



# Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

PETTER ASP

Straffet för mord

En text om rollfördelning, styrning, legalitet och kvalitet

Särtryck ur häfte 1/2016

# STRAFFET FÖR MORD

## EN TEXT OM ROLLFÖRDELNING, STYRNING, LEGALITET OCH KVALITET

Av Petter Asp<sup>1</sup>

*I denna text diskuteras, med utgångspunkt i ett avgörande av Högsta domstolen om straffet för mord, vissa frågor som i grunden handlar om straffmätningens särart. Avgörandet väcker bl.a. frågor om hur relationen mellan lagstiftaren och domstolarna ser ut när det gäller straffmättningsfrågor, men också frågor om vilken betydelse legalitetshänsyn har på ett område där det inte i första hand handlar om att avgöra huruvida ett visst fall kan hänföras till tillämpningsområdet för en viss norm, utan om att bedöma hur en viss angiven (straff)skala ska hanteras. Härutöver diskuteras också vissa mer generella frågor om kvalitet i lagstiftningsarbetet.*

Denna text är skriven med anledning av den dom från Högsta domstolen som meddelades den 3 februari 2016 och som i praktiken innebär ett underkännande av den reform av sanktionsregeln i 3 kap. 1 § brottsbalken som lagstiftaren genomförde år 2014.<sup>2</sup> Texten utgör emellertid ingen renodlad kommentar till domen, utan kan snarare sägas innehålla ett antal betraktelser givna i anslutning till domen.

Högsta domstolens dom handlar, som ovan nämnts, om 2014 års ändring av 3 kap. 1 § brottsbalken. Det uttalade syftet med denna ändring var att tillse att påföljden för mord i fler fall – i flertalet fall – skulle bestämmas till livstids fängelse. I den proposition som låg till grund för lagändringen angavs bl.a. följande om syftet med reformen:

”Syftet med ändringen är att livstidsstraffet ska kunna användas i betydligt större utsträckning och utgöra ett normalstraff i den bemärkelsen att det förutses dömas ut i en majoritet av fallen.”<sup>3</sup>

Reformen kan följaktligen sägas ha syftat till att förändra det tidigare rättsläget. Detta rättsläge uppkom, i sin tur, genom en reform som genomfördes så sent som år 2009.

<sup>1</sup> Professor i straffrätt vid Stockholms universitet.

<sup>2</sup> Högsta domstolens dom av den 3 februari 2016 i mål nr B 4653-15 (i det följande: Högsta domstolens dom).

<sup>3</sup> Prop. 2013/14:194 s. 1.

2014 års reform kan givetvis diskuteras från rättspolitisk synpunkt – det kan alla lagreformer. En del menar att livstidsstraffet, såsom varandes tidsbestämt, bör användas så litet som möjligt. Det tidsbestämda kan bl.a. hävdas vara inhumant, det kan påverka möjligheterna till behandling och det påverkar domstolens möjlighet att förutse vad straffet egentligen kommer att innebära. Andra menar att mord, såsom en oåterkallelig och slutlig kränkning av individen, regelmässigt bör leda till just livstids fängelse. En del menar att det vore olyckligt om livstidsstraffet blev normalstraffet eftersom det minskar möjligheterna till differentiering mellan olika typer av mord. Hur gör man när någon har begått flera, eller särskilt grymma, mord? Hur gör man med en Breivik? Andra menar att det är viktigare att markera att dödande är den allvarligaste kränkningen, och att den står i en särställning i förhållande till andra kränkningar, än att kunna differentiera. Vissa menar kanske till och med att man just när det gäller tagande av människoliv *inte bör* differentiera.

Den rättspolitiska frågan ska jag i denna text i allt väsentligt lämna därhän. Även om jag menar att rättspolitiska frågor hör hemma i den rationella sfären – dvs. hör hemma i den sfär där ett rationellt meningsutbyte kan förekomma, där man kan åberopa sig på mer eller mindre starka skäl och där det finns vissa ramar för argumentationen<sup>4</sup> – är de speciella i den meningen att det ytterst, med de begränsningar som följer av olika konstitutionella dokument och principer, är lagstiftaren som råder över dem. Lagstiftaren har kort sagt privilegiet att kunna sätta ned foten och (åtminstone för tillfället) avgöra just vad som bör gälla.

Den i det ovan återgivna citatet uttryckta ambitionen att åstadkomma fler livstidsstraff har emellertid också en *lagteknisk dimension* och denna dimension är förstås i detta fall väl så intressant som den rättspolitiska. När lagstiftaren önskar förändra straffmätningen för mord måste hen (sällan passar väl ett könsneutralt pronomen så väl och så otvunget som när det gäller en abstrakt och fiktiv person?) på något sätt ge uttryck för detta i lagstiftningen.

---

4 Skillnaden mellan argumentation de lege lata och argumentation de lege ferenda är i vissa fall (när rättsläget är påtagligt oklart) försumbar – i båda fallen handlar det om att anföra skäl för och emot en viss lösning och skälen knyts till värden som på ett eller annat sätt erkänns i rättssystemet. Också argumentation de lege ferenda är följaktligen bunden, låt vara inte i samma utsträckning som argumentation de lege lata. Omvänt kan sägas att argumentation de lege lata ofta är öppen i den meningen att rätten måste konstrueras med stöd av, snarare än att bara ösas upp ur, rättskällorna.

I den dom från den 3 februari 2016 som är huvudanledningen till att denna text har skrivits, nådde alltså Högsta domstolen (en majoritet bestående av tre justitieråd) fram till slutsatsen att lagstiftaren i detta fall har misslyckats med den uppgiften. Enligt Högsta domstolen förändrar 2014 års reform:

”inte ... det rättsläge som uppkom genom 2009 års reformering av straffskalan för mord”.

Med andra ord har 2014 års reform inte den innebörd som lagstiftaren ville att den skulle ha.<sup>5</sup> Sista ordet är emellertid inte sagt i denna fråga. Riksåklagaren har i en svarsskrivelse i ett annat mål begärt att Högsta domstolen på nytt prövar hur straffet för mord ska bestämmas och att frågan tas upp för avgörande i Högsta domstolen i dess helhet.<sup>6</sup>

\*\*\*

Straffskalan för mord var länge – från brottsbalkens ikraftträdande och fram till år 2009 – fängelse i tio år eller på livstid.<sup>7</sup> Systemet med livstidsstraff var (nästan lika länge) konstruerat på så sätt att (i) den dömande domstolen för vissa brott hade möjlighet att döma till ett livstidsstraff, dvs. till ett tidsobestämt straff, och att (ii) den dömde därefter kunde få straffet tidsbestämt genom att ansöka om nåd. Möjligheterna att få straffet tidsbestämt var således beroende av att regeringen beslutade att genom nåd omvandla livstidsstraffet till ett tidsbestämt straff.

Så skedde emellertid närmast regelmässigt efter viss tid. Under många år motsvarade ett livstidsstraff därför i praktiken ett tidsbestämt straff i (eller i närheten av) intervallet 12–16 år. Med åren ökade emellertid användningen av livstidsstraffet som påföljd för mord. Successivt skärptes också nådepraxis och i mitten av 00-talet omvandlades ett livstidsstraff i regel till mellan 18 och 25 års fängelse.<sup>8</sup>

5 Se härom särskilt punkterna 18 och 24 i Högsta domstolens avgörande.

6 Se riksåklagarens svarsskrivelse, ÅM 2015/4079, i mål nr B 4712-15. Svarsskrivelsen kom på ett stadium när denna text redan lämnats till redaktionen. Den beaktas därför i huvudsak genom kommentarer i notapparaten, se noterna 34 och 39.

7 Se, beträffande regleringen i strafflagen, t.ex. Rydgren i Juridisk Tidskrift 1990–91 s. 180 ff.

8 Se bl.a. sammanställningen i SOU 2002:26 s. 202 ff. samt SOU 2007:90 s. 13 f., prop. 2008/09:118 s. 25, Ds 2013:55 s. 36 och Samuelsson Käätä, Omvandlingslagen – livstidsstraffets metamorfos, i Förarbete och efterfest, red. Falkman, Uppsala 2015 s. 56.

