

Perspektivskifte i straffrättspolitiken — plus ça change?

Av universitetslektorn AXEL HOLMGREN

Från politiskt håll utlovas ett paradigm- eller perspektivskifte när det gäller straffrätt och påföljdsbestämning. Men om vi ser bortom de högljudda slagorden kan nog diskuteras om det är så mycket till nyordning. Den för dagens system centrala principen om proportionalitet mellan brott och straff förefaller i stora drag förbli intakt och när det kommer till förändringar i "kvalitativt" hänseende handlar det mest om detaljer. Av större faktisk betydelse — och därmed även möjligen mer förtjänt av uppmärksamhet — är den "kvantitativa" förändring som politiken medför; den stigande repressionsnivån, den ökande straffmassan eller vad vi väljer att kalla det.

Gärningsman och brottsoffer; kvantitet och kvalitet

Oavsett om man tycker att det är välkommet eller ovälkommet, går det knappast att förneka att den samtida svenska straffrättspolitiken nu på riktigt har tagit sig en s.k. straffande vändning.¹ Straffnivån stiger i en våldsamt takt. Bilden som framträder är den av en damm vars fördämningar brustit. Utvecklingen sker förstås inte i ett vakuum — det som framförallt driver de lagstiftningsåtgärder som bidrar till den stigande straffnivån är det allvarliga samhällsproblem som den nätverksbaserade brottsligheten utgör, med yttringar i bl.a. skjutvapenvåld och sprängdåd. Det finns skäl att vara ödmjuk inför denna verklighet och de förväntningar som finns på att samhället behöver reagera — oberoende av vad man tror om den ökade repressionen som lösningen på problemet.

Samtidigt får konstateras att strängare straff inte är så värst nytt. Att skärpa straffen har lagstiftaren ägnat sig åt i vart fall sedan 1990-talet. Skillnaden är att det går så mycket snabbare nu och att utvecklingen framstår som mer otyglad. Sprången mot en högre straffnivå är större och Finansdepartementet verkar ha en betydligt mer välvillig inställning till att de stora sprången kan komma med rejäla prislappar. Men är det då något nytt med politiken utöver denna hastigare rörelse mot allt strängare straff? Finns vid sidan av den växande s.k. straffmassan också ett nytt innehåll, eller är det bara mer av samma? Är det s.a.s. endast en skillnad i *kvantitet* vi ser, eller handlar det också om en förändring i *kvalitet*?

¹ Uttrycket är en svensk översättning av engelskans "punitive turn" — ett begrepp som har använts för att beteckna en utveckling mot drastiskt ökade fängelsepopulationer som i tiden före och omkring millennieskiftet kunde iakttagas i framförallt USA och England. Se Tham, Kriminalpolitik: brott och straff i Sverige sedan 1965 2022, s. 135 ff.

Det finns en central politisk pitch som ger löfte om en kvalitativ skillnad — ett slags nytt ideologiskt innehåll — och som bland annat står att läsa i regeringens budgetpropositioner. De reformer som regeringen genomför på straffrättens område sägs utgå från ”ett grundläggande perspektivskifte i hur vi ser på brott och straff” (ibland har också talats om ett ”*paradigmskifte*”). Skiftet består i att ”fokus flyttas från gärningsmannen till brottsoffret och samhällsskydd”.² Som politiskt marknadsföringsuttryck är det nog välvalt och kraftfullt eftersom det förespeglar att något är ruttet i den svenska staten. Man frågar sig genast: vad är det för ett sjukt system som koncentrerar sig på gärningsmän i stället för på offer? Den korta programförklaringen ger sken av att vilja göra upp med denna depraverade ordning; den säger sig erbjuda en ny och självklar inriktning som appellerar till människors spontana känslor. Av alla ofta svåra ställningstaganden i livet framstår väl detta som ett ovanligt självklart val? Ingen sympatiserar väl med gärningsmannen framför brottsoffret?

Är man lite skeptiskt lagd kan hävdas att iscensättningen av en förment snedfördelning mellan gärningsman och offer förenklar det som är svårt. Vill man vara ännu lite mer kritisk kan sägas att pitchen profiterar på okunskap och vissa missförstånd. Och dessa missförstånd handlar nog inte så mycket om hur stränga straffen är och bör vara. Till stor del tror jag att det handlar om straffprocessrätten. Eller rättare sagt, en vag bild som grundar sig i hur processen med dess elementära rättssäkerhetsgarantier är utformad; en bild som av många säkert kan uppfattas just som ett orimligt fokus på brottslingen på bekostnad av den som blivit kränkt till följd av brottsligheten. Det är fråga om sådant som att den misstänkte och därefter tilltalade (eftersom hen är den som staten eventuellt ska ta sig rätten att straffa) med nödvändighet måste tilldelas huvudrollen i det skådespel som brottmålsrättegången kan uppfattas som, medan målsäganden snarare förlänas en biroll som bevismedel. Det är fråga om det höga beviskravet i brottmål vars konsekvenser nog ytligt betraktat ibland kan framstå som orimliga och som ett resultat av onödiga juridiska teknikaliteter. Kravet medför ju att det måste avsättas mycket tid och resurser för att kunna överbevisa någon om brott. Samma beviskrav innebär ju också ofrånkomligen att personer som (utifrån ett lägre beviskrav) kan uppfattas som skyldiga, frikänns eller överhuvudtaget inte åtalas — och att möjliga brottsoffer därmed blir utan upprättelse och kompensation.

