

OM
ÅTERFALL I BROTT.

AF

ERNST KALLENBERG,
VICE HÄRADSHÖFDING, JURIS UTRIUSQUE KANDIDAT.



I DISTRIBUTION:
GLEERUPSKA UNIVERSITETS-BOKHANDELN
(Hjalmar Möller).

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2024

eISBN: 9789198899856

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.270>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

OM
ÅTERFALL I BROTT.

AF

ERNST KALLENBERG,
VICE HÄRADSHÖFDING, JURIS UTRISQUE KANDIDAT.

AKADEMISK AFHANDLING,
SOM MED TILLSTÅND AF REKTOR OCH VIDTLAGFARNA JURIDISKA FAKUL-
TETEN VID UNIVERSITETET I LUND, FÖR VINNANDE AF JURIDISK
DOKTORSGRAD, KOMMER ATT OFFENTLIGEN FÖRSVARAS Å
LÄROSALEN N:O VI FREDAGEN DEN 14 DECEMBER 1894
KL. 10 F. M.



LUND 1894,
BERLINGSKA BOKTRYCKERI- OCH STILGJUTERI-AKTIEBOLAGET.

INNEHÅLL.

	Sid.
Inledning	I.
I. Om skillnaden emellan återfall i brott och reell brottskonkurrens.	7.
II. Om straffets grund	17.
III. Om återfallsbegreppets konstruktion	43.
IV. Några invändningar emot återfall såsom grund till straffförhöjning	68.
V. Om den praktiska användbarheten af begreppet återfall, bygdt på motivlikhet, samt om återfallets betydelse i de positiva lagarne	74.
VI. Dom eller bestraffning såsom villkor för iterationsstraff. Inländsk och utländsk dom. Pröfning af föregående dom	101.
VII. Om återfallspreskription	116.
VIII. Om återfallets verkningar	128.

Inledning.

Utan att göra sig skyldig till öfverdrift kan man påstå, att få frågor inom våra dagars straffrättsvetenskap äro föremål för så stor uppmärksamhet som den, hvilken rör återfall i brott. Man behöfver ej länge sysselsätta sig med den moderna straffrättslitteraturen för att komma till insigt härom. Begreppet återfall är emellertid ingalunda af färskt datum. Sedan gammalt har den företeelsen, att brottet i en persons lif icke utgör en enstaka händelse utan synes vara uttryck för en stadigvarande sinnesriktning, tilldragit sig beaktande, och helt naturligt ej kunnat göra annat. Det ligger nemligen så nära till hands att anse den, som mer än en gång brutit emot samhällets lagar, farligare än den, som första gången i handling ådagalägger en mot rätten fiendtlig vilja; med föreställningen härom följer ock större stränghet vid bestraffandet af den förre. I sin nuvarande gestalt, kännetecknad såsom ett upprepadt föröfvande af brott, emellan hvilka ligger en mer eller mindre långt avancerad straffande verksamhet, kan återfallsbegreppet väl sägas tillhöra en jemförelsevis senare tid, men den tanke, som föranledt dess uppställande, har redan tidigt fört med sig praktiska konsekvenser men hänsyn till beifrandet af förbrytelser, hvilka föregåtts af liknande straffbara handlingar ¹. Det är dock ej så, att orsaken till återfallets nutida framdragande i förgrunden är att söka i

¹ Se Sacker, Der Rückfall, Berlin 1892, sid. 89 ff.

den historiska utvecklingen på straffrättens område — denna spelar härvid en ytterst blygsam rol; utan orsaken ligger i iakttagandet af fenomen inom samhällslifvet, hvilka på senare tiden uppträdt med sådan stadighet och styrka, att de icke kunnat undgå tilldraga sig det allmänna intresset och framkalla lifligt meningsutbyte om medlen till det ondas afhjelpande. Sedan en följd af år har man funnit, att brottens stigande antal hufvudsakligen är att tillskrifva återfallens tilltagande¹. Ökningen af antalet förbrytare håller nemligen icke jemna steg med ökningen af antalet brott, och förklaringsgrunden härtill kan ej vara annan än den, att samme personer blifva upphofsmän till allt flere förbrytelser. Bland de många statistiska data anför vi här några för att visa betydelsen af det sist sagda.

Den tyska kriminalstatistiken utvisar, att under perioden 1882 till 1889 det årliga antalet af förut för Verbrechen eller Vergehen dömda personer ökats från 82,456 till 115,686, och att procenttalet af dem, hvilka före begåendet af en straffbar handling undergått frihetsstraff för Verbrechen eller Vergehen, under samma tid stigit från 23 till 28,3². Den franska statistiken, som i olikhet med den tyska omfattar jemväl vagabondage och mendicité, hvilka hänföras till délits (Vergehen), gifver vid handen en ökning under åren 1850—1888 af procenttalet återfall, i fråga om délits från 21 till 45 samt i fråga om crimes från 28 till 57³. I Italien äro motsvarande siffror under tiden 1885—1887 27,64 och 32,21 samt 32,85 och 36,04. Äfven från andra länder, såsom Österrike, Ungern, Holland, Belgien m. fl., föreligga lik-

¹ Se: von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, i Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (angifves härefter med Z) Bd. III, sid. 37; Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung (angifves härefter med Mitteilungen) Bd. III, sid. 295 ff.

² Sacker l. c. sid. 26.

³ André, La récidive. Théorie d'ensemble et commentaire détaillé des lois préventives ou répressives de la récidive, Paris 1892, sid. 5 f.; Yvernés, De la récidive et du régime pénitentiaire en Europe, Paris 1874, sid. 1.

nande uppgifter. Sverige är ej heller bättre stäldt uti ifrågasvarande afseende. Olivecronas bekanta arbete »Om orsakerna till återfall till brott och om medlen att minska dessa orsakers skadliga verkningar» innehåller åtskilliga tabeller angående återfall, af hvilka man finner, bland annat, att under perioden 1859 — 1870 proportionen emellan de årligen till straffarbete eller allmänt arbete återfallne och de nykomne dömde förändrats från 33 procent till 38,8 procent. Enligt meddelande å internationella kriminalistiska föreningens tredje möte i Kristiania år 1891¹ kan man beräkna, att i vårt land af 100 för straffbara handlingar i allmänhet dömde omkring 40 återfalla i brott.

I sammanhang med konstaterandet af återfallets allt mer betydelsefulla ställning inom kriminaliteten står iakttagelsen, att det ej så mycket är recidiven öfver hufvud som fastmer de upprepade recidiven, hvilka äro skuld till brottens ökning. Med andra ord antalet recidiv växer i större progression än antalet recidivister. Inom återfallets mindre gebit yppar sig alltså samma företeelse som inom brottets större, nemligen koncentration på färre individer. I Tyskland gestaltade sig, enligt uppgift, förhållandet emellan dem, som endast en gång förut, och dem, som redan flere gånger varit dömde till straff, år 1882 såsom 13 till 9,11 samt år 1888 såsom 17,2 till 12. I Frankrike har man konstaterat, att under loppet af fyra år domar till följd af återfall tilltagit med 15 procent, medan antalet personer, som varit föremål för dessa domar, vuxit endast med 5 procent². Den svenska statistiken synes leda till liknande slutsatser; procenttalet återfall stiger nemligen i samma mån, som det beräknas med afseende å individer, hvilka oftare förut varit straffade³. I fråga om stöld uppgår det till 40 procent för de till första resan dömde, 55 procent för de till andra och 67 procent för

¹ Uppströms Gutachten, Mitteilungen III, sid. 287 ff.

² Mitteilungen III, sid. 298 f.

³ Mitteilungen III, sid. 290 f.

de till tredje resan dömde. Som man kan vänta, uppvisar återfallet de största talen vid egendomsbrotten, hvilka ju bilda den form, hvari den brottsliga benägenheten för närvarande företrädesvis framträder, men äfven brott, hörande till andra kategorier äro stadda i tillökning; särskildt nämnas vanligen brotten emot statsmakten, misshandels- och sedlighetsförbrytelserna.

De anförda talen torde vara tillräckliga för det ändamål, vi därmed afse, nemligen att ådagalägga, att det finnes synnerligen goda skäl för det allvarliga arbete, man för närvarande egnar åt lösningen af återfallsproblemet. Det är ej möjligt för lagstiftare och kriminalister att se bort från de hithörande fakta, hvilka statistiken lägger för ögonen. Då straffet har till uppgift att af den brottslige göra en laglydig samhällsmedlem, bevisar hvarje återfall, att det fullföljda syftet icke nåtts; förekomma återfallen talrikt och visa tydlig tendens att taga till, ligger den slutsatsen nära till hands, att någonting är otillfredsställande i de sociala förhållandena, särskildt de, som angå straffinstitutions organisation. På sådant sätt får återfallsspörsmålet lätt en utsträckning, som låter det omfatta allt inom straffrättsvetenskapen i vidsträckt mening. »Frågan om återfall innehåller i sig alla frågor inom straffrätten och fängelseväsendet» har nyligen en författare, som är ett troget språkrör för de nyaste åskådningarna, yttrat¹. Och såsom ämnet nu för tiden plägar behandlas, är hans uttalande sant. Detta sammanhänger på det närmaste med de tendenser, hvilka karakterisera den vetenskapliga riktning, som håller på att arbeta sig fram. Dess utmärkande drag är det energiska bekämpandet af »begreppsjurisprudensen», såsom det moderna slagordet lyder; i stället för undersökningen af brott och straff såsom abstraktioner skall träda ett ingående studium af brottet såsom ett empiriskt faktum eller rättare sagdt af förbrytarne, då brottet har betydelse endast så-

¹ Sacker l. c. sid. 8.

som ett uttryck för deras sinnesriktning. Den metod, som därvid användes, är den naturvetenskapliga, induktiva, som drager slutsatser från ett genom iakttagelser af det verkliga lifvet samlat material, så omfångsrikt som möjligt. Enär brottet är en produkt af å ena sidan de yttre förhållanden, under hvilka det kommer till, och å andra sidan det under deras inflytande stående subjektets personlighet, får den vetenskapliga undersökningen af brottet till objekt dels dettas sociala faktorer och benämnas kriminalsociologi och dels dess individuella faktorer, hvilka falla under den s. k. kriminalantropologien. På grundvalen häraf uppstår kriminalpolitiken, som tillägges uppgiften att angifva de grundsatser, efter hvilka brottet skall bekämpas.

Den omgestaltning, straffrättsvetenskapen, tack vare de nya »realistiska» åskådningarna¹, synes vara på väg att erhålla, framträder ingenstades så tydligt som just vid behandlingen af återfallsspörsmålet, hvilket tager i anspråk lejonparten af uppmärksamheten. Detta är en naturlig följd däraf, att intresset koncentreras på förbrytaren i stället för på brottet, uppfattadt såsom en öfverträdelse af rättsordningen, ty bland förbrytarne tilldraga sig helt naturligt beaktande i främsta rummet de, hvilka icke en utan upprepade gånger uppenbara sin bristande vilja eller förmåga att afpassa sig efter de samhälleliga betingelserna.

Man finner af det ofvanstående, att ett arbete angående återfall i brott, hvilket satte för sig uppgiften att med tillnärmelsevis grundlighet från alla förut antydda synpunkter behandla ämnet, skulle kräva forskningar af sådan omfattning, att de väl öfverstiga de flestes krafter. I alla händelser hafva vi efter vida blygsammare måttstock utkastat planen till denna afhandling. Föremål för vårt arbete är hufvudsakligen återfallsbegreppets juridiska konstruktion samt framställningen af de principer,

¹ Fuld, Das rückfällige Verbrecherthum, Berlin 1885, sid. 1 ff.

hvilka härutinnan och angående återfallets verkningar gjort sig gällande i de viktigare positiva lagarne. Vi utesluta alltså den kriminalpolitiska sidan af ämnet i den mån, densamma icke är oskiljaktigt förenad med den dogmatiska, hvilket ofta är förhållandet, då kriminalpolitik och straffrätt i trängre mening icke bilda tvenne strängt från hvarandra skilda sfärer, utan i mångt och mycket gå in i hvarandra, liksom för öfrigt gränsen dem emellan ingalunda ännu är definitivt bestämd. Vi utesluta vidare hela den preventiva recidivistlagstiftningen, hvilken står i samband med flertalet af de reformer, som för närvarande stå på dagordningen; dit hör t. ex. frågan om det villkorliga domfällandet, en fråga af sådan omfattning, att den ensam för sig utgör ett anseeligt objekt för en afhandling. Härigenom, och då vi vid framställningen af främmande lagar förbigå alla detaljbestämmelser, såsom varande af mindre intresse, ernår vårt ämne den nödiga begränsningen.

I. Om skillnaden emellan återfall i brott och reell brottskonkurrens.

Gifvet är, att i brottmål den omständigheten, att den för brottet tilltalade förut föröfvat straffbara handlingar, måste spela stor rol. I mer än ett afseende är sagda omständighet af betydelse. Redan då det gäller att afgöra, om den tilltalade är till brottet skyldig, kan man ofta ej undgå att taga hänsyn till hans föregående lif, däraf framför allt begångna rättskränknin-
gar komma i betraktande. Sammanställd med dessa, finner må-
hända den åtalade förbrytelsen sin fulla förklaring; densamma kan genom dem framstå i sådant ljus, att allt tvifvel om den påstådda skulden försvinner, och domstolen sålunda aktar full bevisning vara för handen.

För oss af intresse är emellertid berörda omständighet från en annan synpunkt, nemligen med hänsyn till dess inflytande på bestämmandet af straff för brottet. Det är dock ingalunda så, att flere brottsliga handlingar af samma person alltid stå i straff-
rättsligt förhållande till hvarandra, att den tidigare förbrytelsen med nödvändighet öfvar inverkan på den senares straffbarhet, eller att denna inverkan, där den gör sig gällande, alltid är lika stor. Tvärtom är det otvifvelaktigt riktigare att utgå därifrån, att brotten skola bedömas oberoende af hvarandra, än från den motsatta uppfattningen. En nödvändig förutsättning för att vid frågan om straff för ett brott sätta detta i relation till en förut begången förbrytelse är, att emellan handlingarna består ett

sammanhang af sådan beskaffenhet, att den brottslighet, som den ifrågavarande handlingen innebär, icke blifver efter förtjenst bedömd, så framt handlingen betraktas såsom ett isolerat faktum i stället för såsom ett led i en utvecklingskedja.

I många fall ha lagarne sjelfva uttryckligen tagit hänsyn till förefintligheten af ett dylikt sammanhang. Så vid de sammansatta brotten, hvarpå såsom exempel kan nämnas rån. I detta delikt ingå två hvar för sig, men på olika sätt, rättsstridiga samt straffbara handlingar, hvilka sammanfattats till en enhet sålunda, att den ena handlingen kvalificerar den andra. Andra exempel på en dylik laglig enhet erbjuda kollektivdeliktet och den fortsatta förbrytelsen. Båda bestå begreppsénligt af ett flertal likartade handlingar, men under det att vid kollektivdeliktet de särskilda handlingarna hvar för sig antingen icke äro brottsliga eller åtminstone icke utvisa samma brottslighet, som därest de betraktas såsom ett helt, är en hvar af de i den med namnet fortsatt förbrytelse betecknade enheten ingående handlingarna ett brott af samma slag som handlingarnas totalitet. Vid kollektivdelikten, hvilka i utländska lagar spela långt större rol än i den svenska¹, och till hvilka man hänför de yrkesmässiga och vaneförbrytelserna, utgöres det moment, som till ett helt förénar handlingarna, just af yrkesmässigheten eller vanan; däremot ha lagstiftning och doktrin icke lyckats att med någon tillfredsställande formel angifva det band, som skall betinga den fortsatta förbrytelsens behandling efter mildare grundsätser, än reglerna för reellt sammanträffande brotts bestraffande möjliggöra, och därför öfverlätit åt domaren att i hvarje konkret fall fastställa, huruvida från någon synpunkt sedt de särskilda handlingarna sakna tillräcklig sjelfständighet för att hvar för sig beläggas med ansvar.

¹ Se: von Lilienthal, Beiträge zur Lehre von den Collectivdelikten, Leipzig 1879. Såsom exempel på kollektivdelikt i svenska strafflagen nämnes vanligen skörlefnad. Strl. 18: 11.

I de fall, om hvilka vi nu talat, förefinnes samband emellan flere handlingar; detta är emellertid så intimt, att lagen låtit dem tillsammans tagna bilda ett brott. Alla sådana kombinationer ligga alldeles utanför vårt ämne; här ha vi endast att sysselsätta oss med det straffrättsliga förhållandet emellan särskilda brott. Detta förhållande kan gestalta sig på två olika sätt, allt efter som senare förbrytelse skiljes från tidigare genom denna öfvergånget straff eller ej. Brottskonkurrens och återfall i brott beteckna de olika arterna af brottens relation till hvarandra.

För den reella brottskonkurrensen, det enda slag af konkurrens, hvarmed vi här ha att göra, förutsättes i allmänhet¹, att brotten föröfvats, innan något af dem blifvit föremål för dom, att de alltså samtidigt komma före till bedömande, eller att dock möjlighet härtill förefinnes; återfall i brott innebär däremot alltid, att det först begångna brottet drabbats af ansvar åtminstone i den mån, att en straffdom föreligger, då det senare föröfvas. Vid återfall är förty icke fråga om mer än ett enda brotts bestraffande, medan det vid reellt sammanträffande alltid gäller flere förbrytelsers beläggande med ansvar.

Vill man ej stanna vid denna formella skillnad emellan ifrågavarande två begrepp utan söka göra sig reda för, hvad det är som betingar den till utseendet så olika behandlingen, framställer sig till besvarande frågan, hvilken grunden är till den reduktion, som vid sammanläggningen af straffen för de reellt sammanträffande brotten verkställles². Denna grund anses af många ligga däri, att den till ett helt förenade summan af de särskilda

¹ Vår lag utsträcker, som bekant, konkurrensreglernas användning äfven till det fall, att brott föröfvats efter en dom, men innan straffet enligt denna blifvit till fullo verkställt. Strl. 4: 9.

² Jfr Hagströmer, Granskning af förslaget till strafflag för Storfurstendömet Finland, Upsala 1879, sid. 113 ff.; Schütze, Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage, Z III, sid. 48 ff.

straffen innehåller ett större ondt än samtliga straffen, verkställda hvar för sig utan sammanhang med de öfriga, detta beroende därpå, att straffets intensitet växer med dess extensitet; enligt denna uppfattning är meningen med reduktionen icke att bereda den brottslige någon mildring, utan i stället att fritaga honom från en orättvis straffskärpning. Riktigheten af satsen om straffets med extensiteten stigande intensitet är dock ingalunda oomtvistad och synes i denna utsträckning icke böra godkännas. Då man mot densamma anfört ¹, att det ej är möjligt att in abstracto besvara frågan, om straffet verkligen blir hårdare, ju längre det varar, utan att allt härvid beror på individuella förhållanden, i ty att den ene måhända föredrager att utstå flere straff i ett sammanhang, medan en annan hellre vill aftjena dem med mellantider, så är detta visserligen sant men ställer ej saken i fullt riktig belysning. Ett är nemligen, hur förbrytaren uppfattar straffet, ett annat, hvilken inverkan det utöfvar på honom. Det är skillnad emellan »ein Schmerz, den man empfindet», och »ein empfindlicher Schmerz» ². Hvad angår långa frihetsstraff, utöfva de, om man får tro åtskilliga från kompetent håll afgifna utlåtanden ³, ett särdeles skadligt inflytande på fångens sjäslif och kroppskonstitution. Med afseende å dem har därför ifrågakomna sats giltighet. Däremot passar densamma icke in på de kortvariga frihetsstraffen. Då därtill kommer, att kumulationsprincipen i vår liksom i flere främmande strafflagar genomföres utan modifikation i fråga om böter, ehuru just vid detta straff ofta torde kunna inträffa, att erläggandet på en gång af flere bötesbelopp är ett mera kännbart ondt än erläggandet af samma belopp på skilda tider, och då dessutom en sådan regel som den i vår lags 4 kap. 8 § innehållna skulle med antagande af ofvannämnda grund till straffreduktionen vid den reella

¹ Schütze I. c. sid. 74.

