

Ett påföljdssystemet där en återfallsbrottsling inte döms till strängare straff saknar trovärdighet!*

*Av Per Ole Träskman, professor emeritus,
Lunds Universitet*

Abstract

A very important legal revision of the Swedish criminal law was carried out in 1969: the new provisions concerning sentencing were adopted and have been the basis for the determination of proper sanctioning ever since. The punishment and other sanctions for an offence shall be determined according to the »penal value« of the offence – which requires a just proportionality between the offence and the sanction. Divergence is, however, allowed in some cases, and one of these cases is recidivism: recidivism must be punished more harshly.

The same opinion has been repeated in many official documents since then, with a strong emphasis on the notion that a criminal sanctioning system has no reliability if a recidivist isn't punished more harshly. This opinion might initially seem completely unproblematic, but the question is why it is so, how it has become so, and if it is really the right solution. The article examines whether it is accurate to say that a criminal sanctioning system where a recidivist isn't punished more harshly lacks reliability.

The article provides a historical context and an analysis of how the opinion that a recidivist shall be punished more harshly can be justified on the basis of different ideologies. The historical review shows that the opposite opinion, i.e., that a recidivist deserves a more lenient punishment, has also been presented. It is quite easy to defend the opposite opinion on the bases of both individual and general prevention theories. But can it be justified on the basis of just desert theory? In Sweden it is officially justified with reference to »a tolerance principle«. The first offence can be partially tolerated and punishment can therefore be more lenient than the theory of proportionality requires.

Is this in accordance with the general sense of justice? The article refers to three Swedish studies that arrive at different conclusions. The most recent study

* Title in English: »A criminal sanctioning system in which a recidivist isn't given a more severe punishment lacks reliability.«

concludes that »public sentiment« does not come across as sufficiently homogeneous, on its own, to legitimize a system where repeat offenders are systematically and consistently punished more severely than offenders with no previous convictions«.

Indledning

1969 genomfördes i Sverige en principiellt och praktiskt mycket betydande reform av strafflagstiftningen: då infördes i brottsbalken de bestämmelser som sedan dess har lagt hela grunden för påföljdsbestämningen (se NTfK 2000, s. 136-153). I propositionen som låg till grund för de nya bestämmelserna lanserades och accentuerades begreppet »straffvärde« som systemets hörnsten. Straff och andra påföljder för brott skulle utdömas så att de svarade mot brottets straffvärde. Det skulle finnas proportionalitet mellan den brottsliga gärningen och de påföljder som dömdes ut. Men i vissa fall skulle man avvika från grundsystemet. Ett av dessa undantagsfall var det då det handlade om återfall i brott. Återfall skulle bestraffas strängare.

I propositionen till de nya bestämmelserna (prop. 1987/88:120) anförde departementschefen att det vid påföljdsbestämningen måste finnas möjlighet att beakta att den tilltalade tidigare har gjort sig skyldig till brott. Grunden till detta var att en sådan ordning torde »*av en bred allmänhet uppfattas som naturlig och riktig« och »att det är av väsentlig betydelse för tilltron till påföljdssystemet att återfall kan beaktas vid påföljdsbestämningen«.*

Samma uppfattning har utan undantag kommit till uttryck i senare lagstiftningsinitiativ. I direktiven till Påföljdsutredningen (Dir 2009:60) konstaterades att tidigare brottslighet tillmäts betydelse vid påföljdsvalet *för att det genom en skärpt reaktion ska kunna markeras att upprepad brottslighet är allvarligare än enstaka brott*. Detta var en utgångspunkt som man inte skulle rubba. I utredningens förslag, »Nya påföljder« bekräftades sedan detta genom påståendet att »trovärdigheten i påföljdssystemet kräver att den som återfaller i brott döms till en mer ingripande påföljd än den som är tidigare ostraffad, men samtidigt måste återfallsregleringen vara sådan att den inte kraftigt ökar antalet intagna i våra anstalter« (Nya påföljder. En kort presentation av Påföljdsutredningens förslag, s. 15).

I propositionen om strängare straff särskilt för våldsbrott återkommer samma fras: »För påföljdssystemets trovärdighet är det av väsentlig betydelse att återfall i brott beaktas vid påföljdsbestämningen. Samhället måste genom en skärpt reaktion vid återfall kunna markera att upprepad brottslighet är allvarligare än enstaka brott« (prop. 2009/10:147, s. 32). Betydelsen av att reagera hårt mot möjligt åter-

fall betonas också i direktiven till en utredning om villkorlig frigivning, där det redan i ingressen slogs fast att utredningens uppgift var att »i syfte att stärka möjligheterna att förebygga och förhindra återfall i allvarlig brottslighet, överväga och föreslå ändringar i systemet med villkorlig frigivning« (Direktiv 2016:28). Utgångspunkten var särskilt att den nya regleringen ska träffa fall där det bedöms finnas hög risk för återfall i allvarliga våldsbrott, allvarliga sexualbrott eller allvarliga brott som begås som ett led i organiserad brottslighet.

