

Hårdare straff för återfall?

En granskning av den etiska argumentationen

Layout: Tina Ehsleben, Kriminalvårdens Utvecklingsenhet, 2010
Tryckning: Kriminalvårdens Reprocentral, 2010

Ytterligare exemplar kan beställas från förlaget
Fax: 011-496 35 17
Beställningsnr: 5057
ISBN 91-85187-59-3
Hemsida: [www. Kriminalvarden.se](http://www.Kriminalvarden.se)

Hårdare straff för återfall?

En granskning av den etiska argumentationen

Projektnummer 2007:13

Claudio Tamburrini

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

INTRODUKTION.....	4
DEL 1 – VAD ÄR ÅTERFALL?	6
<i>Olika typer av återfallsstadgar</i>	7
<i>Den svenska bakgrunden till återfallsstraff.....</i>	8
DEL 2 - BROTTSPREVENTION.....	9
<i>"Återfallsstraff förebygger brott".....</i>	9
<i>Återfallsstraff och rättssäkerheten</i>	11
<i>Straff för framtida brott?.....</i>	11
<i>De falska positiva.....</i>	12
<i>Är återfallsstraffen diskriminerande?</i>	15
DEL 3 - VEDERGÄLLNING	17
<i>Återfallsbrott som oberättigad fördel.....</i>	17
<i>Återfall och den expressiva straffteorin.....</i>	19
DEL 4 – STRAFFNIVÅUTREDNINGENS FÖRSLAG OM SKÄRPSTA STRAFF VID ÅTERFALL.....	23
<i>Är återfallsstraffen rättvisa?.....</i>	24
<i>Återfall ökar brottsskadan</i>	25
<i>Återfall ökar brottslingens ansvar för brottet.....</i>	25
<i>Återfall, proportionalitet och ekvivalensprincipen.....</i>	26
<i>Återfall och samhällets fördömande.....</i>	27
DEL 5 - SLUTSATSER	29
LITTERATURREFERENSER	32

INTRODUKTION

Efter rehabiliteringsidealets utträde som vägledande tanke för kriminalpolitiken i slutet av 1980-talet gjorde nygamla retributiva idéer sitt återåg i de västerländska rättssystemen. Sverige blev inget undantag från den trenden. Det straffobehag brottslingen tillfogas – hette det – ”skall stå i proportion till den brottslighet han övertygats om”.¹ Begreppet straffvärde blev då vägledande för straffutmätningen i de svenska domstolarna.² Ett inslag hos den övergivna straffmodellen överlevde dock denna förändring. Nu liksom då ansågs att återfall i allvarlig brottslighet bör leda till strängare påföljder.³

Är det rimligt att utdöma ett strafftillägg vid återfall? Många anser att uppfattningen att upprepad brottslighet rättfärdigar hårdare påföljder ingår i det allmänna rättsmedvetandet. Det synsättet är förmodligen också accepterat bland många aktiva inom rättsväsendet. Strafftillägget är dock vid närmare granskning svårt att rättfärdiga ur juridisk synpunkt. Rent lagtekniskt är en person fri från tidigare kriminell belastning (dvs. hon är åter ”fri från skuld”) när hon väl avtjänat sitt straff. Hur kan då brottslingens tidigare brottslighet leda till hårdare påföljd?

Traditionellt har återfallsbestraffningar försvarats med hänvisning till (1) *brottsprevention*: det strängare straffet – hoppas man - förebygger framtida kriminalitet. Men också vissa anhängare av (2) *vedergällning* har hävdad att recidivister bör få längre straff. Medan för de förra är återfall en indikator på framtida brottslighet blir upprepad brottslighet för de senare en faktor som ökar brottslingens skuld för brottet. Det brottspreventiva idealet möter dock empiriska komplikationer: det förlängda straffet – åtminstone över en viss nivå – påverkar enligt tillgänglig evidens inte brottslighetsnivån avsevärt. De som tror på vedergällning (eller ”retribution”)⁴ behöver i stället förklara vad som gör att, allt annat lika, en kriminell handling bör åtföljas av en hårdare påföljd *enbart* på grund av att den begåtts av en återfallsförbrytare. Några retributivister hävdar t ex att brott innebär att brottslingen skaffar sig en oberättigad fördel i förhållande till andra laglydiga medborgare: de åtnjuter rättssystemets skydd utan att betala priset för det genom att avhålla sig från kriminellt beteende. Enligt denna s.k. ”benefits-and-burdens” retributiva ansats bör återfall straffas hårdare eftersom det innebär en ännu större oberättigad fördel än den som förstagångare får. Andra vedergällningsanhängare betonar i stället straffets s.k. expressiva funktion: enligt detta synsätt motiveras strafftillägget som ett fördömande av (återfalls)-brottsligheten.⁵

¹ ”Verkställighet av fängelsestraff”, Statens Offentliga Utredningar (SOU- 1993:76, s.125.

² I 29 kap. 1 § BrB föreskrivs att ”straff ska bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde. Vid bedömningen av straffvärdet ska särskilt beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen har inneburit, vad den tilltalade har insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon har haft.”

³ Se t ex BrB 29:4.

⁴ I denna text använder jag termerna ”retribution” och ”vedergällning” som utbytbara.

⁵ Om den expressiva straffteorin, se t ex Feinberg, J., ”The Expressive Functions of Punishment”, i Feinberg, J. (red.), *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, NJ, 1970, ss. 53-69 och von Hirsch, A., *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

I denna rapport kommer de viktigaste straffetiska argumenten för och emot återfallsbestraffningar att sammanställas. När redogörelsen så kräver refereras i texten empiriska data om dessa påföljders eventuella inverkan på kriminaliteten. Men tonvikten i detta arbete läggs vid den straffrättsfilosofiska diskussionen kring återfallsstraffen.

Strukturen i denna rapport är som följer:

I Del 1 skiljs mellan olika typer av brottsåterfall och olika typer av återfallsstadgar. Den svenska bakgrunden avseende återfallsstraff presenteras också här. I Del 2 diskuteras de brottspreventiva argumenten för införandet av denna praxis kritiskt. Del 3 befattar sig i stället med de vedergälningsinriktade skälen som anförts för att försvara respektive angripa denna typ av straffbestämmelser. I Del 4 diskuteras de skäl för skärpta straff vid återfall som anförts i Straffnivåutredningens nyligen utkomna slutbetänkande. Till sist görs i Del 5 en sammanställning av argumentationen där de olika argumenten vägs mot varandra.

DEL 1 – VAD ÄR ÅTERFALL?

Man kan använda olika variabler för att avgränsa återfall. Jag ska här skilja ut tre sådana: *brottstypen*, *tidsaspekten* och *brottslighetsmönstret*.

Utifrån vilken typ av brott en recidivist begår kan man grovt skilja mellan: (i) återfall i samma typ av brott (som t.ex. en mördare som mördar igen); (ii) återfall i olika typer av brott (som t.ex. en rånare som begår en våldtäkt efter frisläppandet, för att sedan göra sig skyldig till grov misshandel, osv.); (iii) blandåterfall (som t.ex. en brottsling som begår olika brott men som upprepar samma brottmönster: en rånare som begår våldtäkt och som sedan gör sig skyldig till ett nytt rån, och en ny våldtäkt, osv.).⁶

Vid definitionen av återfall verkar det också rimligt att iaktta tidsaspekten. Har återfall/återfallen ägt rum inom en kort tidrymd? Eller begick gärningsmannen det nya brottet efter en lång period av laglydigt beteende? Om en person som i sin ungdom döms till en relativt sträng påföljd för grov misshandel gör sig skyldig till ett nytt misshandelsbrott efter att han blivit medelålders, verkar det vara långsökt att hävda han ska dömas hårdare i sin egenskap av återfallsförbrytare.

När man pratar om återfall verkar det också rimligt att ta hänsyn till utvecklingen i gärningsmannens kriminalitetsmönster. Är tendensen i hans brottsliga karriär att begå alltmer grövre brott? Eller blir det tvärtom, att recidivisten, trots att han med jämna mellanrum återfaller i kriminalitet, väljer nu lindrigare former av brottsligt beteende? Ta t.ex. en starkt utagerande person med stora aggressivetsproblem som döms för dråp, avtjänar sitt straff och frivilligt – både under fängelsetiden och efter den – underkastar sig behandling för att kunna få bukt med sin problematik. När han väl är i frihet ordnar han både jobb och bostad, men efter en viss tid faller han åter i brott genom att lindrigt misshandla någon. Är detta ett klassiskt fall av återfall som tveklöst föranleder en kraftigare reaktion från de rättsvårdande myndigheternas sida? Eller bör den nya misshandeln snarare ses som ett tillfälligt bakslag i en annars positiv utveckling från grov till allt mildare brottslighet?

Ytterligare en variabel som kan inverka på vilken avgränsning av återfall man kommer fram till är vad som ska räknas som ny brottslighet. Inom återfalls litteraturen råder olika uppfattningar om huruvida återfallsstatistiken enbart ska bygga på lagkraftvunna domar eller om den också ska ta hänsyn till lagföringar. Medan några författare hävdar att antalet domar med all sannolikhet inte avspeglar gärningsmannens faktiska brottsaktivitet (några brott kan vara svåra att upptäckas eller bevisas, med följderna att gärningsmannen går fri), menar andra att uppskattningar baserade på antalet lagföringar riskerar att ge en överdriven bild av den faktiska kriminaliteten.⁷

⁶ Denna distinktion har framförts av Angelo J. Corlett i ”Retributivism and Recidivism”, ett ännu opublicerat bidrag till Stockholm Conference on Recidivist Punishment som kommer att hållas den 28/29 maj 2009.

⁷ Denna kritik har i synnerhet framförts i fråga om inkapaciteringsstudier där man valt att ta med även självrapporterad brottslighet. Se t ex Wilson, J.Q., ”Selective Incapacitation”, i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), *Principled Sentencing*, Northeastern University Press: Boston, 1992, s. 153.

Beroende på hur dessa olika variabler kombineras får man då olika typer av återfallsdefinitioner. Så står det t.ex. i *Kriminalvårdens redovisning om återfall* att:

”Med återfall avses i denna undersökning att en klient genom ny lagkraftvunnen dom dömts till kriminalvårdspåföljd inom ett visst tidsintervall från ett angivet startdatum. Nya brott ska vara begångna på eller efter det angivna startdatumet. [...] Startdatum för fängelse-dömda är avgångsdatum från anstalt. [...] För klienter som befinner sig ute i samhället (icke frihetsberövande påföljder) har startdatum angivits till tidpunkten för övervakningens början. Detta gäller även för de klienter som verkställer sitt fängelsestraff genom intensivövervakning med elektronisk kontroll samt dömda enligt BrB 28:3 (skyddstillsyn med fängelse).”⁸

Till sist bör återfall i brott skiljas från s.k. ”flerfaldig brottslighet”. Vissa brottslingar hinner begå flera brott innan de först åker fast och blir ställda inför rätta. Med återfall brukar i stället menas att en individ begår en lagstridig handling efter att hon blivit lagförd och dömd för ett tidigare brott.⁹

Olika typer av återfallsstadgar

Lite förenklat kan man skilja mellan följande typer av modeller för återfallsbestraffningar:¹⁰

(i) Stadgar som neutraliserar förmildrande omständigheter (”anti leniency” statutes). Detta kan t ex påverka påföljdsvalet. Enligt 30:4 i den svenska Brottsbalken är återfall ett skäl för att välja fängelse i stället för icke-frihetsberövande påföljder. Är gärningsmannen villkorligt fri från fängelsestraff och begår ett nytt brott under prövotiden förekommer det också en presumtion om att villkorligt medgiven frihet skall förverkas. (34:4 Brottsbalken). Rent allmänt gäller det i de flesta rättssystemen att en gärningsman som begår brott för första gången får en straffrabatt som gradvis försvinner vid återfall. Denna modell kallas ofta för ”progressive loss of mitigation”.¹¹ Vid återfall uteblir då enligt denna modell strafflindringen, dock utan att påföljden överstiger maxstraffet för det utlösande brottet.

(ii) Stadgar som straffar återfallsbrottslighet med ett straff som motsvarar ett allvarligare, dock artliknande brott (”worsening-offenses” recidivism statutes). Trots att det straff som utdöms vid återfall motsvarar det som skulle utmätas för ett allvarligare brott, är straffet fortfarande relaterat till det aktuella brottet. Återfall i dråp straffas t.ex. som mord. Även om denna relation mellan brotten inte är uttryckligen angiven i den svenska brottsbalken, får ett längre frihetsberövande än vad som är stadgat som maxstraff för det utlösande brottet vid återfall i vissa fall utmätas.¹²

⁸ Krantz, Lars och Lindsten, Karin, *Kriminalvården; Reprocentralen*, Norrköping, 2008, s. 11.

⁹ Skillnaden kan enklast förklaras på följande sätt: ett exempel på flerfaldig brottslighet är en individ som rånat en bank, sedan tillgriper ett fordon och till slut stjälar en plånbok för att sedan åka fast och bli dömd. En återfallsförbrytare är i stället en individ som rånar en bank och döms för det, och som sedan efter avtjänat straff (eller villkorlig frigivning) tillgriper ett fordon och bli dömt för det, och sedan stjälar en plånbok och ställs igen inför rätta för det.

