



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Filip Jonsson

Straffrättens legitimitet

Om bestraffning och dess legitimitet i en rättsstat

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: David Reidhav

Termin: HT 2016

Innehåll

SUMMARY	3
SAMMANFATTNING.....	4
1 INLEDNING	5
1.1 FRÅGESTÄLLNING OCH SYFTE	5
1.2 METOD OCH MATERIAL	5
1.3 DISPOSITION OCH AVGRÄNSNING	5
2 NATURTILLSTÅNDET OCH SAMHÄLLSKONTRAKTET	7
3 STRAFFRÄTTENS LEGITIMITET	9
3.1 UTILITARISM OCH INSTRUMENTALISM	9
3.2 RETRIBUTIVISM	12
3.3 DEN SAMTIDA DEBATTEN	14
4 LAGRUM DÄR KONFLIKT MELLAN DE OLIKA TEORIerna KOMMER I KONFLIKT	15
4.1 3 KAPITLET 1 § BROTTSBALKEN	15
4.2 29 KAPITLET 2§ BRB.....	17
4.3 29 KAPITLET 3 § BRB	18
4.4 NJA 1979 s. 802	19
5 AVSLUTANDE KOMMENTARER OCH SLUTSATSER	22
6 KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	25
7 RÄTTSFALLSFÖRTECKNING.....	27

Summary

I have in this thesis been trying to answer the question of how a state legitimately can punish their citizens. I am of the opinion that this kind of discussion is needed in a state governed by law. I have gathered information by reading a number of renowned philosophers and jurists. I have accounted for their view of punishment and the foundation on which the society is legitimated. To that, I have analysed a number of sections of the law where I consider the theories, which is presented, is coming in conflict with one another. I have further reached the conclusion that both the retributive and the instrumental views on punishment can be legitimate, as long as they are motivated in a consequent manner.

Sammanfattning

Jag har i denna uppsats försökt besvara frågan om hur en stat kan legitimeras att bestraffa sin befolkning. Detta för att jag anser att en sådan diskussion bör föras i en rättsstat. Jag har gjort det genom att läsa flera namnkunniga filosofer och jurister. Jag har redogjort för deras syn på bestraffning och även grunden till hur samhället som sådant har legitimitet. Därtill har jag analyserat ett antal lagrum var jag anser att de teorier som framställts kommer i konflikt med varandra. Vad jag vidare kommit fram till är att både den retributivistiska och den instrumentalistiska synen på straff kan legitimeras, så länge de motiveras på ett konsekvent sätt.

1 Inledning

1.1 Frågeställning och syfte

När en medborgare i en stat utför en brottslig handling skall denne bestraffas. Detta ifrågasätts sällan. Jag vill i denna uppsats diskutera just detta, hur en stat kan rättfärdiga bestraffning av sina egna medborgare och hur medborgarna kan anse att det är rättfärdigt. Jag vill undersöka vem som har givit staten denna makt och, framför allt, varför man bestraffar brottslingar.

Syftet till att jag anser att detta är viktigt att diskutera är följande. För att en rättsstat ska vara legitim krävs att medborgarna anser att den är legitim. I förlängningen gäller det i allra högsta grad straffrätten. För att en stats bestraffande av sina medborgare ska kunna vara legitim krävs att staten är legitim. Att diskutera legitimitetens grunder är således av vikt.

Jag utgår från följande frågor:

- Hur legitimeras en stat att bestraffa sina medborgare?
- Hur bör en stat legitimeras att bestraffa sina medborgare?

1.2 Metod och material

Då min uppsats kommer att handla om den rättsfilosofiska aspekten av juridiken är det ur ett rättsfilosofiskt perspektiv jag kommer skriva. Jag vill redogöra för de teorier som finns och det blir till en utredande och i viss mån deskriptiv karaktär. Det material jag väljer att använda är litteratur i form av dels originalverk, dels kommenterat material. Jag kommer även att titta i lagtext, propositioner, offentliga utredningar och domstolsavgöranden.

1.3 Disposition och avgränsning

Jag kommer i korthet att börja med att förklara rättsstatens och dess legitimitets byggstenar och grund. Därefter går jag vidare med att presentera två av de ideologier som straffrättens legitimitet kan grunda sig i, nämligen

retributivism och instrumentalism. Jag kommer sen att presentera och diskutera ett antal konkreta fall i svensk rättsordning och rättspraxis där dessa teorier kommer i kollision med varandra eller blir extra tydliga. Efter det kommer avslutande kommentarer och slutsatser. Jag har valt att inte skriva om sociologiska aspekter av bestraffning, t.ex. om allmänpreventionens eller individualpreventionens faktiska verkan.

2 Naturtillståndet och samhällskontraktet

Kontraktprincipen innebär i korthet att människan har lämnat över ett paket rättigheter till en suverän i utbyte mot att denna suverän ska skydda medborgarna. Detta är självfallet inget fysiskt överlämnande av rättigheter, utan ett sätt att förstå relationen mellan makthavare och medborgare. Rättigheterna som suveränen har är de som återfinns i lag. Styret upprätthåller sin legitimitet genom demokratiska val. Rätten att stifta de lagar som inskränker människors frihet bygger på att folket godtar de lagar som stiftas som legitima. Man kan tänka sig att legalitetsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 1 § brottsbalken (BrB) är en garant för att de rättigheter som överlämnats ska vara förutsebara. Legalitetsprincipen i straffrättslig mening innefattar bl.a. att för att en handling ska anses vara brottslig krävs att det ska finnas en föreskrift om att handlingen är brottslig.