Den beskrivna ordningen är som bekant inte unik för Sverige. Med lite eftertanke skulle nog de flesta ställa upp på att det handlar om saker som i väldigt liten utsträckning är förhandlingsbara i en rättsstat. Det är ju inte heller den typen av regler som framförallt är föremål för

² Prop. 2023/24:1 utgiftsområde 4, s. 51. Se vidare prop. 2024/25:1 utgiftsområde 4, s. 57 och 60. Jfr även följande skrivning i direktiven till Straffreformutredningen: ”Påföljdssystemet har hittills tagit sin utgångspunkt i gärningen och gärningspersonen. Hänsyn måste emellertid också tas till brottsofferperspektivet, inte minst vad gäller straffnivåerna i allmänhet.” Dir. 2023:115, s. 9.

den politiska reformivern.³ Vad det i första hand handlar om är som sagt straffhöjningar — dvs. skärpningar av straffskalor, införandet av straffskärpningsgrunder och slopandet av olika strafflindringsgrunder. Och när det gäller den typen av lagändringar är det svårt att förstå vad fokusskiftet från gärningsman till offer egentligen skulle bestå i — utöver då att man helt enkelt skärper straffen. Till den stora Straffreformutredningens uppdrag hör förvisso att genomföra vissa framförallt symboliska förändringar, som att utmönstra de s.k. billighetsskälen och andra mer eller mindre rent kosmetiska ingrepp, som att ändra ordalydelsen i det lagrum som reglerar valet mellan fängelse och icke frihetsberövande påföljder.⁴ Men utöver sådant verkar det alltså mest handla om kvantitativa förändringar snarare än kvalitativa; mer straff snarare än straff på annan grund än förut. Något ”grundläggande perspektivskifte” låter sig i alla fall inte urskiljas.

Tre svar på samma fråga

Bland rubrikerna för de samtal som fördes under det symposium om påföljdssystemet som SvJT arrangerade hösten 2024 fanns dock en fråga som indikerar att den samtida straffrättspolitikerna kanske ändå innebär några förändringar också i kvalitativt hänseende. Men det kan nog diskuteras om förändringarna är så värst stora och framförallt om de har så mycket med dikotomin gärningsman och offer att göra. Snarare än ett nytt ideologiskt innehåll tycks frågan ta sikte på ett slags oreda som kommer i konflikt med den befintliga ideologin. Frågan löd ”Hur klarar sig principen om proportionalitet?”.

Jag skulle säga att denna fråga kan besvaras på lite olika sätt. Svaren beror på vilken betydelse vi väljer att lägga i begreppet proportionalitet och de utesluter inte varandra. *Ett första svar* skulle kunna förutsätta ett snävt proportionalitetsbegrepp. Proportionalitet betyder då inte mycket mer än att den straffrättsliga reaktionen efter en bakåtblickande bedömning ska stå i proportion till brottet. För att beteckna denna proportionalitetsprincip kan man tala om *bakåtblickande proportionalitet*. Med de utgångspunkterna skulle svaret på frågan kunna vara att principen klarar sig ganska bra. *Ett andra svar* på frågan skulle kunna utgå från en förståelse som kopplar proportionalitetsprincipen till klandervärdhet och fäster avseende vid hur olika brott i systemet förhåller sig till varandra. Sammanfattningsvis kan man tala om *relativ proportionalitet*. I så fall skulle svaret kunna vara att principen klarar sig sådär (men att det möjligen inte är hela världen). Det går därutöver att

³ Det ska dock sägas att det även rullas ut betydelsefulla förändringar på processrättsens område som måste anses innebära att man lägger tonvikten annorlunda i balansen mellan rättssäkerhet och effektivitet — t.ex. när det gäller s.k. säkerhets- eller visitationszoner (prop. 2023/24:84), hemliga tvångsmedel (prop. 2023/24:117), förverkande (prop. 2023/24:144) och anonyma vittnen (prop. 2024/25:20). Samtliga av dessa lagstiftningsåtgärder kan problematiseras från principiell synpunkt, men något grundläggande annorlunda synsätt när det gäller rättssäkerhetsgarantier kan det nog inte anses vara fråga om.

⁴ Se dir. 2023:115, s. 16 f. och 17 ff.

tänka sig ett *tredje svar* som skulle kunna ta sin utgångspunkt i ett medvetet missförstånd av frågan. Då kan nog också svaret vara att principen klarar sig sådär (och att *det* möjligen förtjänar viss uppmärksamhet). Men det där medvetna missförståndet kan vi spara till sist. Låt oss börja med att utveckla de två första svaren.

Bakåtblickande proportionalitet

Vad innebär egentligen proportionalitet i straffrättsliga sammanhang? Enligt ett sätt att se på saken betyder proportionalitet att ingripandet bestäms utifrån en bakåtblickande bedömning som tar sikte på *gärningen*. Motsatsen till ett proportionellt straff är därmed en framåtblickande individualisering av påföljden som tar sikte på *gärningspersonen* (och sådant som dennas farlighet och reformbarhet). Kort sagt, proportionalitet betyder inte mycket mer än att *du straffas i enlighet med vad du har gjort och inte i enlighet med vem du är*.