¹⁰ I detta avsnitt återger jag i stora drag den klassificering av återfallsstadgar som presenterats av Michael Davis i *To Make the Punishment Fit the Crime – Essays in the Theory of Criminal Justice*, Westview Press: San Francisco-Oxford, 1992, kap. 6, ”Just Desert for Recidivists”, ss. 123-125.

¹¹ Ett alternativ till denna modell är den s.k. ”kumulativa principen”, enligt vilken rättssystemet utsätter förbrytaren för påföljder av tilltagande stränghet (”recidivist premiums”) allteftersom individen fortsätter att begå brott. Jesper Rydberg redogör för denna distinktion i sin artikel ”Recidivism, multiple offending and legal justice”, *Danish Yearbook of Philosophy*, Vol. 36 (2001), 69-94. Distinktionen finns på s. 71.

¹² I vissa fall, upp till 4 års längre fängelsestraff, enligt 26 kap. 3 § BrB.

(iii) Stadgar som sanktionerar återfallsstraff som inte har någon relation alls till det aktuella brottet. Till exempel ”three-strikes-and-you-are-out”-lagstiftning i bl a delstaten Kalifornien. I denna delstat är en sådan lag i bruk sedan 1994. Den innebär att den person som tidigare dömts för ett grövre våldsbrott, allvarliga tillgreppsbrott eller för att hå sålt narkotika till unga ska vid en tredje lagföring dömas till fängelse i 25 år eller på livstid, även om det tredje, utlösande brottet inte är ett våldsbrott.

Dessa olika återfallsbestämmelser kan ges antingen tvingande karaktär (domstolar är vid återfall undantagslöst skyldiga att döma till hårdare påföljd) eller i stället ses som en möjlighet domstolarna har att så döma när det bedöms som lämpligt.

Till sist kan dessa olika strafftillägg tillämpas på hela gruppen av återfallsförbrytare. Då talas det i litteraturen om *kollektiv inkapacitering*. Men man kan också välja att utmäta längre strafftider på vissa särskilt utvalda kriminella som utmärker sig för sin brottsbenägenhet. I det fallet talas det om *selektiv inkapacitering*. Dessa prognoser om framtida kriminalitet har ofta gjorts på basis av framför allt brottshistorian i kombination med så olikartade personrelaterade faktorer som t ex social bakgrund, skolavhopp, arbetslöshet, missbruk, psykologisk störning, beroende av sociala hjälpinsatser, etc.).¹³

Den svenska bakgrunden till återfallsstraff

Den svenska Brottsbalken möjliggör hårdare straff för återfall. I t.ex. 26 kap. 3 §, 29 kap. 4 §, 30 kap. 4 § och 34 kap. 4 § stadgas att vid straffutmätningen får domstolen ta hänsyn till gärningsmannens tidigare brottsbelastning. Återfall i brott blir då en omständighet som har stor betydelse för den nya påföljden eftersom det betraktas som försvarande vid både val av påföljd och vid straffutmätningen. I synnerhet fastslår 26 kap. 3 § BrB att straffmaximum i vissa fall får höjas med 4 år om gärningsmannen tidigare dömts till fängelse i lägst 2 år och därefter begår ett brott som är belagt med fängelse i mer än 6 år (t.ex. mord, dråp eller grov misshandel). Detta placerar de svenska bestämmelserna bland de stadgar som fastställer hårdare påföljder vid återfall, dock ej helt utan samband med det aktuella brottet (typ ii ovan).

Dessa bestämmelser bekräftas i Straffnivåutredningens slutbetänkande som blev offentligt den 15 oktober 2008. Där fastslår utredaren, Riksåklagaren Anders Perklev, att ” Vi har [...] funnit att det bör finnas möjlighet att i vissa situationer döma ut ett strängare straff för den som tidigare har gjort sig skyldig till brott”.

I Sverige har ett av regeringspartierna – Moderaterna – i en partistämman föreslagit att den brottsling ”som för tredje gången gör sig skyldig till ett grovt våldsbrott skall dömas till det strängaste straffet lagen stadgar för det aktuella brottet” (Motion 2004/05). Moderaternas förslag kan därför placeras bland de stadgar som nekar återfallsförbrytare möjligheten till någon straffreduktion (typ i ovan).

¹³ I en inkapaciteringsstudie genomförd av Peter Greenwoods vid Rand Corporation som publicerades 1982 inkluderades de följande sju faktorerna som prediktorer av framtida brottslighet: (1) tidigare domar för icke-planlagda brott; (2) frihetsberövande under mer än hälften av de två föregående åren; (3) domar före sexton årsåldern; (4) tid avtjänad vid en ungdomsanstalt; (5) narkotikabruk under de två föregående åren; (6) narkotikabruk under ungdomen och (7) förvärvsarbete under mindre än 50 % de två föregående åren. (Citerat i von Hirsch, A., ”Selective Incapacitation: Some Doubts”, i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit., s. 153, fotnot 5.

DEL 2 - BROTTSPREVENTION

Tanken att straffa återfallsförbrytare hårdare för att på så sätt kunna minska brottsligheten är gammal. Redan Jeremy Bentham, den utilitaristiska filosofins fader, ansåg om vanekriminella att

"Where the act is conclusively indicative of a habit, such an encrease must be given to the punishment as may enable it to outweigh the profit not only of the individual offence, but of such other like offences as are likely to have been committed with impunity by the same offender".¹⁴

I modern tid fick denna brottspreventiva tanke framför allt uttryck i olika kriminalpolitiska förslag som tog sin avstamp i selektiv inkapacitering. Den nya kriminologiska trenden som utmynnade i införandet av inkapaciterande påföljder under tidigt 90-tal kännetecknades av den s.k. "dual approach" till kriminalitet. Man skulle erbjuda behandling till de som var behandlingsbara, och spärra in förbrytare med dålig prognos om fortsatt brottslighet ("bad risks"). Genom att döma farliga recidivister till längre frihetsberövande påföljder än standardstraffet för det aktuella brottet hoppades man kunna förebygga de brott dessa individer skulle ha begått, om de hade satts på fri fot efter att ha avtjänat standardstraffet. Snart skulle det dock visa sig att denna förhoppning av olika skäl blev svår att infria i verkligheten.

Men återfallsbestraffningarna blev också föremål för en annan sorts, mer principiell, invändning. Vissa kritiker påstår att dessa påföljder innebär att brottslingarna får hårdare påföljder inte för vad de redan gjort, utan för vad de förutsägs göra om de blir släppta. Inkapaciterande påföljder sanktionerar med andra ord "straff för framtida brott", löd kritiken. Och inte nog med det så gäller även för vissa inom förövarpopulationen – de s.k. "falska positiva" – att de får en hårdare påföljd för brott de aldrig skulle ha begått, om de hade blivit frisläppta. Dessa två invändningar tillsammans sågs som ett avgörande skäl att skrota inkapaciteringsidealet, som kom att uppfattas som ett allvarligt hot mot *rättssäkerheten*. I de kommande avsnitten kommer dessa invändningar mot inkapaciteringstanken att granskas.

"Återfallsstraff förebygger brott"

I en rad länder har man sedan ett par decennier tillbaka infört hårdare straff för återfall. I några av dessa återfallsstadgar faller straffskärpningen inom straffutrymmet för det utlösande brottet. Men i andra fick återfallsstraffet vida överstiga maxstraffet för brottet. Så infördes t ex i vissa delstater i USA samt i England och Wales den s.k. "three-strikes-and-you-are-out"-lagstiftningen.

¹⁴ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, utgiven av Burns, J.H. och Hart, H.L.A., University of London, The Athlone Press, 1970, s. 170.

Inkapaciteringstanken är intuitivt rimlig. I sin artikel "Unscientific, Unwise, Unprofitable, or Unjust?" ställer Nigel Walker följande hypotetiska fråga. Anta att vi med säkerhet vet att en förbrytare kommer att begå nya brott om de rättsvårdande myndigheterna inte dömer henne till längre frihetsberövande straff än standardstraffet. Vore det verkligen rimligt att inte döma henne till hårdare straff?¹⁵

Inkapacitering tycks också vara enkel i sitt sätt att verka. Till skillnad från andra teorier behöver dess anhängare inte göra några särskilda antaganden om den mänskliga naturen och dess förutsättningar. Avskräckningsidealet förutsätter t.ex. att människorna är rationella varelser som kan i sina beslut ta intryck och låta sig ledas av förväntade vinster och kostnader förknippade med brottsligt beteende. Rehabilitering förutsätter för sin del att människorna är mottagliga för påverkan och kan ändra sitt beteende med hjälp av terapi, vilket inte alla gånger är så lätt att underbygga med entydiga empiriska variabler. Inkapacitering fungerar i stället per definition: den som sitter inne kan svårligen fortsätta begå brott.¹⁶

Det brottspreventiva försvaret av återfallsstraff förutsätter naturligtvis att man verkligen lyckats avvärja brott genom längre inspärningstider. När det gäller det empiriska stödet för denna förhoppning är åsikterna dock minst sagt delade. Medan några studier verkar stödja inkapaciteringsstraffens brottspreventiva verkan¹⁷ finns det andra som kommit fram till den motsatta slutsatsen. Beträffande t.ex. "three-strikes-lagarna" verkar det finnas en viss övervikt av studier som visar att den sortens stadgar inte haft någon märkbar effekt på brottsligheten¹⁸. Och i olika studier som gjordes på 2000-talet har man fastställt inte bara att inkapacitering förmodligen inte ger så stora minskningar i brottsligheten som dess förespråkare trott, utan att åtminstone en viss typ av inkapaciteringslagstiftning även kan ha bidragit till ökat antal våldsbrotten i samhället, framför allt ökat antal mord och mordförsök mot poliser.¹⁹

¹⁵ I *British Journal of Criminology*, 22, 1982, 276-280. Med tanke på att farlighetsbedömningar mer eller mindre explicit alltid förekommer vid utdömandet av straff eller beslut om tvångsåtgärder (som t ex häktning), tyckte Nigel Walker också att man borde sätta dem i fokus och diskutera dem öppet, i stället för att låtas som om ett sådant fenomen inte fanns. Morris framför också denna ståndpunkt i "Dangerousness and incapacitation" (inkluderad i Duff, A. och Garland, D., *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994, p. 245). Se även Floud, J., "Extending Sentences for Dangerous Offenders", i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit., ss. 124-128.

¹⁶ Denna ståndpunkt formuleras av James Q. Wilson i "Selective Incapacitation", i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), *ibid.*, ss. 148-9.

¹⁷ Se, t.ex. Sheperds, J.M., "Fear of the first strike: The full deterrent effect of California's two- and three strikes legislation", *Journal of Legal Studies*, Vol. XXXI, 2002, ss. 159-201; Helland och Tabarrok, "Does Three Strikes Deter? A Non-Parametric Estimation" (www.mason.gmu.edu/~atabarro/ThreeStrikes.pdf), 2007. Båda studier citeras i Lindström, P., "Tredje resan – Vart bär det hän? Utvärderingsresultat och implikationer av den amerikanska lagen "Three-Strikes and You're Out", i *Nordisk Tidskrift för Kriminalvetenskap*, 2007, ss. 40-55.

¹⁸ Stolzenberg, L. och D'alesio, S.J., "Three Strikes and You're Out: The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates, Crime and Delinquency, 43:4, 1997, ss. 457-469.; Greenwood, P. och Hawken, A., "An Assessment of the Effects of California's Three Strikes Law, *Greenwood & Associate*, 2002; Ramirez, J.R. och Crano, W.D., "Deterrence and Incapacitation: An Interrupted Time-Series Analysis of California's Three-Strikes Law", *Journal of Applied Social Psychology*, 33:1, 2003, ss. 110-144; Worrall, J.L., "The Effect of three-strikes legislation on serious crime in California", *Journal of Criminal Justice*, 32, 2004, ss. 283-296. Alla dessa studier citeras i Lindström, P., *ibid.* Se också Zimring, F.E., Hawkins, G. och Kamin, S., *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California*, Oxford University Press, 2001.

¹⁹ Se, t.ex. Kovandzic, T.V., Sloan, J.J. och Vieraities, L.M., "Unintended consequences of politically popular sentencing policy: The homicide promoting effects of 'three-strikes' in U.S. cities (1980-1999)", i *Criminology and Public Policy*, 1:3, 2002, ss. 399-424; Moody, C.E., Marvell, T.B. och Kaminski, R.J., "Three-Strikes Laws and the Murders of Police Officers" (opublicerat manuskript), 2004; Johnson, J.L. och Saint-Germain, M.A., "Officer Down: Implications of Three Strikes for Public Safety, *Criminal Justice Policy Review*, 16:4, 2005, ss. 443-460. Dessa studier citeras i Alla dessa studier citeras i Lindström, P., op. cit.

Bilden när det gäller det empiriska belägget för inkapaciteringsidealets brottspreventiva rationalitet är med andra ord allt annat än tydligt.

Återfallsstraff och rättssäkerheten

Många kritiker påpekar att inkapaciterande påföljder innebär en viss typ av rättvisebrott, eftersom en person inte får utsättas för straff med mindre än att han/hon överbevisats om att ha begått en lagöverträdelse. Det faktum att hon förväntas begå brott i framtiden kan aldrig rättfärdiga att ett straff utmätts mot henne. Särskilt besvärande är denna kritik om den som straffas faktiskt inte skulle ha återfallit i brott. Inkapaciteringens empiriska trubbighet har ofta påtalats i samband med de s.k. ”falska positiva”, dvs. kriminella som sitter längre i fängelse p.g.a. ett förväntat återfall som inte skulle ha ägt rum, om de hade blivit frisläppta. Återfallsstraff bryter därför mot rättssäkerheten på två fundamentala sätt:

- Människor straffas för vad de ännu inte gjort.
- Människor straffas för handlingar som de inte kommer att göra.