² Sontag, Beiträge zur Lehre von der Strafe, Z I, sid. 499.

³ Se: von Lilienthal I. c. sid. 99 ff.

brottskonkurrensen vara omotiverad, därest straffen icke komme att utstås i ett sammanhang, framgår, att en tillfredsställande örklering af sagda reduktion icke står att vinna från nu ifrågavarande synpunkt.

Den naturliga grunden till att straffen icke oafkortade sammanslås, är att finna däri, att den genom ett brott uppenbarade motsatsen emellan den brottsliga viljan och den allmänna i rätten uttryckta viljan icke genom begåendet af nya brott, innan de tidigare blifvit bestraffade, mångfaldigas utan blott på visst sätt förstoras, hvadan bestraffningen af samtliga brotten bör inrättas så, att hela straffet icke uppgår till de särskilda straffens summa ¹. Denna tanke kommer tydligare till uttryck, om man säger, att det är samma rättsstridiga vilja, som i de olika handlingarna manifesterar sig, vare sig med samma eller olika styrka; liksom en kraft, hvilken flere gånger gifver sig till känna, icke till sitt öfvervinnande erfordrar en motkraft af den samlade styrka, som framträdt i förstberörda krafts alla manifestationer, så kräfver ej heller den rättsstridiga vilja, som uppenbarat sig i flere brott, samma straffanvändning, som vore af nöden, därest brotten härörde från olika personer. Schützes kritik af denna åsigt kan ej erkännas vara träffande. Då han säger: »Sicherlich wird in jedem Delikte der Thäter und an diesem der durch das Delikt erwiesene Rechtsbruch bedroht und bestraft. Gesetzt nun, dieser Rechtsbruch erscheint wirklich als geringerer bei jedem zweiten, dritten u. s. w. Delikte desselben Individuums — etwa weil das Schuldmass nicht entsprechend wächst oder wie sonst man das begründen will — so folgt daraus nur, dass die Einzelstrafe für jedes dieser nachfolgenden Delikte dem entsprechend bemessen wird. Wie in aller Welt aber soll daraus noch weiter folgen, dass diese Einzelstrafen nicht zusammengerechnet, gehäuft werder dürfen?», så ser han saken från alldeles oriktig

¹ Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Erlangen 1875, § 75.

synpunkt. Det är nemligen icke tal om, att skulden blir mindre vid hvart följande brott — efter omständigheterna kan den vara lika stor, mindre eller större — utan därom, att samma brottsliga subjekt skall bestraffas, därvid straffet gifvetvis icke bör vara svårare, än dess ändamål, den rättsstridiga viljans rättande kräfver.

Enligt den första af anförda två grunder är det vid reell konkurrens egentligen icke fråga om ett sammanträffande af brott utan om ett sammanträffande af straff; ej till följd däraf, att det ena brottet påverkar det andra, kommer någon straffreduktion till stånd, utan denna har för sin tillkomst att tacka ett förhållande, som icke sammanhänger med brottens straffbarhet. Äfven den andra af berörda grunder säger ingenting om, huruvida efterföljande brott blir mer eller mindre straffbart, därför att gerningsmannen förut gjort sig till brott skyldig. Vid en jämförelse emellan brottskonkurrens och återfall i brott bör emellertid denna punkt framhållas, då begreppet återfall just beror därpå, att den viljeskuld, som med afseende å den i återfall begångna handlingen ligger gerningsmannen till last, icke blifver till fullo beaktad, så framt ej blicken riktas på det tidigare brottet jemte den straffande verksamhet, hvarför han på grund af detsamma redan varit föremål.

I sistberörda afseende har man trott sig finna en väsentlig olikhet emellan konkurrens och återfall, bestående däri, att ett blott upprepande af brott utan mellankommande straff gör gerningsmannen förtjent af mildare bedömande för efterföljande brott i ordningen, medan återfall verkar i rakt motsatt riktning. De i förra hänseendet anförda skäl synas dock icke vara hållbara, utan de torde snarare kunna användas för att bevisa motsatsen af hvad man vill bevisa. Genom att undgå upptäckt, har man sagt¹, får den brottslige anledning till förhoppning om att äfven

¹ Berner, Grundsätze des preussischen Strafrechts, Leipzig 1861, sid. 125
Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16 Aufl., Leipzig 1891, s. 290; Olshau-

framgent kunna gäcka rättvisan, och därigenom uppmuntras han till vidare brott; eller, enligt en annan variation af samma tanke ¹, genom det första brottet försvagas kraften att stå emot frestelsen att ytterligare begå brott, utan att därefter något inträffar, egnadt att åstadkomma en reaktion emot den genom brottet framkallade böjelsen till upprepande. Dessa argument hvilat på en uppfattning af grunderna för den subjektiva straffbarheten, som konsekvent tillämpad skulle föra till mycket orimliga och samhällsvådliga resultat. De allra farligaste brottslingarne, de s. k. vaneförbrytarne, äro otvifvelaktigt de, hvilka lättast besluta sig för att begå brott och därvid ha minst inre motstånd att öfvervinna, men långt ifrån att detta ländar dem till ursäkt, framstår den rättsstridiga viljan desto ondare och straffvärdare, ju starkare de brottsliga begären äro och ju mindre hinder afhållande faktorer förmå lägga i vägen. Har verkligen ett brott, hvarför gerningsmannen lyckats undgå ansvar, hos honom medfört ett förstärkande af den brottsliga böjelsen eller ett förminskande af den sedliga kraften att stå frestelsen emot, lider det intet tvifvel, att icke en andra förbrytelse, såsom framsprungen ur ett till det onda mera vändt sinnelag, är straffbarare än det första steget på brottets väg. Här utöfvar den tidigare handlingen inflytande på den senare, i det att bådas förekomst påkallar ett bedömande af den senare, som afviker från det beaktande, den skulle vunnit, därest den stått ensam. Den omständigheten, att ett straff måhända skulle förekommit den utveckling till det sämre, som innefattas däri, att brottslingen genom undgående af upptäckt uppmuntras till ytterligare brott, kan denne naturligtvis icke åberopa till sin förmån; han har icke hos staten en fordran på att blifva straffad, och om han ock verkligen det hade, kunde han i alla händelser icke på statens underlåtenhet att infria sin

sen, *Der Einfluss von Vorbestrafungen auf später zur Aburtheilung kommende Straftaten*, Berlin 1876, sid. 14.

¹ von Buri, *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, Stuttgart 1879, sid 54 ff.

skuld grunda någon rätt, så framt han ej uppenbarat, att fordringsanspråket existerade, och möjliggjort dess tillgodoseende.

Man finner sålunda just af de skäl, hvilka åberopats för att ådagalägga, det brottskonkurrens och återfall i brott beteckna afvikelser i olika riktningar från den ordinära straffbarheten, att en handling vid konkurrens liksom vid återfall kan framstå i strängare dager, därför att gerningsmannen förut begått brott. Detta är dock något för konkurrensen alldeles oväsentligt, under det däremot återfallsinstitutet har berörda förhållande att tacka för sin existens. Dessutom består en så betydande gradskillnad emellan den förhöjda farlighet, hvarför upprepadet kan vara uttryck vid sammanträffande och vid återfall, att densamma icke kunnat undgå att influera på straffet. Om man sålunda också icke bör erkänna riktigheten af den utaf en framstående kriminalist uttalade satsen: »Erhöhte Gefährlichkeit in der Wiederholung selbst ist nur dann gegeben, wenn inzwischen etwas geschehen war, was neue Motive für die Unterlassung hätte liefern sollen»¹; så betingar likväl återfallets stegrade straffbarhet helt andra konsekvenser än det blotta upprepadets.

Såsom förut är nämnt, utmärkes återfall i brott till skillnad från brottskonkurrens däraf, att emellan den tidigare och den nya förbrytelsen ligger straff för den förra. Sjelfva ordet återfall häntyder på, att brotten afskiljas från hvarandra genom någonting, som varit riktadt mot det första brottet². Ser man på ordets rent språkliga innebörd, så betecknar det tvenne särskilda fall, hvilket förutsätter mellankommande upprättelse. Användt såsom straffrättslig term, gifver det således vid handen, att en person, som begått ett brott och kommit ur det brottsliga

¹ von Lilienthal å int. krim. föreningens tyska landsgrupps 1:sta möte (se de tryckta förhandlingarna, sid. 67).

² Se häröfver bland andra Ortolan, *Eléments de droit pénal*, Paris 1875, I, sid. 552; Olrik, Om Sondringer indenfor Forbryderne med særligt Hensyn til Modsetningen mellem Lejligheds- og Vaneforbrydere, i *Tidskrift for Retsvidenskab* 1893, sid. 154.

tillståndet, åter gör sig till brott skyldig. Till benämningen knyter sig just icke föreställningen om, att det senare brottet måste föregås af ett straff, utan snarare en annan föreställning, nemligen den om föregående förbättring. Denna föreställning är emellertid icke riktig. Har den brottsliga viljan verkligen genom den däremot vända repressionen rättats, har alltså förbättring i den mening, hvarom inom straffrätten bör vara tal, inträddt, så föreligger ej något återfall. På denna tanke är ett institut, som inom återfallsläran spelar stor rol, nemligen institutet återfalls-preskription, grundadt. Med åvägabragt förbättring kan man ej likställa det faktum, att recidivisten för tidigare brott varit fäld till straff eller till och med undergått detta straff. Att en dom ensamt icke kan anses medföra den brottsliges förbättring, är klart, ty af domen ej ens väntar sig samhället detta resultat, och att bestraffningen icke är ett ofelbart medel därtill, torde vara obestriddt. Då det säges, att brottslingen genom straffet försonat sitt brott, syftas ej på någon försoning i moralisk mening, hvilken förutsätter en inre sedlig omdaning, utan man menar rätt och slätt, att han för brottet icke vidare får göras till föremål för bestraffning.

Medan sålunda ordet återfall snarare säger för mycket än för litet, gäller motsatsen om den ofta använda benämningen iteration, som ej antyder annat än ett upprepande, oafsedt om emellan de olika handlingarna något inträffat, och alltså lemnar alldeles ur sigte det till ifrågavarande begrepp hörande rekvisitet mellankommande dom eller bestraffning. Emellertid begagnas allmänt inom straffrätten båda beteckningarna vid sidan om hvarandra för att utmärka det förhållandet, att en person, som begått brott och därför drabbats af ansvar, å nyo gör sig till brott skyldig. Äfven vi betjena oss framdeles af orden i sagda betydelse ¹.

¹ Det franska ordet *récidive* kan sägas vara en internationell beteckning för återfall. Tyskarne begagna ordet *Rückfall*; i norska och danska lagspråket förekommer däremot det mot iteration svarande *Gjentagelse*.

Nyss angifna vidsträckta återfallsbegrepp är icke det, till hvilket doktrin och lagstiftning knyta praktiska följder; i ett eller annat afseende, med många skiljaktigheter hos olika författare och i olika lagar, fordras något mer. Och i sjelfva verket kan ej ett sådant begrepp tillerkännas straffrättslig relevans; det innefattar nemligen fall, hvilka icke lämpa sig att framhållas såsom kräfvande större straff för ett nytt brott, än detta, betraktadt såsom en första förbrytelse, bör medföra. Begreppet bör gifvetvis konstrueras så, att därunder ingå endast förbrytelser, hvilka verkligen med hänsyn därtill, att gerningsmannen förut låtit brott komma sig till last och i anledning däraf varit utsatt för statens straffande verksamhet, framstå såsom i någon högre grad straffvärda.

Det torde här böra påpekas, att i ett afseende alltid kan sägas föreligga skäl att vid straffs eller rättare sagdt frihetsstraffs bestämmande för ett brott icke lemna ur sigte den omständigheten, att förbrytaren redan undergått frihetsstraff; därigenom har nemligen hans mottaglighet för sådant straff minskats, och större quantum erfordras för att nå det med straffet åsyftade ändamålet. Denna förminskade sensibilitet står emellertid icke i något sammanhang med de vare sig objektiva eller subjektiva moment, efter hvilka brottens straffbarhet bedömes, och har således snarare kriminalpolitisk än straffrättslig betydelse. Då vi tala om återfallets större straffbarhet ha vi ej för ögonen berörda förhållande; det vinner för öfrigt tillbörligt beaktande såsom ett ganska litet vägande moment vid ansvarets mätande inom den ordinära skalan.

Begreppet återfall innesluter i sig frågan om större eller mindre straff. Det är därför tydligt, att den straffteori, den uppfattning af straffets ändamål, från hvilken man utgår, måste vara af väsentlig betydelse vid begreppets konstruktion. Vi kunna alltså icke undgå att, innan vi gå vidare i dithörande spörsmål, precisera vår ståndpunkt i fråga om straffet öfver huf-

vud. Härvid ha vi icke den aflägsnaste tanke på att lemna någon framställning af den stora mängd straffteorier, som till våra dagar uppstålts, eller att framdraga alla möjliga synpunkter, från hvilka straffet kan ses — en sådan uppgift faller utom den naturliga ramen för denna afhandling — utan vi vilja endast framhålla så mycket, som för vårt ämne är af intresse, därvid särskildt tagande fasta på åsigter, hvilka för närvarande kämpa om herraväldet, och hvilka i hufvudsaklig grad hafva betydelse just inom återfallsmaterien.

2. Om straffets grund.

Om man med en absolut straffteori förstår en sådan, för hvilken straffet har sitt ändamål i sig eller med andra ord icke har någon annan betydelse än att vara en nödvändig följd af brottet¹, och om man undersöker, hvilken ställning detta absoluta straffbegrepp intager inom våra dagars straffvetenskap, finner man, att dess rol är jemförelsevis blygsam². Den tanken, att straffandet liksom hvarje annan förnuftig mensklig verksamhet har ett utom sig liggande ändamål och i detta finner sitt berättigande, träder allt mer i förgrunden; denna tanke synes för öfrigt vara så själfklar, att man är böjd för att tro på riktigheten af Bindings uttalande³, det ännu aldrig någon i verkligheten för-

¹ Annerstedt, Om straffmätning, sid. 2 (Upsala univ. årsskrift 1869); Hagströmer, Om frihetsstraffen, sid. 169 ff. (Upsala univ. årsskrift 1875); Nyblæus, Om statens straffrätt. Tredje upplagan. Lund 1879, sid. 47; Wijkander, Om preskription i brottmål enligt svensk allmän lag, Lund 1878, sid. 6.

² Se Janka, Die Grundlagen der Strafschuld, Wien 1885, sid. 39 ff., och hans granskning af de tyske kriminalisternas åsigter.

³ Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts I. Vierte Auflage. Leipzig 1890, sid. 134 not 1.

nekat, att straffet har ett ändamål. Likväl misstager man sig högeligen, om man tror, att frågan om straffets grund och väsen är för närvarande såsom en följd af åsigtarnas närmande till hvarandra föga dryftad; tvärtom har sedan något mer än ett decennium tillbaka förts en liflig strid om detta fundamentala spörsmål inom straffrättsvetenskapen¹. Emot hvarandra stå å ena sidan den äldre idealistiska skolan, representerad af flere bland Tysklands förnämste kriminalister, å andra den realistiska riktningen, som kan sägas hafva sitt högqvarter i internationella kriminalistiska föreningen. Den senare, hvilken gjort sig till målsman för reformsträfvandena på straffrättens område, betonar med särskild styrka ändamålsidén.

Det är till en början ej utan sina svårigheter att komma under fund med, hvarom i sjelfva verket striden rör sig. Närmast faller man på den tanken, att straffet, som allmänneligen af den äldre riktningen karakteriseras såsom vedergällning, ytterst föres tillbaka till ett kategoriskt imperativ eller uppfattas såsom uttryck för vårt sedliga medvetandes fordran, att på brottet såsom en osedlig handling skall utan hänsyn till rättsordningen följa straff, hvilket sålunda är att mäta efter graden af handlingens immoralitet. Vedergällningsstraffet såsom sådant skulle alltså hafva en i grunden fullständigt absolut karakter, vedergällningsteorierna — äfven de, hvilka känneteckna sig såsom rättsliga — vara absoluta teorier. Så uppfattas de nog ock stundom af vedergällningsstraffets motståndare², och äfven målsmän för ifrågavarande teorier namngifva dem såsom absoluta³. Men, med

¹ von Liszt, Z III, sid. 4; Meyer, Die Gerechtigkeit im Strafrecht (Gerichtssaal XXXIII, sid. 101 ff.)

² Se Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrechte. Strassburg 1892, sid. 15, 30.

³ Binding, I, c. sid. 131 ff. Sontag, Z I, sid. 486 ff. Den senares uttalanden äro synnerligen betecknande för hvad man nu för tiden uppfattar såsom en absolut teori. Efter att hafva (sid. 495) uttryckligen framhållit, att den absoluta teorien är den enda riktiga, och yttrat: «Der Grundgedanke (der

största orätt, för så vidt man i begreppet om en absolut teori inlägger ofvannämnda betydelse.

Då Binding ser skillnaden emellan de absoluta teorierna, till hvilka han hänför sin egen, och de relativa däri, att enligt de förra brottet är »nicht nur Voraussetzung, sondern alleiniger Grund der Strafe, die sich also ihrerseits als Rechtsfolge des Unrechts und nur als solche darstellt», medan däremot enligt de senare brottet är »nur Voraussetzung, nicht Grund der Strafe, vielmehr nur Symptom für das Vorhandensein eines ausser ihm liegenden Strafgrundes», är hans mening icke den, att straffet måste vara till, oafsedt om något yttre syfte därmed vinnes. Äfven Binding är, oaktadt anförda missledande uttryck synas antyda annat, af den åsigt, att straffet har till ändamål rätts-

deutschen Philosophie), dass die Strafe nur aus dem begangenen Verbrechen gerechtfertigt werden könne, wird ewig unverloren bleiben», medgifver Sontag strax därefter: »Die Strafe rechtfertigt sich zwar aus dem Unrecht, aber sie ist nicht die notwendige und unmittelbare Folge einer bestimmten Art desselben, kein kategorischer Imperativ, kein religiöses Gebot, sondern der Staat setzt sie nach eigener freier Entschliessung fest und wird dabei stets sich leiten lassen von den Rücksichten auf das Gemeinwesen und dessen Fortentwicklung, So dient dieselbe unzweifelhaft der Zukunft des Rechtslebens — —» Men det är, enligt Sontag, ej endast så, att staten, ledd af hänsyn till samhällets bestånd och utveckling, afgör, hvilka rättsstridiga handlingar skola beläggas med straff, utan samma praktiska synpunkter göra sig gällande i fråga om de för straffbara förklarade handlingarnas bestraffande. Det heter nemligen (sid. 497): »So wenig sie (die absolute Theorie) zu entscheiden vermag, welches Unrecht als Verbrechen zu strafen sei, eben so wenig darf sie den Versuch wagen, ein absolut gerechtes Strafmass aufzustellen. Vielmehr hat sie nur zu fordern, dass die Strafe der Bedeutung des Rechtsbruches für das Gemeinwesen, dem rechtlichen Werte des Verbrechens, entspreche.» Då Sontag längre fram (sid. 498) tillägger: »Denn trotzdem die Strafe sich nur auf das Vergangene beziehen und dem Rechtsbruch gemäss abstufen darf, sie dient gleichwohl der Zukunft, indem sie das Ansehen des Rechts aufrecht erhält und kräftigt und in dem Verbrecher das Gefühl seiner Abhängigkeit und seiner Schuld hervorzurufen und dadurch die Besserung anzubahnen geeignet ist;» ligger det i öppen dag, att man här har att göra med en teori, som i den gamla vedertagna meningen icke alls är absolut.

tillståndets betryggande¹. Denna sin funktion fullgör straffet genom att vända sig emot brottet, hvilket förty är straffets grund, utan att dock häraf uteslutes, att straffet har ett ändamål. Men äfven de relativa teorierna knyta straffet till brottet; jemväl de vilja ej straffa annan än den, som begått en förbrytelse, och denna kan förty, oaktadt dessa teoriers framhållande af straffets syftning åt framtiden, sägas vara straffets grund. Saken ser mera invecklad ut, än den i verkligheten är. En handling behöfver ej vara utan ett ändamål, därför att den har en grund; tvärtom äro grund och ändamål oskiljaktigt förbundna. I denna mening är striden därom, huruvida straffet följer »quia peccatum est» eller »ne peccetur», orimlig, ty motsatsen emellan quia och ne är, såsom von Liszt anmärker, inbillad². »Strafen wir, um einen zweckmässigen Zustand herbeizuführen, so strafen wir auch, weil der frühere Zustand unzweckmässig war. Das Unzweckmässige, das dem Wohle der Menschheit Hinderliche ist Strafgrund»³. Otillfredsställande är det fördensskull, då Binding betecknar såsom något för de relativa teorierna egenomligt, att straffet pålägges icke »quia peccatum est», utan »postquam peccatum est, ne peccetur».

