Om återfall i brott

Av professor PER OLE TRÄSKMAN

Uppfattningen att återfall i brott bör bestraffas strängare än förstagångsbrott har en lång historisk bakgrund och en stark förankring i det allmänna rättsmedvetandet även om de teoretiska motiveringarna har skiftat. Enligt författaren finns det skäl att i detta hänseende acceptera det allmänna rättsmedvetandet så länge detta på något vis kan förenas med en rationell och rättvis kriminalpolitik. Författaren diskuterar mot den bakgrunden i vad mån olika straffteorier kan åberopas som grund för en strängare behandling av återfall. Slutsatsen är att återfallet bör kunna tillmätas en viss betydelse för såväl påföljdsval som straffmätning men att bl. a. bestämmelsen om förhöjd straffskala i 26 kap. 3 § brottsbalken bör avskaffas.

1. Andra resan är värre än den första — återfallsreglernas historia

Per och Peter begår bägge en stöld, på samma sätt, mot offer som i allt väsentligt svarar mot varandra, och med ett ekonomiskt utbyte som är helt lika. Per döms för brottet till villkorlig dom, medan Peter döms till sex månader fängelse. Utan att höja ett ögonbryn accepterar vi domen. Per har ju inte begått något brott tidigare, medan Peter redan tidigare är dömd. En återfallsbrottsling (eller ett brott i återfall) förtjänar ett strängare straff.

Det hela verkar så självklart att det inte förefaller finnas några skäl att ifrågasätta ordningen. Och regeln ”ett nytt brott skall bestraffas strängare” har också en ganska lång historisk bakgrund. I svensk rätt finner man de första bestämmelserna om återfall i Erik XIV:s hovordning av den 19 november 1560. Efter detta utfärdades flera stadganden angående återfall.[1] Utmärkande för dessa bestämmelser var emellertid att de var kasuistiska och att de, fram till en lagändring 1942, endast gällde ett mycket begränsat antal brott, dvs. i huvudsak de som nu återfinns i BrB 8 kap. Reglerna var obligatoriska och medförde kraftiga straffskärpningar vid återfall.[2] Som exempel kan vi här citera bestämmelsen i 1864 års strafflag, 20 kap. 11 § 1–3 st.:

[1] Se Jaakko Forsman: Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver Straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utgifna af Lars Wasastjerna. Tredje upplagan. Helsingfors 1930, s. 576–587.

[2] Ulf Berg & Nils-Olof Berggren & Johan Munck & Anita Werner & Dag Victor & Claes Örn: Kommentar till Brottsbalken. Del III (25–38 kap.). Påföljder m. m. Följdförfattningar. Fjärde, omarbetade upplagan. Stockholm 1994, s. 63–64.

Begår någon andra gången stöld; skall tiden för det straffarbete, hvartill han för den gerning gjort sig skyldig, ökas med högst två år.

Begår någon tredje gången stöld; ökes tiden för straffarbetet med minst två och högst sex år utöfver hvad för den gerning första gången följa bör.

Kommer han åter fjerde gången eller oftare; dömes till straffarbete från och med sex till och med tio år eller på lifstid.

Hela återfallets historia kan inte berättas här.[3] Men det är viktigt att notera, att trots att uppfattningen om att återfall i brott förtjänar ett strängare straff, har varit förhärskande, så har uppfattningen om *varför* detta är fallet inte på något sätt varit given. Forsman noterar också att ”(m)ed afseende å den större straffbarhet som återfallet betingar hafva meningarna bland kriminalisterna ingalunda alltid gått i samma riktning”.[4] Detta var en av orsakerna till att återfallet var en av de mest behandlade frågorna inom straffrättsvetenskapen under 1800-talet. Dag Victor konstaterar:[5]

Att den återupprepade brottsligheten varit allvarligare än engångsbrottsligheten förefaller i alla tider betraktats som mer eller mindre självklart. Under 1800-talet kom återfallet att bli en av de mest behandlade frågorna inom straffrättsvetenskapen. Detta gäller även det svenska språkområdet. 1855 kom Lagus’ avhandling ”Om återfall i brott”, 1872 kom Olivecronas ”Om orsakerna till återfall i brott”, 1894 kom Kallenbergs ”Om återfall i brott” och i Hagströmers ”Svensk straffrätt” första bandet, tryckt 1901–1905 behandlas återfallsfrågor över närmare 100 sidor. Utmärkande för denna återfallslitteratur är att den, i full överensstämmelse med starka dåtida rättsvetenskapliga strömningar, blandar vad som kan kallas dogmatiska, rättspolitiska, psykologiska, sociologiska och rättsfilosofiska synpunkter. Den dogmatiska problematiken sågs inte som någon isolerad formell företeelse utan betraktades snarare som en följd av olika straffrättsteoretiska uppfattningar.

De olika straffteoretiska uppfattningarna ledde alltså till olika uppfattningar om varför återfall i brott förutsatte ett strängare straff. Vissa dogmatiker ifrågasatte t. o. m. det riktiga i det strängare straffet. Några menade att återfall egentligen borde medföra ett lindrigare straff än det för det första brottet. Men den stora majoriteten av de dåtida straffrättsliga forskarna förespråkade att straffet för ett återfallsbrott skall vara strängare än det för det första brottet. Men alltså med olika motiveringar.[6]

[3] Se för en god sammanfattande beskrivning Dag Victor: Återfallsregler i straffrätten. NTfK 1976, s. 249–262.
[4] Forsman op. cit. s. 579.
[5] Victor op. cit. s. 38.
[6] Se Forsman op. cit. s. 579–585.

Uppfattningen att återfall i brott skall leda till strängare straff vann. Efter ett förslag av straffrättskommittén ändrades 1942 de tidigare återfallsreglerna i en mer generell riktning. De kom nu att gälla alla förmögenhetsbrott. Nästa större steg togs 1965 vid införandet av BrB. Återfallsregeln kom nu att gälla samtliga brott i brottsbalken med fängelse i straffskalan. Regeln var formellt fakultativ och innebar endast att ordinarie maximum höjdes. Denna regel ändrades sedan 1976, då stadgandet om förhöjt straffmaximum i BrB 26:3 upphävdes.[7] Efter detta följde en kort tid utan uttrycklig återfallsreglering.[8] Denna ”regleringsfria” period avbröts 1981 då den nuvarande bestämmelsen i BrB 26:3 infördes. Detta skedde för att en lindring av samhällets reaktioner mot den allra grövsta kriminaliteten inte skulle ske, trots att interneringspåföljden avskaffades, vilket skedde i samma sammanhang.[9]

Två av de viktigaste bestämmelserna om återfallets betydelse, den i BrB 29:4 och den i BrB 30:4 st. 2, tillkom 1989, då de allmänna reglerna om straffmätning och påföljdsval infördes i BrB.[10] Den sista betydelsefulla bestämmelsen om återfallets betydelse finns i BrB 34:4 och gäller förverkande av villkorligt medgiven frihet. Denna bestämmelse har senast ändrats 1998.

