



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Westling

Tidigare brottslighets betydelse för påföljdsbestämningen

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Per Ole Träskman

Ämnesområde
Straffrätt

Vårterminen 2009

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Metod och material	6
1.4 Disposition och avgränsning	6
2 OM ÅTERFALL I BROTT	8
2.1 Begreppet återfall i brott	8
2.2 Återfallets följder i rättsprocessen	8
2.3 Återfallsmönster	9
2.3.1 Dold brottslighet	9
2.3.2 Statistik om återfall	10
2.3.3 Återfallsindikerande faktorer	11
3 STRAFFTEORETISKA ARGUMENT FÖR SKÄRPT STRAFF VID ÅTERFALL	13
3.1 Straffteorierna	13
3.1.1 Inledning	13
3.1.2 Allmänprevention	13
3.1.3 Individualprevention	14
3.1.4 Proportionalitet	15
3.2 Straffteoriernas betydelse för straffsystemet	16
3.3 Straffteoriernas förhållande till återfallsskärpning	18
3.3.1 Inledning	18
3.3.2 Allmänprevention	18
3.3.3 Individualprevention	19
3.3.4 Proportionalitet	20
3.3.4.1 Teorin om ökad skuld	21
3.3.4.2 Teorin om tolerans för förstagångsbrottslingar	21
3.3.5 Sammanfattning	22

4	ARGUMENT FÖR SKÄRPT STRAFF VID ÅTERFALL I FÖRAR BETENA	24
5	GÄLLANDE RÄTT	26
5.1	Inledning	26
5.2	Skärpt påföljdsval	26
5.2.1	Allmänt om skärpt påföljdsval	26
5.2.2	Påföljdsvalet och tidigare brottslighet	27
5.3	Förverkande av villkorlig frigivning	29
5.3.1	Villkorligt medgiven frihet	29
5.3.2	Förverkande av villkorligt medgiven frihet	30
5.3.3	Särskilda skäl som talar mot förverkande	31
5.3.4	Förverkande helt eller delvis?	32
5.4	Skärpt straffmätning	32
5.4.1	Allmänt om skärpt straffmätning vid återfall	32
5.4.2	Omständigheter som talar för återfallsskärpning	34
5.4.3	Hur mycket bör straffet skärpas?	35
5.4.4	Förhöjt straffmaximum	36
5.5	Synpunkter på rättsläget i doktrinen	37
5.5.1	Inledning	37
5.5.2	Irrelevanta kriterier	37
5.5.3	Otydlig reglering	38
5.5.4	Dubbelbestraffning	38
5.5.5	Effekten av återfallets betydelse för påföljdsvalet	39
6	ETT NYTT LAGFÖRSLAG – SOU 2008:85	41
6.1	Inledning	41
6.2	Argument för återfallsskärpning	41
6.3	Förslag och motivering	42
6.4	Särskilt yttrande	43
6.5	Remissvar	44
7	DET ALLMÄNNA RÄTTSMEDVETANDET	46
7.1	Inledning	46
7.2	Begreppet ”det allmänna rättsmedvetandet”	46
7.2.1	Holistisk och reduktionistisk syn på rättsmedvetandet	46
7.2.2	Det allmänna rättsmedvetandets innehåll	47
7.2.3	Det allmänna rättsmedvetandets roll vid lagstiftningen	49
7.3	Det allmänna rättsmedvetandet och återfall	50
7.3.1	Bondesons undersökning	50

7.3.2	Axbergers undersökning	50
7.3.3	Det allmänna rättsmedvetandets roll vid lagstiftningen om återfall	51
8	DISKUSSION	53
8.1	Återfallsskärpning – hur och varför?	53
8.2	Det nya lagförslaget	56
8.3	Avslutande kommentar	57
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
	Offentligt tryck	59
	Remisser	60
	Litteratur	60
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	62

Summary

The overall objective with this thesis is to examine *how* and *why* prior convictions of the defendant has an effect on the sentence. According to current law, prior convictions can be taken into consideration by the court in mainly three different ways. Firstly, by a different choice of sentence, according to 30 chapter 4 § BrB. Secondly, by forfeiture of conditional discharge, according to 34 chapter 4 § BrB. Thirdly, by a stricter penalty, according to 29 chapter 4 § BrB. A stricter penalty can only be enacted if the prior convictions have not been sufficiently regarded by the stricter choice of sentence or the forfeiture of conditional discharge. Thus there is a possibility to regard the prior convictions in several different ways, at the same time.

A stricter sentence based on the prior convictions of the defendant can be motivated from grounds of both general prevention and individual prevention. However, there is no empirical evidence to uphold these theories. Stricter sentences can not prove to reduce criminality or the risk of relapse. Neither can prior convictions be considered a relevant factor for stricter sentences according to just desert theories. A crime is not more perilous or offending because the culprit has committed crimes before. The argument presented in the preparatory work of the law is based on the supposition that stricter sentences for recidivists are demanded by the public opinion. References to the public opinion in the legislative work are combined with difficulties. Partly, because there is no empirical support that the opinion that recidivists should receive stricter sentences is, in fact, public. Partly, because the public opinion may not be consistent with a rational legislation.

The current legislation has been criticized by different representatives of jurisprudence. Because prior convictions can be taken into consideration in three different ways, it can not be combined with the prohibition of dual punishment, *ne bis in idem*. Moreover, the criteria's that is mentioned in 29 chapter 4 § BrB, are arbitrary and irrelevant. Also, the effect of the usage of prior convictions as a factor for a stricter choice of sentence has been many short term imprisonments, which is opposed to the criminal political ambition of avoiding deprivation of liberty.

A proposal for a new legislation regarding the sentence for recidivists was presented in October 2008 and is currently on submission for comments. The proposal wants to broaden the usage of 29 chapter 4 § BrB, so that the sentence regularly is going to exceed the culpability. Not only does that kind of regulation go against the theory of just desert since the punishment will not be correspondent to the crime, but it also goes against the prohibition of dual punishment.

Sammanfattning

Föreliggande arbete behandlar tidigare brottslighets betydelse för påföljdsbestämningen. Syftet är att undersöka *hur* och *varför* tidigare brottslighet tillmäts betydelse vid bestämningen av påföljd.

Enligt gällande rätt kan återfall beaktas vid påföljdsbestämningen främst på tre olika sätt. Det blir i första hand fråga om ett skärpt påföljdsval enligt 30 kap 4 § BrB, då återfall enligt 30 kap 4 § BrB kan bidra till att bryta presumtionen mot fängelse. Återfallet kan därefter beaktas vid förverkande av villkorligt medgiven frihet enligt 34 kap 4 § BrB. Det finns en presumtion för att hela den villkorligt medgivna friheten ska förverkas om inte särskilda skäl talar emot det. Om återfallet inte kan beaktas i tillräcklig mån genom ett skärpt påföljdsval eller genom ett förverkande av villkorligt medgiven frihet får den tidigare brottsligheten påverka straffmätningen, enligt 29 kap 4 § BrB. Det finns alltså möjlighet att beakta tidigare brottslighet på flera olika sätt.

Ett skärpt straff vid återfall kan motiveras utifrån både allmän- och individualpreventiva utgångspunkter. Det finns dock inget empiriskt stöd för att dessa teorier skulle ha en brottspreventiv effekt ifråga om återfall, vilket innebär att man inte kan åberopa allmän- eller individualprevention som grund för återfallsskärpning. Tidigare brottslighet kan heller inte anses vara en relevant omständighet för återfallsskärpning enligt proportionalitets- och ekvivalenstankar – en gärning blir inte svårare för att gärningsmannen begått brott förut. Den motivering som ges i förarbetena utgår emellertid varken från proportionalitets- eller preventionsöverväganden utan förankrar sitt beslut i att återfallsskärpning av allmänheten uppfattas som naturligt och rimligt. Att åberopa det allmänna rättsmedvetandet som grund för lagstiftning är dock förenat med svårigheter. Dels därför att det saknas empiriskt stöd för att med säkerhet kunna konstatera att den anförda uppfattningen är allmän, dels därför att det kan vara svårt att basera en rationell lagstiftning på allmänhetens uppfattning.

I doktrinen har det riktats kritik mot den nuvarande regleringen från flera olika håll. Dels anses reglerna – som innebär att återfall kan beaktas enligt tre olika bestämmelser – strida mot dubbelbestraffningsförbudet, som innebär att en omständighet som är till nackdel till den tilltalade inte får beaktas flera gånger under straffbestämningen. Dels anses kriterierna som talar för en återfallsskärpning i 29 kap 4 § BrB vara godtyckliga och kriminalpolitiskt irrelevanta. Dels har betydelsen av tidigare brottslighet – tillsammans med betydelsen av artbrottslighet – inneburit att korta fängelsestraff döms ut i hög grad, vilket strider mot den kriminalpolitiska målsättningen att i möjligaste mån undvika korta fängelsestraff, i enlighet med humanitetsprincipen.

Ett nytt förslag till återfallsreglering presenterades i oktober 2008 och är i skrivande stund på remiss. Förslaget går i motsatt riktning i förhållande till kritiken i doktrinen och utvidgar möjligheten till att skärpa straffet utöver straffvärdet vid återfall. En sådan ordning strider mot såväl proportionalitetsprincipen, då straffet inte kommer att motsvara brottets allvar, som dubbelbestraffningsförbudet, då bestämmelsen är tänkt att tillämpas parallellt med andra bestämmelser som beaktar tidigare brottslighet.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
Brå	Brottsförebyggande rådet
Dir	Direktiv
Dnr	Diarienummer
F	Följande sida
Ff	Följande sidor
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JT	Juridisk tidsskrift
Kvs	Kriminalvårdsstyrelsen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NTfK	Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab
Prop	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Introduktion

Att en person som upprepade gånger begår brott ska straffas hårdare än en förstagångsbrottsling är en uppfattning som kan spåras långt tillbaka i vår rättshistoria - redan i vår äldsta nedtecknade rätt, landskapslagarna, finns exempel på att återfall innebar ett hårdare straff.¹ Sedan landskapslagarnas tid har syftet och utformningen av straffsystemet förändrats många gånger, men uppfattningen att återfallsbrottslingar ska dömas till ett strängare straff har hela tiden varit konstant. Än idag återfinns denna syn på recidivism i vår lagstiftning.

Att upprepad brottslighet ska ligga till grund för ett skärpt straff är emellertid inte okontroversiellt utan har tvärtom blivit starkt ifrågasatt utifrån ideologisk grund. Kritiker har bland annat hävdat att en återfallsskärpning innebär att brottslingen straffas på nytt för det förra brottet, och att ett påföljdssystem som tar hänsyn till tidigare brottslighet inte går att förena med de grunder som vårt straffsystem bygger på.

Dagens påföljdsregler tillkom vid reformen i slutet av 1980-talet. Vid denna reform var reglerna kring återfall de kanske mest diskuterade och de har utsatts för omfattande kritik ifrån rättsvetenskapligt håll. Nyligen har det presenterats en utredning som föreslår förändringar i reglerna kring tidigare brottslighets betydelse för påföljdsbestämningen. Även detta förslag har utsatts för kritik, bland annat av vissa av de experter som medverkat i utredningen. Vilken betydelse tidigare brottslighet ska ha för påföljdsbestämningen är med andra ord en fråga som det råder stor oenighet kring och där kompromisslösningar verkar vara svåra att uppnå.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med det föreliggande arbetet är att undersöka *hur* och *varför* vi tillåter tidigare brottslighet att påverka straffet. Mer precist innebär det dels att undersöka hur skärpt straff för återfall kan motiveras och om en sådan reglering är förenlig med de principer som ligger till grund för påföljdssystemet, dels att utreda vilken betydelse tidigare brottslighet har enligt gällande rätt. Ytterligare ett syfte är att, mot bakgrund av denna undersökning, granska det förslag till lagändring vad gäller återfall som nyligen lagts fram av Straffnivåkommittén.²

Andra frågor som har en nära koppling till frågan om återfallsskärpning, och som är intressanta att undersöka i sammanhanget, är hur det allmänna

¹ Sitte Durling, s. 43f.

² Se SOU 2008:85

rättsmedvetandet förhåller sig till återfallsskärpning och hur viktigt det är att ta hänsyn till allmänhetens uppfattning vid lagstiftning om strängare straff vid återfall. Anledningen till att dessa frågor aktualiseras är att ”det allmänna rättsmedvetandet” i olika sammanhang har förts fram som ett av de främsta skälen till att ha ett återfallsskärpande påföljdssystem.

1.3 Metod och material

Metoden i denna uppsats är framförallt den traditionellt juridiskt rättsdogmatiska, där lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin har granskats. Emellertid har ämnets karaktär inneburit att vissa ytterligare källor har använts. I det inledande avsnittet har jag använt mig av kriminologisk och sociologisk litteratur, samt statistik och rapporter från dels Brottsförebyggande rådet, dels Kriminalvårdsstyrelsen för att kunna ge en bakgrundsbild till hur återfallsproblematiken ser ut i praktiken. Betydelsen av återfall vid påföljdsbestämningen har sedan reformen i slutet av 1980-talet diskuterats tämligen flitigt inom den svenska juridiska doktrinen och jag har utgått ifrån denna diskussion i det straffteoretiska avsnittet. Den del av uppsatsen som redogör för det nya lagförslaget utgår av naturliga skäl ifrån den aktuella utredningen, Straff i proportion till brottets allvar.³ För att även ge en bild av vilka reaktioner som förslaget skapat med avseende på återfallsskärpningen har jag dessutom redogjort för remissvaren, i de fall de haft särskilda synpunkter på förslaget.

I avsnittet som handlar om det allmänna rättsmedvetandet har jag använt mig av olika artiklar, både juridiska och rättssociologiska, som behandlar området från olika utgångspunkter, samt två statistiska forskningsrapporter om det allmänna rättsmedvetandet. Dessa rapporter är relativt gamla, från 1975 respektive 1996. Det är ändå motiverat att trots detta redogöra för dem eftersom de är de enda svenska undersökningar som gjorts om människors uppfattningar om återfallsskärpning.

1.4 Disposition och avgränsning

Uppsatsen inleds med ett avsnitt som på ett allmänt plan behandlar begreppet återfall i brott – syftet med detta avsnitt är att teckna en bakgrundsbild till den vidare framställningen och öka förståelsen för återfallet som samhällsfenomen. Den juridiska bestämningen av begreppet återfall i brott, processrättsliga följder och kriminologiska återfallsmönster kommer att redogöras för. Därefter följer en redogörelse för vilka argument som kan anföras för att motivera återfallsskärpning och huruvida de är hållbara; först straffteoretiska argument, sedan de argument som framförts i förarbetena. Det följande avsnittet är en granskning av gällande rätt – hur reglerna kring återfallsskärpning är uppbyggda och hur bestämmelserna

³ SOU 2008:85

samspekar med varandra och det övriga påföljdssystemet. I samband med detta ges en genomgång av den kritik i doktrinen som har riktats mot den nuvarande regleringens närmare utformning och vilka följder den har fått.

Det därefter följande kapitlet innehåller en redogörelse för det förslag till ny lagstiftning som har lagts fram på området. Även argument för och kritik mot förslaget presenteras. Därpå behandlas det allmänna rättsmedvetandet, genom en orienterande genomgång av vad som avses med det allmänna rättsmedvetandet, hur dess innehåll kan fastställas och vilken betydelse det har för lagstiftningen – samt hur det förhåller sig till återfall. En sådan genomgång är av betydelse då ett av de främsta motiven för att behålla återfallsreglerna har varit att det förväntas av det allmänna rättsmedvetandet. Uppsatsen avslutas med en diskussion kring frågeställningarna utifrån resultatet av utredningen.

Följder av tidigare brottslighet som inte berör påföljdsbestämningen, exempelvis konsekvenser för straffverkställigheten eller för användandet av tvångsmedel, kommer inte att beröras i denna uppsats. Fokus ligger på de bestämmelser som är centrala vad gäller återfall och därvid har även ett fåtal påföljdsbestämmelser där tidigare brottslighet har en viss betydelse, men som inte är av någon direkt betydelse för arbetet, utelämnats. Vilka dessa är kommer att framgå i texten. Någon historisk exposé över återfallets roll för straffet kommer inte att göras då en sådan inte har bedömts tillföra något av vikt för den övriga uppsatsen.⁴ Vissa ytterligare avgränsningar kommer att göras löpande.

⁴ För en utförlig redogörelse för återfallsregler i ett historiskt perspektiv, se exempelvis Sitte Durling, s. 41-66

2 Om återfall i brott

2.1 Begreppet återfall i brott

Med återfall i brott avses allmänt brottslighet begången efter en tidigare dom. Det finns emellertid inte någon enhetlig juridisk definition av begreppet ”återfall i brott” i den svenska lagstiftningen eftersom vad som avses med återfall skiljer sig åt i olika bestämmelser. I 29 kap 4 § BrB och 30 kap 4 § 2 st. BrB stadgas att den tilltalade tidigare ska ha gjort sig ”skyldig till brott” medan det i 26 kap 3 § BrB föreskrivs att gärningsmannen tidigare ska ha ”dömts till fängelse i lägst två år”. Skillnaden blir att i de förstnämnda fallen beaktas inte enbart en fällande dom utan även åtalsunderlåtelse och strafföreläggande.⁵

En förutsättning för att ett brott ska klassificeras som ett återfall är alltså att ett tidigare brott upptäckts och att gärningsmannen på grund av detta varit föremål för någon form av straffrättslig åtgärd. Det handlar följaktligen inte om återfall i de situationer då en person begått flera brott *utan* mellanliggande lagföring – dessa situationer betecknas istället som flerfaldig brottslighet eller brottskonkurrens.

I äldre doktrin framfördes ibland att det nya brottet måste vara identiskt med det tidigare brottet för att det skulle handla om ett återfall.⁶ Någon sådant krav på återfallet finns inte längre – däremot har det tidigare och det nya brottets egenskaper fortfarande viss betydelse för om en skärpt påföljdsbestämning ska vara aktuell på grund av återfallet.⁷

2.2 Återfallets följder i rättsprocessen

Som framgått handlar detta arbete om återfallets betydelse för *påföljdsbestämningen*. Det är emellertid viktigt att känna till att återfall i brottslighet kan få betydelse på flera olika nivåer i rättsprocessen. Dels kan tidigare brottslighet få betydelse redan under förundersökningsstadiet, bland annat vid beslut om rapportteftergift, åtalsunderlåtelse och häktning. Dels kan återfall i vissa fall få betydelse för den straffrättsliga ansvarsbedömningen, framförallt vid bedömningen om ett rekvisit ska anses vara uppfyllt eller inte. Ett exempel är rekvisitet ”vanemässigt” – vilket förekommer bland annat i 3 § TBL, och i vilket tidigare brottslighet utgör bevisfaktum.⁸ Vidare spelar återfall en betydande roll vid påföljdsbestämningen, bland annat genom att påföljdsvalet kan skärpas, exempelvis från böter till fängelse, att villkorligt medgiven frihet kan

⁵ Prop. 1987/88:120 s. 88

⁶ Hagströmer, s. 514f.

⁷ Se vidare i avsnitt 5

⁸ Sitte Durling, s. 138

förverkas och genom att straffmätningen kan skärpas.⁹ Slutligen kan återfall även påverka verkställigheten av domen – bland annat vid Kriminalvårdens beslut om placering i öppen eller slutan stalt, eller vid deras beslut om beviljande av intensivövervakning med elektronisk kontroll. Återfall kan följaktligen återopas som grund för en strängare behandling i samtliga skeden under rättsprocessen. Därtill kommer att återfall kan ges betydelse i rättsprocesser utanför straffrättens område. I exempelvis familjerätten kan tidigare brottslighet få betydelse för om en person anses lämplig som vårdnadshavare.¹⁰

Ulväng påpekar att återfallsregleringen på detta sätt ges olika dimensioner av kvalitet/kvantitet. Eftersom återfallsregleringen kan motiveras av skäl som är både tillbakablickande och framåtblickande ges även en prospektiv/retrospektiv dimension.¹¹

2.3 Återfallsmönster

2.3.1 Dold brottslighet

För att ge en bakgrundsbild av återfallsproblematiken inför den fortsatta framställningen, samt en ökad förståelse för återfallet som samhällsfenomen, kommer här att redogöras för den statistiska kunskap vi har kring vilka personerna är som återfaller i brott. En aspekt som emellertid är viktig att hålla i minnet vad gäller återfall är att långt ifrån all brottslighet blir registrerad. Många brott upptäcks aldrig, eller kommer av olika orsaker inte till polisens kännedom. Mörkertalens storlek är avgörande för hur väl statistiken speglar brottslighetens faktiska nivå, men eftersom mörkertalet varierar mellan olika typer av brott försvåras även möjligheten att göra riktiga beskrivningar av den faktiska brottsstrukturen.¹² Den dolda brottsligheten innebär alltså att kriminalstatistiken delvis blir missvisande.