Så lyder i korthet denna principiella invändning mot inkapacitering.

Straff för framtida brott?

I sin artikel ”Incapacitation within limits” försöker Norval Morris bemöta denna invändning genom att göra en distinktion mellan å ena sidan en klassificering av en individ som tillhörande en viss grupp med vissa beteendemönster, och å andra sidan en förutsägelse om ett visst utslag eller framtida beteende hos henne.²⁰ Morris skiljer i sin artikel tre olika sorters prognoser om framtida brottslighet: (i) individuella förutsägelser (”anamnestic predictions”) som tar fasta på hur en person betedde sig i det förflutna; (ii) förutsägelser på gruppnivå (”actuarial predictions”), som baseras på hur individer som i något relevant avseende liknar agenten under liknande omständigheter brukar bete sig; och (iii) kliniska förutsägelser (”clinical predictions”) som grundar sig på en professionell bedömning, baserad på observationer och kunskap om den enskilda patienten och om mental (o)hälsa i allmänhet. Frågan gäller då vilka av de faktorer som ingår i bedömningen av en viss persons farlighet är möjliga att bevisas och med vilken grad av tillförlitlighet. Enligt Morris kan nästan alla de faktorer på vilka man bedömer en viss grupp som den undersökta personen tillhör (social bakgrund, skolgång, arbetslöshet, frånvarande fäder, drogmissbruk, tidigare våldsamt beteende, etc.) faktiskt beläggas på någorlunda goda empiriska grunder.²¹ Utifrån detta konstaterande kan man då hävda att den bedömningen som ligger till grund för en viss förutsägelse för just denna enskilda person (som medlem i en viss grupp) också är välgrundad. Om en individ som hade klassats som farlig inte återfaller i brottslighet behöver därför inte betyda att klassifikationen var felaktig. Skälet är att farlighetsbedömningar inte är förutsägelser av framtida beteende, utan snarare ett fastställande av ett aktuellt tillstånd, nämligen att agenten tillhör en viss grupp som kännetecknas av ett visst beteende (t ex, återfalla i farlig brottslighet). Återfallsstraffet kan då sägas bli utmätt inte i första hand för ett ännu inte begånget brott, utan med utgångspunkt i detta fastställande.²²

²⁰ I von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit., ss. 138-147. Distinktionen återfinns på ss. 140-1.

²¹ Både individuella och gruppförutsägelser är enligt Morris mycket reliabla. Men kliniska prognoser om farlighet kan bara verifieras i efterhand. Följaktligen tycker han att vi inte borde förlita oss på kliniska förutsägelser för annat än kortsiktiga ingripanden, med mindre än att de backas upp av de två andra sorternas förutsägelser. (Ibid., s. 140-1). Ur hans resonemang följer därför att det för närvarande verkar finnas en implicit och sällan motiverad användning av farlighetsprognoser inom rättssystemet i samband med t ex häktning, straffmätning och beslut rörande fängelsevillkoren

²² Ibid., s. 141-2.

Men en sådan argumentation skjuter egentligen över målet. Det som står under diskussion är inte om det är riktigt att inkludera en viss individ i en särskild grupp, utan snarare om det är befogat att utsätta henne för straff på den grunden.

Särskilt problematiskt är detta när träffsäkerheten i brottsförutsägelser är så bristfälliga. Andelen ”falsa positiva” är av metodologiska skäl svår att beräkna, men det råder konsensus bland kriminologer och rättssociologer om att det förmodligen rör sig om två felaktiga prognoser om framtida brottslighet för varje träffsäker sådan. Även om man skulle godta Morris’ argument ovan, så får man i bästa fall en 100 procent korrekt identifiering av medlemmarna i en grupp med 33 procents sannolikhet att begå ett våldsbrott²³ Borde inte inkapacitering ändå skrotas med hänvisning till att förutsägelsen om brottsligt beteende är så dålig? Morris själv anser t ex att vi för närvarande inte besitter tillräcklig kunskap för att kunna rättfärdiga straffutmätning grundad på farlighetsförutsägelser.²⁴ Av det skälet tycker han att inget straff bör utmätas på den grunden som överskrider vad som kan anses vara förtjänat obeaktat denna förutsägelse²⁵

Många straffteoretiker tycker faktiskt att ”de falska positiva” är återfallsstraffens Akilles’. Är de verkligen det?

De falska positiva

Denna invändning tillmäts stor vikt i debatten om inkapacitering. Vissa straffteoretiker håller med Andrew von Hirsch om att ”De falska positiva sätter i fråga rättvisan i att utdöma straff på prediktiva grunder”²⁶ En sådan kritik uttrycker dock inte någon principiell invändning mot tanken att spärra in vissa särskilt farliga brottslingar för att förhindra att de begår brott. Förutsatt att man lyckades utveckla tillräckligt reliabla prognosmetoder (som exempelvis gjorde att andelen falska positiva inte överskred andelen felaktiga domar), kunde man då ha något emot att utdöma straff på prediktiva grunder? Om detta verkar orealistiskt, var exakt ska man sätta gränsen för hur många falska positiva en rättsstat kan tåla? Räcker det med 50 procent? Eller är alla prediktioner som hamnar under 100 procent träffsäkerhet ett brott mot rättssäkerheten? Så länge denna ovisshet kvarstår kan det finnas skäl att inta en viss försiktighet i frågan om att döma återfallsförbrytare till hårdare påföljder.

Ett sätt att åtminstone i viss mån ta udden av invändningen om ”falsa positiva” är att hitta en annan grund för att rättfärdiga återfallsstraffen som inte primärt vilar på brottsprevention. Ett sådant alternativ har presenterats av Jean Floud i sin artikel ”Extending sentences for dangerous offenders”²⁷ Där pläderar hon för förlängd inspärningstid för ”bad risks” bortom det högsta stadgade straffet för det aktuella brottet utifrån ett resonemang om vem rimligen bör bära bördan för den fara som (återfalls)kriminalitet medför. I korthet går Flouds förslag om ”skyddsstraffmätning” (”protective sentencing”) ut på följande:

²³ Formuleringen är Michael Tonrys, såsom han uttrycker saken i ”Selective Incapacitation: The Debate over Its Ethics”. Artikeln ingår i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit., ss. 166-178 (citatet finns på s. 173).

²⁴ Op. cit., s. 147.

²⁵ Ibid., s. 143. Detta placerar Morris som förespråkare av ”anti-leniency” statutes, som sanktionerar påföljder för återfall inom den gällande straffskalan, dock strängare än vad som utmätts för första gångens förövare. Förtjänst tillhandahåller enligt honom de yttre gränserna inom vilka (återfall)straffet bör falla, medan de brottspreventiva övervägandena står för ”finjusteringen” inom de av straffsskalan givna ramarna. (Ibid., s. 143 och 145). I enlighet med det kallar Morris sitt förslag för ”limiting retributivism”.

²⁶ I von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit., kap. 3, ”Incapacitation”, p. 104.

²⁷ Artikeln ingår i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), ibid., ss. 124-128.

- (i) Straffbonusen bör utmätas enbart för vissa särskilt skadliga brott²⁸
- (ii) Straffbonusen bör vara proportionerlig till den förväntade brottskadorna som man hoppas avvärja genom att överskrida maxstraffet för det aktuella brottet.²⁹
- (iii) Straffbonusar bör baseras på en uppskattning av återfallsrisken för en viss brottsling som grundar sig på klart angivna stadgar och bestämmelser.
- (iv) Utdömandet av straffbonusen kan dock inte vara reglerad i lagbestämmelserna utan bör till syvende och sist lämnas åt domarens/domstolens skönsmässiga avgörande.³⁰

Snarare än att hänvisa till renodlade samhällsnyttoresonemang, rättfärdigar Floud sitt förslag om ”protective sentencing” med hänvisning till ”principen om riskomfördelning”. Enligt denna princip är det rimligt att skydda allmänheten från en risk vi inte helt kan eliminera (risken att viktimiseras av brott) genom att belasta farliga recidivister. Att många ändå inte ser det på det sättet förklaras enligt Floud av det faktum att vi här tvingas välja mellan en känd och identifierad persons (brottslingen) anspråk på att inte sitta i fängelse längre än nödvändigt och okända personers (eventuella brottsoffer) anspråk att inte lida brottskada i framtiden.³¹

I en annan artikel medförfattad av Warren Young och samma Jean Floud levererar författarna en fullständig analys av vad denna riskfördelningsprincip går ut på. Först skiljer de mellan tre olika typer av individer som kan medföra en sådan fara för andra att skydds- eller straffåtgärder framstår som rättfärdigade: (i) farliga smittbärare; (ii) farliga kriminella; och (iii) farliga icke-kriminella.³² Sedan gör författarna ytterligare en distinktion mellan (a) ”rätten att anses vara harmlös” och (b) den tidigare nämnda ”principen om rättvis riskfördelning”. Den förra principen säger att alla individer bör anses vara ofarliga till dess att motsatsen är bevisad.³³ Den andra principen fastslår i stället att samhället bör bära risken att inte spärra in individer i kategorin (iii) ovan, medan det motsatta gäller i fråga om kategorierna (i) och (ii). Smittbärare eller kriminella har förbrukat sin rätt att anses vara harmlösa och får därför rimligen utsättas för skydds- respektive straffåtgärder, eftersom det inte är rimligt att samhället ska bära risken för deras fortsatta frihet.³⁴ Rätten att anses vara harmlös är med andra ord enligt Floud och Young inte tillräckligt stark för att utesluta skyddsåtgärder riktade mot farliga individer.

²⁸ Flouds lista över dessa brott inkluderar följande brottskador: död, allvarlig kroppsskada, allvarligt sexuellt övergrepp, allvarligt eller långvarigt lidande eller mental påfrestning, förlust av eller skada på egendom som orsakar allvarliga personliga umbäranden, miljökada som leder till en allvarlig negativ effekt på folkhälsan eller allmän säkerhet, allvarlig skada för statens säkerhet.

²⁹ Floud förespråkar med andra ord återfallsbestämmelser där domstolen får vid återfall döma strängare påföljder än vad som är stadgat för det aktuella brottet (Typ ii ovan).

³⁰ Skälet till det är att det är alltför komplicerat att förutse framtida farligt beteende för att kunna reglera denna särskilda domaruppgift i stadgar och lagbestämmelser.

³¹ Denna intressekonflikt har av Anthony Bottoms och Roger Brownsword formulerats i termer av rättigheter. Så säger de t.ex. att brottslingens rätt till proportionerligt straff åsidosätts av (framtida) brottsoffrets rätt till skydd från viktimisering. Se deras artikel ”Dangerousness and Rights”, i Hinton, J.W. (red.), *Dangerousness: Problems of Assessment and Prediction*, London: George Allen & Unwin, 1983. (Citerat i von Hirsch, A. Och Asworth, A., *Proportionate Sentencing – Exploring the Principles*, Oxford University Press, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, 2005, särskilt ss. 50-61.

³² Denna sista kategori definieras av Floud och Young som personer som uppvisar en viss brottsbenägenhet men ännu inte brutit mot lagen.

³³ Denna rättighet liknar rätten att anses vara oskyldig till dess att ens skuld är bevisad, men bara till en viss utsträckning. Till skillnad från rätten att anses vara harmlös kan rätten att förbli oskyldig tills motsatsen är bevisad aldrig fråntas individerna, oavsett hur många gånger de blivit dömda för brott tidigare.

³⁴ Floud, Jean och Young, Warren, *Dangerousness and Criminal Justice*, Heinemann, London, 1981, sid. 44. Citerat i Wood, D., ”Extending Sentences for Dangerous Offenders: Some Objections”, i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), *ibid.*, ss. 129-137.