Ledordet proportionalitet brukar ofta nämnas i samma andetag som likabehandling och förutsebarhet. Det kan dock vara värt att påminna sig om att likabehandling inte förutsätter proportionalitet (även om nog det omvända gäller). Också en mer individualpreventivt inriktad påföljdsbestämning kan ju vara enhetlig (även om den på andra grunder kan anses *orättvis*). Skillnaden är att olika kriterier för likabehandling tillämpas. På samma sätt som att lika brott resulterar i lika påföljder, kan personer som bedöms som lika farliga möta lika påföljder. I många lägen kan det dock antas vara väsentligt lättare att likabehandla från bakåtblickande synpunkt än från framåtblickande. En begången gärning som låter sig jämföras med andra gärningar framstår som mer avgränsad och handgriplig än de omständigheter som en prognostisk bedömning om framtida brottslighet kan ta sikte på. Risken för godtycke och osäkerhet blir gissningsvis mindre. En regel som säger att bestraffningen ska vara bakåtblickande och proportionell har vidare den väsentliga fördelen att den ger samhällsmedborgaren större möjlighet att rätta sig efter lagen. För att tala med Kant kan man — lite högtidligt — säga att proportionalitetsprincipen behandlar människan som ett ”mål i sig”; som en autonom individ med makt över sin egen livsföring. Det går som sagt att likabehandla från en mer framåtblickande synpunkt, men även om utgången av den bedömning som mynnar ut i den straffrättsliga reaktionen är förutsebar, är inte förutsebarheten särskilt mycket värd om den styrande principen är *vem gärningspersonen är*. Förhåller det sig på det sättet blir det ju väsentligt svårare att följa lagen. De flesta ställer nog upp på att det framstår som lättare att *göra* annorlunda än att *vara* annorlunda (med förbehållet att vi på ett filosofiskt plan kan diskutera huruvida vi verkligen har en fri vilja). En förutsebar bedömning som utkräver ansvar för vad vi har gjort kan därför framstå som mer rättvis och humanistisk.

Det finns alltså vissa goda skäl för att hålla fast vid principen att den straffrättsliga reaktionen ska bestämmas utifrån en bakåtblickande bedömning av gärningen. Och om vi med proportionalitet menar varken mer eller mindre än just denna bakåtblickande bedömning skulle jag även vilja påstå att principen om proportionalitet i dagsläget klarar sig ganska bra. Jag kan förstås ha fel men jag tycker att det finns många tecken på att principen hedras och jag tror att det också kommer att vara så fortsatt. Och om det stämmer beror det nog inte på vårt lilla påföljdssystem och dess inneboende principer. Snarare handlar det om ett slags global legalistisk diskurs som — både på gott och på ont — färgar vårt tänkande. Det är en förförståelse eller ett tankemönster som det inte riktigt går att frigöra sig från — en rörelse mot mer juridik; mot rättighetstänkande, likabehandling och förutsebarhet. Den påföljdsreform som för drygt 35 år sedan förde in proportionalitetsprincipen i systemet kan förstås som ett led i denna utveckling; en sorts juridifiering och formalisering av området påföljdsbestämning. Bedömningar som tidigare varit diskretionära gjordes mer normbudna och enhetliga. Det är ett mönster som går att spåra på många andra håll och som jag tror att det är svårt att backa från — vare sig vi nu vill det eller inte.

Att lagstiftaren skärper straffen behöver i princip inte spela någon roll för proportionalitetsprincipens ställning. Principen är relativ, som man brukar säga. En av rösterna i det offentliga samtal som föregick 1989-års påföljdsreform liknade proportionalitetsprincipen och straffvärdetänkandet vid en ”data-” eller ”räknemaskin”.⁵ Även om syftet med beskrivningen var pejorativt är bilden träffande. Jag vill tro att den där gamla räknemaskinen från slutet av 1980-talet presterar precis lika bra i dag. Skillnaden består i — och det är förstås inte en oväsentlig skillnad — att de tal som matas in i maskinen, och de tal som spottas ut, är betydligt mycket högre nu än då (och kommer att vara ännu mycket högre inom en nära framtid). Jag tror dock inte att vi behöver vara så oroliga för maskinen i sig; den håller än och den jobbar precis lika bra med höga tal som med låga.

I direktiven till Straffreformutredningen — det lagstiftningsärende som får sägas utgöra själva flaggskeppet för genomdrivandet av det påstådda ”perspektivskiftet” i straffrättspolitiken — slås fast att de ”principiella utgångspunkterna proportionalitet och ekvivalens är sunda och bör fortsätta att vara grundläggande för det straffrättsliga systemet”.⁶ Det kan tyckas stödja mitt antagande att proportionalitetsprincipen (i den ovan beskrivna snäva meningen) står sig stark. Något som däremot kan tyckas tala emot samma antagande är innehållet i den nyligen presenterade utredningen Ett ändamålsenligt samhällsskydd (SOU 2024:48). Utredningens förslag kan också förefalla ge exempel

⁵ Christie, ”Nyklassismens skjulte budskap”, Heckscher (red.), *Straff och rättfärdighet: ny nordisk debatt 1980*, s. 130 ff.

⁶ Dir. 2023:115, s. 7.

på en kvalitativ förändring i den ovan beskrivna meningen; ett delvis nytt ideologiskt innehåll i straffrättspolitik.