Allmänt kan sägas att avgörande för hur stor del av brottsligheten som anmäls, och därmed kommer med i statistiken över anmälda brott, är dels möjligheten att upptäcka brottet, dels viljan att anmäla brottet till polisen. Offerlösa brott såsom rattfylleri och narkotikabrott, men även brott där skadan inte är särskilt stor, exempelvis butiksnatterier, kommer tämligen sällan till polisens kännedom.¹³ När det gäller brott med offer beror anmälningsbenägenheten främst av två faktorer; brottets grovhet och den sociala relationen mellan offret och gärningsmannen.

Anmälningsbenägenheten är mindre ju lindrigare brottet är och desto närmare offret och förövaren står varandra. Detta innebär att våldsbrott inom familjen blir underrepresenterade i brottsstatistiken, medan så kallat

⁹ Se vidare i avsnitt 5

¹⁰ Se t.ex. SOU 2005:43 s. 497

¹¹ Ulväng, s. 332

¹² Brå 2008:23 s.16

¹³ Brå 2008: 23 s. 17

gatuvåld kan antas vara bättre representerat.¹⁴ För tillgreppsbrott är det framförallt värdet på det stulna och förekomsten av försäkringsskydd som är av betydelse för anmälningsbenägenheten - exempelvis anmäls bilstöld och bank- och butiksrån i hög grad då det ofta handlar om höga värden och det vanligen finns försäkringsskydd. Eftersom försäkringsbolag i regel kräver polisanmälan kan statistiken därför antas spegla denna typ av brott ganska bra.¹⁵

2.3.2 Statistik om återfall

Som framkommit så har mörkertalen en central roll för hur väl statistiken belyser brottsligheten. Däremot har mörkertalet en mindre betydelse när brottslighetens *utveckling* studeras, under förutsättning att det är tämligen konstant över tid. I sådana fall speglar den anmälda brottslighetens utveckling den faktiska utvecklingen relativt väl, oavsett hur stort eller litet mörkertalet är.¹⁶ Brottsförebyggande rådet sammanställer årligen statistik över antalet återfall vilket ger möjlighet att se variationer i återfallsmönstret över tid. Allmänt kan sägas att mönstret avseende kön, ålder, brottstyp och påföljd har varit mycket stabilt de senaste tio åren.¹⁷ För nedanstående redogörelse för återfallsmönstren används den senaste sammanställningen, som avser återfall mellan åren 2002 och 2005.

Av de personer som lagfördes år 2002 så återföll 24 procent i brottslighet inom ett år och 38 procent inom tre år. Trenden sedan 1991 är att återfallen har ökat något. För återfall efter ett år har andelen ökat med två procentenheter och andelen återfall efter tre år har ökat med tre procentenheter sedan början på 90-talet. Denna ökning ska dock ses mot bakgrund av att antalet lagförda personer har minskat betydligt sedan 1991 vilket har inneburit att de lagförda personer som följs upp för återfall i högre grad omfattas av personer med tidigare brottsbelastning. Dessa personer har generellt en högre återfallsrisk än personer utan tidigare brottsbelastning.¹⁸

Vad gäller skillnader i *kön* så återfaller generellt sett män oftare i brott än kvinnor. Av samtliga män som lagfördes år 2002 återföll 26 procent inom 1 år, jämfört med 17 procent av kvinnorna. Skillnaderna kvarstår även under den treåriga uppföljningsperioden.¹⁹ Skillnaden i återfallsmönstret mellan olika *åldersgrupper* är ganska små. Mellan personer som är 18–49 år uppvisas inga större olikheter. Det är dock något vanligare att lagförda personer i denna åldersgrupp återfaller än i åldersgrupperna 15–17 år och 50 år eller äldre. Efter 50 år sjunker antalet personer som återfaller betydligt.²⁰

¹⁴ Brå 2008:23, s. 16f.

¹⁵ Brå 2008:23, s. 17

¹⁶ Brå 2008:23 s. 16

¹⁷ Brå 2008:17 s. 239

¹⁸ Brå 2008:17, s. 240

¹⁹ Brå 2008:17 s. 241

²⁰ Brå 2008:17 s. 241

Statistiken visar att risken för återfall ökar med personernas *tidigare brottsbelastning*, vilket är ett mönster som har varit stabilt över en längre tidsperiod. För personer med tio eller fler tidigare lagföringar är risken för återfall inom tre år över 90 procent. Det är dock en ganska liten grupp faktiska personer det handlar om. Under åren 1991–2002 har antalet dömda med minst tio tidigare lagföringar varierat mellan 5 600 och 6 700 personer, jämfört med förstagångsbrottslingarna som har varierat mellan 34 900 och 59 700 personer.²¹

Antalet återfall varierar beroende på vilken *brottstyp* det handlar om. Lagförda för brottstyper som tillgrepp av fortskaffningsmedel, rån, olovlig körning, grov stöld och narkotikabrott återfaller i högre grad än de som lagförts för andra typer av brott. Av personerna som lagfördes år 2002 för dessa brottstyper återföll 65–68 procent i brott inom en treårsperiod. Av personerna som lagfördes för miljöbrott eller skattebrott samma år återföll åtta respektive nio procent. Skillnaderna i återfall mellan olika brottstyper kan förklaras delvis med vilka gärningspersonerna är. Det är vanligt att personer som lagförts för narkotikabrott är kriminellt belastade sedan tidigare, vilket i sin tur ofta beror på ett narkotikamissbruk. Detta gäller i mindre grad för personer som blivit lagförda för miljöbrott eller skattebrott.²²

Återfallsförekomsten varierar dessutom beroende på vilken *påföljd* som har dömts ut vid den tidigare lagföringen. Allmänt sett så återfaller de personer som har dömts till skyddstillsyn eller fängelse i högre grad än de som fått böter eller villkorlig dom. Emellertid kan inga direkta slutsatser dras av detta angående påföljdernas effektivitet. Som vi kommer att återkomma till så styrs påföljdsvalet av flera faktorer, bland annat den tilltalades tidigare brottslighet, vilket ju i sig är en faktor som påverkar andelen återfall. Vid påföljdsbestämningen sker en selektion som gör att lagförda personer som fått olika påföljder inte är jämförbara med varandra. Några slutsatser angående påföljdernas effektivitet eller liknande kan därmed inte dras utifrån dessa resultat.²³

2.3.3 Återfallsindikerande faktorer

Av den ovanstående statistiska genomgången kan slutsatsen dras att återfallsbrottslingar utgör en mindre del – de flesta som blir föremål för rättsväsendets ingripande begår brott endast en gång. Den grupp som är mest återfallsbenägen är de som redan har ett flertal lagföringar bakom sig. Tidigare brottslighet kan alltså sägas vara den mest betydelsefulla indikationen för fortsatt brottslighet. Sociologiska studier kring återfall och brottslingar visar att ytterligare vissa faktorer har betydelse för vilka som påbörjar en kriminell karriär, det vill säga blir återfallsbrottsling, jämfört med dem som slutar begå brott.

²¹ Brå 2008:17 s. 242

²² Brå 2008:17 s. 242f.

²³ Brå 2008:17, s. 243f.

Skillnaderna mellan grupperna börjar redan under uppväxttiden. De personer som återfaller i brott kommer ofta ifrån dåliga sociala förhållanden, och har under uppväxten haft få eller inga nära relationer.²⁴ Tidig debut i alkohol- och narkotikamissbruk är vanligt, liksom tidig debut i kriminalitet. Skillnader i livssituation påverkar också återfallsrisken. Ett pågående missbruk är exempelvis en stark indikation för återfall. Ytterligare en faktor av betydelse är det sociala nätverket, som för återfallsbrottslingar främst består utav andra kriminella. Särskilt påtaglig är återfallsrisken för de personer som har en partner som missbrukar eller har en kriminell livsstil.²⁵ En viktig omständighet är även den så kallade kriminella identifieringen, det vill säga att personen ifråga ser sig själv som en brottsling och känner sig hemma med andra brottslingar, samt har positiva värderingar kring brottslig verksamhet.²⁶ Även bostadssituationen påverkar återfallsrisken – av de personer som friges från ett fängelsestraff utan att ha en ordnad bostadssituation är det påfallande många som återfaller i brottslighet.²⁷

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att den typiske återfallsförbrytaren är en man ifrån dåliga sociala förhållanden, med ett flertal tidigare lagföringar bakom sig. Med i bilden finns troligen även missbruksproblematik, osäker bostadssituation, ett socialt nätverk som framförallt består av andra kriminella/missbrukare samt en identifiering av sig själv som brottsling.

²⁴ Chylicki, s. 233

²⁵ Chylicki, s. 234

²⁶ Kvs: Rapport 16, s. 35

²⁷ Kvs: Rapport 17, s. 23

3 Straffteoretiska argument för skärpt straff vid återfall

3.1 Straffteorierna

3.1.1 Inledning

Detta avsnitt avser att på ett mer allmänt plan diskutera vilka skäl det finns för att skärpa straffen vid återfall. För att göra detta krävs en fördjupning i det som brukar kallas straffteorier. Avsnittet inleds därför med en genomgång av de olika straffteorierna som diskuteras i doktrinen samt vilken betydelse de har för straffsystemet i stort. Därefter diskuteras dessa teories förhållande till återfall och vilket stöd till återfallsskärpning som kan erhållas utifrån dem.

Ett stort antal teorier har genom åren lanserats som förklaring till varför vi straffar dem som överträder de normer som gäller i samhället. En traditionell indelning är den mellan absoluta och relativa straffteorier. *Absoluta straffteorier* kännetecknas av att de uppfattar straffet som ett uttryck för ett givet etiskt krav, rättvisan, samt att de inte motiverar straffet med något praktiskt syfte, exempelvis att förebygga brott. Olika slag av vedergällningsteorier - exempelvis principen med ”öga för öga och tand för tand” - som uppfattar straffet som en rättvis vedergällning brukar räknas till de absoluta straffteorierna.²⁸

Kännetecknande för de *relativa straffteorierna* är att straffet har ett syfte; att förebygga brott. Att förebygga brott kan göras på olika sätt och man brukar därför inom den relativa straffteorin skilja mellan allmänpreventiva teorier och individualpreventiva teorier.²⁹ Dessa begrepp är mycket vida och innefattar båda tämligen skilda reaktioner på brott. Samtidigt är de välkända och inarbetade och det finns därför anledning att fortsättningsvis använda dessa begrepp i uppsatsen.

3.1.2 Allmänprevention

Gemensamt för de allmänpreventiva teorierna är att straffets syfte är att avhålla medborgarna ifrån att begå brott, genom att inskräpa vikten av att lagar efterlevs. Detta kan ske främst på tre olika sätt; genom omedelbar avskräckning, medelbar avskräckning eller genom moralbildning.

Före upplysningstiden ansåg många att straffets stränghet i varje enskilt fall skulle göra ett så starkt intryck på allmänheten att var och en *omedelbart*

²⁸ Borgeke, s. 24

²⁹ Borgeke, s. 25

avskräcktes från att begå brott.³⁰ Detta motiverade grymma offentligt verkställda straff, varigenom allmänhetens avsky för brottet och skräck för myndigheterna skulle väckas.³¹ Med tiden ändrades dock denna uppfattning om straffets funktion som omedelbar avskräckning till en tro på *medelbar avskräckning*.³² Med medelbar avskräckning åsyftas att det som påverkar människornas beteende inte är straffverkställigheten i sig, utan just själva hotet om straff och vetskapen att straffet kommer att realiseras.³³

En modernare form av den medelbara avskräckningen är den såkallade *moralbildningsteorin*, enligt vilken straffsystemets främsta syfte är att understryka straffets moralbildande och moralförstärkande effekt.³⁴ Enligt dess företrädare har straffet en norminternaliserande effekt; tanken är att straffet skapar en oreflekterad moralinstinkt mot den brottsliga handlingen vilket i längden leder till en vanemässig laglydnad. Detta medför att medborgare avhåller sig ifrån att begå brott, oberoende av straffskräck.³⁵ Moralbildning kan ske genom att förstärka redan befintliga föreställningar, eller genom att skapa nya och på så sätt få människor att se olika handlingar i nytt ljus – beteenden som förut ansågs acceptabla börjar istället anses förkastliga. Straffbuden har följaktligen en pedagogisk uppgift och ska bidra till en socialiseringsprocess.³⁶

3.1.3 Individualprevention

Kännetecknande för de individualpreventiva straffteorierna är att de straffrättsliga reaktionernas främsta syfte är att avhålla den som har begått brott ifrån att begå ytterligare brott. Straffet ska ha en förbättrande effekt på brottslingen, eller åtminstone hindra förnyade lagöverträdelser. För att uppnå detta finns det framförallt tre olika sätt; individuell avskräckning, inkapacitering och behandling.

Individuell avskräckning innebär att brottslingen blir såpass avskräckt av straffet att han inte gör om brottet någon fler gång. Vad som krävs för att uppnå detta varierar emellertid mellan olika personer. För en del personer räcker det med endast en varning för fortsatt laglydnad, för andra krävs det ett strängare ingripande. Någon närmare utredning om vad som krävs för att en tillrättavisning ska vara tillräcklig i det enskilda fallet kan knappast ske i praktiken och domstolen är därför bunden till standardiserade påföljder.³⁷

Inkapacitering innebär att brottslingen rent fysiskt hålls instängd och därigenom förhindras att begå nya brott. Diskussionen kring inkapacitering

³⁰ Leijonhufvud och Wennberg, s. 15

³¹ Jareborg och Zila, s. 73

³² Leijonhufvud och Wennberg, s. 15

³³ Jareborg och Zila, s. 73

³⁴ Leijonhufvud och Wennberg, s. 16

³⁵ Leijonhufvud och Wennberg, s. 16

³⁶ Jareborg och Zila, s. 74

³⁷ Jareborg och Zila, s. 83

som straffsyfte rör sig därmed kring fängelsestraff. Beslutet om fängelsestraffets längd ska vägledas av övervägande av hur mycket brottslighet som kan förhindras. Det är därför gärningsmannens ”farlighet”, det vill säga hans eller hennes förväntade framtida brottslighet, som ligger till grund för inkapaciteringen.³⁸

En renodlad *behandlingsideologi* går ut på att återfallsrisk ska undanröjas genom vård. Utgångspunkten är en i grunden optimistisk syn på människan; straff ska ersättas med vård och behandling och angripa orsakerna till att gärningsmannen har begått brott. Sådan vård kan vara medicinsk, psykiatrisk, psykologisk eller socialterapeutisk.³⁹ Behandlingstanken dominerade det svenska påföljdssystemet under större delen av 1900-talet. Efterhand växte dock kritiken mot detta system och många vände sig mot vad som sågs som en alltför stark tonvikt på gärningsmannens person och sociala situation vid påföljdsval och straffmätning. Problemet med behandlingstanken var bland annat att vård som reaktion på brott i många fall innebar tvångsvård, vilket inte visade sig ha goda resultat. Tiden som vården pågick blev också beroende av hur lång tid det tog för vederbörande att bli ”botad”. Det innebar att systemet förlorade all förutsebarhet för den tilltalade. Vidare återopades att återfallsfrekvensen inte hade minskat, vilket innebar ett misslyckande för behandlingsideologin. Leijonhufvud och Wennberg menar på att kritiken inte riktades så mycket mot själva behandlingstanken, som mot dess genomförande i praktiken. Någon egentlig behandling var det nämligen i regel inte frågan om, utan snarare en inlåsning under obestämd tid.⁴⁰

3.1.4 Proportionalitet

Som en reaktion på behandlingstankens misslyckande restes under 1970- och 80-talen krav på att straffsystemet skulle reformeras. Kraven innebar bland annat att straffet skulle vara ett obehag som relaterades till brottet, inte brottslingen. Man menade att det var viktigt att den dömda uppfattade straffet som en reaktion på brottet och inte fräntogs ansvaret för sina handlingar.⁴¹ Kritiken ledde så småningom fram till att påföljdssystemet reformerades i slutet av 1980-talet. Dagens påföljdsregler härstammar från denna reform, som utgår ifrån tanken om proportion mellan brott och straff. Teorin brukar ibland kallas nyklassicism, eller ”just desert”-teorin.⁴² Jag har här valt att använda mig av uttrycket proportionalitet eftersom detta uttryckt tydligast klagör vad som avses.

Proportionalitetsprincipen bygger på tanken att den som har gjort sig skyldig till brott ska få utstå ett straff som står i proportion till den brottsliga gärningens allvar. Straffets syfte är alltså att låta brottslingen sona sitt brott

³⁸ Jareborg och Zila, s. 83f.

³⁹ Jareborg och Zila, s. 86

⁴⁰ Leijonhufvud och Wennberg, s. 20

⁴¹ Brå 1977:7 s. 401

⁴² Ung. ”rättvist förtjänat”

genom att tillfoga brottslingen det lidande som denne anses ha förtjänat.⁴³ Straffet ger på så sätt uttryck för klander – måttet av klander ska stå i proportion till det klandervärda i brottet.

Ytterst bygger proportionalitetsprincipen på att den straffrättsliga reaktionen ska vara *rättvis*, med vilket menas både att den ska överensstämma med den norm som lagstiftaren givit och att denna norm kan motiveras på ett rationellt sätt. Proportionalitetsprincipen bör alltså beaktas både av lagstiftaren när straffskalor för de olika brotten ska bestämmas och av domstolen när den straffrättsliga reaktionen ska beslutas i det enskilda fallet.⁴⁴ Principen om proportionalitet mellan brott och straff är därmed nära förknippad med principen om *ekvivalens*, som innebär att lika svåra brott ska ge lika svåra straff.⁴⁵

Vad ett brott förtjänar för straff kan bestämmas på många olika sätt. Grundläggande är dock en bedömning av de värden och intressen som kränkts eller hotats genom brottet. Detsamma gäller graden av skuld hos gärningsmannen. Den som inte rimligen kan klandras för sin gärning ska inte straffas.⁴⁶ Straff i proportion till brottet förutsätter vid *kriminaliseringen* att klandervärdheten hos olika gärningar graderas. Man strävar då efter att uppnå proportionalitet mellan en gärningstyp och dess straffsats, men även efter ekvivalens, vilket innebär att gärningstyper med samma grad av klandervärdhet tilldelas samma straffskala. Vid *straffbestämningen* sker samma sorts övervägande. Graderna av gärningens klandervärdhet och gärningsmannens skuld är avgörande, och man strävar efter att uppnå proportionalitet mellan brott och straff och ekvivalens mellan straffen för brott med samma bestraffningsvärde.⁴⁷

3.2 Straffteoriernas betydelse för straffsystemet

Genom påföljdsreformen 1988 betonades allmänpreventionen som bestraffningens syfte. Samtidigt framhölls att påföljdsbestämningen skulle sträva efter att skapa rättvisa straff – det vill säga proportionalitet mellan brott och straff. Att två olika straffteorier kan ha betydelse på samma gång beror på att straffsystemet bygger på tanken att en straffteori kan ha betydelse på en nivå i det straffrättsliga systemet – exempelvis vid kriminaliseringen – medan en annan straffteori kan ha betydelse på en annan nivå, till exempel vid påföljdsbestämningen.⁴⁸

⁴³ Sitte Durling, s. 79

⁴⁴ Borgeke, s. 29

⁴⁵ Jareborg och Zila, s. 60

⁴⁶ Jareborg och Zila, s. 67

⁴⁷ Jareborg och Zila, s. 66

⁴⁸ Borgeke, s. 29f.