Med hjälp av dessa distinktioner fastslår Floud också att invändningen att inkapaciterande påföljder bryter mot rättssäkerheten egentligen bygger på ett missförstånd. När vi dömer någon ”bad risk” till längre straff, menar Floud, gäller saken inte att han blir dömd utan att ha överbevisats om att ha begått ett brott. Återfallsförbrytare kan lika litet som andra medborgare förbruka sin rätt att anses vara oskyldiga till ett brott tills motsatsen bevisats. Det de däremot uppenbarligen förbrukat är den rätten som vi andra, till synes laglydiga medborgare åtnjuter, att anses vara harmlösa till motsatsen bevisats. Återfall i allvarlig brottslighet kan i kombination med andra personrelaterade faktorer (t ex, social bakgrund, skolavhopp, arbetslöshet, missbruk, psykologisk störning, beroende av sociala hjälpinsatser, etc.) användas för att skilja ut en viss kategori farliga lagförbrytare som brukar återfalla i brott. Några – kanske de flesta – i detta kollektiv kommer förmodligen inte att göra det. Men det faktum att vissa (om än få) gör det och åsamkar offren stort lidande rättfärdigar att samhället i förebyggande syfte vidtar vissa skyddsåtgärder, på samma sätt vi gör när vi sätter folk i karantän. Allas (inklusive återfallsförbrytarens) rättighet att anses vara oskyldig till man döms av en domstol bör därför inte sammanblandas med individernas (de flestas?) rätt att presumeras vara harmlösa tills motsatsen bevisats. Farliga återfallsförbrytare åtnjuter naturligtvis den förra, men har i och med sin brottslighet förbrukat den senare rättigheten. Eller så har åtminstone Floud och Young argumenterar för sin sak³⁵

Flouds förslag har dock ifrågasatts av David Wood.³⁶ Utifrån en distinktion mellan ”farliga brottslingar” och ”farliga (icke-brottsliga) personer” föreslår han att de förra utsätts för skyddsåtgärder i stället för straff. Han försvarar sitt förslag på två olika grunder. Dels är den risk som ett fåtal farliga recidivister utgör inte större än den som orsakas av icke-brottsliga farliga personer; dels stödjer han sig på den epistemiska svårigheten att i fångpopulationen skilja ut de som faktiskt kommer att återfalla i allvarlig brottslighet.³⁷ Woods slutsats blir därför att återfallsbestraffningar inte kan accepteras, men andra icke-punitiva frihetsberövande åtgärder (t.ex. inspärning eller sluten vård) i likhet med karantän ändå kan vara rättfärdigade för att hantera mycket farliga vanebrottslingar³⁸

Som tidigare redovisats vill Floud och Young döma farliga recidivister till längre påföljder. Men i linje med Woods resonemang kan man fråga varför det inte räcker med icke-punitiva skyddsåtgärder också för farliga recidivister, om syftet med ”protective sentences” påstås vara att inkapacitera brottslingarna. Är det därför att sådana lindriga åtgärder, åtminstone till synes, inte står i samklang med det vida accepterade förtjänstbegreppet? Eller därför att ett sådant system inte skulle godtas av den allmänna opinionen? Floud och Young antyder att en sådan praxis riskerar att spridas till att också omfatta icke-brottsliga dock farliga personer. Men de ger oss tyvärr inte något argument för att en sådan risk faktiskt föreligger. Och – vad värre är för deras förslag – implicerar ett sådant svar att farliga brottslingar används enbart som medel för att skydda andra (icke-brottsliga dock farliga individer) från att utsättas för straffobehaget.

³⁵ En annan författare som försvarat straff på liknande grunder är Norval Morris. I sin redan citerade artikel anför han att när vi har att göra med återfallsrisk bör vi ställa os frågan: ”Vem skall bära risken för att lida skada, brottslingen eller samhället?” Svaret på den frågan beror enligt Morris på den bedömningen man kommit fram om individens personliga omständigheter. Är risken en på tjugo att han begår ett våldsbrott, då bör kanske samfundet ta den risken. Men om individen begår ett brott – även om det inte gäller ett våldsbrott – då ändras oddset radikalt och riskbördan börjar övergå till agenten. (Op. cit., s. 142).

³⁶ Op. cit., ss. 134-137.

³⁷ Woods kritik drabbar därför också Morris’ förslag om straffutlägg vid återfall. Även om Morris inte är beredd att förespråka hårdare påföljder för återfallsförbrytare än vad som är stadgat som maxstraffet, vill han fortfarande straffa dem snarare än att utsätta dem för icke-punitiva åtgärder.

³⁸ Wood, D, op. cit., i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit., s. 136.

Är återfallsstraffen diskriminerande?

Till sist kunde inkapaciterande återfallsstraff angripas med argumentet att våldsprediktorer är diskriminerande. Som Norval Morris uttrycker saken,

*"The sad fact is that in our society predictors of violence are not racially neutral"*³⁹

Morris' påpekande kan utvidgas till att också omfatta andra prediktiva faktorer (som t ex arbetslöshet, drogmisbruk, beroende av socialhjälp, etc.) som är direkt relaterade till den sociala och ekonomiska ojämlikheten som präglar våra samhällen. Är det inte då moraliskt problematiskt att använda sig av dessa markörer som prognosverktyg inom rättssystemet?

Man kunde försöka bemöta denna invändning med hjälp av två argument. Till att börja kunde man påpeka att dessa faktorer (med undantag av ras) ofta används av försvarsadvokater som argument för att deras klienter inte ska bli häktade eller ska dömas till icke-frihetsberövande påföljder. Hur kan det då vara så fel när samma omständigheter åberopas som en grund för en längre fängelsedom?, frågar t.ex. James Q. Wilson⁴⁰ Men det finns trots allt en skillnad mellan att ta med sociala faktorer över vilka agenten har begränsad eller ingen kontroll alls som förmildrande omständighet, och att låta dem vara grunden för hårdare påföljder. Och denna skillnad tycks inte sakna moralisk relevans.

Men är det verkligen möjligt att låta vissa socialt präglade prediktorer inverka på straffutmätningen, medan man utesluter andra? Låt oss igen ta rastillhörighet som exempel. I delstaten Minnesotas Straffutmätningkommitté är rasfaktorer bannlysta som grund för påföljdsbestämning. Men om man inte också bannlyser andra sociala och ekonomiska faktorer som prediktiva redskap av framtida brottslighet blir ett sådant förbud helt tandlöst. Eftersom ras är förknippad med andra socioekonomiska variabler, kommer den ändå att inverka på brottsförutsägelse, om än indirekt och oavsiktligt⁴¹ Alternativet verkar då vara att vid återfallsförutsägelser enbart ta hänsyn till sådana faktorer som är direkt relaterade till kriminellt beteende. Den mest träffsäkra i det avseendet är tidigare brottslighet. Men utan de andra blir brottsprognoserna mer bristfälliga. Hur göra denna avvägning?

Norval Morris har framfört ett annat argument för att neutralisera, eller åtminstone försvaga, diskrimineringsargumentet. Om målet att skydda potentiella brottsoffer ska tas på allvar av rättssystemet, då är det enligt honom inte rimligt att helt enkelt blunda för det faktum att olika brottslingar utsätter sina medborgare för hot av vida varierande karaktär. Konstaterandet att olika brottspreventiva åtgärder kan slå socialt snett borde naturligtvis leda till att man är försiktig med att utdöma straff. Och om det nu trots allt görs, bör man så långt som möjligt tillförsäkra sig om att de punitiva åtgärderna baseras på vetenskapligt grundade fakta. Men i slutänden kan rättssystemet orimligen åläggas att invänta tills de sociala orättvisorna rättats till innan man sätter in olika åtgärder mot brottsligheten. Det borde räcka med att orättvisorna inte ökar till följd av straffet⁴² Detta kräver olika stödprogram och behandling för hårt belastade recidivister, som ett led i att lyfta dem ur deras sociala underläge.

³⁹ Op. cit., sid. 146. Denna invändning drabbar inte bara ett brottspreventivt försvar av återfallstillägget, utan också ett vedergällningsbaserat rättfärdigande av det. Även om vi motiverar hårdare påföljder för recidivister med hänvisning till retributiva teorier kan motståndarna hävda att dessa åtgärder drabbar de socialt sett mest missgynnade i samhället.

⁴⁰ Det här argumentet framförs i "Selective Incapacitation", i von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit., s. 155-6.

⁴¹ I konsekvens med detta resonemang har de andra sociala variablerna ("status variables") också förbjudits av den ovannämnda Minnesota-kommittén som relevanta faktorer vid straffutmätningen.

⁴² Op. cit., s. 146-7.

Det kanske t.o.m. som Wood föreslår, krävs att man avstår från att straffa dem och enbart begränsar deras rörelsefrihet genom icke-punitiva åtgärder. Men att försumma att skydda potentiella brottsoffer kan bara bidra till att lägga olika sorters orättvisor på varandra.

Enligt en annan straffrättslig inriktning beror denna typ av problem helt enkelt på att det är något fel med själva den brottspreventiva tanken. Låt gå att syftet med att inrätta ett straffsystem kan vara att avvärja brott. Men brottsbekämpning får aldrig vara målet för straffmätningen. Vissa vedergällningsanhängare vill följaktligen stödja återfallsstraffen utan att låta brottspreventiva hänsyn alls inverka på deras rättfärdigande.

DEL 3 - VEDERGÄLLNING

Det kanske hårdaste motståndet mot återfallsstraffen finner man bland de retributivistiska filosoferna. De flesta vedergällningsanhängare anser att upprepad brottslighet inte bör inverka på straffutmätningen. Straffet bör enligt dem enbart bestämmas på basis av brottets svårhetsgrad och gärningsmannens ansvar (skuld) för brottet. Ur det följer det att när straffet för det tidigare brottet är avtjänat är det inte rättvist att döma recidivisten till en hårdare påföljd. När man väl reglerat sin skuld till samhället, kan man inte längre belastas för gamla förseelser. Så har t.ex. Hyman Gross sagt att återfallsstadgar är ”crude counterparts of civil commitment”⁴³

Det finns dock vissa retributivister som anser att återfall bör åtföljas av en kraftigare reaktion från rättsväsendet.⁴⁴ Enligt några av dem kan återfallstilläggen motiveras av den extra oberättigade fördel som recidivister påstås ha skaffat sig genom brottet. Andra tycker i stället i enlighet med den expressiva straffteorin att hårdare påföljder för återfall kan vara motiverade som uttryck för samhällets fördömande, en funktion som uppfylls av själva straffåtgärden. I de kommande avsnitten kommer dessa olika teorier att granskas var för sig.

Återfallsbrott som oberättigad fördel

Den retributiva teorin som går under namnet ”benefits-and –burdens theory” (hädanefter B-a-B) har gamla anor. Vissa författare tillskriver dess ursprung till Immanuel Kants kontraktualistiska samhällsfilosofi. Men det finns också moderna anhängare av denna teori.⁴⁵ Enligt B-a-B skaffar sig brottslingen genom sitt brott en oberättigad fördel gentemot andra laglydiga medborgare. I ett (tillräckligt) rättfärdigt samhällssystem är både bördor och fördelar någorlunda rättvist distribuerade mellan medborgarna. En bland dessa fördelar är det skydd för liv och egendom vi åtnjuter tack vare rättssystemet. Priset för det – den bördan vi åläggs för att det skyddet ska kunna bestå – är att själva avstå från brott. Brottslingen utnyttjar dock detta skydd utan att själv uppfylla sin del av samhällsfördraget⁴⁶ Straffet är därför ägnat att upphäva denna oberättigade fördel som brottet gett upphov till. Tillämpad på återfallsbrott innebär B-a-B att brottslingen skaffat sig ytterligare en fördel genom att återfalla i brottsligt beteende. Ett strafftillägg är därför befogat som ett sätt att radera denna extra fördel.

⁴³ I *A Theory of Criminal Justice*, 1979, s. 40. Citatet är hämtat ur Davis, Michael, op. cit., kap. 6, ”Just Desert for Recidivists”, s. 129. Andra vedergällningsanhängare som motsätter sig återfallstillägg är t ex, Fletcher, G., *Rethinking Criminal Law*, Boston: Little, Brown and Company, 1978; Bagaric, M., *Punishment and Sentencing: A Rational Approach*, Sydney: Cavendish Publishing, 2001; Singer, R., *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge, Mass.: Ballinger, 1979 och Corlett, Angelo J., *Responsibility and Punishment*, Springer, 2006.

⁴⁴ Den absoluta majoriteten av retributivister som försvarat återfallsstraffen har emellertid begränsat sig till att stödja den första typen av stadgar som nämnts i inledningen, nämligen de som sanktionerar en progressiv ökning av straffsträngheten men utan att överskrida maxstraffet för det aktuella brottet.

⁴⁵ För en klassisk version av B-a-B-teorin, se Morris, Herbet, ”Persons and Punishments” (publicerad först i *The Monist*, 52, No. 4 (October 1968); omtryckt i Murphy, Jeffrey G. (red.), *Punishment and Rehabilitation*, Wadsworth Publishing Company: Belmont, California, 1995. Andra moderna förespråkare av denna straffteori är bl. a. Wojciech Sadurski, John Finnis och Michael Davis.

⁴⁶ ”Benefits-and- burdens”-teorin är behäftad med många svårigheter. Dock är inte denna artikel den rätta platsen att ta upp dem. För en kritisk diskussion av bristerna i denna straffrättsteoretiska ansats hänvisar jag till min bok *Crime and Punishment?*, Almqvist och Wiksell, Acta Universitatis Stockholmiensis, 1992 (omtryckt av Akademitryck AB 1995 och 1996), i synnerhet ss. 190-204.

Michael Davis har försvarat en variant av återfallsstadgar på sådana grunder. I sin bok *To Make the Punishment Fit the Crime – Essays in the Theory of Criminal Justice* lägger han grunden för ett återfallsstraffssystem där brottslingar utsätts för påföljder som går utöver vad som stadgas som maxstraff för det utlösande brottet.⁴⁷ Så säger t.ex. han att:

“... to say that a recidivist deserves more punishment for what he did than would be a first offender for the same act must be to say simply that the recidivist (by an act seemingly identical to that of a first offender) takes an unfair advantage which the first offender does not take. But what might that advantage be? That advantage must, I think, be a ‘second-order’ advantage – that is to say, the unfair advantage of taking more than one’s fair share of unfair advantage”⁴⁸

Vid närmare eftertanke uppstår dock frågan: vad består återfallsbrottslingen (extra) oberrättigade fördel av? Detta försöker Davis förklara med hjälp av en auktionsmodell. Alla samhällen kan tolerera ett visst antal brott. Vi kan därför tänka oss ett auktionssystem där myndigheterna låter individerna lägga bud på en licens att begå ett särskilt brott. Är brottet eftertraktat, då kommer priset att bli högt; är brottet mer udda (alltså, det läggs inte så många bud för att skaffa licensen att begå det), då kommer priset förmodligen att hamna på en ganska låg nivå. När det gäller återfall gäller det i stället enligt Davis att redan dömda brottslingar (eller, i auktionstermer, de som redan tidigare köpt och nyttjat en brottslicens) ej äger rätt att ännu en gång lägga bud på brottslicenser, med mindre än att de betalar en extra avgift för att överhuvudtaget få rätt att beträda auktionslokalen. Denna extra avgift är enligt Davis återfallsstraffet.