En verklig motsats består dock emellan den nya realistiska skolans och de hittills herskande åskådningarnes uppfattning af straffet. Merkel's förut citerade afhandling: »Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht» och von Liszt's motskrift: »Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe» (Z XIII s. 325 ff.) gifva en ytterst intressant inblick i hvad det härvidlag rör sig

¹ Se: Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Zweite Auflage, Erster Band, Leipzig 1890, och Janka's (1. c. sid. 41 f.) granskning af Binding's normteori.

² Z III, sid. 44. Se ock Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889, § 69.

³ Herold, Bemerkungen über das Rechtsprinzip der Zweckstrafe, Z XII, sid. 576.

om¹. Skillnaden ligger icke däri, att den nya riktningen tillerkänner straffet ett ändamål, utan i olika åsigter om hvad som är straffets objekt eller, kanske rättare sagdt, i hvilket omfång straffet skall taga hänsyn till objektet². Man kan tänka sig straffet i förhållande till brottet på tvåfaldigt sätt: såsom reaktion emot den brottsliga handlingen och såsom reaktion emot förbrytaren. Den förra hittills vanliga synpunkten vill man ersätta med den senare. Nu kan det visserligen vid första påseendet synas, som om differensen endast hade sin grund i lärda hårklyfverier. Man säger sig utan tvifvel genast, att straffet alltid vänder sig emot förbrytaren, att brottet, lösgjordt från subjektet, endast är en abstraktion, som ej kan vara föremål för straff. Då den fordran vidhålles, att straffet skall vara reaktion emot brottet, är meningen ej heller att förneka nödvändigheten af straffets riktning emot brottssubjektet, ty ett sådant förnekande skulle vara rent oförnuft, utan frågan gäller, i hvilken utsträckning hänsyn skall tagas till subjektiviteten. Enligt den äldre, ännu herskande läran³, skall straffet motsvara den betydelse för samhället, brottet har. Denna brottets betydelse beror i första hand af det värde, dess angreppsobjekt eger för rättsordningen; straffet får aldrig öfverstiga den gräns, som betingas af sagda värde. Först därefter kommer den brottsliga viljan, den subjektiva farligheten i betraktande. Denna rangordning emellan brottets objektiva och subjektiva sidor vill man nu förändra: låta straffet uteslutande eller åtminstone i första rummet rätta sig efter brottslingens karakter och först därefter fästa afseende vid det intresse, som genom brottet kränkes⁴. För så

¹ Jmfr. och v. Liszt Gutachten, Mitteilungen IV, sid. 125 ff.

² Jmfr. Sliosberg, Das Objekt der Strafe Z XI, sid. 701.

³ Se t. ex. Sontag l. c. sid. 496 f., von Buri, Der Zweckgedanke im Strafrecht Z IV, sid. 174 ff.

⁴ v. Liszt, Z XIII, sid. 354. v. Liszt, hvilken som bekant intager en synnerligen bemärkt ställning såsom målsman för reformsträfvandena, säger i äldre upplagor af sin Lehrbuch des deutschen Strafrechts (se 4:de uppl. Berlin 1891,

vidt det yrkande går ut på att i högre grad, än som sker, låter orottets subjektiva faktorer öfva inflytande på straffet, kan ätsamma, efter vårt förmenande, endast förtjena gillande. Först därigenom möjliggöres det tillbörliga beaktandet af förbrytarens hela personlighet, af hans sinnelag, sådant det, sedt i belysningen af hans föregående lif och särskildt tidigare brott, ter sig. Framför allt är, som man finner, ifrågavarande uppfattning af genomgripande betydelse för återfallsläran. Den omständigheten, att brottslingen förut begått brott och därför varit straffad, kommer att tillmätas en helt annan vikt, än hittilldags i allmänhet varit förhållandet. Så uppfattadt, innebär emellertid sagda yrkande — oakadt vi naturligtvis ej äro blinda för dess stora räckvidd — icke egentligen någonting revolutionärt utan endast ett steg vidare på den historiska utvecklingens väg. Om det kränkta intressets art säges i första eller andra rummet vara bestämmande för straffets storlek, betyder mindre. I sjelfva verket är det samma sak, ty skall berörda moment öfver hufvud spela någon rol, kan denna ej bestå i annat, än att lagstiftaren därefter drager den yttersta gränsen för straffet. Något annat är det ej heller, som för närvarande eger rum. Så länge man fasthåller härvid, hindras man från att kasta öfver bord lagarnes hela indelning af brotten i arter och underarter, då till grund för denna hufvudsakligen ligger angreppsobjektets natur, och att i stället sätta en klassifikation af förbrytarne; den förenkling

sid. 26): «Unsere Forderung geht richtig verstanden dahin, die Schwere der Strafe in erster Linie nach der Tiefe der rechtlichen Verschuldung, in zweiter Linie erst nach dem Werte des angegriffenen Rechtsgutes zu bemessen. Das ist an sich keine Ablehnung sondern eine tiefere Fassung des Vergeltungsgedankens.» I den nyaste (6:te, Berlin 1894) upplagan af sin lärobok synes v. Liszt gå längre i sina fordringar på undanskjutande af de objektiva grunderna för straffbestämningen (se sid. 66 och 67). Det heter sålunda: «Vergolten soll werden nach der Schuld des Thäters. Die Schwere der Schuld bestimmt sich aber nicht, wenigstens nicht in erster Linie, nach dem äusseren Erfolg der That, sondern nach dem Grade der in der That zu Tage tretenden Auflehnung des Einzelwillens gegen die Rechtsordnung.»

af lagarne, som blir en följd däraf, att den brottsliga effekten får spela en något blygsammare rol, kan väl ej annat än helsas med glädje.

Stannade man här med reformkrafven, skulle de helt säkert på många håll väcka mindre betänkligheter, än hvad nu är fallet. Skillnaden mellan gammalt och nytt blefve ej heller så utomordentligt stor. Äfven den äldre uppfattningen vill icke fränkänna den subjektiva skulden inflytande på straffmättet och önskar väl ej, ehuru von Liszt påstår detta ¹, att se brottet bedömdt såsom ett isolerad faktum utan sammanhang med den tilltalades tidigare lif. Vore meningen sådan, skulle man icke hålla fast vid de vidsträckta straffskalorna, hvilka tillkommit för att möjliggöra ej minst, att hänsyn tages till de otaliga gradationerna i viljeskulden; strafflagen kunde bringas till nära öfverensstämmelse med en katalog, som satte ett visst värde på hvarje af rätten skyddadt intresse och med ledning häraf faststälde absoluta straff för de mot intressena fiendtliga handlingarna. Men den nya riktningen går nog längre, än vi förut antydt; åtminstone berättiga många uttalanden till en sådan slutsats. Den tendensen gör sig gällande att låta straffet uteslutande eller så godt som uteslutande rätta sig efter förbrytarnes viljebeskaflenhet. Därmed är man emellertid inne på en farlig väg, som leder till konsekvenser af sådan art, att man, såsom Merkel anmärker, i allmänhet icke är hågad att draga dem ². Säkerligen står det i den mest afgjorda strid med det hos folken lefvande rättsmedvetandet att belägga mindre rättskränkningar med hårda straff, och häri ligger ett efter all sannolikhet oöfverstigligt hinder för genomförandet af en så ultraradikal reform. Bland de följder däraf, hvilka vanligen varnande framhållas, är det i synnerhet en, som synes oss vara bestämmande, då det gäller att taga parti uti ifrågavarande meningsstrid. Den viktigaste garantien

¹ Z XIII, sid. 354; Mitteilungen IV, sid. 138.

² Vergeltungsidee, sid. 32 ff.

för individens skydd mot öfvergrepp från statsmaktens sida är, att han icke kan straffas för annat än hvad han gjort, icke för hvad han är. Låter man straffet helt och hållet rätta sig efter det inre tillståndet, så bortfaller denna skyddande skranka, och den enskilde blir prisgifven åt myndigheternas mer eller mindre godtyckliga bedömande af hans karakters beskaffenhet. — Äfven från en annan viktig synpunkt resa sig betänkligheter. Betonar man endast den subjektiva farligheten, blir följden lätt försyndelse mot ändamålet med hela straffinstitutionen. Detta är ingalunda att till hvad pris som helst förekomma brott utan att skydda rättstillståndet och därmed hela samhällets väl, och endast såsom medel härtill har preventionen berättigande. Den rubbning i rättstillståndet, som straffet åstadkommer, får därför icke vara större, än den, som genom brottet åvägabragts; i annat fall lider det hela genom straffet större skada, än strafflöshet skulle medfört. Sedan gammalt har den s. k. moraliska förbättringsteorien tadlats just för det den förbisett detta straffets nödvändiga förhållande till rättsordningen och blott framhållit dess preventiva syfte¹; samma förebråelse ligger nära till hands äfven gentemot dem af de nya åsigternas förkämpar, hvilka icke hålla moralisk förbättring af brottslingarne möjlig eller i hvarje fall icke vilja påtvinga samhället en så vanskelig uppgift men lika fullt med öfverdrifven skärpa lägga tonvigt på preventionen.

Det är ej lätt att inse, huru den, som förkastar straffets begränsning efter objektiv hänsyn, skall kunna gå klar för de klippor, hvilka vi ofvan utmärkt. Icke är allt hjälpt därmed, att man håller fast vid brottet såsom straffets nödvändiga förutsättning och på det bestämdaste protesterar mot den säkerligen följdriktiga slutsatsen, att farligheten utgör en tillräcklig anledning för staten att lägga beslag på individen och genom inspärr-

¹ Se Sichart, Ueber Rückfälligkeit der Verbrecher, Heidelberg 1881, sid. 23 ff.

ning hindra honom från att komma ondt åstad¹. Individens berättigade intresse af skydd mot statsmakten går längre än till att endast varda straffad för det fall, att han begått en handling, som i lagen är angifven såsom straffbar; hans intresse kräfver äfven, att straffet står i ett förnuftigt förhållande till det onda, han gjort. Detta onda beror väsentligen af den kränkta rättighetens beskaffenhet, och häri har man sålunda att ytterst söka den säkra grunden för straffet. Lemnar man den, står man utan fast stöd. För öfrigt är det ej så, att brottsobjektets natur betecknar en uteslutande objektiv synpunkt; den subjektiva farligheten måste i väsentlig mån bedömas efter den riktning, hvori densamma träder i dagen, och på detta sätt kommer jemväl i detta afseende det objektiva momentet att vara af framstående vikt. — Lika nödvändigt är straffets objektiva begränsning, om man ser på den princip därför, som man kallar straffets ekonomi. Enligt denna redan antydda princip får straffet icke vara sådant, att den skada, som detsamma genom att ödeläggande ingripa i förbrytarens rättssfer, hvilken utgör en integrerande del af rättsordningen, tillfogar denna, blir större än den skada, rättsordningen lidit genom brottet. Medgifver man riktigheten af denna grundsats, måste man ock, så framt man ej vill förneka, att rättsordningen lider genom brotten i olika grad, allt efter som de äro riktade mot det ena eller andra berättigade intresset, erkänna, att det icke är försvarligt att helt och hållet eller till största delen vid straffbarhetens fastställande lemna ur räkningen objektiv hänsyn. I hvilken utsträckning sådan bör göra sig gällande, är en annan sak; därom kunna naturligtvis meningarna vara delade. Att icke lagstiftningarnas nuvarande ståndpunkt är ofelbar, och att utvecklingen i mycket går åt det håll, som reformsträfvandena antyda, synes icke kunna bestridas.

¹ v. Liszt Z XIII, sid. 355 ff.; Lehrbuch, sid. 61, 66.

En punkt i här afhandlade motsats emellan äldre och nyare åskådningar förefaller vara något oklar. Då man vill, att straffet skall vara reaktion emot brottet, afses därmed, att inom vissa efter objektiva grunder dragna gränser subjektiviteten, för så vidt den gifvit sig uttryck i den brottsliga handlingen, skall ligga till grund för straffets bestämmande. De, som vilja göra straffet till reaktion emot förbrytaren, betona, att detsamma har att rätta sig efter brottslingens karakter, dock att, efter hvad uttryckligen säges, karakteren skall hafva i brottet objektiviserat sig¹. Men berörda förbehåll synes icke rätt stå tillsammans med vissa kraf, som för närvarande stå på dagordningen. Onekligt är, att en brottslig handling icke behöfver vara ett adekvat uttryck af karakteren; detta gäller ej endast så, att subjektet kan vara bättre, än hvad dess handling gifver vid handen, utan äfven så, att i handlingen icke all den ondska, subjektet bär inom sig, behöfver komma i dagen. Man plägar säga, att ingen menniska är så dålig, att hon ej har någon god sida. Antag nu, att brottet just står i samband med denna goda sida. Skall i så fall viljeriktningen i handlingens ögonblick eller den allmänna viljebestämdheten tagas i betraktande? Så länge, på sätt nu sker, domstolarne i sammanhang med afgörandet af frågan, om den tilltalade är till brottet skyldig, definitivt bestämma straffet, kommer väl skillnaden emellan de båda alternativen ej fram med full skärpa; förhandlingen kommer nemligen hufvudsakligen att koncentrera sig omkring sådana fakta, hvilka lägga i dagen den tilltalades skuld, och på grundvalen af dessa med brottet i närmaste samband stående fakta fastställas straffet. Men helt anorlunda blir förhållandet, därest de moderna krafven på afskaf-

¹ v. Liszt, Lehrbuch, sid. 66: «Nicht die verbrecherische Gesinnung an sich, sondern die durch ein bestimmtes Verbrechen bewiesene Gesinnung steht in Frage.»

fande af straffmättet vinna gehör¹. Som bekant påyrkas från flere håll, att domen skall hafva endast provisorisk betydelse, så vidt angår straffrågan; straffets definitiva bestämmande skall uppskjutas, till dess brottslingen i fängelset blifvit gjord till föremål för noggranna observationer och härigenom kännedom vunnits om hans hela personlighet. Med användande af ett utaf Sternau (se sid. 28) anfördt exempel skola vi uppvisa, till hvilka vidt skilda resultat man kommer, allt efter som den ena eller andra synpunkten får göra sig gällande. — En från brottsliga föräldrar härstammande, moraliskt förderfvad och afsigkommen individ, hos hvilken dock kärleken till hans föräldrar är lefvande, har i vredesmod öfver en hans moder tillfogad svår förolämpning, misshandlat förolämpningens upphofsman. Föreligger ett sådant fall till bedömande, så lider det intet tvifvel, att icke hvarje domare skulle finna en förmildrande omständighet däri, att förbrytaren handlat under inflytande af rättvis harm öfver den oförrätt, hans moder lidit. Brottet står i sammanhang med de goda sidorna af karakteren, och uppfattas straffet såsom reaktion mot den brottsliga gerningen, kommer det att blifva jemförelsevis lindrigt. Skall det däremot rätta sig efter brottslingens hela viljebeskaffenhet, utfaller afgörandet annorlunda. För domstolen är det väl i allmänhet ej möjligt att vinna en allsidig kunskap om en tilltalads sinnelag, men ej så för fängelsemyndigheterna, hvilka under längre tid ha tillfälle att dagligen iakttaga

¹ Kræpelin, Die Abschaffung des Strafmasses, Stuttgart 1880; Willert, Das Postulat der Abschaffung des Strafmasses und die dagegen erhobenen Einwendungen, Z II, sid. 473 ff.; von Liszt, Z III, sid. 33 ff.; Kriminalpolitische Aufgaben, Z IX, sid. 484 ff.; Medem, Strafzumessung und Strafvollzug, Z VII, sid. 164 ff.; Sternau, Die Abschaffung des Strafmasses, Z XIII, sid. 17 ff.; Mitteilungen IV, sid. 287 ff.; 324 ff. Det bör anmärkas, att v. Liszt icke i likhet med Kræpelin och Willert fordrar straffmättets totala afskaffande, och hvad angår internat. krim. föreningen, i hvars satser ifrågavarande yrkande kommit till uttryck (Art II mom. 8), var stämningen å dess fjerde allmänna möte i Paris, där frågan behandlades hufvudsakligen med hänsyn till de s. k. oförbätterliga förbrytarne, nästan allmänt emot de obestämda straffdomarne.

fången. Förbrytaren i vårt exempel råkar nu illa ut; i fängelset kommer man antagligen snart till insigt om hans moraliska förderf, och till följd häraf utsträcket straffet så länge som möjligt, ja, blefve måhända, därest de, hvilka ej vilja medgifva frigifning, förrän förbättring inträdt, finge råda, lifslångt.

Efter det föregående framstår Bindings uttalande, att brottet enligt de relativa teorierna är icke straffets grund utan blott dess förutsättning eller fastmer symptom för tillvaron af en utom brottet liggande straffgrund, i klar belysning. Drager man nemligen konsekvenserna af den uppfattning, som ligger till grund för krafven på straffmåtts afskaffande, får brottet en blott symptomatiskt betydelse, det blifver icke straffets grund i den mening, att brott och straff skola, så att säga, täcka hvarandra, utan endast i den, att straffet inträder blott såsom följd af en handling, hvilken i lagen är med ansvar belagd. Är en dylik handling föröfvad, är således villkoret för straffets inträdande uppfyllt, så är det ock slut med sammanhanget emellan brott och straff; det senare riktar sig nemligen mot brottslingens karakter, äfven till den del, densamma icke objektiverat sig. Bindings¹ till de relativa teorierna ställda fråga: «Warum wird nur gestraft, nachdem verbrechen ist?», torde sålunda icke vara obefogad, dock att densamma rätteligen borde ställas icke till de relativa teorierna öfver hufvud, utan endast till vissa strömningar, som på de relativa teoriernas mark för närvarande med kanske större styrka än förr göra sig gällande. I alla händelser torde frågan med sistberörda adress icke kunna affärdas så lätt, som von Liszt gör. Då han säger², att anledningen till att vi straffa, endast sedan brott skett, är densamma som anledningen till att vi bota endast dem, som äro sjuka, så innefattas häri visserligen en förklaring af grunden till att förbrytarne straffas, men därmed är icke sagdt, hvarför straff träffar endast förbrytarne och

¹ Grundriss, sid. 134.

² Z III, sid. 45.

icke äfven andra individer, hvilka på annat sätt än genom brott ådagalägga, att de äro för samhället farliga! Om nemligen den omoraliska, samhällsvådliga karakteren bestraffas, i händelse af brott, äfven i den mån densamma icke i brottet trädte i dagen, är det onekligen en inkonsekvens att icke bestraffa jemväl det för samhället farliga sinnelag, hvilket, liksom i förra fallet, gifvit sig till känna genom icke straffbara handlingar. Såsom symptom på ett antisocialt sinnelag kan brottet ofta ej tillerkännas mer värde än många handlingar, som gå fria från straff.

