

Från Lagkommittén till dagens principer för straffmätning – några anteckningar

av hovrättspresidenten Johan Hirschfeldt

Inledning

I 1993 års domarutrednings arbete lämnade Kjell Å ett väsentligt bidrag till förståelsen av den svenska domarkulturen. Vi är många i dagens svenska domarkår som stimulerats av det Kjell Å skrivit om detta ämne. Hans medverkan när domstolar och domare samlas till högtider eller utbildningar uppskattar vi mycket. Av Kjell Å lär vi oss vikten av att anlägga longue durée-perspektiv på domstolsverksamhet och domarkultur. Själv har jag nu under drygt tio år haft glädjen att regelbundet möta och samarbeta med Kjell Å. Vi kommer i samtalen inte sällan in på Lagkommittén. Mitt bidrag här knyter också an till detta. Också jag försöker anlägga ett sorts longue durée-perspektiv i två avseenden: Dels återanvänder jag delar av min uppsats i rättshistoria från 1967, dels antyder jag en koppling mellan Lagkommitténs arbete med straffmättningsfrågorna och 1989 års ändringar i 29 kap. brottsbalken.

Hur Lagkommittén (fortsättningsvis LK) byggde upp sitt förslag till straffbalk i 1832 års Förslag till Allmän Criminallag med allmänna straffrättsliga principer, brottsbeskrivningar och latitudsystem skall här inte behandlas. I stället tas en enda fråga om straffmätning upp, nämligen frågan om allmänna straffskärpnings- och strafflindringsgrunder. Ett skäl till detta är att det just på denna punkt finns bevarade ett par kända delresultat från kommittéarbetet. Ett annat är att det här illustreras att det samtida tyska straffrättsliga reformarbetet också i detalj hade inflytande på LK:s arbetsresultat. Ett tredje skäl är att denna fråga också ger belysning till frågan om domarskönet.

Arbiträra straff, domarskönet och Gustav III:s reformlagstiftning

Under upplysningstiden kom 1734 års lags straffrättsliga reglering att framstå som föråldrad. Genom tillämpningen av leuterationsförfattningarna sattes lagens straff ofta ned. Även i fråga om brottsbegreppens utformning behövdes det en nyreglering. Dessas starkt kasuistiska utformning hade medfört en utveckling mot arbiträra straff. Det vida utrymmet för domarens fria skön ledde till rättsosäkerhet. Vissa framsteg i de här avseendena skedde genom Gustav III:s reformlagstiftning år 1779 som ju innebar genombrottet för upplysningens principer i svensk straffrätt.

Reformsträvandena ute i Europa

För de franska upplysningsfilosoferna gällde reformbehovet proportionalitet mellan brott och straff, effektivisering av avskräckningen vid straffet och stärkt rättssäkerhet. Montesquieu formulerade domarens roll i slagordet: "les juges de la nation ne sont ...que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur". Beccaria hade samma syn på domarens begränsade uppgift. Denna inställning innebar till sina konsekvenser att stränga tekniska krav på strafflagstiftningens utformning måste uppställas.

I den franska revolutionära straffrätten fanns i 1791 års Code pénal inget utrymme för domarskönet. Genom en lag år 1799 kom dock de absoluta straffen delvis att ersättas med ett latitudsystem. I 1810 års Code pénal var latituderna tämligen vida. Därmed gavs domaren en större bedömningsram. Genom delreformer utvecklades sedan en nödfallsåtgärd: straffet kunde nedsättas under det i lagen utsatta straffet vid mildrande omständigheter, "circonstances atténuantes".

Legalitetsprincipen ställde krav på lagstiftarna. Inga straffvärda handlingar skulle falla utanför lagen. Brott och straff måste indelas i grupper och grader för att ge proportionalitet och för att begränsa domarens fria spelrum. Effekten på lagstiftningen blev en strävan efter utförlighet och exakthet. Det öppnade för en utveckling mot en doktrinärt färgad straffrättslig lagstiftning, som särskilt kom att vinna inflytande i Tyskland.

Central är här Feuerbachs medelbara avskräckningsteori. Feuerbach har ju allmänt betraktats som den moderna generalpreventiva straffändamålslärans grundare. Verkställigheten av straffet var av underordnad betydelse och därmed också förbättringsteorierna. Strafflagstiftningens uppgift var att genom straffhotet direkt i lagen skapa ett psykologiskt tvång för den presumtive brottslingen att avstå från brottet. Denna uppgift ställde stora krav på lagstiftningens utformning. Den presumtive förbrytaren skulle ur själva lagen kunna utläsa vilket straff som skulle drabba honom i händelse av överträdelse. Något utrymme för domarens fria straffmätning kunde inte ges - då skulle ju lagens straffhot inte direkt kunna utläsas. Brotten skulle noga definieras och indelas. Straffen skulle sättas ut proportionellt i hårt bundna skalor efter brottets art. Gränserna för den subjektiva straffbarheten skulle anges.