Mot bakgrund av denna förändring av livstidsstraffets faktiska innebörd fann Högsta domstolen i NJA 2007 s. 194 att livstidsstraffet, vid straffmätningen avseende mord, borde ”förbehållas de allvarligaste fallen”. Domen var kontroversiell och diskuterades mycket. Sett för sig framstår det som naturligt att en prejudikatdomstol överväger vad en förändrad reell innebörd av ett straff ska innebära för straffmättingspraxis. Samtidigt kan det, och det var nog detta som gjorde Högsta domstolens dom kontroversiell, hävdas att den förändrade nådepraxisen återspeglade en skärpt syn på dödligt våld och att domstolen genom sin dom därför reverserade en – om man godtar dessa utgångspunkter – önskvärd utveckling. (Här kan vi se hur nära sammanbundna rättspolitiska frågor kan vara med rättstillämpningen.)

När Högsta domstolen meddelade sin dom i NJA 2007 s. 194, hade en ny reglering avseende omvandling av livstidsstraff just trätt i kraft genom lagen (2006:45) om omvandling av fängelse på livstid. Lagen innebar bl.a. att beslutet om omvandling förändrade karaktär (fråga skulle inte längre vara om ett nådebeslut på diskretionär grund, utan om ett rättsligt beslut efter vissa i lagen givna riktlinjer), att beslutet flyttades från regeringen till allmän domstol (Örebro tingsrätt), att besluten fortsättningsvis kunde överklagas på vanligt sätt samt att det direkt av lagtexten framgick att ett livstidsstraff inte kunde omvandlas till ett kortare straff än 18 år. Man kan följaktligen säga att lagen (2006:45) om omvandling av fängelse på livstid innebar en fullständig omstötning av omvandlingsprocessen, jfr (ii) ovan, men att regleringen, vad gäller längden på det straff som livstidsstraffet omvandlades till, anslöt sig väl till då rådande nådepraxis.<sup>9</sup>

Det sagda innebar att vi år 2007 befann oss i en situation där domstolarna i fall av mord hade att välja mellan ett straff på tio års fängelse och ett straff som motsvarade minst arton års fängelse. Annorlunda uttryckt hade domstolarna att välja ett av två straff, mellan vilka det fanns ett outnyttjat utrymme på åtta hela fängelseår (låt vara att detta utrymme minskar med en tredjedel om man tar hänsyn till reglerna om villkorlig frigivning). Det bör stå klart för var och en – och det framstod också då som klart – att detta inte var en rimlig ordning.<sup>10</sup> Det fanns också en naturlig lösning på problemet, nämligen att öppna upp straffskalan i intervallet tio till arton år. Redan i SOU 2002:26 hade den särskilda utredaren (hovrättslagmannen Staffan Levén) förordat att straffskalan för mord skulle utvidgas så att det skulle bli möjligt att döma till längre

---

9 Se, angående omvandlingslagen och dess innebörd, t.ex. Samuelsson Käätä (not 8).

10 Se Högsta domstolens dom punkterna 7 och 8.

tidsbestämda straff än tio år.<sup>11</sup> Denna tanke kom att genomföras år 2009, efter att frågan snabbutretts i ett delbetänkande av den s.k. Straffnivåutredningen.<sup>12</sup>

Innebörden av 2009 års reform kan enkelt uttryckt sägas ha varit att området mellan tio och arton år öppnades och att vi därigenom fick en straffskala för mord som sträckte sig – och alltså sträcker sig – från fängelse tio år, via tidsbestämt straff på mellan elva och arton år, till fängelse på livstid. I propositionen till 2009 års ändringar uttalade sig regeringen på följande sätt i författningskommentaren:

”Fängelse på livstid bör förbehållas de allvarligaste fallen, dvs. där det finns skäl att döma till ett svårare straff än fängelse i 18 år. Fängelse på livstid kan t.ex. väljas när domstolen ska bestämma ett gemensamt straff för flera mord eller ett mord och annan allvarlig brottslighet eller när den tilltalade tidigare har dömts för särskilt allvarlig brottslighet. I flertalet fall av mord bör ett tidsbestämt straff vara tillräckligt. I ju högre grad föreliggande omständigheter talar i skärpande riktning, desto högre i straffskalan för det tidsbestämda straffet bör domstolen bestämma straffet. Minimistraffet fängelse i tio år bör väljas i fall där omständigheterna anses vara förmildrande utan att gärningen är att bedöma som dråp.”<sup>13</sup>

Fem år senare hade regeringen emellertid bytt fot. Av flera skäl – bl.a. att livstidsstraffet kommit att användas i begränsad utsträckning, vilket inte kunde anses ligga i linje med den strängare synen på allvarliga våldsbrott<sup>14</sup> – var regeringen inte nöjd med den staffmättningspraxis som hade utbildats.<sup>15</sup> Man kan möjligen tycka att det är anmärkningsvärt att regeringen på detta tydliga sätt, och på kort tid, byter uppfattning. Det bör emellertid hållas i minnet att det mellan de båda reformerna genomfördes en annan och mer generell reform som syftade till en skärpt syn på allvarliga våldsbrott. Denna reform kan åtminstone i någon utsträckning förklara det nya synsättet. Det ska heller inte förnekas att det inte alltid är helt enkelt att bedöma vad en viss reglering kommer att innebära förrän man ser vad den innebär konfronterad med verkligheten, dvs. när den tillämpas i konkreta fall. Det är en sak att (in abstracto) ta ställning till om en majoritet av mordfallen bör leda till tidsbestämt straff och en annan att bedöma om det är rimligt (in concreto) att den valda lösningen innebär

11 Se SOU 2002:26 s. 120 f.

12 Se SOU 2007:90.

13 Prop. 2008/09:118 s. 43.

14 Se prop. 2013/14:194 s. 14 f.

15 Se rörande denna praxis Ds 2013:55 s. 32 ff.

att ett visst fall leder till ett tidsbestämt straff (eller om det är rimligt med den fördelning eller spridning som uppstår till följd av en viss reglering). För jurister som arbetar med lagstiftning är ett sådant tankearbete visserligen helt naturligt – det är i hög grad just sådana kontrafaktiska tankeexperiment som ligger till grund för bedömningar av hur rätten bör utformas – men det är inte nödvändigtvis något märkvärdigt att den som ser på lagstiftningen närmast från politisk synpunkt låter sin uppfattning om en viss regels rimlighet påverkas av utfallet i konkreta fall. Av betydelse var också Högsta domstolens uttalanden i NJA 2013 s. 376 där domstolen visserligen i princip fann att det fanns skäl för fängelse på livstid<sup>16</sup> (i det konkreta fallet bestämdes straffet till fängelse i sjutton år efter beaktande av bl.a. vissa förmildrande omständigheter), men också uttalade att fängelse på livstid ”ska tillämpas endast i de undantagsfall då ett tidsbestämt fängelsestraff på arton år inte är tillräckligt, t.ex. då gärningsmannen har mördat mer än en person eller då omständigheterna annars är synnerligen försvårande”.<sup>17</sup>

Nå, mot den ovan återgivna bakgrunden föreslog regeringen att bestämmelsen i 3 kap. 1 § brottsbalken skulle ändras på följande sätt:

*2009 års lydelse*

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

*Föreslagen lydelse*

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

Det är alltså denna ändring som skulle utgöra verktyget för att åstadkomma en ganska påtaglig skärpning av praxis men som – enligt Högsta domstolen – inte var ett tjänligt verktyg för detta ändamål.

När vi nu ska närma oss domen och de frågor som aktualiseras av den finns skäl att börja på ett allmänt plan och inledningsvis säga något om de roller som lagstiftaren och domstolarna har på påföljdsområdet för att först därefter gå närmare in på den bedömning som Högsta domstolen gjorde i just detta fall.

\*\*\*

---

16 NJA 2013 s. 376 punkt 37.

17 NJA 2013 s. 376 punkt 29.

Det nu aktuella rättsfallet väcker, som redan antytts, frågor om relationen mellan lagstiftaren och domstolarna när det gäller straffmättningsfrågor eller – och mer specifikt uttryckt – frågor om vilka möjligheter lagstiftaren har att styra domstolarnas straffmätning. Dylka frågor kan diskuteras på olika nivåer.

