

Påföljdssystemets trappstegsmekanism - en inbyggd återfallsregel

Av docent GÖRAN ELWIN, Uppsala

1. Principen för ådömande av straff i BrB 1:7 går ut på att domstolen ska ta hänsyn till å ena sidan individualpreventiva argument, å den andra sidan allmänpreventiva. När det gäller individualpreventionen är det endast två moment i den som omnämns (den individuella avskräckningen och behandlingsintresset). Men förmodligen är meningen att domstolen också ska ta hänsyn till det tredje: intresset av oskadliggörande (jfr. depch:s uttalande i NJA II 1962 s 43, där han säger att „samhällets reaktion mot brottslingar syftar i främsta rummet till att bereda samhällsskydd mot den fara för dess bestånd som lagöverträdelser medför och att jämväl skydda enskilda medborgare mot angrepp av olika slag“).

1.1. I första hand gäller 1:7 vid *valet av påföljd*. På så vis har bestämmelsen betydelse för frågan om upprepad brottslighet, eftersom vissa påföljder i praktiken kan vara utslutna med hänsyn till att den tilltalade tidigare begått brott. Nu råder det delade meningar i vad mån 1:7 är tillämplig också när det gäller avgörandet av *hur sträng påföljden ska vara*, antingen det gäller fängelsestraffets längd eller minsta tid vid internering etc.

Straffrättskommittén på sin tid gjorde visserligen spridda uttalanden om straffmätningen, men tog inte i sitt förslag upp någon allmän regel av det slag som nu återfinns i 1:7. Den tillkom i lagrådsremissen 1958 och hade då följande lydelse:

„Enligt de grunder som i denna balk eller eljest föreskrivas för tillämpningen av olika brottspåföljder skall rätten, med beaktande av brottets beskaffenhet, gärningsmannens egenskaper och personliga förhållanden samt omständigheterna i övrigt, bestämna påföljd för brottet efter vad som finnes bäst ägnat att avhålla gärningsmannen från brott och eljest skydda samhället mot brottslighet“.

Departementschefen uttalade att när det gäller straffmätningen „domstolen vid sin prövning har att taga hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter, såväl beträffande brottet som i fråga om den brottsliges person. Detta gäller alla brottspåföljder utan åtskillnad. Enligt kommitténs uppfattning skall fängelse och böter utmätas till visst mått huvudsakligen efter brottets svårighetsgrad, medan valet av annan påföljd främst bestämmes med hänsyn till brottslingens person. Det är visserligen riktigt att brottets svårighetsgrad är av väsentlig betydelse vid ådömande

av fängelse eller böter. Enligt min mening bör emellertid även då — åtminstone vid något allvarligare brottslighet — stort avseende fästas också vid den brottsliga personliga omständigheter (NJA II 1962 s 43). Och han tillade: „Med den valda formuleringen gäller §:en icke blott valet av påföljdsart utan även bestämmandet av påföljdens närmare utformning i den mån domstolen har att bestämma därutöver, exempelvis fastställande av tiden för fängelse inom den för brottet gällande latituden“ (a st).

Detta förslag kritiserades av lagrådet som ansåg det oklart till sin räckvidd och också tyckte att det stred mot BrB:s systematiska uppbyggnad: „Det framstår som inkonsekvent att i fall, när det bara finnes en enda straffskala för viss brottstyp, straffmätningen inom denna skala skall ske från en annan utgångspunkt än när det gäller att välja rätt skala i fall då brottstypen av lagstiftaren indelats i två eller tre grader. Likaså förefaller det inkonsekvent att domstolen, efter att i den senare situationen ha valt tillämplig straffskala med hänsyn till brottets svårighetsgrad, skall vid utmätandet av straff inom denna skala anlägga väsentligt andra synpunkter än vid valet av skala.“ (NJA II 1962 s 44.)

Departementschefen gav sig, i varje fall formellt, och begränsade bestämmelsen till att avse valet av påföljdsart. Men han tillade att „även utan uttrycklig föreskrift härom torde likväl det föreslagna stadgandet — som är ett uttryck för den principiella uppfattning om strafflagstiftningens syfte, varpå det föreliggande förslaget grundats — komma att innebära viss vägledning också vid det närmare bestämmandet av påföljden inom de för densamma stadgade gränserna.“ (NJA II 1962 s 45.) Det kunde han säga både mot bakgrund av straffrättskommitténs uttalande att fängelse och böter skulle utmätas „huvudsakligen“ efter brottets svårighetsgrad och lagrådets erkännande av att „omständigheterna vid brottet är så rikt skiftande att kravet på konsekvens vid straffmätningen icke bör drivas för långt“ (NJA II 1962 ss 43, 44).