Feuerbach lyckades med sin teori nedkämpa de i Tyskland samtidigt förekommande specialpreventiva lärorerna, som bl.a. Grolman var talesman för. För Grolman stod den konkreta förbrytaren i centrum. Straffrätten skulle inrättas så att förbrytarens personliga karaktär och avsikter i högre grad än den brottsliga handlingen lades till grund för straffet. Straffet skulle utgöra resultatet av en kalkyl över brottslingens återfallsbenägenhet och samhällets skyddsbehov. Denna tonvikt på den konkreta förbrytaren innebar att domstolen vid straffmätningen måste göra en noggrann undersökning av dennes personliga förhållanden. Detta krävde förutom ett latitudsystem också rätten för domaren att utnyttja extraordinär straffnedsättning eller förhöjning. Grolmans specialpreventionslära bekämpades av Feuerbach men kom i modifierad form vartefter att få stor betydelse.

Feuerbachs straffrättsliga läror kom att ligga till grund för 1813 års Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern (nedan förkortad BSGB). Denna lag blev föremål för en omfattande reception i det övriga Tyskland. Brotsbestämmelserna var tekniskt väl utformade men i liten grad generaliserade och ytterligt doktrinära. I denna form tillämpade i praktiken kom Feuerbachs teorier snart visa sig leda till ytterligt stränga straff. Det beredde de bayerska domstolarna stora problem. Antalet benådningar blev snart mycket stort, vilket inte alls låg i linje med Feuerbachs intentioner.

I början av år 1822 publicerade Gönner ett nytt strafflagsförslag som han utfört på den bayerska regeringens uppdrag. Förslaget byggde på de av Feuerbach utarbetade grundprinciperna men karaktäriserades främst av ett vidgat domareskön och vidare strafflatituder. 1822 års förslag var enklare och avsevärt mindre doktrinärt utformad än BSGB.

Ytterligare två senare tyska lagförslag är här av intresse: Bauers "Entwurf einer Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover"(1825-26) (nedan förkortad EntHann) samt "Entwurf des Strafgesetzbuches für Preussen" (1827-30) (nedan förkortad EntPreuss).

Johan Gabriel Richerts Försök om strafflagarna

I sin provskrift, Försök om strafflagarna, för inträde i LK behandlade Richert bl.a. straffändamålen. Han betonade två ändamål: det medelbart avskräckande, att genom hotet om ett visst lidande upphäva retelsen till brott och det förbättrande, att, då lagens hot inte varit effektivt, verkställa detta hot så att brottslingen genom förbättring ånyo kunde upptagas i samhället. Frihetsstraffen var ändamålsenliga för detta ändamål. Richert menade vidare att straffet måste skärpas vid återfall, för att uppväga det ökade brottsliga begäret, men förbättringsändamålet måste här upprätthållas så länge det inte var uppenbart att brottslingen måste oskadliggöras genom utstötande ur samhället. För att göra det möjligt att ge en riktig proportion mellan brott och straff även i det enskilda fallet skulle det uppdras åt domaren att utmäta straffet efter

omständigheterna inom en i lagen given strafflatitud. Richert påpekade här det föredöme, som den engelska lagstiftningen utgjorde genom att lämna utrymme för ett fritt domarskön. Domarna var fullt värda att ges det förtroende som en vidgad prövningsrätt skulle utgöra, menade Richert.

LK:s förslag till straffbalk

Dessa Richerts tankegångar följs upp i LK:s motiv till straffbalk i 1832 års förslag. Där angavs följande hållning till uppgiften att formulera brottsbeskrivningarna: Ville man "sträcka anspråket på bestämdhet därhän, att alla möjliga modifikationer utav varje särskilt slag av brott skulle upptagas och noggrannt utmärkas... så komme lagstiftningen att förlora sig i en kasuistik...Lagstiftningen bleve föranlåten att antaga åtskilliga mindre viktiga indelningsgrunder för att uppdraga starka gränser emellan de särskilda modifikationer av ett och samma brott. En obetydlig skillnad, t.ex. i beloppet av penningssummor vid stöld, eller av sjukdomstid vid tillfogad kroppsskada, skulle då tagas till måttstock för olika straffbestämmelser". Denna ängslan för att ge utrymme åt domarens prövningsrätt skulle då ersättas av ett beroende under sluppen.