2. Allt som finns syns inte — skillnaden mellan återfall i kriminologisk forskning och i straffrättsskipningen

För att komma underfund med vilken tanke det är som ligger bakom bestämmelserna om att brott i återfall skall bestraffas strängare än en förstagångsförbrytelse är det nödvändigt att först försöka komma underfund med verkligheten. Vad säger den kriminologiska forskningen om återfall och hur återspeglar sig forskningsresultaten i den straffrättsliga regleringen av återfall. I detta sammanhang är det bara möjligt att i mycket grova drag skissera en bild av verkligheten.

Återfallsbestämmelserna aktualiseras naturligtvis först i ett fall då en person registrerats (och lagförts) för mer än ett brott. Det är självklart att vi också i detta fall måste beakta de väsentliga luckor i vår information om en persons brottslighet som uppstår på grund av den dolda brottsligheten. Det finns också ett stort *”dolt återfall”*. Här kan man tänka sig olika kombinationer: en person begår många brott, utan att något av dem registreras; en person registreras för ett brott sedan han begått brott som inte har registrerats; en person registreras för ett brott och begår därefter ett nytt brott/nya brott som inte registreras.[11]

[7] Se i fotnot 2 a. a., s. 64–65.
[8] Se Victor op. cit. s. 249–250.
[9] Se i fotnot 2 a. a., s. 65.
[10] Ibidem, s. 66.
[11] Den rättsliga verkan som man ger återfall bygger naturligtvis i viss mån på en fiktion, den att alla brott registreras. Vi kan försumma det faktum att detta

Det ligger i sakens natur att det dolda återfallet är någonting som vi saknar en fullständig kunskap om. Vad vi med säkerhet vet om återfall bygger på uppgifter om *"det registrerade återfallet"*. Den kriminologiska registerforskningen visar att de flesta av dem som registreras för brott bara registreras för ett enda brott under hela sitt liv. Återfall i brott är alltså en undantagsföreteelse.[12] Men samtidigt visar forskningen att de som registreras för mer än ett brott ofta registreras för många brott.[13] Det finns alltså en sannolikhet för att en person som återfallit i brott också kommer att återfalla i framtiden.

Här finns alltså ett möjligt skäl till att kräva strängare åtgärder mot en återfallsbrottsling: de strängare åtgärderna skulle alltså vara nödvändiga för att förhindra en sådan framtida brottslighet som vi med stöd av vår empiriska kunskap vet att en stor del av återfallsbrottslingarna kommer att begå.[14] Men alla som en gång har återfallit i brott återfaller naturligtvis inte på nytt. Brottslighetens fördelning mellan olika individer är alltså mycket skev.[15] Det finns en stor grupp som bara begår ett brott i sitt liv, en mindre grupp som begår två brott, o. s. v.., samt slutligen en ganska liten grupp som begår verkligt många brott. Sannolikheten för att en person begår ett nytt (traditionellt) brott ökar — intill en viss gräns — med antalet brott som han begår. För att kunna värdera om återfallsskärpningen är ändamålsenlig och förnuftig borde vi naturligtvis också veta vad är det är som utmärker dem som återfaller, och speciellt då dem som återfaller ofta. Finns det något hos just denna grupp som gör det angeläget att ingripa strängare än vanligt?

Allmänt sett kan detta inte sägas vara fallet. Vad vi vet i detta fall är att det som utgör de mest utmärkande skillnaderna mellan dem som är involverade i kriminalitet i jämförelse med de "laglydiga", också utmärker skillnaderna mellan dem som återfaller i brott och dem som inte återfaller. Det utmärkande för de "kriminella" är att de är män, att de är unga och att de är bundna till dåliga sociala förhållanden. Vid återfall accentueras dessa skillnader. Ju mer återfallsfrekvent gruppen av brottslingar blir desto färre blir kvinnorna, de äldre och de som kommer från goda sociala förhållanden.[16]

Vår empiriska exposé ger alltså inte något omedelbart och uttömmande svar på varför det skulle vara riktigt att bestraffa återfallsbrott strängare än det första brottet. Den enda förklaringen

inte är riktigt. Om en person begår flera brott ökar också sannolikheten för att han registreras för brott.

12 Se Britta Kyvsgaard: Den kriminelle karriere. København 1998, s. 71–75.

13 Ibidem.

14 Det är klart att en sådan bedömning bygger på en viss straffideologi, men detta förbigår jag än så länge.

15 Se Kyvsgaard, i fotnot 12 a. a. s. 69–88.

16 Ibidem.

skulle i så fall vara en som bygger på inkapaciteringstanken. Då återfall ökar sannolikheten för nya brott kan inkapacitering användas i preventivt syfte. Men att godkänna detta förutsätter att inkapacitering är en oproblematisk lösning — vilket den inte är.[17]

Det finns alltså en skillnad mellan det faktiska återfallet och det registrerade återfallet. Men dessutom finns vad vi kan kalla ”det juridiska återfallet”. Med det avses den bestämning av vad som avses med återfall som finns i gällande rätt. De straffrättsliga bestämmelserna anger ju när återfall i brott skall beaktas och vilken verkan detta får. Som framgått ovan har dessa bestämmelser varierat. Kriteriet för återfall i straffrättslig bemärkelse, dvs. *återfallsverkan*, bestäms i gällande rätt på följande sätt:

Enligt BrB 29:4 och 30:4 skall man beakta ”att den tilltalade *tidigare har gjort sig skyldig till brott*”. För att avgöra om detta är fallet fastställer man om vederbörande tidigare har lagförts för ett brott och härvid förklarats skyldig. Det innebär att också åtalsunderlåtelse[18] och strafföreläggande beaktas. Enligt BrB 26:3 skall man beakta att den tilltalade tidigare har *dömts för brott*. Återfallsverkan uppstår härvid först genom att en domstol har fastslagit hans skuld och för ett tidigare brott dömt honom till ett straff eller en påföljd.

Man kan fråga sig om det finns någon logik i denna skillnad. Den frågan återkommer jag till senare.

3. Rättsliga och faktiska konsekvenser av återfall

Gällande rätt innehåller ett antal bestämmelser som anger att den beslutande myndigheten kan eller skall beakta att fråga är om återfall. Vissa av dessa bestämmelser gäller beslut som en domstol skall fatta, medan andra gäller beslut av kriminalvårdsmyndighet eller frivårdsmyndighet. Därtill är det uppenbart att återfall får vissa faktiska konsekvenser, som inte framgår ur någon författning.