Alla dessa uttalanden kan förefalla övertygande och återfallsskärpningen vara en naturlig lösning och helt fri från problem. Som det konstaterades i inledningsanförandet, då frågan om återfall diskuterades vid Nordiska juristmötet år 1987, finns det säkerligen många som anser att svaret på frågan om man bör se allvarigare på återfall än på förstagångsbrott är ganska givet: om någon gör sig skyldig till nytt brott efter att ha lagförts för annat brott, bör det nya brottet bestraffas hårdare (Aspelin & Lundqvist 1987, s. 113).

Men den springande punkten är frågan om varför det är så och hur det har blivit så. Syftet med detta lilla bidrag är att granska riktigheten i det som påstås: är det verkligen så att »ett påföljdssystemet där en återfallsbrottsling inte döms till strängare straff saknar trovärdighet«, med andra ord att systemet är odugligt.

1. En rättshistorisk återblick

År 1894 utgav Ernst Kallenberg (Kallenberg 1894, s. 1) en liten bok, »Om återfall i brott«. Genast i Inledningen konstaterar han följande :

Utan att göra sig skyldig till öfverdrift kan man påstå, att få frågor inom våra dagars straffvetenskap äro föremål för så stor uppmärksamhet som den, hvilken rör återfall i brott. Man behöver ej länge sysselsätta sig med den moderna straffrättslitteraturen för att komma till insigt härom. Begreppet återfall är emelleertid ingalunda af färskt datum. Sedan gammalt har den företeelsen, att brottet i en persons lif icke utgör en enstaka händelse utan synes vara uttryck för en stadigvarande sinnesinriktning, tilldragit sig beaktande, och helt naturligt ej kunnat göra annat. Det ligger nemligen så nära till hands att anse den, som mer än en gång brutit emot samhällets lagar, farligare än den, som första 1894, s. 21 gången i handlingen ådagalägger en mot rätten fiendtlig vilja ; med föreställningen härom följer ock större stränghet vid bestraffandet af den förre.

Som stöd för sin uppfattning hänvisade Kallenberg bl.a. till ett »meddelande« vid Internationella kriminalistiska föreningens tredje mötet i Kristiania år 1891. Enligt detta hade man beräknat att i »vårt land« (alltså Sverige) »af 100 för straffbara handlingar i allmänhet dömde omkring 40 återfalla i brott« (Kallenberg 1894, s. 3) Detta var allvarligt och krävde en kriminalpolitisk lösning och den kunde man finna i en *indivualpreventiv straffteori*. »Då straffet har till uppgift att af den

brottslige göra en laglydig samhällsmedlem, bevisar hvarje återfall, att det fullföljda syftet icke nåtts» (Kallenberg 1894, s. 4). Det var därför dags att byta spår. Straffet skulle inte längre som tidigare ses *som en reaktion emot den brottsliga handlingen*, utan som *en reaktion mot förbrytaren* (Kallenberg 1894, s. 21).

Ernst Kallenberg och hans bok om återfall var inte en ensam svala som snabbt flög förbi i den kriminapolitiska debatten på 1800-talet. Flera kända tyska straffrättsforskare gav också sin syn på frågan beträffande återfallets betydelse. I sin lärobok om straffrättens allmänna läror nämner Jaakko Forsman följande forskare: Mittermaier, Köstlin, Geyer, och Berner m.fl. (Forsman 1930, s. 576-587). För Sveriges del beskrivs debatten om återfall på 1800-talet på följande sätt av Dag Victor:

Att den återupprepede 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 en isolerad formell företeelse utan betraktades snarare som en följd av olika straffrätts-teoretiska uppfattningar (Victor 1976, s. 249-262).