Det framgår af hvad ofvan utvecklats, att den skiljaktighet emellan äldre och nyare åskådningar, hvarom vi ordadt, icke angår den punkten, om straffet har ett ändamål eller ej, utan rör sig om, huruvida objektiva eller subjektiva synpunkter böra spela hufvudrolen vid straffets bestämmande. Oenigheten är sålunda ej på långt när så stor, som det ser ut. — Äfven i ett annat afseende visar sig ett närmande. Numera är man väl temligen ense om, att straffet så till vida har en absolut karakter, som det icke är en mensklig uppfinning, ej uteslutande kan förklaras såsom en mensklig klokhetsregel, utan är uttryck för ett djupt i människans natur liggande behof. De absoluta teoriernas största förtjenst ligger däri, att de ständigt fasthållit vid denna sanning. På olika sätt har man sökt besvara frågan, hvad det är inom människan, som bjuder henne att reagera mot brottet. Nära till hands ligger att grunda straffet på moralen, uppfatta det såsom sedlig vedergällning, såsom ett uttryck för vårt sedliga medvetandes ogillande af brottet såsom en omoralisk handling. Denna väg har nyligen von Bar i sin »Theorie der sittlichen Missbilligung» valt¹. Hur tilltalande denna teori än må synas vara, torde den dock icke innehålla en tillfredsställande förklaring². Framför allt förefaller det, som om densamma skulle vara oförmögen att uppvisa grunden till sådana fenomen under tidigare kultur-

¹ von Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts I, Berlin 1882, sid. 311 ff.

² Se: von Liszt:s kritik af von Bars teori, Z III, sid. 14 ff.

stadier, som att straff drabbade angriparen, oafsedt om subjektiv skuld låg honom till last eller ej. Däremot är det säkerligen riktigt, att moralen, om den ock ej kan anses vara straffets källa, likväl haft och fortfarande har det största inflytandet ej mindre på straffinstitutionens utveckling än på dess tillämpning i det konkreta fallet. Ingen lagstiftare eller domare förmår frigöra sig från etiska föreställningar vid den abstrakta eller konkreta straffbarhetens fastställande. Mer eller mindre ofrivilligt influerar alltid uppfattningen af den moraliska skulden på bestämmandet af straffets storlek.

Den visserligen icke nya tanken, att straffets ursprung är att söka i människans själfbevarelsedrift, utvecklar von Liszt på ett synnerligen intressant sätt i sin ofta här citerade afhandling: »Der Zweckgedanke im Strafrecht»¹. Straffet är till en början en drifhandling, en icke af föreställningen om något ändamål bestämd på instinkt beroende reaktion emot den, som genom angrepp uppväcker en känsla af olust. Äfven såsom drifhandling är straffet ändamålsenligt, i det att därigenom ej mindre individens än de samhälliga föreningarnas intressen skyddas; men den handlande är ej medveten om denna egenskap. Först med erfarenheten kommer insigt härom, och därmed är möjligheten gifven att sätta straffets nyttiga verkningar såsom dess ändamål, afpassa det så, att ändamålet fullständigast och lättast uppnås. Denna utveckling, vid hvilken ändamålstanken är den drivande kraften, betingas väsentligen af straffmaktens öfvergång från de enskilda, närmast förfördelade till opartiskt pröfvande statsorgan eller, hvad von Liszt kallar, straffets objektivering. Det därmed följande lugna betraktandet af brottets och straffets fenomen möjliggör en allt djupare uppfattning af samhällets och individens intressen och deras förhållande till hvarandra, af de mot dem riktade handlingarnas samt af straffets natur och verkningar.

¹ Se ock: Finger, Der objective Thatbestand als Strafzumessungsgrund, Wien 1888.

Sålunda växer småningom den moderna straffrätten fram. Här synes ligga en lika enkel som naturlig förklaring af straffet. Ett mera absolut ursprung kan straffet ej få, än då man ser dess rötter i den starkaste af alla menskliga drifter, sjelfbevarelsesdriften. Å andra sidan gifves oss en princip för utvecklingen; ändamålstanken blir den mäktiga häfstången för allt framåtskridande inom straffrätten.

För öfrigt, hur intresseväckande dessa så väl som andra hypoteser angående straffets ursprung än må vara, måste dock erkännas, att de hafva uteslutande teoretiskt intresse. Ej kan man på denna väg rättfärdiga straffet. Dess enda men tillräckliga rättfärdigande ligger i dess nödvändighet såsom medel för vinnande af det ändamål, som därmed åsyftas,

Liksom enighet råder därom, att straffet har ett ändamål, vållar ej heller svaret på frågan, hvilket ändamålet är, långa meningsutbyten; det kan ej vara mer än ett: att skydda rätten och därmed de menskliga intressena. Men om medlen, hvarigenom straffet uppfyller eller bör uppfylla sin funktion, herskar deremot den största skiljaktighet i åsichter; de relativa teorierna dela sig med afseende härå i flere. För vår del kunna vi ej annat än instämma i den anmärkning, som uttalats af Gram¹, att i samma ögonblick det erkännes, att straffinstitutionen på olika sätt kan tjena sitt ändamål, måste det ock erkännas, att det skulle vara en stor dumhet, om man icke uppfattade och ordnade institutionen sålunda, att den på de olika sätten komme att verka för ändamålet.

Vid en betraktelse af straffinstitutionen såsom medel till rättstillståndets betryggande lider det efter vårt förmenande ej något tvifvel, att icke hufvudvigten bör läggas på strafflagen. I den svenska straffrättslitteraturen betonas vanligen straffets riktning mot den konkreta förbrytaren; det framhålles, att straf-

¹ Om motivets betydning i strafferetlig henseende, Kjöbenhavn 1889, sid. 25.

fet har till uppgift att undanrödja den fara för statsändamålet, som visat sig ligga i den genom brottet uppenbarade rättsstridiga individuella viljan. Satsen är nog riktig, men den häntyder endast delvis på sjelfva straffets, d. v. s. det förbrytaren tillfogade ondas ändamål, och hela straffinstitutionens betydelse är därmed långt ifrån uttömmande angifven. Vore institutionens hela uppgift och nytta att söka omvända dem, som redan gjort sig skyldige till förbrytelser, till ofarliga samhällsmedlemmar, så hade man för visso ej anledning att skatta den så synnerligen högt. Straffets förmåga att reformera brottslingen synes i många fall vara ganska problematisk; de högljudda klageropen öfver återfallens tilltagande tala i detta afseende ett språk, som icke kan missförstås. Vore vidare specialprevention det enda målet, huru skulle man då kunna finna svar på den ofta framställda frågan, hvarför straff träffar äfven den brottsling, af hvilken vidare rättskränkningar ej äro att vänta?¹ Visserligen säger Willert², för hvilken, med hans uppfattning af straffet såsom afseende allenast brottslingens moraliska förbättring, frågan är särdeles obehvä, att faran för ytterligare brott aldrig kan anses vara aflägsnad, förrän förbrytaren varit underkastad en längre tids observation i fängelset, men detta kan ingalunda medgifvas. Man behöfver ej leta länge för att finna exempel, i hvilka en brottsling icke kan betraktas såsom representerande någon fara för samhället. Om en person, hvilkens lif varit i allo berömvärdt, i förtvivlan tillgriper en obetydlighet matvaror till sina hungrande barn och efter tillgreppet oförmödat kommer i besittning af förmögenhet, kan det icke rimligen påstås, att från hans sida någon fara hotar, eller förväntas, att fängelset skall lända honom till uppbyggelse³. Likväl drager man ej i betänkande att ådöma straff. Och med rätta, ty straf-

¹ Sontag l. c. sid. 487; von Buri Z IV, sid. 171, 180

² l. c. sid. 478.

³ Se ock: Sichart l. c. sid. 23.

fet är till icke endast för den enskilde förbrytarens skull, utan generalprevention är äfven dess uppgift.

Först och främst kommer härvid i betraktande den utomordentligt stora rol, strafflagen spelar såsom »Wegmacher des sittlichen Bewusstseins»¹. Genom att belägga vissa handlingar med straff stämplat lagen dem såsom moraliskt förkastliga: de afskiljas därigenom från deras antal, hvilka betraktas såsom lämpliga medel till vinnande af ett eftersträfvadt syfte, och detta så, att föröfvandet af berörda handlingar icke ens blifver föremål för allvarlig öfverläggning. Strafflagen är sålunda på det mest betydelsefulla sätt verksam till bildandet af en rättsenlig vilja blott därigenom, att den uttalar sitt högtidliga ogillande af vissa handlingar. Härigenom blifver straff i det öfvervägande antalet fall öfverflödigt, och just härpå går samhällets intresse ut. Den ofta upprepade satsen, att samhället kräver ej endast skydd mot dem, hvilka redan begått brott, utan förekommande därpå, att brott öfver hufvud ske, är ovederlägglig, och den tillgodoses otvifvelaktigt, så vidt på straffinstitutionen ankommer, fullkomligast genom ifrågavarande sida af institutionens verkningar.

Gifvet är, att strafflagen icke blott och bart därigenom, att den uttalar sin förkastelsedom öfver brotten, kan därifrån afhålla sådana individer, för hvilka det är temligen likgiltigt, om de genom en förbrytelse eller på tillåten väg tillfredsställa sina begär. Förekommer lagen handlingar, hvilka äro med samhällets väl oförenliga, genom att bibringa de rättsinnade altruistiska motiv, så ernås detta resultat gentemot de brottsliga elementen inom samhället på det sätt, att deras egoism tages med i spelet. Strafflagen afskräcker från brott. Förtjensten af att

¹ Benedikt, Noch einmal der Zweckgedanke im Strafrecht, Z V, sid. 462. Se ock: von Bar, Die Grundlagen des Strafrechts, Leipzig 1869, sid. 2 ff.; Handbuch, sid. 327 ff.; Lammäsch, Über Zwecke und Mittel der Strafe, Z IX, sid. 425 f.

hafva uppvisat de därvid verksamma krafterna tillkommer som bekant Feuerbach, hvilkens stundom hårdt bedömda¹ men af alla för genialisk erkända psykologiska tvångsteori säkerligen innehåller en god del sanning. Feuerbachs förklaring² af lagens preventiva verkan är ensidig, så till vida som den utgår därför, att lagen står gentemot idel förbrytare, hvilka endast genom att ständigt se framför sig ett hotande gissel kunna hållas inom behöriga gränser, men för den del af samhällets medlemmar, hvarpå detta antagande passar in, är densamma utan tvifvel riktig. Motivet till hvarje handling är en känsla af lust, som subjektet tror sig skola genom handlingen ernå. Är med handlingen förbundet något oangenämt, ett lidande, så beror dess företagande därpå, om den lust, till hvilken handlingen tänkes skola gifva upphof, eller det med handlingen förknippade lidandet är störst. I förra fallet kommer handlingen till stånd; i det senare verkar föreställningen om smärtan som ett så kraftigt motmotiv, att handlingen uteblir. »Die Uebertretungen werden daher verhindert, wenn jeder Bürger gewiss weis, dass auf die Uebertretungen ein grösseres Uebel folgen werde als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach der Handlung (als einem Object der Lust) entspringt». Detta större onda, som afhåller från företagande af en straffbar handling, är just det straff, hvarmed lagen hotar.

Strafflagens afskräckande förmåga torde icke med skäl kunna bestridas. Säkerligen betviflar ingen, att icke brottens antal skulle i förfärande grad tillväxa, om lagen blefve för någon tid satt ur kraft. Med sådana, vanligen framställda invändningar, som att hvarje brott bevisar det förfelade i försöket att genom hot vilja upprätthålla rättsordningen, eller att hotet måste vara

¹ Se t. ex. Binding, Grundriss, sid. 145.

² Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Theil, Erfurt 1799, sid. 39 ff.; Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, Giessen 1847, § 8 ff.

till största delen overksam, emedan de, som begå brott, nästan alltid göra det i förhoppning om att undgå upptäckt, vederlägges icke Feuerbachs teori. Hvad angår den första invändningen, så är det riktigare att säga, att de förbrytelser, som icke begås, bevisa hotets verksamhet, och de, som begås, att det icke är ofelbart, än att uttrycka sig på ofvan sagda sätt. »Die positive wie negative Seite der Strafe darf nicht vergessen werden, die Strafe bezweckt nicht blos was sie erreicht, sie bezweckt auch was sie hindert», anmärker träffande Finger¹. Den senare invändningen är lika litet lycklig, ty äfven om det är riktigt, att en hvar, som begår brott, hoppas gå fri från straff, är därmed endast sagdt, att den, hos hvilken ett brottsligt beslut kommer till stånd, intalar sig, att han skall lyckas gäcka rättvisan, men ej, att icke fruktan för straff i de flesta fall förhindrar fattandet af brottsliga beslut. — Man har velat tillägga Feuerbachs teori liksom hvarje annan, som ser straffets ändamål i afhållande från brott öfver hufvud, tendensen att göra straffen så svåra som möjligt, och man har säkerligen ej alldeles orätt häri; ett utmärkt historiskt stöd för riktigheten af denna åsigt kan hemtas från Baierska strafflagen af 1813, hvilken, som bekant, haft Feuerbach till upphofsman, och hvilken utmärkte sig genom sina stränga straffbestämmelser. Men för att ej tala om den ofta vederlagda öfverdriften, att en afskräckningsteori följdriktigt borde stadga dödsstraff för alla brott, kan det på goda grunder ifrågasättas, huruvida verkligen en teori, som lägger vikt på lagens straffhot, med nödvändighet behöfver leda till onaturlig straffskärpning. Afskräckning åstadkommer lagen ej så mycket därigenom, att det bestämda straffet är särdeles svårt, som fastmer på det sätt, att de, mot hvilka densamma vänder sig, veta, att brottet är med straff belagdt, och att straff ovillkorligen skall följa brottet i spåren. Och vidare torde det påpekas, att

¹ l. c. sid. 14.

intet straff, äfven det allra svåraste, skulle alltid förmå öfvervinna retelsen till brott. Straffets betecknande såsom psykologiskt tvång är därför icke korrekt och har nogsamtidigt bidragit till förberörda åsigt. Det gifves, såsom Benedikt framhåller¹, icke någon föreställning, som har privilegium på att under alla omständigheter vara bestämmande för viljan; detta gäller ej mindre föreställningen om det onda, som ligger i straffet, än hvarje annan föreställning. Men förhåller det sig så, är tydligtvis straffstegring icke en ofelbar utväg till att förekomma förbrytelser. För öfrigt förhindrar, äfven med antagande af lagens uppgift att afskräcka från brott, tanken på straffinstitutionens relation till rätten allt öfverskridande af det tillbörliga måttet för bestraffandet; denna tanke är här ej mindre, än då fråga är om straffets specialpreventiva funktion, den tillräckliga regulatoren.

Straffhot utan straffverkställighet skulle, såsom en hvar inser, icke tjena till någonting. Först därigenom, att hotet realiseras, erhåller det praktisk betydelse. Vare sig man tänker på lagens inverkan genom dess högtidliga ogillande af brottet eller genom dess framhållande af, att ett ondt är brottets följd, gäller det sagda. Det förbrytaren tillfogade onda har därför i främsta rummet betydelse såsom ett nödvändigt medel att häfda lagens auktoritet; det åsyftar medelbart, genom lagen, generalprevention². Häri ligger dock icke hela dess uppgift. Hvad särskildt vidkommer lagens afskräckande funktion, är tydligt, att dess verksamhet i denna riktning förutsätter hos dem, mot

¹ I. c. sid. 457 f.

² Det torde här böra påpekas, att vi icke tillerkänna straffet syftet att åstadkomma generalprevention genom åsynen af det lidande, som tillfogas brottslingen. Teorien om afskräckning omedelbart genom straffverkställigheten har spelat ut sin rol, om ock ännu dödsstraffets i många länder offentliga exekution hvilat på denna teori. Erfarenheten har ej lemnat vittnesbörd om goda resultat af offentligheten härvidlag; i stället för att verka afhållande förhärda de offentliga straffen folket, väcka dess dåliga instinkter till lif och motverka sålunda sitt ändamål.

hvilka lagen vänder sig, ej endast kännedom om handlingens straffbarhet utan strängt taget äfven en åtminstone något så när riktig kunskap om ansvarets storlek. Men att staten icke kan göra sin straffrättskipning beroende däraf, huruvida brottslingen behagat förskaffa sig kännedom om en rättsstridig handlingens egenskap att hemfalla under strafflagen och om straffets beskaffenhet, är gifvet. Härom är man numera allmänt ense. Att, såsom Feuerbach gjorde, lägga all vigten på strafflagen och fränkänna straffet hvarje annan betydelse än den att göra lagens hot verksamt går därför ej an, såvida man icke vill antingen afstå från att straffa den, som icke har tillräcklig lagkunskap, eller ock taga sin tillflykt till otillåtliga presumtioner. Man bör sålunda hålla fast vid, att straffet har jemväl en sjelfständig uppgift; det äsyftar ej endast att möjliggöra lagens generalprevention, utan det betyder något för sig sjelf därigenom, att det direkt är riktadt mot den, som till detsamma gifvit anledning. Det söker att betaga honom lusten eller förmågan till vidare brott. Helt naturligt måste, då det gäller att bestämma straffets innehåll och omfång, dess syftning åt specialprevention vara afgörande. De subjektiva straffbarhetsgrunderna äro sådana, på hvilka grundas om-döme om den individs farlighet, hvilkens bestraffande är i fråga, och icke omständigheter, hvilka lemna upplysning om det intryck, brottet gjort på de öfrige samhällsmedlemmarne. Att mäta straffet efter sistnämnda hänsyn skulle vara omöjligt. I fråga om förbrytaren känner man, såsom Kleinschrod anmärker¹, hvad man af honom har att vänta, och kan därefter välja straff; men för öfrigt står man utan ledning, då man icke vet, om det brottsliga exemplet smittat andra, och i så fall, på hvad sätt. — För straffets storlek är alltså dess inverkan på brottslingen bestämmande.

¹ Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, Erlangen 1805, Zweiter Theil, § 49.

Af hvad vi förut nämnt angående äldre och nyare åsigter om straffet i dess förhållande till brottet framgår, att specialpreventionen för närvarande är ett synnerligen omhuldadt objekt för kriminalisternas uppmärksamhet¹. Straffet öfver hufvud och de särskilda straffmedlen göras till föremål för grundliga undersökningar och skärskådas med afseende å deras inverkan på förbrytarne. Sedan gammalt ha de relativa teorierna uppställt tre olika s. k. straffändamål eller rättare sagdt framhållit, att straffet på tre olika sätt verkar för sitt ändamål genom att förebygga ytterligare rättskränkningar af den därpå träffade förbrytaren. Antingen betager det honom lusten att begå brott, gör honom sålunda till en lämplig samhällsmedlem, och detta genom att afskräcka eller förbättra; eller ock, därest förutnämnda s. k. adaption icke skulle vara möjlig åstadkomma, beröfvar det honom förmågan att skada, vare sig genom dödsstraffet eller genom att hålla honom afstängd från det fria lifvet i samhället, i hvilket senare fall man talar om brottslingens selektion². Under det de äldre relativa teorierna i allmänhet ensidigt betonade något af förenämnda tre straffändamål, taga de nyare fasta på alla tre, ej att förstå så, som skulle straffet i hvarje särskildt fall eller alltid i samma grad fullfölja alla dessa syften, utan så, att straffet skall anpassas till art och omfång för det af sagda s. k. ändamål, genom hvilket mest står att uppnå³. Afgörande härför är förbrytarens karakter, och efter denna söker man uppvisa vissa typer inom förbrytareverlden.

Allmänt vedertagen är indelningen i tillfälliga förbrytare (Gelegenheitsverbrecher, délinquants d'occasion) och vaneförbrytare (Gewohnheitsverbrecher, délinquants d'habitude)⁴. Numera är

¹ Se därom Janka, l. c. sid. 49.

² von Liszt, Lehrbuch, sid. 51, 52.