När det gäller beslut som fattas av *en domstol* anges den verkan återfall har (eller kan ha) i BrB 26:3, BrB 29:4, BrB 30:4 st. 2 och BrB 34:4. Återfallet kommer därtill att ha en viss betydelse då det gäller tillämpningen av BrB 35:1.[19]

Enligt BrB 26:3 får[20] straffbestämningen ske inom en förhöjd straffskala i vissa fall då den tilltalade tidigare har dömts till fängelse i lägst två år. Den tilltalade får för återfallet dömas till fängelse på en tid som betydligt (med fyra år) överstiger det högsta straff som kan följa på brottet.

[17] Se närmare om detta nedan.
[18] Denna benämning är svår att acceptera. Då åklagaren bestämmer sig för att det inte finns anledning att väcka åtal underlåter han ju ingenting, utan uppfyller sin plikt att överväga skälen för och mot åtal.
[19] Se om detta i fotnot 2 a.a., s. 66–67.
[20] Denna straffskärpningsregel är alltså fakultativ. Se om detta och i övrigt om tillämpningen av bestämmelsen i fotnot 2 a. a., s. 65–67.

Av bestämmelserna om återfall är den i BrB 29:4 i visst avseende den mest ”informativa”.[21] Enligt denna bestämmelse kan domstolen vid straffmätningen utsätta ett högre straff än vad brottets straffvärde förutsätter. Detta skall ske då den tilltalade *upprepat återfallit i brott,* då *tiden mellan återfallen inte varit särskilt lång,* då *brotten* varit *särskilt allvarliga,* då *brotten* varit *likartade,* och då denna omständighet inte i tillräcklig mån kan beaktas genom påföljdsvalet eller genom förverkande av villkorligt medgiven frihet.[22] Bestämmelsen skall läsas jämsides med bestämmelsen i BrB 30:4 st. 2. Enligt denna kan domstolen ”när den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott” vid påföljdsvalet stanna för fängelse, också i ett fall då varken brottslighetens straffvärde eller dess art i och för sig talar för denna påföljd.

Bestämmelsen i BrB 34:4 gäller den situation då domstolen skall ta ställning till om villkorligt medgiven frihet helt eller delvis skall förverkas på grund av ett nytt brott under prövotiden. Om domstolen besluter att friheten skall förverkas leder beslutet till att den dömde förutom ett nytt fängelsestraff också skall utstå det gamla reststraffet eller en del av det.

I de fall då beslutskompetensen ligger hos *kriminalvårdsmyndighet* eller *frivårdsmyndighet* anger ett antal bestämmelser att återfall skall/kan beaktas. Bland dessa kan särskilt följande beslutssituationer nämnas: beslut om var och hur straffverkställigheten skall ske och beslut om att villkorligt frigiven person skall underställas övervakning.

Då det gäller verkställighet av fängelsestraff kan den omständigheten att den dömde har dömts för brott i återfall (indirekt) påverka ett beslut i strängare riktning, då det gäller hans placering i sluten anstalt eller i öppen anstalt. Detta är ju en omständighet som kan påverka bedömningen av vederbörandes förmåga att anpassa sig till verkställighet i en öppen anstalt.[23] Återfallet kan också påverka beslut som gäller straffverkställighet i anstalt i stället för utanför anstalt i form av intensivövervakning med elektronisk kontroll,[24] samt beslut om upphävande av sådan verkställighet utanför anstalt.[25] I många system är brottsåterfall också en omstän-

[21] Om man försöker rangordna de olika bestämmelserna om återfallets betydelse (i praktiken) kan man konstatera att tidigare brottslighet i första hand har betydelse för påföljdsvalet (valet mellan fängelse och villkorlig dom/skyddstillsyn (eller överlämnande till särskild vård), valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn, valet mellan skyddstillsyn med böter och skyddstillsyn utan böter, samt valet mellan skyddstillsyn med böter och skyddstillsyn med fängelse. I andra hand har återfallet betydelse vid beslut om förverkande av villkorligt medgiven frihet och först i tredje hand vid straffmätningen med beaktande av bestämmelsen i BrB 29:4. Se Nils Jareborg: Straffrättsideologiska fragment. Uppsala 1992, s. 162–163.
[22] Ibidem, s. 215–219.
[23] Se lag om kriminalvård i anstalt 7 §.
[24] Se lag om intensivövervakning med elektronisk kontroll 2 § st. 1.
[25] Lag om intensivövervakning med elektronisk kontroll 14 § st. 2 p. 4.

dighet som har betydelse då det gäller beslut om villkorlig frigivning. Efter de senaste ändringarna av BrB 26:7 kan detta inte längre sägas vara fallet. Återfall är inte en grund för att senarelägga den villkorliga frigivningen. Däremot kan återfallet vara av betydelse för beslutet om att den villkorligt frigivne skall underställas övervakning (BrB 26:11).[26]

En rent faktisk följd av att en person återfaller (eller ofta återfaller) i brott kan vara att hans sociala ställning försämras. Det blir svårare för honom att upprätthålla kontakt till familj och arbetsliv. Återfall är alltså en bidragande orsak till social utstötning.

Att återfall är något som kan eller skall beaktas i olika beslutssituationer är inte i sig något underligt. Det är ju en omständighet som kan vara betydelsefull för ett riktigt beslut. Mer problematiskt är att samma grund, återfall i brott, åberopas upprepat som ett godtagbart skäl för en strängare behandling. Återfall beaktas av domstolen som ett skäl för strängare straff och av kriminalvårds- eller frivårdsmyndigheterna som ett skäl för en strängare straffverkställighet. Därtill kommer de faktiska konsekvenserna av återfallet.[27] Av rättsliga och faktiska orsaker utvecklas återfall i brott sig således lätt till en ”dödsspiral”.

I det följande behandlar jag bara återfall som en omständighet av betydelse vid straffmätning och påföljdsval.

4. En återfallsbrottsling skall bedömas strängare — om goda skäl för en strängare syn på brott i återfall

Användningen av straff grundas på vissa straffideologier. Också frågan om hur man skall förhålla sig till att den tilltalade/dömde har återfallit i brott avgörs med stöd av dessa ideologier.[28] Det förefaller vara ett genomgående drag i alla rättssystem att återfall i brott berättigar till, eller t. o. m. förutsätter en strängare påföljd. Detta har motiverats bl. a. på följande sätt:

Företrädare för straffteorier som bygger på att straffet skall ha en *individualpreventiv* verkan motiverar en straffskärpning med att en strängare påföljd förutsätts på grund av att det tidigare straffet visade sig vara otillräckligt. Återfallet är ju en indikation på att brottslingen behöver ytterligare behandling och vård (”dosen måste ökas”). Straffskärpningen kan också motiveras med att en strängare påföljd förutsätts på grund av att återfallet visat att den varning som det tidigare straffet utgjorde inte var tillräckligt sträng för att avhålla den dömde från att återfalla — en strängare varning,