Thomas Hobbes (1588-1679) var en av förgrundsgestalterna för synen på det så kallade samhällsfördraget. Han menade att människan till sin natur är egoistisk och kommer, om hon får chansen, att tillskansa sig så mycket egendom och makt som möjligt. David Hume (1711-1776) byggde vidare på Hobbes teorier och menade att människan saknar förmågan att tänka långsiktigt. Hobbes och Hume menade att varje människa har ett egenintresse i att godta en rättsordning då en sådan kan se till att samarbete mellan människor främjas och att fred upprätthålls. Dock hade varken Hobbes eller Humes något emot att suveränen, som de benämner makthavaren, är enväldig och despotisk.¹

John Locke (1632-1704) däremot tog fram den så kallade kontraktsteorin. Han var kritisk mot den då rådande uppfattningen om att kungens makt kom från Gud (*droit divin*) och ansåg att kungen inte borde kunna stifta alla de lagar han fann lämpliga. Locke krävde nämligen förutsebarhet.

¹ Se Dahlman, *Rätt och rättfärdigande* s. 45 f.

Han hade ett liknande utgångsläge som Hobbes och talade om naturtillståndet som ett tillstånd man befinner sig i av naturen. Ett tillstånd av fullkomlig frihet att organisera sitt arbete och att bestämma över sina ägodelar och sig själv. Han menade att det inte finns några naturliga hierarkier människor emellan. Naturtillståndet styrs av en naturlag och det är förnuftet. Om någon bryter mot denna lag ligger naturtillståndets verkställande i var och ens egna händer.

I naturtillståndet, där alla är jämlika, blir tillvaron full av osäkerhet och rädsla, menade Locke, det går inte att planera sitt liv om man inte vet vilka förutsättningar som gäller imorgon. Det främsta skälet till att människor väljer att underkasta sig samhällssystem är för att skydda sin egendom som inte kunde beskyddas i naturtillståndet. Även om alla förnuftiga människor kan uttröna vad som är rätt och fel kommer människors egenintresse att trumfa detta, dels på grund av att man inte erkänner naturrätten som en giltig och bindande lag dels på grund av att det saknas en erkänd och opartisk domare, med befogenhet att döma i samtliga tvister enligt den etablerade lagen. Människor tenderar att vara partiska till sin fördel. Samhället är skyldigt att åtgärda samtliga brister i naturtillståndet. Därför ska den som styr göra det utifrån fastställda lagar som folket känner till, således ska en förutsebarhet finnas i en rättsstat. Det ska även finnas begränsningar för suveränens makt.²

Det är mer eller mindre dessa premisser som är grunden till dagens rättsstat. Det är med detta i åtanke som frågan kring straffrättens legitimitet i en rättsstat blir aktuell.

² Se Dahlman, *Rätt och rättfärdigande* s. 61 f.

3 Straffrättens legitimitet

Vissa menar att bestraffningens syfte är kommunikation. Man vill kommunicera till gärningspersonen att den brottsliga handlingen är klandervärd. Det gör man genom att bestraffa personen. Man vill därutöver kommunicera till medborgarna att handlingen som den dömda har utfört är klandervärd.³ Andra menar att straffet som sådant har ett inneboende moraliskt värde.

Jag ska nu gå vidare med att presentera olika legitimitetsgrunder för straffrätten. Jag har valt att inrikta mig mot två huvudteorier. Dels den som ser bestraffning utifrån ett retributivistiskt perspektiv och dels den som ser bestraffning utifrån ett instrumentalistiskt perspektiv. Båda dessa teorier kan förorda bestraffning, men utifrån vitt skilda skäl.

3.1 Utilitarism och instrumentalism

Utilitarismens utgångspunkt är att man ska handla utifrån största möjliga lycka eller nytta åt största antalet människor. Instrumentalismen bygger på denna tanke. Man vill få färre personer att begå brott genom att bara bestraffa när det finns en *nytta* i bestraffningen, då en instrumentalist inte anser att straff i sig har något egenvärde. Det kan t.ex. vara nytta i form av allmänprevention, vilket innebär att straff ska ha en avskräckande effekt på andra. Det ska i teorin innebära att färre väljer att begå brott. En annan nyttogrund kan vara individualprevention, vilket innebär att om man straffar en person som har begått ett brott bör den personen dels vara inkapabel till att begå brott om hen är fängslad, dels vara mindre benägen att begå brott igen även när hen har blivit frisläppt. Det kan också ha helt andra, politiska, effekter. Om vi ser på t.ex. sexköp så är det inte kriminaliserat enbart för att avskräcka människor från att köpa sex, utan det är också ett

³ Se Duff, *Legal Punishment*, publ. 2 jan 2001, < plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>, kapitel 6, besökt 29/12 2016

ställningstagande i bekämpningen av den kvinnoosyn som kommer till uttryck i prostitution.⁴

Man kan använda den instrumentalistiska teorin för att försöka få fram hur strängt ett straff bör vara. Så här kan en sådan formel se ut.