Slutsatsen, att den konkreta gärningen skall bedömas av domaren, ledde till att omständigheter kring gärningsmannen och gärningen av mer generellt slag fördes utanför brottsbeskrivningarna och att grunderna för bedömningen av dessa omständigheter lades i lagens allmänna del. Endast på detta sätt ansågs en kasuistiskt utformad detaljreglering kunna undvikas.

I det följande tas LK:s syn på försvårande och förmildrande omständigheter som allmänna straffmättningsgrunder upp. LK:s slutsatser 1832 föregicks här av två positioner som först skall presenteras.

Lagkommittén och förskingringsbrottet år 1823

Förskingringsbrottet blev föremål för en reform i Sverige år 1823. Bland förarbetena märks två lagtextförslag med motiv, som avgivits av LK och endast ofullständigt återgivits i den tryckta propositionen. Dessa inte återgivna motiv, har, så vitt jag kunnat finna ej tidigare varit föremål för någon behandling.

LK anförde som grund för sitt förslag att "lagstiftningen bör vid straffets bestämmande ej avse endast det yttre av en brottslig gärning. Uppsåtets större eller mindre brottslighet, de drivfjädrar, som verkat på förbrytaren och de omständigheter varmed brottet varit beledsagat böra och därvid komma i övervägande". LK fastslog att bötesstraff var för lindrigt och livstids- samt dödsstraff för hårda. LK:s förslag byggde inte på latitudstraff utan innehöll en mycket vid provningsrätt för domaren. Det föranledde krav från K.M:t om en omarbetning. K.M:t fann LK:s huvudgrunder riktiga, men ansåg att domaren enligt förslaget fått för vidsträckta befogenheter samt att han skulle komma att lämnas i ovisshet om lagens rätta mening. K.M:t begärde därför ett nytt förslag från LK innefattande: 1) särskilda gradationer i bestraffningen, 2) utveckling av tillämplighetsgrunderna härför samt 3) en redogörelse för de omständigheter, som vid domslutet skulle fästas avseende vid.

LK behandlade frågan på nytt. LK ansåg sig ur stånd att fästa latituderna vid uppsåtets ondska, utan fann att endast värdet av det tillgripna, såsom ett mätbart föremål, kunde utgöra utgångspunkt för en närmare indelning i latituder. Vad gällde frågan om tillämpningsgrunderna för domarens provningsrätt inom latituden och därvid särskilt de subjektiva omständigheterna, var LK denna gång betydligt utförligare än tidigare. LK framhöll att ingen lagstiftning hade eller med framgång skulle kunnat efter "de oräkneliga nyanser och kombinationer" av omständigheter a priori uppställa regler efter vilka straffgraderna aritmetiskt kunde uträknas. LK presenterade de rön som medfört att man i Frankrike och Bayern protesterat mot en mekanisk tillämpning av en lagtext. LK anförde.

Bayerska lagstiftningen av år 1813, ehuru den sökte mer att inskränka domarens provningsrätt, medger likväl i många fall en latitud av 3 eller 4 år, men just denna lagstiftnings bemödande att i flera händelser endast efter brottens objektiva beskaffenhet gradera straffen och att föreskriva alltför trånga gränser för domarens provning av de subjektiva grunder och andra omständigheter som å straffbarheten äger inflytande men av lagstiftningen ej kunna under abstrakta regler innefattas och de kollisioner mellan lagbuden och domarens samvete och rättskänsla som härav varit föranledda, har jämte andra vid tillämpningen befunna brister i samma lagstiftning redan förmått lagstiftande makten i

Bayern att låta omarbete criminallagen och i redaktionen av det nya lagförslaget har man ock frånträtt principen att inom ytterst trånga gränser inskränka domarens prövningsrätt.

LK kritiserade vidare principen att fastställa taxor. Domaren borde ges det hedrande beviset på förtroende att i det enskilda fallet och inom latituden utmäta straffet. Vad gällde de närmare omständigheter som skulle inverka på straffmätningen diskuterade LK ett flertal sådana. Utom vad gäller slöseri och vårdslöshet ville LK inte att dessa omständigheter skulle fixeras - ty de var bara exempel.

Det förslag som slutligen genomdrevs innehöll hela sju latituder – LK hade föreslagit först en och sedan tre. Det tillades i lagtexten att domaren inom dessa latituder hade att ta hänsyn till slöseri och vårdslöshet samt andra omständigheter.

Försvårande och förmildrande omständigheter i LK:s arbete 1827, 1830 och 1832

I 1734 års lag fanns inga enhetliga principer för hur domarens straffmätning skulle gå till. I leuterationspraxis i överrätterna beaktades vissa försvårande och förmildrande omständigheter. I många stadganden i missgärningsbalken fanns ett utrymme för domarens fria skön. Inom latituder eller vid val mellan olika straffarter kunde domaren utmäta straffet efter "som saken och omständigheterna äro till" eller "som saken och personen är till".