Själva namnet på betänkandet tycks förebåda en paradigmatiske förändring. Orden "ändamål" och "sammhällsskydd" ger intryck av att åter väcka till liv den typ av framåtblickande instrumentella skäl i påföljdsbestämningen som reformpolitiken mot slutet av 1900-talet sade sig göra rent hus med. I utredningen lämnas en lång rad förslag i enlighet med direktiven, t.ex. nya regler om förverkande av villkorligt medgiven frihet (som utredningen ställer sig bakom) och kriminalisering av rymning (som utredningen inte ställer sig bakom). Paradnumret bland förslagen får dock sägas vara den nya påföljden "säkerhetsstraff" (ett förslag som utredningen också ställer sig bakom). Påföljden är tidsobestämd och utsträckningen i tiden ska delvis vara beroende av en bedömning av återfallsrisk. Med andra ord gör påföljden betänkliga avkall på principen att straffet ska svara mot gärningens allvar — vilket utredningen är öppen med.⁷ Men när man granskar betänkandet närmare känns det plötsligt ganska överdrivet att tala om ett paradigmatiskt skifte. Snarare framstår säkerhetsstraffet som ett undantag som — på ett närmast övertydligt sätt — bekräftar regeln om straff i proportion till brottets allvar.

För det första handlar det om hur påföljden paketeras och benämns. Man kan nämligen säga att säkerhetsstraffet på vissa sätt förhåller sig tjänande till samma proportionalitetsprincip som det ska vara ett avsteg från. Påföljden förutsätter som ett första steg att man måste komma över en förhållandevis hög tröskel som sätts av brottslighetens allvar. Det ska vara fråga om ett straffvärde på fyra respektive sex års fängelse beroende på om påföljden aktualiseras av graverande återfall eller flerbrottslighet.⁸ Brottsligheten ska därutöver rikta sig mot annans liv,

⁷ Man kan också argumentera för att påföljden skär sig med det fokus på brottsoffret som beskrivs som ledstjärnan för den samtida straffrättspolitik. Som Asp har påtalat så "ligger ett brottsofferperspektiv inbyggt i bedömningen av en gärnings straffvärde" SvJT 2016, s. 157. Om brottet riktar sig mot ett brottsoffer handlar ju den bakåtblickande straffvärdebedömningen om att uppskatta den kränkning, skada och fara som gärningen inneburit av offrets intressen. Graden av ingripande svarar därmed mot den grad av upprättelse som offret kan anses förtjäna. När påföljden i stället bestäms på grundval av preventiva intressen som uppskattad återfallsrisk och farlighet går denna koppling förlorad. Att som regeringen, genom det ovan nämnda slagordet, på samma gång vilja framhålla "brottsoffer och samhällsskydd" kan från den synpunkten tyckas motsägelsefullt.

⁸ Det ska dock sägas att gränsen om ett straffvärde på sex år i flerbrottsfallet inte tas upp uttryckligen i lagtexten (där det i mer allmänna ordalag talas om upprepad brottslighet "som sammantaget är synnerligen allvarlig") utan anges som en utgångspunkt i författningskommentaren. Se SOU 2024:48, s. 72, 425 och 978. Rekvisiten för det föreslagna säkerhetsstraffet kan jämföras med rekvisiten för den tidsobestämda påföljden internering som i delvis olika former var i kraft mellan 1927 och 1981. Se prop. 1980/81:76, s. 37 ff. Vid tiden för dess avskaffande var en förutsättning för att döma till internering att det begångna brottet (eller något av flera begångna brott) hade ett straff^{maximum} på två år eller mer. Också beträffande internering begränsades alltså påföljdens tillämpningsområde av ett ingångskrav som bestämdes av brottslighetens allvar. Även med förbehållet att straffnivån var lägre när det begav sig får dock sägas att ribban för att dömas till internering var väsentligt mycket lägre än ribban för att tillämpa det föreslagna säkerhetsstraffet.

hälsa, frihet eller frid. Vidare ges påföljden ett slags prägel av ett proportionellt fastställt fängelsestraff eftersom en minimitid som svarar mot straffvärdet (eller straffmättningsvärdet), liksom ett maximistraff alltid ska bestämmas. Därutöver får de prövningar av återfallsrisk som i olika skeden kan utöva inflytande på påföljdens längd anses vara satta i en stram gramma. Den initiala riskbedömning som aktualiserar påföljden lägger — sett till den språkliga utformningen — ribban högt. Bedömningen sker i två steg: *dels* ska det finnas en påtaglig risk för återfall i allvarlig brottslighet av samma slag, *dels* ska ett tidsbestämt fängelsestraff eller andra åtgärder inte anses tillräckliga för att tillgodose behovet av samhällsskydd.⁹ Vid minimitidens utgång sker återigen en prövning av återfallsrisk när det kommer till frågan om tillstånd till s.k. villkorad utslussning ska beviljas. Rekvisitet för att sedan efter maximitidens utgång — som det är tänkt, i undantagsfall — aktualisera tidsbestämtheten genom att förlänga maximistraffet med högst tre år i taget, ger uttryck för ett synnerligen kvalificerat kriterium. För att en sådan förlängning ska vara aktuell ska det vara ”oundgängligen påkallat för att tillgodose behovet av samhällsskydd”.¹⁰ Benämningen av påföljden som ett ”straff” (liksom böter och fängelse), snarare än en ”övrig påföljd” (liksom de s.k. frivårds- och överlämnandepåföljderna), kan även anses signalera att det inte handlar om ett instrumentellt ingrepp, utan om en proportionell reaktion som den domde gjort sig förtjänt av.