Ytterst kan man närma sig frågorna utifrån närmast konstitutionella utgångspunkter. Sålunda kan frågan ställas om lagstiftaren – genom att i allt för hög grad försöka styra domstolarnas straffmätning – på ett otillbörligt sätt kan komma att inskränka domarnas självständighet. På den här nivån finns inga givna svar, och de svar som kan ges beror delvis på vilken syn på domarrollen som finns i en viss jurisdiktion. Från svensk synpunkt – och här syftar jag inte i första hand på den svenska synen på domarrollen, utan på den (nu rådande) svenska synen på påföljdsbestämning – är tanken på en lagstiftarens styrning av påföljdsbestämningen emellertid knappast särskilt kontroversiell. Tvärtom kan den svenska synen på påföljdsbestämning sägas bygga på en tanke om *rättslig normalitet* snarare än *rättslig särskildhet*: rättssystemet i allmänhet bygger på att lagstiftaren ger regler som domstolarna tillämpar och den frånvaro av styrning som delvis har funnits på påföljdsområdet framstår i ett sådant större perspektiv närmast som en anomali byggd på traditioner (som delvis går långt tillbaka). På ett principiellt plan är det inte mycket konstigare att lagstiftaren söker styra påföljdsbestämningen än att hen söker dra upp gränser för det straffbara.

Skälen för att inte särbehandla påföljdsbestämningen och straffmätningen har naturligtvis inte bara att göra med lagstiftarens (legitima) intresse av att styra domstolarna, utan också med den enskildes intresse av att inte vara utelämnad till domstolarnas skön, dvs. frågan har en tydlig rättssäkerhetsaspekt. Detta kan ibland göra att tankarna går i kors för dem som tror att ”starka” domare alltid och med nödvändighet gynnar den enskilde mot staten. Världen är emellertid sällan svart-vit. Det kan vara bra med domstolar som kontrollerar den statliga maktutövningens laglighet, men det kan också vara bra med regler som binder den som har att utöva konkret och för den enskilde påtagligt kännbar makt.

En annan sak är att det också med denna utgångspunkt finns många goda skäl för lagstiftaren att visa viss återhållsamhet och avstå från detaljstyrning. Att mäta kvalitet på en skala (vilket straffmätning faktiskt handlar om) är svårt, men frågan är om det inte är ännu svårare att, utan oönskade resultat, ange entydiga och tydliga kriterier för sådan kvalitetsmätning. En sådan mätning förutsätter nämligen, åtminstone om den verkligen syftar till att mäta kvalitet, att många faktorer beaktas samtidigt. (Den som vill kan t.ex. föreställa sig



hur alltför entydiga och tydliga kriterier skulle kunna komma att slå t.ex. när det gäller kvalitetsbedömning av litteratur.) En mycket rak och tydlig styrning kommer visserligen att kunna leda till ensartade resultat, men den kommer ofrånkomligen (eftersom hänsyn bara kan tas till ett mindre antal faktorer) att leda till att fall som är olikartade behandlas lika. Ett övertydligt exempel på detta är den straffmättningspraxis som utvecklades i domstolspraxis gällande narkotikabrott och som Högsta domstolen till sist såg sig nödd att korrigera.<sup>18</sup>

\*\*\*

Om vi, mot bakgrund av vad som ovan sagts, utgår ifrån att det i och för sig är legitimt för lagstiftaren att inom vissa ramar (vilja) styra straffmätningen, blir nästa fråga hur detta kan och bör ske.

Här är det lätt att se att systemet för straffmätning (och påföljdsval) kan konstrueras på olika sätt. I vissa jurisdiktioner har man infört ”grids” eller rutnät som innebär att ett visst angivet normalstraff (en ruta i nätet) bestäms som en funktion av dels vilken nivå av svårhet brottet befinner sig på (motsvarande något som liknar straffvärde), dels gärningsmannens tidigare brottslighet. Därefter finns en möjlighet att avvika från normalstraffet (gå utanför den ruta i nätet som brottets svårhet och gärningsmannens tidigare brottslighet leder fram till). I andra jurisdiktioner – däribland Sverige – har man valt att styra genom ord snarare än genom siffror. Det finns på ett teoretiskt plan ingen given korrelation mellan valet av regleringsform och graden av styrning. Däremot låter det sig nog sägas att det empiriskt och generellt förhåller sig så att valet att styra genom ord ofta kan sägas ge uttryck både för en viss återhållsamhet och för en insikt om de problem som är förknippade med alltför mycket enkelhet och tydlighet. Omvänt är det i regel svårt att skapa rutnät om man vill bygga på alltför många faktorer.

Inom ramen för det svenska påföljdssystemet bör stå klart att förändrade straffnivåer i första rummet bör åstadkommas genom ändringar av straffskalorna. Genom att fastställa straffskalan för en viss brottstyp anger lagstiftaren brottstypens abstrakta straffvärde, dvs. hur allvarligt lagstiftaren ser på brottstypen i relation till andra brottstyper. Av 29 kap. 1 § brottsbalken, den centrala bestämmelsen om straffvärde, framgår vidare att straff ska bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan. Med andra ord ska man vid straffvärdebedömningen ta det av lagstiftaren angivna abstrakta straffvärdet som utgångspunkt.

---

18 Se bl.a. NJA 2011 s. 357.

En mycket direkt och påtaglig effekt kan uppnås genom att skärpa minimistraffet för en viss brottstyp. En skärpning av minimistraffet innebär dels (i) att bedömningen av det konkreta straffvärdet (dvs. straffvärdet för konkreta gärningar) kommer att ta sin utgångspunkt i ett annat abstrakt straffvärde än tidigare och som bekant tar straffmätningen sin utgångspunkt i skalans nedre del, dels (ii) att det nya minimistraffet som utgångspunkt inte ska underskridas, vilket följer bl.a. av anvisningen att straffet ska utmätas inom ramen för den tillämpliga straffskalan.<sup>19</sup> (Självfallet kan man också påverka straffmätningen genom att sänka minimistraffet.)

En skärpning av maximistraffen har emellertid mindre betydelse för straffmätningen dels eftersom straffmätningen i praktiken utgår ifrån straffminimum, dels eftersom den övre (eller åtminstone den översta) delen av straffskalan är avsedd för fall som relativt sällan inträffar. Resultatet av en höjning blir på sin höjd en mycket försiktig dragning i riktning uppåt.

Generellt sett bör vidare kunna sägas att mindre allvarliga brott är mer vanligt förekommande – rent empiriskt – än mer allvarliga brott. Exempelvis torde antalet enkla misshandelsfall vida överstiga antalet grova misshandelsfall. Det sagda betyder att lagstiftaren visserligen kan ha synpunkter på (och ett intresse av att styra) hur straffskalan används, men att verkligheten ändå sätter vissa gränser för vad som kan anses rationellt. Om vi såsom ett rent hypotetiskt exempel antar att 90 procent av alla upptäckta tillgreppsbrott avser enkla tillgrepp i butik av värden under 100 kr är det omöjligt att undvika en viss ansamling vid straffminimum (försåvitt man inte vill differentiera på helt artificiella grunder).

Lagstiftaren har nämligen i viss utsträckning *bundit sig själv*, genom att på det sätt som sker i 29 kap. 1 § brottsbalken, definiera straffvärdebegreppet med hänvisning till faktorer som har en betydelse som vi har en icke-rättslig och relativt tydlig förförståelse av. Genom att lagstiftaren hänvisar till faktorer som skada och fara kan hen följaktligen sägas ha givit straffvärdebegreppet en (åtminstone delvis) empirisk dimension. Vill man argumentera för ett visst straffvärde måste man på något sätt hänföra sig till sådana faktorer som enligt lagstiftarens definition av straffvärde är relevanta, och när vi talar om skada och fara så har dessa begrepp en naturlig koppling till

---

<sup>19</sup> Det finns enligt 29 kap. 3 § andra stycket brottsbalken förvisso alltid en möjlighet att underskrida straffminimum om det är befogat med hänsyn till straffvärdet; med hänsyn till (i) kan emellertid möjligheten att underskrida straffminimum inte användas för standardfall, utan det fordras i någon mening särskilda omständigheter (låt vara att det knappast kan behövas andra skäl än att straffvärdet i ett visst fall understiger minimistraffet).

det ”icke-rättsliga” eller ”för-rättsliga”. Vi har s.a.s. en förståelse av skada och fara som visserligen kan påverkas av rätten och av uttalanden av lagstiftaren, men som knappast kan frigöras från begreppens allmänspråkliga innebörd. Också härigenom, dvs. genom definitionen av vad straffvärde är, kommer alltså verkligheten in i bilden. Just vad gäller mord torde emellertid verkligheten inte vara särskilt begränsande, vilket bl.a. beror på att den för brottstypen nödvändiga skadan (död) i sig är sådan att den knappast ger några givna begränsningar när det gäller frågan om hur straffskalan ska användas. Såväl ett normalstraff på livstid som ett normalstraff någonstans i intervallet tio till arton år låter sig förenas med straffvärdebegreppets innebörd.