LK knöt i sitt försvar av latitudprincipen och domarskönet an till detta inhemska straffmätningssystem. LK hävdade att kommittén inte gjort några avsteg från tidigare svenska principer utan endast systematiserat och vidareutvecklat dessa.

I sitt "Försök om strafflagarna" hade Richert försvarat domarskönet inom latituden och uppställde den engelska rätten som förebild. Den engelska och franska rättens ståndpunkt i straffprocessuella frågor var av stort intresse för LK. I detta sammanhang måste också frågan om straffmätningssystemerna ha aktualiserats. I fråga om LK:s konkreta behandling av frågan om försvårande och förmildrande omständigheter vid straffmätningen stod dock LK under starkt tysk inflytande. Det blev tydligt i 1823 års lagstiftningsärende där ju Gönners reform av BSGB åberopades.

Under arbetet på det slutliga straffbalksförslaget kom dock LK att söka lösa frågan efter en annan linje. I det första otryckta utkastet från år 1827 hade reglerna samlats i ett kapitel

under den allmänna delen och försetts med rubriken ”De allmänna grunder efter vilka straff mätas skola så och om nedsättning eller höjning av straff i vissa fall.” I de två första §§ presenterades grunderna för latitudprincipen med straffmätning efter brottets och gärningsmannens karaktärer. I 3 och 4 §§ gavs synnerligen omfattande kataloger över försvårande och förmildrande omständigheter. 5 § stadgade att även i katalogen inte uppräknade omständigheter skulle kunna medtas i bedömningen. 6 §, slutligen, gav domaren möjlighet att i fall med många viktiga förmildrande omständigheter gå under latitudens minimum, varvid domen skulle underställas överrätt. Motiv till lagtextutkasterna finns inte bevarade.

År 1830 avhölls gemensamma sammanträden med de svenska och norska lagkommittéerna. Det svenska förslaget till straffbalkens 1-7 kap. offentliggjordes för allmänheten, innan 1832 års förslag framlades, i Schmidts Juridiskt Arkiv.

6 kap. 5-8 §§ i förslaget hade i stort sett samma lydelse som de haft år 1827:

5 § I hänseende till gärningens beskaffenhet, ökes eller minskas straffbarheten, allt efter som gärningen medfört större eller mindre fara eller skada, eller faran eller skadan sträckt sig till Staten, menigheter, obestämt antal av personer, eller endast vissa enskilda, så ock efter gärningens av tids eller ords förhållande beroende farlighet, eller den större eller mindre förargelse, den åstadkommit.

6 § I hänseende till gärningsmannens brottsliga vilja, ökes straffbarheten: 1. ju fler och viktigare de grunder voro, som honom från brottet avhålla bort, eller ju fler och större de plikter, mot vilka han brutit, och ju mer han var i stånd att dessa grunder eller plikter inse; 2. ju större hinder för brottets utförande funnos, och ju mera djärvhet, list eller ihärdighet därtill därtill fordrades eller användes; 3. ju ringare de yttre och tillfälliga anledningar voro, som retat eller förlett förbrytaren, och ju mer han av egen drift till brottet ledd varit eller lägenhet till dess utförande sökt; 4. ju mer han sökt övertala eller förleda andra till delaktighet i brottet; 5. ju mer elakartade och farliga de begär och böjelser varit, varefter han handlat; 6. ju större ondskan eller grymhet han vid brottets utförande ådagalagt, och ju värnlösare den var, mot vilken brottet blev förövat; 7. ju mer han, under sin levnad i övrigt, förrätt vildt sinne, lastbara böjelser eller fallenhet för brott, i synnerhet av samma slag, som det, varå straffet tillämpas skall.

7 § Straffbarheten minskas; 1. om förbrytaren, för vårdslösad uppfostran, bristande undervisning eller erfarenhet, eller annan sådan orsak, icke fullleligen insett gärningens straffbarhet; 2. om han, genom arglistiga löften eller föreställningar, av fruktan eller genom befallning, i synnerhet av personer, dem han eljest var lydnad skyldig, blivit till brottet förledd; 3. om han av tryckande fattigdom eller annan nöd, som dock ej efter 7 kap. 5 § utesluter straffbarhet, till brottet förmådd blivit; 4. om han i en tillfälligtvis och utan hans egen skuld uppkommen häftig sinnesrörelse eller överilning, eller av ett hastigt väckt begär, sig förgått; 5. om av hans förra levnad, eller av hans förfarande vid eller efter gärningen, kan slutas till mindre ondskan i viljan; 6. om han, av egen drift, sökt hindra följderna av gärningen eller gottgöra den timade skadan; 7. om han själv sitt brott angivit; 8. om han sannfärdig bekännelse gjort och den sedan vidhållit; 9. om han, utan eget vållande, varit för brottet längre tid i häkte hållen.