[26] Se beträffande den senaste ändringen av BrB 26:7 prop. 1997/98:96.
[27] Se Britta Kyvsgaard: Den samhälleliga polariseringen och oskadliggörandet av lagöverträdare. I Dag Victor (red.): Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Stockholm 1995, s. 110–136, samt P.O. Träskman: Återfallsprognos och straffbestämning. Förhandlingarna vid Det 31 nordiska juristmötet i Helsingfors 19–21 augusti 1987. Del II, s. 231–235.
[28] Nils Jareborg, i fotnot 21 a. a. s. 108–114.

ett strängare straff, är alltså befogat. Med utgångspunkt i uppfattningen att straff, åtminstone i vissa fall, effektivt skall förhindra en person att begå nya brott, kan man motivera ett strängt straff för återfallsbrott genom att hävda att det är nödvändigt för att uppnå den avsedda preventiva effekten. Den dömde har genom att återfalla visat att han inte kommer att avhålla sig från att begå nya brott; en strängare, frihetsberövande påföljd är befogad på grund av att denna de facto förhindrar den tilltalade från att begå nya brott. Återfallet är en ”god” prognos om framtida brottslighet och denna brottslighet skall förhindras genom en strängare, oskadliggörande, påföljd.

Skälen för en straffskärpning vid brottsåterfall förändras då utgångspunkten är en straffteori som grundas på *allmänprevention*. I detta fall betonar man ju att samhället genom att straffa en brottsling önskar avhålla andra människor från att begå brott. Att en person som tidigare straffats begår ett nytt brott kan då uppfattas som ett tecken på hans samhälleliga farlighet. Straffrättens uppgift består i att avhålla andra människor från en liknande attityd och detta kan möjligen ske genom en strängare påföljd. Den strängare påföljden är en signal särskilt till andra som möjligen kan återfalla i brott och avsikten med denna signal är att avhålla dem från att återfalla.[29]

Också med avstamp i *”just desert”-teorierna* kan man finna skäl för att återfall skall bedömas strängare än det första brottet. Gemensamt för sådana teorier är att straffet motiveras av att det är en rättvis reaktion på ett brott. Men förklaringarna av varför ett strängare straff för ett återfallsbrott än för det första brottet är rättvist varierar. I en del fall har man hänvisat till den ”onda viljan”. En person som inte har rättat sig efter samhällets krav trots ett tidigare straff utvisar en större skuld. Återfall anger farligheten hos brottslingen och farligheten är ett av elementen i skulden. Återfall visar vilken fasthet och styrka brottslingens ”onda vilja” (manifesterad olydnad/manifesterad brist på självkontroll) har, och denna ”onda vilja” utvisar hur stor hans skuld är. Genom att återfalla har brottslingen bevisat att han fortsatt är ohörsam mot samhällets krav och detta visar på en stor skuld. Straffet skall alltid återspegla skuldens storlek och därför förutsätts en strängare påföljd.

I andra fall är utgångspunkten på sätt och vis den motsatta, men resultatet detsamma. Man utgår från att straffet för en förstagångs lagöverträdare egentligen är lindrigare än vad rättvisan förutsätter. Det är först mot återfallsbrottslingen som man reagerar med ”normal styrka”. Samhället kan tillåta sig att visa överseende mot den som första gången begår ett brott, men mot återfallsbrottslingen finns det inte någon anledning att visa generositet. Han har förlorat rätten till att åtnjuta misskund.

[29] Se Josef Zila: Det straffrättsliga påföljdssystemet. Stockholm 1995, s. 63.

Slutligen kan ett strängare straff för brott i återfall helt enkelt motiveras av att *det allmänna rättsmedvetandet* förutsätter detta. En strängare reaktion motiveras av att det allmänna rättsmedvetandet förutsätter detta. Det är en allmänt accepterad uppfattning att en återfallsskärpning är rättvis. Att inte leva upp till denna förväntning kan skada allmänhetens tilltro till hela rättssystemet.[30]

5. Negativ eller positiv särbehandling — om goda skäl att bibehålla eller avskaffa återfallsskärpningen

Utgångspunkten för en rationell kriminalpolitik måste vara en tro på att straffsystemet fyller en viktig funktion och att olika påföljder (eller ”straffarter”) har olika verkan och betydelse. Vi kan inte leva med ett system som förutsätter val mellan olika påföljder, om det inte finns rationella skäl till sådana val.

I det enskilda fallet skall därför valet av påföljd och fastställandet av påföljdens stränghet ske på ett sätt som är så optimalt som möjligt med tanke på vad som kan åstadkommas genom straffet. Vid straffmätningen och vid påföljdsvalet finns det därför allt skäl att också beakta återfall. Det allmänna rättsmedvetandet förutsätter att brott i återfall är allvarligare än det första brottet, och det skulle vara oklokt att ignorera allmänhetens intuitiva tro på och starka övertygelse om att straffet vid återfall skall skärpas.[31] Att villkorslöst tillmötesgå ”det allmänna rättsmedvetandet” leder emellertid långt från alltid till en rationell kriminalpolitik. I vilken mån uppfattningen att återfallsbrott förutsätter en strängare reaktion skall respekteras beror därför på hur förnuftig och välmotiverad straffskärpningen är i respektive fall. Detta beror åter i avgörande grad på vad straffskärpningen egentligen innebär, och vilken ideologi som ligger bakom bedömningen.

[30] Se SOU 1995:91. Ett reformerat straffsystem. Betänkande av Straffsystemkommittén. Del II. Motiv, s. 180–184. Se också NU 1984:2. Straffutmåling, Helsingfors 1983, s. 50

[31] Tapio Lappi-Seppälä: Rangaistuksen määräämisestä. Teoria ja yleinen osa. Vammala 1987, s. 451–463. Se också Regeringens proposition 1987/ 88:120 om ändring i brottsbalken m. m. (straffmätning och påföljdsval) s. 52. Jag underlåter i detta sammanhang medvetet att närmare granska empiriska forskningsresultat som gäller ”det allmänna rättsmedvetandet” och allmänhetens krav på att återfallsbrottslingar skall behandlas strängare. Dessa forskningsresultat är sällan helt entydiga. En undersökning genomförd vid BRÅ visade emellertid att en mycket stor majoritet av de tillfrågade instämde fullständigt i påståendet ”Återfallsbrottslingar bör bestraffas strängare än förstagångsbrottslingar”. Se Hans-Gunnar Axberger: ”Det allmänna rättsmedvetandet”. BRÅ-rapport 1996:1, s. 64–65. I en tidigare undersökning hade Ulla Bondeson fått ett annat resultat (ibidem, s. 65). I detta sammanhang är det fullt tillräckligt att konstatera att det uppenbarligen finns en (stark) politisk opinion som förespråkar att personer som upprepat begår brott placeras (och kvarhålls tillräckligt lång tid) i fängelse. Ett sätt att uppnå detta är att förutsätta strängare straff för brottsåterfall. Jag räknar med att framställningen här klart anger, att jag mycket bestämt tar avstånd från alla åtgärder som innebär inkapacitering av brottslingar på grund av olika slag av prognoser om att de också i framtiden kan begå brott.