Att det finns olika straffrättsteoretiska uppfattningar är väl känt och att dessa också får en stor betydelse för synen på återfall är uppenbart. Det handlar om en mycket omdiskuterad fråga med stora meningsskiljaktigheter och flera skilda uppfattningar om varför återfall förutsätter ett strängare straff. I verkligheten är inte heller uppfattningen att återfall ska bestraffas strängare allena rådande. En grupp straffrättsdogmatiker och vissa kriminologer anser tvärt emot att återfall inte borde medföra ett strängare straff, utan till och med medföra ett lindrigare straff än det för det första brottet. Denna aspekt tas bl.a. upp av Christian Reinhold Köstlin i hans monumentala lärobok »System des Deutschen Strafrechts: allgemeiner Theil« (Köstlin 1855). Rättsteoretiskt motiveras detta med att en dömd person genom att utstå sitt straff har försonat sitt första brott. Det borde därför vara uttraderat och inte längre kunna beaktas senare. Det förhöjda straffet för återfall innebär alltså en bestraffning av ett redan tidigare bestraffat brott – en form för dubbel bestraffning. Grunden för en kriminologiskt motiverad uppfattning om att återfall inte ska vara en skärpningsgrund är enkelt sagt att ett frihets-

straff ofta förslappar viljekraften och förmågan att motstå frestelser. En frigiven fånge har ofta svårigheter att finna sin utkomst och drivs därigenom lätt till nya brott (Forsman 1930, s. 579-581).

Men den dominerande uppfattningen har varit och är att återfall ska bestraffas strängare. Detta är allmänt accepterat och har genomslagskraft på flera faser under lagföringen och straffverkställigheten. Detta bör uppfattas som problematiskt. Återfall beaktas av domstolen som ett skäl för strängare straff och av kriminalvårdsmyndigheterna eller frivårdsmyndigheterna som ett skäl för strängare straffverkställighet. Därtill kommer de faktiska konsekvenserna av återfallet i form av besvärligare social återetablering (Kyvsgaard 1995, s. 110-136) Av rättsliga och faktiska orsaker kan återfall i brott utvecklas till en »dödsspiral« som inte kan stoppas. Men strängare straff för återfall accepteras allmänt, också om det motiveras på flera olika sätt.

2. Straffteorier och skäl för att återfall ska bedömas allvarligare

Det kriminalvetenskapliga intresset för återfall sammanhänge – särskilt under slutet av 1800-talet med ett paradigmskifte från en klassisk straffrätt till en »modern« teori, som betonade samhällsskydd samt individuell vård och behandling. Att motivera kravet på strängare straff för återfall är enkelt när man utgår från att straffet ska ha en individualpreventiv verkan (Träskman 1999, s. 200-217; Durling 2005, s. 86-114; SOU 2012:34, s. 149-151). I detta fall utgår man från att en strängare påföljd behövs på grund av att det tidigare straffet visade sig vara alltför lindrigt. Återfallet är ju ett bevis för att brottslingen behöver mer behandling och vård. Om man betonar straffets verkan som individuell avskräckning kan man åter motivera det strängare straffet med att det tidigare straffet inte utgjorde en tillräcklig tillrättavisning och varning -ett strängare straff, en skarpare varning krävs alltså. Man kan också hänvisa till straffets inkapaciterande effekt: medan ett frihetsstraffet verkställs är möjligheterna att begå nya brott begränsade.

Argumentationen förändras när man i stället utgår från en straffteori som betonar allmän preventionen. Hur straffets allmänpreventiva verkan uppstår och vad som utmärker denna är omdiskuterat, och det finns flera uppfattningar om detta. Detta framgår redan av Johs. Andenæs klassiska artikel »General Prevention – Illusion or Reality« från år 1952 (Andenæs 1952, s. 175-198. Mycket förenklat kan skälen för återfallsskärpningen med stöd i allmänpreventiva teorier beskrivas på följande sätt: Vad som betonas är att man genom strängare straff önskar avhålla människor i allmänhet från att begå brott. Att en person som tidigare har straffats begår nytt brott kan då uppfattas som ett tecken på hans asociala inställning. Då straffrättens uppgift består i att avhålla människor – alla människor i allmän-

het – från att begå brott och utveckla en liknande asocial attityd är en sträng markering genom en strängare straff nödvändig. Den strängare påföljden är en signal särskilt till andra som möjligen kan begå brott – eller begå nya brott – att avhålla sig från detta.

Med stöd i allmänpreventiva teorier, särskilt dem som betonar den positiva allmänpreventionen, kan strängare straff vid återfall också motiveras med att ett strängare straff är nödvändigt för att befästa allmän moral och förstärka den moraliska uppfattningen om straffsystemets förmåga att slå vakt om dess nödvändiga legitimitet.