*Straffets storlek \times upptäcktsrisken $>$ den förväntade nyttovinsten av att begå brottet.*⁵

Man tänker att straffets storlek måste vara större än det man har att vinna när man begår ett brott. Är dessutom upptäcktsrisken liten krävs att straffet blir än större för att det ska kunna ha den preventiva effekt som eftersträvas. Det är naturligtvis väldigt svårt att uppskatta de variabler som finns i ekvationen. Jag använder den som ett hjälpverktyg för att konkretisera en instrumentalists syn på bestraffning.

Jeremy Bentham (1748-1832) var en av utilitarismens grundare. Hela hans argumentation i ”The rationale of punishment” grundades i den utilitaristiska ideologin. Han menade att bestraffning alltid är ont. Det får endast användas om det är för att motverka en större ondska.⁶ Bentham fastställde en lista med 4 fall då bestraffning inte får förekomma.

1. När det är grundlöst att bestraffa. Samtycke till handling som annars kan anses klandervärd ska anses vara utan grund för att handlingen ska bestraffas.
2. När bestraffning måste utebli: Om straffbestämmelsen inte är stadgad förrän efter att handlingen utförts, alltså om någon bestraffas retroaktivt. Detta gäller även när en stadga inte är meddelad och när individen som begår den brottsliga handlingen inte förstår att handlingen är en sådan handling som straffbestämmelsen avser.
3. När straffet i sig blir oekonomiskt, alltså när straffet framkallar större ondska än vad brottet självt har gjort.
4. När straffet inte krävs. Bentham belyser de tillfällen då man kan få en person att sluta begå brott utan att bestraffa personen.

⁴ Se Dahlman, *Har straff ett moraliskt egenvärde?*, publ. 15 april 2011, <www.dagensjuridik.se/2011/04/har-straff-ett-moraliskt-egenvarde>, dagensjuridik.se, besökt 29/12 2016

⁵ Se Dahlman, *Rätt och rättfärdigande* s. 96

⁶ Se Bentham, *Rationale of Punishment* s. 18, s. 23

Bentham menade att vi bör prata om att ett straff kan bli för ”dyrt” om straffet orsakar mer ont än gott. Vi borde prata om att det är ekonomiskt om den önskade effekten av ett så litet plågsamt straff som möjligt är uppnått.⁷ Värdet på straffet får inte vara mindre på något sätt än vad som är tillräckligt för att uppväga den vinst brottet har medfört. Med vinst menas inte enbart ekonomisk vinst, utan alla fördelar vilka har varit ett motiv för genomförandet av brottet.⁸ Detta är ytterligare ett uttryck för den ekvation jag presenterat ovan. Bentham menar att vinningarna av ett brott är kraften som får en person att begå brottsliga handlingar, medan smärtan i ett straff är vad som får en person att avhålla sig från brottslighet. För att få en person att inte begå brott menar Bentham att den senare kraften måste vara större än den förra.

Han menar också att man kan konstatera tre saker gällande bestraffning:

1. Ett straff som är lättare att ta lärdom av är bättre än ett som är svårare att ta lärdom av.
2. Ett straff som är mer lätt att komma ihåg är bättre än ett som är mindre lätt att komma ihåg.
3. Ett straff som verkar vara av större magnitud i jämförelse med vad det i själva verket är, är bättre än ett straff som verkar vara av mindre magnitud.⁹

Förutom ovan nämnda teorier lanserade Bentham idén om ett fängelse han kallade Panopticon.¹⁰ Det skulle vara ett cirkulärt fängelse där samtliga fånga alltid blev observerade. Fängelset skulle kunna besökas av samtliga medborgare genom att det var centralt beläget och Bentham menade att ett av ändamålen med ett sådant fängelse skulle vara att det blev ett avskräckande exempel.¹¹

Cesare Beccaria (1738-1794) bör nämnas i sammanhanget. Han gav 1764 ut *Om brott och straff (Dei delitti e delle pene)* som kritiserade den rådande diskrepansen på proportionaliteten mellan brott och straff. Han var tillsammans med Bentham en av de stora förespråkarna för straff som ett

⁷ Se Bentham, *Rationale of Punishment* s. 27

⁸ Ibid s.27

⁹ Ibid s. 31

¹⁰ Ibid s. 351 ff.

¹¹ Ibid s. 353 f.

instrument. Han var emot dödsstraffet då han ansåg att det inte var "[...] straffets stränghet som gör djupast intryck på människans sinne utan straffets varaktighet, ty vår känsla påverkas lättare och mera beständigt av små men upprepade intryck än en våldsam men övergående sinnesrörelse".¹² Jag tolkar det som att han var dödsstraffmotståndare på instrumentalistiska grunder, inte för att han nödvändigtvis ansåg att det var fel med dödstraffet som sådant. Det var helt enkelt inte effektivt nog. Beccaria var dock tydligt emot grymhet och lidande. Han skriver att den "den olyckliges skrik" inte kan återkalla redan fullbordade gärningar samt att syftet med straffet endast kan vara att hindra brottslingen från att begå nya brott.¹³ Beccaria skriver litet om rätten att bestraffa, utöver den inställning till bestraffning han presenterar. Han menade att tanken på att människan frivilligt givit bort en del av sin frihet är felaktig, detta på grund av att han anser att varje människa anser sig själv som centrum i universum.¹⁴

Vad man bör komma ihåg när man läser Bentham och Beccaria är att dessa idéer var tämligen nya när de författade dessa. Straffsatserna var mycket stränga i deras respektive hemländer.