För den vidare analysen finns skäl till att först fastställa vilken verkan återfallet enligt gällande rätt kan ha vid straffbestämningen. Vi kan då skilja mellan följande fall: I det första fallet (a) innebär straffskärpningen en övergång från en lindrigare påföljd till en som är strängare, den påverkar alltså *påföljdsvalet*. Härvid är det viktigt att också beakta de alternativa påföljdernas art och relativa stränghet. Steget från villkorlig dom till skyddstillsyn är betydligt mindre än steget från en icke frihetsberövande påföljd till ovillkorligt fängelse. I det andra fallet (b) innebär straffskärpningen en skärpning inom samma påföljd (samma straff), den påverkar alltså *påföljdens kvantitet* men inte dess kvalitet.

En väsentlig fråga i detta fall blir hur teori-(eller ideologi-)trogna vi skall vara. Om vi accepterar utgångspunkten att rättviseföreställningarna hos människorna i allmänhet och allmänna erfarenheter av hur normbildning sker, leder till ett krav att återfall i brott skall bedömas strängare än den första förbrytelsen, men att denna skärpning också måste kunna motiveras med en viss straffteori eller brottsideologi, bör vi också ta ställning till om det är acceptabelt att vissa lösningar bygger på en teori/ideologi, medan andra bygger på en annan.[32] Kan t. ex. en återfallsverkan när det gäller påföljdsvalet grundas på individualprevention, medan en straffskärpning inom samma påföljdsart grundas på ett just desert-krav? Skall vi förutsätta en villkorslös trohet, eller kan vi acceptera en pragmatism som förmodligen grundas på ganska oklara kompromisslösningar?[33] Till denna fråga återkommer jag senare.

Låt oss först granska vilka skäl som med stöd i de skilda bakomliggande straffteorierna har (eller kan ha) betydelse när återfallsskärpningen åberopas som grund för *påföljdsvalet*, m. a. o. för att motivera övergången från en påföljd till en som är strängare. Jag utgår från att påföljderna enkelt kan graderas på en eskalerande skala: böter — villkorlig dom — skyddstillsyn — fängelse.[34]

Då det gäller övergången från böter till villkorlig dom kan återfallsskärpningen inte utgående från individualpreventiva teorier grundas på att återfallet motiveras av ett konstaterat behandlingsbehov. En villkorlig dom är inte behandling. I teorien kan skärpningen däremot motiveras med kravet på en strängare varning. I praktiken håller emellertid inte detta argument. Villkorlig dom är i

[32] Jag behandlar inte här närmare de olika brottsideologiernas betydelse för uppfattningen att ”återfall i brott skall leda till strängare straff”. Generellt sett kan det enkelt konstateras att denna uppfattning med lätthet kan förklaras utgående från de ideologier som Jareborg har betecknat som ”den primitiva” och ”den kollektivistiska”, medan den knappast kan förenas med ”den radikala ideologin”. Se Jareborg, i fotnot 21 a. a., s. 95–122.
[33] Ibidem, s. 110.
[34] Se BrB 27:1, BrB 28:1 och BrB 30:1.

allmänhetens ögon (och också enligt den bestraffades egen uppfattning) ofta är en lindrigare påföljd än böter.

Med utgångspunkt i allmänpreventiva straffteorier kan återfallsskärpningen inte motiveras med avskräckning. Den begränsade straffhöjningen, från böter till villkorlig dom, kan inte förnimmas i praktiken och har därför inte någon allmänpreventiv effekt.

Då det gäller teorier som bygger på att straffet skall vara en rättvis vedergällning kan en återfallsskärpning knappast motiveras med hänvisning till brottslingens manifesta olydnad. Detta är också i övrigt en ohållbar ståndpunkt, varför jag i det följande kommer att förbise den.[35] Återfallskärpningen kan — åtminstone på ett ideologiskt plan — motiveras med att det inte längre finns skäl att visa den generositet som samhället har visat då vederbörande begick sitt första brott. Frågan är emellertid om detta håller i verkligheten.

Övergången från böter (eller villkorlig dom) till skyddstillsyn kan med stöd i individualpreventiva teorier i viss mån motiveras med ett konstaterat behandlingsbehov. Men detta behandlingsbehov har (vanligen) inte uppstått genom återfallet, utan det har funnits redan före detta. Man kan kanske säga att återfallet har gjort behovet manifest. Övervakningen som en del av skyddstillsynen kan också utgöra en varning. Den viktiga frågan är härvid vad övervakningen egentligen är, och hur den uppfattas av den som ställs under övervakning. Är den ett (tilläggs)straff eller en stöd-(behandlings-)åtgärd?[36] Övergången till skyddstillsyn kan motiveras med hänvisning till allmänprevention endast under förutsättning av att övervakningen verkligen betecknas som, och utgör, ett straff. Under samma förutsättning kan övergången också motiveras med hänvisning till en rättvis vedergällning.

Övergången från en icke frihetsberövande påföljd till fängelse måste alltid vara särskilt väl motiverad. Detta är en följd av alla de negativa konsekvenser som man vet vara förbundna med att en person kommer i fängelse. Behovet av en klar spärr i detta fall framgår också klart av flera bestämmelser, särskilt BrB 30:4 och 30:5. Denna övergång kan inte motiveras med stöd av att hänvisa till ett konstaterat behandlingsbehov så länge som fängelsestraffet inte innebär eller inbegriper behandling. Övergången kan däremot motiveras med kravet på en strängare varning och den kan också motiveras med möjligheten att inkapacitera den tilltalade. Inkapaciteringssyftet aktualiserar emellertid alla de problem som finns då det gäller denna form för kriminalpolitiska program. En kollektiv inkapacitering leder till höga fångtal med alla de ekonomiska och sociala kostnader detta innebär, men utan motsvarande

[35] Se närmare avsnitt 6.
[36] Britta Kyvsgaard: Kriminalforsorg i frihed — mellem omsorg, hjælp og kontrol. København 1998, särskilt s. 35–54.

vinster i form av minskad brottslighet. En selektiv inkapacitering drabbar på grund av omöjligheten att göra tillräckligt säkra individuella återfallsprognoser i stor utsträckning fel personer. Detta kan inte accepteras då det gäller de s. k. ”falska positiva”, alltså personer som inkapaciteras på grund av att man tror att de kommer att begå ny kriminalitet, utan att detta i verkligheten är fallet.[37]

Återfallsskärpningen kan, med hänvisning till allmänpreventiva överväganden, i detta fall enkelt motiveras både med avskräckning (fängelse är det strängaste straffet som finns i systemet) samt (med hänvisning till just desert-argument) med rättvisa (den dömde har förverkat sin rätt till att bli ursäktad och får därför utstå den ”pina” som fängelse innebär).

