

STRAFF OCH PROPORTIONALITET – REPLIK

AV ANDREW VON HIRSCH OCH NILS JAREBORG

I

Johs Andenæs har haft vänligheten att under rubriken *Nyklassicism, proportionalitet og prevensjon* (NTfK 1988 s 41-48) kommentera vår artikel om straff och proportionalitet (NTfK 1987 s 300-324). Denna var i sin tur delvis ett svar på två artiklar av Madeleine Löfmarck (NTfK 1986 s 49-60 och 407-414). Andenæs – i fortsättning en omtalad som A – berör inte dispyten med Löfmarck. Det bör dock nämnas att Löfmarcks tes, att »nyklassicismen« i huvudsak är utan betydelse för svenskt rättsliv, vederlagts av Sveriges riksdag genom antagandet av ny lagstiftning om straffmätning och påföljdsval (Brottsbalken kap 29 och 30).

Vi kan inte se att det i väsentligheter råder någon djupgående oenighet mellan oss och A. På några punkter torde mer vara fråga om skillnader i uttrycksätt än i sak. A:s inlägg ger oss emellertid anledning att förtydliga våra ståndpunkter i vissa hänseenden. Vi nöjer oss därvid med att diskutera några centrala punkter. Vi berör inte A:s sammanfattande anmärkningar (s 47-48). På s 42-43 framför A vissa invändningar mot vår karakteristik av förhållandena i Tyskland och utvecklingen i Norden och USA de senaste årtiondena. Vi kommer inte att bemöta dessa; vi tror inte det är angeläget att för denna tidsskrifts läsare i detalj – vilket vore nödvändigt – redovisa skälen för våra både perifera och allmänt hållna påståenden.

Nyklassicism

A tycker att termen »nyklassicism« är träffande. Klassicismens kännetecken skulle nämligen vara (1) att den bygger på proportionalitetsprincipen, och (2) att den motätter sig att vid påföljdsbestämningen huvudvikten läggs vid individualprevention. Detta övertygar oss inte om att vi inte bör fortsätta att göra motstånd mot bruket av termen »nyklassicism«. Det är en mycket urvattnad klassicism som uppställs till jämförelse. Klassicism och nyklassicism verkar vara precis samma sak – varför då tala om »ny« klassicism? Vad gäller straffmätning, dvs hantering av böter och fängelse, de antalsmässigt dominerande påföljderna, skulle dessutom 1962 års brottsbalkssystem – som föreges vara ett resultat av individualpreventivt tänkande – vara klassiskt (eller nyklassiskt?). I första upplagan av brottsbalkskommentaren (Band I, Stockholm 1964, s 55) uttalas: »En straffmätning av traditionell karaktär må ha sina brister men är likväl att föredraga. Straffet utmätas enligt denna praxis i huvudsak efter brottets svårhet men därunder inbegripes avsikten med brottet och över huvud den brottsliges viljebeskaftenhet och sinnelag vid brottet, och stort avseende fästes också vid om han förut begått brott eller icke.« Straffmätning har i svensk rätt under lång tid varit vad A kallar »klassisk«; det finns ingen anledning att plötsligt göra den till »nyklassisk«.

Rättvisa

Varför bör ett straff i princip stå i proportion till brottets svårhet? Vårt svar är i stora drag följande. Ett straff ger oundvikligen uttryck för, inte bara klander, utan också ett mått av klander – det bör därför återspegla det mått av klandervärdhet som gärningsmannen ådagalagt genom brottet, eller med andra ord brottets svårhet eller straffvärde.

A menar att denna förklaring i viss utsträckning bygger på ett cirkelresonemang. Den är hållbar, endast om straffsystemet är konstruerat så att det bygger på proportionalitetsprincipen. Inget hindrar emellertid att man har ett system som innebär att »fastsettelsen av reaksjonen ikke er knyttet til den moralske dom over handlingen, men til hva domstolen anser som den hensiktsmessige reaksjon for denne lovbrøyer« (s 44).