3.2 Retributivism

Om vi istället pratar om retributivism så har man ett helt annat utgångsläge. Här menar man att den som begår brott *förtjänar* att bli bestraffad. Retributivism bygger på förtjänstetik och förknippas främst med filosofen Immanuel Kant.¹⁵ Man kan dela in det retributiva perspektivet i två synsätt: Negativ retributivism och positiv retributivism, där negativ retributivism innebär att man inte får bestraffa oskyldiga, men inte heller bestraffa de skyldiga med allt för hårda straff. Det antyder inte att man måste bestraffa brottslingar, men att man kan och får göra det på en moraliskt försvarbar grund. Positiv retributivism kan förklaras med att de som begår brott

¹² Se Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, s. 125

¹³ Ibid, s. 67

¹⁴ Se Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, s. 33

¹⁵ Se Dahlman, *Har straff ett moraliskt egenvärde?*, publ. 15 april 2011, <www.dagensjuridik.se/2011/04/har-straff-ett-moraliskt-egenvarde>, dagensjuridik.se, besökt 29/12 2016

förtjänar att bli bestraffade och såldes bör bli bestraffade. Det säger dock inget om hur hårt straffet i fråga ska vara, eller i vilken form.¹⁶

Immanuel Kant (1724-1804) är, som tidigare nämnt, en av de starkaste företrädarna för den förtjänstetiska ideologin. Han menade att man har en moralisk plikt att följa lagen, om lagen i sig inte är omoralisk. Kant menar att detta följer av hans så kallade Kategoriska imperativ.¹⁷ Det är ett grundläggande axiom som hela tiden bör vägleda ens beslut menar Kant.

”Act only in accordance with that maxim through which you can at the same time will that it become a universal law.”¹⁸

Det betyder ungefär att man endast bör handla på så sätt att man kan upphöja handlandet till universell lag. Det är ett uttryck för förtjänstetik, alltså att det är handlingarna som sådana som är moraliska bärare. Kant menade att hela den förtjänstetiska ideologin går tillbaka till denna maxim. Den retributiva ideologin som används inom straffteorin bygger på Kants förtjänstetik. Man ser till huruvida handlingen i sig är etiskt riktig eller ej. Man bryr sig inte om konsekvenserna av en handling utan till handlingen som sådan. Överfört till den straffteori innebär det att oavsett om ett straff har någon påverkan på någon annan eller ej eller har andra effekter, ska en person som begår ett brott bli bestraffad. Straffet har alltså ett moraliskt värde i sig. Kant exemplifierar detta synsätt på följande sätt: Ett samhälle ska upplösas. En person döms till döden efter ett brott som hen har begått. Kant menar att även om ingen kommer kunna bevittna avrättningen eller ens veta om att dödsdomen verkställts, ska personen avrättas.¹⁹ Straffet har ett moraliskt värde i sig, det beror inte på något annat än en moralisk skuld hos brottslingen.

¹⁶ Se Duff, *Legal Punishment*, publ. 2 jan 2001, < plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>, kapitel 4-5, besökt 29/12 2016

¹⁷ Se Hill, *Kant's metaphysics of morals – Interpretative essays*, s. 235

¹⁸ Se Wood m.fl., *Groundwork for the Metaphysics of Morals, Immanuel Kant*, sektion AK 4:421, <www.inp.uw.edu.pl/mdsie/Political_Thought/Kant%20-%20groundwork%20for%20the%20metaphysics%20of%20morals%20with%20essays.pdf>, besökt 29/12 2016

¹⁹ Se Dahlman, *Rätt och rättfärdigande* s. 94

Bestraffning är, till viss del, samhällets sätt att visa sitt missnöje för klandervärda handlingar menar Kant.²⁰ Inte in första hand för att andra ska bli avskräckta, utan för att brottslingen har agerat fel.

I den kantianska retributivistiska ideologin är proportionalitet av yttersta vikt vid bestämning av straffets storlek. Kant menar att, så långt det är moraliskt försvarbart, bör det råda en ”öga-för-öga”-princip, alltså absolut proportionalitet mellan brott och straff i den mån det är moraliskt försvarbart.²¹

3.3 Den samtida debatten

Att dessa frågor är besvärliga att besvara blir tydligt i den samtida debatten. Enligt Dahlman har debatten kring dessa frågor ”varit slumrande under lång tid”.²² Dahlman menar dock att dessa diskussioner bör vara levande i en fungerande rättsstat. I Dahlmans debattartikel ifrågasätter han Mårten Schultz uttalande om att det är ”konstigt” att det finns människor som anser att den instrumentalistiska synen på straff bör vara gällande. Schultz skrev att han ansåg att straffet som sådant har ett moraliskt värde och att den tanken är främmande i Sverige.²³ I en annan artikel skriver Schultz att ”Straffet bör utgå på basis av den kriminella handlingen i sig själv.”²⁴ Schultz är tydligt retributivistisk i sin argumentation. Dahlman menar dock att dessa resonemang inte är hållbara. Dahlman framhåller att det finns gott om bra argument som talar för en instrumentalistisk syn på bestraffning.