Vad beträffar säkerhetsstraffets karaktär av undantag som bekräftar regeln kan *för det andra* framhållas det tänkta faktiska tillämpningsområdet — vilket förstås hänger ihop med de höga trösklarna för att påföljden skulle komma i fråga. I många fall då den nya påföljden skulle kunna vara tillämplig aktualiseras i stället livstids fängelse eller rättspsykiatrisk vård — påföljdsval som enligt förslaget ska ha företräde. Säkerhetsstraffet är alltså tänkt att tillämpas i de fall som blir kvar — dvs. fall som inte kvalificerar sig för någon av de påföljderna, men samtidigt dels är av ett tillräckligt allvar, dels omfattas av rekvisitet om påtaglig återfallsrisk. Enligt utredningens beräkningar handlar det om omkring 45 fall per år men siffran förväntas bli lägre i takt med att individer inkapaciteras.¹¹ Här kan en jämförelse göras just med rättspsykiatrisk

Medan en stöld av normalgraden var en tillräcklig förutsättning för att aktualisera internering, ska det föreslagna säkerhetsstraffet förutsätta jämförelsevis mycket allvarlig brottslighet.

⁹ Se SOU 2024:48, s. 72.

¹⁰ SOU 2024:48, s. 74. Det är nog få som avundas de domare som har att göra den grannlaga bedömningen.

¹¹ Se SOU 2024:48, s. 875. Man kan naturligtvis diskutera om tillämpningsområdet för påföljden inte riskerar att bli större. Det är förstås inte givet hur domstolar kommer att tillämpa de olika rekvisiten som tar sikte på återfallsrisk (dels som ingångsvärde för att aktualisera påföljden, dels i samband med frågan om villkorad utslussning, dels slutligen som en förutsättning för förlängning av maximitiden). Det kan tänkas finnas en risk att domstolar, i större utsträckning än det är tänkt, tar det säkra före det osäkra. Det vore i så fall inte annat än mänskligt när domare på detta sätt ges verktygen och ansvaret att bestämma påföljd på preventiv grund. Chansen är

vård med särskild utskrivningsprövning (31 kap. 3 § brottsbalken). Det är ju en redan existerande påföljd där tiden för verkställigheten kan vara beroende av återfallsrisk.¹² År 2023 dömdes 253 personer till den påföljden — dvs. fem till sex gånger så många personer som beräknas bli föremål för säkerhetsstraffet.¹³ Att årligen ytterligare 45 (eller färre) personer — som annars hade dömts till mångåriga fängelsestraff — kan komma att sitta frihetsberövade på delvis obestämd tid kan alla gånger problematiseras från principiell synpunkt, men det är nog inte tillräckligt för att undergräva själva principen. Snarare vill jag alltså hävda att det är ett undantag som — genom sitt snäva tillämpningsområde — bekräftar regeln om straff i proportion till brottslighetens allvar.

Jag kan som sagt ha alldeles fel men jag upplever alltså att det bakåtblickande proportionalitetstänkandet fortfarande har ett starkt inflytande och att det nog även kommer att förbli så.

Relativ proportionalitet

Frågan hur principen om proportionalitet klarar sig kan som sagt besvaras på olika sätt. Svaret bör nog bli ett annat än det under föregående rubrik om vi på ett lite mer renlärt sätt associerar principen med klandervärdhet. Man kan ju förvänta sig att ingripandet ska spegla inte endast gärningens allvar enligt den straffskala som har satts av lagstiftaren utan att det även ska svara mot *en mer allmän moralisk värdering*. Och en sådan förväntan bör man nog ha. Släpper man helt på det kravet kommer det förr eller senare till en punkt då systemet kollapsar (mindre dramatiskt kan man säga att systemet förlorar sin karaktär av system, men det är ju samma sak).

När lagstiftaren skärper straffskalor och inför nya generella straffskärpningsgrunder av mer instrumentella skäl kan spänningar och skevheter uppstå i systemet. Eftersom den uppskattning av brottets svårhet som ligger till grund för rangordningen och spridningen av straffskalorna som huvudregel bygger på skillnader i klandervärdhet, kan

nog liten att den domare som väljer att *inte* tillämpa påföljden på en individ som *inte* återfaller i brott skulle få beröm för detta. Däremot framstår det inte som osannolikt att en domare som gör samma val i fråga om en lagöverträdare som i stället återfaller riskerar att bli föremål för kritik och avkrävas ansvar i det allmänna och mediala samtalet. Vidare kan man nog vänta sig att påföljden, om den träder i kraft, i framtiden kan bli tillämplig i fler fall på grund av högre gemensamma straffvärden till följd av skärpta straffskalor och nya regler om straffmätning vid flerfaldig brottslighet.

¹² Vid prövningen om vård med särskild utskrivningsprövning ska upphöra ska enligt 16 § lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård bl.a. beaktas att det inte längre till följd av den psykiska störningen finns risk för att patienten återfaller i brottslighet av allvarligt slag. Det kan vidare tilläggas att den straffvärdemässiga tröskeln för att döma till rättspsykiatrisk vård är betydligt lägre än för säkerhetsstraffet — det räcker att straffvärdet eller straffmättningsvärdet är på fängelsenivå (jfr 31 kap. 3 § första stycket brottsbalken). En skillnad är förstås att en bedömning av återfallsrisk såvitt avser säkerhetsstraffet skulle göras redan vid domstillfället. Jfr SOU 2024:48, s. 441 f.