Vad som ovan har sagts om möjligheterna att styra genom minimi- och maximistraff är i stor utsträckning applicerbart också om vi talar om brottstyper som är gradindelade. Här måste emellertid uppmärksammas att minimistraffet för den högre graden av ett visst brott utgör ett slags ”praktiskt” maximum för den närmast lägre liggande graden. Exempelvis innebär det faktum att straffskalan för grov misshandel börjar på ett år att det mycket sällan händer att ett misshandelsbrott av normalgraden åsätts ett straffvärde som motsvarar eller överstiger ett år.<sup>20</sup> Det gör att en höjning av maximum för en lägre liggande grad i regel ter sig ganska meningslös och inte kan anses vara ett fungerande verktyg för att skärpa straffmätningen (låt vara att sådana förändringar ofta kan komma att ske till följd av ändringar av minimistraffet för en högre liggande grad).<sup>21</sup> Om man ser den samlade straffskalan för gradindelade brott som en och densamma kan vidare sägas att tekniken med gradindelade brott har en tendens att leda till en ansamling av brott strax vid övergångarna mellan olika svårhetsgrader, dvs. vid straffminimum för varje svårhetsgrad. Sammanfattningsvis finns alltså ett givet verktyg att ta till om lagstiftaren önskar att justera straffnivåerna, nämligen att ändra i straffskalorna.

\*\*\*

En justering av straffskalorna är emellertid ett ganska trubbigt verktyg för att påverka straffnivåerna. Detta beror bl.a. på att straffskalorna är relativt vida (dvs. inom dem finns ganska mycket utrymme som åtminstone teoretiskt kan användas på mycket olika sätt), men också på att lagstiftaren (av tradition) har valt att nyttja ett relativt begränsat antal punkter på skalan för att ange minimum och maximum. Det sistnämnda innebär att möjligheterna

---

20 Se angående relationen mellan straffvärde och gradindelning bl.a. SOU 2014:63 avsnitt 7.4.2.

21 Jfr här den skärpning av straffmaximum för skadegörelse av normalgraden som genomfördes år 2004, se prop. 2002/03:138.

till ”precisionsändringar” är begränsade. Om vi exempelvis ser på området mellan 14 dagar och ett år har lagstiftaren fram till alldeles nyligen använt sig endast av nivåerna 14 dagar, sex månader och ett år. Mot denna bakgrund säger det sig självt att en höjning av minimistraflet inte alltid framstår som en framkomlig väg för att justera straffnivån för ett visst brott eller för en viss typ av brott. Det gäller åtminstone om brottet inte är gradindelade. En förändring som innebär att man går från ett minimistraflet på 14 dagar till ett minimistraflet på sex månader innebär naturligtvis en mycket påtaglig skärpning av straffminimum. Förändringen är normalt så påtaglig att den inte låter sig försvaras.

När det gäller gradindelade brott kan en justering av straffminimum vara ett mer attraktivt verktyg. Detta beror bl.a. på att den relativa skärpningen normalt sett blir mindre (jfr att gå från 14 dagar till sex månader och att gå från sex månader till ett år) men också på att det finns möjlighet att vid behov – dvs. i den mån det är önskvärt och behövs för att nå rimliga resultat – kompensera skärpningen av straffskalan med en (delvis) förändrad bedömning av gradindelningen för brottet ifråga.

I sammanhanget kan framhållas att lagstiftaren på senare tid har börjat införa ytterligare en nivå i systemet, nämligen synnerligen grova brott. Man kan vara kritisk till detta från rättspolitisk synvinkel (inte sällan är det tydligt att ambitionen bakom införandet av ett synnerligen grovt brott är att skärpa straffen), men det kan knappast förnekas att införandet av ett synnerligen grovt brott innebär att det längs straffskalan uppstår fler hållpunkter för straffmätningen.<sup>22</sup> Denna nya nivå kan därför utgöra ett verktyg både för att åstadkomma ökad förutsebarhet och för att (i den mån det är önskvärt) åstadkomma en ökad differentiering.

Problemet med att straffskaleändringar ofta är ett trubbigt verktyg i lagstiftarens hand blev tydligt när hen – av ekvivalensskäl – ville justera straffskalorna för allvarliga våldsbrott.<sup>23</sup> Det lagstiftaren önskade göra i detta fall var att åstadkomma en inte obetydlig, men i ett större perspektiv ändå relativt beskedlig, skärpning för grövre våldsbrott. Med hänsyn till de parametrar som fanns att spela med framstod det som tydligt att en reform byggd på förändrade straffskalor riskerade både att slå alltför hårt (jfr ovan: en höjning av minimistraflet höjer, givet att tillämpningsområdet för brottstypen i fråga är konstant, i ett slag straffnivån på ett ganska påtagligt sätt) och att leda till minskad spridning (dvs. ännu större ansamlingar av gärningar kring straffminimum).

22 Jfr angående betydelsen av s.k. standardfall som utgångspunkt för straffmätningen, Asp och von Hirsch, *Straffvärde*, Svensk Juristtidning 1999 s. 163.

23 Se SOU 2008:85 och prop. 2009/10:147.

Mot denna bakgrund valde lagstiftaren att försöka påverka domstolarnas straffmätning genom en generell angivelse i 29 kap. 1 § brottsbalken om att det vid bedömning av straffvärdet särskilt ska beaktas om gärningen har inneburit ett angrepp på liv eller hälsa eller trygghet till person.

Självfallet innebär en sådan reform inte annat än en ganska allmän angivelse om att synen på vissa typer av brott ska skärpas, och det kan mot den bakgrunden diskuteras hur effektivt verktyget var för att med säkerhet uppnå en viss effekt. Samtidigt kan detta också sägas ha varit en fördel med reformen. Den gav helt enkelt domstolarna möjlighet att skärpa bedömningen av vissa typer av brott utan att de bands av några nya minimistraff med all den kantighet detta kan innebära.

Reformen möttes emellertid av stark kritik som framför allt tog sin utgångspunkt i vissa generella angivelser i förarbetena om hur stor straffskärpningen skulle vara.<sup>24</sup> Exempelvis angavs i propositionen att man vid ett misshandelsbrott som tidigare legat på tolv månader borde hamna ungefär på femton månader och att ett dråp som haft ett straffvärde motsvarande sex och ett halvt år borde hamna ungefär på åtta år.<sup>25</sup> Läser man dessa uttalanden bokstavigt är det klart att resultaten blir orimliga. Bl.a. skulle de kunna innebära att inga fall av grov misshandel skulle hamna vid straffminimum. Kritiken framstår i denna del som berättigad. Uttalandena var olyckliga (och några motsvarande uttalanden gjordes inte i det betänkande som låg till grund för reformen).<sup>26</sup>

---

24 Se framför allt Borgeke, Reimer, Ulväng & Wersäll, *Straffvärdebedömningen av allvarliga våldsbrott*, Svensk Juristtidning 2011 s. 71–81.

25 Se prop. 2009/10:147 s. 15. Se även s. 41 f.

26 I *Straffnivåutredningen* diskuterades hur man skulle kunna ge vägledning gällande reformens innebörd. Jag tror att jag återger historien på ett korrekt sätt om jag säger att de flesta personer knutna till utredningen menade att det inte gick att ange höjningen i absoluta tal på det sätt som sker i propositionen. En liknelse som jag vet diskuterades och som jag själv uppfattar som ganska träffande är att det handlar om att (i skärpande riktning) dra litet i ett gummiband längs vilket ett stort antal fall redan är fördelade, varvid det får förutsättas att gummibandet blir något mer elastiskt ju högre upp man kommer. Se också följande uttalande i författningskommentaren (SOU 2008:85 s. 390): ”Sammantaget innebär den nya meningen i andra stycket att allvarliga våldsbrott värderas upp i förhållande till annan brottslighet. Detta medför att den övre delen av straffskalan för sådana brott som utgör allvarliga angrepp på någons liv, hälsa eller trygghet till person bör kunna utnyttjas i större utsträckning än vad som är fallet i dag. Samtidigt bör förändringen kunna leda till att straffmätningen i den nedre delen av straffskalan sker på ett mer nyanserat sätt, och att det ges ett större utrymme att beakta såväl försvårande som förmildrande omständigheter inom ramen för straffskalan. Som vi närmare har utvecklat i avsnitt 7.4 och 8.3.1 medför dock det förhållandet att det begås fler mindre allvarliga brott än mer allvarliga brott att den nedre delen av straffskalan alltid kommer att utnyttjas i större utsträckning än den övre. Ändringen innebär inte någon förändring av detta grundläggande förhållande.”