³ v. Liszt, Z III, sid. 35; Lammarsch, Z IX, sid. 430.

⁴ Se delvis den sid. 27 not. 1 anförda litteratur; Wahlberg, Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke, Erster Band, Wien 1875, sid. 136 ff.,

man ense om att icke se skillnaden däri, att hos vaneförbrytaren böjelsen till brott stegrats ända därhän, att brottet upphört att vara medel och öfvergått till sjelfändamål¹, och med rätta, ty vaneförbrytaren, så vidt han nemligen är fullt tillräknelig, begär icke förbrytelsen för dess egen skull utan liksom hvarje annan brottsling på grund af de fördelar, han däraf väntar. I allmänhet innefattar man under benämningen Gelegenheitsverbrecher alla dem, för hvilka ett begånget brott är en episod, en genom öfvervägande yttre inflytelser tillkommen förvillelse, medan däremot vaneförbrytaren betecknas såsom en individ, med hvilkens sinnelag brottet står i mer eller mindre fullständig harmoni, men ingalunda kan det sägas, att till benämningarna knyta sig fullt bestämda, oomtvistade begrepp, liksom ock indelningen icke kan anses vara fullt tillfredsställande. Inom vaneförbrytarnes grupp skiljer man vidare emellan dem, som ännu icke hunnit så långt på brottets bana, att ej förhoppning om deras räddning finnes, och de oförbätterlige. Den sålunda uppkomna indelningen af förbrytarne i tre klasser tillägges en utomordentligt stor betydelse, i det att straffet anses böra fullfölja olika ändamål och till följd däraf vara på olika sätt gestaltadt, allt efter som fråga är om den ena eller andra klassen. Ej minst med hänsyn till recidivisterna är sagda gruppering af vikt. Vi skola längre fram något närmare ingå härpå.

Det ligger i öppen dag, att uppfattningen af återfallets straffbarhet måste vara väsentligen beroende af den straffteori, hvilken man gjort till sin. Hvad först angår de verkliga absoluta teorierna, kan den teori, som söker straffets förklaring i förnuftets absoluta fordran, att det onda, någon tillfogat en annan, skall i samma mått vederfaras honom sjelf, tydligtvis icke tillerkänna

Dritter Band, Wien 1882, sid. 55 ff., 101 ff.; von Liszt, Lehrbuch, sid. 54 ff.; Lammarch, Z IX, sid. 429 ff.; Sacker l. c. sid. 9 ff.; Olrik l. c. 27 ff. m. fl.

¹ Se: Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, Jena 1871, sid. 3.

återfallet det allra minsta inflytande på straffet; en sådan teori är i den förmånliga ställningen att kunna helt och hållet slopa ifrågavarande begrepp och därigenom undgå de många med detsamma förknippade invecklade spörsmålen. Då den brottslige lidit sitt straff, är förbrytelsen att anse såsom icke skedd; den är för all framtid utplånad från straffrättskipningens synkrets och förmår därför icke influera på bedömandet af senare förbrytelser. Den i det följande omnämnda invändning emot återfallsbegreppet, hvilken går ut på, att detsamma står i strid med grundsatsen *non bis in idem*, är ytterst att föra tillbaka till denna absoluta uppfattning af straffet. Ställer man sig icke på denna föga fattbara ståndpunkt utan vill finna en grund till förnuftets påstådda absoluta fordran, att på brott skall följa straff, kommer man, förutsatt att i straffet fortfarande icke ses ett medel till rättstillståndets betryggande, därhän, att man betraktar det som ett ondt, hvilket pålägges förbrytaren på grund af den moraliska skuld, som i brottet kommer till uttryck. Men som från denna synpunkt förnuftet icke kan sägas fordra straff af hvad beskaffenhet som helst, utan ett straff, som motsvarar den sedliga skulden, blir återfallet, så framt det uppenbarar ett större mått af sådan skuld, icke utan betydelse, ja, får i ett afseende vida större inverkan på straffbarheten än enligt en relativ teori, som ju måste hålla straffet inom de gränser, hvilka föreskrifvas af det helas väl. En absolut teori af denna art kan, då den icke sätter straffet i relation till rättsordningen, ej taga hänsyn till brottets objektiva sida; intet hindrar att äfven vid i yttre mätto obetydliga rättskränkningar låta ett upprepadt begående föranleda straffstegring, så långt möjligheten medgifver. Ej endast härutinnan utan jemväl i annan alldeles motsatt riktning leder uppställandet af den moraliska skulden såsom måttstock för straffbarheten till oriktiga resultat inom återfallsläran såväl som inom andra delar af straffrätten. I fråga om de förbrytare, hvilka oftast göra sig skyldige till återfall, nemligen vaneförbrytarne,

den för samhället farligaste förbrytareklassen, torde en undersökning, så vidt en sådan låter sig verkställa, vanligen gifva vid handen, att deras moraliska skuld icke står i rimligt förhållande till den fara, som genom dem hotar. Bedömandet af den moraliska skulden måste nemligen grundas på kunskap ej endast om individens nuvarande karaktärsbeskaffenhet utan ock om hela hans föregående utveckling, ja, strängt taget äfven om hans medfödda anlag; alla faktorer, som, utan att individen därvid något åtgjort, drifvit honom in på brottets väg, ställa honom i mildare dager. Just de oförbätterligaste brottslingarne, de som gång på gång, utan att straffet synes utöfva någon verkan, återfalla i brott, kunna merändels till sin förmån åberopa sådana faktorer i öfverflöd: ärfda dåliga anlag, vårdslösad uppfostran, brottsliga exempel, tryckande armod m. m. Samtliga dessa omständigheter måste för den, som vill med ledning af den moraliska skulden bestämma straffet, föra till ett mildt omdöme om den förbrytare, som, uppvuxen i en för brott så gynnsam jordmån, blifvit hvad han är. Hur farlig en dylik konsekvens är, inses lätteligen ¹.

¹ Den synpunkt för straffbarhetens bestämmande, enligt hvilken densamma har att rätta sig efter den moraliska skulden, leder äfven kriminalister, hvilka äro fullt på det klara med straffets ändamål att värna rättstillståndet, till slutsatser, hvilka äro föga förenliga med denna praktiska uppgift. Utgående därifrån, att, då viljefriheten är en nödvändig förutsättning för tillräknan- det, en brottslig handling i desto mindre grad tillräknas, ju ringare viljefriheten är, kommer Kleinschrod (*Systematische Entwicklung* I §§ 59, 174.), som för öfrigt anser farans storlek vara måttstocken för straffets storlek, därhän, att han anser en brottslig vana såsom förmildrande omständighet. Äfven von Buri (*Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, sid. 54 ff.) finner, såsom förut är nämnt, ett andra brott mindre straffbart än ett första, därför att den sedliga motståndskraften är mindre. I återfall vill von Buri väl ej se en straffmildringsgrund men å andra sidan ej heller en grund till strängare straff. Han stöder denna sin åsigt därpå, att det försvagande af den sedliga motståndskraften, som det första brottet åvägabragt, upphäfts genom straffet. Men som motståndskraften genom straffet ej kan blifva större, än den är hos en rättsskaffens människa, betecknar återfallet ej större straffbarhet än den första förbrytelsen.

De teorier, för hvilka straffet är vare sig medelbart genom strafflagen eller omedelbart endast ett medel att skydda rättsordningen, kunna icke hysa några principiella betänkligheter mot att, vid straffets bestämmande för ett brott, hänsyn toges till tidigare förbrytelser och bestraffningar, samt måste, så vidt återfallet verkligen dokumenterar en för rättstillståndet i högre grad farlig vilja, fordra dess strängare beifrande¹. Men, som vi förut antydt, visar sig en betydande skillnad, allt efter som man uppfattar straffet såsom reaktion emot brottet eller såsom reaktion emot förbrytaren; i senare händelsen kommer man, hvilket särskildt framträder vid frågan om det upprepade återfallets beläggande med ansvar, att gå vida längre i anspråken på återfallets beaktande. Af hvad vi redan anfört framgår, att vi visserligen anse de objektiva grunderna för straffbarheten kunna något maka åt sig för de subjektiva, därmed då ock följer, att återfallets betydelse växer, men å andra sidan förkasta såsom en öfverdrift af betänklig art straffets mätande uteslutande efter brottets subjektiva faktorer. Sålunda äro vi af den åsigten, att staten icke bör skrida till användandet af ett maximum af sin straffmakt vid brott, som i sig äro af mindre vikt, äfven om de upprepas så ofta, att man blir berättigad draga den slutsatsen, att brottslingen icke står att rätta. Emellertid tillhör denna del af vårt ämne framställningen af det upprepade återfallet, hvadan vi icke vidare här skola därmed sysselsätta oss.

¹ Jfr Hohbach, Über den Rückfall, i Neues Archiv des Criminalrechts, Bd 9, sid. 100 ff.; äfvensom Beiträge zum Strafrecht und Strafverfahren, Leipzig 1836, sid. 207 ff.; Münchhausen, Über die Strafbarkeit des Rückfalles nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechte, Halle 1870, sid. 6 ff.; Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts II, Leipzig 1862, § 75.

3. Om återfallsbegreppets konstruktion.

Förut ha vi yttrat, att iterationsverkningar icke böra inträda i hvarje fall, där man kan tala om recidiv i vidsträckt mening. Därmed framstår nödvändigheten att angifva de gränser, hvilka skola inom området för berörda omfattande begrepp afskilja de fall, hvilka ensamma förtjena att framhållas såsom varande i högre grad straffvärda. Vid konstruktionen af ett dylikt relevant återfallsbegrepp måste man gifvetvis utgå från grunderna för straffbarhetens bestämmande.

De vedertagna principerna härutinnan äro hufvudsakligen desamma, som utvecklats redan af Feuerbach. Enligt hans framställning¹ är farans storlek måttstocken för straffets storlek. För att bedöma faran har man att taga hänsyn till både den objektiva och subjektiva farligheten; man har att se dels på brottet uteslutande såsom ett yttre faktum, därvid framför allt på den rättighet, mot hvilken det är riktadt, och dels på den till grund för brottet liggande rättsstridiga viljan.

Att nu grunden till återfallets större straffbarhet icke är objektiv, torde vara otvifvelaktigt. Återfallet har en rent personlig karakter; det subjektiva förhållande, hvarpå återfallet häntyder, kommer icke på något sätt till uttryck i det yttre. Handlingen blifver alldeles densamma, vare sig subjektet förut varit straffadt eller ej; på densamma kan man icke se, huru därmed sig förhåller. Hvarken den straffbara verksamhetens beskaffenhet, det sätt, hvarpå den åstadkommer den rättsstridiga effekten, eller denna effekt sjelf förändras på minsta sätt, därför att gerningsmannen förut varit fäld till ansvar. Brottets utsende är däraf helt och hållet oberoende; en stöld t. ex. företer samma yttre, tillskyndar den bestulne samma skada, vare sig återfall

¹ Revision II, sid. 199 ff.; Lehrbuch, § 103 ff.

föreligger eller ej. Då man påstått, att recidivistens förändrade subjektiva tillstånd, medför jemväl förändring af brottets objektiva sida, beror detta på sammanblandning af förbrytelsens objektiva och subjektiva moment. Man har nemligen utgått därifrån ¹, att brottet innebär icke blott ett skadande af det intresse, mot hvilket det är riktadt, utan att det åstadkommer jemväl en skada af ideell natur genom att rubba den känsla af säkerhet, som rättskyddet ingifver samhällets medlemmar, och som måste betraktas såsom ett godt af mycket hög rang. Denna känsla af osäkerhet, som hvarje brott för med sig, stegras, då brottet är i återfall begånget. Af den, som mer än en gång förbrutit sig, har man synnerligen stor anledning befara ett upprepande af rättsstridiga handlingar; statistiken visar nemligen, att ett andra brott vanligen drager ett tredje med sig. Återfallets effekt med hänsyn till uppväckande af oro inom samhället är sålunda en annan än den verkan i detta afseende, som brott af en icke förut straffad person åstadkommer. — Riktigheten af detta resonnemang kan väl icke bestridas, men däraf följer icke, att återfallet trycker sin prägel på brottets yttre sida. Handlingen, sedd som en isolerad företeelse, erbjuder icke något mera oro-gifvande, än förhållandet är, då subjektet aldrig förut varit i kollision med strafflagen; den större faran för framtida brott framstår först, när den ifrågavarande handlingen sammanställs med det tidigare brottet och det därå tillämpade straffet. En sådan sammanställning gifver vid handen, att den vilja, som för återfallet ligger till grund, är för samhället farligare, och härifrån, således från ett bedömande af brottets subjektiva faktorer, härleda sig de stegrade farhågorna för att delinquenten skall fortgå på brottets bana.

Otvifvelaktigt har Merkel ² rätt, då han säger, att det vid återfall handlar om *«eine Eigenschaft des Thäters, nicht der*

¹ Sacker l. c. sid. 105.

² Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafrechts II, sid. 560.

That». Däremot kan man ej hålla med honom, då han tillägger: «Persönliche Eigenschaften aber bestraft man nicht, sie sind weder Delicte noch Erschwerungsgründe von solchen»¹. Merkel förkastar sålunda här den af många som ett axiom antagna satsen, att återfall är en grund till strängare straff, men hans skäl är, såsom ofta framhållits², icke giltigt. Äfven om man medgifver, att brottslingen bör straffas, icke för hvad han är utan för hvad han gjort³, ligger dock häri ej något, som hindrar straffskärpning vid återfall. Dess större straffbarhet grundas nemligen därpå, att den vilja, som i återfallet kommer till uttryck, är särskildt farlig; således är ej fråga om annat, än att viljebeskaffenheten skall hafva objektiverat sig. Visserligen kan man vid återfall ej ensamt från den brottsliga gerning, om hvars bedömande är tal, sluta till viljans beskaffenhet, men detta är icke något endast vid återfall förekommande, utan detsamma gäller i allmänhet, då graden af skuld skall undersökas; man måste se det brott, hvarom fråga är, i dess sammanhang med förbrytarens föregående och ofta jemväl efterföljande handlingar för att vinna en rätt uppfattning af brottets inre moment.

Af hvad ofvan blifvit anfördt framgår, att man har att söka grunden till återfallets högre straffbarhet däri, att det bär vittne om en särdeles farlig vilja. Viljans farlighet beror, enligt den första af de antagna grundsatserna för bestämmandet af den

¹ Samma tanke förekommer redan hos Köstlin (System des deutschen Strafrechts, Tübingen 1855, sid. 621), som säger, att den synpunkt, enligt hvilken grunden till återfallets särskilda straffbarhet är att söka i förbrytarens större farlighet, måste förkastas »als ein bloss polizeilicher«, ty här tages till måttstock för straffet icke den i gerningen uppenbarade konkreta viljan utan gerningsmannens subjektivitet öfver hufvud och denna icke i sin beskaffenhet i sig utan efter graden af den fruktan, som den ingifver samhället.

² Se t. ex. Olshausen l. c. sid. 16; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I, Bonn 1881, sid. 551.

³ Jfr därom Merckels egna uttalanden i afhandl. »Über das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft«, Z I, sid. 593 ff.

subjektiva straffbarheten, på de brottsliga bevekelsegrundernas styrka; ju starkare driffjedrarne äro, desto talrikare och viktigare återhållande krafter förmå de öfvervinna vid viljebestämningen och med desto större sannolikhet skola de äfven framdeles angifva viljans riktning. Å andra sidan mäter man just driffjedrarnes styrka efter de faktorerers beskaffenhet, som dukat under vid den konkurrens emellan motsatta föreställningar, hvilken föregått beslutet, så att straffbarheten stiger i samma mån som de föreställningar, hvilka bort afhålla från brottet, varit af större vikt. Då nu straffet just går ut på att bibringa brottslingen bestämmelsegrunder, egnade att motverka brottsliga beslut, ådagalägger en efter undergången bestraffning föröfvad förbrytelse, att de till brott förande motiven ega en sådan styrka, att de icke kunna motvägas, med mindre samhället använder kraftigare medel, tillgriper strängare och således starkare motmotiv ingifvande straff. Återfallet är alltså uttryck för det föregående straffets överksamhet och bevisar på samma gång det vanliga straffets otillräcklighet.

Vid denna utveckling af återfallsbegreppet kan man emellertid ej blifva stående; för begreppet måste, så framt det skall försvara sin plats inom straffrätten, dragas trängre gränser. Den subjektiva straffbarheten är icke endast beroende af de brottsliga driffjedrarnes styrka utan äfven, och i ännu högre grad, af deras fasthet, hvarmed syftas på deras förhållande till karakteren. Förstår man med karakter »det som kännetecknar den inre meniskan, individualitetens inre kvalitet»¹, så innebär frasen »driffjedrarnes fasthet», att bevekelsegrunderna öfverensstämma med personens sinnelag, att den handling, hvartill de gifva upphof, är ett något så när adekvat uttryck för hans inre väsen. På detta moment ligger vida större vikt än på bevekelsegrundernas styrka. Den, som under inflytande af häftig vrede begår ett

¹ Janka l. c. sid. 28.

brott, ledes af synnerligen starka motiv, hvilket bäst framgår däraf, att motsatta föreställningar och känslor ofta helt och hållet utträngas, icke alls förmå göra sig gällande, men han är det oaktadt i allmänhet mindre straffbar än den, som af ringare yttre anledning med lugn öfverläggning begär samma brott.

Det är därför med fullt fog, som man uppställer den fordran, att vid återfall, så framt det skall rättfärdiga skärpt straff, måste förefinnas kontinuitet emellan det i återfall begångna och det tidigare brottet¹. Därvid tänker man icke på någon likhet i yttre afseende — brotten behöfva icke vara af samma eller likartadt slag eller förete någon frändskap med hänsyn till sättet för utförandet — utan man har för ögonen just brottens relation till karakteren. De skola stå i samma förhållande till karakteren i den mening, att denna vid de särskilda handlingarna bland viljans bestämmelsegrunder till motiv upphöjt dem, hvilka stå i öfverensstämmelse med de inre dispositionerna. Endast sådana förbrytelser, som kunna sägas vara i mera egentlig betydelse karaktärsförbrytelser, komma vid frågan om återfallsstraff i betraktande, ty endast vid dem ådagalägger återfallet större farlighet. — Benämningen karaktärsförbrytelse torde för att icke missförståsarfva närmare förklaring. Därmed betecknas icke ett absolut utan ett relativt begrepp; det är ej tal om en bestämd storhet utan blott om ett mer eller mindre. Alla brott äro karaktärsförbrytelser i den mening, att ett yttre förhållande icke kan omedelbart förorsaka en viljeverksamhet utan endast framkalla den psykiska process, hvaraf motivet framgår². Således måste alltid en viss inre mottaglighet för den yttre reaktionen förefinnas, för att en handling skall komma till stånd. Äfven sådana handlingar, hvilka synas stå i rak strid med personens inre väsen, hvilka förefalla vara honom nästan främmande, ha sin grund i karakteren och äro så till vida karak-

¹ Olrik l. c. sid. 155 ff.; Sacker l. c. sid. 104.

² Hälschner l. c. sid. 512.

tersförbrytelser. Då det därför talas om karaktersförbrytelser såsom, till skillnad från andra, betingande större straff, tages uttrycket icke i antydda vidsträckta betydelse, utan därmed förstås något annat. Gifvet är, att ju större den inre mottagligheten i en viss riktning är, desto ringare yttre anledning erfordras, för att en dispositionen motsvarande handling skall framkallas. Af förhållandet emellan dessa båda faktorer beror afgörandet i nu ifrågavarande afseende. I ju högre grad en inre böjelse bidragit till viljebestämningen, med desto större skäl kan den straffbara handlingen sägas vara en karaktersförbrytelse. Att angifva den punkt, der böjelsen är så stark, att motivet företrädesvis får skrivas på dess räkning, låter sig ej göra och är åtminstone för vårt ändamål ej af nöden. Ty då vi inom återfallsläran fordra, att brotten skola vara karaktersförbrytelser, innefatta vi därunder icke endast sådana straffbara handlingar, till grund för hvilka ligga böjelser, som så att säga dominera hela karakteren, utan alla brott, hvilka icke äro att leda tillbaka till yttre retelser af sådan styrka, att de blott behöft stöta på en minimal disposition för att bestämma viljan. Inom iterationsbestämmelsernas räckvidd falla sålunda genomsnittsfällen af alla brott, de fall, hvilka lagstiftaren vid uppställandet af sina straffskalor förnämligast haft i sigte. Däremot uteslutas de fall, vid hvilka mäktiga yttre inflytelser påverkat subjektet, så att en mer än vanlig motståndskraft skulle fordrats för att besegra frestelsen.