Vad A säger kan tolkas på två sätt. Domstolens påföljdsbestämning kan vara helt frikopplad från klander av gärningsmannen; påföljden kan då helt sakna drag av repression eller kontroll och bestå t ex i ekonomiska förmåner (i ett enskilt fall kan en sådan påföljd för brott väl vara den individualpreventivt bästa). Själva idén om straff har då försvunnit på domsnivån och vad domstolen gör saknar relation till strafflagens hot om att något obehagligt kommer att drabba en lagöverträdare. Det går naturligtvis också att ändra strafflagen, så att domstolen ges behörighet att helt enkelt ådöma den påföljd som är lämpligast. Men finns inte strafftanken kvar, finns det inte heller någon strafflag eller någon straffrätt. Begreppet straff hänger numera oupplösligen samman med begreppet klander. Det finns många typer av tvångsbetalning till staten: böter, sanktionsavgifter, skatter, stämpelavgifter, osv. För att kunna skilja böter från andra former av tvångsbetalning måste man peka på att böter är ett straff och att ådömande av ett straff innebär att den dömda klandras för sin gärning. Begreppet klander hänger i sin tur ihop med (personligt) ansvar. Följaktligen krävs bl a uppsåt eller (klandervärd) oaktksamhet för att brott skall föreligga.

Det kan invändas, att »straff« kan definieras så att inget samband mellan straff och klander krävs. Det förekommer att ansvar för brott åläggs vid strikt ansvar. Sådan lagstiftning blir alltid kritiserad för att vara »orättvis«, vilket naturligtvis har att göra med att lagstiftaren missbrukat ordet »straff«, och det är numera uteslutet att annat än böter skulle komma i fråga som påföljd. – Om man generellt ändrar den materiella straffrätten så att t ex varken uppsåt eller oaktksamhet krävs för ansvar för brott och därmed för straff, förknippas straff ej längre med klander. Men en sådan revolutionerande nyordning är det få som vill se förverkligad, och det förhållandet att en rättsordning kunde ha haft andra grundläggande begrepp än den har påverkar inte existensen av dem som finns. – Man kan dessutom fråga sig hur lätt det går att frigöra ett ord från ett begrepp. Sannolikt skulle folk kraftigt reagera mot att »straffas« oberoende av skuld. (En annan möjlighet är att det går som i

Samuel Butlers tankeexperiment. I det fiktiva land som han beskriver i romanen *Erewhon* behandlas brottslingar och de sjuka straffas. Länken mellan straff och klander är emellertid bevarad, så att den sjuke klandras i proportion till sjukdomens svårhet, och mördaren och tjuven blir föremål för den medömkan och omsorg som kännetecknar behandling med anledning av att någon drabbas av en olycka.)

A:s argument bör rimligtvis förstås på ett annat sätt. Man kan väl hålla sig med en strafflag, som hotar med straff vid vissa gärningar (och kanske till och med genom variationer i straffhotet – olika straffskalor – ger uttryck för proportionalitetsprincipen på lagstiftningsnivå), samtidigt som man på domsnivån tilldelar påföljder med beaktande av enbart preventionshänsyn, låt vara att dessa påföljder har karaktär av straff. En ådömd påföljd ger då uttryck för klander, men den behöver aldrig ge uttryck för ett *mått* av klander.

Såvitt gäller »kvantitativa« påföljder, främst böter och frihetsberövande, menar vi att en sådan ståndpunkt är ohållbar. Kontexten från straffrättssystemet i övrigt gör det omöjligt att den som döms till straff inte uppfattar måttet av straff som ett uttryck för ett mått av klander. Hur man än gör, kommer straffet att ha en dominerande kvantitativ aspekt. (Att de tidsbestämda påföljderna ungdomsfängelse och internering har avskaffats i Sverige har inte bara att göra med att de ansågs vara individualpreventivt ineffektiva, utan också med att de upplevdes som orättvisa – frihetsberövandets längd var frikopplad från brottets svårhet. Med A:s uppfattning skulle en sådan reaktion vara irrationell.)