Det finns olika svårigheter förknippade med Davis’ auktionsmodell. En invändning som ofta citeras är att auktioner går ut på att ge folk rätt till vissa saker. Rättssystemet är dock av en annan karaktär: även om samhället kan tolerera en viss nivå av brott utan att samhällslivet blir alltför mycket stört, betyder inte det att de (om än få) brott som begås accepteras. I varje fall inte på samma sätt som vi accepterar ett auktionsbud.

En annan brist hos Davis’ modell är att det blir svårt att rangordna de olika återfallsbrottslicenserna. Om återfallsstraffet rättfärdigas som någon sorts inträdesavgift till auktionslokalen, på vilka grunder kan återfallsstraffet för mord bli hårdare än det som utmålas för fickstölder? Att det förra brottet är klart allvarigare än de senare avspeglas faktiskt i de respektive (standard)påföljderna. Men själva rätten att lägga bud (inträdesavgiften till auktionslokalen) kan inte rimligen bestämmas utifrån allvarsgraden av det brott budgivaren överväger att begå. När man väl är inne i auktionslokalen är det åtminstone i princip helt öppet vilket brottsligt beteende de närvarande till sist kommer att intressera sig för.

Till sist kan man mot Davis’ modell invända att det förutsätter det som skulle bevisas. Många kritiker fokuserar på det orealistiska med en auktionsmodell som instrument för att förklara varför påföljdssystemet ser ut som det gör. Detta är enligt min uppfattning ett missförstånd. Auktionsmodellen är bara ett heuristiskt redskap för att klargöra hur man resonerar om sådana frågor inom rättssystemet. Problemet är snarare att Davis inte ger något argument för att själva auktionen är rättfärdigad. Varför ska man överhuvudtaget gå med på att recidivister bör avlägga en extra avgift för att få rätt att lägga bud på brottsliga tillfällen? Innan man förklarat det har man inte förklarat – ännu mindre rättfärdigat – återfallsstadgarna.

⁴⁷ Dock begränsar Davis sig till att försvara återfallsstraff som är relaterade till brottets svårhetsgrad. Han godtar alltså inte stadgar av typen ”three-strikes-and-you-are-out”.

⁴⁸ Op. cit., s. 135 (Davis’ kursivering).

Återfall och den expressiva straffteorin

Återfallsstraffen har också försvarats med hjälp av den s.k. expressiva straffteorin. Enligt denna variant av vedergällning uttrycker straffet samhällets fördömande av illdådet⁴⁹ Medan standardstraffet förmedlar klandret för det aktuella brottet, står straffutlägget för förkastandet av själva återfallet, som då ses som ännu en bekräftelse på en historia av kriminalitet. Eller så kunde åtminstone argumenteras enligt denna straffrättsliga ansats⁵⁰

Vid första anblicken är argumentet att ett brottsligt förflutet bör ge hårdare påföljd intuitivt rimligt. Ett socialt sett negativt beteendemönster bör mötas av en kraftigare reaktion från samhället än sporadiskt uppkomna fall av skadligt beteende. Men vad är egentligen det som bestraffas? En författare som verkligen bemödat sig om att finna en rimlig motivering till återfallsstraffen utifrån en expressiv straffteoretisk ansats är Andrew von Hirsch. Hans argument citeras ofta av andra retributivister benägna att döma recidivister till hårdare påföljder. Det är därför befogat att grundligt granska hans argumentation.

Generellt anser von Hirschs att återfall ökar illgärningens svårhetsgrad, i synnerhet genom att öka brottslingens ansvar (skuld) för brottet. Enligt honom kan "A repetition of the offense following conviction [...] be regarded as more culpable since [the actor] persisted in the behavior after having been forcefully censured for it through his prior punishment."⁵¹ På den grunden försöker han sedan rättfärdiga en variant av återfallstadgar enligt vilken brottslingar får allt strängare straff i takt med att de återfaller i brott. I stora drag går hans förslag ut på att:

Det är rimligt att bevilja förstagångsbrytare en straffrabatt. Återfall upphäver grunden för denna strafflindring, vilket gör att recidivister straffas hårdare, allteftersom de fortsätter sin brottsliga bana.

Hur rättfärdigar von Hirsch dessa två påståenden? Enligt honom är straffrabatten befogad på den grunden att när vi har att göra med en förstagångsbrottsling får man utgå från en presumption om att den brottsliga handlingen inte avspeglar gärningsmannens äkta personlighet. Enligt honom "Someone convicted of his first serious crime would be entitled to plead that such gravely reprehensible conduct has been uncharacteristic of him, and hence that he deserves to have his penalty scaled down."⁵² Denna försvarslinje avtar naturligtvis med upprepade brottsligheter och då upphör också grunden för strafflindring. Ju mer en individ tillåter sig att bryta mot lagen, desto större skäl har vi att tillskriva detta skadliga beteende till hans sanna karaktär.

⁴⁹ Några förespråkare av denna teori skiljer mellan två olika funktioner som straffet anses uppfylla. Dels har straffet en *kommunikativ* funktion: det förmedlar direkt till brottslingen att hans/hennes gärning är klandervärd; dels har straffet också en fördömande ("denunciatory") funktion: genom att utsätta gärningsmannen för straffobehaget visar myndigheterna för hela samhället att brottet är förkastligt.

⁵⁰ Eftersom den expressiva straffteorin är en retributiv teori borde straffets rättfärdigande fortfarande vila på att brottslingen anses vara skyldig till ett brott. Om fördömandet i sig kunde rättfärdiga straffet kan man inte förklara varför straffobehaget (det som i den engelskspråkiga litteraturen kallas för "hard treatment") är nödvändigt. För att förmedla klander räcker oftast med ett kritiskt omdöme av det lagstridiga beteendet. Anhängarna av den expressiva straffteorin har inte alltid varit tydliga på den här punkten. Självt vill jag inom ramen för denna teori skilja mellan två aspekter: straffets *rättfärdigande* (nämligen, att brottslingen anses ha begått ett brott) och straffets *funktion* (nämligen, att uttrycka fördömande för illgärningen). Bara den senare aspekten räcker ej som rättfärdigande, åtminstone om den expressiva straffteorin också i fortsättningen ska räknas inom den retributiva familjen.

⁵¹ I *Doing Justice: The Choice of Punishment*, New York: Hill and Wang, 1976, s. 85. von Hirsch kallar sin expressiva teori för "censure theory of punishment".

⁵² I "Desert and Previous Convictions", *Minnesota Law Review*, 65, 1981, 620.

Upprepad brottslighet triggas då en process av ”progressive loss of mitigation” som gör det rimligt att utsätta återfallsförbrytare för hårdare sanktioner.⁵³

Von Hirschs ”karaktärsargument” har emellertid blivit kritiserat av Nigel Walker. Ett sådant rättfärdigande av återfallsstraffen vilar inte bara på påståendet att ”straff uttrycker klander för brottet”; det förutsätter också att domstolarna är berättigade att straffa individer för deras karaktär.⁵⁴ Ibland tar domstolarna faktiskt hänsyn till gärningsmannens personlighet. Men när det så görs, säger Walker, är det för att mildra påföljden, inte för att göra straffet strängare.

Von Hirsch har emellertid försvarat sig genom att betona att den ovannämnda ”presumptionen” inte används för att *straffa* någon, inte ens för att straffa någon hårdare, utan i stället för att bevilja någon (t.ex. en förstagångsförbrytare) en strafflindring. En förövare som begår brott för andra gången förtjänar inte, säger von Hirsch.

”... cumulated blame for both his misdeeds because he has been censured for the first act already. What the actor does deserve is the full measure of blame for the current act: he is no longer in a position to claim a scaled down response.”⁵⁵

Men von Hirschs svar vilseleder. Låt oss tänka oss ett återfallsbrott som förtjänar ett straff (och relaterat klander) som hamnar, säg, någonstans i mitten av den för det aktuella brottet gällande straffskalan. Hur mycket är det rättfärdigt att överskrida det för att uttrycka samhällets fördömande för brottet? Inte längre än vad som stadgas som maxstraffet för gärningen, enligt von Hirsch. Men klandret (och det relaterade straffobehaget) får i hans system ändå stiga tills man når den högsta gränsen i straffskalan. I så fall stämmer inte riktigt att återfallsbrottslingar enbart drabbas av ”loss of mitigation”: de straffas hårdare än vad de (det aktuella brottet) förtjänar till följd av sitt återfall.

Von Hirschs svar är också otillfredsställande. Till att börja med kan man fortfarande ställa frågan varför återfallsbrottslingar inte gynnas av någon strafflindring. Även om vi antar att ”presumptionen” som gör att förstagångsförbrytaren får straffrabatt är rimlig, betyder inte detta att han inte klandras. Snarare gäller det att, eftersom det är första gången denna brottsling begår brott, då väljer rättssystemet att uttrycka klandret på ett annat sätt än genom att utsätta gärningsmannen för (hela) straffobehaget (”hard treatment”). Men varför nekade återfallsbrottslingen denna möjlighet?

Frågan är ännu mer befogad när man tänker på att återfall i sig inte behöver vara ett tecken på avtagande respekt för rättssystemet. En person som tidigare dömts för grov miss-handel kan sedan göra sig skyldig till lindrigare brottslighet. På vilka grunder kan en sådan ”brottsbana” utlösa en kraftigare reaktion från samhället? Minst lika rimligt verkar alternativet att bevilja denna snällare variant av återfallsbrottsling förmånen av en strafflindring som erkännande – och uppmuntran – för hans förbättring!

Vidare kan man också undra vad det betyder att utsätta recidivisten för ”det fulla fördömandet” för det utlösande brottet. Anta att vi står inför två exakt likadana brott, med samma straffvärde och båda förtjänta av samma klander, men att det ena brottet begåtts av en återfallsbrottsling och det andra av en förstagångsförbrytare. Hur kan ur retributivistisk synpunkt vara befogad att döma dem till olika straff? Skälet kan inte vara att recidivisten nu får utsättas för det klander (eller straffobehaget) han tidigare skonats ifrån tack vare presumptionen.

⁵³ Följaktligen stödjer von Hirsch sin ”anti-leniency”-återfallsstadgar av typ (i), d v s, sådana där eventuellt förmildrande omständigheter neutraliseras av upprepade kriminaliteter.

⁵⁴ I *Sentencing: Theory, Law, and Practice*, London: Butterworths, 1985, s. 44.

⁵⁵ I *Doing Justice: The Choice of Punishment*, 1976, s. 597-598; citatet är hämtat ur Davis, Michael, op. cit., s. 131.

Som vi redan sett anser von Hirsch inte att återfallstillägget kan likställas med ackumulerat klander, i likhet med en person som tidigare beviljats villkorlig frigivning och sedan vid återfall tvingas avtjäna hela det tidigare straffet. Inte heller kan straffstillägget bero på att det utlösande brottet förtjänar mer klander (vi har i vårt exempel antagit är båda brott är exakt lika klandervärda). Förklaringen tycks inte kunna vara annat än hans karaktär, såsom den utläses av hans tidigare brottslighet.

Von Hirsch har svarat denna kritik genom att säga att det är ett misstag att anse att användningen av tidigare brottslighet som grund för att bedöma någons handlande "... must rest on a whole-life notion of good or bad character".⁵⁶ Men kan detta drag verkligen rädda honom från kritiken? Även om klandret (såsom det uttrycks i straffobehaget) inte omfattar gärningsmannens hela livsgärning, bör det ändå rimligen hänföras till hans brottsliga karriär. Och då är vi tillbaka där vi började: på vilka grunder kan blott återfall rättfärdiga att gärningsmannen nekas en förmån (nämligen, strafflindring) som andra förövare åtnjuter? Von Hirsch ger inte något argument för det, utan att han verkar utgå ifrån att det är rimligt att så göra.

Enligt en annan tolkning av karaktärsargumentet som också anförts av von Hirsch försvaras straffrabatten för förstagångskriminella med argumentet att deras brott kan tillskrivas ett tillfälligt moment av viljesvaghet. Den mänskliga naturen är bräcklig och vem som helst kan bli frestad att begå en lagstridig handling. Denna förmildrande omständighet (refererad av von Hirsch som den "all-too-human frailty" som kan leda människor till att handla fel)⁵⁷ kan dock inte rimligen gälla återfallsförbrytare. Det faktum att de gång på gång begår brott gör att man svårigen kan tillskriva detta till ett ögonblick av viljesvaghet; snarare bör deras handlande ses som ett utslag av fasta handlingsdispositioner. Kan inte hårdare påföljder för återfall rättfärdigas på detta sätt?

En sådan argumentation skapar dock fler problem än vad den löser. Till att börja med, hur kan det faktum att ett brott är uttryck för en persons fasta handlingsdispositioner öka straffsträngheten? Ett möjligt svar kunde vara att detta på ett tydligt sätt visar att han faktiskt avsåg att åstadkomma det brott för vilket han nu döms. Ett sådant argument innebär dock en sorts dubbelbokföring vid straffutmätning. Brottslingens intentionalitet tas redan i beaktande i påföljdsbestämningen när man fastställer hans ansvar (skuld) för brottet.