Af det föregående följer, att enligt vår åsigt blott den omständigheten, att en person efter undergången bestraffning ånyo gör sig till brott skyldig, icke berättigar att anse honom mera straffvärd, utan att i hvarje konkret fall undersökning måste anställas till utrönande af, huruvida det ifrågavarande brottet står i sådant sammanhang med personens karakter och därigenom med tidigare brott, att det brottsliga tillstånd, som i den förra handlingen gifvit sig till känna, genom det nya brottet erhållit ett

plus¹. Endast om så är förhållandet, finnes anledning att gifva det nya straffet ett plus.

Detta, att grunda återfallsbegreppet på kontinuitet emellan brotten i förut utvecklade bemärkelse, kan väl vid första påseendet synas göra begreppet föga egnadt för användning i lifvet, men vid närmare granskning torde dock vara tydligt, att endast ett så bestämdt begrepp har existensberättigande, och att den praktiska tillämpningen icke erbjuder stora svårigheter. Blott där-af, att en person begått en straffvärd handling, kan man ännu icke med fullt skäl sluta till, att hans sinnelag är ondt och för rättsordningens bestånd i mera afsevärd grad farligt. En sådan slutsats vore rättfärdigad, först om det stode fast, att en rättsinnad människa icke under några omständigheter kunde låta någon brottslig handling komma sig till last. Men detta skulle förutsätta, att hvarje handling vore i full harmoni med karaktersbeskaffenheten, hvilket icke hos någon människa är förhållandet. De omständigheter, under hvilka ett brott kommer till, kunna vara sådana, att de, om än icke fritaga gerningsmannen från all skuld, dock innehålla så mycket till hans ursäkt, att samhället icke bör anse honom egentligen farlig och vid straffets bestämmande har att härtill taga hänsyn. Därest vid återfall med afseende å vare sig det brott, om hvars beläggande med iterationsverkningar är fråga, eller det tidigare brottet dylika förhållanden föreligga, vittnar förstnämnda förbrytelse för visso icke om någon sådan förhöjd farlighet, att dess aflägsnande kräfver strängare medel än dem, hvarför brott af den arten gemenligen göras till föremål. Här består ej något samband emellan brotten, då ju det ena af dem är för karakteren i dess förhållande gestalt främmande. Något plus af brottslighet innehåller icke den nya öfverträdelsen, och därför får ej heller ett plus komma till straffet. Den omständigheten, att emellan de båda öfver-

¹ Sacker l. c. sid. 104.

trädelserna ligger undergången bestraffning, är ej i och för sig tillräcklig till att emot annars gällande straffbestämningsgrunder rättfärdiga iterationsansvar; straffet med dess afskräckande eller förbättrande inverkan bör icke tillerkännas betydelsen att utan afseende å brottets djupare liggande subjektiva faktorer göra förbrytaren förtjent af exceptionell stränghet, då det gäller senare brotts beifrande.

Återfallets begränsning till karaktärsförbrytelserna medför icke praktiska svårigheter, därest man gjort klart för sig, hvilka brott därigenom uteslutas, nemligen ej andra än sådana, vid hvilka det nya brottet icke berättigar att antaga någon brottslig förhållande. Detta är förhållandet först och främst, då en person förledts till brott genom ett utomordentligt gynnsamt, oväntadt och osökt sig erbjudande tillfälle, då det således föreligger hvad tyskarne kalla Gelegenheitsverbrechen. Hafva verkligen sagda betingelser förefunnits, förminska de i hög grad straffbarheten, hvilket en närmare granskning af deras innebörd till fullo ådagalägger¹. Att tillfället skall vara exceptionellt gynnsamt innefattar, att det icke får vara af sådant slag, som lifvet dagligen erbjuder i mängd; lagarne icke blott icke anse brott, som föröfvas med begagnande af ett dylikt hvardagstillfälle, mindre straffbara utan stadga tvärtom strängare straff för desamma på grund af den större faran. Så t. ex. är stöld af kreatur ute på marken belagd med förhöjdt ansvar. Den som icke är i stånd att motstå frestelser af den beskaffenhet, att lifvets vanliga förhållanden därtill gifva anledning, kan samhället naturligtvis icke betrakta såsom en för dess lugn jemförelsevis ofarlig individ, och till undantagsställning i straffrättsligt afseende lämpa sig icke brott, hvarigenom kränkning sker af det ömsesidiga förtroende, utan hvilket samhället icke kan ega bestånd. Då det gäl-

¹ Jfr Berner, Grundsätze, sid. 138; Wahlberg, Das Gelegenheitsverbrechen (Ges. klein. Schriften III, sid. 55 ff.); Olrik I. c. sid. 46 ff.

ler att bedöma, huruvida ett tillfälle till brott var så gynnsamt, att det måste anses hafva inneburit en särdeles stark frestelse, får ej heller lemnas ur sigte förbrytarens personliga förhållanden, hans bildningsgrad, sociala ställning, förmögenhetsförhållanden m. m., ty hvad som för en gestaltar sig särskildt förledande, lemnar ofta en annan alldeles oberörd. Vidare kan det hända, att, oaktadt tillfället onekligen var ovanligt gynnsamt, det med hänsyn till brottslingens särskilda plikter ej var annorlunda beskaffadt, än att man med skäl hade rätt att vänta, det han skulle motstå lockelsen; tjensteförhållande räknas förty ingalunda såsom en förmildrande omständighet. Skall ett gynnsamt tillfälle lända en förbrytare till ursäkt, förutsättes slutligen, att han icke sjelf beredt sig tillfället eller gått och lurat därpå eller långt dessförrinnan förutsett dess inträffande. Det ursäktliga ligger nemligen däri, att han helt plötsligt öfverrumplas; föreställningen om den fördel, som kan genom brottet ernås och som ligger så nära, att knappast någon ansträngning kräfves för dess ernående, blifver då lätt öfvermäktig och erhåller kraft att öfvermanna motsatta föreställningar, som under normala förhållanden otvifvelaktigt skulle hindrat ett brottsligt beslut från att komma till stånd. Seger öfver frestelsen kräfver i ett sådant fall en öfver det vanliga måttet gående moralisk styrka, som samhället väl har rätt att fordra, men hvars frånvaro det ej kan annat än bedöma med undseende.

Liksom ofvan skildrade slag af brott, ja, ofta med ännu större skäl förtjenar affektförbrytelsen att framhållas såsom innefattande ett ringa mått af skuld till följd af förbrytelsens ytliga förhållande till karakteren ¹. Det i affekt föröfvade brottet kommer till under inflytande af en häftig sinnesrörelse, som lägger beslag på hela sjäslifvet, uttränger ur medvetandet alla andra föreställningar än just den, som har sin grund i affekten, och,

¹ Se: Hälschner l. c. sid. 514 ff.; Olrik l. c. sid. 64 ff.

då således öfverläggning är utesluten, omedelbart leder viljan i den riktning, affekten angifver. Hvarje under påverkan af en häftig sinnesrörelse begången förbrytelse förtjenar dock ingalunda ett mildt bedömande. Den förhårdade brottslingen kan icke till sin förmån åberopa, att han vid ett brotts föröfvande var upptänd af häftig vrede och därför icke sig sjelf mäktig. Här, liksom vid förut nämnda slag af brott, kommer i betraktande endast en sådan förbrytelse, som, sedd i sammanhang med personens föregående lif, är att anse såsom i viss mån honom främmande och grundad i en ögonblicklig karaktärsförändring. Står däremot brottet, då det belyses af hans *vita ante acta*, i full öfverensstämmelse med hans sinnesriktning, sådan den förut gifvit sig till känna, så spelar den omständigheten, att affekt förelegat och förhindrat lugn öfverläggning, ej någon rol af betydelse. Affekten måste vidare, därest den skall förminska skulden, kunna af de omständigheter, under hvilka den uppkommit, förklaras och ursäktas. En obetydlig yttre anledning får icke så bringa en persons sinne ur jenvigt, att han mister herraväldet öfver sig sjelf och gör sig skyldig till handlingar, hvilka han måhända med kallt blod icke skulle hafva begått. »Un penchant à se laisser entraîner au mal par la passion»¹ bör rätteligen icke bereda någon straffeftergift utan påkallar tvärtom all möjlig skärpa vid bestraffningen. Och äfven om den omständighet, som gaf upphof åt affekten, var så beskaffad, att dennas tillkomst är fullt förklarlig, kan likväl den handlande genom sitt eget förhållande hafva vållat, att affekten anses orsaklig och fördenskull icke föranleder någon straffmildring. Sålunda räknas icke till undskyllan den sinnesrörelse, som under utförandet af brott bemäktigar sig förbrytaren, och som orsakar, att han går längre, än han från början ämnat; likaså ligger icke

¹ Haus, Principes généraux du droit pénal belge, Gand 1869, sid. 516.

något förmildrande i harmen öfver en liden svår förolämpning, som blott utgör svar på en tillfogad sådan.

Utom i ofvannämnda båda fall synes straffhöjning på grund af recidiv icke böra ifrågakomma för den, som efter utståndet straff ärligt sträfvar att på hederligt sätt försörja sig och, då han misslyckas härutinnan, af nöd drifves till brott¹. En hvar inser lätteligen, hvilka vedervärdigheter vänta den, som från fängelset träder ut i samhället; då han öfverallt mötes af misstroende och förakt, är det i många fall ej möjligt för honom att finna arbete. Häri ligger otvifvelaktigt en af de förnämsta orsakerna till återfallen. Visserligen kan ej samhället på grund af antydda förhållanden afsäga sig sin rätt att straffa, men å andra sidan bör ej dess underlåtenhet att taga hand om den frigifne fängen och för honom möjliggöra återgången till ett laglydigt lif lända denne, för så vidt han genom sitt uppförande ådagalägger sin goda vilja, till skärpning af det straff, under hvilket han genom sitt brott hemfaller. I ett sådant fall som det nu förutsatta hotar ej heller från brottslingen den större fara, som ensamt rättfärdigar strängare straff än det vanliga.

Enligt hvad i det föregående utvecklats, förutsätter återfall, att de af mellankommande bestraffning² skilda brotten stå i samband med hvarandra därigenom, att brottslingens karaktersbeskaffenhet i dem båda kommit till uttryck. Det kan dock ifrågasättas, huruvida icke en mycket väsentlig begränsning bör göras med afseende å likheten emellan brotten. Denna kan vara af antingen inre eller yttre natur, och från hvardera af dessa synpunkter skiljer man emellan likartadt och olikartadt återfall. Då till grund för indelningen lägges den inre likheten, förstår man med likartadt återfall det förhållande, att brotten härröra af samma eller åtminstone beslägtade motiv, medan vid det olikartade återfallet motiven icke visa någon frändskap. Ta-

¹ Berner, Grundsätze, sid. 138; von Lilienthal å int. krim. föreningens tyska grupp 1:sta möte (förhandl., sid. 70).

ges yttre likhet emellan handlingarna till indelningsgrund, syftar skillnaden därpå, om brotten äro af samma eller likartadt slag eller äro i yttre måtto olikartade.

Hvad först angår den indelning af återfallet, som utgår från motivlikheten, äro många kriminalister af den åsigten, att blott det likartade återfallet förtjenar beaktande, emedan endast vid detsamma upprepandet uppenbarar en farligare vilja¹. Man har på följande sätt sökt visa detta:² »Straffet är en kamp med det brottsliga tillståndet. Såsom sådant afser det icke en fullständig moralisk förbättring; det sträfvar icke efter att undertrycka alla lastbara eller rättsstridiga böjelser; det har till ändamål att aflägsna blott den rättsstridiga böjelse, som framträdt i det gifna fallet: då det bestraffar den vinningslystnad, som visat sig i ett bedrägeribrott, har det icke till uppgift att undertrycka den köttsliga lusta, som manifesterat sig i ett våldtägtsbrott. Det sträfvar efter att icke två gånger behöfva straffa för en och samma brottsliga böjelse». »Genom det upprepade föröfvandet af brott öfvertygar staten sig om, att dess åtgärder icke nått sitt syftemål, men af det ofvan sagda framgår, att icke hvarje återfall gifver rätt till en sådan slutsats. Endast i det fall, att straffet icke vunnit sitt syfte, i det att detsamma icke tillintetgjort ett visst bestämdt motiv, kan det taga igen hvad som försumrats, för att uppnå hvad som skulle uppnås. För att veta, om det nått detta mål eller ej, är nödvändigt att tränga in i brottets subjektiva sida och undersöka, om den brottsliga viljan har i sig en rest af den tidigare viljan. Skall man kunna gifva det nya straffet ett plus, måste det förra brottsliga tillståndet hafva

¹ Jfr förhandl. å int. krim. föreningens tyska grupps 1:sta möte, sid. 66 ff.; van Hamel, Rapport öfver frågan: »Quelles sont les déficiences du système suivi aujourd'hui par la plupart des législations pour combattre la récidive? (Mitteilungen I, sid. 92 ff.); Sacker l. c. sid. 101 ff.; Olrik l. c. sid. 153 ff.; Chauveau et Hélie, Théorie du Code pénal I, Paris 1887, sid. 327 f.

² Sacker l. c. sid. 103 ff.

tillfört det nya ett plus. Detta plus kan blott skrivas på de tidigare motivens räkning».

Det medgifves gerna, att straffet icke kan föresätta sig den höga uppgiften att göra förbrytaren till en i sedligt afseende oförvitlig människa eller att utrota alla hans dåliga böjelser, men därifrån och till att söka inverka på honom så, att han icke vidare begår brott, är afståndet stort. Straffet både kan och bör bibringa brottslingen bestämmelsegrunder, egnade att motväga icke endast de motiv, hvilka gifvit upphof till det brott, hvarför straffet undergår, utan äfven andra till straffbara handlingar ledande driffjedrar. Ett återfall vittnar väl alltid i någon mån om större styrka hos de brottsliga faktorerna; kommer därtill, att brotten stå i det intimare förhållande till karakteren, hvarpå blicken måste riktas vid afgörandet däraf, om kontinuitet emellan handlingarna förefinnes, så, oafsedt om de äro framprungna af samma driffjedrar eller ej, ådagalägger återfallet större subjektiv straffbarhet och påkallar förty strängare ansvar. Det är visserligen tydligt, att, därest vid återfall brotten härröra af olika motiv, man icke därför, att recidivisten förut varit straffad, kan antaga, att det sista brottets motiv ega särskildt djupa rötter i hans själ, men däremot är man berättigad sluta till större allmänt karaktärsfördärf. Medan vid det likartade återfallet farligheten är intensivt, är den vid det olikartade extensivt större.

Under en förutsättning kunde dock återfallsbegreppets utsträckande till att omfatta äfven det olikartade återfallet synas otillåtet. Får man nämligen antaga¹, att flere brottsliga böjelser äro herskande hos en person utan att komma i beröring med hvarandra, att de gå parallelt och icke löpa samman i en gemensam, mera omfattande böjelse, så blir kontinuiteten emellan brotten beroende på motivens beskaffenhet. Ett med hänsyn till motiven olikartadt återfall medgifver icke någon slutsats om

¹ Olrik l. c. sid. 164 not 1.

fastheten i den rättsstridiga viljan. Den disposition, som framträdde i det förra brottet är måhända genom straffet helt och hållet undertryckt, i hvilken händelse återfallet icke synes bära vittne om större farlighet. — Möjligheten af en dylik böjelseernas parallelism förefaller oss vara nästan otänkbar. Icke kan man antaga en karaktersdaning, som utmärker sig därigenom, att olika böjelser likt skilda verldar bestå vid sidan om hvarandra. I sådant fall förelåge icke en karakter utan flere, ty i sjelfva begreppet karakter ligger, att den ena dispositionen påverkar, gifver färg åt den andra, hvarigenom det hela får en viss enhetlig prägel. En sak är, att en person kan vara t. ex. sedlighetsförbrytare utan att vara tjuf eller tvärtom, en annan, om man icke, därest han visat sig vara båda delarne, måste hos honom antaga en mera generell brottslighet, som manifesterar sig än i ett brott, hvarigenom han tillfredsställer en böjelse, än i ett annat, i hvilket en annan böjelse gifver sig luft. Kontinuitet förefinnes alltså, efter vårt förmenande, alltid emellan brott, hvilka äro att beteckna såsom karaktersförbrytelser i förutsagda inskränkta mening, äfven om de till grund för brotten liggande motiven icke äro desamma.

Obestridligen är dock det likartade återfallet förtjent af större uppmärksamhet än det olikartade på grund af den högre grad af farlighet, som i det förra gifver sig till känna. Detta erkännes äfven af författare, hvilka förkasta återfallsbegreppets begränsning till det likartade återfallet¹. Det förras särskilda straffbarhet beror på den stora betydelse, som måste tilläggas det förhållande, att samma föreställningar gång på gång göra sig gäl-

¹ Se: Scheurlen, »Bemerkungen über den Rückfall», Neues Archiv XI, sid. 648 ff.; Bauer, Lehrbuch des Strafrechts, Göttingen 1883, § 146, »Von dem Rückfalle» i Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse II, Göttingen 1842, sid. 117 ff.; Krug, »Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland», Erlangen 1857, sid. 98 f.; Haus l. c. sid. 517; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français II, Paris 1888, sid. 301 f.

lande och upphöjas till motiv. I kraft af psykologiska lagar ernår en föreställning, ju oftare den återkommer, desto större styrka och därigenom förmåga att med öfvervinnande af andra föreställningar bestämma viljan, på samma gång som föreställningen allt lättare reproduceras. På detta sätt utbildar sig småningom en böjelse, hvars herravälde öfver viljan blifvit allt ömskränkare¹. Häraf framgår nödvändigheten att med särskild stränghet beifra det likartade återfallet, som ju karakteriseras just däraf, att samma föreställningar, hvilka framkallat den tidigare förbrytelsen, gifva upphof äfven åt den senare. Faran för ett upprepande af rättskränkningar, framgångna af samma motiv, som i föregående förbrytelser trädt i dagen och som straffet icke lyckats aflägsna, är nemligen vid det likartade återfallet synnerligen stor.

Vid den indelning af återfallet, hvarmed vi nu sysselsätta oss, ligger ej vikt på brottens objektiva sida. Det med hänsyn till motiven likartade återfallet är ej identiskt med upprepande af brott, hörande till samma art eller slägte, liksom icke det olikartade återfallet förutsätter, att brotten skola vara i yttre måtto olikartade. Ett och samma brott kan begås af de mest skilda motiv, och brott, som i objektivt afseende ej förete någon frändskap, af samma. Teoretiskt sedt måste det därför betecknas såsom otillfredsställande att göra det likartade återfallet beroende af sådana omständigheter, som att brotten äro att subsumera under samma lagrum eller samma kapitel i lagen eller gå in under samma mera omfattande brottskategori. Äfvenledes låter det icke försvara sig att i allmänhet framhålla såsom det likartade återfallets kriterier, utom den rättsstridiga böjelsens beskaffenhet, verksamhetens art och den kränkta rättighetens

¹ Se härom: Wahlberg, »Das gewohnheitsmässige Verbrechen mit besonderer Rücksicht auf den Gewohnheitsdiebstahl» (Ges. klein. Schriften I, sid. 136 ff.); Dochow I. c. sid. 66 ff.; von Lilienthal, Collectivdelicten, sid. 31 ff.

natur¹. Sistberörda tre synpunkter äro icke förenliga, just därför att den yttre likheten icke sammanhänger med brottens djupare liggande psykiska faktorer. Två brott kunna väl öfverensstämma i alla afseendena, och att i sådan händelse återfall till och med af mycket straffvärd natur föreligger², är obestriddt, men fordrar man, att samtliga de angifna kännetecknen skola vara för handen, erhåller återfallsbegreppet en begränsning, som låter det spela en alltför blygsam rol, och nöjer man sig med blott ett, hvilket som helst af sagda kännetecknen, utsträcket det till fall, där grunden till dess uppställande icke passar in. Grunden till åtskillnaden emellan likartadt och olikartadt återfall är, såsom vi förut nämnt, att söka i det förras större farlighet, men denna farlighet är ej af objektiv beskaffenhet utan ligger i den brottsliga viljan.