¹³ Kriminalstatistik Brå 2023. Personer lagförda för brott: Slutlig statistik, s. 21.

den relativa proportionaliteten i systemet utmanas av den typen av lagstiftningsåtgärder. Ett annat sätt att uttrycka samma sak är att straffen inte rimmar med principen om ekvivalens — jämförelsevis lika svåra brott ges inte lika stränga straff.

Jag har i andra sammanhang beskrivit det så att brottets svårhet kan förstås på två olika sätt: antingen utifrån en bakåtblickande rationalitet som tar sikte på *förtjänst*, eller en framåtblickande rationalitet som snarare tar sikte på *behov*.¹⁴ När det gäller många straffskalor (och generella regler för straffskärpning och strafflindring) överlappar de två betydelseerna av svårhet varandra, men i vissa fall — rätt eller fel — ges den framåtblickande rationaliteten ett större genomslag som gör att straffet blir strängare än vad det annars hade blivit. Medan den bakåtblickande värderingen av brottets svårhet handlar om klandervärdhet kan den framåtblickande värderingen grunda sig i olika typer av instrumentella skäl. Dessa skäl behöver inte alltid vara uttalade eller knappt ens helt medvetna från lagstiftarens sida, men om det hela ska hänga ihop logiskt kan det hur som helst anses att sådana skäl behöver presumeras. Det kan handla om ett uppfattat behov av att motverka brottslighet genom att åstadkomma olika allmän- eller individualpreventiva effekter — som moralbildning/avskräckning eller rehabilitering/inkapacitering. Det kan också handla om ett särskilt behov av att skicka olika signaler; att kommunicera klander eller att ge brottsoffer upprättelse (som alltså ges genomslag utan hänsyn till koherensen i systemet).

Ett tacksamt exempel på straffskärpningar som på det beskrivna sättet grundar sig i instrumentella skäl är det abstrakta straffvärdet för grovt vapenbrott. Straffminimum har i tre etapper under tio års tid ökat med inte mindre än 700 procent — från sex månader till fyra år.¹⁵ Minimum ligger alltså tre år över minimum för grovt vållande till annans död och två år och sex månader över minimum för grov misshandel.¹⁶ Om vi ser efter i lagboken tycks det alltså ge ett strängare straff att förvara en pistol hemma under kudden än att skjuta någon i benet med samma pistol.¹⁷ Skälet till denna enastående uppskrivning av det abstrakta straffvärdet kan inte gärna vara att vi på kort tid har kommit att värdera vapenbrott helt annorlunda från klandervärdhetssynpunkt. Skälet är naturligtvis att straffskärpningarna har ansetts svara mot ett samhälleligt behov. Den nya straffskalan är tänkt att göra kriminaliseringen till ett slags proaktiv åtgärd för att motverka ett aktuellt problem. Det ses som angeläget att avskräcka från att befatta sig med vapen, och framförallt bedöms det finnas ett behov av att — genom

¹⁴ Se Holmgren, *Straffvärde — som rättslig konstruktion* 2021, s. 131 ff. och 241 ff.

¹⁵ Se prop. 2013/14:226, prop. 2017/18:26 och prop. 2023/24:33.

¹⁶ Jfr 3 kap. 6 § första stycket och 7 § andra stycket brottsbalken.

¹⁷ För att vapenbrottet ska bedömas som grovt är det tillräckligt att vapnet bedöms vara av särskilt farlig beskaffenhet vilket innefattar en ordinär pistol eller revolver. Se 9 kap. 1 a § första stycket 3 och tredje stycket vapenlagen (1996:69) och prop. 2019/20:200, s. 27.

häktning och fängelsestraff — inkapacitera individer som är benägna att befatta sig med vapen.¹⁸

Med förbehållet att klandervärdhet handlar om en subjektiv värdering, går det att hitta andra exempel på sådana avvikelser där de flesta betraktare nog skulle säga att straffets relativa stränghet inte ligger i linje med en uppfattad klandervärdhet. Det borde framstå som uppenbart att straffskärpningar som på detta sätt inte respekterar systemkoherensen kan leda till resultat som kan ses som orättvisa.¹⁹ När straff i mindre utsträckning svarar mot vad vi tycker är klandervärdt harmonierar det också som regel illa med regeringens uttalade ambitioner att ge brottsoffret större plats. Klandervärdhet är i stor utsträckning en fråga om närheten till en kränkning av individuella intressen; en kort förklaring till att vi har svårt att värdera vapenbrott i paritet med brott mot liv och hälsa är att det förra är ett offerlöst s.k. handlingsbrott.

Men även om skevheter tycks bli några fler kanske vi inte ska överdriva problemet. De flesta straffsystem härbärgerar nog denna typ av anomalier — i svensk rätt har narkotikabrotten under lång tid stuckit ut i samma avseende. I västerländska kriminaliseringssammanhang har mycket länge — i princip sedan medeltiden — gjorts åtskillnad mellan gärningar som är orätta i sig (*mala in se*) och gärningar som är orätta eftersom det följer av lagen (*mala prohibita*).²⁰ Det hela fungerar uppenbarligen trots att vi måste tolerera en del sådana undantag och det är nog ändå en bit kvar tills systemet imploderar. Och så länge den straffrättsliga reaktionen kopplar till gärningar som ligger i det förflutna är straffet från en synpunkt rättfärdigt; man straffas trots allt för vad man gör och inte för vem man är. En gärning med tillhörande straffskala som grundar sig i sådana instrumentella skäl går att läsa sig till i lagboken och straffet är i den meningen lika förutsebart som ett straff som i större utsträckning fastställs på grundval av klandervärdhet.