Den domare som vill påstå att bara själva ådömandet av straff, men inte måttet av straff, har med klander att göra, är helt enkelt inte trovärdig i ett system där straffhotets styrka i princip graderas efter gärningstypens straffvärde. Han skulle faktiskt inte heller vara det i ett system utan graderat straffhot, om inte straff/klander-delen på domsnivån frigörs från preventionsdelen av en påföljd. För att kunna vidhålla att klandret är konstant vid alla brott, dvs att ett graderat straff inte indicerar ett visst mått av klander, måste givetvis straff/klander-delen vara gemensam för alla ådömda straff. I praktiken skulle därför det »egentliga« straffet vara rent verbalt (skriftligt och ibland också muntligt); i själva tvångsbetalningen eller frihetsförlusten skulle nämligen inte ingå något moment av klander. Den verkligt obehagliga delen av påföljden skulle vara en rent preventiv åtgärd.

Vi skall inte här utveckla detta vidare. A för vid närmare påseende ingen argumentation alls i frågan. Han påstår inte ens att det finns något straffsystem »hvor det er akseptert at fastsettelsen av reaksjonen ikke er knyttet til den moralske dom over handlingen, men til hva domstolen anser som den hensiktsmessige reaksjon for denne lovbrøyer« (s 44). Det enda han gör är att göra en liknelse med en viss metod för betygsättning i skolan – i vår artikel jämförde vi straff med betyg (s 318). Som föregivet argument mot oss anför A (s 44): »Man kan til sammenlikning tenke seg et karaktersystem i skolen hvor læreren ikke skal bedømme den objektive kvalitet av

prestasjonen, men sette karakter i forhold til elevens evnemessige forutsetninger. Her ville det ikke være urettferdig å gi ulike karakterer for prestasjoner av objektivt likeverdig kvalitet, eller samme karakter for prestasjoner av klart ulik kvalitet.« Nej, förvisso skulle det inte vara orättvist. Vi tackar för exemplet; det stärker nämligen vår position, inte A:s. Om alla, oberoende av individuella förutsättningar och omständigheterna vid ett provtillfälle, bedöms efter samma måttstock haltar i viss mån jämförelsen av straff med betyg. Det är ju endast »objektiva« förhållanden som bedöms. Vid en straffvärdebedömning tas emellertid hänsyn just till en rad faktorer som har med gärningsmannens kontrollförmåga, karaktärsegenskaper och konkreta situation att göra. En straffvärdebedömning har därför också drag av en sådan betygsättning som A beskriver. Vad A visar är blott att kriteriet »förtjänst« kan ges olika innehåll vid en rättvisebedömning. Om han vill använda betygsättning som parallell till ådömande av det »lämpligaste« straffet, borde han försöka visa att man rimligen kan sätta graderade betyg under beaktande av t ex hur betyget kommer att påverka elevens framtida skolprestationer. Nog går det att sätta höga betyg för dem som uppmuntras därav, och låga betyg för dem som blir lata av att få höga betyg – men bara om eleverna själva uppfattar betygen som uttryck för värdet av utförda prestationer; i annat fall kan betygsättningen inte ha någon kausal inverkan. Vi tror alltså inte att det är möjligt att konstruera ett hållbart motexempel utifrån en betygsättningssituation.

