

## Återfallsregler i straffrätten

Av jur. kand. DAG VICTOR, Uppsala

Sverige har i dag (2/4 1976) just genomlevt sin första dag utan uttrycklig återfallsreglering i Brottsbalken (BrB). Genom lag 1975 nr 1395, som trätt i kraft 1/4 1976 har stadgandet i BrB 26:3 om förhöjt straffmaximum vid vissa fall av återfall i brott upphävts, och därmed är BrB utan återfallsregel. Avskaffandet har gått lätt och smärtfritt utan att några meningsmotsättningar yppat sig. Förarbetena till lagändringen återfinns i en i detta hänseende mycket kortfattad departementspromemoria (DsJu 1974:20), där frågan ägnas fem sidor, varav fyra endast berör historik<sup>1)</sup> och gällande rätt. Departementschefen ägnade i propositionen (Prop. 1975/76:42 s. 28) en enda mening åt frågan förutom referat, redogörelser etc. Varken lagrådet eller någon remissinstans hade någon erinran mot att stadgandet upphävdes och riksdagens justitiekammare lät förändringen passera med formuleringen att den inte föranledde „något uttalande från utskottets sida“.

Det formella avskaffandet av återfallsregel i BrB, som åtminstone till synes och för tillfället avskaffat återfallet som rättsdogmatiskt problem för svensk rätt, har alltså varit en högsta grad odramatisk händelse vilket torde ha sin förklaring i att det inte varit fråga om någon avrättning utan snarare en senkommen

<sup>1)</sup> De återfallsregler som fanns före 1942 gällde endast ett begränsat antal brott (i huvudsak de som nu återfinns i 8 kap. BrB). Reglerna var obligatoriska och medförde kraftiga höjningar vid återfall. Efter förslag av straffrättskommittén (SRK) ändrades återfallsreglerna 1942 så att de kom att gälla alla förmögenhetsbrott. Den formellt obligatoriska regeln (SL 4:14) föreskrev att straffet vid återfall skulle bestämmas inom den latitud som gällde för „närmast högre svårhetsgrad“. Såväl nytt maximum som nytt minimum kom alltså att gälla men då straffskalorna överlappade varandra kunde straffet i det konkreta fallet väl ligga inom ramen för den normala skalan. Väsentligt var vidare att man kunde avstå från förhöjning om „särskilda skäl“ talade emot en sådan. (Av SRK:s protokoll (6/5, 13/5 och 8/6 1939) framgår klart att man avsett att skapa en i praktiken fakultativ regel som av speciella tekniska orsaker måste vara formellt obligatorisk. Bedömningen av hur pass stor likhet som skulle krävas mellan de olika förmögenhetsbrotten liksom frågan om återfallspreskription överlämnades exempelvis helt till domstolens skön.)

Nästa mer omfattande ändring av återfallsreglerna skedde vid antagandet av BrB. Återfallsregeln (BrB 26:3) kom nu att gälla samtliga brott i brottsbalken med fängelse i straffskalan. Regeln gjordes även formellt fakultativ och innebar endast att ordinarie maximum höjdes. Endast när detta verkligen överskreds skulle regeln åberopas.

Den lagändring som trädde i kraft 1/4 1976 innebar helt enkelt att BrB 26:3 upphävdes. Försättningsvis skall alltså straffmätningen vid återfall alltid ske inom ordinarie latituder.

dödförklaring. Som framgår av departementspromemorian är det osäkert om BrB 26:3 överhuvudtaget återopats och de „eventuella“ fall den använts i „måste anses ha haft karaktären av mycket extrema undantagsfall“. Domstolarna har regelmässigt hållit sig under ordinarie straffmaximum.

Att BrB kommer att vara utan uttrycklig återfallsregel innebär naturligtvis inte att återfallsproblematiken skulle förlorat sin kriminalpolitiska betydelse. Återfallen har varit, och är, en central problematik i den kriminalpolitiska debatten. Själva påföljdssystemets uppbyggnad, liksom påföljdernas närmare utformning, är i hög grad påverkad av att en av kriminalpolitikens främsta mål är att söka minimera antalet återfall. (Se t. ex. bil. 4, s. 7 i budgetpropositionen, Prop. 1975/76:100). Åtalsregler och processuella regler är likaså utformade så att förekomsten av återfall kan påverka tillämpningen. I samband med återfallens centrala kriminalpolitiska ställning står också att den kriminologiska forskningen till stor del rör frågor som har att göra med återfallsproblematik. Detta gäller inte bara behandlingsforskningen utan också frågor om brottslighetsstruktur m. m. Statistiska centralbyrån har redan en särskild återfallsstatistik och denna planeras att utvidgas och förfinas. Inte heller för domstolarna kommer återfallen att förlora sin betydelse. Dessa är av central betydelse vid påföljdvalet och viktiga även vid straffmätning, och lagändringen kommer inte att påverka detta förhållande. Vad som hänt är således inte att återfallen som empirisk företeelse förlorat sin betydelse vare sig för kriminalpolitiken eller den dömande verksamheten utan endast att återfall upphört att vara en särskild straffrättsdogmatisk kategori.