Då man övergår till »just desert-teorierna«, alltså de teorier som betonar kravet på ett rättvist straff i proportion till brottets allvar, blir argumenteringen svårare. Gemensamt för dessa teorier är alltså att straffet motiveras med att de alltid ska vara en rättvis reaktion på brottet. Men förklaringarna av varför ett strängare straff efter återfall än för det första brottet är rättvist varierar. I en del fall hänvisar man 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 element av skulden. Återfall visar vilken fasthet och styrka brottslingens »onda vilja« (förstått som manifesterad olydnad/manifesterad brist på självkontroll) har – och denna onda vilja utvisar hur stor hans skuld är. Genom att återfalla i brott har brottslingen bevisat att han fortfarande är ohörsam mot samhällets krav och detta visar på en stor skuld. Straffet ska alltid återspegla skuldens storlek och därför förutsätts en strängare påföljd (Träskman 1999, s. 207).

En annan förklaring har helt andra grunder. I detta fall utgår man från att straffet för en förstagångslagöverträdare i verkligheten är lindrigare än vad brottets straffvärde förutsätter. Det är först vid en bestraffning av en återfallsförbrytare som man utdömer ett straff som står i rättvis proportionalitet till brottet. I rättskipningen tillåter man sig ett visst överseende mot en person som första gången begår ett brott, men mot återfallsbrottslingen finns det inte någon anledning att vara förstående och ursäktande. En återfallsbrottsling förtjänar inte en rätt att åtnjuta misskund.

Då man studerar uttalandena i svenska förarbeten som förespråkar strängare straff vid återfall finner man varierande förklaringar. Inkapaciteringstanken och samhällsskyddstanken kommer till uttryck i några av formuleringarna. I direktiven för utredningen »En översyn av påföljdssystemet« sägs bl.a. följande (Direktiv 2009:60 samt kritiskt von Hofer 2011 s. 238-246): »Fängelsestraffet är en nödvändig och central del av påföljdssystemet för att detta ska vara trovärdigt. Användning av straff får dock aldrig göras mer ingripande än vad som krävs med

hänsyn till syftet med åtgärden. Fängelsestraffet fyller också en funktion genom att motverka ny brottslighet så länge det verkställs.«

Den vanligaste motiveringen – som återkommer med små variationer också i citatet ur direktiven ovan – är att straffskärpningen är nödvändig för att skapa och upprätthålla tilltro till straffsystemet: För påföljdssystemets trovärdighet är det av väsentlig betydelse att återfall i brott beaktas vid påföljdsbestämningen. Samhället måste genom en skärpt reaktion vid återfall kunna markera att upprepad brottslighet är allvarligare än enstaka brott (Prop. 2009/10:147, s. 32). Samtidigt beklagar man denna nödvändighet och försöker modifiera den genom att fastslå att detta inte får leda till ett alltför strängt straffsystem: Det betonas att användningen av straff aldrig får göras mer ingripande än vad som krävs med hänsyn till straffets syfte (Direktiv 2009/10:147). Återfallsregleringen måste vara sådan att den inte kraftigt ökar antalet intagna i kriminalvårdsanstalterna (SOU 2012:34, s. 14-15). Det handlar alltså om en balansgång mellan »ovillkorliga krav« på strängare straff för att skapa tilltro och ett alltför strängt straffsystem.

Grundtanken om ett straffsystem som bygger på teorin om rättvis proportionalitet uppger man inte till förmån för preventionsteorier eller samhällsskydd. I Påföljdsutredningen betänkande fastslås följande grundläggande riktlinjer: (1) Påföljdssystemet måste präglas av rättvisa, tydlighet och konsekvens, (2) Straff ska dömas ut efter brottets allvar, (3) Lika allvarliga fall ska behandlas lika, (4) Återfall i brott ska alltid innebära en mer ingripande påföljd, och (5) Systemet ska vara humant och ta till vara de möjligheter som finns att verka brottsavhållande (SOU 2012:34, s. 8).

Svårigheten blir härvid att förankra återfallsskärpningen i en straffteori som bygger på »just desert«. Påföljdsutredningen väljer förklaringen om att straffet för förstagångsförbrytaren i praktiken är lindrigare än vad brottets straffvärde egentligen förutsätter. Man väljer en privilegieringsmodell som bygger på en tolerans-teori:

Detta synsätt innebär att det bör finnas en viss förståelse för att mänsklig svaghet kan leda till att man någon gång begår brott och att det därför finns skäl att visa tolerans den första gången eller de första gångerna någon gör sig skyldig till brott. Det kan alltså sägas vara insikten om att det är mänskligt att ibland fela som ger utrymme för en viss tolerans. Att det är befogat att visa tolerans bygger i sin tur på utgångspunkten att den som döms för brott är kapabel att ta till sig det klander som domen uttrycker. Klandret behöver inte omedelbart uttryckas i form av ett fängelsestraff i enlighet med brottslighetens straffvärde, utan den eller de första gångerna någon döms för brott bör denne ges en chans att visa att han eller hon har förstått det kommunicerade klandret. Den grundläggande tanken bakom detta är ett antagande om att gärningsmannen ska kunna behandlas som en moraliskt ansvarig person. I praktiken innebär denna s.k. tolerans-teori att det

första gången någon döms för brott som bör föranleda en strängare påföljd än böter finns anledning att visa tolerans och tillgripa en lindrig påföljd. Om den dömda därefter återfaller i brott finns det fortfarande skäl att vara tolerant, men inte i samma utsträckning som förra gången. Det är då motiverat att döma ut en påföljd som är mer ingripande än den som valdes första gången, men som fortfarande innebär en privilegiering i förhållande till ett fängelsestraff i enlighet med brottslighetens straffvärde. Efter flera återfall finns det inte längre utrymme för att visa tolerans, utan ett fängelsestraff i enlighet med brottslighetens straffvärde (med beaktande av eventuella billighetsskäl) bör dömas ut (SOU 2012:34 s. 264).

En sådan toleransteori kan med fördel väljas som en kriminalpolitisk ledstjärna. Frågan är om den verkligen har kommit till uttryck i gällande straffrätt och om den också är allmänt accepterad av det som kallas »det allmänna rättsmedvetandet«. Att tilltron till straffsystemet förutsätter att en återfallsbrottsling bestraffas strängare betyder ju egentligen att det allmänna rättsmedvetandet förutsätter detta. Detta kan inte förbigås i denna granskning.

3. »Det allmänna rättsmedvetandet«

Uttrycket (begreppet) »det allmänna rättsmedvetandet« kan förstås på olika sätt. Man kan göra en tydlig skillnad mellan det *reduktionistiska* synsättet och det *holistiska* synsättet (Träskman 2015 s. 428-441; Dag Victor 1982 s. 151-168). Den diskussionen ska inte tas upp i denna artikel, utan här refereras bara till det reduktionistiska synsättet – det är det som numera är det dominerande. Med det förstås inte annat än »att ett tillräckligt stort antal enskilda individer [...] rent faktiskt har likartade attityder i »rättsliga« frågor«. Begreppet har alltså en empirisk bestämning som möjliggör bearbetning med statistisk metod efter intervju- eller enkätundersökningar.

Det har ofta riktats berättigad kritik mot att utvärdera rättsmedvetandet genom olika empiriska undersökningar. Den grundläggande kritiken gäller att det inte går att finna det allmänna rättsmedvetandet genom att undersöka några enskilda individers inställning. Dessa undersökningar gäller bara en del av rättssystemet, d.v.s. rättsmedvetandet kan inte reagera på alla frågor, och uppfattningarna i svaren skiljer sig ofta så mycket att det är svårt att tala om detta som »allmänt«. Detta förhindrar en adekvat teoribildning genom att resultatet ger en splittrad och sammanhangslös bild av verkligheten. Det är också svårt att på ett riktigt sätt utforma och tolka enkät- och intervjuundersökningar. Frågorna måste vara klara och kortfattade, svaren entydiga och behandlingsbara med statistiska metoder. Mer komplicerade frågor blir därmed svåra att undersöka. Det reduktionistiska allmänna rättsmedvetandet kan därmed inte styra politiken, utan det kan i bästa

fall högst utgöra en del av det underlag som juridiska beslut bygger på (Träskman 2015 s. 430-432).

Här nöjer jag mig med att se på ett antal resultat av vad det allmänna rättsmedvetandet kan förutsätta när det gäller straffskärpning vid återfall från undersökningar i Norden.

Den första undersökningen är en som Brottsförebyggande rådet i Sverige (BRÅ) gjorde med en slutrapport 1996 (Axberger 1996). En av uppgifterna i undersökningen för intervjupersonerna var att ta ställning till påståendet »Återfallsbrottslingar skall bestraffas strängare än förstagångsbrottslingar«. Respondenten fick välja om de instämde fullständigt, delvis eller inte alls. Andelen som svarade »instämmer fullständigt« var hos allmänheten 83 % och hos domarna 85 %. Av domarna trodde 95 % att den överväldigande majoriteten av allmänheten skulle instämma fullständigt med påståendet. Mellan allmänheten och domarna förelåg alltså en ganska enhetlig uppfattning. Men domarna trodde trots allt att påståendet hade en starkare förankring i det allmänna rättsmedvetandet än vad som egentligen var fallet. Av dessa resultat drar man i undersökningen slutsatsen att det allmänna rättsmedvetandet fäster en avgörande vikt vid återfallet som en straffskärpande omständighet.