Man kan faktiskt tolka utvecklingen mot fler skevheter av det beskrivna slaget som att lagstiftaren visar att hen respekterar intresset av proportionalitet — men då i den ovan beskrivna snäva meningen.²¹ Som framgått väljer alltså lagstiftaren att låta den instrumentella rationaliteten flyta in i straffskalor och andra regler för straffmätning och gör därmed visst våld på den interna koherensen i systemet. Metaforiskt kan sägas att lagstiftaren kryssar mot vinden. Systemet knakar och kränger när den relativa proportionaliteten utmanas. Men lagstiftaren är beredd att betala det priset — det är av allt att döma bättre än att styra skutan i en annan riktning. För där finns ju verkligen en alternativ

¹⁸ För ett mer utvecklat resonemang på samma tema, se Holmgren 2021, s. 267 ff. Det ska nämnas att vid tiden för den texten var straffminimum för grovt vapenbrott fängelse i två år och den senaste skärpningen till fyra år låg ännu i framtiden.

¹⁹ För några ytterligare exempel på straffskalor och straffskärpningsgrunder som kan anses avvika på detta sätt, se Holmgren 2021, s. 242 ff. och 302 ff.

²⁰ Se t.ex. Notes: The Distinction between 'Mala prohibita' and 'Mala in se' in Criminal Law". Columbia Law vol. 30, No. 1 (January 1930), s. 74–86.

²¹ Se ovan under föregående rubrik.

kurs: nämligen att rikta blicken mot *gärningspersonen* snarare än gärningen. En annan väg att gå när det t.ex. gäller det grova vapenbrottet — som nog inte på samma tydliga sätt skulle ha inverkat på systemkoherensen som den generella ändring som den drastiska skärpningen av straffskalan innebär — hade kunnat vara att låta ingripandegraden av den straffrättsliga reaktionen påverkas av huruvida vapen innehåller av farliga personer (t.ex. nätverkskriminella) eller av mindre farliga personer. Domstolen skulle ju också kunna ges lite friare händer när det gäller att göra den bedömningen. Det skulle sannolikt göra tillämpningen mer träffsäker och effektiv, men tveklöst också mer orättvis och oförutsebar.

Mål och medel; tro och vetande

Så här avslutningsvis skulle vi som utlovat kunna försöka oss på att besvara frågan hur principen om proportionalitet klarar sig på ett tredje sätt. Det får som sagt bli ett svar som bygger på ett medvetet missförstånd. Valet att missförstå syftar inte till att provocera eller att uppnå en komisk effekt. Snarare handlar det om att kunna belysa något som möjligen är av större egentlig betydelse än olika tolkningar av den straffrättsliga proportionalitetsprincipen och vissa skevheter i straffsystemet. Jag tänker på den kvantitativa sidan av straffrättspolitiken som beskrevs inledningsvis; de skärpta straffen, den ökande straffmassan, den stigande repressionsnivån eller vad man föredrar att kalla fenomenet.

En naturlig tolkning av frågan ”Hur klarar sig principen om proportionalitet?” är att den tar sikte på den sorts bakåtblickande proportionalitet som har diskuterats ovan. När det talas om ”proportionalitet” i rättsliga sammanhang åsyftas dock ofta en annan allmän rättsprincip än grundsatsen att det ska råda överensstämmelse mellan brottets svårhet och straffets stränghet. Proportionalitet betyder då i stället att det ska råda balans mellan mål och medel — vilket förstås är något helt annat. Denna mer framåtblickande proportionalitetsprincip är nog många läsare av texten bekanta med. Det är en regel som ställer krav på olika typer av offentlig maktutövning; både när den yttrar sig i lagstiftning (se t.ex. 2 kap. 21 § regeringsformen eller artikel 5.4 i fördraget om Europeiska unionen) och i rättstillämpning (se t.ex. 5 § tredje stycket förvaltningslagen (2017:900) eller 24 kap. 1 § tredje stycket rättegångsbalken). Principen har dock aldrig haft en särskilt stark ställning på det straffrättsliga området, vilket nog beror på att den där skulle riskera att komma i konflikt med andra intressen. Sammanfattningsvis finns ju en stark förväntan att den straffrättsliga reaktionen inte endast ska vara ändamålsenlig utan också *rättvis*, vilket just den andra proportionalitetsprincipen — den bakåtblickande — syftar till att garantera.

Som jag har diskuterat i andra sammanhang borde det dock inte finnas några hinder mot att intresset av framåtblickande proportionalitet kan användas som en måttstock när vi granskar *helheten*, dvs. den

generella straffnivån.²² Till äventyrs kan man rentav påstå att det vore en smula inkonsekvent om vi inte gjorde det. Straffrätten sanktionerar ett slags institutionaliserad våldsanvändning. Mindre drastiskt kan man säga att det straffrättsliga ingripandet — på samma sätt som (men ofta mer påtagligt än) annan offentlig maktutövning — innebär ett intrång i individuella intressen; en inskränkning av individuella fri- och rättigheter. Vidare måste straffsystemet rimligen anses befordra vissa ändamål — vare sig det handlar om att motverka brottslighet eller att ge upprättelse åt brottsoffer. Utan att gå in på för mycket detaljer kan sägas att en prövning av framåtblickande proportionalitet till att börja med kräver att dessa *mål identifieras*. Därefter underkastas den åtgärd (dvs. här straff på en viss nivå) som syftar till att realisera målen en prövning i tre steg. För att en åtgärd ska vara proportionell ska den sett till dessa syften för det första bedömas som *lämplig* — dvs. den ska överhuvudtaget främja ändamålen och för det andra ska den anses *nödvändig* — dvs. ändamålen ska inte kunna nås med mindre ingripande åtgärder. Slutligen ska åtgärden bedömas som *rimlig* mot bakgrund av det ingrepp som den innebär.