8 § Nu förekomna, i särskilda fall, andra sådana omständigheter, som försvårande eller mildrande äro; tage och Domstolen dem i övervägande, då straff tillämpas skall.

Hela denna omfattande katalog över objektiva och subjektiva omständigheter kring brottet ströks dock - med ett kraftigt tuschstreck i korrekturet - i 1832 års förslag, som kort sammanfattade regeln i 6 kap. 1 § straffbalken: "Straff skola, inom de i lagen därför satta gränser, mätas efter gärningens svårare eller lindrigare beskaffenhet, och den större eller mindre brottslighet i viljan, gärningsmannen ådagalagt, så ock övriga omständigheter, som försvårande eller mildrande äro." Motiven utformades på denna punkt i nära anslutning till vad som sagts redan år 1823:

Till förekommande av godtycklig utövning av domarens prövningsrätt ... hava en del lagstiftningar bemödat sig att fullständigt uppräknat de försvårande eller mildrande omständigheter, som böra tagas i övervägande vid straffmätningen. De hava ej nöjt sig med att angiva de allmänna grundsatser, som borde tjäna till ledning för hans omdöme, utan av misstroende till hans förstånd, varigenom de över hövan, och således på ett farligt sätt, ingripit i hans fria urskiljning. Det är nämligen omöjligt att upptaga alla tänkbara fall vari de allmänna grundsatserna kunna äga speciell tillämpning.

En ytterligare synpunkt, som inte hade anförts år 1823, var att LK betonade den faran att auktorisation av några omständigheter skulle kunna leda till "den misstyding, att, utom dem, andra momenter vid straffmätningen ej vore att avse". Dessa skäl, uppgav LK, var orsaken till att man inte längre stod fast vid den 1830 offentliggjorda uppfattningen.

Att LK:s slutliga ståndpunkt år 1832 också påverkades av den tyska samtida diskussionen skall nu behandlas.

Och så åter till tysk strafflagstiftning och doktrin med dess betydelse för LK

Den katalog, som LK införde i 1830 års tryckta förslag (6 kap. 6 och 7 §§ här ovan) var direkt recipierad från BSGB och EntHann. Även ordningsföljden överensstämmer med dessa förlagor med få undantag.

I art. 90-94 BSGB gavs allmänna regler för domarens straffmätning inom latituden. Dessa regler var infogade i Feuerbachs lära om de sinnliga drivfjädrarna till brott, dvs. ett uttryck för hans avskräckningsteori. I art. 90 fastslogs de allmänna grunderna för hur straffmätningen skulle tillgå vid relativt bestämda straff. I art. 91 reglerades de objektiva momentens verkan på straffmätningen. Bedömningen skulle bero av storleken av uppkommen eller fruktad skada och av det större eller mindre antal personer som skadan drabbat. Art. 92-94 reglerade "die Gemuths- und Willens-eigenschaften des Verbrechers". Det är i dessa artiklar som katalogen lämnas.

Även Grolman ansåg att de flesta av de i BSGB anförda subjektiva omständigheterna skulle ha denna effekt på straffmätningen. På denna punkt kunde alltså Feuerbach och Grolman vara eniga. Men de hade olika motiveringar härför. Grolman menade att hänsynstagande till dessa omständigheter skulle vägleda domaren till det effektivaste återfallsförhindrande straffet för den enskilde konkrete förbrytaren. Feuerbach, däremot, önskade genom dessa regler ge vägledning för avskräckningssynpunktens effektiva inverkan på straffet, när lagen lämnat straffet endast relativt bestämt. Domaren får genom katalogen svar på frågan: "welche Strafe würde der Gesetzgeber gedroht haben, wenn er diese specielle Verbrechen, so wie es unter den vorliegenden individuellen, äussern und innern Bestimmungen gegeben ist, durch eine bestimmte Strafe hätte bedrohen wollen?" På detta sätt försökte Feuerbach passa in en viss prövningrätt för domaren i sitt system.

Katalogen över omständigheter, som skall påverka straffmätningen bygger på Feuerbachs indelning av de sinnliga drivfjädrarna till brott, som han indelar efter deras 1) intensitet, 2) fasthet och 3) omfång. Många av de fall han beskriver under dessa tre punkter togs in i LK:s förslag till 6 kap. 6 och 7 §§ straffbalken.