1.2. Om alltså bestämmelsen i 1:7 i sin gällande lydelse inte omfattar även själva straffmätningen inom straffskalan är det tydligt att bestämmelsen å andra sidan inte utgör något direkt hinder för domstolarna att även vid denna straffmätning beakta såväl individualpreventiva som allmänpreventiva argument. I kommentaren till brottsbalken uttrycks saken så att straffet i huvudsak utmätas „efter brottets svårhet men därunder inbegripes avsikten med brottet och över huvud den brottsliga viljesbalken och sinnelag vid brottet, och stort avseende fästes också vid om han förut begått brott eller inte. Vilka omständigheter som skall beaktas vid straffmätningen och vilken vikt som skall läggas vid dem har väsentligen fastställts genom en straff-

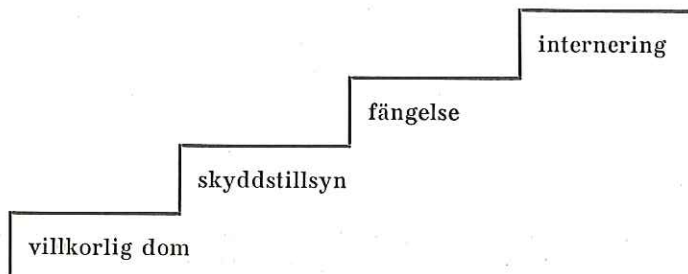
mätningstradition som i huvudsak följes. I sakens natur ligger emellertid att det finns visst spelrum för domstolens uppfattning om det i det särskilda fallet erforderliga eller lämpliga straffet“ (BrB I, 1974 s 71).

2. Regeln i 1:7 ger associationer till ett slags vågskålsmodell där domstolen i ena skålen lägger de individualpreventiva argumenten, i den andra de allmänpreventiva. Frågan är dock om domstolen i praktiken fattar sitt beslut efter en sådan avvägning mellan dessa inkommensurabla storheter.

Ett sådant sätt att fatta beslut skulle vara anmärkningsvärt mot bakgrund av domstolsorganisationens struktur. Inom ett sådant slags system utbildas alltid informella regler vid sidan av de formella. Särskilt är det fallet om de formella reglerna är allmänt hållna. De informella reglerna, i det här fallet en „straffmätningstradition“, måste vara sådana att de skapar en *likformighet* i de olika organens beslutsfattande. Denna strävan till likformighet är i och för sig inte uppkommen av hänsyn till systemets objekt (i vårt fall de tilltalade), utan har snarare till funktion att förhindra uppkomsten av motsättningar inom systemet och att undertrycka spänningar i strukturen.

3. Regeln i 1:7 är allmänt hållen, vilket givit domstolarna stor frihet. I kommentaren till BrB konstateras att bestämmelsens värde „såsom vägledning för domstolarna är begränsad“. Det sägs också att „erfarenheten från tiden före BrB:s tillkomst har visat, att praxis beträffande brottspåföljdernas användning icke alltid har följt lagstiftarens intentioner“, och att man „måste räkna med att så även fortsättningsvis kan bli förhållandet“ (BrB I, 1974 s 70 f).

3.1. När det gäller de regler för straffmätningen som kommit att utbildas i domstolarna skulle jag när det gäller *påföljdsvalet* vilja påstå att medan den formella regeln förutsätter en *avvägning* mellan allmänprevention och individualprevention i det konkreta fallet, ser den informella regeln ut på följande sätt: Vid vissa brott tar domstolen endast hänsyn till själva *brottet*,



vid andra är det kriterier med avseende på lagbrytarens *person* som är det avgörande för påföljdens art. I den sistnämnda typen av fall (som är den som intresserar oss här) fungerar systemet enligt en trappstegsmekanism.

Det avgörande för påföljdens art i dessa fall anses vara den sociala prognosen. Det tror jag också är en riktig beskrivning när det gäller förstagångsbrottslingar, däremot inte när det gäller den kategori lagbrytare som intresserar oss här. Skälet till detta är att kriteriet „social prognos“ är alltför osäkert för att tillgodose de krav på likformighet som systemet ställer. Jag menar att detta kriterium generellt sett har ersatts med kriteriet „*tidigare brottslighet*“. Detta kriterium har den fördelen mot det förstnämnda att det är *tillbakablickande* och *formaliserat* (i kriminalregistret) och därför möjliggör en hög grad av likformighet.

Trappstegsmekanismen skulle då fungera på så vis när det gäller upprepad brottslighet att det nya brottet gör att lagbrytaren om han befinner sig i botten på stegen flyttas upp ett steg. Det är emellertid inte det viktiga: det viktiga är att lagbrytaren i princip *inte flyttas ner* vid nytt brott. M a o: en upprepad brottslighet leder till strängare eller lika sträng påföljd som han tidigare dömts till.