För det andra tycks denna argumentation utgå från antagandet att förstagångsförbrytare alltid begår brott drivna av en impuls de inte kan kontrollera. Och så är det naturligtvis inte: även "brottsdebutanter" kan noga överväga sin brottslighet. Detta visar att bedömningar om "mänsklig svaghet" – om de alls ska få förekomma vid straffutmätningen – bör göras från fall till fall och kan därför inte utgöra grunden för allmänna bestraffningsdirektiv.

Von Hirsch har också levererat ett annat argument för sitt förslag om "progressive loss of mitigation" för recidivister. Ytterligare ett skäl att bevilja en förstagångsförbrytare straffrabatt är enligt honom att vi därmed vill visa att vi anser honom som fullt kapabel att låta sig påverkas av det klander som finns inbegripet i straffätgården. På det sättet intygar vi vår respekt för brottslingarna som *rationella varelser*. Men allteftersom en individ fortsätter att begå brott visas att han inte blir påverkad av straffets fördömande budskap.

⁵⁶ I "Desert and Previous Convictions", s. 609, citerat i Wasik, M., "Desert and the Role of Previous Convictions", i v. Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit., s. 239.

⁵⁷ I "Desert and Previous Convictions", s. 601 (citerat i Rydberg, J., op. cit., s. 76).

Till att börja med kan man fråga sig varför rättssystemet bör visa respekt för individerna som rationella varelser genom att bevilja dem en straffrabatt i samband med det första brottet. Återigen ser vi här att von Hirsch inte stödjer detta påstående med något argument.

Vidare, varför blir inte recidivisten påverkad av straffet? Är det därför att han inte bryr sig om kritiken? Eller därför att han inte förmår att förstå budskapet? Det finns i von Hirschs argumentation en oklarhet angående vad det är hos gärningsmannen som förtjänar respekt. Är det *förmågan* till rationella överväganden? Så verkar i varje fall hans ståndpunkt vara, när han säger om förstagsstraffrabatten att den "... reflects [...] an ethical judgment: it is a way of showing respect for any person's *capacity*, as a moral agent, for attending to the censure in punishment".⁵⁸ Men i så fall kan även inbitna recidivister vara förtjänta av straffsänkningar, förutsatt att de faktiskt besitter denna förmåga, även om de sällan eller aldrig använder sig av den.

Det verkar då rimligare att tolka von Hirschs argument som om han menade att återfallsförbrytare *inte tillämpar* den rationella förmåga de eventuellt besitter. De förstår budskapet och är förmögna att ta intryck av det, men de bryr sig helt enkelt inte om samhällets klander. På den grunden kan sedan von Hirsch hävda att straffrabatten rimligen kan dras in därför att

"The person has chosen to disregard the disapproval visited on him through punishment, and thus seems not to have made the requisite additional effort at self-restraint".⁵⁹

Återfallsförbrytaren kan då ses inte bara som en individ som kränker individuella rättigheter, utan också som någon som nonchalerar samhällets klander och inte bryr sig om att hålla sig inom ramen för vad lagen tillåter. Recidivisten bryter alltså inte bara mot lagen: han visar dessutom förakt för den. Räcker inte det för rättfärdiga återfallstillägget?

Knappast, åtminstone inom ramen för en vedergällningslära som von Hirschs "censure theory" gör anspråk på att vara. Förakt är ett mentalt tillstånd, inte en handling. En sådan motivering skulle bryta mot en grundläggande (retributivistiskt inspirerad) rättsprincip: *det är handlingar, inte attityder, som bör straffas*.⁶⁰ Historiskt har retributivisterna varit de som betonat vikten av att inte ta alltför mycket hänsyn till vilken sorts person gärningsmannen är. Förtjänstprincipen fokuserar på brottet för att bestämma maxstraffet, medan fokusen på brottslingen och hans personlighet godtas enbart för att lindra straffet. I det avseendet strider von Hirschs syn på återfallsstraff inte bara mot vedergällningslärans grundläggande idé, utan också mot de principer som omfattas av de flesta rättssystemen.

Efter att kritiskt ha granskat alla de argument som von Hirsch under årens lopp levererat till stöd för sin "censure theory" blir slutsatsen att han inte riktigt lyckats med sitt företag. Men det kanske finns någon annan möjlighet att rättfärdiga återfallsstraffen utifrån argumentet om samhällets fördömande som han förbisåg? I nästa avsnitt kommer ett sådant försök att diskuteras som direkt knyter an till den svenska Straffnivåutredningen.

⁵⁸ I v. Hirsch, A., "Desert and Previous Convictions", s. 195, citerat i Rydberg, J., op. cit., s. 73. I min redogörelse av von Hirschs försvar av recidiviststraffen följer jag huvudsakligen Rydbergs artikel.

⁵⁹ Ibid., s. 195, citerat i Rydberg, J., ibid., s. 73.

⁶⁰ Eftersom preventionisterna huvudsakligen är inriktade på effektiva påföljder, har de som bekant mer teoretiskt utrymme att föreslå sanktioner som strider mot de gängse rättviseuppfattningar som styr straffmätningen. Men den vägen är spärrad för en anhängare av den expressiva straffteorin, som i det avseendet är tvungen att alltid och undantagslöst iakta legalitetsprincipen.

DEL 4 – STRAFFNIVÅUTREDNINGENS FÖRSLAG OM SKÄRPSTA STRAFF VID ÅTERFALL

Som vi redan sett i inledningen till detta arbete medger den svenska brottsbalken att recidivister får hårdare påföljder. Motiveringen för denna straffskärpning är dock inte klart angiven vare sig i förarbeten till den aktuella lagstiftningen eller i andra rättsdirektiv. Återfallsbestämmelserna har inte heller utnyttjats i svensk domstolspraxis i någon större omfattning.

Det är bl.a. dessa brister som Straffnivåutredningen fick uppdrag att råda bot på. Inom ramen för de allmänna direktiven till utredarna, enligt vilka "Straffnivåutredningens huvudsakliga uppgift har varit att föreslå ändringar i lagstiftningen som syftar till att åstadkomma en skärpt syn på allvarliga våldsbrott", ingick också att "överväga betydelsen av [...] återfall i brott (att gärningsmannen tidigare har dömts för brott)".

I sina överväganden ska utredarna

"utgå från de principer på vilka vårt nuvarande straffsystem vilar, bl.a. proportionalitets och ekvivalensprinciperna. Dessa kan beskrivas så att straffet ska stå i proportion till brottets allvar, så att svårare brott bestraffas strängare än mindre allvarliga brott och att lika allvarliga brott bestraffas lika strängt. Straffet ska alltså spegla hur allvarligt samhället ser på den brottsliga gärningen."

Därutöver bör utredarnas arbete styras av de allmänna principer som enligt den svenska brottsbalken gäller vid straffbestämning, i synnerhet där det föreskrivs att

"straff ska bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde. Vid bedömningen av straffvärdet ska särskilt beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen har inneburit, vad den tilltalade har insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon har haft."⁶¹

Utredningens slutsatser sammanfattas i det slutbetänkande som presenterades av Riksåklagaren Anders Perklev. Där föreslår Straffnivåutredningen "en ordning som innebär att återfall i brott ska leda till strängare straff i följande två situationer:

- om den tilltalade tidigare vid upprepade tillfällen har dömts för likartad brottslighet
- om brottet utgör återfall i särskilt allvarlig brottslighet och den tidigare och den nya brottsligheten är likartade."⁶²

Om dessa villkor är uppfyllda får domstolen enligt utredarna använda sig av det lagutrymme som Brottsbalken redan ger och döma återfallsbrottslingen till en frihetsberövande påföljd upp till fyra år längre än det stadgade maxstraffet för det utlösande brottet.

⁶¹ 29 kap. 1 § BrB.

⁶² "Straff i proportion till brottets allvar", SOU, 2008:85, avsnitt 8.5.4, sid. 311.

Straffutredningen grundar inte sitt förslag i några eventuella brottspreventiva vinster, vare sig i fråga om att höja straffnivån för allvarliga våldsbrott generellt, eller återfallspåföljder i synnerhet.⁶³ I enlighet med direktiven ser då utredarna ”inte som vår uppgift att i första hand söka efter lösningar som kan leda till mätbara resultat från ett brottspreventivt perspektiv eller att i övrigt uppnå effektivitetsvinster inom brottsbekämpningen. I stället tar våra överväganden sin utgångspunkt i *straffets funktion att kommunicera hur allvarligt samhället ser på olika brottsliga gärningar*”⁶⁴ Återfallsstraffens rättfärdigande påstås då vila på ”... dels att skärpta straff vid återfall i brott förekommer i de flesta rättsordningar och uppfattas som rättvist, dels att det finns ett behov av att kunna visa att samhällets tolerans för det brottsliga beteendet minskar allteftersom detta upprepas.”⁶⁵ Beteckningen av återfallstillägg som ”rättvist” bör i sammanhanget tolkas som att återfallsbrott av utredarna anses inte strida mot straffvärdeprincipen.

I detta avsnitt kommer jag att särskilt ingående granska följande frågor:

- (a) Är återfallstillägg förenliga med straffvärdeprincipen?
- (b) Är återfallstillägg förenliga med proportionalitets- och ekvivalensprinciperna?
- (c) Är samhällets fördömande av återfall en rimlig motivering för att rättfärdiga hårdare påföljder för recidivister?

Är återfallsstraffen rättvisa?

Hur försöker förtjänstanhängarna rättfärdiga återfallstilläggen? Straffet bör enligt dessa retributivister bestämmas med hänsyn till (a) brottskadan och (b) brottslingens ansvar (eller ”skuld”, efter den engelska termen ”culpability”) för brottet. Återfall sägs då öka brottets svårhetsgrad och bör följaktligen leda till hårdare påföljd.

I Sverige har denna idé fått sitt uttryck i begreppet ”straffvärde”. Som tidigare angivits ska vid bedömningen av straffvärdet särskilt beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen har inneburit, vad den tilltalade har insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon har haft.⁶⁶ För att återfallstillägg överhuvudtaget ska kunna ses som rättvisa behöver därför åtminstone en av de följande ståndpunkterna gälla:

- Tidigare brottslighet ökar *brottskadan*.
- Tidigare brottslighet ökar brottslingens ansvar (eller skuld) för brottet, uppfattat i termer av *uppsåt*, *insikt* om eller *motiv* för den brottsliga gärningen.

Låt oss diskutera dessa alternativ var för sig.

⁶³ Så står t.ex. på s. 39: ”I direktiven anges inte något om vilka faktiska effekter, varken såvitt avser brottsligheten eller i övrigt, som översynen förväntas resultera i. Den övergripande målsättningen för kriminalpolitiken är att minska brottsligheten och öka människors trygghet. Detta innebär att allt arbete på straffrättens område bör ske med denna målsättning. Det är emellertid [...] mycket svårt att dra några säkra slutsatser om hur en ändring av straffnivån kan inverka på brottsligheten i samhället.”

⁶⁴ Ibid., s. 39 (min kursivering).

⁶⁵ Ibid., s.17.

⁶⁶ 29 kap. 1 § BrB

Återfall ökar brottsskadan

Vid första påseende är det svårt att se hur det faktum att ett brott begåtts av en återfallsförbrytare i sig kan göra att brottsskadan blir större. Om vi tänker oss två exakt likadana brott - som utförts av två olika lagbrytare med samma uppsåt och motiv och som orsakat samma brottsskada - hur kan man utifrån idén om straffvärde rättfärdiga att den ena får hårdare straff enbart på grund av hennes/hans tidigare brottslighet? Det faktum att gärningsmannen är en återfallsförbrytare har ingen direkt inverkan på hur allvarlig den brottsskada som brottsoffret lidit faktiskt är. Av två lika skadliga brott kan inte det ena vara skadligare *för offret* enbart på grund av att gärningsmannen begått brott tidigare.

Kan man kanske säga att återfall vållar s.k. ”sekundär skada” för samhället? Med det kan menas att: (i) brott försvagar allmänhetens respekt för lagen; och (ii) brott ökar sannolikheten för att utsättas för brott, till följd av denna försvagning. Kan inte återfall då kräva hårdare straff, eftersom det försvagar lagsystemet mer än isolerad brottslighet?

Sekundär brottsskada är dock inte en direkt och nödvändig effekt av brott, utan bara indirekt och kontingent. Vissa återfallsbrott försvagar onekligen rättssystemet, medan i andra fall blir det inte så. Även en förstagångsförövare kan begå ett brott som förstärker intrycket av laglöshet, både hos allmänheten och hos andra potentiella brottslingar. Ska denna förbrytare då få ett strafftillägg? Dessutom är sekundär skada svårbevisbar och låter sig inte graderas i termer av förtjänst. Hur ska vi gå till väga för att bortom allt rimligt tvivel fastställa att ett visst återfallsbrott försvagat rättssystemet? Och hur mycket ska en återfallsförbrytare straffas för hans/hennes lilla bidrag till denna försvagning? Denna effekt kan på sin höjd rättfärdiga en extra påföljd (t.ex. böter eller en avgift till Brottssofferfonden), eller någon icke-straffrättslig åtgärd av mindre ingripande karaktär, men knappast de hårda påföljder som olika sorters återfallsstadgar förespråkar.