²⁰ Se Hill, *Kant's metaphysics of morals – Interpretative essays* s. 236 f

²¹ Ibid. s. 236

²² Se Dahlman, *Har straff ett moraliskt egenvärde?*, publ. 15 april 2011, <www.dagensjuridik.se/2011/04/har-straft-ett-moraliskt-egenvarde>, dagensjuridik.se, besökt 29/12 2016

²³ se Schultz, *Jag försvarar alltid Steven Seagal*, <www.dn.se/nyheter/jag-forsvarar-alltid-steven-seagal/>, besökt 30/12 2016

²⁴ Se Shultz, *Mördare straffas för att de förtjänar det*, Aftonbladet Debatt, publ. 25 okt. 2010, <www.aftonbladet.se/debatt/debattamnen/brottochstraff/article12611837.ab>, besökt 29/12 2016

4 Lagrum där konflikt mellan de olika teorierna kommer i konflikt

4.1 3 kapitlet 1 § brottsbalken

År 2014 gjordes en lagändring i 3 kap. 1§ brottsbalken (BrB).²⁵ Man lade till några formuleringar till den redan befintliga paragrafen.

Tidigare lydelse

Den som berövar annan livet, döms för mord till fängelse på viss tid, lägst tio år och högst arton år, eller på livstid.

Nuvarande lydelse

Den som berövar annan livet, döms för mord till fängelse på viss tid, lägst tio år och högst arton år, eller, *om omständigheterna är försvårande*, på livstid.

I propositionen²⁶ till denna lagändring står att (den före detta²⁷) regeringen vill att normalstraffet för mord ska vara livstid. Man vill alltså genom denna förändring i lagtexten påverka påföljdspraxis. Jag vill ta reda på är varför man vill skärpa straffnivån för mord i praktiken. Det finns några intressanta formuleringar. Bland annat denna:

*”Utgångspunkten för påföljdsbestämningen är hur allvarlig eller klandervärd den begångna brottsligheten är.”*²⁸

Här står alltså att det är brottslighetens karaktär som ska avgöra vilken påföljd som ska bli aktuell. Det är handlingen som sådan som ska bestraffas för att den är klandervärd. Det rör sig inte, enligt denna formulering, om de

²⁵ Se SFS 2014:274

²⁶ Se Prop. 2013/14:194

²⁷ Regeringen Reinfeldt

²⁸ Se prop. 2013/14:194 s.5

effekter på brottsprevention som skärpt straff kan innebära. Detta är enligt vad jag kan utträna ett uttryck för en retributiv syn på bestraffning. Vidare i propositionen står följande:

”När det gällde avsikten att höja straffnivån för det tidsbestämda straffet ställde sig regeringen bakom vad utredningen hade anfört om att acceptansen för våld i samhället minskat och att det därför fanns ett större behov än tidigare av att kunna markera en strängare syn på våldsbrott, inklusive mord.”²⁹

Det är ordet *markera* som jag finner intressant. När man diskuterar bestraffning som ett instrument för att markera för medborgare att det ska råda en strängare syn på våldsbrott kommer vi närmre en utilitaristisk argumentation. Grundinställningen till strängare straff må vara retributivistiskt, men argumentationen tar en instrumentalistisk form. Det handlar om de *konsekvenser* som en skärpning av straffet skulle få. Dock är det genomgående så att det är de retributivistiska argumenten som används flitigast till fördel för ett strängare straff. Detta på grund av att de instrumentalistiska argumenten inte håller för att motivera strängare straff. Man skriver att antalet fall av dödligt våld minskar, man ifrågasätter ifall en höjning av straffnivån skulle kunna motiveras utifrån att det skulle fylla en direkt brottsförebyggande funktion, man jämför med övriga nordiska länder.³⁰ Utifrån denna argumentation är det svårt att motivera en höjning av straffnivån utifrån dessa argument, de är snarare argument för en mildare straffnivå.

Ett argument som framhålls flera gånger är dock det att samhället har en strängare syn på allvarliga våldsbrott.³¹ Dock tycks jag inte finna några faktiska och välgrundade belägg för att så är fallet. Argumentationen därom tycks vara närmast spekulativ. I SOU 2008:85, framhålls samma ståndpunkt men utan egentliga belägg. Det står att *”[m]ycket talar för att acceptansen*

²⁹ Se prop. 2013/14:194 s. 8

³⁰ Se prop. 2013/14:194 s. 14

³¹ Se prop. 2013/14:194 s. 13 ff.

*för våld har minskat i samhället.*³² Man säger att det bl.a. avspeglas i att allmänheten är mer benägen att anmäla våldsbrott. Man hävdar också att samhället är mer individualistiskt än förr, vilket enligt författaren innebär att människor i allmänhet har större respekt för mänskliga rättigheter och således mindre acceptans för våld.

Huruvida det stämmer att acceptansen för våld har minskat eller ej är egentligen inte av större intresse för mitt ämne, men det talar om att ståndpunkten för strängare straffnivå för mord inte är särskilt väl underbyggd i detta fall.