En annan sak är att en mindre bokstavlig läsning av dem naturligtvis är möjlig – dvs. med en välvillig läsning skulle de kunna ses snarare som generella angivelser om ungefär hur stor den allmänna skärpningen avsågs vara (på olika nivåer) än som uttalanden om hur skärpningen ska se ut i det enskilda fallet. Ett tilläggs-skäl för en sådan mer välvillig läsning kan vara att en hållning som innebär att man ställer sig avvisande till försök att styra straffmätningen med relativt mjuka verktyg riskerar att leda till att lagstiftaren tar till verktyg som visserligen är mer effektiva men som samtidigt (och delvis just därför) riskerar att bli alltför kantiga. Det är möjligt att man genom att visa litet större förståelse för svårigheterna att styra straffmätningen och en litet större beredskap att *därför* göra det bästa av situationen hade kunnat undvika ytterligare reformsträvanden med skarpare åtgärder (läs: skärpta minimistraff).<sup>27</sup> Det är olyckligt med en utveckling som innebär att lagstiftaren genomför reform på reform – särskilt om det sker i en takt som betyder att den första reformen inte får tid att sätta sig innan det är dags för nästa.

I omvänd riktning bör lagstiftaren uppmanas att visa respekt för att det är en mycket grannliga uppgift att upprätthålla en någorlunda sammanhållen påföljdspraxis och inte ha orimliga och ogrundade förväntningar om att det går att styra fram en viss straffnivå. Domstolarna hanterar inte en straffnivå, utan en straffnivå *växer fram* genom hantering av enskilda fall (dvs. genom att reglerna möter verkligheten – jfr ovan om straffvärde och verklighet) och det är onekligen så att generella ändringar av det slag som genomfördes i 29 kap. 1 § brottsbalken ”begränsar möjligheterna att på detaljnivå styra straffmätningen för de enskilda brotten”.<sup>28</sup>

\*\*\*

Låt oss nu, mot bakgrund av vad som ovan sagts, närma oss Högsta domstolens dom och frågan om straffet för mord.

Högsta domstolen inleder sina egentliga överväganden med att gå igenom utvecklingen (punkterna 7–12). Därefter lyfter domstolen i tre punkter fram legalitetsprincipen och dess betydelse för straffmätningen. I linje med vad som ovan sagts har påföljdsbestämningen ofta uppfattats som ett område där domaren ska ges (någorlunda) fritt spelrum. 1989 års reform kan sägas innebära en brytning med denna tradition; reformen byggde kort sagt på

<sup>27</sup> Se SOU 2014:18.

<sup>28</sup> Borgeke m.fl. (not 24) s. 76. Se också replikväxlingen mellan Beatrice Ask och Stefan Lindskog på DN Debatt den 4 respektive 5 mars 2013 (som emellertid i väsentliga delar rör Högsta domstolens praxis rörande narkotika).

grundtanken att maktutövningen ska vara lagbunden och att legalitetshänsyn gör sig gällande också på området för påföljdsbestämning (punkterna 13–15).

Därefter kommer domstolen in på 2014 års reform och frågan vilken betydelse den har för straffmätningen i det aktuella målet. Här inleder Högsta domstolen med att referera Lagrådet invändningar mot det förslag som senare kom att bli lag (punkterna 16 och 17). Lagrådet menade bl.a. att förslaget – som alltså innebar att ”viss tid, lägst tio och högst arton år, eller på livstid” blev ”viss tid, lägst tio och högst arton år, eller, om omständigheterna är försvårande, på livstid” – språkligt närmast innebar en begränsning av möjligheterna att döma till livstid. Lagrådet pekade också på att kravet på försvårande omständigheter måste ”uppfattas så att det ska föreligga försvårande omständigheter i förhållande till ett tänkt normalfall av mord” och att det, mot den bakgrunden, tedde sig motsägelsefullt att sådana försvårande omständigheter skulle föreligga i flertalet fall.<sup>29</sup>

Högsta domstolen fortsätter sedan genom att dels (punkt 18) konstatera att det föreligger en motsättning mellan lagtexten och det som uttrycks i förarbetena, dels (punkterna 19–21) lägga fram vissa allmänna utgångspunkter för tolkning av straffbud. I den senare delen framhåller domstolen bl.a. att ”de valda orden sätter en gräns för det genomslag som motivuttalanden kan få”, att det krävs att ”den tänkta tillämpningen på ett rimligt sätt kan inordnas under lagtexten” (punkt 19) och att det både vad gäller frågan om brott har förövats och påföljdsbestämningsfrågan finns skäl till en viss återhållsamhet vid tolkning av lagstiftningen (punkt 20). Samtidigt betonas att lagstiftarens syfte med en viss reform bör respekteras inom ramen för vad som är förenligt med de genomförda lagändringarna (punkt 21). Mot denna bakgrund dras sedan (punkterna 22–26) följande slutsatser om 2014 års reform:

”22. Uttalandet i propositionen att livstids fängelse ska utgöra ett normalstraff i den bemärkelsen att det förutses dömas ut i en majoritet av fallen uttrycker en ambition att genomföra en mycket betydelsefull förändring av påföljdsbestämningen för mord. Livstids fängelse är lagens strängaste straff och utgör ett synnerligen hårt ingripande mot den dömda. Detta ställer särskilda krav på att lagstiftningen inte får vara otydlig.

---

29 Se prop. 2013/14:194 s. 34 ff.

23. Det kan då konstateras att för den som först läser den nya lagtexten och sedan motiven måste det komma som en överraskning att det tillägg som har gjorts i 3 kap. 1 § brottsbalken ska ha den i förarbetena angivna innebörden. Ändringen av lagtexten är ju, som Lagrådet framhöll i sitt yttrande (prop. 2013/14:194 s. 34), betydelsemässigt tämligen marginell och talar närmast för en begränsning av möjligheten att döma till fängelse på livstid för mord och i allt fall inte för en straffskärpning i förhållande till det rådande rättsläget.

24. Det står därmed klart att den i motiven till lagändringen förespråkade tillämpningen av livstidsstraffet inte på ett godtagbart sätt kan inordnas under lagtexten. Till skillnad från vad som bedömdes vara fallet i 2011 års avgörande (se p. 21) kan det i förarbetena angivna syftet – i detta fall att öka tillämpningen av livstidsstraffet – således inte anses vara förenligt med den genomförda lagändringen. Det innebär att lagens ord ska ha företräde. En godtagbar läsning av lagtexten är då att den inte innebär någon ändring av det tidigare rättsläget, utan i stället utgör ett förtydligande av detta.

...

26. Slutsatsen måste bli att 2014 års omformulering av 3 kap. 1 § brottsbalken inte förändrar det rättsläge som uppkom genom 2009 års reformering av straffskalan för mord (jfr ”Bajonettmordet” NJA 2013 s. 376).”

\*\*\*

Jag ska i återstoden av denna text i första rummet försöka förklara hur jag tror att man bör förstå och se på de uttalanden som görs om legalitet i relation till sanktions- och påföljdsbestämningsregler och därigenom också säga något om vad som kan anses ha gått fel i lagstiftningsprocessen.