Systemet kan indelas i en struktur i tre nivåer:

1. Hot om straff (kriminaliseringsnivån)
2. Ådömande av straff (domstolsnivån)
3. Verkställighet av straff (verkställighetsnivån)

Nivåerna representerar olika led i straffsystemet i vilka de ovan presenterade straffteorierna får olika betydelse på de olika nivåerna. Den översta nivån, kriminaliseringen, har som nämnts framförallt ett allmänpreventivt syfte. Eftersom kriminalisering innebär ett hot om straff för den som begår en viss gärning, skulle det vara poänglöst med kriminaliseringen om man inte tänkte sig att straffhotet skulle ha någon effekt. Allmänpreventionen får därmed genomslag på en allmän nivå. Nivån på straffhotet, straffskalorna, ska dock baseras på brottets svårhet eller förkastlighet. Straffskalorna bestäms efter proportionalitets- och ekvivalensresonemang, vilket innebär att allmänpreventiva överväganden inte tillmäts någon vikt. Om allmänprevention styr de övervägandena så hade vanliga, men lindriga, brott kunnat få en strängare straffskala än ett grövre brott.⁴⁹

När det gäller nästa nivå, domstolsnivån, anses allmänpreventiva argument inte ha någon plats. Det är inte domstolens uppgift att överväga vilken allmänpreventiv effekt en viss straffbestämning har, och genom att ”statuera exempel” använda sig av en allmänpreventiv metod.⁵⁰ Efter den omfattande kritiken mot behandlingstanken, så anses inte heller denna ha någon plats för påföljdsbestämningen. Domstolen ska alltså inte utdöma påföljd efter en bedömning av gärningsmannens vårdbehov. Den grundläggande principen är istället att domstolen ska utmäta påföljd i proportion till den brottsliga gärningen – när det gäller böter eller fängelse så styrs straffmätningen av brottets klandervärdhet. Vissa individualpreventiva övervägande tillåts dock spela en viss roll – domstolen kan under vissa förutsättningar välja till exempel skyddstillsyn istället för villkorlig dom eller fängelse.⁵¹ Påföljdssystemet är med andra ord inte helt konsekvent utformat.

På den sista nivån, verkställighetsnivån, så finns heller inte plats för allmänpreventiva resonemang. Individualpreventionen däremot spelar här en viktig roll. Inom ramen för påföljden kan insatser göras som syftar till att den dömda efter straffet ska kunna leva ett laglydigt liv. Individualpreventionen har alltså betydelse för att kunna upprätthålla ett humant straffsystem i detta sammanhang.⁵²

Emot resonemanget att olika teorier kan ges genomslag på olika nivåer har invänts att det borde finnas ett samband mellan *varför* vi gör något och *hur* vi gör det. Leijonhufvud och Wennberg ger som exempel att det är ologiskt att sätta upp ett betygssystem efter ett visst mönster för att locka eleverna att studera, men sedan vid betygssättningen använda ett annat system för att ge

⁴⁹ Leijonhufvud och Wennberg, s. 20f.

⁵⁰ Borgeke, 2008, s. 29

⁵¹ Leijonhufvud och Wennberg, s. 21

⁵² Borgeke, s. 29f.

de svagare eleverna stöd. På motsvarande sätt kan man inte utan vidare förena allmänpreventiva teorier med individualpreventiva i ett och samma straffsystem.⁵³

3.3 Straffteoriernas förhållande till återfallsskärpning

3.3.1 Inledning

Man kan konstatera att ett allmän- eller individualpreventivt utformat påföljdssystem och ett proportionellt utformat påföljdssystem har olika utgångspunkter ifråga om vad som anses berättiga ett straff och vilket som är straffets syfte. Vilken betydelse *återfall* får vid påföljdsbestämningen beror därför på de bakomliggande ställningstagandena.⁵⁴ Nedan granskas de olika straffteoriernas förhållande till återfall och vilket stöd för återfallsskärpning som kan erhållas ur dem.

3.3.2 Allmänprevention

Ett allmänpreventivt påföljdssystem bygger som framgått på uppfattningen att påföljderna påverkar den allmänna laglydnaden. Bestraffning sker i syfte att påverka medborgarnas framtida handlande. Hur det allmänpreventiva systemet ska utformas konkret är dock mer osäkert. Det finns två tänkbara vägar. Det ena är att se medborgarna som en enhetlig grupp och bestämma påföljderna utifrån vad som kan antas avskräcka denna grupp från att begå brott på ett effektivt sätt. Någon skillnad mellan olika medborgare görs i det fallet inte. Återfall skulle med denna utgångspunkt sakna betydelse då allmänpreventionen tar sikte på befolkningen i stort, men endast en liten grupp människor återfaller i brott.⁵⁵

Det andra alternativet vore att differentiera straffnivåerna för olika grupper av medborgare. Visar det sig exempelvis att män begår fler brott än kvinnor finns det enligt den allmänpreventiva teorin inget hinder mot att utdöma högre straff för män än för kvinnor.⁵⁶ På detta sätt skulle man även kunna resonera kring återfallsförbrytare. Ett skärpt straff vid återfall skulle kunna motiveras genom att en person som begår upprepade brott är samhällsfarlig, och ett strängare straff kan fungera som signal till de som begått ett brott men ännu inte dömts för ny brottslighet. Den strängare påföljden är alltså en varning till de personer som möjligen kan återfalla i brott och avsikten är att avhålla dem från detta.⁵⁷

⁵³ Leijonhufvud och Wennberg, s. 21

⁵⁴ Sitte Durling, s. 71

⁵⁵ Sitte Durling, s. 81, jfr. avsnitt 2.3

⁵⁶ Jfr. SOU 1986:14 s. 68

⁵⁷ Träskman (1999), s. 207

Även ifall man sluter sig till den allmänpreventiva teorin om straffets uppgift som moralförstärkande och moralskapande företeelse så finns det skäl för att återfallet bör medföra ett strängare straff. Upprepad brottslighet visar på en brist på respekt för lagen vilket skulle kräva en straffskärpning, i syfte att få andra att avstå från detta.⁵⁸

Om allmänprevention kan sägas att själva *existensen* av ett straffsystem har påtagliga allmänpreventiva verkningar.⁵⁹ Den allmänna repressionsnivån är dock av liten allmänpreventiv betydelse – *högre straffsatser leder inte till minskad brottslighet*. Justering av straffskalor och bestraffningspraxis har inte visats påverka kriminalitetsnivån på ett märkbart sätt.⁶⁰ Stränga straff för återfall har till exempel inte visat sig ha någon effekt på återfallsnivåerna. Det finns följaktligen möjlighet att erhålla stöd för återfallsskärpning i allmänpreventiva resonemang i *teorin*, men det går inte att förankra dessa i vetenskaplig empiri.

3.3.3 Individualprevention

Enligt *individualpreventiva* teoretiska resonemang bör återfall ges ett stort genomslag vid straffbestämningen. Ifall en person återfallit i brott är det en indikation på att det tidigare straffet inte var tillräckligt avskräckande och därför måste skärpas, enligt teorin om individuell avskräckning. Det finns dock inte några empiriska belägg för att ett sådant ingripande skulle fungera som avsett. Tvärtom har det visat sig att ju mer man straffar den som har begått brott desto *större* är risken för att personen ifråga kommer att återfalla i brottslighet.⁶¹

Som framgått ovan så bygger *inkapaciteringstanken* på brottslingens farlighet, det vill säga på risken för ett framtida återfall. Effektiviteten av en inkapaciteringsstrategi beror därmed på hur tillförlitligt vi kan avgöra om en brottsling kommer att återfalla eller inte. Bedömningen av denna återfallsrisk har emellertid visat sig omöjlig att göra med exakta resultat. För att kunna nå rimliga resultat med en inkapaciteringsstrategi så skulle det därför krävas att långt fler hölls instängda än de som i verkligheten skulle återfalla i brott. Dessutom finns det också en risk att personer som faktiskt skulle återfalla i brott trots allt skulle frigges.⁶²

Ett sätt att komma runt detta skulle kunna vara att endast hålla de grupper som är kända för att återfalla instängda under längre tid – så kallad selektiv inkapacitering. Som framgick av avsnittet om återfallsmönster är det ju endast en mindre del av alla brottslingar som återfaller frekvent. Det finns dock vissa problem med denna tanke. Jareborg och Zila framhåller att en effektiv selektiv inkapacitering förutsätter dels att en upptäckt brottsling kan

⁵⁸ Victor (1976), s. 253

⁵⁹ Jareborg och Zila, s. 77

⁶⁰ Jareborg och Zila, s. 77

⁶¹ Borgeke, s. 26

⁶² Jareborg och Zila, s. 84

identifieras som en medlem i denna grupp - vilket inte kan ske med rimlig säkerhet - dels att man kan upptäcka och bestraffa stora delar av denna grupp. De anser därför att även om de mycket brottsaktiva personerna löper större risk att bli upptäckta och bestraffade finns det inget som tyder på att selektiv inkapacitering skulle ha annat än marginella följder för kriminalitetsnivån.⁶³ En annan negativ aspekt av inkapaciteringstanken är att personer som inte skulle återfalla i brott, så kallade falska negativa, skulle tvingas sitta inlåsta på obestämd tid, vilket inte kan godtas i rättssäkert samhälle.⁶⁴

Utgångspunkten för *behandlingstanken* är att återfallet visar att det tidigare straffet har misslyckats och följaktligen inte varit tillräckligt för att korrigera den grad av antisocialitet som gärningsmannen uppvisat, varför det behövs en strängare reaktion. En skillnad mellan detta synsätt och det allmänpreventiva är att straffet inte behöver bli hårdare, däremot annorlunda. Det faktum att gärningsmannen har återfallit innebär ju att gärningsmannen tidigare inte har erhållit en adekvat påföljd.⁶⁵ Behandlingstankens konsekvenser har diskuterats ovan – det har visat sig att vård och behandling inte leder till att brottslingar återfaller i lägre grad. Några starka empiriska belägg för att behandling leder till minskade återfall har inte – i vart fall inte ännu – kunnat konstateras.⁶⁶

3.3.4 Proportionalitet

Proportionalitetsprincipen utgår ifrån gärningen, och hur klandervärd den kan anses vara. Straff ska dömas ut i proportion till brottets allvar. Principen om proportion mellan brott och straff bygger dels på en skulddimension, dels på en skadedimension.⁶⁷ *Skadedimensionen* har ingen koppling till tidigare brottsligheten – den skada ett brott orsakar blir inte värre av den anledningen att gärningsmannen tidigare har begått brott. Det är istället *skulddimensionen* som ofta framhålls när återfall diskuteras i samband med proportionalitet.

En av dessa förklaringsmodeller utgår ifrån att skulden har ökat för gärningsmannen när han upprepar ett brottsligt beteende. En annan utgår ifrån att förstagångsbrottslingarna visas tolerans och att återfallsbrottslingarna döms till det straff som är stipulerat enligt straffskalan. Båda dessa teorier har utsatts för kritik. Nedan kommer dessa argument och motargument att redogöras för närmare.

⁶³ Jareborg och Zila, s. 84f.

⁶⁴ Jareborg och Zila, s. 84f.

⁶⁵ Ulväng, s. 339

⁶⁶ Försöksverksamhet pågår dock inom kriminalvården och utvärderas kontinuerligt. Se t.ex. rapport från Kvs ”Våga välja” och rapport från Brå ”Vård av missbrukare i anstalt”.

⁶⁷ Sitte Durling, s. 99

3.3.4.1 Teorin om ökad skuld

Ett vanligt sätt att motivera strängare bestraffning vid återfall är att hävda att gärningsmannens skuld är högre vid det senare brottet. Ny brottslighet ger uttryck för trots eller olydnad vilken i sin tur medför att gärningsmannens straffvärdighet ökar. Den tidigare domen har klandrat det brottsliga beteendet, men trots detta begår gärningsmannen nya brott – ett strängare straff är då motiverat på grund av denna olydnad.

Stark kritik har riktats mot detta synsätt. Attityden som brottslingen visar kan sägas vara främst dispositionell och inte nödvändigtvis episodisk, det vill säga den ger uttryck för gärningsmannens karaktär men inte för hans eller hennes inställning till den faktiska gärningen.⁶⁸ En hårdare bestraffning på grund av olydnad innebär en form paternalism – gärningsmannen betraktas som ett barn eller djur som inte lyder. Den statliga myndighetsutövningen ska dock inte fungera som uppfostran eller moralisk utbildning – den som väljer att inte ta lärdom av att staten klandrat honom eller henne för tidigare beteende är i sin fulla rätt att göra det. Man kan därför inte klandra någon för att han eller hon vägrar att lyda.⁶⁹

Vidare har det framförts att trotsset eller olydnaden skulle visa på en likgiltighet inför de värden och intressen som skyddas av rättsordningen. Att begå brott innebär ett angrepp på normordningen och ett återfall ger därför uttryck för en mer uttalad likgiltighet inför dessa värden. Problemet med denna argumentation är att det saknas grund för att anta att brottslingen visat likgiltighet för något annat utöver det värde som faktiskt har kränkts.⁷⁰ Att bestraffa återfallsbrottslingar hårdare tenderar att innebära ett straff för en ackumulerad livsskuld, där det tidigare brottet ”smittar” det nya brottet varpå skulden ökar för varje lagöverträdelse. Denna form av bestraffning är inte förenlig med proportionalitetsprincipen, som har en skuldform som är bunden till den enskilda gärningen. Det är gärningen – det aktuella brottet – som ska klandras, inte den tilltalades tidigare domar.⁷¹

3.3.4.2 Teorin om tolerans för förstagångsbrottslingar

Ett alternativt sätt att motivera förekomsten av återfallsskärpning utifrån ett proportionalitetsperspektiv är den så kallade *toleransteorin*, ibland även kallad privilegieringsteorin, vilken går ut på att samhället visar tolerans mot den som för första gången begår brott. Bland annat Ulväng har utvecklat tankarna kring denna teori och anför att skälet för att visa tolerans vid det första brottet bygger på ett etiskt ställningstagande, där utgångspunkten är att man bör ha en viss förståelse för att mänsklig svaghet ibland kan leda till att man begår brott. Insikten att det är mänskligt att fela ger utrymme för viss tolerans. Att det är befogat att visa tolerans bygger i sin tur på att man utgår ifrån att gärningsmannen är kapabel att ta till sig det klander som

⁶⁸ Jareborg, s. 184f.

⁶⁹ Duff, s. 122 och 168

⁷⁰ Ulväng, s. 338

⁷¹ Sitte Durling, s. 235

domen uttrycker. Ifall den dömden fortsätter att begå nya brott finns det, enligt Ulväng, fortfarande anledning att vara tolerant – men inte lika tolerant. Ju fler gånger personen ifråga återfaller, desto mindre anledning att vara tolerant finns det. Slutligen finns det inte längre någon anledning att vara tolerant alls, utan det fängelsestraff som brottet bör föranleda med anledning av straffvärdet får dömas ut. Det finns emellertid inte anledning att skärpa straffet ytterligare.⁷²

Med denna utgångspunkt är det alltså inte den som har begått brott tidigare som särbehandlas, utan den som *inte* tidigare har begått brott. Resonemanget är, enligt Ulväng, fullt förenligt med reglerna om skärpt påföljdsval och förverkande av villkorlig frigivning,⁷³ men däremot inte förenligt med regler för ytterligare straffskärpning.⁷³

Resonemanget kring toleransteorin, och dess förenlighet med proportionalitetsprincipen, har emellertid inte fått stå oemotsagt. Träskman menar att om lagstiftaren verkligen menat att förstagångsförbrytaren ska ursäktas genom ett lindrigare straff än normalt så borde det komma till klart uttryck i själva lagen. Man hade i sådana fall kunnat tänka sig en lösning där det framgår att rätten i skälig utsträckning ska ta hänsyn till att personen *inte* begått brott tidigare.⁷⁴ Vidare framhåller han att det inte är säkert att toleransteorin – det vill säga att en förstagångsbrottsling regelmässigt ska ges strafflindring – står i överensstämmelse med det ”allmänna rättsmedvetandet”. Detta gör toleransteorin svår att kombinera med argumentet att en återfallsskärpning kan accepteras med hänsyn till det allmänna rättsmedvetandet.⁷⁵

Slutligen hävdar Träskman att även toleransteorin innebär ett avsteg från proportionalitetsprincipen. När en brottsling bestraffas mildare på grund av att han eller hon inte tidigare har begått brott, så ser man inte till straffvärdet för brottet utan till gärningsmannens straffvärdighet – vilket ju var vad man ville komma ifrån. De olika teorierna är därför så att säga olika sidor av samma mynt. Träskman menar dock att toleransteorin trots allt är att föredra före teorin om ökad skuld, eftersom den leder till ett humanare straffsystem. Därutöver leder den inte till en eskalering av straffen på samma sätt som teorin om ökad skuld riskerar.⁷⁶

3.3.5 Sammanfattning

Som framkommit går det att motivera en återfallsskärpning utifrån allmänpreventiva och individualpreventiva utgångspunkter. Det är dock osäkert i vilken mån en sådan återfallsskärpning har någon egentlig effekt på brottsligheten. Argumenten för både allmän- och individualprevention

⁷² Ulväng, s. 342f.

⁷³ Ulväng, s. 344, jfr avsnitt 4

⁷⁴ Träskman (1999), s. 214f.

⁷⁵ Jfr. avsnitt 7

⁷⁶ Träskman (1999), s. 216

har utsatts för hård kritik på empirisk grund; hårdare straff leder inte till sänkt brottslighet. Inte heller inkapacitering eller behandling av brottslingar kan visas ha någon effekt på återfallen eller leda till en sänkt brottsnivå. Syftet med straffsystemet enligt allmän- och individualpreventiva tankegångar är att *förhindra* brottslighet - kan ingen brottspreventiv effekt påvisas försvinner grunden för att återöppna dessa teorier som argument för återfallsskärpningar.

Efter påföljdsreformen i slutet av 1980-talet ska proportionalitets- och ekvivalensprinciperna vara vägledande för påföljdsbestämningen. Det är dock mycket tveksamt om en återfallsskärpning går att motivera utifrån denna utgångspunkt. Både teorin om ökad skuld och toleransteorin har luckor i sin argumentation som innebär att det blir svårt att på ett rationellt sätt motivera skärpt straff på grund av tidigare brottslighet utifrån dessa. Slutsatsen måste därför bli att återfallsskärpning *inte kan motiveras* utifrån ett straffteoretiskt perspektiv.

4 Argument för skärpt straff vid återfall i förarbetena

Återfallets betydelse har diskuterats i tre olika lagstiftningsområden och argumenten som har framförts till varför återfallsskärpning är motiverat har växlat. Fängelsestraffkommittén redogjorde för sin åsikt i utredningen ”Påföljd för brott” mot slutet av 1980-talet⁷⁷, och i den efterföljande propositionen utvecklade departementschefen sin syn på saken, vilken kom att läggas till grund för dagens regler.⁷⁸ I mitten av 1990-talet berördes frågan av Straffsystemkommittén, vars åsikter i stort motsvarar de som framfördes av Fängelsestraffkommittén.⁷⁹ Under 2008 lades en utredning med ett förslag till ny återfallsreglering fram av Straffnivåkommittén, där betydelsen av tidigare brottslighet diskuteras ingående.⁸⁰ I skrivande stund är detta förslag på remiss och en proposition väntas komma under 2010.

Vid påföljdsreformen i slutet av 1980-talet angavs som främsta orsak till återfallsreglerna att det krävdes tydliga och enhetliga bestämmelser eftersom rättsläget vid den tidpunkten var osäkert.⁸¹ En mer utförlig principiell diskussion kring återfall och vilken betydelse det borde ges vid påföljdsbestämningen uteblev. Diskussionen kom istället att handla om den exakta utformningen av bestämmelserna. Vissa uttalanden av mer allmän karaktär gjordes emellertid.