Ett annat resultat kommer Ulla Bondeson fram till i en undersökning angående det allmänna rättsmedvetandet bland befolkningen i Malmö, utförd 1975 (Bondesson 1976, s. 315-317). En fråga löd: »Antag att två personer har begått samma brott och att det är av allvarligt slag. Den ene, Andersson, har tidigare inte blivit dömd för något brott, medan den andre, Nilsson, tidigare är straffad. Den ene får sex mån. fängelse medan den andre får 1 års fängelse. Vilket straff tror Ni att domaren ger Andersson respektive Nilsson?«

Av dem som tog ställning till frågan svarade 87 % att Andersson får 6 månader och Nilsson 1 år, medan 0 % gav det omvända svaret. På följdfrågan om varför så skulle ske svarade de flesta att Nilsson tidigare var straffad och att rättspraxis är sådan. Efter detta följde frågan »Om Ni hade varit domare i detta fall, hur hade Ni då velat döma?«. På detta svarade 41 % att Nilsson skulle få det strängare straffet, ingen valde det omvända förhållandet. Men 45 % av respondenterna angav att båda skulle få samma straff. På frågan varför domen skulle se ut så svarade många att lika straff skulle föreligga för lika brott och att det skulle råda likhet inför lagen. Straffskärpningen som tillämpas i gällande rätt betraktades alltså som rimlig endast av en minoritet av allmänheten trots att denna i stor utsträckning kände till gällande rätt. Enligt Ulla Bondeson borde det inte finnas någon grund för att åberopa det allmänna rättsmedvetandet för att legitimera en straffskärpning vid recidiv.

Den senaste undersökningen är en studie genomförd av Kristina Jerre, presenterad 2016 (Jerre 2016 s. 78-95). Undersökningen genomfördes 2009 genom en enkät till 3 000 personer, av vilka dock bara 35 % svarade. Men gruppen svarande bedömdes som representativt mot befolkningen i allmänhet. I studien presenterades vinjetter av sex olika brottsfall. Deltagarna ombads att från en lista ange vad de ansåg vara lämplig påföljd i respektive fall. De ombads också att specificera hur omfattande påföljderna borde vara. De brottstyper som enkäten gällde var bl.a. relationsvåld, narkotikasmuggling butiksran, våldtäkt och gatuvåld. Det gjordes en skillnad mellan icke tidigare dömd gärningsman och tidigare dömd gärningsman.

Resultatet av undersökningen kan kort sammanfattas på följande sätt: det finns inte något signifikant stöd för att en person som återfaller i brott ska straffas strängare än första gångs förbrytaren. Kristina Jerre avslutar sin artikel med följande konstaterande (Jerre 2016 s. 92):

Allmänheten inställning till återfallsstraff är alltså mycket mer nyanserad än att den kan sammanfattas i ett enkelt »för« eller »emot«. Därför bör inte heller en politisk debatt om återfallsstraffets vara eller inte vara endast handla om ett »för« eller »emot« utan också omfattas av resonemang om *varför* en viss påföljdprincip är mer rimlig än annan. I den allmänna debatten har frågan om *varför* (indirekt) besvarats med olika hänvisningar till vikt av stödet från det allmänna rättsmedvetandet. För att kunna ge ett någorlunda välinformerat stöd (vilket bör vara mer värt än ett mindre informerat stöd) för de förslag som läggs och de beslut som tas på kriminal- och straffrättspolitikens område måste dock allmänheten också ges en möjlighet att forma en informerad inställning i frågan. När det sedan är dags att ta reda på vilka inställningar som ryms inom det allmänna rättsmedvetandet bör detta göras på ett sådant sätt att allmänheten får utrymme att ge uttryck för dessa inställningar på ett meningsfullt sätt.