2. En sådan förändring kan, såsom uppenbarligen skett i Sverige, förefalla rent formell och utan egentlig betydelse. I själva verket är den dock av ganska stort intresse. Straffrättsdogmatiken är inte endast en tom formel utan dess utformning kan vara en ganska god spegel av den kriminalpolitik som förs. När en dogmatisk fråga som en gång varit en av de mest uppmärksammade försvinner från dagordningen kan det vara anledning att fråga sig vad orsakerna till detta är.

Återfallens betydelse i straffrättsligt hänseende är en företeelse man kan spåra långt tillbaka i historien. 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 Hag-

strömers „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.

Även om återfallsregleringen skilde sig ganska markant mellan olika länder ansågs själva återfallsbegreppet ha en viss juridisk innebörd. Återfall förelåg inte vid varje förnyat begående av brott. Det ingick i begreppet, att personen i fråga innan det nya brottet åtminstone befunnits ansvarig och eventuellt genomgått en del av eller hela straffet för en tidigare begången gärning. Enligt många gällde dessutom det kravet att den nya gärningen skulle vara identisk eller likartad med den tidigare begångna. Den straffrättsliga debatten gällde alltså till stor del återfallsbegreppets rätta innebörd och argument av högst skilda slag mobiliserades för de olika ståndpunkterna. Som ett exempel kan nämnas hur Hagströmer (Svensk Straffrätt s. 514 f.) analogiserade från sjukdomar där man inte talade om återfall vid kroniska sjukdomar eller om patienten blivit fullt frisk mellan sjukdomarna och inte heller i det fall att sjukdomen var av helt nytt slag.

Orsaken till återfallsproblematikens centrala position inom dogmatiken sammanhänger med den dåtida straffrättens betoning av straffet som en reaktion på brottet och inte mot brottslingen. Man ansåg det visserligen riktigt och naturligt att återfallsbrottslingen skulle ha ett svårare straff, men samtidigt var det uppenbart att det att gärningsmannen tidigare begått ett brott inte påverkade gärningens objektiva karaktär. Den subjektiva sidan av brottet hade dock också betydelse i detta sammanhang och återfall kunde ses som ett indicium på farligare brottslig vilja vid brottets begående — återfallet kunde utgöra en presumption för det enskilda brottets större straffbarhet eller straffvärde. Detta synsätt var dock ingen självklarhet. Man kunde också anse, att — oberoende av det konkreta brottets subjektiva karaktär — återfallen var farligare för samhället och att de därför krävde en kraftigare reaktion. I stället för att se återfallet som ett indicium på brottets subjektiva karaktär såg man återfallet som en objektiv omständighet som i så mån var egenartad att den inte hänförde sig till själva den brottsliga gärningen.

Oavsett vilken ståndpunkt man intog ledde den härskande lagstiftningstekniken, med dess betoning av de brottsliga handlingarnas objektiva sida och dess fixerade straff eller relativt

begränsade strafflatituder, till att det framstod som nödvändigt att behandla återfallen genom särskild reglering. De olika lagstiftningstekniska lösningarna och de teoretiska motiveringarna för dessa kunde variera starkt. Debatten var ytterst livlig och berörde flera frågor, t. ex. om hur långt den rättsliga reaktionen på ett äldre brott skulle ha gått för att ett nytt brott skulle bli återfallsgrundande, om vilken likhet som skulle krävas mellan det gamla brottet och det nya och om hur återfallspreskriptionen skulle behandlas. Uppfattningarna skiftade givetvis också om hur stark återfallets inverkan skulle vara på den straffrättsliga reaktionen. Det förelåg inte ens fullständig enighet om att det skulle vara en straffhöjande omständighet. Flera författare avvisade med skiftande motiveringer att behandla återfall strängare. (Jmfr t. ex. Lagus s. 16 f.)

Den kriminalpolitiska utvecklingen under slutet av 1800-talet och början av 1900-talet, som förenklat uttryckt kan sägas ha inneburit att intresset försköts från brottet till brottslingen, gjorde att återfallsdebatten antog en ny karaktär. Medan intresset tidigare hade varit inriktat på de dogmatiska konstruktionerna, kom det nu alltmer att gälla påföljdssystemets utformning. Rena behandlingssynpunkter gjorde sig gällande, och särskilda påföljder bl. a. för återfallsklientelet tillkom (se t. ex. SOU 1923:36 och 1937:3 om internering samt Thyréns Förberedande utkast till Strafflag, Speciella delen III s. 32 f. och SOU 1923:9 s. 43 f. om egentliga återfallsregler). Inom doktrinen var särskilt Stjernberg aktiv (se hans Straffrättsliga studier, 1928, och Kriminalpolitik, 1935). Något häftigt brott är det dock inte fråga om. Det är lätt att konstatera hur den äldre återfallsdebatten influerat exempelvis 1927 års lag om internering. En återfallskonstruktion med krav på lagakraftvunnen dom och vissa krav på verkställighet finns i lagen liksom också regler om återfallspreskription. Symptomatiskt är också att lagen i lagboken placerades i omedelbar anslutning till det centrala återfallsstadgandet i SL 4:14.