Fängelsestraffkommittén framförde att det inte torde finnas något rättssystem där tidigare brottslighet inte kan påverka påföljden, och en ordning där återfall ges betydelse vid påföljdsbestämningen torde uppfattas som naturlig och rimlig för allmänheten.⁸² Departementschefen utvecklade sin syn på saken i den efterföljande propositionen. Även hon framhöll att återfallsskärpning av allmänheten torde uppfattas som naturlig och rimlig.⁸³ Vidare anförde hon att det fanns anledning att ställa sig tvivlande till bärkraften hos vissa av de argument som framförts för strängare straff i återfallssituationer. Något underlag för att anta att ett längre fängelsestraff skulle kunna främja den intagnes återanpassning i samhället fanns enligt hennes mening inte. Departementschefen framhöll också att det knappast kan ifrågasättas att det är av väsentlig betydelse för tilltron till påföljdssystemet att återfall kan beaktas vid påföljdsbestämningen. För en förstagångsförbrytare så kan en mildare påföljd komma ifråga men detta bör inte komma ifråga för den som begår nya brott, särskilt inte om det sker vid upprepade tillfällen. Slutligen anförde hon:

⁷⁷ SOU 1986:14

⁷⁸ Prop. 1987/88:120

⁷⁹ SOU 1995:91

⁸⁰ SOU 2008:85, se vidare avsnitt 6

⁸¹ Prop. 1987/88:120 s. 50

⁸² SOU 1986:14 s. 72

⁸³ Prop. 1987/88:120 s.52

”Samhället bör genom gradvis skärpta reaktioner mot återfall kunna markera att man ser allvarigare på upprepad brottslighet än på enstaka brott. Sådana mönster, som grundar sig på såväl rättviseföreställningar som allmänna erfarenheter av hur normbildning sker, återfinns även utanför straffrätten. Genom skärpta reaktioner kommer också inkapaciteringseffekter att erhållas utan att ingripandena i det enskilda fallet sker på sådana grunder.”⁸⁴

Straffsystemkommittén, som bland annat hade som direktiv att överväga hur återfallsregleringen skulle kunna göras tydligare och fastare⁸⁵, ställde sig frågan om straffsystemet skulle bli mer effektivt genom en återfallsskärpning av straff, och kom fram till att detta inte var fallet. Slutsatsen blev därför att det egentligen inte finns något annat skäl att skärpa ett fängelsestraff på grund av återfall än att detta i allmän mening uppfattas som rättvist och som en faktor som har betydelse för tilltron till systemet.⁸⁶

Straffnivåkommittén, som har framlagt ett förslag till ändring i återfallsreglerna, har diskuterat frågan om betydelsen av tidigare brottslighet mer utförligt. Deras argument kommer att redogöras för i samband med genomgången av förslaget i avsnittet ”Ett nytt lagförslag” nedan.

⁸⁴ Prop. 1987/88:120 s. 52

⁸⁵ Dir. 1992:47

⁸⁶ SOU 1995:91 s. 182f.

5 Gällande rätt

5.1 Inledning

Dagens återfallsreglering härstammar som framgått ifrån påföljdsreformen i slutet av 80-talet. Återfall kan enligt dessa regler påverka påföljden på flera olika sätt, mellan vilka det finns en tydlig prioritetsordning:

- 1) Återfallet ska i första hand beaktas vid *påföljdsvalet*. Enligt 30 kap 4 § BrB kan återfall bidra till att bryta presumtionen mot fängelse.
- 2) Återfallet ska därefter beaktas vid *förverkande av villkorligt medgiven frihet* enligt 34 kap 4 § BrB. Det finns en presumtion för att den villkorligt medgivna friheten ska förverkas om inte särskilda skäl talar emot det.
- 3) Om återfallet inte kan beaktas i tillräcklig mån genom ett skärpt påföljdsval eller genom ett förverkande villkorlig medgiven frihet får den tidigare brottsligheten påverka *straffmätningen*, enligt 29 kap 4 § BrB.

Dessa bestämmelser är de mest centrala vad gäller återfall. Tidigare brottslighet kan dock få viss betydelse för påföljden även i andra situationer. Bland annat kan det bli aktuellt med tilläggsböter enligt 30 kap 1 § BrB, att förstärka skyddstillsyn med fängelse enligt 28 kap 3 § BrB och att förstärka skyddstillsyn och villkorlig dom med olika slags föreskrifter, exempelvis samhällstjänst. Någon närmare utredning kring dessa bestämmelser kommer dock inte att göras här, då de inte är av något särskilt intresse för den fortsatta framställningen.

5.2 Skärpt påföljdsval

5.2.1 Allmänt om skärpt påföljdsval

De fall där domstolarna ska välja fängelse framför en icke-frihetsberövande påföljd regleras i 30 kap 4 § BrB. Bestämmelsen lyder:

Vid val av påföljd ska rätten fästa särskilt avseende vid omständigheter som talar för en lindrigare påföljd än fängelse. Därvid ska rätten beakta sådana omständigheter som anges i 29 kap 5 §.

Som skäl för fängelse får rätten, utöver brottslighetens straffvärde och art, beakta att den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott.

I paragrafens första stycke betonas att fängelse är den svåraste påföljden och alltid ska användas i sista hand. Innan fängelse utdöms ska domstolen alltid pröva om inte ett lindrigare alternativ, såsom villkorlig dom eller

skyddstillsyn, är en tillräcklig påföljd. De omständigheter som kan tala för icke-frihetsberövande påföljd är sådana som anges i 29 kap 5 § BrB, de så kallade billighetshänsynen. Domstolen är emellertid inte begränsad till dessa omständigheter utan kan även beakta andra omständigheter. Några andra skäl än de nämnda får dock inte åberopas som skäl för att döma till fängelse. Regleringen kan uttryckas så att det föreligger en presumtion för ett icke-frihetsberövande straff, som kan brytas av tre faktorer; straffvärde, brottslighetens art och tidigare brottslighet. Av förarbetena framgår att rätten i det enskilda fallet ska göra en sammanvägning av de tre skälen som talar för fängelse.⁸⁷

Straffvärdet intar en särställning i förhållande till brottslighetens art och tidigare brottslighet i och med att straffvärdet, i de fall paragrafen är tillämplig, alltid kan sägas tala för ett fängelsestraff. Ju högre straffvärdet är desto starkare blir skälen för att döma till fängelse. Vid lagstiftningen ansågs det emellertid inte lämpligt att ange någon exakt gräns för när straffvärdet blir så högt att fängelse blir oundvikligt. I motiven har dock som riktvärde angetts att en presumtion för fängelse föreligger vid brott som vid straffvärdebedömningen bör anses medföra ett års fängelse eller mer.⁸⁸

Även om straffvärdet understiger ett års fängelse kan brottets art eller tidigare brottslighet medföra att påföljden ändå bestäms till fängelse. De olika skälen ska inte ses oberoende av varandra – ju högre straffvärde desto mindre krävs beträffande arten eller tidigare brottslighet för att det ska vara motiverat att välja en frihetsberövande påföljd. De olika faktorerna samspelar med varandra på så sätt att två i sig otillräckliga faktorer sammantaget kan leda till att presumtionen mot fängelse bryts.⁸⁹

Att *brottets art* ska beaktas vid påföljdsbestämningen innebär att vissa brott, som i sig inte har ett särskilt högt straffvärde, av allmänpreventiva skäl ska kunna medföra fängelse. Vilka dessa brott är fastställs genom rättspraxis. Betydelsen av brottslighetens art för påföljdsbestämningen hör till ett av de mest komplicerade områdena vid tillämpningen av påföljdsreglerna. Det saknas möjlighet att inom ramen för denna uppsats undersöka denna fråga närmare, men som redan framhållits så samverkar reglerna om så kallad artbrottslighet med påföljdsreglerna om tidigare brottslighet då de sammantaget kan leda till ett frihetsberövande påföljds utdöms trots att straffvärdet understiger ett års fängelse.

5.2.2 Påföljdsvalet och tidigare brottslighet

Som ytterligare skäl för fängelse utöver straffvärdet och brottslighetens art kan domstolen alltså beakta att den tilltalade *tidigare gjort sig skyldig till brott*. I motiven har det inte angetts någon generell gräns för hur många domar som bör föreligga för att ett skärpt påföljdsval ska vara motiverat på

⁸⁷ Prop. 1987/88:120 s. 100

⁸⁸ Prop. 1987/88:120 s. 100

⁸⁹ Jareborg och Zila, s. 139

grund av tidigare brottslighet. Istället hänvisas till vad som gäller beträffande förverkande av villkorlig frihet, vilket betyder att omständigheter som kan beaktas är tiden och förhållandet mellan brotten, och om brottsligheten i båda fallen är allvarlig.⁹⁰

Tiden mellan brotten har betydelse på så sätt att ju längre tid som förflutit mellan brotten desto mindre anledning finns det att beakta återfallet. Omvänt innebär det att om den tidigare brottsligheten ligger nära i tiden så kan den få ett mer betydande genomslag.⁹¹ I NJA 1991 s. 359 framhöll HD att sedan det gått några år från den senaste domen bör det endast i undantagsfall komma ifråga att låta den tidigare brottsligheten påverka påföljdsbestämningen. Normalt gäller att tidigare brottslighet inte tillmäts någon betydelse om den ligger fyra år tillbaka i tiden eller mer.⁹² Beräkningen av tiden utgår ifrån datumet för brottet och inte datumet för domen (som kan vara avsevärt mycket senare). Denna regel gäller dock inte generellt. Om någon exempelvis har blivit dömd för ett allvarligt brott för ett antal år sedan men endast varit frigiven en kortare tid så kan datumet för frigivningen beaktas istället.⁹³

Förhållandet mellan brotten – det vill säga att brotten är likartade – är en annan omständighet av betydelse i detta sammanhang. Kraven på vad som ska räknas som likartad brottslighet är inte särskilt högt ställda. Exempelvis anses misshandel vara likartad brottslighet i förhållande till fridkränkingsbrotten och rån. Förmögenhetsbrotten i 8-12 kap BrB anses generellt vara likartade, likaså olika narkotikarelaterade brott, såsom narkotikabrott och narkotikasmuggling. Även dopingbrott kan hänföras till den sistnämnda gruppen.⁹⁴ Andra exempel på likartad brottslighet är olika typer av skattebrott och trafikbrott.⁹⁵ När det gäller förhållandet mellan brotten bör också beaktas ifall den tidigare brottsligheten är allvarligare än den senare. Är den nya brottsligheten lindrigare talar det mot en strängare påföljd.

Ytterligare en omständighet av betydelse är om *brottsligheten i båda fallen är allvarlig*. Ju allvarligare brottslighet det rör sig om desto större anledning finns det att skärpa påföljdsvalet. Vad som avses med allvarlig brottslighet i det här sammanhanget framgår dock inte uttryckligen i förarbetena. Enligt Borgeke finns det anledning att jämför med vad som tidigare gällde för förverkande av villkorligt medgiven frihet.⁹⁶ Då ansågs att om den tidigare

⁹⁰ Prop. 1987/88:120 s. 101, 110

⁹¹ Borgeke, s. 267

⁹² Borgeke, s. 267

⁹³ Prop. 1987/88:120 s. 53, 101, 110

⁹⁴ Angående narkotikabrott har det diskuterats att personer som missbrukar narkotika ofta begår andra former av brott för att finansiera sitt missbruk, exempelvis inbrott, stöld och rån, och att denna form av brottslighet därför skulle kunna anses likartad. Detta synsätt skulle dock vidga tillämpningsområdet för bestämmelsen i 30 kap 4 § BrB betydligt varför en sådan tolkning inte kan godtas utan att lagstiftaren eller HD tagit ställning till den. Se Borgeke, s. 267

⁹⁵ Borgeke, s. 74

⁹⁶ Se nedan avsnitt 5.3

och den nya brottsligheten hade ett sammanlagt straffvärde motsvarande fängelse i *sex månader* talade brottslighetens allvar för att ett förverkande skulle ske.⁹⁷

I motiven framförs vidare att det kan finnas fall där fängelse bör utdömas trots att brottsligheten vare sig är likartad eller allvarlig. Ett exempel är att någon under loppet av bara några år ett upprepat antal gånger döms för brott som varken är allvarliga eller likartade. I denna situation kan fängelse till sist framstå som den enda rimliga påföljden.⁹⁸ I motiven framhålls emellertid även att det kan finnas skäl som talar för att inte döma ut fängelsestraff ifall det föreligger omständigheter som allmänt sett talar för att förutsättningarna till en anpassning till samhället är goda. Detta kan även vara fallet i situationer där den tilltalade har brutit med ett tidigare livsmönster, trots att utsikterna för en återanpassning till samhället inte kan bedömas som särskilt goda.⁹⁹

5.3 Förverkande av villkorlig frigivning

5.3.1 Villkorligt medgiven frihet

Motiveringen till reglerna om villkorlig frigivning har diskuterats och varierat över åren. Skälen vid införandet var dels att göra övergången mellan anstalt och fängelse enklare och mer kontrollerad genom övervakning av de dömda, dels att de intagna skulle uppmuntras att uppföra sig väl i anstalten – den villkorliga frigivningen var då en förmån som man kunde göra sig förtjänt av genom gott uppträdande.¹⁰⁰

Utformningen av reglerna för villkorlig frigivning har också varierat under åren, och har varit både fakultativa och obligatoriska. Olika kvotdelar och minimitider har fastställts och ändrats. Idag gäller enligt 26 kap 6 § BrB att villkorlig frigivning ska ske när två tredjedelar av ett fängelsestraff avtjänats, en frigivning som i princip är obligatorisk och gäller alla typer av lagöverträdare. Det finns dock ett visst mått av fakultativt inslag enligt 26 kap 7 § BrB - den villkorliga frigivningen kan senareläggas ifall den dömde misskött sig under verkställigheten i anstalt.

Efter den villkorliga frigivningen följer en prøvotid som ska vara lika lång som reststraffet, dock minst ett år enligt 26 kap 10 § BrB - vilket i praktiken innebär att prøvotiden blir längre än reststraffet i de fall fängelsestraffet är kortare än ett år. Orsaken till detta är enligt förarbetena dels att det inte är lämpligt med korta prøvotider med tanke på förverkandefrågan, dels att

⁹⁷ Borgeke, s. 268f.

⁹⁸ Prop. 1987/88:120 s. 101

⁹⁹ Prop. 1987/88:120 s. 54f.

¹⁰⁰ Borgeke, s. 453

övervakningen måste pågå en viss tid för att ge en reell möjlighet till stöd.¹⁰¹

5.3.2 Förverkande av villkorligt medgiven frihet

Under prøvotiden ska den dömde visa skötsamhet och inte begå nya brott. Inträffar detta trots allt ska den villkorliga friheten *förverkas*, vilket innebär att gärningsmannen får sitta av även den resterande tiden av straffet. Förverkandereglerna ändrades senast 1999 och i propositionen till lagändringen diskuterades fördelarna med förverkande av villkorlig frigivning i förhållande till den allmänna straffskärpningen i 29 kap 4 § BrB.¹⁰² Fördelarna ansågs framförallt vara en större förutsebarhet då den dömde på förhand vet exakt hur mycket han eller hon riskerar i återfallsskärpning. Den dömde vet också under vilken tid detta gäller. Reglerna blir på så sätt tydligare än vid en allmän straffskärpning. Av den anledningen ansågs ett förverkande av villkorligt medgiven frihet vara en lämplig åtgärd när det gäller att möta ny brottslighet efter ett tidigare fängelsestraff, och att återfall därför i första hand bör beaktas genom ett förverkande.¹⁰³ Regleringen innebär alltså att lagstiftaren har styrt över mycket av återfallsskärpningen av fängelse vid ny brottslighet till systemet med förverkande.¹⁰⁴ Vad innebär då förverkandereglerna?

Ifall en person som undergått ett fängelsestraff och blivit villkorligt frigiven enligt reglerna i 26 kap BrB på nytt begår brott, så kan domstolen alltså förklara den villkorligt medgivna friheten, eller delar av den, förverkad. Bestämmelsen som reglerar detta finns i 34 kap 3 § BrB och lyder:

Tillämpas 1 § 1 eller 2 i fråga om någon som villkorligt frigivits från fängelse, skall, om brottet begåtts under prøvotiden, den villkorligt medgivna friheten eller del därav förklaras förverkad om inte särskilda skäl talar emot det.

Såsom särskilda skäl för att inte förverka eller för att förverka endast en del av villkorligt medgiven frihet kan rätten beakta

- 1. om den nya brottsligheten i förhållande till den tidigare är av lindrig beskaffenhet*
- 2. om lång tid förflutit mellan brotten*
- 3. om ett förverkande annars skulle framstå som oskäligt*

Beslutas inte förverkande enligt första stycket, får rätten besluta åtgärd som avses i 26 kap. 18 § eller förlänga prøvotiden med högst ett år utöver den tid som följer av 26 kap. 10 §.

En åtgärd enligt tredje stycket får beslutas endast före prøvotidens utgång. Förverkande får beslutas endast om fråga därom uppkommer i ett mål där den frigivne häktats eller fått del av åtal inom ett år från prøvotidens utgång.

En förutsättning för att förverkande ska ske är att den tilltalade har begått det nya brottet under prøvotiden, vilken räknas från tidpunkten för den

¹⁰¹ Prop. 1997/98:96 s. 131f.

¹⁰² Se avsnitt 4.4

¹⁰³ Prop. 1997/98:96 s. 134

¹⁰⁴ Borgeke, s. 456

villkorliga frigivningen till och med slutdagen. Det finns inget som hindrar att flera reststraff förverkas, ifall den tilltalade tidigare har fått villkorligt frigivning delvis förverkad och har begått nya brott efter den villkorliga frigivningen han fick efter det andra fängelsestraffet.¹⁰⁵

Tidigare gällde inte någon klar presumtion för att villkorligt medgiven frihet skulle förverkas vid ny brottslighet, men genom 1999 års reform ändrades detta. Det råder numera en presumtion för att ett fullständigt förverkande ska ske och att delförverkande eller inget förverkande alls utgör undantag. Detta innebär att rätten måste kunna anföra skäl för att endast delförverka eller för att underlåta förverkande helt.¹⁰⁶

5.3.3 Särskilda skäl som talar mot förverkande

Den första punkten stadgar att ett särskilt skäl som talar mot förverkande är om *den nya brottsligheten är av lindrigare beskaffenhet än den tidigare*. Med lindrigare beskaffenhet avses att straffvärdet är lägre för det nya brottet. De fall som avses är främst sådana där den dömde tidigare gjort sig skyldig till tämligen allvarlig brottslighet och sedan under prövotiden begår nya brott som framstår som snarast bagatellartade, eller i vart fall lindriga. I dessa fall kan ett förverkande av hela straffet framstå som en orimligt hård reaktion.¹⁰⁷ Före lagändringen gällde att en omständighet som talade för förverkande var om båda brotten var allvarliga – varmed avsågs ett straffvärde motsvarande fängelse i sex månader. Enligt Borgeke torde denna sexmånadersregel vara överspelad i och med reformen. Emellertid kan den fortfarande spela en viss roll vid tolkningen av begreppet ”lindrig” – ett brott med ett straffvärde på fängelse i sex månader eller därutöver torde aldrig kunna räknas som lindrigt.¹⁰⁸

Den andra punkten utpekar *tiden mellan brotten*. På samma sätt som för påföljdsvalet gäller att ju längre tid som förflutit mellan brotten, desto mindre är skälen för att förverka den villkorligt medgivna friheten. I detta avseende får rätten ta hänsyn till om den dömde suttit frihetsberövad under lång tid, i vilket fall det snarast är tiden mellan frigivningen och det nya brottet som ska beaktas. I förarbetena uttalades vidare att hänsyn även får tas till vilket slags brott det rör sig – att det har gått lång tid mellan brotten har mindre betydelse vid brott som normalt begås under långa tidsintervaller, såsom skattebrott eller bokföringsbrott.¹⁰⁹

I den sista punkten stadgar lagtexten att som skärskilt skäl som talar emot förverkande är om det skulle framstå som *oskäligt*. Härmed kan dels billighetshänsynen i 29 kap 5 § BrB beaktas, men även en sådan situation där brotten är så ”olikartade och väsensskilda att ett förverkande inte ter sig

¹⁰⁵ Se NJA 1997 s. 842

¹⁰⁶ Borgeke, s. 456

¹⁰⁷ Prop. 1987/88:120 s. 110

¹⁰⁸ Borgeke, s. 460

¹⁰⁹ Prop. 1987/88:120 s. 110

som rimligt”.¹¹⁰ Vad som avses med denna formulering i propositionen framgår inte. De uppräknade skälen är inte uttömmande, utan även andra skäl får beaktas.¹¹¹

5.3.4 Förverkande helt eller delvis?

Frågan i vilka situationer det kan vara aktuellt att endast delvis förverka den villkorligt medgivna friheten, och i sådana fall i vilken utsträckning, berörs inte i lagmotiven. I NJA 1991 s. 498 prövade HD huruvida villkorligt medgiven frihet skulle förverkas helt eller delvis. Den dömde hade i målet en återstående strafftid av åtta månader. HD pekade på att den tidigare brottsligheten (bl.a. grovt narkotikabrott) och den nya brottsligheten (olaga vapeninnehav) inte kunde anses likartade och vidare att den nya brottsligheten var lindrig i jämförelse med den tidigare. HD förklarade fyra månader förverkade av den villkorligt medgivna friheten. I NJA 1992 s. 320 har HD återigen haft frågan om delförverkande uppe till prövning. Den tilltalade hade gjort sig skyldig till narkotikabrott och hade ett reststraff på ett år, en månad och 15 dagar. HD förklarade åtta månader förverkade och angav som skäl att det rörde sig om snabba återfall och att den tilltalade upprepade gånger misskött villkorligt medgiven frihet.