I motsats till A anser vi inte att »rättvisa« är »et krevende ord med metafysiske overtoner« (s 44). Liksom »bra« och »dålig« hör »rättvis« och »orättvis« hemma också i barns munnar, och sådana värderingsord behöver inte ha något med metafysik att göra. A är emellertid obenägen att tala om straff såsom »rättvisa«; han föredrar att säga t ex »at det bør være et rimelig forhold mellom forbrytelse og straff, eller at straffen ikke bør være i strid med våre forestillinger om rettferdighet og humanitet« (s 45). Som trolig bakgrund härtill anger han att »det er vanskelig å se bort fra at de som rammes tyngst av straffesystemet, stort sett er mennesker som livet også ellers har fart ille med«. A torde inte med detta påpekande vilja rikta någon invändning mot vår framställning. Några kanske ändå uppfattar texten som riktad mot oss. Tanken skulle då vara att proportionalitetsprincipens dominans gör att de som eljest farit värst illa också drabbas hårdast av straffrättsliga ingripanden. Det rätta förhållandet är emellertid snarast det motsatta. Återfallsrisken är störst för dem som A talar om. I ett system som bygger på preventionstänkande blir dessa utsatta för de mest ingripande åtgärderna – erfarenheterna från användningen av tidsobestämda frihetsberövanden talar sannerligen inte för att de svaga i samhället skulle bemötas med särskild förståelse. Vid en straffmätning efter straffvärde finns däremot ett visst utrymme för beaktande av begränsningar i en gärningsmans ansvarsförmåga vilka hänger ihop med social utslagning.

Allmänprevention

A anger sig ha svårt att se den skarpa skillnad mellan själva kriminaliseringen och fastställandet av straffskalan som vi och fängelsestraffkommittén gör (s 45). Han ser inget besvärande i att lagens straffhot för vissa brottstyper utformas på repressiva grunder, så länge det håller sig »innen rimlighetens grenser«. A godtar även att allmänpreventiva hänsyn blir avgörande för påföljdspraxis vid olika typer av brott. Däremot vänder han sig mot användning av ovanligt stränga straff i enskilda fall, sk exemplary sentences. »Dette er etisk angrikelig allerede fordi det strider mot prinsippet om likhet for loven.« (s 46).

Med all respekt: detta hänger inte ihop. Den skillnad som finns mellan å ena sidan exemplary sentences och å andra sidan en allmänpreventivt motiverad repressionsnivå i praxis eller lag har att göra med de effekter som kan förväntas: om en sträng dom inte tas som uttryck för en praxis kan dess stränghet knappast ha någon allmänpreventiv verkan. Däremot finns ingen skillnad moraliskt sett. Att klasser av personer behandlas orättvist är inte mindre angräpligt än att enskilda personer behandlas orättvist. New Yorks borgmästare Koch har föreslagit att ungdomar som tar sig in i tunnelbanan utan att betala avgift skall dömas till ovillkorliga fängelsestraff. Ett så strängt straff antyder att brottet är allvarligt – oberoende av om det gäller ett enskilt brott eller en typ av brott.

Behovet av allmänprevention är ett viktigt skäl för kriminalisering överhuvudtaget. Genom lagstiftning förbjuds vissa typer av gärningar under straffhot i syfte att få folk att avstå från att företa dem. Allmänpreventiva hänsyn är vidare av betydelse vid fastställande av strafflagstiftningens repressionsnivå allmänt sett. Vi hänvisar till vår tidigare framställning, s 317-318. Det är först i ett tredje steg som en konflikt mellan allmänpreventiva överväganden och rättvisekrav uppkommer, nämligen vid den för straffrättsystemet interna rangordningen av (typer av) gärningar och straff. Om en exemplary sentence strider mot principen om likhet införlagen, så gäller det också en praxis som går ut på att den som i New Yorks tunnelbana smiter från att betala en dollar skall dömas till fängelse – oberoende av om en sådan praxis skulle leda till en reduktion av frekvensen av sådana förseelser.