4.2 29 kapitlet 2§ BrB

29 kapitlet i brottsbalken handlar om straffmätning och påföljdseftergift. Här finns bestämmelser som, utöver de som finns i de enskilda brottsföreskrifterna, ger utrymme för rätten att påverka straffets storlek. I 2§ finns en mängd omständigheter som anses vara försvårande. Det är intressant att titta på utifrån ett straffteoretiskt perspektiv då de flesta av dessa omständigheter har med brottets natur att göra. Det är brottet som sådant som är i centrum, inte konsekvenserna av ett strängare straff. Det är, enligt mig, en indikation på att det rör sig om en retributivistisk tanke bakom:

29 kap. 2§ 1 p. BrB "om den tilltalade avsett att brottet skulle få allvarigare följder än det faktiskt fått"

Avsikten hos den tilltalade är det centrala. Det är vad hen faktiskt vill få ut av ett brott, inte vad som de facto skedde, som kan göra att straffet skärps. Ett tydligt retributivistiskt resonemang: Den tilltalade har agerat omoraliskt och velat agera än mer omoraliskt. Den tilltalade bör straffas än hårdare. Jag finner inga bra argument som en instrumentalist skulle kunna framföra för denna formulering. Nästa punkt lyder som följer:

29 kap. 2§ 2p. BrB "om den tilltalade visat stor hänsynslöshet"

Här är det också det retributivistiska tankesättet som uttrycks. Den tilltalade har genom att visa stor hänsynslöshet agerat än mer omoraliskt än om hen

³² Se SOU 2008:85 s. 247 f.

inte visat hänsynslöshet. Den tilltalade bör få ett strängare straff. Det är svårt att tänka sig att denna bestämmelse kan styrkas från en instrumentalistisk utgångspunkt då ett strängare straff knappas kan anses som ett försök till prevention. Möjligen att en person som visar stor hänsynslöshet saknar empati och är således en fara för allmänheten då hen kan begå liknande handlingar.

Jag hittar dock en punkt på listan som skulle kunna tolkas som ett instrumentalistiskt skäl, nämligen punkten 6:

29 kap. 2§ 6p. BrB ” om brottet utgjort ett led i en brottslighet som utövats i organiserad form eller systematiskt eller om brottet föregåtts av särskild planering”

Genom att skärpa straffet på organiserad brottslighet kan detta ses som ett försök till att avskräcka från organiserad brottslighet. Jag är medveten om att de tidigare punkterna också kan anses vara uttryck för en allmänprevention, men inte alls i den utsträckning som här.

Punkt 7 kan tolkas som ett uttryck för båda ideologierna:

29 kap. 2§ 7p. BrB ”om ett motiv för brottet varit att kränka en person, en folkgrupp eller en annan sådan grupp av personer på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse, sexuell läggning eller annan liknande omständighet”

Om vi utgår från ett retributivistiskt perspektiv kan man tolka formuleringen att det är mer omoraliskt att ha denna omständighet som motiv vilket bör resultera i ett strängare straff. En instrumentalist skulle istället argumentera på så sätt att det, genom att skärpa straff vid denna typ av motiv till brott, skickas en signal om att rättsordningen starkt är emot den diskriminering och intolerans som ytterst kommer till uttryck vid brott där dessa omständigheter aktualiseras. Det kan alltså eventuellt anses vara ett politiskt inlägg.

4.3 29 kapitlet 3 § BrB

Om vi istället tittar på vad som enligt lagstiftaren är förmildrande omständigheter ser vi en tydlig skillnad i formuleringarna från de försvårande omständigheterna. I 2§ om försvårande omständigheter handlar

det om *hur* förövaren har agerat i övervägande del (bortsett från p.7). I 3 § om förmildrande omständigheter handlar det istället om *varför* den tilltalade har agerat som hen gjort. Skillnaden kan förklaras ur både ett retributivistskt perspektiv och ett instrumentellt perspektiv.

29 kap. 3 § 1p BrB ”om brottet föranletts av någon annans uppenbart kränkande beteende”

En retributivist kan argumentera att om en person blir kränkt har den som kränkt handlat omoraliskt och den som blir kränkt har blivit utsatt för något omoraliskt. Det går då att rättfärdiga visst omoraliskt handlande ”tillbaka”. Detta i sin tur kan göra att den totala straffsatsen för den tilltalade blir lägre. En instrumentalist kan mena att det är lägre sannolikhet att någon som blir provocerad till brott återgår i brottslighet när straffet är avtjänat. Således finns ingen nytta att bestraffa hårdare än vad nödvändigt är i detta fall.

Detsamma gäller för punkt 2.

29 kap. 3 § 2p BrB ”om den tilltalade till följd av en allvarlig psykisk störning haft nedsatt förmåga att inse gärningens innebörd eller att anpassa sitt handlande efter en sådan insikt eller annars till följd av en psykisk störning, sinnesrörelse eller av någon annan orsak haft nedsatt förmåga att kontrollera sitt handlande”

En retributivist kan hävda att om en person inte förstår vad ens handling innebär har personen inte heller handlat lika omoraliskt. Och en instrumentalist kan hävda att det eventuellt inte finns någon nytta alls med att bestraffa en person som inte har förstått vidden av gärningen, i alla fall ur ett individualpreventivt fall. Instrumentalisten kan emellertid anse att personen är farlig för allmänheten och därför bör spärras in på livstid.