Det bör noteras att HD:s avgöranden gällde de gamla reglerna. Eftersom det numera gäller en presumtion för förverkande så är det möjligt att utgången hade blivit en annan idag. HD:s resonemang, där skälen som talar *för* ett förverkande viktas mot skälen som talar *emot* ett förverkande varvid resonemanget slutligen stannar på ett delförverkande, är dock fortfarande av vikt. Domstolarnas uppgift är ju fortfarande att företa en sådan värdering.¹¹²

5.4 Skärpt straffmätning

5.4.1 Allmänt om skärpt straffmätning vid återfall

Förutom vid påföljdsvalet och vid förverkande kan tidigare brottslighet få betydelse vid straffmätningen. Det innebär att ett strängare straff kan utmätas på grund av att den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till brott. Bestämmelsen om detta återfinns i 29 kap 4 § BrB vilken lyder:

Vid straffmätningen skall rätten, om förhållandet inte tillräckligt kan beaktas genom påföljdsvalet eller genom förverkande av villkorligt medgiven frihet, utöver brottets straffvärde, i skäligen utsträckning ta hänsyn till om den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till brott. Härvid skall särskilt beaktas vilken omfattning den tidigare brottsligheten haft, vilken tid som förflutit mellan brotten samt huruvida den tidigare och den nya brottsligheten är likartade eller i båda fallen särskilt allvarlig.

¹¹⁰ Prop. 1997/98:96 s. 138

¹¹¹ Prop. 1997/98:96 s. 135

¹¹² Jfr Borgeke, s. 463

Av bestämmelsen framgår att återfall *endast* ska beaktas vid straffmätningen om återfallet inte kan anses ha beaktats tillräckligt genom ett skärpt påföljdsval eller genom förverkande av villkorligt medgiven frihet. I andra meningens anges de omständigheter som särskilt ska beaktas i detta avseende. Med tidigare brottslighet avses, liksom vid påföljdsvalet, inte enbart en tidigare dom utan även åtalsunderlåtelse och strafförelägganden.¹¹³ Regleringen innebär att straffet enbart kan höjas i sista hand, när alla övriga möjligheter till straffskärpning är uttömda.

Enligt departementschefen var det i huvudsak i tre situationer som en tillämpning av denna bestämmelse skulle kunna bli aktuellt.¹¹⁴ Den första situationen gällde sådana fall där ett tidigare straff inte medfört någon villkorlig frigivning, vilket skulle vara vid bötesbrottslighet, vid övergång från böter till fängelse och när ett fängelsestraff varit så kort att någon villkorlig frigivning inte varit aktuell.¹¹⁵ Den andra situationen gällde de fall där den tilltalade har frigivits villkorligt från ett fängelsestraff men ett förverkande ändå är uteslutet, till exempel därför att åtal inte hunnit väckas i tid eller på grund av att förverkande redan skett på grund av misskötsamhet. Departementschefen menade att förverkandeinstitutet hade en sådan utformning att opåkallade ojämnheter i tillämpningen kunde uppkomma, och det därför var nödvändigt med en möjlighet till straffskärpning för att kunna jämna ut dessa. Reglerna skulle annars kunna leda till orimliga resultat.¹¹⁶

Att anmärka är att senare ändringar i förverkandereglererna har inneburit att dessa två situationer till största delen inte längre är aktuella.¹¹⁷ Minimitiden för villkorlig frigivning har sänkts från två månader till en månad, vilket minskat antalet fall där fängelsestraffet varit så kort att det inte inneburit någon villkorlig frigivning. Det krävs inte heller längre att åtal eller häktning skett under prövotiden utan det råder en frist om ett år för ingripande på grund av den nya brottsligheten – vilket medfört att i princip alla situationer där åtal inte hunnit väckas i tid har upphört.

Den tredje situationen, som fortfarande har viss aktualitet, är när ett förverkande *kan* ske men detta *inte tillräckligt tillgodoser* intresset av en straffskärpning. Angående denna situation så underströk departementschefen att det i allmänhet inte finns anledning att skärpa straffet ifall ett förverkande kan ske, men det finns vissa situationer där det bör komma ifråga. Det gäller dels fall där förverkande – av mer eller mindre tillfälliga omständigheter - endast kan omfatta en relativt kort tid, dels fall då någon gjort sig skyldig till upprepade återfall i grov brottslighet, exempelvis grov misshandel och grov stöld. Enligt propositionen är det naturligt att domstolarna genom ett skärpt straff markerar det allvar med

¹¹³ Prop. 1987/88:120 s. 88

¹¹⁴ Prop. 1987/88:120 s. 57

¹¹⁵ Prop. 1987/88:120 s. 57

¹¹⁶ Prop. 1987/88:120 s. 57

¹¹⁷ Lindqvist, 2003, s. 227

vilket samhället ser på den likgiltighet inför grundläggande värden som gärningsmannen demonstrerar genom att upprepade gånger begå brott.¹¹⁸

I propositionen anføres avslutningsvis att bestämmelsen inte är avsedd att medföra en mer allmän straffskärpning vid återfall, utan syftet är framförallt att utjämna ojämnheter i tillämpningen. I övrigt ska den endast tillämpas där brottsligheten framstår som särskilt anmärkningsvärd, exempelvis vid återfall i synnerligen grov brottslighet eller vid upprepad och vanemässig tillgreppsbrottslighet.¹¹⁹

Det är tveksamt om HD i något fall har tillämpat bestämmelsen om skärpt straffmätning på grund av återfall. I NJA 1998 s. 713 diskuterades dock tillämpningen av 29 kap 4 § BrB. I fallet hade den tilltalade gjort sig skyldig till omfattande tidigare brottslighet. Straffvärdet på det aktuella brottet fastställdes till sex månader i hovrätten. Hovrätten konstaterade att någon annan påföljd än fängelse inte kunde komma ifråga samt förklarade den villkorligt medgivna friheten om två månader och tio dagar förverkad. Dessutom tillämpade hovrätten 29 kap 4 § BrB med motiveringen att det varken genom påföljdsvalet eller genom förverkandet kunde anses tillräckligt beaktat att den tilltalade tidigare ett mycket stort antal gånger gjort sig skyldig till brott.

HD fann ingen anledning att frångå hovrättens straffvärdebedömning. I likhet med hovrätten ansåg HD också att annan påföljd än fängelse inte kunde bli aktuellt. Under handläggningen i HD framkom emellertid att *ytterligare* en prøvotid löpte för den tilltalade, om en månad och fyra dagar. HD förklarade den sammanlagda tiden, tre månader och 14 dagar, förverkad. Utöver detta ansåg inte HD – i motsats till hovrätten – att någon ytterligare straffskärpning var motiverad, och tillämpade därför inte 29 kap 4 § BrB. En fråga som uppkommer i samband med detta avgörande är om HD hade fastställt hovrättens dom om samma förutsättningar gällt i båda instanserna – det vill säga om HD hade haft en mindre tidsperiod att förverka.

5.4.2 Omständigheter som talar för återfallsskärpning

De omständigheter som särskilt ska beaktas - den tidigare brottslighetens omfattning, tiden mellan brotten, förhållandet mellan brotten samt om brottsligheten i båda fallen varit särskilt allvarlig - motiveras i propositionen med att vissa grundläggande principer bör beaktas vid utformningen av regler om återfallsskärpning.¹²⁰ Vad som avses med grundläggande principer utvecklas dock inte närmare.

¹¹⁸ Prop. 1987/87:120 s. 58

¹¹⁹ Prop. 1987/88:120 s. 89

¹²⁰ Prop 1987/88:120 s. 53

I motiven uttalas att uttrycket ”omfattningen av gärningsmannens tidigare brottslighet” markerar att behovet av en straffskärpning gör sig särskilt starkt gällande i samband med upprepade återfall. När sådana återfall ska kunna ligga till grund för en straffskärpning är dock beroende av de övriga omständigheterna. Exempelvis, ju allvarigare brottsligheten är desto färre återfalls krävs för att motivera en återfallsskärpning.¹²¹

Angående tidsfaktorn gäller, liksom för påföljdsval och förverkande, att ju längre tid som förflutit mellan brotten desto mindre skäl finns det att beakta den tidigare brottsligheten. Vanligen tillmäts brottslighet som ligger mer än fyra år tillbaka i tiden inte någon vikt.¹²² Betydelsen av tiden beror emellertid på vilken form av brottslighet som är aktuell. Vid allvarlig brottslighet eller sådan brottslighet som begås under långa tidsintervaller, såsom skattebrott eller bokföringsbrott, är tidsaspekten av mindre betydelse än vid andra brott. I situationer där den tilltalade suttit i fängelse under lång tid beaktas datumet för frigivningen istället för datumet för brottet. Av vikt är också om brottslighet enligt mer än en lagföring ligger nära i tiden - betydelsen av den tidigare brottsligheten ökar i sådana situationer.¹²³

Med ”likartad brottslighet” avses detsamma som vid påföljdsvalet och vid förverkandesituationer. Det är alltså brott inom samma, eller närliggande, brottskategorier, exempelvis förmögenhetsbrott, narkotikabrott eller våldsbrott.¹²⁴ Det krävs inte någon överensstämmelse i brottsrubricering. Om den tilltalade alltså gjort sig skyldig till någon annan typ av brott än det tidigare talar detta inte för en återfallsskärpning. Vidare ska även beaktas om det senare brottet är lindrigare än de tidigare, det talar i sådana fall för att en återfallsskärpning inte ska bli aktuell.

Med ”särskilt allvarlig brottslighet” avses, enligt motiven, sådan brottslighet som har ett straffvärde som överstiger ett år, för såväl den tidigare som den nya brottsligheten.

5.4.3 Hur mycket bör straffet skärpas?

En fråga som varken berörs i förarbetena eller praxis är hur mycket straffet ska skärpas vid tillämpningen av 29 kap 4 § BrB. I förarbetena talas allmänt om att försiktighet ska iaktas och att syftet framförallt är att utjämna orimligheter som kan uppstå på grund av förverkanderegler. Borgeke har diskuterat problemet och anser att om straffskärpning ska ske, bör den vara förhållandevis liten. Vid ett kort straff blir en tidsökning procentuellt sett större än vid ett längre straff. En fördubbling av ett straff på en månad – det vill säga till två månader – kan exempelvis anses rimligt. En fördubbling av straff som överstiger sex månader torde dock enligt Borgeke aldrig kunna

¹²¹ Prop. 1987/88:120 s. 89

¹²² Borgeke, s. 172

¹²³ Prop. 1987/88:120 s. 89, 110

¹²⁴ Prop. 1987/88:120 s. 110

vara aktuellt. En skärpning med en eller annan månad torde i de allra flesta fall vara fullt tillräckligt.¹²⁵

Borgeke anför vidare att en viktig omständighet vid bedömningen är hur tungt det aktuella straffskärpnings-skälet väger – ju mer kompakt den tilltalades tidigare brottslighet är, desto mer straffskärpning torde vara befogad. Föreligger det mer än ett skäl för skärpning, exempelvis om det rör sig om både särskilt allvarlig brottslighet och om kort tid från tidigare brottsdatum, bör straffskärpningen vara större än annars.¹²⁶

5.4.4 Förhöjt straffmaximum

Ytterligare en bestämmelse om straffmätningen vid återfall återfinns i 26 kap 3 § BrB, enligt vilken ett förhöjt straffmaximum kan tillämpas i vissa fall. Bestämmelsen gäller för en person som blivit dömd till fängelse i minst två år och sedan, efter att domen vunnit laga kraft, begår ett brott som är belagt med fängelse i över sex år. I denna situation får den tilltalade dömas till ett straff som överstiger det högsta straffet som kan följa på brottet med fyra år.

Bestämmelsen ska läsas tillsammans med 29 kap 4 § BrB då ett förhöjt straffmaximum förutsätter att domstolen beaktar återfallet vid straffmätningen. Förutsättningen att den tilltalade tidigare ska ha blivit dömd till fängelse i minst två år är uppfylld även i det fallet att straffet har bestämts med tillämpning av 26 kap 2 § BrB, som föreskriver möjlighet för domstolen att vid flerfaldig brottslighet överskrida straffmaximum. Det kan alltså handla om flera mindre brott vars sammanlagda straffvärde hamnat på två år. Om återfallet avser flera brott kan 26 kap 2 § BrB och 26 kap 3 § BrB tillämpas samtidigt, vilket innebär att straffskalan kan överskridas med åtta år. Det resulterar i att det längsta fängelsestraffet som kan dömas ut på viss tid är 18 år.

Enligt förarbetena är det aktuella brottets straffvärde med beaktande av att brottet utgör återfall det avgörande för om straffskärpningsregeln ska tillämpas. Risken för återfall ska inte beaktas då detta vore olämpligt ur principiell synpunkt, och dessutom överflödigt då tidigare brottslighet i praktiken är det viktigaste kriteriet när återfallsrisken bedöms. Har lång tid förflutit mellan det första brottet och återfallet torde det dock som regel inte finnas anledning att tillämpa denna bestämmelse. Regeln är fakultativ och främst avsedd att tillämpas vid upprepade återfall.¹²⁷

¹²⁵ Borgeke, s. 176

¹²⁶ Borgeke, s.175f.

¹²⁷ Prop. 1980/81:76 s. 58

5.5 Synpunkter på rättsläget i doktrinen

5.5.1 Inledning

Som framgått i avsnitt 3 så kan återfallsskärpning kritiseras utifrån straffteoretiska utgångspunkter. Olika synpunkter av skiftande slag har framförts även kring den *närmare utformningen* av regleringen och dess konsekvenser. Nedan följer en redogörelse för de viktigaste delarna i denna kritik.

5.5.2 Irrelevanta kriterier

De kriterier som ska beaktas vid tillämpningen av återfallsreglerna – både vad gäller påföljdsval, förverkande och straffmätning – är omfattningen av den tidigare brottsligheten, tiden mellan brotten, om brotten är likartade samt om brotten är särskilt allvarliga. Motiveringen i förarbetena till att dessa kriterier valts är att vissa grundläggande principer måste upprätthållas.¹²⁸ Vilka dessa grundläggande principer är framgår emellertid inte.

Vid en närmare granskning av de skäl som talar för en straffskärpning är det svårt att finna någon gemensam grund för att just dessa förhållanden ska beaktas. Omständigheten att den tidigare brottsligheten är omfattande kan accepteras som grund för återfallsskärpning utifrån individualpreventiva resonemang. Detsamma kan sägas om tidsfaktorn. Går det kort tid mellan brotten tyder det på att personen inte tagit lärdom av den tidigare domen. Flera snabba återfall kan därför ses som en tendens till asocialitet och som en dålig framtidsprognos. Dosen måste därför ökas, för att ha någon effekt.¹²⁹

De två övriga omständigheterna, att brotten är likartade eller särskilt allvarliga, är det dock svårt att hitta en motsvarande individualpreventiv förklaring till. Träskman diskuterar omständigheten att brotten är allvarliga och konstaterar att varken individualpreventiva, allmänpreventiva eller proportionalitetsresonemang kan ge någon godtagbar förklaring till varför dessa ska ligga till grund för en straffskärpning. Att brotten är likartade kan inte heller förklaras logiskt – straffvärdigheten för gärningsmannen ökar knappast av att han monotont begår samma brott än om han uppvisar en större kriminell kreativitet.¹³⁰ Träskman konstaterar därför att återfallsskärpningsreglerna bygger på grunder som är kriminalpolitiskt irrelevanta.¹³¹ Enligt Jareborg och Zila får uppräknningen främst ses som en

¹²⁸ Prop. 1987/88:120 s. 53

¹²⁹ Sitte Durling, s. 213

¹³⁰ Träskman (1999), s. 212

¹³¹ Träskman (1999), s. 217

av ”humanitetskäl motiverad uppmaning till försiktighet med att lägga återfall till grund för straffskärpning”.¹³²

5.5.3 Otydlig reglering

Ytterligare kritik som har framförts mot den rådande regleringen är att den är otydlig och svår att tillämpa. Rekvisiten i 29 kap 4 § BrB som ska precisera tillämpningsområdet är svåra att få grepp om. Ett problem i sammanhanget är dels att uttalandena i förarbetena är tämligen allmänt hållna, dels att det saknas klargörande rättspraxis. I förarbetena framhålls å ena sidan att det i allmänhet saknas skäl att både förverka och straffmätningsskärpa. Å andra sidan lämnas det utrymme för detta i de fall tidigare brottslighet inte ”tillräckligt beaktats”. Ett beaktande ska då kunna ske i de fall gärningsmannen visat en ”likgiltighet inför grundläggande värden”. Ett otydligt uttryck i lagstiftningen preciseras följaktligen med ytterligare ett vagt uttryck i förarbetena. Rekvisitet ”i skälig utsträckning” ger vidare inte någon direkt ledning för rättstillämpningen, särskilt eftersom skärpningsens längd inte överhuvudtaget diskuteras i förarbetena.¹³³

Som nämnts har HD diskuterat 29 kap 4 § BrB i ett fall, i vilket de valde att inte tillämpa bestämmelsen. Det är därför svårt för domstolarna att veta hur de ska förhålla sig till denna regel. I linje med detta förefaller den användas tämligen sällan. Enligt en påföljdsinventering som Åklagarmyndigheten företagit i samarbete med Brå, där domar från år 2000 till och med år 2005 granskats, så åberopades 29 kap 4 § BrB endast undantagsvis i domskäl, och motiveras i förekommande fall knapphändigt.¹³⁴

5.5.4 Dubbelbestraffning

Dubbelbestraffningsförbudet – ne bis in idem - har en stark ställning i straffrättsliga sammanhang. Inom påföljds läran betonas ofta i förarbeten och doktrin att en omständighet inte får åberopas mer än en gång om den är till den tilltalades nackdel. Exempelvis får inte en omständighet som har haft betydelse för ett brotts placering i en viss svårighetsgrad tillmätas betydelse för straffmätningen inom den för graden föreskrivna straffskalan.¹³⁵ Tidigare brottslighet är ett exempel på en omständighet som är till den tilltalades nackdel.¹³⁶

Det svenska systemet för återfallsskärpning innebär, som framkommit ovan, att tidigare brottslighet kan medföra dels ett skärpt påföljdsval, dels ett förverkande av villkorligt medgiven frihet, dels en skärpt straffmätning. 29 kap 4 § BrB kan i första hand sägas vara en ”turordningsregel” som