Som redan framgått hänvisas i avgörandet såväl till legalitetsprincipen i allmänhet som till de underprinciper som brukar gå under namnen obestämdhetsförbudet (punkt 13) och analogiförbudet (punkt 19). I denna del är det förstås riktigt – som har påpekats bl.a. av Gorm Toftegaard Nielsen<sup>30</sup> – att det ofta (eller åtminstone ibland) är lika viktigt för den enskilde vad påföljden

30 Se Toftegaard Nielsen, *Strafferet 2, Sanktionerne*, 4 uppl. 2014 s. 15.



blir som huruvida denne blir fälld till ansvar eller ej. Att uppnå en viss nivå av förutsebarhet var ju, vilket Högsta domstolen framhåller, också ett av huvudsyftena med påföljdsreformen 1989.

Samtidigt bör det vara relativt okontroversiellt att säga att graden av förutsebarhet på påföljdsområdet inte kan vara hur hög som helst. I regel ges ju i straffrättens speciella del, dvs. i de enskilda straffbuden, inga andra anvisningar för påföljdsbestämningen än den som ligger i straffskalan och – vid gradindelade brott – i de eventuella särskilt angivna kvalifikationsgrunderna. Också om man beaktar de allmänna reglerna om straffmätning och påföljdsval är det rättvisande att säga att påföljdsområdet karaktäriseras av en viss öppenhet och obestämthet.

Det är därför angeläget att framhålla att det stora problemet med 2014 års reform svårigen kan sägas ha varit att den lagtext som slutligen beslutades *sedd för sig* var för obestämmd. En riktlinje av innebörd att en viss straffskala eller en viss del av en straffskala ska användas om omständigheterna är försvarande är s.a.s. i och för sig fullt godtagbar. Lagtext utformad på detta sätt finns i 20 kap. utlänningslagen (2005:716) och i lagen (1989:532) om tillstånd för anställning på fartyg. Härtill kan förstås läggas att s.k. kvalifikationsgrunder helt saknas vid åtskilliga gradindelade brottstyper. Bestämmelsen i 3 kap. 1 § brottsbalken kan följaktligen inte sägas stå i strid med legalitetsprincipens obestämthetsförbud.

Problemet kan i stället sägas vara att ambitionen med lagändringen var att relativt påtagligt skärpa straffmätningen vid mord<sup>31</sup> samtidigt som förändringen av lagtexten närmast gav uttryck för motsatsen. Med Högsta domstolens ord kan sägas att en tillämpning i linje med reformens syfte ”inte på ett godtagbart sätt kan inordnas under lagtexten”.

För att tydliggöra problemet med den valda lagtexten finns skäl att se närmare på den justering som gjordes. Vad innebär det från lagteknisk synpunkt när man på det sätt som skedde lägger till ett rekvisit i en bestämmelse? Vi kan här börja i Högsta domstolen. Beträffande den språkliga innebörden av ändringen uttalar Högsta domstolen följande (punkt 18):

---

31 Se Högsta domstolens dom punkt 22: ”Uttalandet i propositionen att livstids fängelse ska utgöra ett normalstraff i den bemärkelsen att det förutses dömas ut i en majoritet av fallen uttrycker en ambition att genomföra en mycket betydelsefull förändring av påföljdsbestämningen för mord.”

”18. Det finns en motsättning mellan lagtexten och det som uttrycks i förarbetena. Ett naturligt sätt att läsa lagbestämmelsen om mord i dess nya utformning är att det krävs att omständigheterna sammantaget är försvårande för att fängelse på livstid ska få dömas ut. I förhållande till vad som gällde tidigare innebär det inte någon egentlig förändring; också då skulle livstids fängelse tillämpas för de allvarligaste fallen, dvs. när omständigheterna var försvårande. Något självständigt betydelseinnehåll har därmed 2014 års tillägg till lagtexten knappast.”

Det är förstås riktigt som Högsta domstolen säger att den nya lagtexten stämmer relativt väl överens med vad som tidigare gällde, dvs. att livstid ska tillämpas när omständigheterna är försvårande.<sup>32</sup> Man kan visserligen säga att ”försvårande” är något annat än ”synnerligen försvårande” (se de ovan återgivna skrivningarna i NJA 2013 s. 376), men man kommer inte ifrån det förhållandet att den nya lydelsen – vilket vi återkommer till nedan – innebär att det *i lagtexten* tillförs en förutsättning för att döma till livstid och därför är mer begränsande än den tidigare.

I sammanhanget kan, från vad man skulle kunna kalla normlogisk synpunkt, en jämförelse göras med regleringen av kvalificerade och privilegierade brottstyper. För att stöld ska vara förövat krävs exempelvis att någon (i) olovligen (ii) tager (iii) vad annan tillhör (iv) med tillägnelseuppsåt samt (v) att tillgreppet innebär skada. För att ett snatteri ska vara förövat krävs *dessutom* (vi) att brottet är att anse som ringa. Det betyder att alla snatterier också är stölder, medan bedömningen att något utgör snatteri *dessutom* förutsätter att gärningen är att bedöma som ringa. Även om situationen inte är helt analog – här är inte fråga om en förutsättning för att en viss typ av brott ska föreligga, utan en förutsättning för användning av en viss del av straffskalan – kan på motsvarande sätt sägas att 2014 års reform innebar att lagstiftaren införde en tilläggsförutsättning för att döma till livstid: tillräckligt är inte att någon (i) dödar (ii) en annan människa utan det förutsätts *dessutom* (iii) att omständigheterna är försvårande.

Vad utfallet av införandet av en sådan tilläggsförutsättning blir beror förvisso på vad man lägger in i den. Den normlogiska strukturen mellan stöld och snatteri säger inte med nödvändighet något om huruvida majoriteten av fall är att hänföra till stöld eller till snatteri. Den självklara utgångspunkten bör

32 Jfr citatet från författningskommentaren i prop. 2008/09:118 ovan vid not 13 samt Högsta domstolens ovan återgivna skrivning i NJA 2013 s. 376.

emellertid rimligen vara att den rättsföljd vars inträdande inte förutsätter att några särskilda villkor är uppfyllda är att se som huvudregel. Det är just detta som ligger i Lagrådets uttalanden om relationen till ett tänkt ”normalfall” och om att det är motsägelsefullt att tänka sig att lagändringen innebär att livstid ska utdömas i en majoritet av fallen.

Slutsatsen att en tilläggsförutsättning innebär en begränsning av möjligheterna att tillämpa den rättsföljd som görs beroende av att tilläggsförutsättningen är uppfylld vinner dessutom betydligt i styrka om man ser på lagstiftningen i ett dynamiskt perspektiv. Om en viss klass av fall vid en viss tidpunkt är att hänföra till antingen *a* eller *b* och valet mellan *a* och *b* då sker utan några särskilt angivna kriterier, kan införandet av en förutsättning för att välja *b* rimligen inte öka tillämpningsområdet för *b*, dvs. man kan inte utvidga tillämpningsområdet för *b* genom följande förflyttning:

*Före ändring*  
Om X så *a* eller *b*

*Efter ändring*  
Om X så *a* eller, om Y, *b*

Likväl var det just precis det lagstiftaren försökte sig på.

Om vi nu i stället ser på legalitetsprincipen närmast med utgångspunkt från analogiförbudet – dvs. med utgångspunkt *dels* i Högsta domstolens uttalanden om att en tänkt tillämpning måste kunna inordnas under lagtexten eftersom det annars blir fråga om en analogisk tillämpning eller en tillämpning vid sidan av lagen (se punkt 19), *dels* med utgångspunkt i Högsta domstolens slutsats, dvs. att ”den i motiven till lagändringen förespråkade tillämpningen av livstidsstraffet inte på ett godtagbart sätt kan inordnas under lagtexten” – så kan vi se att legalitetsfrågan ter sig delvis annorlunda när det handlar om användning av en straffskala än om användning av en brottsbeskrivning.

När den fråga som ska besvaras är om en viss gärning omfattas av en viss brottsbeskrivning kan problemet sägas gälla om det enskilda fallet omfattas av lagtextens ordalydelse. Om vi tänker oss att lagtextens ord skapar ett kriminaliserat område som symboliseras av en cirkel så blir frågan om ett visst fall (*f*) går att hänföra till detta område:



Det kan t.ex. gälla frågan om tillgångar på ett konto kan sägas omfattas av ”egendom ... i besittning” i 10 kap. 4 § brottsbalken. Legalitetsfrågan gäller här, dvs. såvitt avser analogiförbudet, bara om det är möjligt att hänföra fallet till det område som avgränsas av ordalydelsen. Sedan kan det förstås finnas andra skäl som gör att man ändå väljer att inte tillämpa bestämmelsen.