Det är vanskligt att dra några säkra slutsatser med stöd olika enkät- och intervjuundersökningar om det allmänna rättsmedvetandet. De två första undersökningarna som citeras ovan visar inte upp samma resultat och den tredje undersökningen, som är den mest nyanserade, understöder mer uppfattningen att det allmänna rättsmedvetandet inte kan användas som ett argument för straffskärpning vid recidiv. Men samtidigt betonas i studien att det krävs mera forskning för att bekräfta resultatet. Vad skillnaderna beror på är svårt att avgöra. Det kan vara fråga om tillfälliga opinioner, det skiljer nästan 40 år mellan undersökningarna. Bondessons fråga om hur respondenten själv skulle döma ger en förenklad bild av problematiken. Svaret blir antingen »svart eller vitt«, då alternativet till att döma till det dubbla straffet är att båda brottslingarna döms till samma straff. När 41 % av respondenterna angav ett alternativ och 45 % angav ett annat är det

också svårt att påstå att någon ståndpunkt skulle vara förenlig med det »allmänna« rättsmedvetandet. Kristina Jerres undersökning är den mest avancerade och det ligger närmast till hands att acceptera hennes konklusion: *det finns inte något på forskning baserat stöd för påståendet att ett påföljdssystem, där en återfallsbrottsling inte döms till strängare straff, saknar trovärdighet!*

Mer generellt kan man fastslå att det inte finns goda skäl för att utforma kriminalpolitiken med stöd av »det allmänna rättsmedvetandet«. Tapio Lappi-Seppälä har bl.a.konstaterat följande (Lappi-Seppälä 2001):

Due to its increasing importance, public opinion needs to be analysed in much more detail. Such an examination would reveal that the concept of 'punitive public opinion' turns out to be much more problematic and nuanced than usually assumed. This is largely due to poor research design of regular public opinion polls. [...] Putting this all together: the way public appetite for punishment is presented portrays a far too onesided and much too punitive picture of people's true views and feelings. Carefully designed studies show that public opinion is much more complex and nuanced than is generally assumed. Many people have sophisticated views about punishment; many are ambivalent about the appropriate response to offending. Whilst the majority think that the courts are generally too soft, majorities also tend to recognize that prison is expensive and damaging.

4. Konklusion

Men återfallsbrott bestraffas och ska enligt lag straffas strängare. De nordiska strafflagarna har i detta fall samma utgångspunkt och budskap. I Sverige, som denna artikel fokuserar på, är bestämmelsen om återfallets betydelse vid påföljdsbestämning entydig (Brottsbalken 29 kap. 4 §): »Vid straffmätningen ska rätten, utöver brottets straffvärde, i skärpande riktning ta hänsyn till om den tilltalade tidigare gjort sig skyldig till brott, om inte förhållandet beaktas genom påföljdsvalet eller i tillräcklig utsträckning genom förverkande av villkorligt medgiven frihet. Vid denna bedömning ska särskilt beaktas vilken omfattning den tidigare brottsligheten haft, vilken tid som förflutit mellan brotten samt om den tidigare och den nya brottsligheten är likartade eller brottsligheten i båda fallen är särskilt allvarlig«.

På motsvarande sätt förutsätter den finska strafflagen strängare straff vid återfall. En bestämmelse i strafflagens 6 kap. 5 § innehåller fem grunder för straffskärpning (planmässighet, organiserad brottslighet, belöning, rasistiska motiv och tidigare brottslighet). Av dessa är tidigare brottslighet viktigast och den väger tyngst. För att den tidigare brottsligheten ska påverka straffvärdet för det nya brottet måste det endera finnas likheter mellan det gamla och det nya brottet eller

så måste förhållandet mellan det gamla brottet och det nya visa uppenbar likgiltighet för förbud och påbud i lag (Frände 2012 s. 381).

I Danmark fanns tidigare i strafflagen en regel om att straffet kunde förhöjas med upp till det dubbla i fall då den anklagade hade begått brottet »yrkesmässigt eller vanemässigt«. Sedan regeln avskaffades 1961 finns inte någon motsvarande generell regel. Men i flera fall finns specialbestämmelser som tillåter eller påbjuder en förhöjning av straffmaximum vid återfall (Toftegaard Nielsen 2005 s. 86). Men återfall tillmäts fortfarande en stor generell betydelse: »Det har dog stadig stor betydning, om det er tale om en førstegangskriminel eller en tilbagefaldsforbryder. Det gælder ved fastsættelsen af *frihedsstraffens længde betinget eller ubetinget straf* og ganske særligt i forbindelse med afgørelsen af, om det skal anvendes (Greve 2002 s.238).

Detta citat visar också på en viss skillnad mellan Danmark å ena sidan och Finland och Sverige å andra sidan. I Danmark handlar återfallsskärpningen i praktiken framför allt om straffbestämningen för ett nytt brott under prövotiden, alltså då den anklagade efter ett första brott tidigare har bestraffats med villkorlig dom (betinget dom). I detta fall är utgångspunkten att återfallet betyder att den anklagade döms till (fängelse)straff både för det första brottet och det nya (eller de) nya brotten. Detta visar på en ganska pragmatisk syn: första gångs brottslingen ska ges en chans att klara sig utan fängelse – om han/hon inte tillvaratar denna chans utan begår ett nytt brott slår fängelsefällan till. – I Finland och Sverige är recidivtänkandet bredare och mer generellt och ideologiskt– det handlar inte bara om valet mellan villkorligt straff och ovillkorligt fängelse utan om påföljdsbestämningen mycket mer generellt.