¹³² Jareborg och Zila, s. 125

¹³³ Sitte Durling, s. 207

¹³⁴ Domstolarnas påföljdspraxis vid våldsbrott, s. 53

¹³⁵ Prop. 1987/88:1120 s. 82

¹³⁶ Sitte Durling, s. 238f.

stipulerar en prioritetsordning mellan dessa bestämmelser. Genom obestämda uttryck lämnar den emellertid vägen öppen för domstolen att ta hänsyn till tidigare brottslighet på flera olika sätt. Som lagtexten är utformad löses inte problemet med att återfall räknas två eller flera gånger till den tilltalades nackdel.¹³⁷

Sitte Durling framför att det torde krävas godtagbara skäl för att kunna göra avsteg från förbudet mot dubbelbestraffning. Det skäl som framförs i propositionen för detta är att rätten vid ny allvarlig eller synnerligen allvarlig brottslighet ska göra en markering på grund av den ”likgiltighet inför grundläggande värden” som gärningsmannen visat.¹³⁸ Detta begrepp utvecklas emellertid inte närmare. Enligt Sitte Durling ligger det nära till hands att anta att de ”grundläggande värden” det talas om handlar om de värden som skyddas av straffsystemet; de så kallade skyddsintressena. Hon fortsätter med att konstatera att varken allmänpreventiva eller individualpreventiva resonemang kan rättfärdiga ett beaktande av gärningsmannens likgiltighet inför dessa värden – högre straff innebär inte minskad brottslighet och påverkar inte återfallsrisken för den intagne. Inte heller enligt ett proportionalitetsresonemang kan det motiveras varför gärningsmannens likgiltighet inför grundläggande värden ska beaktas i skärpande riktning. Ett sådant resonemang förutsätter att en bedömning sker av likgiltigheten i den tidigare brottsligheten och i den nya brottsligheten. En likgiltighet inför grundläggande värden förutsätter därför ett mer vidsträckt likgiltighetsbegrepp än den episodiska likgiltighet som ryms inom proportionalitetsprincipen.¹³⁹ Sitte Durling konstaterar därför att utformningen av 29 kap 4 § BrB strider mot dubbelbestraffningsförbudet och att godtagbara skäl därtill saknas. Likgiltighet inför grundläggande värden är ett alltför vagt begrepp för motivera undantag ifrån dubbelbestraffningsprincipen.¹⁴⁰

5.5.5 Effekten av återfallets betydelse för påföljdsvalet

Straffens utformning under 1900-talet har präglats av en kriminalpolitisk ambition att i påföljdssystemet föra in alternativ till frihetsberövandet. Utgångspunkten har varit, och är, att fängelse är inhumant och bör undvikas i möjligaste mån. Jareborg och Zila har uttryckt det så att fängelse är en ”dålig påföljd”, beroende på de negativa verkningar det har för de intagna.¹⁴¹ Alternativ till fängelsestraffet har av den anledningen införts i påföljdssystemet, av vilka de viktigaste reformerna är villkorlig dom och skyddstillsyn. Ytterligare steg var införandet av samhällstjänst som alternativ till fängelsestraff och intensivövervakning med elektronisk kontroll – kanske mer känt som fotboja. I lagstiftningsarbetet har flera

¹³⁷ Sitte Durling, s. 215

¹³⁸ Prop. 1987/88:120 s. 58

¹³⁹ Sitte Durling, s. 215f.

¹⁴⁰ Sitte Durling, s. 240

¹⁴¹ Jareborg och Zila, s. 135

gångerna klart kommit till uttryck att målsättningen är att i största möjliga mån begränsa fängelsestraffets negativa konsekvenser. Det är i det sammanhanget främst de korta fängelsestraffen som ligger i fokus.¹⁴²

Kritik har riktats mot den roll som artbrottslighet och tidigare brottslighet spelar när det gäller utdömande av korta fängelsestraff.¹⁴³ Som framgått finns det en presumtion mot fängelsestraff i de fall straffvärdet ligger under ett år. Presumtionen kan endast brytas av att brottet varit ett så kallat artbrott, eller av att den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott. Vid fängelsestraff som ligger under ett år kan man därför konstatera att antingen tidigare brottslighet eller artbrottslighet, eller en kombination, varit avgörande vid påföljdsvalet. Vid låga straffvärden där brottets svårighetsgrad inte står i proportion till ett frihetsberövande får alltså tidigare brottslighet, tillsammans med artbrottslighet, en vågmästarroll. Resultatet i dessa situationer blir att korta fängelsestraff döms ut.¹⁴⁴

Studerar man kriminalstatistiken kan konstateras att ett stort antal av de utdömda fängelsestraffen är kortare än ett år; 71 procent av de fängelsestraff som döms ut är på 6 månader eller mindre.¹⁴⁵ Presumtionen mot fängelse har följaktligen haft svårt att slå igenom i praxis. En anledning till detta kan vara att artbrott anses föreliga vid brott som är särskilt vanliga (exempelvis misshandel, narkotikabrott och grovt rattfylleri). En annan förklaring kan vara att tillgreppsbrottslighet ofta beivras med fängelse på grund av återfall.¹⁴⁶ Klart är i vart fall att betydelsen av artbrottslighet och tidigare brottslighet är mycket stort vid påföljdsvalet och att detta ofta leder till korta fängelsestraff. Detta kan anses strida såväl mot humanitetsprincipen, som är en viktig och övergripande princip som ofta framhålls i det straffrättsliga reformarbetet, som mot proportionalitetsprincipen.¹⁴⁷

¹⁴² Se t.ex. dir. 1992:47, prop. 2004/05:34 s. 12

¹⁴³ Sitte Durling, s. 184ff.

¹⁴⁴ Sitte Durling, s. 185

¹⁴⁵ Brå 2008:17, s. 143

¹⁴⁶ Jareborg och Zila, s. 141

¹⁴⁷ Sitte Durling, s. 240f.

6 Ett nytt lagförslag – SOU 2008:85

6.1 Inledning

I mars 2007 tillsatte regeringen en utredning som fick i uppdrag att överväga och föreslå förändringar av strafflagstiftningen i syfte att åstadkomma en straffmätning som markerar en skärpt syn på allvarliga våldsbrott. I utredningens uppdrag ingick även att överväga förändringar som skulle ge en större spännvidd i straffmätningen vid brott i allmänhet när det har funnits försvårande eller förmildrande omständigheter. I det sammanhanget skulle utredningen också överväga betydelsen av flerfaldig brottslighet samt *återfall i brott*.¹⁴⁸

I oktober 2008 lade utredningen, kallad Straffnivåkommittén, fram sitt förslag i utredningen ”Straff i proportion till brottets allvar”.¹⁴⁹ Angående återfall i brott så föreslog utredningen vissa förändringar i 29 kap 4 § BrB. Nedan kommer detta förslag och dess argument att redogöras för.

6.2 Argument för återfallsskärpning

Straffnivåkommittén har i utredningen utvecklat sina skäl till att återfall bör föranleda en skärpt straffmätning. Inledningsvis anför kommittén att ett skärpt påföljdsval och förverkande av villkorligt medgiven frihet får anses som en *indirekt* återfallsskärpning, vilket beror på att den tilltalade visserligen drabbas av ett strängare ingripande på grund av tidigare brottslighet men att detta enbart beror på att det inte längre finns några förutsättningar för privilegiering. Återfallet får därmed inte någon annan betydelse än att den tilltalade återgår till ett straffrättsligt normalläge.¹⁵⁰ Utredningen drar slutsatsen att ett strängare påföljdsval och förverkande av villkorlig frigivning visserligen uppfattas som en återfallsskärpning men att dessa former skiljer sig påtagligt ifrån en skärpt straffmätning, och att det därför finns anledning att hålla isär dessa typer av återfallsskärpning.

Som skäl för att skärpa straffmätningen vid återfall anför utredningen att föreställningen om att det är rättvist att skärpa straffet för den som återfaller i brott är starkt förankrad i samhället, och att liknande system dessutom finns i de flesta andra rättsordningar. Vidare menar utredningen att det är omöjligt att i praktiken tillämpa ett synsätt som går ut på att det inte finns anledning att skärpa straffet utöver straffvärdet vid återfall eftersom man redan visat att man inte har tolerans med det brottsliga beteendet. Detta

¹⁴⁸ Dir. 2007:48

¹⁴⁹ SOU 2008:85

¹⁵⁰ SOU 2008:85 s. 299

beror på att det blir svårt för domstolarna att fastställa ett straffvärde som ska motsvara en rimlig ingripandenivå oavsett om det handlar om en förstagångsförbrytare eller en återfallsförbrytare. Risken är att ingripandenivån istället trappas upp för samtliga tilltalade.¹⁵¹

Fortsättningsvis menar utredningen att vissa inkapaciteringseffekter skulle kunna erhållas eftersom sambandet mellan antalet tidigare domar och risken för återfall är mycket starkt. Ju fler tidigare domar desto större är risken för återfall inom en treårsperiod. Längre fängelsestraff innebär att återfallsbrottslingarna rent faktiskt förhindras att begå brott, även om det inte går att visa att detta leder till en generellt lägre brottslighet.¹⁵² Slutligen påpekar kommittén att om 29 kap 4 § BrB utmönstrades så skulle 26 kap 3 § BrB bli obsolet, vilket i sin tur skulle innebära att det längsta tidsbestämda straff som skulle kunna utdömas blev 14 år, istället för 18 år idag. Gränsen på 18 år överensstämmer med det kortaste straff till vilket ett livstidsstraff kan omvandlas, och en ändring i reglerna kring detta skulle innebära att systematiken gick förlorad.

Kommittén menar att de anförda skälen sammantaget är tillräckligt starka för att tidigare brottslighet ska kunna beaktas vid straffmätningen, trots de invändningar som kan resas mot dem från straffteoretisk utgångspunkt.¹⁵³

6.3 Förslag och motivering

Förslaget till ny utformning av 29 kap 4 § BrB lyder:

Vid straffmätningen ska rätten, utöver brottets straffvärde, beakta

1. om den tilltalade tidigare vid upprepade tillfällen har dömts för likartad brottslighet eller
2. om brottet utgör återfall i särskilt allvarlig brottslighet och det tidigare och det nya brottet är likartade.

Vid tillämpningen av första stycket ska rätten ta hänsyn till den tid som förflutit mellan brotten samt även se till att den samlade reaktionen på brottet inte blir oskäligt sträng i förhållande till brottets straffvärde.¹⁵⁴

Förslaget innebär att man tar bort kravet på att man uttömt möjligheterna att skärpa påföljdsvalet eller förverka villkorlig frigivning. Det ska istället bli obligatoriskt att skärpa straffmätningen vid återfall i brott, i vissa specifika situationer. Dessa situationer är sådana där en straffskärpning framstår som särskilt angelägen. Upprepade tillfällen av likartad brottslighet eller återfall i särskilt allvarlig brottslighet anses vara sådana situationer, eftersom det vanligen inte finns något annat sätt att beakta återfallet – ett skärpt

¹⁵¹ SOU 2008:85 s. 306

¹⁵² SOU 2008:85 s. 308

¹⁵³ SOU 2008:85 s. 309

¹⁵⁴ SOU 2008:85 s. 33

påföljdsval blir inte aktuellt eftersom fängelse troligen redan dömts ut tidigare.¹⁵⁵

”Upprepade tillfällen” innebär att den tilltalade bör ha dömts vid i vart fall två till tre tidigare tillfällen för likartad brottslighet, eller något fler fall om brottsligheten inte är av allvarlig art. Med ”särskilt allvarlig brottslighet” avses brott med straffvärde över ett års fängelse.

I båda situationerna i första stycket anges att brotten ska vara likartade. Vad som ska anses utgöra ”likartad brottslighet” ska avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Som regel bör dock alla brott som har utgjort ett angrepp på någons liv, hälsa eller trygghet till person anses likartade. När det gäller övriga brott ska en bedömning göras av om det är fråga om samma typ av brottslighet, såsom till exempel vid stöld och bedrägeri. En straffskärpning bör inte bli aktuell om den tidigare och den nya brottsligheten är riktade mot helt olika intressen, exempelvis om den tilltalade har gjort sig skyldig till ett våldsbrott efter att tidigare ha dömts för skattebrott eller förmögenhetsbrott.¹⁵⁶

Hur mycket brottet ska skärpas i dessa situationer regleras inte närmare, utan det får avgöras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. Utredningen anger dock som riktlinje att straffskärpningen procentuellt sett bör vara högre vid låga straffnivåer än vid höga. Exempelvis kan ett fängelsestraff på en månad höjas till det dubbla, medan ett straff på ett år eller mer inte bör höjas med mer än en fjärdedel. Det poängteras dock att dessa tider endast ska ses som riktlinjer; det avgörande ska vara tiden mellan brotten samt omfattningen på den tidigare brottsligheten. Ju mer omfattande tidigare brottslighet och ju närmare i tiden brotten ligger varandra, desto högre straffskärpning.¹⁵⁷ I andra stycket har införts en begränsningsregel i syfte att förhindra att det uppstår en uppenbar obalans mellan brottets straffvärde och påföljden. Begränsningsregeln ska dock ses som ett undantag – utgångspunkten ska vara att återfallsskärpning ska ske i de angivna situationerna oavsett om villkorligt medgiven frihet förklarats förverkad.¹⁵⁸

6.4 Särskilt yttrande

Två av utredningens experter, Asp och Hadding-Wiberg, har avgett ett särskilt yttrande angående frågan om återfallsskärpning där de menar att det framlagda förslaget går i fel riktning, eftersom betydelsen av 29 kap 4 § BrB kommer att öka påtagligt i relation till gällande rätt. De framför att det fortfarande är oklart varför återfall ska tillåtas påverka straffmätningen i skärpande riktning; om lika svåra brott ger olika långa straff undergrävs de

¹⁵⁵ SOU 2008:85 s. 313

¹⁵⁶ SOU 2008:85 s. 396

¹⁵⁷ SOU 2008:85 s. 314f.

¹⁵⁸ SOU 2008:85 s. 397

för påföljdssystemet grundläggande tankarna om proportionalitet och ekvivalens. Bland annat pekar de på att den föreslagna regleringen kan komma att ge mycket stort genomslag i enskilda fall, framförallt i situationer där någon återfallit i särskilt allvarlig brottslighet. Skillnaden kommer i dessa situationer att kunna uppgå till flera år för samma gärning.¹⁵⁹

Asp och Hadding-Wiberg menar att om man finner skäl att öka betydelsen av återfall bör detta i första hand regleras genom reglerna om påföljdsval och förverkande av villkorlig frigivning. Ett alternativ till det aktuella förslaget skulle kunna vara att förlänga prøvotiden vid villkorlig frigivning, och i gengäld ta bort möjligheten till straffskärpning enligt 29 kap 4 § BrB. På det sättet skulle villkorligt medgiven frihet kunna förverkas så länge som återfallet bedöms relevant. När det inte längre är relevant så finns inte skäl för vare sig förverkande eller straffskärpning.¹⁶⁰

6.5 Remissvar

För ett ge en bild av de reaktioner som förslaget skapat så redogörs här för vissa av remissvaren på utredningen. Utredningen handlar inte främst om återfallsskärpning utan om straffnivån för våldsbrott. Ändringen av 29 kap 4 § BrB får därför ses mot bakgrund av den generella straffhöjning för våldsbrott som utredningen föreslår. Det är framförallt dessa delar som uppmärksammats av de olika remissinstanserna och ändringen i 29 kap 4 § BrB har därför i många av svaren från remissinstanserna inte överhuvudtaget berörts.

Generellt kan sägas att förslaget har fått ett blandat mottagande. Vissa remissinstanser har inget att erinra mot förslaget om ändrad reglering för återfallsskärpning, exempelvis Rikspolisstyrelsen¹⁶¹ och Brottsoffermyndigheten.¹⁶² Andra remissinstanser är i grunden positiva, men efterlyser ytterligare belysning av konkreta tillämpningsfrågor, såsom Åklagarmyndigheten och Hovrätten för Nedre Norrland.¹⁶³ Ytterligare andra instanser ansluter sig till det särskilda yttrande som avgivits av utredningens experter Asp och Hadding-Wiberg, bland annat Juridiska fakulteten i Lund¹⁶⁴ och Advokatsamfundet.¹⁶⁵

Vissa instanser kommer med ytterligare synpunkter och argument. *Domstolsverket* påpekar att ändringen i 29 kap 4 § BrB innebär att det inte skulle bli möjligt att beakta återfall om den tidigare brottsligheten inte är likartad. Även om det endast i undantagsfall torde finnas anledning till

¹⁵⁹ SOU 2008:85 s. 400f.

¹⁶⁰ SOU 2008:85 s. 400

¹⁶¹ Dnr RA-002-6456/08

¹⁶² Dnr10533/2008

¹⁶³ Dnr 1755-2008

¹⁶⁴ Dnr J 2008/689

¹⁶⁵ Dnr R-2008/1262

straffskärpning i den situationen så anser domstolsverket att det ibland kan vara motiverat, exempelvis när det handlar om brott som utan att vara likartade har ett samband med varandra, eller vid kontinuerliga återfall.

Kriminalvården poängterar att vid dom på skyddstillsyn med föreskrift om kontraktsvård bestäms vanligtvis hur långt fängelsestraff som skulle ha dömts ut om fängelse i stället hade valts som påföljd. Om domen på skyddstillsyn senare undanröjs på grund av misskötsamhet kan det finnas en risk att förverkande inte sker i samma utsträckning som om den tilltalade hade dömts till fängelse i den första domen. Detta kommer man till rätta med om man, i enlighet med utredningens förslag, i högre utsträckning än idag beaktar återfallet redan vid straffmätningen. *Kriminalvården* är därför positiv till förslaget.¹⁶⁶

Kriminologiska institutionen vid Stockholms universitet framför att utredningen i fråga om återfall kännetecknas av en total avsaknad av empiri. Institutionen framför att antalet personer som återfaller i brott har minskat sedan början av 1990-talet och att minskningen av allt att döma kommer att fortsätta, på grund av den sedan länge minskande ungdomsbrottsligheten som vanligtvis är en grogrund för senare återfallsbrottslighet. Att i detta läge skärpa straffen för återfall i marginalen förefaller inte vara någon genomtänkt åtgärd. Avslutningsvis drar institutionen, efter en pro- och kontraanalys, slutsatsen att de skäl som utredningen anför för en straffskärpning varken är juridiskt tvingande eller empiriskt grundade, utan politiskt styrda.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Dnr 11-2008-25998

¹⁶⁷ Dnr U1:2009

7 Det allmänna rättsmedvetandet

7.1 Inledning

Anledningen till att tidigare brottslighet ska beaktas vid påföljdsbestämningen behandlas i propositionen och utredningen utan att något tydligt ställningstagande egentligen sker. En gemensam utgångspunkt både i förarbetena till påföljdsreformen och i Straffnivåkommitténs utredning är dock att det är motiverat med hänsyn till *det allmänna rättsmedvetandet*. I propositionen från 1988 framfördes att ett beaktande av tidigare brottslighet vid påföljdsbestämningen av en bred allmänhet torde uppfattas som ”naturlig och rimlig”, och att en återfallsreglering behövs för att upprätthålla allmänhetens tilltro till straffsystemet.¹⁶⁸ I utredningen från 2008 framförs bland annat att återfallsskärpning ”uppfattas som rättvist” och har en mycket stark förankring i samhället.¹⁶⁹

Det allmänna rättsmedvetandet spelar följaktligen en stor roll vid bestämmandet av reglerna för betydelsen av tidigare brottslighet. En fråga som därför förtjänar att undersökas lite närmare är vad ”det allmänna rättsmedvetandet” egentligen innebär, hur det förhåller sig till återfall samt varför och i vilken utsträckning vi ska ta hänsyn till det vid lagstiftningen.