Anledningen till att man inom både doktrin och lagstiftning så allmänt identifierat det likartade återfallet med uppreparandet af samma eller likartade brott har väsentligen varit, utom hänsyn till den praktiska tillämpningen, därom vi längre fram skola tala, det historiska sammanhanget emellan återfallet och vane-förbrytelsen. I återfallet ville man bestraffa en *consuetudo delinquendi*, för hvars farlighet man sedan gammalt haft öppet öga³. Tidt och ofta angifves inom den straffrättsliga litteraturen vanan vara grunden till återfallets stränga behandling. Be-

¹ Strafflagarna för Oldenburg enl. förordn. d. 3 Juli 1852, §§ 1 och 2, samt Hannover Art. III och III2.

² Ett återfall, vid hvilket likhet ej endast i fråga om motiven utan äfven med hänsyn till verksamhetens art och den angripna rättighetens natur förefinnes emellan det tidigare och nya brottet, kan sägas representera den högsta graden af straffbarhet, ty utom det att uppreparandet af samma slags verksamhet alstrar en yttre färdighet, som gör förbrytaren farligare, har den, som efter straff för ett brott ånyo föröfvar samma brott, otvifvelaktigt större inre motstånd att öfvervinna, än om det senare brottet är det förra olik; minnet af den undergångna bestraffningen knyter sig nemligen företrädesvis till brott af den art, hvarför straffet utståtts.

³ Dochow I, c. sid. 35 ff.; von Lilienthal, Collectivdelicten, sid. 90 ff.

stämmer man begreppet vana, i likhet med Hälschner, som en genom upprepadt handlande af samma motiv uppkommen böjelse, alltså bortser från handlingarnas yttre likhet¹, kommer vanan såsom det vid återfallet de särskilda brotten sammanbindande elementet att betyda alldeles detsamma som motivlikhet. Denna definition är säkerligen i psykologiskt afseende fullkomligt riktig, men den torde icke öfverensstämma med hvad språkbruket inlägger i ordet vana. Då man talar om en vana, tänker man alltid på en disposition till ett handlande i viss riktning; absolut likhet emellan olika handlingar förefinnes aldrig och erfordras ej heller, men städse fasthållles vid, att handlingarna måste vara i yttre måtto väsentligen desamma². Uppfattningen af återfallet såsom uttryck för en brottslig vana har därför icke kunnat undgå att mäktigt bidraga till den åsigten, att endast likartade brott kunna konstituera ett återfall. Är man däremot fullt på det klara med, att hvad som gör den s. k. vaneförbrytelsen särskildt straffbar icke är den yttre färdighet, som förvärfvas genom det upprepade utöfvandet af ett visst slags verksamhet, utan den genom upprepandet af samma motiv förmin-

¹ Hälschner l. c. sid. 543 ff. Visserligen säger Hälschner, att likheten i motiv alltid skall hafva till följd om icke likhet så dock artlikhet emellan handlingarna, men riktigheten häraf torde med skäl kunna bestridas. Wahlberg, som likaledes bestämmer vanan såsom en genom vissa motivs upprepade förekomst fast blifven böjelse, anmärker däremot, att en brottslig vana icke nödvändigt är betingad af de tidigare brottens artlikhet; och med rätta utlåter sig Gautier (*«De la récidive»* i Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Erster Jahrgang, sid. 17 och 18): *«Poser en principe, que les caractères extérieurs d'une violation de droit suffisent à en révéler le mobile, c'est admettre un fait contredit par l'expérience; affirmer a priori, que plusieurs infractions analogues quant à leurs éléments juridiques doivent se rapporter à la même tendance criminelle, c'est édifier une présomption légale sur la plus fragile des bases. Il est constant en effet d'une part, que plusieurs délits identiques peuvent provenir des penchans les plus opposés, il est avéré d'autre part, qu'un seul et même mobile peut donner naissance aux infractions les plus diverses.»*

² Se: Dochow l. c. sid. 72 f.

skade motståndskraften mot denna art af motivation, kan man ej från återfallets hänförande till en brottslig vana hemta stöd för att låta jemväl objektiva moment ingå i begreppets bestämningar.

Mot att grunda återfallets straffbarhet på förefintligheten af en brottslig vana talar dock, utom ofvannämnda skäl, äfven det, att den genom uppreparandet af samma motiv uppkommande rättsstridiga böjelsen utvecklas gradvis och först sent erhåller den farliga karakter, som man närmast tänker på, då det inom straffrätten är fråga om en vana. Det är ej möjligt att angifva någon viss punkt i vanemässighetens utveckling, där man kan säga, att nu föreligger en vana. Att redan vid ett första eller andra återfall antaga förekomsten af en vana vore »den djerfvaste af alla presumtioner»¹, och dock kan det strängare bestraffandet af redan de första återfallen ej eftergivvas, ty endast vid dem finnes någon större utsigt till att straffet skall lyckas åstadkomma brottslingens omdaning. I själfva verket lägger man ej heller vikt på antalet handlingar, på uppreparandet i sig; vid frågan om vaneförbrytelsens bestraffande gäller det att eftertryckligt reagera mot alla de brott, till grund för hvilka synas ligga i karakteren rotfästa dispositioner, oafsedt om dessa uppkommit genom ett flerdådigt handlande eller ej. En sådan disposition kan förefinnas vid ett första uppreparande, ja, redan vid ett första brott, utan att man här kan tala om vana i egentlig mening. Benämningen vaneförbrytelse är sålunda ett otillfredsställande uttryck för hvad man därmed afser att beteckna; dock, har man gjort sig reda för hvad benämningen innebär, är ju ej något som hindrar att säga, det man i återfallet bestraffar den brottsliga vanan. Emellertid har sagda benämning förklarligt nog gifvit anledning till den invändningen emot återfallets uppställande såsom straffskärpningsgrund, att

¹ Breidenbach, *Commentar über das Grossherzoglich Hessische Strafgesetzbuch*, Erster Band, Zweite Abtheilung. Darmstadt 1844, sid. 428.

man i återfallet bestraffar förbrytaren icke för hans närvarande brottsliga tillstånd utan för att förekomma, det en vana hos honom uppkommer, att man alltså låter framtiden rättfärdiga det närvarande ¹.

Af den föregående framställningen kunde möjligen synas, som om vid det likartade återfallet det för återfallsbegreppet till skillnad från reell konkurrens karakteristiska momentet, nemligen den för tidigare brott utståndna bestraffningen, icke vore att tillägga någon vikt; en rättsstridig böjelse tillväxer ju i kraft af inre lagar blott därigenom, att samma föreställningar gång på gång upphöjas till motiv, utan att straffet har därmed att skaffa. Ja, det till och med motverkar uppkomsten af en brottslig vana, ty gifvetvis äro betingelserna för dennas utveckling vida gynnsammare, ju oftare förbrytaren får tillfälle till brott, och i detta afseende lägger straffet hinder i vägen. Men äfven om allt detta medgifves, mister icke därför ifrågakomna moment sin stora betydelse. Hvad som gör återfallet särskildt straffbart, är ej blott den däri sig manifesterande brottsliga böjelsen utan ock den fasthet, böjelsen måste ega, för att ha kunnat bestå trots straffets påverkan. Otvifvelaktigt kan äfven ett blott uppreparande vittna om böjelsens styrka, men icke någon omständighet ådagalägger så otvetydigt som ett mellankommande straff, att de brottsliga handlingarna äro uttryck för en i karakteren fast blifven disposition. Har förbrytaren förut varit straffad, föreligger en tillförlitlig grundval för uppfattningen af honom såsom en i högre grad farlig individ, medan däremot ett blott uppreparande egentligen närmast gifver vid handen, att den böjelse, som framträdde i det första brottet, fortlefver, hvilket synes ganska naturligt, då brottslingen icke bibragts motiv till underlåtande af brott, utan tvärtom fått ostörd njuta brottets fruk

¹ Breidenbach l. c. sid. 428; Hellweg, Zur Lehre vom Rückfall (Gerichtsaal Bd. 22 sid. 63), som fordrar, att man uppgifver «die haltlose Präsumtion einer verbrecherischen Gewohnheit».

ter. Då det därför emot återfallets sammanställande med vane-förbrytelsen gjorts gällande ¹, att den utveckling, som resulterar i en brottslig vana, försiggår alldeles oberoende af det moment, hvarpå inom återfallsläran ligger afgörande vikt, är detta visserligen riktigt, men kan icke erkännas vara tillräckligt skäl för att förkasta denna sammanställning. Faktiskt är det väl ock i allmänhet så, att vaneförbrytaren äfven är recidivist, då han nog i de flesta fall icke länge undgår att blifva dragen till ansvar.

Såsom förut är nämnt, har man äfven från objektiv synpunkt velat draga gränsen emellan det likartade och olikartade återfallet. Som afgörande kriterium har uppställts kränkning af en lika rättighet ². Bortsett nu från de praktiska skäl, som kunna åberopas till förmån för en dylik indelning, anse vi den samma icke kunna försvaras. I sådant afseende har anförts, att handlingens farlighet rättar sig efter det kränkta intressesets natur. Visserligen är detta i väsentlig mån förhållandet, men för så vidt man ej vill rättfärdiga det högre ansvaret från general-preventionens synpunkt, är ej lätt att inse, huru man härifrån skall kunna komma till förhöjdt ansvar för den, som efter straff för brott, riktadt emot en rättighet, på nytt göra sig skyldig till kränkning af samma slags rättighet. I objektivt afseende företer det andra brottet ej någon olikhet med det första; därifrån kan således ej hemtas skäl för straffskärpning, och i subjektivt hänseende betingar icke öfverensstämmelsen i fråga om angreppsobjekt större straffbarhet, ty brottens subjektiva faktorer äro däraf oafhängiga. Brott, riktade emot samma intresse, hafva ock ofta en fullkomligt olika kriminalistisk betydelse, hvilket framgår vid jämförelse emellan t. ex. skadegörelse och rån,

¹ Olrik l. c. sid. 184 f.

² Se Harburgers och Fulds uttalanden å int. krim. föreningens tyska grupp:s 1:sta möte (förhandl., sid. 66 ff.).

som ej hafva mycket med hvarandra gemensamt¹. Det angripna intressets natur måste på dessa skäl betecknas såsom odugligt att bilda gränslinie inom återfallsbegreppet.

En sammanfattning af allt det förut angående återfallets teoretiska konstruktion sagda gifver till resultat, att återfall föreligger, då en person, efter att hafva träffats af ansvar för brott, å nyo gör sig till straffbar handling skyldig, därvid dock från att tagas i betraktande såsom konstituerande återfall undantagas straffbara handlingar, hvilka icke stå i något djupare förhållande till karakteren utan mera äro att skriva på en yttre anledningsräkning. Inom detta återfallsbegrepp har man att skilja emellan likartadt och olikartadt återfall, allt efter som brotten äro framgångna af beslätade motiv eller ej. Det förra är farligare än det senare och förtjenar därför strängare behandling.

En högre grad af straffbarhet kan nu emellertid icke anses vara för handen i hvarje fall, där två brott af ofvan angifna natur jemte ett mellanliggande straff föreligga. En nödvändig restriktion måste göras med hänsyn till straffets beskaffenhet. Uppenbart är, att ej alla brott äro egnade att intaga plats i hvilken som helst serie af förbrytelser, på hvilken straffprogression till följd af återfall skall kunna tillämpas. Den omständigheten, att en person, som föröfvat ett svårt misshandelsbrott, förut fått böta t. ex. för öfverdådigt körande, bör icke rimligen, äfven om i båda brotten ett våldsamt, för andras lif och lem likgiltigt sinnelag kan sägas gifva sig till känna, medföra skärpt straff för misshandelsbrottet. Den inre grunden till att så icke får ske ligger däri, att det straff, bestående i endast böter, hvarmed den tidigare öfverträdelsen belagts, icke är af beskaffenhet att inverka på viljan på sådant sätt, att den, objektiverad i ett nytt brott, framstår såsom farligare. Bötesstraffets afskräckande kraft är icke stor, och om någon förbättrande verkan däraf kan ej

¹ von Liszt, Z IX, sid. 474 ff.

ens vara tal; nämnda straff bör därför icke gifva anledning till iterationsansvar för efterföljande brott. Strängt taget kommer man från förut utvecklade hufvudsynpunkt för uppfattningen af återfallet till samma resultat, ja, till och med ett steg längre, nemligen till att helt och hållet utesluta från beaktande inom återfallsläran, såvidt angår de egentliga brotten, de små med böter bestraffade förseelserna. Dessa äro nemligen till sin natur sådana, att man icke från dem är berättigad att sluta till en egentligen farlig viljebeskaffenhet. Orätt vore förty att sammanställa dem med de straffbara gerningar, som både i sig och för den handlande sjelf äro af större vikt.

I detta sammanhang framställer sig till besvarande frågan, om begreppet återfall bör inskränkas till att omfatta blott de uppsåtliga brotten, eller om äfven de culpösa böra däri innefattas. Inom doktrinen är man i allmänhet af den åsigten, att de senares uteslutande icke kan gillas, då ett upprepadt oaktsamt åsidosättande af andras rätt, trots det att samhället sökt genom straff inskräpa plikten att i lefvernet iakttaga nödig försigtighet, vittnar om farlig och straffvärd likgiltighet för andras intressen ¹. Otvifvelaktigt är denna betraktelse riktig; dock få, såsom jemväl plägar framhållas, på grund af den grundväsentliga skillnaden emellan skuldens natur vid *dolus* och *culpa*, de förbrytelser, hvilka äro att tillräkna såsom culpösa, endast för sig komma i betraktande, så att iterationsstraff icke ifrågakommer vid culpöst brott af den, som förut varit straffad för dolöst, eller tvärtom ².

I fråga om återfall vid culpösa brott kan man icke göra samma åtskillnad som vid de dolösa, nemligen emellan likartadt och olikartadt återfall med hänsyn till motivens beskaffenhet.

¹ Scheurlen l. c. sid. 654 ff.; Bauer, Abhandlungen II, sid. 122 ff.; Münchhausen l. c. sid. 26; Sacker l. c. sid. 109; Berner, Lehrbuch, sid. 302; Gautier l. c. sid. 19 m. fl.

² Bauer är af motsatt åsigt.

Motiven till de handlingar, hvilka bestraffas såsom culpösa brott, ha ingenting gemensamt med de rättsstridiga effekter, som konstituera brotten, och det är därför ej möjligt att från sagda effekter sluta tillbaka till en i viss riktning utbildad rättsstridig böjelse. Snarare skulle det kunna blifva tal om att fordra, det brotten skola vara af samma slag. Ehuru häremot kan invändas, att *culpas* natur utesluter viljans riktning på något visst mål, synes detta sätt att begränsa återfallet vid de culpösa förbrytelserna hafva skäl för sig, ty onekligen visar den, som blifvit straffad för oaktsam kränkning af en rättighet och därefter låter samma förseelse komma sig till last, prof på högre grad af straffvärd oaktsamhet, än om den senare förseelsen är af olika slag. Straffet hade nemligen i förra fallet bort innehålla en kraftigare maning till försigtighet.

Hvad angår spørgsmålet, om återfall är att antaga till följd af straffbara handlingar, hvilka föröfvats i ungdomen, följer af den ståndpunkt, hvilken vi intaga, att svaret måste bliva nekande. Äfven om den unge förbrytaren är i intellektuellt afseende tillräckligt utvecklad för att inse sin handlingens betydelse, saknar han dock den stadga och mognad i karakteren, som berättigar till att i ett upprepadt begående af brott se ett uttryck för brottslig förhärdelse. Denna uppfattning har gjort sig gällande i flere strafflagar ¹.

¹ Svenska (5: 4), norska (6: 21), danska (§ 61) och finska (6: 2) strafflagarne stadga, att brott, som någon föröfvat, innan han fyllt aderton år, ej må honom tillräknas till förhöjning af straff för återfall. — Genom lagen den 20 Juni 1890 har, som bekant, den tidigare föreskriften i svenska strafflagen, att brott, som någon begått, innan han fyllt femton år, ej må honom tillräknas till förhöjning af straff för återfall i brott, utsträckt till att gälla om brott, begånget af dem, som ej fyllt aderton år. Det nya stadgandet har gifvit anledning till någon tvekan, om detsamma är tillämpligt på brott, som föröfvats af person, hvilken fyllt femton men ej aderton år, och som belagts med straff, innan 1890 års lag blef gällande. Det lider intet tvifvel, att icke stadgandet bör tolkas på sätt som skett i Åtskilliga Kongl. Maj:ts utslag (se Nytt jur. Arkiv 1893 sid. 573, not. 862; 1894 sid. 258, not. 257). För att