Återfall ökar brottslingens ansvar för brottet

Kan i stället återfall göra att gärningsmannens ansvar för brottet ökar? Ansvar uppfattas vanligen i termer av (i) *uppsåt* (dvs. i vilken utsträckning agenten avsåg att realisera brottsskadan samt insikten om att denna skulle uppstå till följd av gärningen) och (ii) *frivilligheten* i handlandet (t.ex. frånvaro av tvång, nödvärn eller provokation).

Att hänvisa till uppsåt verkar inte vara lovande. Tidigare brottslighet kan förvisso öka gärningsmannens medvetenhet om att en viss sorts kriminell handling kommer att följas av en viss typ av brottsskada. Återfall neutraliserar då en eventuell hänvisning till brist på kunskap om brottets konsekvenser (som t.ex. kunde ligga till grund för oaktsamhet). Ett sådant argument rättfärdigar som bäst att man inte beviljar någon strafflindring, men knappast att man ökar på det stadgade straffet för det aktuella brottet. Det verkar (åtminstone ur straffvärdesynpunkt) dubiöst att hävda att eftersom gärningsmannen hade en klar bild av vilka effekter hans, säg, överfallsbrott skulle ha, då bör han dömas till en påföljd som normalt motsvarar mordförsök.

Kan strafftillägg för återfall i stället rättfärdigas med hänvisning till frivillighetsaspekten? Att bedöma frivillighet innebär att man fastställer hur mycket kontroll gärningsmannen haft över sin handling. Frivilligheten kan därför enbart bli en förmildrande - inte en graverande - omständighet, eftersom en brottsling inte kan ha mer än full kontroll över sin handling. Det finns inga ”superfrivilliga” handlingar som en rik historia av kriminalitet skulle ge upphov till, och som domstolarna kunde hänvisa till för att rättfärdiga hårdare straff för återfallsförbrytare. Snarare verkar det vara tvärtom: ju mer kriminellt belastad en individ är desto svårare tycks vara för henne att avstå från kriminalitet. I så fall borde denna brist på kontroll över det egna handlandet snarare leda till lindrigare bestraffning, åtminstone om man håller sig till straffvärdebegreppet!

Kanske kan anhängarna av hårdare återfallsbestraffningar i stället stödja sig på motivet? Standardpåföljden skulle bestämmas enligt formeln ”*brottskada X ansvar*” och den extra bestraffningen utlöses av handlingens *motiv*, som då ses som en graverande omständighet. Vi straffar t.ex. mord för ekonomisk vinning hårdare än ett lika planlagt och kalkylerat barmhärtighetsdödande. Och vi tycker att det är befogat att straffa en av hunger eller nöd framtvungad stöld lindrigare än ekobrott begångna av pur girighet. Handlingens motiv tycks också ligga till grund för straffskärpning i samband med s.k. hatbrott.

Men återfallsbestraffningar gäller inte det. Frågan är snarare om två lika förkastliga mord begångna av *samma motiv* bör straffas olika, enbart på basis av att det första, men inte det andra, begicks av en återfallsmördare. När man ställer frågan rätt, inser man att motivaspekten inte heller kan rättfärdiga återfallsbestraffningar.

Om argumenten ovan är riktiga bör slutsatsen bli att hårdare påföljder vid återfall inte rimligen kan rättfärdigas utifrån straffvärdeprincipen.

Återfall, proportionalitet och ekvivalensprincipen

Enligt proportionalitetsprincipen bör straffobehaget stå i relation till brottets svårhetsgrad. Sådana graderingar är av naturliga skäl svåra att göras. De bedömningar som ligger till grund för dem varierar, kulturellt och juridiskt, både mellan och inom olika samhällen. Det borde dock inte vara omöjligt att uppnå konsensus åtminstone om vad som är uppenbart oproportionerliga påföljder. Att döma en felparkerare till 2 års fängelse, eller att låta en mördare klara sig undan med blott böter, är utan tvekan exempel på bestraffningar som bryter mot den gängse uppfattningen av proportionaliteten i vårt samhälle.

Det finns dock skäl att se Straffutredningens förslag i fråga om recidivism som ett hot mot proportionaliteten. Det återfallstillägg som förordas kommer ofta i praktiken att samverka med andra straffrättsliga följder av återfall, som t.ex. påföljdsval och villkorlig frigivning. Som en av utredarna formulerat saken i ett särskilt yttrande:

Antag t.ex. att någon friges från ett sexårigt fängelsestraff och därefter inom prövotiden på nytt döms för ett brott med motsvarande straffvärde. Återfallet kommer i det fallet att rendera en skärpning omfattande dels ett par års förverkande, dels ett par års återfalls-skärpning. Det betyder att en person kan komma att erhålla 6 års fängelse medan en annan sammanlagt erhåller 10 års fängelse som en reaktion på samma gärning.⁶⁷

Om sex års fängelse för ett visst brott är ett proportionerligt straff, kan inte 10 års fängelse vara det för ett annat exakt likadant brott, enbart på grund av att det begåtts av en mer belastad gärningsman. Även om man skulle vara benägen att till en viss mån låta återfall inverka på straffsträngheten är skillnaden straffen emellan alltför stor.

Av liknande skäl bör man också dra slutsatsen att utredningens förslag bryter mot ekvivalensprincipen. Gärningsmännen i exemplet ovan möts av kraftigt olika sanktioner för liknande brottslighet. Denna effekt beror på den alltför stora inverkan på straffmätning (upp till fyra års straffskärpning) som återfall enligt Straffnivåutredningen tillåts få, samtidigt som återfall också i fortsättningen blir avgörande för både påföljdsvalet och förverkandet av villkorlig frigivning.

⁶⁷ Ghita Hadding-Wiberg, SOU, *ibid.*, s. 401.

Återfall och samhällets fördömande

Kan skärpta påföljder för återfall rättfärdigas med hänvisning till att straff bör avspegla samhällets (strängare) syn på brottslighet? En författare som argumenterat i sådana termer är Julian V. Roberts.⁶⁸ Tidigare brottslighet inverkar på hur klandervärt brottet anses vara av allmänheten. Och detta bör i sin tur avspeglas i straffutmätningen, i varje fall om man inte vill riskera att rättssystemet förlorar trovärdighet. Roberts formulerar sitt förslag inom ramen för det han kallar ”utvidgat ansvar”. På samma sätt som domstolar låter sig påverkas i sin straffpraxis av allmänhetens syn på planläggning (”premeditation”) av brottet som försvårande omständighet, och av ånger (”remorse”) som förmildrande sådan, är det rimligt att iakttä gärningsmannens brotts historia som ett till inslag i ett schema av utvidgat brottsansvar. I synnerhet gäller detta om man, som Roberts, tror att allmänheten ser återfall som en faktor som ökar brottslingens skuld för det aktuella brottet.⁶⁹

Enligt min mening är denna motivering för återfallsstraff den som är svårast att förkasta bland de som upptas i Straffutredningen. I synnerhet gäller detta om man tar fasta på att utredarna betonat att ”...en sådan ordning [...] *uppfattas* som rättvist”. (min kursivering). Alltså, återfallsstraffen behöver inte vara rättvisa; det räcker med att de blir så uppfattade av allmänheten för att de ska kunna rättfärdigas. Kan detta vara ett lyckat argumentativt drag?

Det skulle kunna vara, om man godtog ståndpunkten att lagstiftaren alltid okritiskt bör följa vad den allmänna opinionen tycker rörande kriminalitet.⁷⁰ Men så är naturligtvis inte fallet. I det avseendet bör nog en avvägning göras mellan lagstiftarens olika uppgifter att å ena sidan vägleda och forma den allmänna opinionen och å andra sidan ge uttryck för dess syn och värderingar. Det betyder med andra ord att, även om allmänheten tyckte som utredarna tror att den gör, är detta förhållande inte utan vidare *relevant* för hur kriminalpolitiken bör utformas. Andra faktorer kan faktiskt peka i en helt annan riktning.

En sådan faktor är risken för att i förlängningen befästa en straffspiral. Om man ovillkorligen utgår från vad allmänheten tycker i strafffrågor och anpassar straffskalorna efter det, kommer man med all sannolikhet att hamna i ständigt högre nivåer av straffande. Detta beror på den tillväjningsprocess som sker efter att nya straffsatser införs. Efter en viss tid kommer de nya straffskalorna att ses som helt vanliga, och nya krav på att höja dem ”för att markera samhällets fördömande” av en viss typ av kriminalitet följaktligen kommer att resas. Vilket leder till ännu högre straffnivåer, osv.⁷¹ I det avseendet verkar rimligare att bemöta kravet på mer repression genom att tydliggöra att straffökningen – trots ökade kostnader i pengar och mänskligt lidande – inte har någon inverkan alls på brottsligheten, och att det därför vore mer rationellt att finna andra vägar för att uttrycka samhällsfördömandet.

⁶⁸ Se t.ex. ”Punishing Persistence: Explaining the Enduring Appeal of the Recidivist Sentencing Premium”, *British Journal of Criminology*, 2008 (in press). Se också Roberts, J.V., *Punishing Persistent Offenders. Community and Offender Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2008. Roberts’ förslag skiljer sig dock från Straffutredningens i det att han inte är beredd att låta återfallstilläggen överskrida det stadgade maxstraffet för det utlösande brottet.

⁶⁹ När det finns evidens om att brottet varit planlagt tillskriver människorna brottslingen större ansvar för brottet än om det i stället hade begåtts spontant. Se *Sentencing Statistics 2005. England and Wales*, Home Office, London: Home Office: Research Development and Statistics Directorate, 2007.

⁷⁰ I så fall kunde man t.ex. hävda att återfall bör ges högre straffvärde därför att allmänheten tycker det. Ett sådant omdöme är ju förenligt med min tidigare slutsats om att återfall *faktiskt inte har* högre straffvärde.

⁷¹ Detta argument anförs av en av utredarna, Petter Ask, som avgett ett särskilt yttrande mot Straffnivåutredningens förslag om skärpta påföljder vid återfall. (Op. cit., 402).

Men ett ännu större problem för Straffutredningens förslag är att påståendet att återfallsstraff är förankrade i det vida samhället helt saknar empiriskt underlag. Det finns för närvarande ingen kartläggning av den allmänna synen på återfallsbrottslighet, åtminstone när det gäller att beivra den genom hårdare påföljder.

Det som faktiskt finns är en relativt bred erfarenhet som säger att vilka resultat man får i en sådan undersökning till stor del beror på *hur* man ställer frågan. Det är en sak att fråga folk: ”Bör återfall straffas hårdare?”; det är något helt annat att fråga: ”Är det rimligt att en brottsling som redan sonat sina tidigare brott ska straffas hårdare om han återfaller?”⁷² I det avseendet visar tillgängliga vetenskapliga undersökningar att allmänheten tycks ha en betydligt mer nyanserad syn på straff än vad man i förstone kan tro. Mycket förenklat gäller det att benägenheten att inta en repressiv hållning är större när man ställer generella frågor, men att denna tendens minskar när man konfronterar intervjupersonerna med mer specificerade, konkreta fall.⁷³

Straffutredningens starkaste skäl för skärpta straff för återfall saknar med andra ord både relevans och verklighetsförankring. Så länge gedigna sociologiska undersökningar av människornas attityder till recidivismfenomenet saknas kommer därför misstanken att kvarstå att de kriminalpolitiska förslagen som grundas på dem baseras på politiska slo-gans, snarare än på vetenskapligt grundad evidens.

⁷² Den bild man får av det som vanligen kallas för ”det allmänna rättsmedvetendet” hänger också ihop med *när* man frågar. Går man ut och genomför undersökningar efter ett medialt uppmärksammat våldsbrott (t ex, händelserna i Malexander), kommer man förmodligen att få helt andra svar än de man får under lugnare brottsperioder. Om det alls ska tas i beaktande behöver därför hänvisningen till det allmänna rättsmedvetendet omfatta en tillräckligt lång period som belägg för att de resultat man då får är bestående och relevanta.

⁷³ Se Balvig, *Danskernes syn på straf*, Advokatsamfundet, 2006. Studien citeras av utredaren Petter Ask i sitt redan citerade yttrande i Straffnivåutredningen (op. cit., s. 402).

DEL 5 - SLUTSATSER

Vilka slutsatser följer av den kritiska granskningen av de straffetiska argumenten för och emot skärpta straff vid återfall? I detta avslutande avsnitt ska jag först sammanfatta dessa slutsatser.