Som vi nämnde i vår tidigare artikel (not 44 s 322) torde svenska domstolar, som ju av lagen uppmanats att vid påföljdsvalet (ej straffmätningen) resonera i enbart allmänpreventiva och individualpreventiva termer, ofta åberopa allmänpreventiva skäl, när det i verkligheten blott är fråga om att inte ge individualpreventiva skäl relevans; när det sålunda klarlagts att fängelse skall ådömas följer en straffmätning i enlighet med proportionalitetsprincipen. Även A är inne på att det inte behöver föreligga någon påtaglig oenighet trots att den ene talar om behovet av allmänprevention och den andre om straffvärde (s 45). Som antytts inledningsvis, tror vi inte att den verkliga oenigheten mellan oss och A är särskilt stor. I A:s teori om allmänprevention finns säkerligen påtagliga element av rättvisetänkande invävda. Detta

kommer till synes bli när A (mitten s 45) tydligen vänder sig mot tanken att allmänpreventiva överväganden skulle tas på fullt allvar. Ett preventionsintresse känner nämligen inga »rimlighetens grenser«; sådana måste uppställas utifrån andra överväganden. (Se t ex Karl-Ludwig Kunz, Prävention und gerechte Zurechnung. Überlegung zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung. ZStW 1986, s 823-838.) Och ju mer man lägger vikt vid vad som i tysk doktrin nu kallas *integrationsprevention* (ett samspel med folks uppfattningar, vilket kan leda till moralbildnings- och moralförstärkningseffekter) i motsats till allmän avskräckning, ju svårare blir det att skilja mellan allmänpreventiva överväganden och straffvärdeöverväganden.

Inte desto mindre ser vi det som angeläget att man skiljer mellan empiriska och normativa grunder. Många glömmar att det behövs ett normativt ställningstagande för att »behovet« av allmänprevention överhuvudtaget skall ges relevans. Detsamma gäller frågan i vilken omfattning vad folk tycker i straffrättsliga hänseenden bör påverka de värderingar som förkroppsligas i strafflagstiftning och straffrättskipning.

Vår uppfattning är inte att det skulle vara otänkbart att avvika från proportionalitetstanken under återopande av ett behov av allmänprevention. Vi säger att straffmätning inte »bör« bero på allmänpreventiva överväganden (s 307). En princip tillåter undantag – om det finns goda skäl att avvika från vad principen föreskriver. Den som för en viss typ av brott av allmänpreventiva skäl önskar hålla en högre straffnivå än som är rättvist måste således övertyga om det välsignelsebringande häri. Det är ingen lätt uppgift. (Se von Hirsch i SvJT 1987 s 15.) Vi menar att det är lättare att motivera »orättvisa« straff i mildrande riktning. Det skulle emellertid leda för långt att här försöka räta ut det frågetecken som A uppställer på s 45.

Individualprevention

Vår artikel gällde i huvudsak straffmätning, dvs ådömande av fängelse eller böter (se not 3 s 321). A tar på s 46-47 upp betydelsen av individualpreventiva överväganden för påföljdsvalet, dvs i svensk rätt främst valet mellan å ena sidan fängelse och å andra sidan villkorlig dom eller skyddstillsyn. Enligt vår mening går det att utforma en skriminalvård i frihet så att proportionalitetsprincipens krav i långa stycken kan tillgodoses, men det kräver en hel del lagändringar. Att närmare gå in härpå låter sig inte göra i förevarande sammanhang. Se t ex Martin Wasik & Andrew von Hirsch, Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert. *Criminal Law Review* 1988, s 555-572. Det skulle också föra för långt att utreda i vilken mån man bör godta »orättvisa« påföljder utifrån individualpreventiva överväganden (för några synpunkter, se von Hirsch i SvJT 1987 s 16-17).

II

Georg Fr Rieber-Mohn (RM) har i en intressant artikel om *Straffutmålningsnivået ved voldsforbrytelser* (NTfK 1988 s 193-203) redovisat synpunkter vari vi i mycket kan instämma. RM synes emellertid ha utgått från att han måste ha en annan uppfattning och ansträngt sig väldeliga för att få något att kritisera. Följden har blivit ett märkvärdigt resonemang på s 201-202. Vi avstår i detta sammenhang från att kommentera själva huvudfrågan i artikeln: vilken straffnivå som bör förekomma vid olika typer av våldsbrott.