En annan utveckling medförde att återfallsproblematiken även i ett annat hänseende kom i ett nytt läge. Under 1800-talet började man i allt större utsträckning att frånga de s.k. bestämda strafflagarna och i stället införa ett latitudsystem. Utvecklingen accelererade ytterligare under 1900-talet. Straffskalorna blev efter hand allt vidare. Att återfallet var en omständighet till vilken hänsyn fick tas inom straffskalan var hela tiden oomtvistat. Det är då självfallet att särskilda regler om återfall blev av allt mindre betydelse ju vidare straffskalorna blev. Utvecklingen ledde till att återfallsproblematiken från att ha varit ett dogmatiskt problem alltmer blev en fråga om påföljdsval och om straffmätning.

3. Någon automatisk koppling mellan olika straffrättsteorier och behandling av återfallsbrottslighet finns inte. Absoluta och relativa teorier, vedergällning, allmänprevention och individualprevention; i samtliga fall kan man tänka sig såväl att återfallet inte skall ha någon betydelse som att det skall påverka domslutet och argumentation kan framföras för påverkan i såväl mildrande som skärpande riktning. Avgörande är förutom de närmare utformningarna av teorierna (om straffets eller straffsystemets ändamål etc) också vilken uppfattning man har om straffets faktiska verkningar i olika hänseenden.

Trots detta tror jag det kan vara värt att nämna något om sambandet mellan olika straffrättsteorier och återfallsproblematiken. En rationell reglering av denna kräver nämligen att systemet på något sätt fotas i en klar teoretisk grundsyn.

Framställningen blir, med hänsyn till ämnets svårighetsgrad och utrymmets begränsning, grovt förenklad men kan kanske ändå försvara sin plats som underlag för diskussion.

Om man omfattar en *absolut straffteori* är det långt ifrån självklart att återfallen överhuvudtaget skall ha någon betydelse för straffrättsskipningen. Det ligger nära till hands att anse att brottslingen genom straffet *sonat* sitt lagbrott och att detta därför inte skall påverka senare lagföring. *Vedergällningstankegångar*, i sin tur, är ofta så starkt knutna till brottets objektiva sida att återfallets skärpande verkan även då kan framstå som tveksam. I den mån man anser att återfallet ändå skall inverka är det naturligt att man menar att detta skall ske enligt fasta och klara regler.

Utifrån *allmänpreventiva* utgångspunkter skulle det kunna hävdas att återfallsproblematiken inte var särskilt central. Vad man skulle ha anledning att inrikta sig på är medborgarna i allmänhet medan återfallsproblematiken ändå endast rör en liten grupp. Åtminstone enligt teorin om straffsystemets *moralbildande* verkan och om man utgår från vikten av att upprätthålla respekten för rättssystemet i stort så torde det dock vara naturligt att se allvarligare på återfallen än de enstaka förbrytelseerna. Återfallet skulle på ett annat sätt än det enstaka brottet manifesteras en brist på respekt för strafflagen som normsystem och denna bristande respekt skulle vara något som krävde förhöjt straff. Då de allmänpreventiva effekterna till stor del är en kommunikationsfråga, skulle även här krävas uttryckliga och klara regler.

För de *individualpreventiva* riktningarna (jag bortser från idéer om oskadliggörande och individuell avskräckning) kan knappast fasta återfallsregler, som vid absoluta eller allmänpreventiva teorier, framstå som något i sig önskvärt. Återfallet kan tjäna som en indikation på ett behandlingsbehov men någon

nödvändig relation mellan återfall och behandlingsbehov finns inte. Oavsett om återfall föreligger så bör man ha möjlighet att välja mellan olika påföljder och vid straffmätning ha stor frihet att öka eller minska straffet beroende på det enskilda fallet. I och för sig skulle man kunna tänka sig ett individualpreventivt motiverat påföljdsystem som i „beteendeterapeutisk anda“ inriktade sig mer eller mindre exklusivt på yttringarna, symptomen, av avvikelsen, dvs själva lagbrottet, och där „värden“ anpassades till ett „statistiskt“ vårdbehov istället för ett individuellt. I ett sådant system är det fullt tänkbart att uttryckliga återfallsregler skulle vara väl motiverade.