7.2 Begreppet ”det allmänna rättsmedvetandet”

7.2.1 Holistisk och reduktionistisk syn på rättsmedvetandet

Begreppet ”det allmänna rättsmedvetandet” associeras ibland med mystiska föreställningar om folksjälens betydelse för lagstiftning och dömande.¹⁷⁰ I äldre doktrin skiljde man nämligen mellan ett reduktionistiskt och ett holistiskt rättsmedvetande. Det *holistiska* synsättet härstammar från den historiska skolan vars gemensamma drag är dess organiska syn på rätten och samhället. Samhället och dess historiska utveckling utgör en organiskt sammanhängande helhet som inte kan beskrivas genom summan av dess delar. Det innebär att man inte kan dra någon slutsats om det allmänna genom att studera det enskilda – utgångspunkten ska istället vara det komplexa. Lagen är enligt denna skola en integrerad del i denna helhet, där ”folksjälens” spelade en central roll. Som en följd av detta fick det allmänna

¹⁶⁸ Prop. 1987/88:120 s. 50

¹⁶⁹ SOU 2008:85 s. 306, 309

¹⁷⁰ Axberger, s. 7

rättsmedvetandet ställning inte bara som rättskälla utan i princip som den enda rättskällan. Kunskap om det allmänna rättsmedvetandet kan emellertid med denna utgångspunkt *inte* erhållas genom att studera de enskilda individernas uppfattning. Folket är en ideell storhet som präglas av ett nedärvt kulturellt sammanhang. Med höjd kulturnivå hade en allt större specialisering inträtt genom vilket en juristprofession uppstått. Det är hos denna som det allmänna rättsmedvetandet manifesteras. Rättsmedvetandet är därigenom endast möjligt att finna genom studier av den juridiska professionens historia.¹⁷¹

Det *reduktionistiska* synsättet innebär i princip att ett tillräckligt stort antal enskilda individer inom ett valt kollektiv rent faktiskt har likartade uppfattningar i rättsliga frågor. Ett sådant synsätt innebär att begreppet är empiriskt bestämt vilket möjliggör bearbetning med statistisk metod efter intervju- eller enkätundersökningar.¹⁷² Med detta synsätt är rättsmedvetandet ingen egen rättskälla utan fungerar som en ”brygga” mellan lagen och medborgarna.¹⁷³

Det reduktionistiska och det holistiska synsättet på det allmänna rättsmedvetandet ligger långt ifrån varandra och avser egentligen två helt olika företeelser. När man *idag* talar om det allmänna rättsmedvetandet är det i nästan alla sammanhang den reduktionistiska formen som avses.¹⁷⁴

7.2.2 Det allmänna rättsmedvetandets innehåll

Enligt det reduktionistiska synsättet finns det möjlighet att erhålla kunskap om det allmänna rättsmedvetandets innehåll genom enkät- och intervjuundersökningar. Sådana undersökningar görs också, även om det inte förekommer frekvent. De empiriska undersökningar som gjorts i Sverige är tämligen få och börjar bli något till åren stigna. Den senaste undersökningen utfördes år 1994-1996 av Axberger på uppdrag av Brå. Dessförinnan hade Bondeson gjort en studie 1975, och Lindén och Similä ytterligare en undersökning år 1982, på uppdrag av Brå.¹⁷⁵

Det har riktats kritik mot denna typ av undersökningar och dess användbarhet. Det är svårt att få en helhetsbild genom att undersöka några individers uppfattningar - dessa kan skilja sig åt så pass mycket att det är svårt att tala om en viss inställning som allmän. Genom att stanna vid ytliga fenomen riskerar man att få en bild som är splittrad och sammanhangslös. Dessutom är enkät- och intervjuundersökningar allmänt sett mycket svårtolkade. För att kunna bearbetas statistisk krävs tydliga och entydiga svar vilket innebär att mer komplexa sammanhang och överväganden är

¹⁷¹ Victor (1981), s. 155

¹⁷² Victor (1981), s. 152f.

¹⁷³ Sitte Durling, s. 106

¹⁷⁴ Victor (1981), s. 158

¹⁷⁵ Resultaten av dessa studier vad gäller återfall presenteras nedan i avsnitt 7.3.

svåra att undersöka.¹⁷⁶ Till det kommer att en uppfattning i en fråga kan ha sin grund i bristande kunskap om de faktiska problemen och hur de behandlas rättsligt, eller kan vara en fråga om en tillfällig opinion.¹⁷⁷

En annan fråga är när en inställning kan anses som *allmän*. Axberger menar att användningen av begreppet i den rättsliga diskussionen närmast pekar mot att det ska röra sig om en *genomgående* uppfattning hos befolkningen, det vill säga att i stort sett alla ska ansluta sig. Sätter man kravet så högt är det dock svårt att belägga ett allmänt rättsmedvetande annat än i kanske helt grundläggande och allmänt uttryckta frågor, till exempel brott ska bestraffas.¹⁷⁸

I en rapport från 1992 har Eriksson och Åkerström gått igenom ett stort antal undersökningar, både svenska och internationella, som behandlar människors uppfattningar kring lag och rätt. Deras slutsatser efter genomgången var att det ofta var svårt att fastställa en så enhetlig uppfattning hos intervjupersonerna att det gick att tala om en allmän uppfattning. Det mest påtagliga resultatet var istället skillnaden mellan *allmänna* attityder och mer *konkretiserade* sådana. Intervju- eller enkätpersonernas allmänna inställning till en fråga visade sig skilja från inställningen när intervjupersonen givits mer detaljer och information om omständigheterna. Detta förhållande återspeglades i närapå varje diskussion kring de mer substantiella resultaten.¹⁷⁹ Även Axberger har påpekat detta förhållande och framhåller att de stora majoriteterna kan uppkomma till synes nyckfullt och i sammanhang där man måste ifrågasätta hur hållfast rättsmedvetandet är.¹⁸⁰

I straffrättsliga sammanhang får skillnaden mellan abstrakta och konkreta frågeställningar framförallt genomslag när det handlar om straffnivåer. Generellt formulerade strafffrågor ger mer punitiva svar än mera specifika frågor.¹⁸¹ Den danske forskaren Kutchinsky, som skrivit en artikel om rättsmedvetandet i Danmark, förtjänar att citeras i detta sammanhang:

”Det er betydeligt lettere att vaere barsk og streng mod forbryderne på det abstrakte niveau. Når det kommer kod og blod på tingene, er det helt andre opfattelser der kommer til udtryk”¹⁸²

¹⁷⁶ Victor (1981), s. 159

¹⁷⁷ Strömholm, Freivalds och Nycander, s. 112

¹⁷⁸ Axberger, s. 58

¹⁷⁹ Eriksson och Åkerström, s. 74

¹⁸⁰ Axberger, s. 58f.

¹⁸¹ Eriksson och Åkerström, s. 76

¹⁸² Kutchinsky, s. 81

7.2.3 Det allmänna rättsmedvetandets roll vid lagstiftningen

Som nämnts ovan finns det inte några utarbetade och tillförlitliga metoder för att mäta allmänhetens uppfattningar i olika frågor. Det har dock hävdats att det allmänna rättsmedvetandet beaktas inom ramen för lagstiftningsutredningar. Utredningssystemet som tillämpas ses i sig som ett system för att fånga upp och beskriva breda uppfattningar. Utredningar med parlamentarisk förankring, medverkan av intresseorganisationer och experter samt ett omfattande remissförfarande ger då en bild av åsikter och stämningar.¹⁸³ Skälet till att det är viktigt att i lagstiftningsarbetet försöka fånga in människors uppfattningar är strävandena efter att ge lagen legitimitet och effektivitet. Politiska beslut blir svår genomförbara eller verkningsslösa ifall de saknar stöd i breda folklager.¹⁸⁴

Det allmänna rättsmedvetandet som *begrepp* används dock tämligen sällan i lagstiftningsarbetet. Det förekommer inte på något ställe i lagtext, däremot finns det vissa exempel på att det förekommer i förarbeten.¹⁸⁵ Lagstiftaren har dock knappast haft ett helt konsekvent och logiskt genomtänkt förhållningssätt i detta sammanhang. Anledningen till detta kan vara att behovet av att ta reda på hur den allmänna rättsuppfattningen ser ut har gjort sig olika starkt gällande i olika lagstiftningsområden.¹⁸⁶ Vanligtvis åberopas det allmänna rättsmedvetandet som ett argument för att någonting i framtiden ska få status som gällande rätt.¹⁸⁷

Bondeson hävdar att hänvisningar till det allmänna rättsmedvetandet sällan har några empiriska belägg utan snarast bör ses som en form av argumentationsteknik. Hänvisningar till det allmänna rättsmedvetandet refererar alltså inte till en beskrivning av verkligheten utan används istället strategiskt för att uppnå vissa syften. Detta påstående styrks av att undersökningar sällan visar en generell uniformitet vilket gör det svårt att tala om ett *allmänt* rättsmedvetande. Bondeson menar därför att begreppet ”allmänt rättsmedvetande” framförallt används ideologiskt.¹⁸⁸

Träskman menar att i en demokrati kan inte kriminalpolitik bedrivas enbart på de sakkunnigas villkor. För att kunna uppnå rättssäkerhet förutsätts inte enbart sakkunniga beslutsfattare utan även en sakkunnig allmän opinion. En sakkunnig allmän opinion kan i sin tur enbart skapas genom en god journalistik. Kommersialiseringen av journalistiken, som bland annat är en följd av upplagekonkurrensen, leder dock i många fall till en snedvridning av fakta, och därmed till kriminalpolitiska opinionsyttringar som inte bygger på rationella argument.¹⁸⁹ Det är därför inte alltid som lagstiftningen ska

¹⁸³ Strömholm, Freivalds och Nycander, s. 114

¹⁸⁴ Strömholm, Freivalds och Nycander, s. 112

¹⁸⁵ Jfr. Thew, s. 536

¹⁸⁶ Strömholm, Freivalds och Nycander, s. 114

¹⁸⁷ Thew, s. 537

¹⁸⁸ Bondeson (1982), s. 126f., 140f.

¹⁸⁹ Träskman (1984) s. 252, 256

anpassa sig till det allmänna rättsmedvetandet – istället för lagändring kan det krävas information och insyn.¹⁹⁰

7.3 Det allmänna rättsmedvetandet och återfall

7.3.1 Bondesons undersökning

Bondeson utförde 1975 en undersökning i Malmö. Ett slumpmässigt urval av män och kvinnor drogs i åldrarna 18-75 år, varav totalt 236 personer intervjuades. Frågorna i undersökningen kretsade kring problem som anknyter till rättvisa och likhet inför lagen, kriminaliseringsstrukturen, laglydnad, allmänprevention och straffets sociala funktioner.¹⁹¹

Enligt Bondesons undersökning kände en mycket klar majoritet till att domaren i ett tänkt fall kunde utmäta ett längre straff till en förut straffad person än till en icke tidigare dömd. Nästan hälften av intervjupersonerna förordade att båda skulle få samma straff. Motivering härtill uppgavs vara att lika brott skulle få lika straff och att det skulle råda likhet inför lagen.¹⁹² Enligt Bondeson hyllar allmänheten en absolut likhetsprincip och hon konstaterar att det föreligger en klar diskrepans mellan det allmänna rättsmedvetandet och rättspraxisen. Hon framhåller också att skillnaden är särskilt intressant eftersom lagstiftaren har hänvisat till rättviseföreställningar som motiv för gällande rätt.¹⁹³

7.3.2 Axbergers undersökning

Axberger genomförde 1994-1996 på uppdrag av Brå en undersökning av det allmänna rättsmedvetandet, i form av en enkät som skickades ut till ett riksrepresentativt urval av befolkningen. I undersökningen tillfrågades dessutom lagfarna domare och nämndemän. Av 2000 tillfrågade besvarade 1273 stycken enkäten.¹⁹⁴ Enkäten innehöll ett avsnitt med påståenden som den tillfrågade fick instämma i fullständigt, delvis eller inte alls. Ett annat avsnitt av undersökningen byggdes upp kring olika brottsvinjetter, vilka utgjorde en fast struktur inom vilken ett antal individuella faktorer slumpmässigt varierades. I materialet fanns därför inga enkäter som var exakt likadana – fördelarna med denna metod var dels att den som svarade hade begränsade möjligheter att se vad frågeställaren var ute efter, dels att en mängd olika faktorer kunde studeras inom ramen för ett begränsat antal frågor.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Victor (1981) s. 159

¹⁹¹ Bondeson (1982) s. 129

¹⁹² Bondeson (1982) s. 132f.

¹⁹³ Bondeson (1976) s. 317

¹⁹⁴ Axberger, s. 54

¹⁹⁵ Axberger, s. 52

I påståendeden var ett av påståendena ”Återfallsbrottslingar bör bestraffas strängare än förstagångsbrottslingar”. 83 procent av allmänheten instämde med detta påstående fullständigt, medan motsvarande siffra för domare var 85 procent och för nämndemän 78 procent.¹⁹⁶

I vinjettdelen var en av faktorerna som ändrades variabeln ”tidigare brottslig belastning” som varierade mellan: aldrig tidigare straffad, tidigare dömd till villkorlig dom, tidigare dömd till fängelse en gång, tidigare dömd till fängelse upprepade gånger. Vid analysen sammanställdes variabeln ”aldrig tidigare dömd” med variabelerna som inleddes med ”tidigare dömd”, vilket visade sig ge ett kraftigt utslag för uppfattningen att tidigare brottslighet bör bestraffas särskilt. I rapporten framhölls att det på denna punkt förelåg en jämn och enhetlig uppfattning. Av de omständigheter som inte kunde hänföras till själva brottet, var tidigare brottsbelastning den som gav det klart största utslaget vad gällde straffskärpning. I rapporten konstateras därför att det tycks vara en genomgående, konsistent uppfattning att tidigare brottslighet ska straffa sig.¹⁹⁷

7.3.3 Det allmänna rättsmedvetandets roll vid lagstiftningen om återfall

Som framgått av tidigare avsnitt så bygger vårt påföljdssystem på idéerna om rättvis proportionalitet mellan brott och straff. Denna ideologi lämnar inte något direkt utrymme för att beakta tidigare brottslighet vid påföljdsbestämningen. Vidare har framgått att återfall *trots detta* spelar en tämligen betydande roll i vårt påföljdssystem vilket innebär att systemet uppenbarligen inte är enhetligt utformat. Motivering härtill är framförallt ”allmänna rättviseföreställningar”. En fråga av mer normativ beskaffenhet blir då om och när vi egentligen bör ta hänsyn till det allmänna rättsmedvetandet framför ett konsekvent och principfast straffsystem. Är absolut teoritrogenhet nödvändig, eller kan vi tänka oss vissa avsteg med hänsyn till ”det allmänna rättsmedvetandet”?

Eriksson och Åkerström poängterar att om det inte finns förtroende för rättsövervakande instanser och andra myndigheter kan det finnas ett frö till legitimitetskris.¹⁹⁸ Allmänhetens uppfattningar är viktiga att ta fasta på, även om de bygger på dåliga kunskaper eller mediaframställningar. Eftersom det handlar om allmänhetens tilltro och systemets legitimitet blir brister i det avseendet inte mindre allvarliga till sin konsekvens av att allmänhetens åsikter bygger på felaktiga antaganden eller liknande missuppfattningar.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Axberger, s. 64f.

¹⁹⁷ Axberger, s. 65

¹⁹⁸ Eriksson och Åkerström s. 10

¹⁹⁹ Eriksson och Åkerström, s. 33

Jareborg och Zila har också övervägt problemet och anser att när uppfattningar bryts mot varandra kan en kompromiss förefalla naturlig. Men, en kompromiss är enbart befogat när det råder enighet om vad som är relevant som argument, det vill säga när det föreligger olika uppfattningar om *vikten* av anförda skäl, men inte om en anförd faktor *överhuvudtaget* är ett skäl. När oenigheten har en djupare ideologisk grund innebär en kompromiss att man kapitulerar inför irrationaliteten och går med på att behandla irrelevanta argument som om de vore relevanta. På detta sätt förhåller det sig enligt deras mening med frågan om återfallets betydelse. En kompromiss i denna fråga innebär endast att man böjer sig för den politiska makten.²⁰⁰

Sitte Durling gör i sin avhandling gällande att det finns tre olika förhållningssätt till denna fråga. Enligt det första förhållningssättet vill man att påföljdsbestämningen ska vara teoretiskt välmotiverad och konsekvent utformad – slutsatsen blir då att tidigare brottslighet måste lämnas utanför systemet. Det andra alternativet är att inta en pragmatisk ståndpunkt och helt enkelt acceptera att det inom ett system finns svårförenliga företeelser. Risken med ett sådant förhållningssätt är att proportionalitetsprincipen uttunnas och till sist endast blir en illusion. Det tredje alternativet, som Sitte Durling förespråkar, är att acceptera vissa mindre avvikelser från ideologin, i de fall avvikelsen är utformad som ett väl avgränsat undantag från huvudprincipen.²⁰¹ Undantaget måste dock hållas strikt begränsat genom lagstiftning, så att inte proportionalitetsprincipen förlorar sin innebörd. Ett fullständigt upprätthållande av proportionalitetsprincipen, där ingen vikt alls läggs vid tidigare brottslighet skulle vara svår att motivera för allmänheten och innebära legitimitetsproblem. Enligt Sitte Durling finns det skäl att acceptera en avvikelse från huvudprincipen vad gäller tidigare brottslighet i och med dess starka förankring i rättssystemet; tidigare brottslighet har under lång tid varit en viktig omständighet vid påföljdsbestämningen och systemet uppfattas av allmänheten som rättvist. Författaren understryker emellertid att det allmänna rättsmedvetandet inte får tillåtas styra kriminalpolitiken i stort.²⁰²

²⁰⁰ Jareborg och Zila, s. 70

²⁰¹ Sitte Durling, s. 113

²⁰² Sitte Durling, s. 237

8 Diskussion

8.1 Återfallsskärpning – hur och varför?

Syftet med det här arbetet var att utreda hur och varför tidigare brottslighet påverkar påföljdsbestämningen. *Hur* återfallet ska påverka påföljden har redogjorts för i avsnitt 5. I första hand ska återfallet beaktas vid påföljdsvalet enligt 30 kap 4 § BrB. Om presumptionen mot fängelse bryts på grund av tidigare brottslighet tillåts återfallet att spela en betydande roll då påföljden för *hela* det utmätta straffet ska bestämmas till fängelse. Särskilt påtagligt blir detta när straffvärdet ligger precis under ett år – den tidigare brottsligheten får i de situationerna en form av vågmästarroll. Återfallet kan sedan beaktas vid förverkande av villkorligt medgiven frihet enligt 34 kap 4 § BrB. Det finns en presumtion för att *hela* den villkorligt medgivna friheten ska förverkas vilket vid allvarligare brottslighet innebär att det kan handla om mycket långa tidsperioder. Betydelsen av återfallet blir i denna situation kanske ännu starkare än vid valet av påföljd.

Om återfallet inte kan beaktas i *tillräcklig mån* genom ett skärpt påföljdsval eller genom ett förverkande av villkorligt medgiven frihet får den tidigare brottsligheten påverka straffmätningen, enligt 29 kap 4 § BrB. Även om denna bestämmelse sällan uttryckligen tillämpas så innebär reglerna att det sammantaget öppnas för att beakta tidigare brottslighet på *flera olika sätt*. Hur mycket och i vilka situationer är dock inte helt klart; uttalanden i motiven är luddiga och klagörande praxis saknas. Det är även tveksamt i vilken utsträckning denna bestämmelse egentligen tillämpas i våra domstolar. Klart är dock att reglerna sammantaget innebär en betydande skillnad mellan straffet för en "vaneförbrytare" och straffet för en förstagångsbrottsling – även om de gjort sig skyldiga till lika svåra brott. En gärning som exempelvis ger villkorlig dom och böter för en förstagångsförbrytare kan innebära ett jämförelsevis långt fängelsestraff för den som är straffad sen tidigare. Hur kan då en sådan skillnad motiveras?