Frågan om rimlighet är utpräglat normativ — här är utfallet i princip endast beroende av hur man värderar de intressen som står mot varandra. De föregående två prövningarna är däremot i större utsträckning kopplade till ett faktiskt verklighetsunderlag. Kort sagt handlar det om frågor som ”vad fungerar?” och ”vad fungerar bäst?”. På grund av den förda politiken behöver Kriminalvården, enligt sin senaste prognos, under en tioårsperiod tredubbla antalet platser på anstalter och häkten.²³ Vad är det egentligen vi vill uppnå med en sådan höjning av straffnivån? Och är den lämplig, nödvändig och rimlig? Man kan naturligtvis ha olika åsikter och landa i olika slutsatser. Det kan nog också vara svårt att ge definitiva svar, men det kan inte vara fel att ställa frågorna. Men kanske är det fåfängt att förvänta sig att lagstiftaren är beredd att vare sig ställa frågorna eller försöka leverera några svar. Den korta förklaringen till det är nog i så fall att det är skillnad på straffrätt och annan offentlig maktutövning.

Vi lever i en positivistisk tid där allt möjligt ska mätas, evidensprövas och effektiviseras. Så förhåller det sig inte minst beträffande olika typer av offentlig verksamhet. Det finns en förväntan att skattemedel ska användas på ett ansvarsfullt och ändamålsenligt sätt; varje förslösad skattekrona är som bekant en stöld från folket. Bland alla politikområden verkar dock dessa krav inte riktigt gälla straffrättspolitik; den förefaller i mycket begränsad utsträckning vara ”kunskapsbaserad”, som det nuförtiden heter. Som förståsigpåare och representant för akademien i dessa sammanhang är det nog lätt att framstå som lite arrogant och verklighetsfrånvärd. Det finns, som nämndes inlednings-

²² Se Holmgren 2021, s. 212 ff. och Holmgren, SvJT 2022, s. 819–829.

²³ Se Kriminalvårdens kapacitetsrapport 2024–2033, KV 2023-14991, 2023-12-15, s. 4 och 49.

vis, skäl att vara ödmjuk inför att straffrättsliga lagstiftningsåtgärder ofta vidtas i den ärliga ambitionen att bemöta reella samhällsproblem och att människor i allmänhet nog kan uppfatta denna hantering av problemen som rätt och riktig. Samtidigt går det inte att bortse från att så fort det handlar om brott och straff verkar en egen uppsättning regler gälla. Då är det plötsligt inget konstigt att reformer som både kan kosta mycket pengar och innebära betydligt mänskligt lidande genomdrivs under åberopande av ett slags magiskt tänkande. Som motivering kan det räcka med en förhoppning om vissa diffust definierade effekter. Det empiriska stödet för framgång är i bästa fall undermåligt och i värsta fall obefintligt. En förklaring till detta närmast irrationella lättsinne är att straffrättspolitiken inte är vilket politikområde som helst. Verksamheten låter sig inte riktigt passas in i den enkla mallen ”medel som syftar till vissa mål”. Snarare utmärker den sig — och måste nog utmärka sig — genom att delvis vara ett självändamål. Straffrätten fyller inte endast mätbara instrumentella syften utan är också normer för normernas egen skull; ett slags tillämpad moralfilosofi och en berättelse om vilka vi är. Ett liknande sätt att förklara saken — som driver det lite längre — är att straffrätten svarar mot vissa närmast religiösa behov i samhället. Det kan framstå lite som att diskursen om brott och straff fyller ett tomrum och utgör en tillflyktsort i en annars avförtrollad och genomrationell tillvaro; en kollektiv replipunkt där ett slags metafysik fortfarande är accepterad.

Det var nu länge sedan teologerna löste konflikten mellan tro och vetande genom att hänvisa till att de representerar olika slags sanningar. Tron och vetandet är ju inte ömsesidigt uteslutande men har heller inget att lära varandra. Kanske är det så enkelt att de andliga behoven är särskilt uttalade idag. Och om nu straffrättspolitik i viss mån handlar om tro så ligger det i sakens natur att förnuft och vetenskap i samma mån måste vara satta på undantag.²⁴

²⁴ Jfr Borgeke, SvJT 2023, s. 885 f., som träffande beskriver den s.k. ”behandlings-tanken” som något förenklat kan sägas ha varit förhärskande under delar av 1900-talet, just som en ”tro”. Genom det nyklassiska tänkandet och idén om en s.k. defensiv straffrättspolitik kom denna ideologiska överbyggnad att ersättas av ett annat slags tro — eller som man också kan se det: såvitt avser straffrätten, ett slags trolöshet eller sekularisering — som kan sammanfattas med ”det kloka i en restriktiv användning av straffrätten”. Denna ”defensiva tro” (eller frånvaro av tro) var emellertid inte tillräcklig för ”den politiker som vill visa handlingskraft i det kortare perspektivet” — och kom därför att ersättas av ytterligare en annan sorts tro på preventiva effekter.