Om vi bortser från att man av en eller annan anledning anser att återfall inte skall påverka handhavandet av straffrättssystemet så förefaller det som om ett avstående från uttryckliga regler snarast skulle vara förbundet med individualpreventiva uppfattningar. Det kan då förefalla märkligt att det definitiva avskaffandet sker vid en tidpunkt då behandlingsideologins klang och jubeldagar upphört och allmänpreventiva uppfattningar och absoluta straffteorier alltmer gör sig gällande.

4. Såväl att en återfallsregel funnits kvar så länge som att den nu utan diskussion avskaffas förefaller inte grunda sig på teoretiska överväganden utan snarare vara en följd av en allmän fördröjningsmekanism inom lagstiftningen. Av SRK:s protokoll (vilka förvaras på Riksarkivet) framgår att Strahl redan i början av arbetet, 1937, menade att de särskilda återfallsreglerna kunde tas bort. Att så inte skedde verkar snarast bero på SRK:s allmänt försiktiga konservativa hållning. Så långt som till att avskaffa bestämmelserna ville man inte gå men enighet rådde om att reglerna inte skulle vara så rigorösa och speciella som tidigare.

Inom SRK uppfattade man inte heller återfallsreglerna som den centrala regleringen av återfall. I ett inom SRK 1940 upprättat PM skriver sekreteraren Nils Beckman: „Enligt 1734 års lag (- - -) skulle en tjuv för första resan erhålla visst bötes- eller spöstraff, för andra resan strängare bötes- eller spöstraff men för högre resa varda hängd. Häri ligger en enkel och klar återfallstanke, som i gångna tider torde ha motsvarat det praktiska livets krav. Återfallstanken i nu gällande rätt är i själva verket lika enkel men icke lika klart uttalad. En tjuv får för första resan villkorlig dom (= övervakning i frihet), för andra resan visst frihetsstraff men för högre resor kan han interneras på obestämd tid. Här skall icke diskuteras i vad mån denna tankegång närmar sig idealet utan blott framhållas att den såsom representerande nuvarande tids ståndpunkt bort komma till uttryck i nu stiftade återfallsbestämmelser. Så har emellertid icke kunnat ske med hänsyn till att internering och villkorlig dom icke ingå i det all-

männa straffsystemet utan utgöra speciella straffsystem med egna återfallsregler.“

SRK såg alltså det på individualpreventiva grunder uppbyggda påföljdssystemet som det centrala i „återfallstanken i nu gällande rätt“. En viktig orsak till att man ändå behöll en särskild återfallsregel var att man ansåg den vara av vikt för straffmätningen i allmänhet, alltså även i de fall när någon särskild skala ej användes. När departementschefen i propositionen avvisar ett i ett remissyttrande framlagt förslag att låta särskilda återfallsbestämmelser utgå så är hans enda motivering att det att „lämna domstolarna helt utan vägledning i denna viktiga straffmättningsfråga synes icke gärna kunna ifrågakomma“ (NJA II 1942 s. 229). Detta synsätt var naturligt med hänsyn till att 1942 års regel (SL 4:14) inte torde ha haft mycket större praktisk betydelse än regeln i BrB 26:3. I departementspromemorian (s. 43) synes man visserligen utgå från att det först skulle vara efter BrB:s ikraftträdande som domstolarna regelmässigt hade hållit sig inom de ordinarie straffskalorna. Grunden för denna förmodan synes vara att SL 4:14 i motsats till BrB 26:3 citerats i ett stort antal domar. SL 4:14 skulle dock ofta citeras när ordinarie maximum ej överskreds. Redan i en promemoria, upprättad i april 1951 i Strafflagberedningen (SLB) av sekreteraren Carl Holmberg frågar denne också, om det förekommer „att domstol f.n. vid återfall bestämmer straffet för ett enstaka brott över maximum i den normala skalan“ och tillägger: „Det förefaller ytterst osannolikt“. En annan fråga är om straffmätningen i övrigt påverkats av att SL 4:14 byttes ut mot BrB 26:3. I det fallet är det mycket osäkrare, vad svaret är. Den i departementspromemorian åberopade straffmättningsundersökningen av Grönvall (DsJu 1973:8) kan knappast ge underlag för någon egentlig slutsats (se s. 72 f.).

Den individualpreventiva synen på återfallsregleringen visar sig också i att SRK (efter överläggningar med SLB) i sitt slutbetänkande säger att frågan om återfall i första hand ankommer på SLB — m a o i första hand hör till påföljdssystemet (SOU 1953:14 s. 112). SLB lägger också utpräglat individualpreventiva aspekter på återfallsregeln. Det väsentliga menar man vara „att öppna möjlighet för domstolarna att välja lämplig påföljd“. Det är då inte möjligt att föreskriva obligatorisk straffhöjning för „det är icke säkert att bästa sättet att komma tillrätta med brottslingens asocialitet är att ådöma ett förhöjt straff“. Återfallet är endast „ett indicium på att det ingripande som gjorts misslyckats, när det gällt att förhindra fortsatt brottslighet“ (SOU 1953:17 s. 141 f.).