4.4 NJA 1979 s. 802

NJA 1979 s. 802 är mycket intressant utifrån ett straffteoretiskt perspektiv. Bakgrunden är i korthet följande. En kvinna hjälper en man att ta sitt liv genom att ge honom dels en överdos med sömntabletter, dels en överdos med insulin. Mannen har sedan länge velat ta sitt liv till följd av en terminal sjukdom och har själv tagit kontakt med kvinnan i hopp om att hon ska

hjälpa honom. Han har skrivit på ett s.k. dödstestamente där han bett att slippa livsuppehållande hjälpmedel.

Frågan för rätten att ta ställning till är först skuldfrågan. Man kommer fram till att det rör sig om dråp, inte mord, på grund av den omständigheten att mannen själv ville dö. Påföljden blir i HD, med hänvisning till dåvarande bestämmelse 33 kap 4 § 2 st BrB (nu motsvarande 29 kap 3 § 4 p. BrB), 1 års fängelse.

Vad som är intressant att diskutera här är två saker. Det första är huruvida kvinnan överhuvudtaget har begått en klandervärd handling. Hon har endast följt en oåterkalleligt sjuk persons önsknings. Å andra sidan är det i lag förbjudet att beröva annan livet, även om samtycke finns.

Vad som är än mer intressant att diskutera i kontext med mitt uppsatsämne är vilket straff, om något straff över huvud taget, kvinnan bör få. En retributivist skulle, om hen i den första frågan anser att kvinnan inte har begått en klandervärd handling argumentera för att straffeftergift skulle ske. Om ingen omoralisk handling har skett bör personen inte heller bestraffas. Om hen däremot menar att det var en klandervärd handling kan däremot bestraffning komma att ske, dock begränsat med tanke på de omständigheter som förelegat. En instrumentalist skulle i samma fall inte lagt någon större vikt vid orsaker till dödsfallet, utan skulle istället se till de konsekvenser som ett eventuellt straff skulle innebära. Man kan hävda att en person som begår den här typen av handlingar är benägen att göra det igen och att hon därför bör få ett tydligt kännbart straff. Men samtidigt kan man hävda att hon inte är en fara för samhället då hon på inga sätt finner någon njutning i dödandet som sådant och att hon dessutom handlar i enlighet med offrets vilja i sammanhanget. Det är på detta sätt hovrätten (HD fastställer hovrättens dom) argumenterar i detta fall. Man anger skäl för att skärpa den påföljd tingsrätten har ansett varit rimlig. Man säger att gärningen är att betrakta som ett avsteg från den rättsuppfattning som präglar BrB, vilken grundas på respekten på människolivet. ”Att lämna sådana avsteg utan kännbar påföljd kunde få svåröverskådliga konsekvenser.”³³ Man höjer

³³ NJA 1979 s.802 (på s. 813)

därför fängelseperioden från 8 månader, vilket tingsrätten ansåg vara rimligt, till 1 år.

5 Avslutande kommentarer och slutsatser

Det går att legitimt argumentera på både ett retributivistiskt sätt och ett instrumentalistiskt sätt och ibland kommer man från båda håll fram till samma slutsats, och ibland till helt skilda. Det är inte så att en av teorierna alltid vill ha strängare straff och det andra alltid vill ha mildare, eller inga, straff. De säger inte heller vilka gärningar som bör vara tillåtna eller otillåtna. Det är inte vad dessa teorier är till för. De är till för att säga *varför* man ska tillämpa en viss stränghet eller mildhet i påföljdsbestämningen. De ger helt enkelt legitimitet till straffrätten genom att försöka ge en förklaring till varför den ser ut som den gör.

Typiskt för retributivister är att de gärna ser till gärningspersonens bakgrund, då det hela tiden handlar om det moraliska värdet i gärningen. Om man finner att det finns förklaringar till varför gärningspersonen agerade på det sätt den gjorde kan det omoraliska i gärningen minska och således även eventuell bestraffning. På motsvarande sätt är handlingen som sådan inte i fokus när det gäller en instrumentalistisk syn på straff. Som jag tidigare nämnt är det nyttan med bestraffningen som är det centrala.

Jag vill i denna uppsats också försöka att besvara frågan hur man bör legitimera en stat att bestraffa sina medborgare. Jag inser att det är en mer eller mindre omöjlig uppgift. Denna fråga har stötts och blötts i flera hundra år, om inte tusentals. Att den är svår att besvara framgår inte minst av argumentationen mellan Mårten Schultz och Christian Dahlman. Det jag har konstaterat är att det går att argumentera för båda sidorna på ett övertygande sätt. Att bestraffning orsakar lidande och att det i sig inte har något värde är en god poäng, liksom den motsatta ståndpunkten att person som begår brott förtjänar att bli fräntagen vissa rättigheter.

Jag tycker att det är svårt att motivera bestraffning om den saknar nytta. Det blir för mig väldigt grymt. Det är istället lättare att se till den nytta som följer om man frihetsberövar en person som har begått ett allvarligt brott.