Varför återfall ska innebära ett hårdare straff *kan* – som visats i avsnitt 4 – motiveras utifrån både ett allmän- och ett individualpreventivt synsätt. Det är emellertid inte rationellt att förespråka en hög repressionsnivå, vare sig vid återfall i brott eller i övrigt. Långa fängelsestraff har inte visat sig leda till minskad brottslighet eller minskade återfall. Att utifrån preventiva utgångspunkter, med avsikt att förhindra brottslighet, motivera hårdare straff för återfallsbrottslingar är därför inte möjligt vid upprätthållandet av krav på konsekvens och logik. Likaså är det mycket tveksamt om det går att motivera återfallsskärpning utifrån ett proportionalitetsperspektiv. En gärning blir inte svårare, i betydelsen att kränkningen eller skadan blir värre, på grund av att gärningsmannen tidigare har begått brott. De teorier som anförts till stöd för att återfallsskärpning går att förena med proportionalitetsprincipen riktar istället in sig på *skulden* hos gärningsmannen. Den mest åberopade av dessa teorier – toleransteorin –

menar att det inte är återfallsbrottslingen som ska särbehandlas utan förstagångsbrottslingen som ska premieras på grund av sin tidigare skötsamhet. Teorin kan sägas överensstämma väl med reglerna om ett skärpt påföljdsval i 30 kap 4 § BrB. Emellertid kommer man inte runt problemet att det fortfarande är gärningsmannens straffvärdighet som står i centrum, inte själva gärningen. Det är därför svårt att dra någon annan slutsats än att återfallsskärpning faktiskt *inte kan motiveras* utifrån straffteoretiska utgångspunkter.

I propositionen som ligger till grund för dagens reglering motiveras återfallsskärpningen varken med preventions- eller proportionalitetsaspekter. Istället motiveras hårdare straff vid återfall utifrån dess starka rättshistoriska ställning samt att det förväntas av *allmänheten*. Det allmänna rättsmedvetandet, och hur det förhåller sig till återfall, har granskats i avsnitt 7. Det som kan konstateras är att det finns väldigt lite forskning kring detta område. De undersökningar som företagits i Sverige där återfallets betydelse för straffet belyses är endast två till antalet och den senaste företogs för ungefär femton år sedan, den tidigare för över trettio år sedan. Undersökningarna uppvisade olika resultat; i den ena sades allmänheten hylla en "absolut likhetsprincip" och förordade inte återfallsskärpningar, i den andra framkom ett klart stöd för skärpta straff vid återfall. Vid analysen av sådana här undersökningar bör dock beaktas att det är svårt att framställa frågorna och tolka resultaten – svaren beror ofta i hög grad på vilka frågor som ställs och hur de formuleras. Abstrakta frågor av typen "Bör återfallsförbrytare få ett hårdare straff än förstagångsförbrytare" – som exempelvis ställdes i Axbergers undersökning – får generellt sett mer punitiva svar än mer konkreta frågeställningar. Något vetenskapligt *empiriskt underlag* för att hävda att det allmänna rättsmedvetandet förordar återfallsskärpningar kan i vart fall inte sägas finnas.

En annan fråga är hur pass mycket hänsyn, om någon, man ska ta till det allmänna rättsmedvetandet, ifall det *kunde* konstateras att befolkningen genomgående förordar återfallsskärpningar. Det har framförts att allmänhetens uppfattningar och åsikter ofta bygger på felaktiga föreställningar kring brott och straff, exempelvis effektiviteten av ett starkt repressivt straffsystem. Är det ett konsekvent och principfast straffsystem som eftersträvas kan därmed ingen hänsyn tas till allmänhetens uppfattningar. Att avfärda allmänhetens åsikter om kriminalpolitiken på grund av att befolkningen inte är tillräckligt *upplyst* är emellertid inte förenligt med ett demokratiskt samhällsideal. Ett rationellt straffsystem byggt på sakkunskap kring kriminalpolitik och straffteori kräver därför en sakkunnig allmänhet. I denna del har de olika publika informationskanalerna en viktig uppgift. Som Träskman konstaterade redan 1984 har dock kommersialiseringen av journalistiken i många fall lett till en snedvridning av fakta, och därmed till kriminalpolitiska opinionsyttringar som inte bygger på rationella argument. Att ta hänsyn till allmänhetens (presumerade) uppfattning i återfallsfrågan innebär å ena sidan att "kapitulera inför det irrationella" – men att strunta i den, genom att helt avskriva återfall som en

grund för strängare straffrättsliga sanktioner, kan å andra sidan leda till en legitimitetskris med minskat förtroende för rättsväsendet.

Jag är beredd att hålla med Sitte Durling om att vissa undantag från proportionalitetsprincipen kan accepteras med hänsyn till allmänhetens förtroende för rättsväsendet. Det är dock viktigt att ett sådant undantag hålls väl avgränsat och inte tillåts bli huvudregeln. Enligt min mening kan ett skärpt *påföljdsval* vid återfallsbrottslighet accepteras med hänsyn till allmänhetens uppfattning. Ett system där brottslingar som upprepade gånger gör sig skyldiga till brottslighet, om än av mindre allvarligt slag, aldrig får ett strängare straff än böter skulle sannolikt inte kunna accepteras av allmänheten och eventuellt leda till en legitimitetskris. Man hade kunnat tänka sig en ordning där påföljdsvalet enbart baserade sig på brottets straffvärde och där återfallet saknade betydelse såtillvida att någon presumtion för en icke frihetsberövande påföljd inte förelåg. Ett sådant system skulle stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen utan att för den skull förlora trovärdighet. Emellertid skulle en sådan ordning leda till många fler utdömda korta fängelsestraff, med beaktande av att de flesta som begår brott faktiskt bara gör det en gång. Ifall vi vill behålla systemet med icke-frihetsberövande straff som huvudregel – vilket vi enligt min mening bör göra på grund av fängelsestraffets erkänt negativa verkningar – men ändå behålla systemets trovärdighet, så får vi acceptera denna avvikelse från proportionalitetsprincipen.

Detsamma kan sägas om *förverkande av villkorligt medgiven frihet*. Systemet med villkorlig frigivning kräver för sin trovärdighet att frigivningen är just villkorlig, och därmed kan förverkas ifall den dömda begår nya brott. I annat fall vore ju den villkorliga frigivningen enbart en fråga om ett förkortande av straffet – vilket i sig inte skulle vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Även i detta fall hade man kunnat tänka sig ett system där de dömda avtjänar sina fängelsestraff utan någon villkorlig frigivning – en sådan ordning hade varit helt i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Samma humanitetsskäl görs sig dock gällande i det sammanhanget; de negativa verkningarna av ett frihetsberövande straff gör det motiverat att i möjligaste mån förkorta straffen för att underlätta de intagnas återanpassning.

Slutsatsen blir därför att om vi ska kunna upprätthålla strävandena efter restriktivitet vid utdömandet av fängelsestraff krävs för systemets trovärdighet att det finns möjlighet att vid upprepade brott gradvis skärpa reaktionerna genom valet av påföljd eller förverkande av villkorligt medgiven frihet. Skillnaden mellan detta resonemang och toleransteorin är att man accepterar ett skärpt påföljdsval och förverkande av villkorlig frigivning som ett av humanitetsskäl motiverat *avsteg* från proportionalitetsprincipen, snarare än att hävda att en sådan ordning går att *förena* med proportionalitetsprincipen.

När det sedan gäller ytterligare skärpning av straffet, i enlighet med bestämmelsen i 29 kap 4 § BrB, går det inte att finna något rationellt skäl

för en sådan ordning – det som har framförts är istället att den valda lösningen framstår som ”naturlig” för allmänheten. Det kan dock med fog ifrågasättas om människor i allmänhet har någon klar åsikt om vilken *lagteknisk lösning* som bör väljas för skärpa straffen för återfallsbrottslingar. Om återfallsskärpningen sker genom ett förverkande av villkorlig frigivning – vilket ju faktiskt i många fall innebär ett betydligt längre fängelsestraff – eller i form av en skärpt straffmätning, uppfattas sannolikt som en juridisk teknikalitet utan större betydelse. Vidare, om så pass lång tid har förflutit att prövotiden gått ut så borde den dömde rimligen ges fördel av detta. En skärpt straffmätning efter prövotidens utgång torde därför strida mot grunderna bakom systemet med villkorlig frigivning. Den uppgift som 29 kap 4 § BrB vid tillkomsten hade i form av att utjämna ojämnheter i tillämpningen av förverkandereglerna har dessutom blivit obsolet på grund av de senare ändringarna i förverkandereglerna. Det finns därmed inte längre någon anledning att behålla denna bestämmelse i vårt påföljdssystem.

8.2 Det nya lagförslaget

Det lagändringsförslag som lagts fram för övervägande går i helt motsatt riktning från de synpunkter som har framförts i doktrinen. Innebörden av förslaget är att 29 kap 4 § BrB ges en påtagligt mer betydande roll vid påföljdsbestämningen - straffen ska regelbundet skärpas utöver brottets straffvärde på grund av tidigare brottsbelastning.

Till skillnad från tidigare lagförarbeten så utvecklas i denna utredning argumenten för en återfallsskärpning utförligt. Enligt min mening kan utredningens grunder för en skärpt straffmätning emellertid ifrågasättas på flera punkter. Inledningsvis är det förvånande att utredningen helt bortser från förverkandereglerna vid utformningen av det nya lagförslaget. Utredningen konstaterar att förverkande av villkorligt medgiven frihet *uppfattas* som en återfallsskärpning, men att det egentligen inte innebär någon faktisk skärpning utan endast att återfallsbrottslingen är tillbaka på ett straffrättsligt normalläge. Med denna utgångspunkt vore det enligt min mening naturligt att utveckla dessa regler, då man på detta sätt både kan tillfredsställa ett (förmodat) krav på återfallsskärpning hos allmänheten och dessutom hålla sig inom proportionalitetsprincipens ramar.

Utredningen har som skäl framfört att återfallsskärpning har en stark ställning historiskt sett samt att många andra länder har någon form av straffskärpning vid återfall. Att dessa omständigheter inte utgör logiskt hållbara argument torde knappast behöva sägas. Det finns många exempel på företeelser som existerat under lång tid, utan att för den skull varit varken välbetänkta eller önskvärda. Det faktum att vi alltid har gjort något, eller att andra gör det, kan aldrig fungera som ett självständigt skäl för att fortsätta med det. Utredningen verkar vidare mena att det skulle vara svårt för domarna att lägga sig på rätt straffnivå för återfallsbrottslingar, och att de istället på eget bevåg skulle höja straffen för alla tilltalade. Resonemanget synes vara ett underkännande av domstolarnas kompetens. Det finns

knappast anledning att tro att domarna på egen hand skulle höja straffen för samtliga tilltalade ifall det inte gavs möjlighet att skärpa straffen vid återfall. Vidare anför kommittén som skäl för återfallsskärpning dels att inkapaciteringseffekter kan erhållas, dels att systematiken skulle gå förlorad vid en utmönstring av 29 kap 4 § BrB och 26 kap 3 § BrB. Inte heller dessa argument kan ses som sakliga skäl för en återfallsskärpning. Inkapacitering som brottspreventiv grund saknar empiriskt stöd – det finns alltså inte underlag för att hävda att brottsligheten minskar till följd av att fler sitter inlåsta, något som även påpekas i utredningen. Att systematiken skulle gå förlorad innebär att det längsta tidsbestämda straffet som kan utdömas överensstämmer med det kortaste straffet till vilket ett livstidsstraff kan omvandlas. Det bör dock framhållas att lagen om omvandling av fängelse på livstid infördes år 2006 – innan dess fanns ingen systematik mellan dessa bestämmelser och någon anledning till att det nu skulle vara viktigt att denna systematik upprätthålls är svår att se.

De omständigheter som får avgörande betydelse för när tidigare brottslighet ska beaktas enligt det nya lagförslaget – upprepade fall av likartad brottslighet och särskilt allvarlig brottslighet – är de omständigheter som varit mest ifrågasatta i den nuvarande regleringen. Det förefaller inte finnas någon logisk grund till att just dessa omständigheter ska tillmätas vikt. Är det exempelvis värre om en brottsling upprepar samma brott gång på gång, än om han eller hon har en större bredd på sin kriminalitet och begår olika sorters brott? Den tidigare oklarheten kring när återfallet har ”tillräckligt beaktats” kan i och för sig sägas minska i och med den nya regeln. Återfall ska enligt förslaget *alltid* beaktas vid straffmätningen när det handlar om upprepade återfall i likartade brott, samt vid återfall i särskilt allvarlig brottslighet. Oskälighetsbegränsningen i andra stycket ska endast användas i undantagsfall. Detta får anses vara tämligen tydliga anvisningar. Risken med en bestämmelse som på detta sätt förordar att straff utöver straffvärdet regelmässigt döms ut är dock att den leder till en kontinuerlig eskalering av straffnivåerna. Den ökade tydligheten sker dessutom, som nämnts, till priset av att domstolarna ska ta hänsyn till irrelevanta omständigheter.

Till sist kan nämnas att den föreslagna regleringen skulle innebära ett regelbundet dubbelt beaktande av tidigare brottslighet, vilket inte är förenligt med förbudet mot dubbelbestraffning. Om en avvikelse från denna grundläggande princip överhuvudtaget ska kunna accepteras torde det *åtminstone* krävas att det är ett väl motiverat undantag. Det kan inte sägas vara fallet i detta sammanhang.

8.3 Avslutande kommentar

Enligt min mening bör det finnas ett samband mellan *varför* man gör något och *hur* man gör det. Som redan konstaterats finns det inget tydligt eller rationellt svar på varför vi skärper straffet vid återfall eller vad vi vill uppnå med det. Det gör det svårt att hitta ett bra svar på frågan hur detta bör göras. Som framgått kan systemet med ett gradvis skärpt påföljdsval vid upprepade

brottslighet samt ett förverkande av villkorligt medgiven frihet motiveras med hänsyn till humanitetssträvandena att visa restriktivitet med frihetsberövande straff utan att systemets trovärdighet av den anledningen går förlorat. Detta är emellertid inte fallet för den allmänna straffskärpningsregeln i 29 kap 4 § BrB; en regel som är svår både att motivera och att tillämpa och som, enligt min mening, borde utmönstras ur vårt påföljdssystem.

Det nya lagförslaget innebär att straffen regelmässigt ska skäras utöver straffvärdet i återfallssituationer. En sådan ordning strider mot såväl proportionalitetsprincipen, då straffet inte kommer att motsvara brottets allvar, som dubbelbestrafningsförbudet, då bestämmelsen är tänkt att tillämpas parallellt med andra bestämmelser som beaktar tidigare brottslighet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Dir. 1992:47

Dir. 2007:48

- | | |
|-----------------------|---|
| Prop. 1980/81:76 | Om interneringspåföljdens avskaffande och straffet för grovt narkotikabrott m.m. |
| Prop. 1987/88:120 | Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.) |
| Prop. 1997/98:96 | Vissa reformer av påföljdssystemet |
| Prop. 2004/05:34 | Ökad användning av intensivövervakning med elektronisk kontroll |
| SOU 1986:13-15 | Påföljd för brott. Om straffskalor, påföljdsval, straffmätning och villkorlig frigivning m.m. |
| SOU 1995:91 | Ett reformerat straffsystem |
| SOU 2005:43 | Vårdnad – boende – umgänge |
| SOU 2008:85 | Straff i proportion till brottets allvar |
| Brå-rapport 1977:7 | Nytt straffsystem |
| Brå utvärdering, 2002 | Vård av missbrukare i anstalt. En utvärdering av kriminalvårdens särskilda satsning på narkotikabekämpning. |
| Brå-rapport 2008:17 | Kriminalstatistik 2007 |
| Brå-rapport 2008:23 | Brottsutvecklingen i Sverige fram till 2007 |
| Kvs: Rapport 16, 2005 | Återfallsförbrytare – vilka var de? Några bakgrundsfaktorerens inverkan på brott |
| Kvs: Rapport 17, 2005 | Inför frigivningen. Livssituationen inför frigivningen och egenbedömning av framtida återfall |

Kvs: Rapport 2008 Våga välja. Utvärdering av återfall för åren 2002-2006.

Rapport från Åklagar- Domstolarnas påföljdspraxis vid våldsbrott
myndigheten, 2007

Remisser

Advokatsamfundet Dnr R-2008/1262

Brottsoffermyndigheten Dnr 10533/2008

Hovrätten för nedre Norrland Dnr 1755-2008

Juridiska fakulteten i Lund Dnr J 2008/689

Kriminalvården Dnr 11-2008-25998

Kriminologiska institutionen Dnr U1:2009
vid Stockholms universitet

Rikspolisstyrelsen Dnr RA-002-6456/08

Litteratur

Axberger, Hans-Gunnar. ”*Det allmänna rättsmedvetandet*”
Brottsförebyggande rådet, Stockholm 1996

Borgeke, Martin, *Att bestämma påföljd för brott*, Nordstedts juridik,
Stockholm 2008

Bondeson, Ulla, *Allmänhetens inställning till prognostänkande och
straffskärpning*. Upprepad brottslighet. Nordiskt symposium i Tällberg 2-4
april 1976. NTfK 1976 s. 315-317 [Cit. Bondeson (1976)]

Bondeson, Ulla, *Det allmänna rättsmedvetandet – en legal fiktion*. (sid. 123-
143) i *Rationalitet i rättssystemet*, Stockholm 1982 [Cit. Bondeson (1982)]

Chylicki Pawel *Att upphöra med brott – vägar ut ur den kriminella
karriären*, Studentlitteratur, Lund, 1992

Duff, R.A. *Punishment, Communication and Community*. Oxford 2001

Eriksson, Annika och Åkerström, Malin, *Det allmänna rättsmedvetandet.
En teoretisk och empirisk granskning*. Network for research in criminology
and deviant behaviour, Lund 1994

- Hagströmer, Johan, *Svensk straffrätt: föreläsningar af Johan Hagströmer*, A&W, 1901-1909, Uppsala
- Jareborg, Nils, *Straffrättsideologiska fragment*, Iustus förlag, Uppsala 1992 [Cit. Jareborg]
- Jareborg, Nils och Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*, Nordstedts juridik, Stockholm 2007 [Cit. Jareborg och Zila]
- Kutchinsky, B, *De folkelige retsopfattelser – indhold og begraesninger*. I Kriminalistisk Institut Årsbog 1992
- Lindén P-A och Similä, M, *Rättsmedvetandet i Sverige*. Brottsförebyggande rådet, Stockholm 1982
- Lindqvist, Per, *Straffområdets gränser – ett inlägg – en kommentar till Martin Borgekes och Stefan Reimers artikel*, SvJT 2003 s.224-230
- Sitte Durling, Catharina, *Tidigare brottslighet. Om rättsverkningar av återfall i brott*, Juridiska institutionen vid Stockholms universitet, Stockholm 2005
- Strömholm, Stig, Freivalds, Leila och Nycander, Svante, *Skall lagreglerna spegla eller påverka den allmänna rättsuppfattningen?* SvJT 2001 s. 100-120
- Thew, Björn, *Det allmänna rättsmedvetandets inflytande vid rättstillämpningen* JT 2007/08 s. 535-581
- Träskman, Per Ole, *Den allmänna opinionen, massmedia och rättssäkerheten* NTfK, 1984, s. 249-264 [Cit. Träskman (1984)]
- Träskman, Per Ole, *Om återfall i brott*, SvJT 1999 s.200-217 [Cit. Träskman (1999)]
- Ulväng, Magnus, *Påföljdskonkurrens. Principer och Problem*. Iustus förlag, Uppsala 2005
- Victor, Dag, *Återfallsregler i straffrätten*. Upprepad brottslighet – nordiskt symposium i Tällberg 2-4 april 1976. NTfK s. 249-262 [Cit. Victor (1976)]
- Victor, Dag, *Rättsmedvetande och straffvärde*. Förhandlingarna vid det tjugonionde nordiska juristmötet i Stockholm 1981. s. 151-168. [Cit. Victor (1981)]
- Wennberg, Suzanne och Leijonhufvud, Madeleine, *Straffansvar*, Nordstedts juridik, Stockholm 2009

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1991 s. 359

NJA 1991 s. 498

NJA 1992 s. 320

NJA 1997 s. 842

NJA 1998 s. 713