Bauer överförde BSGB:s reglering av de objektiva och subjektiva omständigheterna till EntHann art. 106-110. Av redigeringen att döma är det troligen via denna källa, som katalogen överförts till LK.

LK tycks ha funnit dessa lösningar föredömliga och övertagit reglerna. Det faktum, att reglerna i stort sett endast översatts och nedtecknats i förebildernas ordningsföljd kan dock tyda på att man endast velat ha en utgångspunkt för diskussioner och önskat skjuta på frågans definitiva avgörande. Kan LK verkligen ha ansett att det förelåg ett behov av en så doktrinärt bunden katalog, som helt saknade grund i tidigare svensk rätt?

Anledningar till visst tvivel häröver torde faktiskt ha förelegat. Gönner hade ju intagit den rakt motsatta ståndpunkten år 1822. Hans stadgande var kort och gott: "Die Strafe muss mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der That und des Täters genau nach der Bestimmung des Gesetzes, weder strenger noch gelinder zugemessen werden" (art. 87). Genom strafflatitudernas vidd och detta stadgande inrymde förslaget ett vitt utrymme för domarskönet. I förordet till förslaget angav Gönner motiveringen härför: "Nur auf diesem Wege kann die Gesetzgebung mit höheren Einfachheit die Unterscheidung vieler Grade und Fälle, die Aufzählung vieler erschwerenden oder mildernden Umstände vermeiden, dem vernünftigen richterlichen Ermessen richtige Grenzen setzen, im Ganzen die nothwendige Strenge mit der gleich nothwendigen Humanitet vorzüglich bei jenen Handlungen, deren Strafbarkeit viele, und gesetzliche Normen nicht wohl erreichbare Abstufungen hat, vereinigen...".

Gönner lär ha åberopat principerna för Code pénal för sin inställning, som dock främst torde ha sin grund i de svårigheter, som hade uppstått vid de bayerska domstolarna vid tillämpningen av BSGB samt bero på en allmän ovilja mot den doktrinära utformningen i BSGB.

Mittermaier intog för sin del en kompromisståndpunkt. Han kritiserade Gönner för att ha gått alltför långt genom att inte ens antyda de allmänna grundsatserna för straffmätningen vid försvårande resp. förmildrande omständigheter. Dessutom menade han att Gönners förslag på ett olämpligt sätt gav fritt inträde för alla möjliga straffändamålsteorier vid tillämpningen. Som Feuerbach och Bauer ansåg han att omständigheterna skulle anges i lagtexten. Detta skulle dock ej ske efter BSGB:s mönster, utan så att domaren med lagens regler som stöd, skulle kunna genomföra en total översyn över alla de oändliga omständigheterna. Grunderna skulle inte framstå som exklusiva. Förtroende för domarnas kapacitet måste ligga till grund för lagstiftaren.

Även vid den preussiska lagrevisionen intogs en mellanståndpunkt. Man instämde i Mittermaiers krav på en total samlad katalog. Samtidigt betonades att dessa regler endast skulle gälla "hauptsächlich" och att domaren själv fritt skulle bedöma omständigheternas materiella värde inom latituden. Reglerna avhandlades i art. 137-140 EntPreuss (1827). Emellertid kom denna katalog att styrkas redan i 1828 och 1830 års nya lagtextförslag, där regeln i stället uttrycktes i samma ordalag, som hos Gönner (art. 91 resp. 93). I de två senare lagutkasten i Preussen skedde alltså en återgång till principen i Code pénal och den hos Gönner.

Här synes LK ha funnit stödet för att stryka katalogen och återgå till 1823 års ståndpunkt, som ju stått under direkt inflytande av Gönner. Också LK:s motiv stämmer väl överens med Gönners och en del av Mittermaiers påpekanden. Här fick LK stöd för att avvisa en av yttringarna av Feuerbachs principer.

LK:s avvisande av en doktrinärt färgad lagstiftning och en, av kriminalpolitiska skäl, alltför långt gående differentiering av brotten, utifrån legalitetsprincipen, hade alltså stöd hos Gönner och Mittermaier. Här fann LK en medelväg, på vilken de inhemska rättstraditionerna kunde bli föremål för en nyreglering utan att i alltför hög grad åsidosättas.

Frågan om saken skulle regleras i lag kom dock sedan att bli föremål för skilda uppfattningar i Sverige. Så upptog Lagberedningen en katalog över omständigheter, vilket dock Richert och Bergfalk reserverade sig mot. Denna katalog kom senare att strykas ur strafflagspropositionen till 1862-63 års riksdag. Ännu Hagströmer kom att föra LK:s argumentation i denna fråga i sin kritik över det finska strafflagsförslaget år 1879. Principen att ingen legal reglering av domarens bedömning av det konkreta fallet ur straffmätningssynpunkt skulle ske hade härmed fått en tydlig utformning. Så kom det att förbli till år 1989.