Med denna infallsvinkel är det naturligt att straffmättningsproblematiken träder i förgrunden. Detta är inte platsen att när-

mare gå in på detta komplicerade problem, men det måste framhållas att SLB ansåg att straffmätningen kunde och skulle fylla en individualpreventiv uppgift och att högre straff åtminstone i många fall var effektiva. Några närmare direktiv ville man dock inte lämna. „Hur straffet skall utmätas inom de gränser som förslaget sätter överlämnas helt till domstolen att avgöra.“ (a.a. s. 144).

I detta hänseende framstår SLB som helt omodern. Den moderna behandlingsforskningen har entydigt visat att höjda straff inte har någon positiv individualpreventiv effekt.

5. Låt oss slutligen se något närmare på motiveringarna till den aktuella svenska lagändringen. Departementschefens enda egna kommentar är att ändringen „bör uppfattas som en ytterligare markering av den kriminalpolitiska inriktning som jag tidigare förordat, nämligen att söka inte bara minska användningen av frihetsberövande påföljder utan även i görligaste mån avkorta längden av de frihetsberövanden som ändå anses oundvikliga.“ Då, som departementschefen själv konstaterar, bestämmelsen „i praktiken redan torde förlorat all betydelse“ på så sätt att ordinarie straffmaximum inte överskrides, förefaller det rimligt att tolka hans uttalande som ett påpekande att ändringen innebär, att återfall framgent skall ha minskad betydelse även vid normal straffmätning. Detta borde också vara en naturlig följd av ändringen. Jag erinrar om det ovan citerade departementschefsuttalandet från 1942. Nämnas kan också att det i brottsbalkskommentaren (del III, 2:a uppl., s. 39) sägs att BrB 26:3 är en „erinran om att brotts egenskap att utgöra återfall är en omständighet som bör beaktas vid straffmätningen, även där det inte finns skäl att överskrida det i straffbudet utsatta straffmaximum.“

Men även om man accepterar denna tolkning av departementschefens uttalande så är det uppenbarligen föga ägnat att utgöra någon egentlig vägledning för rättstillämpningen.

Att normal straffmätning i huvudsak bestäms av, och skall bestämmas av, det konkreta brottets svårhet, vari då ingår avsikten med brottet och andra subjektiva omständigheter hos gärningsmannen vid brottet överhuvud, är ställt utom all tvivel. Det anses dock att stadgandet i BrB 1:7, att rätten vid påföljdsval skall, „med iakttagande av vad som kräves för att upprätthålla allmän laglydnad, fästa särskilt avseende vid att påföljden skall vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället“, i viss mån skall tjäna till vägledning även vid straffmätningen. (Jmfr NJA II 1962 s. 45). Främjandet av de *praktiska syftemål* som talas om i 1:7 kan kräva att även andra omständigheter än sådana som är hänförliga till brottet bör beaktas vid straffmätning.

gen. Återfall är traditionellt den faktor av denna typ som haft störst betydelse i sammanhanget. I departementspromemorian anknötes uttryckligen till 1:7 och det är helt klart att man förutsätter att återfall även fortsättningsvis skall kunna påverka straffmätningen med hänsyn till allmänpreventiva eller individualpreventiva synpunkter. Beträffande de allmänpreventiva aspekterna utgår promemorian uttryckligen från att dessa kan påkalla straffskärpningar men man påpekar att ordinarie skala visat sig tillräcklig i detta hänseende. Hur promemorieförfattarna tänkt sig att återfall skulle inverka på straffmätningen ur individualpreventiva aspekter är oklarare. Utan att utesluta en viss straffskärpning som möjlig, synes man snarast antyda, att „rabatt“ skulle kunna inträda.

Jämför vi nu vad som sägs i promemorian med förhållandena innan lagändringen finner vi att situationen beträffande de individualpreventiva aspekterna knappast förändrats. SLB utgick visserligen helt klart från att straffskärpning skulle kunna bli aktuell i betydligt större utsträckning än vad promemorieförfattarna menar. Men såväl enligt äldre som nyare lag är det de *faktiska* behandlingseffekterna som skall vara avgörande varför i princip, med hänsyn till vad vi vet om effekterna av längre frihetsberövanden, redan äldre lag uteslöt straffskärpning trots SLB:s uppfattning om den individualpreventiva effekten. Vad åter angår de allmänpreventiva aspekterna så finner vi att medan dessa av SLB ansågs vara helt underordnade så uppfattas straffskärpning på dessa grunder snarast som en självfallenhet av promemorieförfattarna. Med en lätt illvillig tolkning skulle man alltså kunna hävda att läget efter lagändringen, tvärt emot vad departementschefen utgått från, snarast är att återfall i större utsträckning än tidigare skulle inverka straffskärpande. Helt utan illvilja kan man fastslå att rättstillämpningen innan lagändringen i extremt hög grad lämnats utan vägledning av lag och förarbeten angående återfalls inverkan på påföljden men att situationen efter lagändringen är om möjligt ännu sämre.