Vi kan nu övergå till att granska vilka skäl som med stöd i de skilda bakomliggande straffteorierna kan ha betydelse då återfallsskärpningen åberopas som ett skäl för att utmäta en *strängare påföljd utan att övergå till en annan påföljdsart*. En sådan skärpning har betydelse bara då det rör sig om att utdöma ett strängare bötesstraff eller ett strängare fängelsestraff.

Vad som kan åberopas i detta fall är behov av strängare varning (individualprevention), avskräckning (allmänprevention) eller rättvisa (just desert), samt, då det rör sig om ett strängare fängelsestraff, därtill inkapacitering. De bakomliggande argumenten är desamma som de ovan anförda då det gäller påföljdsvalet.

I gällande rätt regleras denna situation i BrB 29:4. Denna bestämmelse är i vissa avseende ganska förvirrande. Grundtanken bakom straffbestämningen är ju att straffet skall motsvara brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde (BrB 29:1). Denna grundregel kan sägas ge uttryck för ett ”just desert”-tänkande. Men enligt BrB 29:4 påverkar återfall inte brottets straffvärde. Ett brott som begås av en person som recidiverar har alltså inte ett högre konkret straffvärde än motsvarande brott av en som aldrig tidigare har begått ett brott. Återfallet påverkar däremot gärningsmannens ”straffvärdighet”. Straffet bestäms alltså inte enbart utgående från brottet, utan också med beaktande av gärningsmannen. Man kan säga att denna bestämmelse åtminstone visar att gällande rätt inte konsekvent bygger på bara en enda genomgående teori (ideologi).[38]

Detta framgår också då vi granskar och analyserar de omständigheter som enligt BrB 29:4 särskilt skall beaktas vid bedömningen av vilken verkan återfallet skall ha. Att just dessa omständigheter framhävs kan inte motiveras med en enda bakomliggande teori (ideologi). Att den tidigare brottsligheten har varit omfattande kan accepteras som en grund för straffskärpning med stöd av argument som bygger på individualprevention. Flera återfall är ett tecken på

[37] Se Kyvsgaard, i fotnot 12 a.a., s. 172–190.
[38] Se också Jareborg, i fotnot 21 a. a., s. 163.

en ”kriminell tendens” och ger därför en dålig framtidsprognos. Det samma gäller för kriteriet ”snabbt återfall”. Man kan ju då säga att vederbörande är inne i en kriminell karriär och att denna måste stoppas effektivt.

Men de två följande omständigheterna som särskilt skall beaktas kan inte utan vidare motiveras utgående från individualpreventiva teorier. Också i övrigt är dessa omständigheter tvivelaktiga som särskilda skäl för en återfallsskärpning. Varför skall det att brotten är allvarliga egentligen tala för en skärpning? Kan vi finna den bakomliggande tanken i ett just desert-resonemang? Är det alltså så att det finns mycket starka skäl just i detta fall för att inte visa den generositet som visades första gången? Detta kan knappast vara fallet. Eller är den bakomliggande tanken egentligen individualpreventiv? Tänker man sig att då det gäller en person som begår flera allvarliga brott så finns det också ett stort behov av att inkapacitera honom. Eller finns det här ett allmänpreventivt budskap? Om du begår brott så begå åtminstone inte flera allvarliga brott. Varför är egentligen en skärpning mer motiverad när den tilltalade har begått t. ex. två grova stölder än vad den är när han har begått två (vanliga) stölder? Skärpningen kan inte motiveras med att en återfallsbrottsling alltid begår brott som blir allvarligare då en sådan eskalering inte i verkligheten sker.[39] Flera brott betyder vanligen bara att repertoaren blir mer blandad.

Det är också svårt att förstå varför det att brotten är likartade skall beaktas. Finns det här en individualpreventivt motiverad spärr mot att vissa brottslingar utvecklar sig till specialister? Detta är i så fall omotiverat för personer som begår flera brott begår i verkligheten också vanligen brott av olika slag.[40] Och det kan ju inte heller vara så att gärningsmannens straffvärdighet ökar mer då han monotont begår samma brott än då han visar stor kriminell mångsidighet.[41]

6. Diskussion och konklusion

Vilken blir då konklusionen och vilka är grunderna för den?

Den utgångspunkt som tagits är att det allmänna rättsmedvetandet, som förutsätter en straffskärpning vid återfall i brott, skall accepteras så länge som detta på något sätt kan förenas med en

[39] Kyvsgaard, i fotnot 12 a. a., s. 151–171.
[40] Ibidem, s. 129–150.
[41] Det är intressant att notera att lagstiftaren har gett vissa hållpunkter (BrB 34:4 st. 2) också för när en domstol vid ett nytt brott under prövotiden efter villkorlig frigivning skall förklara den villkorligt medgivna friheten förverkad, men att dessa hållpunkter i visst avseende skiljer sig från dem som getts betydelse i BrB 29:4. Vad som nämns i BrB 34:4 st. 2 är om det nya brottet har en lindrigare beskaffenhet än den tidigare brottsligheten, om lång tid har förflutit mellan den tidigare brottsligheten och det nya brottet samt om ett förverkande annars kan anses vara oskäligt. Att brotten är likartade har alltså inte (längre) någon betydelse (annorlunda före lagändringen 1998, se prop. 1997/98:96).

rationell och rättvis kriminalpolitik. Vad som är en rationell och rättvis kriminalpolitik bestäms åter genom en granskning av de verkliga konsekvenserna av de straffrättsliga åtgärder som tillgrips, och av förhärskande ideologiska värderingar (eller mer begränsat, av ”vald” straffteori).

Kravet på att regleringen måste vara ideologiskt förankrad, och därigenom också förankrad i en viss straffteori, förutsätter att frågan om ideologi-/teoritrohet avgörs. Kan vi välja en ”pragmatisk linje”, där lösningarna inte har någon annan enhetlig grund än den, att den valda lösningen i praktiken erfarenhetsmässigt förefaller vara enklast att acceptera? Eller skall den valda lösningen alltid kunna härledas till en enda enhetlig teori/ideologi?

För att uppnå rättvisa skall straffbestämningen grundläggande ske utgående från en enda teori. I detta nu finns det inget tvivel om att straffbestämningen i svensk rätt skall ske så att straffet står i rättvis proportion till brottets svårhet. Straffet skall svara mot brottets konkreta straffvärde (BrB 29:1). Detta kan inte betyda annat än att allmänpreventiva och individualpreventiva överväganden inte skall ges betydelse då det gäller straffbestämningen.[42] De skäl för en straffskärpning som bygger på allmänpreventiva eller individualpreventiva överväganden kan alltså avfärdas.