LK:s syn på domarens roll fordrade en utveckling även av straffprocessrätten. Utifrån avskräckningssynpunkterna måste det krävas en effektiv straffprocess. Lagens straffhot skulle ju förverkligas vid all brottslighet. Utifrån de specialpreventiva synpunkterna sett var det viktigt att så mycket material som möjligt angående brottslingens person kunde föras in i processen och ges betydelse vid straffmätningen. Detta förhållande är i någon mån skönjbart redan hos LK. LK betonade det viktiga förhållandet att hela bevismaterialet skulle vara samlat innan det förelades juryn. Vidare vill LK se processen som en förhandling mellan två parter, åklagare och tilltalad. Processen skulle vara akusatorisk. Domaren skulle koncentrera sig på att bedöma det framlagda materialet och därefter utföra straffmätningen. Särskilt viktiga var här LK:s krav på reformer vad gäller bevisningen. Under inflytande av Bentham hävdade LK i sitt förslag till rättegångsbalk att ett flertal vittnesjäv skulle avskaffas och ansåg att indiciebevisningen skulle tillåtas. Med dessa krav tillgodosedda skulle domaren kunna få den eftersträlvade totala överblicken över omständigheterna kring brottet. Ett nödvändigt samspel mellan straffändamålen och de straffprocessuella reformerna ansågs föreligga. Detta belyser ytterligare hur stark LK:s tilltro var till domarens kapacitet.

Denna tilltro ligger långt ifrån upplysningstidens krav på en mekaniserad straffrätt. Den var också nödvändig för att man i praktiken skulle kunna realisera den nya synen på

straffsystemet – ett system som innebar att straffet inte konkret och för varje brottsling och varje enskilt brott kunde uttalas direkt i lagen.

Men nu finns katalogen i brottsbalken och nyss kom ett tilläggsförslag!

I rapporten Nytt straffsystem återknöts kontakten med den klassiska straffrättsskolan och allmänpreventionens betydelse uppvärderades. I rapporten redogjordes för hur det i den finska straffbalken år 1977 tagits in allmänna regler om straffmätning med i lagen angivna straffmätningsgrunder. I rapporten föreslogs att det i svensk straffrätt skulle införas generella påföljdsbestämningsregler i lag. Sådana regler måste ta hänsyn både till vad som har med själva brottet att göra och till vad som rör gärningsmannens förhållanden. Rapporten tog upp bl.a. lindringsgrunder och skärpningsgrunder. BRÅ-rapportens tanke följdes upp i Fängelsestraffkommitténs betänkande Påföljd för brott. I betänkandet föreslogs det system för straffmätning som sedan togs in i 29 kap. brottsbalken. Argumenten för och emot att lagfästa allmänna straffskärpnings- och strafflindringsgrunder diskuterades och fördelarna med en lagreglering ansågs överväga. Det ansågs att detta var ett billigt och lagstiftningstekniskt enkelt sätt att få till stånd en enhetligare och rättvisare påföljdsbestämning.

Den nya lagregleringen infördes i brottsbalken 1989. I 29 kap. 1-5 §§ återfinns bestämmelser om straffvärde, exemplifierande uppräknningar av omständigheter som ökar respektive minskar straffvärdet, en regel om betydelsen av återfall samt en regel med angivna omständigheter som i mildrande riktning skall beaktas vid straffmätningen. Departementschefen anförde att det stod klart att det i praktiken kunde uppkomma ett mycket stort antal situationer där de omständigheter som ter sig väsentliga för straffmätningen inte täcktes av de nya bestämmelserna. Avsikten var inte att ge en uttömmande beskrivning. Bestämmelserna ansågs komma att främja enhetlighet och förutsebarhet i påföljdsbestämningen och ställa större krav på domsmotiveringarna.

Om man jämför listan i 1830 års förslag till lagtext med de uppräknade bestämmelserna i 29 kap. brottsbalken är de stora likheter påfallande. Att göra en direkt textjämförelse faller dock utanför ramen till dessa anteckningar. Det får stanna vid slutsatsen att det dröjde 159 år innan LK:s ståndpunkt om detaljlagreglering av år 1830 förverkligades och det i en tid då ett nytt intresse för de klassiska straffrättsliga läroarna hade väckts till liv. Häromdagen, eller efter 176 år, lades Beredningen för rättsväsendets utveckling fram ett förslag till ett tillägg till den regel som vi först finner i 6 kap. 6 § p 7. i 1830 års LK-förslag. Es lässt sich tief blicken ...