Det må kanske vara som promemorieförfattarna hävder att syftena bakom 26:3 inte längre har „någon giltighet“ utan står „i direkt strid med gällande kriminalpolitiska värderingar“ (vilket med synbarligt gillande citeras av departementschefen) men det kan rimligen inte vara så att „gällande kriminalpolitiska värderingar“ innefattar att man skall famla i blindo beträffande återfallens betydelse i straffprocessen.

Den enda riktigt substansiella motiveringen till stadgandets avskaffande som anförs är att det inte fyller någon praktisk funktion. (Man får då bortse från dess vägledande effekt för straffmätningen.) Om man skall avskaffa en sådan betydelselös

regel förefaller det ganska rimligt att lagstiftaren frågar sig om man är betjänt av en annorlunda reglering. Jag kan inte se annat än att det skulle vara ytterligt värdefullt med en klaggörande reglering i det gungfly som återfallets betydelse utgör såväl i samband med påföljdsval som vid straffmätning. Det är väl naivt att tro att domstolarna utan ledning skulle kunna komma fram till en enhetlig syn på den för så många meningsbrytningar utsatta återfallsproblematiken. För att få någon genomslagskraft lär de „gällande kriminalpolitiska värderingarna“ behöva manifesteras på annat sätt än genom slopande av bestämmelser „som i praktiken redan torde ha förlorat all betydelse“. En återfallsreglering kan användas för vilka kriminalpolitiska mål som helst. Att på det sätt som nu sker i svensk rätt lämna frågan utan reglering, med kryptiska och motsägande motivuttalanden från skilda tider i bakgrunden, är dock inte uttryck för någon kriminalpolitisk målsättning utan antyder snarast brist på sådan även om det inte finns anledning att betvivla att departementschefen uppriktigt velat att lagändringen skall ses som „ytterligare en markering av“ en kriminalpolitisk inriktning att avkorta längden av frihetsberövanden. Vad domstolarna kan behöva är dock mindre rapporter om departementschefens allmänna värderingar än *vägledning* i frågor som de objektiva och subjektiva kraven för återfallsskärpning, likhetskrav, svårhetskrav, återfallsprekription och naturligtvis storleken av återfallsskärpning. Att rigorösa regelsystem av 1800-talskaraktär inte är en lämplig form av styrning innebär inte *att all vägledning* är onödig.

Det ovanstående innefattar endast *ett* ställningstagande till den rättspolitiska problematik som återfallsbrottslighetens behandling utgör, nämligen att lagstiftaren genom lagtext och förarbeten bör ta ställning till denna. Redan detta begränsade ställningstagande är dock förenat med en mängd svåra frågeställningar som endast antydningssvis eller inte alls berörts ovan — de rättspolitiska för- och nackdelarna med en sådan reglering, de lagtekniska svårigheterna som är förenade med en reglering och en reglerings förenlighet (eller snarare oförenlighet) med de utgångspunkter som varit vägledande för påföljdsbestämningens reglering i gällande lag. Några mycket kortfattade synpunkter skall här anföras kring dessa frågor.

De rättspolitiska fördelarna med en reglering kan kortfattat sägas vara *att* den kan främja en enhetlig och förutsägbar rättspraxis, d.v.s. stärka rättssäkerheten, *att* det blir lättare att värdera och kritisera lagstiftningen ur kriminalpolitisk synvinkel och rättspraxis ur såväl dogmatisk som kriminalpolitisk synvinkel, d.v.s. att den kriminalpolitiska debatten främjas och slut-

ligen att man bättre tillvaratar de speciella kvalifikationer som domare har som beslutsfattare.

De lagtekniska svårigheterna är naturligtvis betydande. En onyanserad och stelbent reglering kan lätt leda till en rättstillämpning som i enskilda fall upplevs som orättfärdig. Regleringens huvudsyfte bör därför snarare vara att tvinga fram en uttrycklig argumentering om påföljdsbestämningen från advokater, åklagare och domstolar än att hårt låsa rättsutvecklingen i vissa banor. När det gäller hur denna uppgift tekniskt skall lösas kan som exempel hänvisas till det finska förslag om straffmätning som Henrik Grönqvist redogör för på annat ställe i detta nummer.