Personen kan medan hen är frihetsberövad inte begå fler brott. Ett ställningstagande från staten om att den begångna handlingen är klandervärd är ytterligare ett bra argument. Men problematiken ligger i att jag känner att personen som begått brottet har gjort något klandervärd. Jag känner att personen förtjänar att bli bestraffad. Jag landar då, i botten, i en retributiv tankegång. Jag landar i Kants exempel med den dömda brottslingen i det snart nedmonterade samhället. Straffet har kanske trots allt ett moraliskt värde i sig. Samtidigt anser jag inte att jag blir särskilt övertygad av den retributivistiska argumentationen heller. När man argumenterar för strängare straffnivå vid mord försöker rättfärdiga en sådan genom att hävda att samhället, folket, vill ha det. Detta utan att ge några övertygande argument för den ståndpunkten. Man kan inte på ett, enligt mig, övertygande sätt styrka det påståendet.

Den stora problematiken kring dessa frågor tycks enligt mig vara att föra en konsekvent argumentation från lagstiftarens sida. Problemet ligger inte i att argumentationen är vinklat åt det ena eller andra hållet, utan tvärt om. I de propositioner jag läst har det varit svårt att utröna *varför* man vill göra de ändringar som föreslås.

Mårten Schultz skrev ovan i nämnda debattartikel i Aftonbladet att många har en åsikt kring huruvida det är för milda eller stränga straff i Sverige, men att väldigt få kan motivera varför de tycker som de tycker. Jag håller med honom. Jag tycker att det må vara hänt att människor i allmänhet inte har klart för sig varför man tycker som man gör gällande straff, man kan inte förvänta sig att alla samhällsmedborgare ska ha en fördjupad förståelse för straffteoretiska diskussioner. Däremot anser jag att man kan förvänta sig det av lagstiftaren. Som jag visat på ovan saknas viss konsekvens i argumentationen gällande varför man vill skärpa straffnivån på mord. Det är ett problem. Det hela går tillbaka till rättsstatens legitimitet. För att den ska vara legitim krävs, bland mycket annat, att vi vet vilka lagar som finns, och varför. Genom att inte ha ordentlig grund för så ingripande åtgärder som frihetsberövande blir transparensen lidande och därmed rättssäkerheten. Man försöker rättfärdiga en strängare straffnivå genom att hävda att samhället, folket, vill ha det. Detta utan att ge några övertygande argument

för den ståndpunkten. Man ger argument i form av indicier, men dessa kan lätt bortförklaras genom att hävda att de påståenden som läggs fram inte alls har med synen att samhället i stort vill ha strängare straff. Ord kommer i det sammanhanget stå mot ord.

Min avslutande tanke kring retributivistisk teori är att man genom argument försöker rättfärdiga känslan av rättvisa. Det går inte att objektivt visa att personen har gjort något omoraliskt. Antingen måste man utgå från en naturrättslig tankevärld eller se till rådande normer som de korrekta. Vad jag menar är att man kräver hela tiden premisser och axiom om vad som är rätt och fel för att kunna använda den retributivistiska läran. Så är inte fallet med den instrumentalistiska teorin. Där utgår man från nyttan, något som är mer mätbart. Det gör att den senare för mig blir något lättare att ta till mig. Jag vill inte att människor utsätts för onödigt lidande, inte när det redan finns så mycket av den varan i världen.

6 Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Tryckta källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 2008:85 Straff i proportion till brottets allvar

Propositioner

prop. 2013/14:194 Skärpt straff för mord

Elektroniska källor

Dahlman, Christian (2011), *Har straff ett moraliskt egenvärde?*, Dagens Juridik, <www.dagensjuridik.se/2011/04/har-straff-ett-moraliskt-egenvarde>, dagensjuridik.se, besökt 29/12 2016

Schultz, Mårten (2011), *Jag försvarar alltid Steven Seagal*, DN Debatt, <www.dn.se/nyheter/jag-forsvarar-alltid-steven-seagal/>, besökt 30/12 2016

Schultz, Mårten (2010) *Mördare straffas för att de förtjänar det*, Aftonbladet Debatt, <www.aftonbladet.se/debatt/debattammen/brottochstraff/article12611837.ab>, besökt 29/12 2016

Litteratur:

Tryckt litteratur

Beccaria, Cesare (1764), *Dei delitti e delle pene – Om brott och straff*, Rosenlundstryckeriet, 1977

Bentham, Jeremy (1830), *The Rationale of Punishment*, C and W Reynell, London

Dahlman, Christian (2011), *Rätt och rättfärdigande*, Studentlitteratur AB.

Hill Jr, Thomas E (2002), 'Punishment, Conscience, and Moral Worth, i: Tommons, Mark m.fl., *Kant's Metaphysics of Morals*, Oxford University Press s. 233-253.

Elektronisk litteratur

Anthony Duff (2001), *Legal Punishment*, <<https://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>>, besökt 2016-12-29

Wood, Allen E m.fl (2002). *Immanuel Kant, Groundwork for the Metaphysics of Morals*, <www.inp.uw.edu.pl/mdsie/Political_Thought/Kant%20-

[%20groundwork%20for%20the%20metaphysics%20of%20morals%20with%20essays.pdf](#)>, besökt 29/12 2016

7 Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen
NJA 1979 s. 202