Uttryckt på annat sätt innebär denna inbyggda återfallsregel å ena sidan att straffet enligt straffskalan vid återfall inte utbyts mot lindrigare påföljd (villkorlig dom eller skyddstillsyn), å den andra att straffet enligt straffskalan kan utbytas mot strängare påföljd (internering eller ungdomsfängelse) än vad som skulle utmätts om den tilltalade inte varit kriminellt belastad.

3.2. Detta betyder att det inte är fråga om en fix regel, där man generellt kan utsäga hur mycket strängare påföljden blir med hänsyn till den upprepade brottsligheten. För att få ett begrepp om den informella återfallsregelns utseende i praktiken måste man göra en jämförelse mellan ett genomsnittligt straff för det slags brott det är fråga om under förutsättning att det begåtts av en tidigare ostraffad lagbrytare och det straff som i ett konkret fall ådöms en lagbrytare vid upprepad brottslighet. Några sådana uppgifter om normalstraff för ej belastade finns inte, men om man utgår från att detta normalstraff för ett stöldbrott är villkorlig dom eller skyddstillsyn innebär det t ex att straffet för återfall för den som är internerad är minst sex månaders anstaltsvistelse.

Sådan denna återfallsregel framställs här är den givetvis förklarad. Inte heller är den en regel utan undantag. Så spelar förmodligen den tidigare brottsligheten och den upprepade brottslighetens inbördes *likhet* en roll; har man tidigare dömts till fängelse för stöld är det mindre sannolikt att man får annat än

fängelse för en ny stöld än om det nya brottet är av helt annat slag. Sedan är det ju också så att detta trappstegssystem inte förhindrar förekomsten av en „nådevolta“, där t ex den internerade för ny brottslighet (även av samma slag) kan få en skyddstillsyn eller ett bötesstraff. I dessa fall torde straffet motiveras med något framåtblickande och positivt kriterium rörande lagbrytarens person vilket kan sägas neutralisera det negativa kriteriet „återfall“ (t ex att han gift sig och „därför kommer att stadga sig“, att han slutat använda narkotika och därför inte förväntas begå brott).

3.3. Även vid bestämmande av *straff inom straffskalan* har upprepad brottslighet betydelse. Det kan gälla såväl *bötesbrott* som brott där fängelse ingår i straffskalan, likaväl som den upprepade brottsligheten kan påverka valet inom en straffskala mellan böter och fängelse.

Det kan antas att ju *vanligare* en brottstyp är desto starkare är intresset av formalisering av den rättstillämpande myndighetens beslut. I trafikmål föreligger t ex en ganska fast praxis, också när det gäller återfallens betydelse (enligt Rosén, SvJT 1971 s 486 ff). Olovlig körning ger för den kriminellt obelastade 20—25 dagsböter, för varje återfall görs ett tillägg på 10—20 dagsböter (tillägget beror på den tid som förflutit sedan den tidigare domen). Har den tilltalade under senaste treårsperioden dömts minst tre gånger för olovlig körning förskjuts straffet från böter till fängelse.

Vid rattfylleri ger återfall inom en treårsperiod en påbackning av det normala en månadsstraffet med ytterligare en månad. Vid mopedfylleri kan straffet vid återfall förskjutas uppåt från böter till fängelse.

Även vid brott med enbart *fängelse* i straffskalan torde återfall i princip leda till förhöjt straff. Så är ju tydligt fallet vid ett brott som lydnadsbrott där upprepad brottslighet leder till en månads förhöjning av straffet. Men även vid andra brott torde en förhöjning äga rum, om än inte efter lika schablonmässiga grunder. Visserligen kunde detta för stöldbrottets del inte beläggas i Ds Ju 1973:8, men det ansågs där att materialet inte borde „tolkas vidare än att för så gravt belastade individer som de förevarande, har varierande antal belastningar inte någon särskiljande effekt på straffmätningen“ (s 72).

Av förekomsten av BrB 26:3 anses också följa „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“ (BrB III, 1971 s 39). Men någon undantagslös regel att påföljden ska bli strängare för varje nytt brott anses det inte innebära: „Om lång tid förflutit efter närmast föregående brott eller bestraffning, är

detta en omständighet som är ägnad att försvaga verkan av att brottet är ett återfall“ (a st).

Även efter upphävandet av 26:3 torde samma principer gälla. Den informella regeln om förhöjt straff inom straffskalan vid återfall var i realiteten mer en följd av „straffmätningstraditionen“ (eller annorlunda uttryckt: de krav det rättsliga systemet ställer i sig självt) än av existensen av 26:3.

Göran Elwin.