Förenligheten med nuvarande lagstiftning vållar uppenbara problem. En uttrycklig återfallsreglering måste i huvudsak bli av dogmatisk karaktär i så måtto att föreliggande saktförhållanden blir avgörande för tillämpningen oberoende av person. Nuvarande system är däremot huvudsakligen prognostiskt och inriktat på individuellt behandlingsbehov. Enligt min uppfattning är dock detta system misslyckat då det dels inte finns några kunskaper om hur man på ett individuellt plan „behandlar brottslighet“ och dels, även om sådan fanns, domare knappast skulle vara de lämpliga beslutsfattarna. De generella kunskaper som finns om behandlingseffekter å andra sidan, är fullt möjliga att ta hänsyn till i ett dogmatiskt orienterat system. När vi nu har det system vi har är det dock knappast möjligt att åstadkomma en rimlig särreglering av just återfallsproblematiken. Åtminstone hela straffmätningens problematiken, men helst hela frågan om påföljdsbestämning, borde lösas i ett sammanhang. Redan idag borde det dock vara möjligt, i såväl högre som lägre instanser, att mer uttryckligt argumentera kring återfallens betydelse för straffmätning och återfallsval och därigenom skapa bättre underlag för en kommande reglering.

Bristen på vägledning från lagstiftarens sida när det gäller återfallens betydelse för påföljdsbestämningen har efter symposiets avslutande kommit att belysas på ett drastiskt sätt. Den svenska riksåklagaren har utfärdat ett cirkulär om „Straffskärpning vid återfall i brott“ (Cirkulär C 84, 27 augusti 1976). Med anledning av upphävandet av BrB 26:3 uttalar han att lagändringen „synes emellertid även få återverkningar när det gäller straffmätningen inom de ordinära straffskalornas ram“. (min kurs.) Efter att ha citerat det här tidigare återgivna uttalandet av departementschefen i propositionen, förklarar riksåklagaren att detta uttalande „som lämnades utan erinran vid riksdagsbehandlingen, får anses ge uttryck för att minskad vikt skall läggas vid återfall som straffskärpningsgrund“, (min kurs.) Riksåklagarens uttalande ger säkert ett riktigt uttryck för depar-

tementschefens intentioner men det är uppseendeväckande att en tolkning i detta enkla hänseende skall vara nödvändig. Man borde kunna ha förväntat ett klart besked i förarbetena.

Bristen på lagstiftning, förarbeten och motiverade rättsfall gör det näst intill omöjligt att med vanliga juridiska metoder undersöka vad som är „gällande rätt“ beträffande återfall. Att en mängd svåra bedömningsfrågor kan aktualiseras är dock klart. För att illustrera några av dessa och hur de inom ramen för nu gällande lagstiftning skulle kunna behandlas ger jag här nedan några riktlinjer för behandling av återfall. Jag vill alltså inte påstå att dessa skulle ge uttryck för „gällande rätt“ på området men jag har inte heller avsett att ge uttryck för mina personliga uppfattningar hur återfall borde behandlas. Möjligen kan man säga att riktlinjerna innebär ett försök att ge en rimlig tolkning, av flera tänkbara, inom ramen för „gällande rätt“ med hänsyn tagen till vad som i departementspromemorian kallas „gällande kriminalpolitiska värderingar“.

De synpunkter som jag framhåller avser närmast de brottsbalksbrott vilka omfattades av regeln i 26 kap 3 § BrB. Vid andra brott kan särskilda hänsyn göra sig gällande. Det är också anledning att framhålla att vid sådana brott, som exempelvis vissa trafikbrott, olovlig vistelse i riket och vapenvägran, där en fast praxis finns utbildad om återfallens betydelse så föreligger inga omständigheter som antyder att denna borde frångås.

Straffskärpning får *ej* motiveras av individuellt *behandlingsbehov*.

Straffskärpning bör endast komma i fråga i de fall där ett sådant *samband* finns mellan den tidigare och den aktuella brottsligheten att det utvisar en fortsatt uppenbar likgiltighet för lagenligt beteende.

Detta innebär att straffskärpning bör begränsas till fall där såväl tidigare som aktuell brottslighet antingen ger uttryck för *särskilt hänsynslöst* vårdslöst beteende eller också är inte bara uppsåtlig utan *planmässig eller eljest särskilt överlagd*. Straffskärpning kan exempelvis vara motiverad för den planmässigt arbetande inbrottstjuven medan den inte är det för en på tillfälliga impulser agerande återfallstjuv. Vid typiskt sett planmässig brottslighet som vissa fall av bedrägeri, ocker och häleri kan straffskärpning vid återfall oftare vara motiverat.

*Likheten* mellan den tidigare och den aktuella brottsligheten är en betydelsefull omständighet. Även om någon identitet inte kan krävas mellan de olika gärningarna, är det exempelvis uppenbart att någon straffskärpning *ej* bör komma i fråga för en för stöld dömd som återfaller i misshandel och vice versa.