1993 års domarutrednings betänkande (SOU 1994:99) Domaren i Sverige inför framtiden, Del A, s. 55-58 och Del B, s. 149 – 206.

Tillämparuppsatsens rubrik: 1811 års lagkommitté och straffmätningsskänningarna – en receptionsstudie. Otryckt 1967.

Se Nelson, Rätt och ära, Uppsala 1950, där detta inflytande behandlats.

Om Gustav III:s reformlagstiftning, se Anners, Humanitet och rationalism, Lund 1965.

Jämför ett uttalande av en av lagens författare: "Il faut qu'il ouvre la loi et qu'il y trouve une peine précise applicable au fait déterminé, som devoir est de prononcer cette peine", cit. efter Radzinowicz, A history of English criminal law, London 1948, s. 295.

Radzinowicz a.a., s. 293 ff., Garraud, Traité Théorique et pratique du Droit Pénal Français, Paris 1913, s. 160 ff. och Fischl, Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie, Breslau 1913, s. 210 ff.

Se t.ex. Thornstedt i Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Stockholm 1955, s. 331 ff.

För framställningen om Feuerbach har utnyttjats: Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 2 bd, Erfurt 1799, Chemnitz 1800, Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, utg. Mittermaier, 13 uppl., Giessen 1840, Grünhut, Anselm v. Feuerbach und das problem der strafrechtlichen Zurechnung, Hamburg 1922 och Radbruch, Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, Wien 1934.

Grünhut a.a. och Wennberg, Grunden för bedömningen av försvårande och förmildrande omständigheter vid straffmätningen, Tidskrift for Rettsvitenskap, 1990, s. 773 ff.

Grünhut a.a. och Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1951, s. 250 ff.

Göner, Entwurf des Strafgesetzbuchs, München 1822 och Radbruch, a.a., s. 164.

Se Jareborg, Johan Gabriel Richerts "Försök: Om Strafflagarna" (1813), i Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg, Lund 1977. Där återges Richerts text med en inledning av Jareborg där han diskuterar vilka influenserna varit på Richert. Jareborg pekar på att det är oklart om Richert kände till Feuerbachs idéer och om han var bekant med BSGB.

LK, Förslag till Allmän Criminallag, Motiv till Straffbalk, 1832, s. 3 f.

Kungl. prop. nr 42. 1823 års riksdagstryck.

Mildrande: tidigare oklanderlighet, visad ånger, att vederbörande kunnat återskaffa medlen till nästföljande revision. Försvårande: slöseri, vårdslöshet, förhårdelse i vilja och uppsåt.

I LK:s Utlåtande i anledning av Anmärkningar vid Förslaget till Allmän Criminallag, Stockholm 1834, s. 36 ff. lämnas ett stort antal exempel på stadganden där 1734 års lag lämnat ett straffmätningsskän åt domaren.

LK:s anf. utlåtande, s. 39 f.

Juridiskt Arkiv, utg. Schmidt, Bd 1, Kristianstad 1830-32, s. 65 ff.

1811 års lagkommitté, vol. 12, Riksarkivet.

LK, Förslag till Allmän Criminallag, Motiv till Straffbalk, 1832, s. 26.

Grünhut, a.a., s. 104.

Grünhut, a.a., s. 104 f.

Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, bd 2, Chemnitz 1800, s. 442.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, utg. mittermaier, Giessen 1840, 13 uppl., § 119.

Gönner, a.a., s. XI.

Gönner, a.a., s. VII.

Mittermaier, Ueber den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland, Heidelberg 1825, s. 78.

Mittermaier, a.a., s. 78 f.

Entwurf des Straf-Gesetz-Buches für Preussen 1. Motive... von dem Revisor. Erster Band, Berlin 1827, s. 197 ff.

Förslag till straffbalk, Stockholm 1844, s. 11, 46 o. 146.

Hagströmer, Svensk straffrätt, Uppsala 1901-05, s. 482.

Hagströmer, a.a., s. 481.

LK, Förslag till Allmän Criminallag, Motiv till Straffbalk, 1832, s. 156.

LK, Förslag till Allmän Criminallag, Motiv till Straffbalk, 1832, s. 118 ff.

BRÅ Rapport 1977:7 Nytt straffsystem – Idéer och förslag.

SOU 1986:13-15, se särskilt motiven i SOU 1986:14 s. 69 ff.

SOU 1986:14 s. 419 ff.

NJA II 1988 s. 166 angående prop. 1987/88:120.

Betänkandet (SOU 2005:117) Ett effektivare brottmålsförfarande – några ytterligare åtgärder, s. 79 ff.

PAGE

PAGE 12