Fråga blir då om och hur en straffskärpning som grundas på återfall kan förenas med en just desert-teori. Framställningen ovan har visat att det finns två alternativa förklaringsförsök till detta. I det ena fallet hänvisar man till den ”onda viljan”, till personens uppstudsighet och olydighet. En person som inte har rättat sig efter samhällets krav trots ett tidigare straff utvisar en större skuld. Genom att återfalla har brottslingen bevisat att han fortsatt är ohörsam mot samhällets krav och detta visar på en stor skuld. Det strängare straffet är rättvist på grund av att också skulden är större. I det andra fallet är skulden i bägge fallen lika stor, men vid den första förbrytelsen visar samhället misskund mot brottslingen. Det lindrigare straffet för det första brottet är ett utslag av samhällets tolerans.[43]

[42] Se Jareborg, i fotnot 21 a. a. s. 135–151. Detta svarar inte mot rådande praxis. Straffbestämningen vid s. k. artbrott sker uppenbarligen med hänsyn till allmänpreventiva överväganden (se Martin Borgeke: Brottets art — några tankar kring en svårgripbar företeelse. I Ratio omnia vincit. En vänbok till Trygve Hellners. Hovrätten över Skåne och Blekinge, 1998, s. 117–152) och individualpreventiva överväganden ges en betydelse särskilt då det gäller valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn samt mellan skyddstillsyn och fängelse.

[43] En alternativ förklaring, som möjligen svarar mot vad von Hirsch avser (se fotnot 46 nedan), är att skulden i dessa två fall inte är lika stor, men att skuldens olika storlek är svår att bevisa individuellt. Vi skall då räkna denna osäkerhet till godo för den anklagade. Vi skall alltså presumera att förstagångsförbrytarens skuld (i allmänhet) är mindre. Genom att han inte tidigare har begått brott finns det inte något belägg för att han hör till dem som kommer att framhärda i brottslig trilskhet (vilket visar ovilja att utöva självkontroll och därigenom större skuld). Bristen på sådan bevisning gör att presumtionen inte bryts, varför vi väljer det förmånligare alternativet och tror på

Förklaringen med ”den manifesta olydnaden” kan knappast accepteras. Som Jareborg konstaterat[44] är det nog möjligt att fastslå att det nya brottet visar att *gärningsmannens straffvärdighet* är större än vid det första brottet, men inte att det nya *brottets straffvärde* är större. Skulden ifråga är inte direkt manifesterad i det nya brottet, utan den är beroende ”av en (helhets)bedömning av både tidigare och ny brottslighet”.

Jareborg är däremot villig att — i linje med von Hirsch — acceptera en förklaring som bygger på att straffet för det första brottet är lindrigare än normalt, på grund av att samhället i viss mån ursäktar det: ”För egen del ser jag den enda godtagbara lösningen bestå i att positivt särbehandla dem som första gången eller gångerna begår brott”.[45] Jareborg hänvisar i detta fall till von Hirschs förklaring:

Why should one scale down the condemnatory and punitive response initially? It is because it is assumed that people are both fallible and capable of doing something worthy of respect: namely, attending to others' censure. The fallibility calls for limited tolerance for failure, expressed through some diminution of the penal response, ... the basis for the respect: it is for the process by which a rational person can attend to the disapproval visited upon his or her wrongdoing. …

Why give up the discount after a certain number of repetitions following previous censure and punishment? It is because the respected process seems not to have occurred. The person has chosen to disregard the disapproval previously visited on him, and has not made the requisite additional effort at self-restraint.[46]

Denna lösning är självfallet sympatisk. Den bygger på uppfattningen att samhället också på straffrättens område ”har råd att visa ett visst mått av tolerans, en viss förståelse för mänsklig svaghet, så att den som förövar brott får en eller flera chanser att visa att beteendet är okarakteristiskt för honom eller henne, innan (straff) hotet förverkligas med full styrka”.[47] Lösningen kan sägas vara rent biblisk: ”Jag säger dig: Icke sju gånger, utan sjuttio gånger sju gånger.” Man skall alltså tålmodigt förlåta den som felat, åtminstone så länge som det inte är klart att vederbörande på grund av sin person är oförbätterlig.

att brottet var ett enkelt felsteg. Jag kan inte heller godkänna ett sådant resonemang på grund av att det förutsätter att man implicit i bevisningen drar in sådant som egentligen inte hör till det aktuella brottet, nämligen den anklagades möjliga karaktär och att detta sker enligt en standardiserad mall.

[44] Jareborg, i fotnot 21 a. a., s. 111

[45] Ibidem, s. 112.

[46] Ibidem, s. 112–113 med hänvisning till Andrew von Hirsch: Criminal Record Rides Again. Criminal Justice Ethics 1991, s. 56.

[47] Jareborg, s. 149.

Men inte heller denna lösning kan gå fri från kritiska invändningar. För det första kan man säga att om lagstiftaren verkligen har menat att förstagångsförbrytaren i viss mån skall ursäktas genom ett lindrigare straff än normalt, borde detta komma till klart uttryck i själva lagen.

Att detta inte har skett är uppenbart då det gäller återfallets straffskärpande verkan inom samma påföljd. Lösningen förutsätter ju egentligen att återfall inte borde nämnas som en *straffskärpningsgrund* i BrB 29:4. I lagen borde det i stället finnas en bestämmelse som anger att den omständigheten att vederbörande är tidigare ostraffad utgör en särskild grund som kan föranleda *lindrigare* straff. I lagen borde det således anges att rätten skall, om detta inte i tillräcklig grad kan beaktas vid fastställandet av brottets straffvärde, i skälig utsträckning ta hänsyn till att den tilltalade inte har begått brott tidigare. Då detta inte skett, kan man alltså säga att lösningen på sin höjd är ett sympatiskt (och möjligen också förnuftigt) förslag. Men lösningsförslaget har än så länge inte blivit accepterat.

För det andra är det osäkert om denna lösning verkligen överensstämmer med *”det allmänna rättsmedvetandet”*. Det är med säkerhet riktigt att det allmänna rättsmedvetandet menar att en återfallsskärpning är rättvis och att straffet för brott i återfall skall vara strängare än straffet för det första brottet. Det är förmodligen också riktigt att det allmänna rättsmedvetandet godtar att en förstagångsbrottsling i vissa fall, och i vissa avseenden, får en positiv särbehandling. Men uppfattningen att straffet för förstagångsbrottet regelmässigt skall vara lindrigare än normalt är knappast allmänt accepterad.[48] Detta gör det svårt att förena lösningen med den utgångspunkt som tagits ovan, att en återfallsskärpning skall accepteras av hänsyn till det allmänna rättsmedvetandet, så länge som detta inte klart strider mot en rättvis och förnuftig kriminalpolitik.