Nederst på s 201 säger RM: »tankemodellen har en sikkerhetsventil i bunnen: *av-kriminalisering* av alvorligere straffbare handlinger vil være utelukket p. g. a. motstående allmennpreventive hensyn, som von Hirsch/Jareborg ikke krever nevneverdig empirisk belegg for.« RM har inget underlag för detta. Vår uppfattning är att straffrättssystemet med omedelbar verkan skall avskaffas om det är så att dess existens inte påtagligt påverkar kriminalitetsnivån. Vi menar också att det finns tillräckligt empiriskt belägg för att systemet har en sådan inverkan. (von Hirsch, *Past or Future Crimes* s 48: »the threat of painful consequences appears needed to keep the more blatant forms of noxious behavior within tolerable limits. If we ask – not how much punishment should be levied on those convicted – but whether criminal behavior should ever be penalized, surely one possible reason is that doing so helps prevent such behavior. The available evidence for punishment’s preventive effects, and the common-sense case for those effects, is most persuasive when one compares the consequences of punishing with those of not punishing at all.«)

Högre upp på s 201 säger RM så här: »får man ikke noen merkbar økning i kriminaliteten ved eksperimentering nedover i straffenivå, er man i full harmoni med filosofien til von Hirsch/Jareborg om man innfører bøter som eneste tillatte straffform.« Denna slutsats har RM dragit från vår text på s 318, vilken är betydligt försiktigare i ordvalet. I verkligheten är vi här inte inbördes eniga: von Hirsch menar att proportionalitetstänkandet har viss relevans även när det gäller den allmänna repressionsnivån, medan Jareborg förnekar detta. Den slutsats RM drar stämmer närmast överens med den senares ståndpunkt. Se närmare Jareborg, *Rättvisa och repressionsnivå*. Rättdogmatikens alternativ (utg. av Kaarlo Tuori, *Tammerfors* 1988) s 87-97.

Det nu intressanta är emellertid hur RM resonerar. Observera att han återger villkoret »får man ikke ...«. Några rader längre ner kommer så dråpslaget: här är fråga om »virkelighetsflukt«. Så hade säkerligen varit fallet om någon hade påstått att en övergång till enbart böter som straff för alla brott inte skulle ha någon inverkan på kriminalitetsnivån. RM synes emellertid vara villig att på allvar diskutera en sådan situation: och att då ta konsekvenserna härav och konstatera att straffsystemet har gjort bankrutt menar han vara verklighetsflykt. Vilken »verklighet« beaktar man, när man tillfogar tusentals människor bevisligen meningslöst lidande?

Hur vilse RM hamnat märker man på s 202, då han deklarerar – tydligtvis med udden riktad mot oss – att han tror att »det er galt teoretisk å utelukke allmennpreventive resonnementer ved fastlegging av straffetrusler og straffenivåer.« Precis vad vi tycker. Men – och det tycks vara det här som RM har så svårt att förstå – ett allmänpreventivt resonemang är värdelöst om det saknar empiriskt underlag. Ett *minimum* för att ge ett påstående om allmänpreventiva verkningar relevans är att det finns goda skäl för att tro att påståendet är sant. För den som inser att vi inte bryr oss om påståenden om allmänpreventiva verkningar, om påståendena är gripna ur luften, torde vad vi säger om allmänprevention inte vara särskilt svårt att förstå. RM tycks mena att man kan diskutera allmänprevention utan anknytning till vad man vet om verkligheten.

Adresser: Professor *Andrew von Hirsch*
100 Hudson Street, New York City, N.Y. 10013

Professor *Nils Jareborg*
Box 512, S-751 20 Uppsala