Angående det brottspreventiva försvaret av återfallsstadgar fann man följande:

- Det empiriska stödet för att skärpta straff för återfall i tillräckligt stor omfattning skulle minska (grov) brottslighet är inte entydig. Några undersökningar visar även att antalet våldsbrott skulle kunna öka om dessa påföljder implementerades.
- Återfallsstraffen drabbas också av allvarliga invändningar relaterade till rättssäkerheten. Dels utsätts vanekriminella för straff för brott de ännu inte begått, dels blir andra föremål för straffåtgärder för brott de aldrig skulle ha begått om de hade satts på fri fot ("de falska positiva").
- Återfallsstraffen är också moraliskt problematiska eftersom man tvingas använda vissa socialt präglade prediktorer för att höja träffsäkerheten i förutsägelseerna. Detta riskerar dock att sanktionera en påtaglig diskriminering inom rättssystemet.
- I samband med (b) ovan framkom också under diskussionen att dessa invändningar förmodligen tillskrivits mer tyngd än vad de förtjänar. I synnerhet uttrycker kritiken om "de falska positiva" inte en principiellt grundad invändning, utan snarare ett avståndstagande från att döma folk till straff på basis av så trubbiga prediktionsmetoder. Men förutsatt att man i framtiden lyckades utveckla mer träffsäkra förutsägelser, var exakt går gränsen för hur många falska positiva en rättsstat får acceptera? Räcker det med 50 procent? Eller är alla prediktioner som hamnar under 100 procents -streck ett brott mot rättssäkerheten? Vi anser t ex att det är värt att ha ett rättssystem, även om vi vet att vissa människor kommer att dömas till straff på felaktiga grunder. Av förklarliga skäl är det svårt att med exakthet veta hur många oskyldigt dömda sitter i fängelse (En kvalificerad gissning som ofta citeras i sammanhanget är att det rör sig om cirka 4 procent av de tilltalade som blivit dömda). Borde samhället godta en sådan nivå av falska positiva, om tillräckligt stora brottspreventiva vinster kunde fastställas? Denna fråga saknar emellertid praktisk betydelse, åtminstone i nuläget. Så länge andelen falska positiva är så stor, finns det skäl att ifrågasätta en policy enligt vilken återfallsförbrytare döms till straff.
- I fråga om (c) ovan, konstaterades att de rättsvårdande myndigheterna inte rimligen kan vänta till de sociala orättvisorna är åtgärdade för att agera mot allvarlig brottslighet, i synnerhet när den blivit ett levnadsmonster. När syftet är att bespara människor den negativa upplevelsen att bli offer för ett brott bör man kunna använda även sociala och ekonomiska prediktorer. Men också här fanns det skäl att ifrågasätta om tillfogandet av (traditionellt) straffobehag, såsom t.ex. ett fängelsestraff, är rätt åtgärd. I det avseende framstår andra åtgärder, både av punitiv och av icke-punitiv karaktär, som ett alternativ. Mer om detta sägs längre fram i detta sammanfattande avsnitt.

- När turen kom till vedergällningsidealet märktes en mer återhållsam inställning till återfallsstraffen. Enligt de flesta retributivister kan de inte rättfärdigas på förtjänstgrunder. Detta konstaterande borde inte komma som någon överraskning. Historiskt har retributivismen försvarat proportionalitetstanken, enligt vilken straffets stränghet bör stå i proportion till brottets svårhetsgrad. Återfallstillägget är per definition en extra sanktion utöver standardstraffet.
- Om än få, finns det dock några retributivister som är beredda att utsätta recidivister för hårdare påföljder. En av dem är Michael Davis, som försvarat en typ av återfallsstadga där maxstraffet för det aktuella brottet får överskridas utifrån en idé om att (återfalls)brotslingen genom brottet skaffar sig en oberättigad fördel gentemot andra laglydiga medborgare (the "benefits-and-burdens"-theory of punishment). Davis lyckades dock inte med att förklara vad det är för extra fördel som vanekriminella skaffar sig.
- De flesta retributivister som accepterar återfallsstraff försvarar dock stadgar där återfallspåföljden inte överskrider maxstraffet för det utlösende brottet. En av dem är Andrew von Hirsch. I sin "censure theory" hävdar han att vanekriminella bör få hårdare påföljder än förstagångs-förbrytare till följd av att de senare, men inte de förra, är berättigade till en "nybörjarrabatt". Med vid närmare granskning framfick att von Hirsch antingen inte ger några skäl för denna ståndpunkt, eller så anför han argument för sin tes som svårligen låter sig förenas med retributivismens grundtanke. Till exempel nämndes att von Hirschs idé om att vanekriminella förtjänar strängare straff eftersom de inte brytt sig om att hörsamma samhällets tidigare klander kollapsar i en praxis som ligger kusligt nära karaktärsbestraffning.
- Till sist granskades den svenska Straffutredningens förslag om skärpta straff vid återfall och hur det motiverades i dess slutbetänkande. Utredarna började med att konstatera att det är svårt att tillräckligt reliabelt fastställa vilken inverkan de föreslagna åtgärderna kan förväntas ha på brottsligheten. Vidare antas i utredningen att allmänheten stödjer en skärpt syn på återfallsbrottsligheten, utan att ens kommentera behovet av att underbygga – ännu mindre att okritiskt följa - detta antagande. På basis av det anser sedan utredarna att straffnivån generellt, och i synnerhet gällande återfallsbrott, bör följa vad som godtas av det allmänna rättsmedvetandet. Straffutredningens uppdrag kan då lite tillspetsat beskrivas i termer av att överväga införandet av en straffbestämmelse som man vet med all sannolikhet inte kommer att leda till avsevärt minskad kriminalitet, med motiveringen att det är önskvärt att hörsamma allmänhetens syn i frågan, vilket man inte heller har något belegg för. Förslaget om skärpta straff vid återfall, också i Straffutredningens tappning, vilar med andra ord på lösan sand.

Till slut, vad svara på Nigel Walkers tidigare hypotetiska fråga: Om vi (någon gång) förfogade över tillräckligt reliabla prognosmetoder att förutse att någon kommer att begå ett allvarligt brott, vore det då verkligen rimligt att inte döma henne till hårdare straff?⁷⁴

De ovan summerade slutsatserna tyder på att det fortfarande är så. *Hårt straff* är en moraliskt dubiös åtgärd att sätta in mot brott som ännu inte begåtts. Men frågan kan också ställas på ett annat sätt. Traditionellt straff, vars främsta syfte är att utsätta brotslingen för straffobehag ("hard treatment") är bara en bland många åtgärder att försöka få bukt med farlig brottslighet.

⁷⁴ I British Journal of Criminology, 22, 1982, ss. 276-280.

Recidivister kan också bli föremål för icke-punitiva åtgärder som mer liknar karantän än straff. Kostnaderna för Kriminalvården (om det nu skulle vara den myndighet som fick i uppdrag att verkställa en sådan åtgärd) kommer säkert att öka på grund av det innehållet i sådan praxis torde ges. Men det finns mer ekonomiska varianter att tillta – både i termer av pengar och mänskligt lidande - även inom ramen för det nuvarande påföljdssystemet. Ett sådant alternativ är elektronisk övervakning. Med det kan man nog följa (åter)fällsöribrytaren göranden utan att skapa extra kostnader för Kriminalvården. Dessutom besparas den som utsätts för elektronisk övervakning det mänskliga lidandet som all insparning (även karantän och förvar) utan tvekan innebär.

Förutsättningen för en sådan utveckling är dock att den gällande trenden mot tilltagande repression inom rättssystemet öppet och grundligt ifrågasätts. Kriminalpolitiska åtgärder innebär att vissa människor berövas sina grundläggande rättigheter p.g.a. att de begått ett brott. Sådana beslut borde därför enbart baseras på evidens och beprövad erfarenhet. Men om det någon gång gick att (tillräckligt träffsäkert) förutse allvarlig kriminalitet, borde man bemöta den med åtgärder där straffobehaget så mycket som möjligt reduceras och den drabbade personen så långt som möjligt får fortsätta sitt liv i frihet. Man får trots allt inte glömma att det s.k. ”straffutläggget” för återfall egentligen inte är något straff alls, i ordets rätta bemärkelse.

LITTERATURREFERENSER

Artiklar

Bottoms, Anthony och Brownsword, Roger, "Dangerousness and Rights", Hinton, J.W. (red.), *Dangerousness: Problems of Assessment and Prediction*, London: George Allen & Unwin, 1983.

Corlett, Angelo J., "Retributivism and Recidivism" (ännu ej publicerat).

Feinberg, J., "The Expressive Functions of Punishment", Feinberg, J. (red.), *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, NJ, 1970.

Floud, J., "Extending Sentences for Dangerous Offenders", von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), *Principled Sentencing*, Northeastern University Press: Boston, 1992.

Greenwood, P. och Hawken, A., "An Assessment of the Effects of California's Three Strikes Law", *Greenwood & Associate*, 2002.

Johnson, J.L. och Saint-Germain, M.A., "Officer Down: Implications of Three Strikes for Public Safety", *Criminal Justice Policy Review*, 16:4, 2005.

Helland och Tabarrok, "Does Three Strikes Deter? A Non-Parametric Estimation" (www.mason.gmu.edu/~atabarro/ThreeStrikes.pdf), 2007.

Kovandzic, T.V., Sloan, J.J. och Vieraities, L.M., "Unintended consequences of politically popular sentencing policy: The homicide promoting effects of 'three-strikes' i U.S. cities (1980-1999)", *Criminology and Public Policy*, 1:3, 2002.

Lindström, P., "Tredje resan – Vart bär det hän? Utvärderingsresultat och implikationer av den amerikanska lagen "Three-Strikes and You're Out", *Nordisk Tidskrift för Kriminalvetenskap*, 2007.

Moody, C.E., Marvell, T.B. och Kaminski, R.J., "Three-Strikes Laws and the Murders of Police Officers" (opublicerat manuskript), 2004.

Morris, Herbet, "Persons and Punishments", *The Monist*, 52, No. 4 (October 1968).

Morris, Norval, "'Dangerousness' and incapacitation", Duff, A. och Garland, D., *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 1994.

Ramirez, J.R. och Crano, W.D., "Deterrence and Incapacitation: An Interrupted Time-Series Analysis of California's Three-Strikes Law", *Journal of Applied Social Psychology*, 33:1, 2003.

Roberts, J.V., "Punishing Persistence: Explaining the Enduring Appeal of the Recidivist Sentencing Premium", *British Journal of Criminology*, 2008 (in press).

Rydberg, Jesper, "Recidivism, multiple offending and legal justice", *Danish Yearbook of Philosophy*, Vol. 36, 2001.

Sheperds, J.M., "Fear of the first strike: The full deterrent effect of California's two- and three strikes legislation", *Journal of Legal Studies*, Vol. XXXI, 2002.

- Stolzenberg, L. och D'aleccio, S.J., "Three Strikes and You're Out: The Impact of California's New Mandatory Sentencing Law on Serious Crime Rates, Crime and Delinquency, 43:4, 1997.
- Tonry, Michael, "Selective Incapacitation: The Debate over Its Ethics", von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit.
- von Hirsch, A., "Selective Incapacitation: Some Doubts", von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit.
- von Hirsch, A., "Incapacitation", von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit.
- "Desert and Previous Convictions", *Minnesota Law Review*, 65, 1981.
- Walker, Nigel, "Unscientific, Unwise, Unprofitable or Unjust?", *British Journal of Criminology*, 22, 1982,
- Wasik, M., "Desert and the Role of Previous Convictions", von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit.
- Wilson, James Q., "Selective Incapacitation", von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit.
- Wood, D., "Extending Sentences for Dangerous Offenders: Some Objections", von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), op. cit.
- Worrall, J.L., "The Effect of three-strikes legislation on serious crime in California", *Journal of Criminal Justice*, 32, 2004.
- Böcker**
- Bagaric, M., *Punishment and Sentencing: A Rational Approach*, Sydney: Cavendish Publishing, 2001.
- Balvig, *Danskernes syn på straf*, Advokatsamfundet, 2006.
- Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Burns, J.H. och Hart, H.L.A. (utg.), University of London, The Athlone Press, 1970.
- Corlett, Angelo J., *Responsibility and Punishment*, Springer, 2006.
- Davis, Michael, *To Make the Punishment Fit the Crime – Essays in the Theory of Criminal Justice*, Westview Press: San Francisco-Oxford, 1992.
- Feinberg, J. (red.), *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, NJ, 1970
- Fletcher, G., *Rethinking Criminal Law*, Boston: Little, Brown and Company, 1978.
- Floud, Jean och Young, Warren, *Dangerousness and Criminal Justice*, Heinemann, London, 1981.
- Greenwood, Peter, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, California, Rand Corporation, 1982.
- Gross, Hyman, *A Theory of Criminal Justice*, New York: Oxford University Press, 1979.
- Roberts, J.V., *Punishing Persistent Offenders. Community and Offender Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

Singer, R., *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge, Mass.: Ballinger, 1979.

Tamburrini, C., *Crime and Punishment?*, Almqvist och Wiksell, Acta Universitatis Stockholmiensis, 1992.

von Hirsch, A. och Ashworth, A. (red.), *Principled Sentencing*, Northeastern University Press: Boston, 1992.

Proportionate Sentencing – Exploring the Principles, Oxford University Press, Oxford Monographs on Criminal Law and Justice, 2005.

von Hirsch, A., *Doing Justice: The Choice of Punishment*, New York: Hill and Wang, 1976.

Censure and Sanctions, Clarendon Press, Oxford, 1993.

Walker, Nigel, *Sentencing: Theory, Law, and Practice*, London: Butterworths, 1985.

Zimring, F.E., Hawkins, G. och Kamin, S., *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California*, Oxford University Press, 2001.

Offentliga tryck

Brottsbalken

”Kriminalvårdens redovisning om återfall – Uppföljning t.o.m 2006”, Krantz, Lars och Lindsten, Karin, Kriminalvården; Reprocentralen, Norrköping, 2008.

”Verkställighet av fängelsestraff”, Statens Offentliga Utredningar (SOU, 1993:76.

”Straff i proportion till brottets allvar”, SOU, 2008:85, avsnitt 8.5.4.

Sentencing Statistics 2005. England and Wales, Research Development and Statistics Directorate, Home Office: London, 2007.



Kriminalvården

www.kriminalvarden.se
601 80 Norrköping
Telefon 077-228 08 00
Fax 011-496 36 40