När det gäller rättsföljdssidan kan man i och för sig tänka sig att samma problem kan uppstå om vissa rättsföljder förutsätter att vissa specifika rekvisit är uppfyllda. Anta t.ex. att det föreskrivs att den som stjälar en bil ska dömas till böter eller, om bilen är röd, till fängelse. Om vi åter låter tillämpningsområdet symboliseras av en cirkel, kan legalitetsfrågan bli mycket likartad den som uppstår vid bedömning av om en gärning uppfyller brottsbeskrivningens krav. Frågan blir kort och gott om ett visst fall (*f*) går att hänföra till tillämpningsområdet för fängelse, vilket i exemplet styrs av rekvisitetet röd. Är gärningen sådan att den omfattas av tillämpningsområdet för fängelse, dvs. är bilen röd?



Denna typ av (direkta) legalitetsproblem fanns emellertid knappast i detta fall. Problemet var inte i första hand att det språkligt inte gick att hänföra det konkreta fallet till den klass av gärningar som omfattas av tilläggsvillkoret avseende livstidsstraffet. Om man tolkar ”försvarande” på ett extensivt sätt bör nog också det fall Högsta domstolen hade framför sig i och för sig kunna hänföras till den klass av fall vid vilka livstids fängelse kan bli aktuellt.<sup>33</sup> Det är med andra ord knappast nödvändigt att gå *utanför ordalydelsen* för att hänföra det konkreta fallet till den klass av fall där det föreligger försvarande omständigheter. I det sammanhanget har det förstås betydelse att ”försvarande” i sig är ett relativt obestämt uttryck som knappast kan sägas skapa några skarpa gränser. (För övrigt var det ju inte heller nödvändigtvis så att en tillämpning av den nya lagstiftningen i linje med lagstiftarens intentioner skulle leda till livstid i det enskilda fallet. Se minoritetens bedömning.)

Vid sidan av denna rent tillämpningsområdesrelaterade aspekt av legalitetsprincipen (kan ett enskilt fall hänföras till en viss klass av fall som utpekats av lagtexten?) finns emellertid, när det gäller användning av straffskalor, också en mer generell aspekt som alltså inte gäller frågan om det enskilda fallet språkligt kan hänföras till tillämpningsområdet, utan snarare hur den tillämpliga skalan

33 Se Högsta domstolens dom punkterna 28 och 29.

ska användas i relation till den samlade (tänkbara) klassen av fall som faller under bestämmelsen. Översatt till detta fall gäller frågan om lagstiftaren i lagtexten på ett tillräckligt tydligt sätt har givit uttryck för hur skalan ska användas på bredd, dvs. om lagstiftaren på ett acceptabelt sätt givit uttryck för hur skalan är avsedd att användas i relation till den samlade klassen av fall som omfattas av bestämmelsen.

Som jag läser rättsfallet är det framför allt i denna del som såväl Högsta domstolen som Lagrådet har haft problem med den angivna lagtexten. Lagtexten ger kort och gott inte uttryck för en sådan fördelning av olika tänkbara gärningar som innebär att ett flertal fall ska hänföras till den del av straffskalan som ligger på livstids fängelse.<sup>34</sup>

Detta kan, som ovan framgått, sägas redan om man anlägger ett statistiskt perspektiv. Som Lagrådet framhåller måste:

”... kravet på försvarande omständigheter uppfattas så att det ska föreligga försvarande omständigheter i förhållande till ett tänkt normalfall av mord. Ett antagande att försvarande omständigheter i paragrafens mening skulle föreligga i flertalet fall ter sig under denna förutsättning motsägelsefullt.”<sup>35</sup>

I samma riktning talar Högsta domstolens uttalanden om att den nya lagtexten inte innebär någon egentlig förändring i relation till vad som gällde tidigare, dvs. att livstid ska tillämpas när omständigheterna är försvarande.

Än tydligare blir emellertid denna brist i lagstiftningen om man sätter den nuvarande lagtexten i relation till den som gällde mellan 2009 och 2014. Som ovan utvecklats framträder då närmast bilden av en inskränkning av

---

34 Jfr här riksåklagarens svarsskrivelse ÅM 2015/7049 s. 3 ff. i vilken riksåklagaren menar att den innebörd av legalitetsprincipen som Högsta domstolens dom ger uttryck för ”torde vara tämligen okänd” och sakna stöd i regeringsformen och Europakonventionen. Det är nog i och för sig riktigt att denna aspekt av legalitetsprincipen har diskuterats i liten utsträckning. Samtidigt framstår det som klart att det, också på påföljdsområdet, finns en allmän legalitets-, förutsebarhets- eller lagbundenhetsaspekt som måste hanteras i situationer där det som kommer till uttryck i lagtexten går stick i stäv med det som kommer till uttryck i förarbetena. En annan sak är att man alltid kan diskutera när man når den punkt där lagstiftningens utformning innebär att det inte är möjligt att följa lagstiftarens intentioner (jfr nedan). Det kan vidare diskuteras om man bör hänvisa till legalitetsprincipen i egentlig mening eller om det snarare handlar om att hänsyn kopplade till legalitet, förutsebarhet osv. gör sig gällande.

35 Prop. 2013/14:194 s. 35.

möjligheterna att döma till livstid: lagtexten säger nu – till skillnad från tidigare när det enligt lagtexten var helt öppet hur de båda bestraffningsalternativen förhöll sig till varandra (fråga var om en ren disjunktion: ”eller”) – att livstid ska användas endast under vissa förutsättningar, nämligen när omständigheterna är försvårande.

Eftersom innebörden av den av lagstiftaren givna normen, åtminstone sedd i ett statiskt perspektiv, kan sägas vara beroende av vad man lägger in i ”om omständigheterna är försvårande” – och eftersom det i det konkreta fallet inte kan sägas finnas något hinder mot att hänföra det konkreta fallet till den klass av fall vid vilken omständigheterna är försvårande – skulle man kunna säga att det i och för sig fanns ett utrymme för Högsta domstolen att vara vad man skulle kunna kalla lagstiftarlojal. Det kan alltså sägas ha funnits ett utrymme för att tolka bestämmelsen i ljuset av förarbetena och därmed uppnå ett resultat som motsvarar det av lagstiftaren eftersträfvade. I sammanhanget kan jämföras med följande uttalande av minoriteten i Högsta domstolen: ”Vid rättstillämpningen ska detta syfte [dvs. det i motiven uttryckta syftet] respekteras inom ramen för vad som är förenligt med de genomförda lagändringarna.” En sådan tolkning kan – även om den kan leda till resultat som är oförutsebara för den som endast sett på hur lagtexten har förändrats – knappast sägas stå i strid med legalitetsprincipens analogiförbud. Med hänsyn till vad som ovan sagts om att legalitetsprincipen (eller i vart fall hänsyn kopplade till legalitet och förutsebarhet) vid användningen av straffskalor måste anses ha betydelse också för hur fall fördelas på skalan, har jag emellertid svårt att kritisera Högsta domstolens majoritet för att man inte valde den vägen. När vi befinner oss på straffrättens område och förändringarna i lagtexten går i en helt annan riktning än motiven får man nog ändå räkna med att det någonstans tar stopp, dvs. att man någonstans når den punkt vid vilken domstolarna (ytterst Högsta domstolen) säger att den aktuella lagstiftningen, på grund av vad lagtexten faktiskt säger, inte leder till avsedda resultat. Det kan alltid diskuteras huruvida denna punkt har passerats i det enskilda fallet (se de olika bedömningar som görs av Högsta domstolens majoritet och dess minoritet), men grundprincipen – att lagtexten sätter en gräns för motivens betydelse – bör i en rättsstat rimligen kunna accepteras av alla.<sup>36</sup> Som kommer att framgå nedan är det också min bedömning

36 I sammanhanget kan jämföras med Högsta domstolens slutsatser i NJA 1985 s. 281 (I och II). Också i de målen fann domstolen att det med hänsyn till lagstiftningens utformning inte gick att följa vissa motivuttalanden om lagstiftningens innebörd. Det finns naturligtvis skillnader mellan fallen (som jag saknar möjlighet att gå in på här), men den principiella frågan om lagstiftningens relation till motiven kan ändå sägas ha varit likartad.

att lagstiftaren med relativt små medel hade kunnat nå – och med relativt små medel fortsatt kan nå – det eftersträvade resultatet.