För det tredje ligger lösningen i verkligheten inte så långt från lösningen som bygger på den ”manifesta olydnaden”, med undantag för att den är ”omvänd”. Den lösningen avfärdade vi med konstaterandet att straffskärpningen nog kan motiveras med att det nya brottet visar att *gärningsmannens straffvärdighet* är större än

[48] Någon invänder kanske att vi här egentligen har en parallell till den positiva särbehandling som unga under 18 år, eller i en del avseenden under 21 år, får. Dessa får ju en lindrigare behandling på grund av att man ”ursäktar” vad de gjort. ”De förstår ännu inte bättre, och vi har råd att visa en viss tolerans”. Eller alternativt anför man som grund att den skuld som den unga utvisat i brottet i verkligheten är mindre än den fullvuxna förbrytarens på grund av att den unga inte tänkte sig riktigt för etc. Då de flesta begår sitt första brott som ung kommer den positiva särbehandlingen av unga att sammanfalla med en möjlig positiv särbehandling av den som begår sitt första brott. Det finns emellertid vissa klara skillnader mellan den positiva särbehandlingen av unga och den av den som begår sitt första brott. En sådan skillnad är att också unga återfallsförbrytare får en lindrigare behandling än de äldre.

vid det första brottet, men inte att det nya *brottets straffvärde* är större. Fråga är om det första brottets straffvärde alltid är mindre än de senare brottens, eller om det inte snarare är så att det just är gärningsmannens straffvärdighet som är mindre vid det första brottet. Vi vill ju ännu tro gott om honom, trots att han har begått ett brott. Och efter flera återfall, då gärningsmannen har förbrukat den tolerans som vi tidigare har visat honom, och vi inte längre kan ursäkta honom, kommer vi väldigt nära resonemanget med ”den manifesta olydnaden”. Genom att upprepat begå brott har han ju nu visat att beteendet inte är okarakteristisk för honom — han har alltså en bestående ”uppstudsighet”.

Den stora fördelen med ”första brottet kan förlåtas”-lösningen i jämförelse med ”den manifesta olydnaden”-lösningen är emellertid att den talar för och leder till ett lindrigare straffsystem. Den är inte stigmatiserande och den bidrar därför inte heller till en sådan social utslagning av recidivister som andra lösningar. Och därtill kan den inte leda till en kontinuerlig eskalering av straffen på det sätt som den ”manifesta olydnaden”-lösningen kan. Enligt sistnämnda lösning är ju en ny skärpning berättigad varje gång olydnaden manifesteras genom ett nytt brott.

Konklusionen kan emellertid knappast bli någon annan än att vi måste acceptera en viss orenhet i systemet om vi accepterar att senare brott bestraffas strängare än det första. En sådan lösning förutsätter att straffet i vissa fall inte bara fastställs i rättvis proportionalitet till brottet, utan också med beaktande av ”gärningsmannens straffvärdighet”. Denna lösning kan realiseras, och har också i praktiken i stor utsträckning blivit realiserad, då det gäller *påföljdsvalet*. Då brottets straffvärde är lägre än ett år fängelse finns det en stark presumtion mot användning av fängelse. Då det gäller en tidigare ostraffad person bryts denna presumtion i praktiken närmast bara vid s. k. artbrott. Skälen för detta är inte klara och entydiga, men ofta kan de närmast beskrivas som ”hänsyn till allmänpreventionen”.[49] När det gäller en person som återfallit i brott kan också återfallet åberopas som en tillräcklig grund för att bryta presumtionen.

I vissa situationer kan det t. o. m. vara möjligt att mena att det brott som en tilltalad har begått, på grund av sitt straffvärde ”egentligen” förutsätter ett fängelsestraff, men den omständigheten att han inte tidigare har bestraffats leder till att en annan lindrigare påföljd kan och skall användas. Detta är i så fall en klar ”första brottet kan förlåtas”-lösning.

Men ”första brottet kan förlåtas”-lösningen bygger alltså i dessa fall sist och slutligen på att man accepterar *gärningsmannens (lägre) straffvärdighet* som en legitim grund vid påföljdsvalet. Detta strider mot just desert-teorin, då full trohet mot denna egentligen förut-

[49] Se också Jareborg, i fotnot 21 a. a., s. 169–170.

sätter att återfallet inte får någon självständig betydelse för straffbestämningen.

Och vilken blir då sammanfattningen? Vad innebär allt detta med tanke på gällande rätt?

För det första innebär det att den skillnad som finns mellan *kriteriet för återfall* i å ena sidan BrB 29:4 och 30:4 (”gjort sig skyldig till brott”) och å andra sidan BrB 26:3 (”har tidigare dömts för brott”) *inte* är motiverad. Det avgörande är att vederbörande tidigare bevisligen har begått ett brott och att han genom en åtgärd från samhällets sida ha blivit uppmärksammad på att detta inte kan tolereras. En åtalseftergift (”-underlåtelse”) eller ett strafföreläggande är en tillräcklig varningssignal.

För det andra innebär det att det *inte* finns några godtagbara skäl för den straffskärpning som *BrB 26:3* möjliggör. I detta fall utvidgas ju straffskalan så att den ligger långt över brottets abstrakta straffvärde. Återfallsbrott har ju inte direkt ett helt annat, större, ”abstrakt straffvärde” än ifrågavarande brottstyp som sådan. Bestämmelsen bygger på sådana individualpreventiva överväganden som inte skall ges något utrymme. Bestämmelsen bör således avskaffas.

För det tredje är det *inte* återfallet som sådant som skall vara avgörande vid *valet mellan villkorlig dom och skyddstillsyn*. Den övervakning etc. som ingår i påföljden skyddstillsyn är inte och får inte användas i punitivt syfte. Däremot kan man acceptera att återfallet ges en viss betydelse då det gäller *valet mellan en icke frihetsberövande påföljd och fängelse*,[50] samt då det gäller en *straffskärpning inom samma påföljdsart*. En sådan skärpning kan emellertid inte motiveras med något annat argument än att ”det är ju det som förväntas”.[51] Bestämmelsen i BrB 29:4 är inte i detta fall tillräckligt väl motiverad, då den som särskilda skäl för straffskärpning nämner grunder som är kriminalpolitiskt irrelevanta.

Straffskärpningen vid återfall är alltså ett utslag av trohet mot ”det allmänna rättsmedvetandet”, men samtidigt otrohet mot ett rent ”just desert”-tänkande. Om en återfallsskärpning överhuvudtaget tillåts måste därför domarens rörelsefrihet av rättviseskäl (hänsyn till ”just desert”), genom restriktiv lagstiftning, hållas starkt begränsad.

[50] Alltså först och främst valet mellan fängelse och villkorlig dom/skyddstillsyn (eller överlämnande till särskild vård).

[51] Med ett modeuttryck kan man säga att ett sådant beslut ”är politiskt korrekt”.