:96 Vissa reformer av påföljdssystemet

Prop. 1987/88:120 Om ändring i brottsbalken m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 2012:34 Nya påföljder

SOU 1995:91 Ett reformerat straffsystem

SOU 1986:13 Påföljd för brott

SOU 1986:14 Påföljd för brott

Kommittédirektiv

Dir. 1992:47 Översyn av vissa frågor som rör påföljdssystemet

Övrigt

BRÅ-rapport 1977:7 Nytt straffsystem: idéer och förslag

Rättsfall

NJA 2015 s. 417

NJA 2014 s. 990

NJA 2014 s. 559

NJA 2013 s. 397

NJA 2012 s. 849

NJA 2008 s. 359

NJA 2000 s. 314

Litteratur

Asp, Petter | ”Enighet om tumregeln”. I: *Svensk Juristtidning* 2015 s. 292

Asp, Petter | ”Svensk rättspraxis: straffrätt 2001–2009”. I: *Svensk Juristtidning* 2010 s. 902

- Borgeke, Martin | ”Straffmättningsvärdet – en replik”. I: *Svensk Juristtidning* 2015 s. 281
- Borgeke, Martin | *Att bestämma påföljd för brott*, 2:1 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2012
- Borgeke, Martin | ”Skärtorsdagsdomen – en ny dom från HD som påverkar domstolarnas påföljdsbestämning”. I: *Svensk Juristtidning* 2008 s. 763
- Borgeke, Martin | ”Vilka grundtankar bör gälla för påföljdsbestämningen?”. I: *Flores juris et legum: festskrift till Nils Jareborg (red. Asp m.fl.)*, Iustus Förlag, Uppsala 2002, s. 105–122
- Borgeke, Martin | ”Påföljdsval och straffmätning – nytt vin i gamla läglar”. I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 885
- Borgeke, Martin, Reimer, Stefan, Ulväng, Magnus och Wersäll, Fredrik | ”Straffvärdebedömningen av allvarliga våldsbrott”. I: *Svensk Juristtidning* 2011 s. 71
- Borgeke, Martin & Reimer, Stefan | ”Påföljdsbestämningen i ett differentierat påföljdssystem – en replik”. I: *Svensk Juristtidning* 1999 s. 145
- Duff, Antony och Garland, David | ”Introduction: Thinking about punishment”. I: *A reader on punishment (red. Duff & Garland)*, Oxford University Press, Oxford 1994, s. 1–43
- Gleisner, Ann-Sophie | Sökord: *Rättssäkerhet*, Nationalencyklopedin, hämtad den 10 december 2015 från:
<http://www.ne.se/ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/rattssaakerhet>
- Holmqvist, Lena | ”Billighetshänsyn”. I: *Svensk Juristtidning* 1999 s. 188
- Jareborg, Nils | ”Ungdomsrabatt och dagsböter”. I: *Josefs resa: Vänbok till Josef Zila (red. Asp & Lernestedt)*, Iustus Förlag, Uppsala 2007, s. 107–120
- Jareborg, Nils | ”Rättsdogmatik som vetenskap”. I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 1
- Jareborg, Nils | *Straffrättsideologiska fragment*, Iustus Förlag, Uppsala 1992 (hänvisas 1992a)
- Jareborg, Nils | ”Påföljdsbestämningens struktur”. I: *Svensk Juristtidning* 1992 s. 257 (hänvisas 1992b)
- Jareborg, Nils & Zila, Josef | *Straffrättens påföljdslära*, 4:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2014
- Kleineman, Jan | ”Rättsdogmatisk metod”. I: *Juridisk metodlära (red. Korling & Zamboni)*, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 21–45

- Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne | *Straffansvar*, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2009
- Peczenik Aleksander | *Juridikens teori och metod*, Norstedts Juridik, Stockholm 1995
- Sandgren, Claes | ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”. I: *Vad är rättsvetenskap?*, Jure Förlag, Stockholm 2009, s. 117–125
- Sitte Durling, Catharina | *Tidigare brottslighet: Om rättsverkningar av återfall i brott*, Juridiska institutionen Stockholms universitet, Stockholm 2005
- Stenborre, Eva | *Påföljdsbestämningen*, Juridiska akademien i Göteborg, Göteborg 2005
- Träskman, Per Ole | ”Om återfall i brott”. I: *Svensk Juristtidning* 1999 s. 200
- Ulväng, Magnus | *Påföljds konkurrens – problem och principer*, Iustus Förlag, Uppsala 2005
- Ulväng, Magnus | *Brottsbalk* (1962:700) 29 kap., Lexino 2012-07-01
- Ulväng, Magnus | ”Through the Looking-Glass – behövs en ny påföljdsreform?”. I: *Festskrift till Suzanne Wennberg (red. Heuman, Leijonhufvud & Norée)*, Norstedts Juridik, Stockholm 2009, s. 411–435
- Victor, Dag | ”’Straffmättningsvärde’ och påföljdsval”. I: *Svensk Juristtidning* 2015 s. 173
- Victor, Dag | *Brottsbalken – en kommentar*, version 1 januari 2015 i Zeteo
- Victor, Dag | ”Påföljdsbestämning i ett differentierat påföljdssystem”. I: *Svensk Juristtidning* 1999 s. 132
- von Hirsch, Andrew | *Proportionalitet och straffbestämning*, Iustus Förlag, Uppsala 2001
- Wennberg, Suzanne | ”Grunden för bedömningen av försvårande respektive förmildrande omständigheter vid straffmätningen”. I: *Tidskrift för Rettsvetenskap* 1990, s. 773
- Zila, Josef | *Det straffrättsliga påföljdssystemet*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1998
- Ågren, Jack | *Billighets skälen i BrB 29:5 – berättigande och betydelse vid påföljdsbestämning*, Jure Förlag, Stockholm 2013