*Tidsrymden* mellan de olika gärningarna är också en väsentlig faktor. Vid sådan brottslighet som är förenad med ett allmänt asocialt levnadssätt, som exempelvis i många fall vid stölder, måste redan en relativ kort tid av laglydigt liv anses utesluta straffskärpning vid återfall. Vid mer planmässigt upplagd brottslighet kan det vara motiverat med straffskärpning efter längre tider. För den skull får inte kravet på att sambandet mellan brotten skall utvisa en fortsatt (icke avbruten) likgiltighet för lagenligt beteende uppges. Om längre tid än ett par år förflutit mellan gärningarna kan i allmänhet inte straffskärpning anses motiverad.

Hänsyn bör vidare tas till *svårhetsgraden* av den tidigare och den aktuella brottsligheten. Straffskärpning är i första hand motiverad om den nya brottsligheten är lika svår som eller svårare än den tidigare. Kan den nya brottsligheten ses som en nedtrappning av den kriminella aktiviteten bör straffskärpning inte komma i fråga.

Yttersta återhållsamhet bör iakttas med straffskärpning när det gäller *ungdomar*. De skäl som allmänt talar mot frihetsberövande påföljder gör sig med särskild styrka gällande beträffande ungdomar.

Straffskärpning vid återfall bör således endast förekomma i vad som kan betecknas som undantagsfall. Dessa fall kräver ett nyanserat betraktelsesätt. Detta gör att det är viktigt att *särskild motivering* lämnas i de fall man anser att straffskärpning bör komma i fråga.

Upphävandet av återfallsstadgandet har i och för sig ingen direkt betydelse för frågor om *påföljdsval*. I enlighet med BrB 1:7 måste man dock även här överväga återfallens betydelse för de individual- och allmänpreventiva hänsynen. Därvid aktualiseras samma typer av överväganden som ovan anförts beträffande straffmätningen. Det bör således anses uteslutet att vid återfallsbrottslighet döma till fängelse enbart utifrån individualpreventiva aspekter. Allmänpreventiva hänsyn grundade på att den aktuella brottsligheten utgör återfall kan däremot motivera att fängelse väljs istället för icke frihetsberövande påföljd. Någon mekanisk övergång mellan olika påföljdsformer bör dock inte förekomma utan samma typer av hänsyn som ovan exemplifierats beträffande straffmätningen bör också påverka påföljdsvalet.

Bland de här anförda riktlinjerna saknas någon som behandlar *storleken* av en eventuell straffskärpning. Det förefaller i denna fråga ogörligt att få något grepp om vilken inverkan återfall har i rättspraxis när den tillåts påverka straffmätningen. En klar uppfattning om detta skulle kräva kunskap om olika

konkreta brotts „normalstraff“. Det förefaller dessutom rimligt att anta att inverkan skiftar starkt beroende på brottstyp och vilken strafftid som är aktuell. Generellt kan dock sägas att återfall i allmänhet endast torde böra ha ett marginellt inflytande på straffets storlek. Å andra sidan torde en återfallshöjning endast vara motiverad om den medför en klart märkbar inverkan på straffmätningen (och är uttryckligt motiverad). Detta innebär att den „procentuella“ återfallsskärpningen torde bli kraftigare ju kortare straff det är fråga om. Och detta i sin tur torde innebära att än starkare återhållsamhet bör visas med straffskärpning när det gäller brott med korta strafftider.

Dessa reflexioner leder över till en annan fråga. I lagstiftning som behandlat återfallsskärpning har det varit ett vanligt krav att åtminstone den tidigare brottsligheten skall ha en viss *grovhetsgrad*. Att inom ramen för svensk „gällande rätt“ uppställa någon sådan riktlinje låter sig dock, såvitt jag förstår, inte göra. Det torde inte vara helt ovanligt med straffskärpning vid relativt lindriga brott och till och med rena ordningsföreseelser, om lagöverträdelserna är uttryck för ett systematiskt trots av de överträdde lagarna. Återfallsskärpning kan ju aktualiseras också inom ramen för böter eller vid fråga om bötesstraff eller fängelse skall utdömas. En sådan straffskärpning är dock förenad med det utredningstekniska problemet att man normalt inte känner till tidigare bagatellartad brottslighet. Risken för ojämnhet i rättstillämpningen är därför uppenbar.

Även en tillämpning av de riktlinjer som jag anfört är förenad med *utredningstekniska problem*. Riktlinjerna är delvis av den karaktären att det kan vara nödvändigt att ha tillgång till tidigare dom för att avgöra om återfallsskärpning bör inträda. Detta behöver dock knappast vara särskilt betungande. Äldre dom skulle endast krävas när kriminalregistret ger anledning att tro att straffskärpning skulle kunna vara påkallad. Genom riktlinjernas restriktiva karaktär borde detta inte behöva vara fallet i någon avskräckande stor omfattning.

Dag Victor.