I den norska strafflagen finns en bestämmelse (77 §) om »skjerpene omstendigheter« och i den uppräknas flera grunder som kan medföra straffskärpning. En av dem är återfall. Brottet »er begået av noen som tidligere er ilagt en strafferetlig reaksjon for liknende handlinger eller andre handlinger som er av betydning for saken«.

Vad kan vi sluta oss till av allt detta. Kanske mest av allt att det är svårt att överge ett gammalt ingrott sätt att tänka och reagera, också om rationella grunder kan tala för det. Vi vill helt enkelt inte tro att återfallsskärpningen kunde avskaffas utan att straffsystemet skulle bli odugligt. Men det kunde man – återfallsskärpningens betydelse för att förebygga återfall är trots allt marginell (Lappi-Seppälä 2001).

Litteratur

- Johs. *Andenæs*: General Prevention – Illusion or Reality. Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 42, Issue 2, s. 175-198.
- Erland *Aspelin* & Axel *Lundqvist*: Synpunkter på återfallets betydelse i straffsystemet
Underlag för gruppdiskussioner under rubriken Återfallsprognos och straffbestämning. Det 31 nordiska juristmötet Helsingfors 19-21. 8. 1987, s. 111-135.
- Hans Gunnar *Axberger*. Det allmänna rättsmedvetandet. BRÅ Rapport 1996:1. Stockholm 1996.
- Ulla *Bondesson*: Allmänhetens inställning till prognostänkande och straffskärpning. NTfK 1976, s.315-317.
- Catharina Sitte *Durling*: Tidigare brottslighet. Om rättsverkningar av återfall i brott. Juridiska institutionen, Stockholms universitet 2005, s. 86-114,
- Direktiv till Påföljdsutredningen* (Dir 2009:60).
- 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. Juridiska studentfakultetens förlagsrörelse 1930,
- Dan *Frände*: Allmän straffrätt. Publikationer från juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet. Fjärde upplagan 2012.
- Vagn *Greve*: Straffene. 2. udgave. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002.
- Hanns von *Hofer*: En översyn av påföljdssystemet (Dir. 2009:60), i Ulrika Andersson m.fl.: Festschrift till Per Ole Träskman. Norstedts Juridik 2011, s. 238 246.
- Kristina *Jerre*: Ska strängare straff dömas ut vid återfall? Allmänhetens inställning till återfallsbrott enligt en nationell vinjetstudie. NTfK 2016 s. 78-95.
- Ernst *Kallenberg*: Om återfall i brott«. Gleerupska Universitets-Bokhandeln, 1894.
- Britta *Kyvsgaard*: Den samhälleliga polariseringen och oskadliggörandet av lagöverträdare. I Dag Victor (red.): Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Norstedts 1995, s. 110-136.
- Christian Reinhold *Köstlin* i hans monumentala lärobok »System des Deutschen Strafrechts: allgemeiner Theil Laupp. 1855.
- Tapio *Lappi-Seppälä*: Crime Prevention and Community Sanctions in Scandinavia. https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No74/No74_06VE_Seppala2.pdf.
Proposition 1987/88:120.
Proposition 2009/10:147.
- SOU 2012 :34*, Nya påföljder. En kort presentation av Påföljdsutredningens förslag.
- Gorm *Toftegaard Nielsen*: Strafferet 2. Sanktionerne. 2. udgave. Christian Ejlers Forlag 2005, s.86.
- Per Ole *Träskman* & Staffan *Vängby* & Tomas *Nilsson* & Lars *Lindström* & Owe *Horned*: 10 år med straffvärdet. NTfK 2000, s. 136-153.
- Per Ole *Träskman*: Om återfall i brott. Svensk Juristtidning 2/99, s 200 – 217.

Per Ole *Träskman*: Skapas det allmänna rättsmedvetandet av att vi är medvetna eller omedvetna? SvJT 2015, s. 428-441.

Dag *Victor*: Återfallsregler i straffrätten. NTfK 1976, s. 249-262.

Dag *Victor*: Rättsmedvetande och straffvärde. Förhandlingarna vid Det tjugonionde nordiska juristmötet i Stockholm 19-21 augusti 1981. Del II. Utgivna av den svenska styrelsen 1982, s. 151-168.