\*\*\*

Någon kanske kan tycka att det som hänt utgör en bekräftelse på det som ibland påstås – nämligen att kvaliteten i lagstiftningsarbetet har dalat under senare tid. Min uppfattning är emellertid att ett sådant påstående i huvudsak saknar fog för sig, åtminstone på det område som jag kan överblicka, nämligen straffrättens. Generellt sett håller de produkter som kommer ut ur lagstiftningsmaskineriet en kvalitet som är relativt god och, skulle jag säga, fullt jämförbar med de som kommit tidigare. Allt är givetvis inte perfekt nu (långt därifrån), men det var det inte heller tidigare (det är inte svårt att ge exempel på detta från 60-, 70-, 80- och 90-talen) och jag skulle ljuga om jag sa annat än att jag i regel är ganska imponerad av det arbete som bedrivs i regeringskansliet.<sup>37</sup> Självfallet gäller alltid den gamla devisen ”No one should watch sausages and law being made”, men jag tror ändå att det låter sig sägas att mycket starka klagomål på den svenska lagstiftningsprocessen förutsätter ett bristande komparativt jämförelsematerial.<sup>38</sup> När jag i efterhand ser på detta lagstiftningsärende drabbas jag därför snarare av förvåning (”hur kunde en lagstiftning med denna utformning passera utan att någon drog i handbromsen?”) än av en känsla av bekräftelse (”så här går det när kvaliteten inte upprätthålls”).

En annan sak är att det ofrånkomligen märks både att straffrätten har blivit politiskt intressant och att antalet internationella pålagor (med bitvis mycket svårimplementerade krav på den svenska straffrätten) har blivit fler på sistone. Detta har bl.a. lett till att argumentationen för de positioner som intas i lagstiftningsärenden ibland blir mer ansträngd och mindre öppet sökande (och därför också mindre övertygande) än tidigare, men också till att antalet lagstiftningsprodukter i vilka nya lösningar prövas, i vilka man delvis söker bryta ny mark eller bryter mot en inarbetad och fungerande systematik, har blivit fler. I viss utsträckning kan man också se en förskjutning gällande innehållet i förarbetena: från juridik till politik. Som antytts tror jag emellertid

---

37 Måhända kan jag uppfattas som jävig eftersom jag själv bidragit till lagstiftningsarbetet under 00- och 10-talen, men en helt överväldigande majoritet av alla lagstiftningsärenden har naturligtvis förts framåt helt utan min medverkan. Det är om denna majoritet av ärenden jag uttalar mig.

38 Jfr här Bull & Cameron, *Legislative Review for Human Rights Compatibility: A View from Sweden*, i *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, red. Hunt, Hooper & Yowell, Oxford 2015 s. 279 ff.

att detta i allt väsentligt är ett utflöde av att lagstiftningsarbetet numera försiggår i en betydligt tuffare miljö än tidigare.

Hur kunde det då komma sig att lagstiftaren hamnade så snett i detta ärende? För att förstå det måste vi backa bakåt i lagstiftningsprocessen. I den departementspromemoria som ursprungligen remitterades föreslogs nämligen att den dåvarande bestämmelsen skulle ändras bara på så sätt att de båda alternativa straffen bytte plats.

*2009 års lydelse*

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

*Förslaget i departementspromemorian*

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

Mot detta förslag, som vad gäller ordningen mellan straffen påminner om det förslag som lämnades av Straffrättskommittén på 1950-talet, riktades på goda grunder kritik av många remissinstanser. Exempelvis ifrågasatte Örebro universitet dels om den ordning i vilken påföljder nämns kan ha någon egentlig betydelse för valet mellan ett tidsbestämt straff och livstidsstraff, dels om inte den valda tekniken (betydelselösa ändringar i lagen med tydliga angivelser om tillämpningen i förarbeten) riskerade att leda till att påföljdsbestämningen i praktiken styrs genom förarbetena vilket inte kan anses vara acceptabelt i en rättsstat.

Mot bakgrund av liknande ifrågasättanden lämnade emellertid flera remissinstanser också förslag till andra lagtekniska lösningar än de som presenterades i departementspromemorian, och om man läser propositionen kan man se att den lösning som slutligen valdes hämtades från förslag givna av Svea Hovrätt, Östersunds tingsrätt, Åklagarmyndigheten och Brottsoffermyndigheten (som alla föreslog en lagtext i linje med den som slutligen antogs). Lagstiftaren hade alltså inte obetydligt stöd för den valda lösningen bland remissinstanserna.<sup>39</sup>

39 Se prop. 2013/14:194 s. 21 f. Det kan vidare framhållas att Lagrådet (se anförd prop. s. 35), trots sin kritik, framhöll att den föreslagna paragrafen skulle vinna i tydlighet på att delas upp i två meningar: "I den första meningen bör i så fall anges att den som berövar annan livet döms för mord till fängelse på viss tid, lägst tio och högst arton år, och i den andra att det, om omständigheterna är försvarande, får dömas till fängelse på livstid." Denna skrivning skulle möjligen kunna sägas indikera en viss acceptans för den av lagstiftaren valda lösningen. I den ovan omtalade svarsskrivelsen från riksåklagaren, se ÅM 2015/7049 s. 4, hänvisar riksåklagaren också till denna del av Lagrådets yttrande: "Lagrådets förslag skiljer sig ... från den antagna lagtexten huvudsakligen i redaktionellt hänseende, genom att en mening har delats upp i två.



I rättvisans namn bör här framhållas att det naturligtvis fanns en tanke med det förslag som remissinstanserna lämnade och som lagstiftaren genomförde, nämligen att man genom att i lagtexten tala om försvårande omständigheter skulle sänka ribban i relation till Högsta domstolens uttalanden i NJA 2013 s. 376 om fall där omständigheterna var ”synnerligen försvårande”. Frågan blir emellertid likväl om man, genom att på detta sätt relatera lagstiftningens ord till tidigare prejudikat, kan få en lagstiftningsändring som normlogiskt är inskränkande (jämför lagstiftningen före och efter reformen) att bli påtagligt utvidgande.

\*\*\*

Till sist (och när vi nu ändå är inne på remissyttrandena): Jag tycker inte om att vara beskäftig och efterklok, men vid det fåtal tillfällen när man faktiskt *har tänkt efter före* är det lätt att ändå falla för frestelsen. Jag vill därför avsluta denna text genom att hänvisa till vad Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet skrev i slutet av sitt remissvar på Ds 2013:55.

”För att tydliggöra att livstid i detta fall är normalstraffet och för att tydliggöra att det inte bara handlar om den ordning i vilken straffen nämns ... kan finnas skäl att överväga en ordning som innebär att livstid anges som normalstraffet och där ett tidsbestämt straff förutsätter att förutsättningarna enligt något slags normativ riktlinje är uppfyllda. En sådan bestämmelse skulle t.ex. kunna utformas enligt följande:

Den som berövar annan livet, döms för mord till fängelse på livstid eller, om ett livstidsstraff inte kan anses påkallat, till fängelse lägst tio och högst arton år.”

Man kan kanske tycka att den angivna normativa riktlinjen (”inte kan anses påkallat”) var mer än lovligt intetsägande (den hade naturligtvis kunnat utvecklas), men jag törs ändå påstå att lagstiftaren hade sluppit bakläxa om hen – i stället för att göra precis tvärtom – hade valt att lyssna till detta råd och göra *det tidsbestämda straffet* beroende av ytterligare förutsättningar. 🙄

---

I vart fall kan den av Lagrådet föreslagna lagtexten svårligen läsas så att den i högre grad ger uttryck för motiven bakom lagändringen, sett i förhållande till den antagna lagtexten.” Indirekt sägs alltså att Lagrådet, trots sin kritik, föreslagit en lydelse som i sak motsvarar den som nu gäller. Det kan nog diskuteras om denna beskrivning är rättvisande. Det kan inte utan fog hävdas att Lagrådets förslag till uppdelning av lagtexten måste läsas mot bakgrund av att det i övrigt riktar hård kritik mot den i lagrådsremissen föreslagna lagtexten, dvs. fråga är inte om ett självständigt förslag, utan om redaktionella synpunkter på ett förslag som i grunden kritiserats relativt hårt.