Innan vi gå vidare i undersökningen af återfallets straffrättsliga betydelse, därvid vi närmast ha att skärskåda de re-

först taga det enklaste fallet, så måste den, som för stöld, begången före aderton år, innan lagförändringen dömts till ansvar för 1:sta resan stöld, i händelse af nytt tjufnadsbrott fällas till ansvar för 1:sta resan vare sig stöld eller snatteri, beroende på det tillgripnas värde; den första stölden får nemligen icke verka till förhöjning. Detsamma gäller gifvetvis, om den brottslige innan lagförändringen för flere stölder, föröfvade före aderton år, dömts till ansvar för 1:sta, 2:dra etc. resan; till samtliga tages nu ej hänsyn. Har vidare en person, likaledes innan lagförändringen, ådömts för stöld, föröfvad före aderton år, 1:sta resans och för stöld, föröfvad efter aderton år, 2:dra resans ansvar, måste han nu fällas till straff för andra resan; stölden N:o 1 tages ej i betraktande, hvaremot stölden N:o 2 medför skärpning. Den skillnad, man velat göra (se Nytt jur. Arkiv 1894, sid. 258) emellan sistberörda fall och de föregående, torde sakna giltiga skäl. Det kan visserligen synas besynnerligt, att en rättsligen grundad, laga kraftvunnen dom, hvarigenom en person blifvit ådömd iterationsstraff, så att säga degraderas och kommer att gälla för annat än hvad den enligt sitt innehåll är, men teoretiska grunder kunna ej däremot åberopas. Den kombination, som innehålles i sista exemplet, kan emellertid, såsom påpekats, gifva anledning till svårigheter. Om värdet af det tillgripna vid stölden N:o 2 ej går öfver 15 kronor, måste nytt tjufnadsbrott bedömas såsom 1:sta resan stöld eller 2:dra resan snatteri, beroende på det därvid tillgripnas värde. Afgörande för uppfattningen af det sista brottet är således det tillgripnas värde vid stölden N:o 2: så vidt handlingarna i målet icke därom lemna upplysning, hvilket lätt kan inträffa, då domstolen ej var nödsakad i detta afseende förebringa utredning, måste den domstol, som rannsakar angående det nya brottet, sjelf anställa undersökning. Lemnar denna ej något resultat, är det nog riktigtast att tillämpa regeln *in dubio mitius*. — Vill man söka uppvisa rättmätigheten af den tolkning, som kommit ifrågavarande stadgande till del, har man till en början att se på dess ordalydelse. Därifrån kan påtagligen icke hemtas stöd för den mening, som velat inskränka dess användning till brott, belagdt med straff, efter det lagen trädt i kraft. Stadgandet är nemligen alldeles ovillkorligt. Med den i vår rätt gällande princip, enligt hvilken en strafflag har retroaktiv verkan, om den är mildare, står jemväl den antagna tolkningen i god öfverensstämmelse. Det skäl, man emot stadgandets tillämpning på det sista af ofvan anförda exempel funnit däri, att domens rättskraft skulle lägga hinder i vägen för att i det där afsedda fall lemna ur räkningen brott, som föröfvats före fyllda aderton år, kullkastas därigenom, att det ej är fråga om att i minsta mån brista i skyldig respekt för den laga kraftvunna domen. Denna rifves ej upp, förklaras ej vara felaktig, utan eger fortfarande bestånd. Men domens verkan på en handling, som kommit till under ny lags herra-

sultat, till hvilka vi kommit, i praktisk belysning och med desamma jemföra strafflagarnes återfallsregler, skola vi kasta en blick på några ofta framställda invändningar, hvilka äsyfta ingenting mindre än att aldeles kullkasta hela återfallsläran. De utgå egentligen icke därifrån, att icke recidivisten är farligare än en ej förut straffad förbrytare, utan söka visa, att samhället gör

välde, kan endast bedömas efter samma lag, och om annat är ej tal uti ifrågavarande fall (jfr framställningen längre fram). Ville man vid tillämpningen af stadgandet göra förut antydda skillnad, skulle man dessutom komma till stötande resultat. Den, som för tre före aderton års ålder begånna stöld för åsamkat sig straff för tredje resan, vore nu vid ny stöld att bestraffa för 1:sta resan, men den, som för en stöld, föröfvad före aderton år, och en annan, föröfvad kanske omedelbart efter passerandet af sagda åldersgräns, ådragit sig straff för andra resan, skulle nu i händelse af återfall beläggas med tredje resans ansvar. Tager man slutligen hänsyn till den hufvudsakliga grunden till den mildhet, hvarmed lagen betraktar den unge förbrytaren, nemligen dennes bristande karaktärsutveckling, så passar denna grund ej mindre in på den, som i unga år före lagförändringen begått brott, än på den, som därefter före fyllda aderton år gör sig till brott skyldig. Måhända har äfven det lindrigare bestraffandet af förbrytare, som ej uppnått aderton års ålder, medverkat till, att lagen velat i iterationsafseende se dem med mildare ögon. Jemväl från denna synpunkt bör tiden för lagens trädande i kraft icke betingas någon olikhet i behandlingen af de brott, som falla å ömse sidor om berörda tidpunkt. Ty äfven före 1890 års lag bedömdes de unge förbrytarne med mildhet, om ock straffnedsättning i så stor utsträckning, som nu, ej var föreskrifven. — Föreskriften i 5: 4 gör det nödvändigt för domstolarne att noga undersöka, huruvida en tilltalad, som förut föröfvat brott, hvilket i iterationsafseende har betydelse, därvid varit öfver aderton år; om angelägenheten häraf ha ock, som bekant, hofrätterna medelst cirkulär erinrat. Undersökning torde likväl ej behöfva ifrågakomma, därest en efter 1890 års lag meddelad dom, hvarigenom den brottslige dömts till iterationsstraff, föreligger; domstolen bör nemligen ha rätt att lita på, att den förefintliga domen är lagligen grundad. Det kan emellertid hända, att under rannsaking upptäckes, det i en med tillämpning af ifrågavarande lag meddelad dom felaktigt antagits, att den brottslige vid föregående förbrytelses föröfvande var öfver aderton år, till följd hvaraf iterationsstraff ådömts. Fråga uppstår, om den föregående domen är bindande, så att nu bör fällas till straff för närmast högre resa. För vår del anse vi, i betraktande af lagstadgandets kategoriska affattning, att domen ej lägger hinder i vägen för att låta den brottslige komma i åtnjutande af den straffmildring, hvartill lagen gifver anledning. Till stöd för den motsatta meningen kan dock här åberopas domens rättskraft.

sig skyldigt till orättvisa genom att belägga återfallet med strängare straff. Häraf inses, att berörda invändningar äro af den vikt, att de ej må lemnas obeaktade.

4. Några invändningar emot återfall såsom grund till straffförhöjning.

Vi ha förut påpekat, att man för bedömandet af det i återfall begångna brottets subjektiva straffbarhet hemtar ledning af förbrytarens *vita ante acta*. Den ifrågavarande förbrytelsen sammanställas med sådana fakta från gerningsmannens tidigare lif, som äro egnade att kasta ljus öfver hans karakter. Detta är icke något för återfallet egendomligt. Samma tillvägagående användes ständigt, då det gäller att undersöka brottets subjektiva sida, ty det är i allmänhet ej möjligt att sätta straffet i rättvist förhållande till förbrytarens skuld, med mindre man förskaffar sig kännedom om hans personliga förhållanden och särskildt därom, huruvida han förut gjort sig skyldig till straffbara handlingar. Men hvad som kan synas uti ifrågavarande hänseende anvisa återfallet en särskild ställning är, att det tidigare faktum, hvarifrån man sluter till en farligare vilja, utgör ett redan bestraffadt brott. Den betraktelsen ligger nära till hands, att, sedan samhället gjort gällande sin rätt att straffa, detsamma icke vidare eger fästa afseende å den handling, hvarför straffet pålagts, och således icke från den får hemta skäl för straffskärpning vid följande brott. I annat fall bestraffar samhället i det senare brottet ett element, taget från det tidigare, redan beifrade, och försyndar sig sålunda mot kardinalgrundsatsen *non bis in idem*.

Ofvan antydda uppfattning har verkligen flere gånger tagit sig uttryck i den straffrättsliga litteraturen. Så t. ex. resonerar Gesterding på följande sätt ¹: Ett straff kan omöjligen hafva den verkan, att på grund däraf, ansvaret för ett nytt brott bör förhöjas; det belägger icke brottslingen med skuld utan gör honom fri därifrån. Genom straffet är det första brottet försonadt; den skuld, som förbrytaren därigenom ådrog sig, är utplånad. Om nu vid återfall minnet af det förra brottet upplifvas och det nya straffet skärpes, innebär detta detsamma, som att ett redan bestraffadt brott ånyo bestraffas, att samhället åter gör gällande en fordran, som redan är betald.

Gesterdings argument äro ej svåra att vederlägga, och deras haltlöshet har ofta blifvit framhållen ². Ytterst hvilat hela argumentationen på den uppfattningen, att straffet utplånar brottet, så att det senare är att betrakta, som om det aldrig existerat. Föreställningen om räckvidden af grundsatsen *non bis in idem* är ock öfverdrifven; denna princip lägger väl hinder i vägen för, att en handling, angående hvilken rättskraftig dom föreligger,

¹ «Wiefern kann Wiederholung eines Verbrechen einen Grund enthalten die Strafe zu schärfen?», Neues Archiv V, sid. 481 f.; Köstlin (l. c. sid. 621), som framhåller, att de herskande föreställningarna om återfallets stora straffbarhet ha sin rot i preventionsteorien och förutsätta, att förbrytaren lidit straff för tidigare brott, utan att han därigenom blifvit behörigen afskräckt eller bättrad, finner konsekvenserna af denna uppfattning leda till antagande, antingen att det förra straffet varit fruktlöst och därför måste helt eller delvis upprepas, eller åtminstone att straffet varit för lindrigt, hvadan det försummade quantum af repression måste tagas igen; i båda fallen kränkning af grundsatsen *non bis in idem*. Köstlins invändning är, som man finner, i grunden densamma som Gesterdings och drabbas af samma vederläggning.

² Så t. ex. säger Rossi, Traité de droit pénal III sid. 114: «Aussi ne sommes-nous point frappés de ce raisonnement: le délinquant en subissant la peine du premier délit a complètement payé sa dette, il a éteint cette partie à sa charge; on n'a plus le droit de lui en demander compte. Qui songe en effet à le lui demander? C'est du second crime qu'on lui demande compte, mais avec les circonstances qui aggravent la culpabilité politique de l'agent, pourvu toujours qu'on ne dépasse pas les limites de la justice morale.»

å nyo göres till föremål för straffrättslig pröfning, men förhindrar ingalunda, att till handlingen tages hänsyn vid bedömandet af en annan handling. Endast härom är fråga vid återfall; meningen är ej att belägga med straff ett element, som ingått i det tidigare brottet, utan allenast den senare förbrytelsen, därvid helt naturligt ej lemnas ur sigte någon omständighet, som förmår sprida klarhet öfver brottets subjektiva moment.

Gesterdings angrepp, som i sig icke kan tillerkännas något vetenskapligt värde, blifver däremot, om man tänker på den behandling, som kommit återfallet till del ej blott i vissa strafflagar utan äfven stundom i doktrinen, både förklarligt och till stor del berättigadt. Utgående därifrån, att ett återfall visar, att det föregående straffet icke gjort åsyftad nytta, kom bayerska strafflagen af 1813 till det resultat, att samma straff borde såsom ett plus komma till det straff, som det i återfall begångna brottet i sig förskyllt¹. Ett dylikt system innebär uppenbarligen en upprörande hårdhet och grof kränkning af grundsatsen *non bis in idem*. Mot denna brytes jemväl, därest blott den omständigheten, att en person förut varit straffad, anses utgöra tillräcklig anledning att för nytt brott ådöma honom högre straff än vanligt, oafsedt i hvilket förhållande brottet står till hans karaktärsbeskaffenhet. I ett sådant fall får den brottslige i sjelfva verket lida två gånger för samma gerning.

En ofta återkommande invändning mot den betydelse, som inom straffrätten tillägges återfallet, är af den djupa innebörd, att vi icke kunna undgå att här påpeka densamma. Man har påstått, att samhället sjelf bär skulden till återfallen², och synes stundom

¹ Art. 111—117. Angående sagda lags synnerligen invecklade och för sin öfverdrifna stränghet mycket klandrade återfallsbestämmelser se von Schelhasz i Neues Archiv II, sid. 578 ff., von Menz i Archiv des Criminalrechts, Neue Folge 1848, sid. 420 ff.

² Mittermaier zu Feuerbachs Lehrbuch, § 132; Köstlin l. c. sid. 622; John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeut-

vilja däraf draga den slutsats, att samhället genom att skärpa straffet för recidivisterna, gör sig skyldigt till orättvisa. Så vidt man nu hänsyftar på dåliga sociala förhållanden i allmänhet, kan, äfven om det medgifves, att mycket i samhället lemnar åtskilligt öfrigt att önska, och att sociala missförhållanden säkerligen mäktigt bidraga till förbrytelseernas förekomst och tilltagande, detta lika väl göras gällande mot brottens bestraffande öfver hufvud som mot återfallens beläggande med ansvar till den grad, samhällets intresse kräfver, hvadan vi sakna anledning att här särskildt sysselsätta oss med frågan i denna del. Men spørgsmålet om samhällets medskuld i återfallen har en helt annan och onekligen betydelsefullare innebörd, än det kan blifva tal om, då man håller sig till brotten i allmänhet. Är det så, som statistiken gifver vid handen, att brottens antal ökas, medan förbrytarnes antal relativt minskas, att således kriminaliteten koncentreras på ett visst antal individer, så följer häraf, att återfallet tillegnar sig en allt mera dominerande ställning inom brottets verld. Gör man sig nu reda för hvad det är, som karakteriserar återfallet och betingar dess särskilda behandling inom straffrätten, finner man, att detta ej är annat än det straff, förbrytaren förut undgått. Emellan de af samma individ begångna brotten ligger straffet, och i detta har man, enligt en nära till hands liggande slutledning, att söka källan till att recidiven synas vilja till antalet öfverflygla de första gången föröfvade brotten. Straffet synes sålunda långt ifrån att förbättra brottslingen fastmer betaga honom den rest af moraliska grundsatser, han vid sitt inträde i fängelset möjligen ännu hade i behåll. Men denna straffets verkan kan sägas vara något, som samhället minst borde låta förbrytaren umgälla, då det ju sjelf bär ansvaret för de penitentiära institutionerna och deras brister.

schen Bunde, Berlin 1868, sid. 313; Merkel i Holtzendorff's Handbuch IV, sid. 221 ff.; Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2 Aufl., sid. 177 f.

Som man ser, innehåller ofvanstående den grava förebräelsen mot samhället, att det bestraffar recidivisten för hvad han genom dess egna åtgöranden blifvit. Säkerligen ligger en god del sanning i det sagda; en hvar, som något sysselsatt sig med våra dagars straffrättslitteratur, kan ej undgå lägga märke till den enstämighet, hvarmed från de mest skilda håll klagas öfver, att straffet långt ifrån är, hvad det borde vara, att det ofta, i stället för att förbättra brottslingen, gör honom ännu sämre. Cellstraffet, som kunde synas vara oantastligt, då det förhindrar brottslingarne från att genom ömsesidiga exempel förderfva hvarandra, har lika litet som gemensamhetsfängelset gått fritt från angrepp. Det säges, fortsatt under längre tid, verka deprimerande på själ och kropp; cellfången blifver småningom slö både till uppfattning och vilja, han vänjer sig af med allt eget initiativ och står på detta sätt vid strafftidens slut föga rustad till att med lyckligt resultat upptaga kampen mot de vedervärdigheter, som möta den frigifne, och som denne ofta, utan det för honom nästan oundgängliga stödet af andra, måste sträfva att öfvervinna. — Ut i antydda förhållanden, hvilka särskildt angå samhällets ställning till brottet, har man utan tvifvel att se en ej oviktig orsak till de många återfallen. Men å andra sidan bör man akta sig för att öfverdrifva deras betydelse. Så illa bestäldt är det icke med berörda sociala betingelser, att förbrytarne tvingas vidare på den väg, på hvilken de slagit in. Ej på långt när alla brottslingar göra sig ju skyldiga till återfall, och redan detta visar, att det icke kan blifva tal om att beteckna återfallet såsom en nödvändig följd af samhällseliga faktorer. Vid återfallen gäller ej mindre än vid brotten öfver hufvud, att af hvars och ens individualitet beror det intryck, som de yttre förhållandena utöfva; här som alltid har man att i karakteren söka ansvarighetens fasta grund ¹.

¹ Se: Merkel, Vergeltungsidee, sid. 44 ff.; von Liszt, Z XIII, sid. 359 ff.; Olrik l. c. sid. 173.

Om ock de yttre förhållandenas inflytande på viljebestämningen bör skattas högt, är dock viljan icke uteslutande en produkt af desamma; äfven under de mest ideala samhällsinstitutioner skulle det därför fortfarande finnas lastbara och brottsliga individer. För öfrigt ligger till grund för betonandet af samhällets andel i brotten, så vidt det afser att fränkänna samhället rätten till energisk repression, den föreställningen, att »den rättsliga ansvarigheten har sitt fundament uteslutande i de karakterselement, för hvilka den handlande har sig sjelf att tacka»¹: en uppfattning, som åtminstone från deterministisk ståndpunkt skulle leda till förkastande af all ansvarighet.

Vid utöfvandet af sin straffande verksamhet kan staten utgå endast därifrån, att hvarje handling, i hvilken en mot samhället fiendtlig vilja gifver sig till känna, är att belägga med straff i den mån, samhällets egen säkerhet kräfver; någon undersökning af förloppet vid individens utveckling och de därvid verk samma krafterna bör icke kunna komma i fråga från annan synpunkt än såsom egnad att kasta ljus öfver hans närvarande tillstånd i och för straffets behöriga bestämmande. Så vidt och i den mån straffet är af nöden för samhällets bestånd och utveckling, är det statens ej mindre rätt än plikt att bringa desamma till användning; endast denna princip förmår förläna straffrätten en fullt säker grund, och med en annan skulle staten gifva till spillo uppnåendet af sitt eget ändamål, rättstillståndets upprätthållande.

På samma gång man emellertid måste bestämdt afvisa alla de invändningar mot återfallsstraffet, hvilka sammanhånga med betonandet af brottets sociala faktorer, bör man erkänna det berättigade i framhållandet af sagda faktorer, så vidt därmed afses att inskräpa nödvändigheten för staten att ständigt söka, i den mån omständigheterna det medgifva, undanröjda orsakerna till

¹ Merkel (i Holtzendorff's Handbuch II, sid. 568), som energiskt förkastar denna uppfattning.

brott. I detta afseende kommer närmast i betraktande allt hvad som rör straffrättskipningen och dess ofullkomligheter. Denna synpunkt ligger till grund för senare tidens sträfvanden att låta kriminalsociologien komma till sin rätt¹; man vill icke i minsta mån förneka samhällets befogenhet att med nödiga medel skydda sig mot brottet men gör samtidigt med styrka gällande, att detta i väsentlig grad är en produkt af de samhälleliga tillstånden, och att förty den kamp mot brottet, som skall hafva utsigt till framgång, måste utgå därifrån, att detsamma är ett socialt fenomen, och sålunda vara grundad på djupgående undersökningar angående dess rötter i samhällslifvet. — Med vida bättre samvete kan staten gifvetvis utöfva sin straffande verksamhet och skrida, där så behöfs, till maximum af stränghet, därest icke någon underlåtenhet i fråga om behöfliga reformer ligger densamma till last. Alltid skall dock det närvarande stå långt efter icke endast det ideala utan t. o. m. det bäst möjliga, och därför är framhållandet af samhällets medskuld i brotten nyttigt äfven i det afseendet, att därigenom hänsynslös hårdhet förhindras.

5. Om den praktiska användbarheten af begreppet återfall, byggt på motivlikhet, samt om återfallets betydelse i de positiva lagarne.

Begreppet återfall innebär, efter hvad vi förut nämnt, två brott plus ett mellanliggande straff. Häraf framgår, att man vid

¹ Internationella kriminalistiska föreningen går här i spetsen. (Se dess statuter Art. II). Äfven den s. k. terza scuola i Italien, hvars bildande tillhör den allra senaste tiden och som intager en själfständig ställning emellan de i Italien häftigt hvarandra bekämpande skolorna, den äldre klassiska och den moderna antropologiska under Lombrosos presidium, pointerar den socio-

begrundandet af återfallets särskilda straffbarhet har att välja emellan två olika vägar. Man kan lägga hufvudvigten på straffet eller på brotten, och allt efter som det ena eller andra alternativet väljes, blir resultatet olika. I förra händelsen fäster man sig företrädesvis vid det faktum, att straffet icke förmått afhålla från nytt brott; utgående därifrån, att straffet bibringat brottslingen motiv till att för framtiden underlåta brottsliga handlingar, sluter man till, att denne vid det nya brottets begående haft större inre motstånd att öfvervinna, och att hans vilja alltså är mera vänd till det onda. Denna utgångspunkt, hvilken närmast är den franska strafflagens, kan ej godkännas; de riktiga synpunkterna för återfallets bedömande gå förlorade, och i stället träder en schematisk behandling, som utan att ingå i undersökning däraf, om det senare brottet i verkligheten betyder en högre grad af straffbarhet, belägger detsamma såsom återfall med förhöjdt ansvar. Endast om en analys af brottens subjektiva moment gifver vid handen, att brotten genom sitt förhållande till subjektets karakter stå i samband med hvarandra, och att således det senare, jemfördt med det förra, betyder ett steg vidare i ond riktning, förefinnas rättvisa skäl till straffhöjning. Med erkännande häraf kommer man öfver till det andra af ofvanberörda alternativ. Till grund måste läggas en betraktelse af brotten, så vida man ej vill göra sig skyldig till godtyckliga presumtioner. Vid en sådan betraktelse faller det sig helt naturligt att göra skillnad däremellan, om brotten förråda samma rättsstridiga böjelse eller äro uttryck för olika böjelser. Äfven om det, enligt vår mening, är öfverdrifvet att lägga så stor vikt på denna skillnad, att endast under den första förutsättningen återfall i egentlig mening erkännes vara för handen, är den samma dock ingalunda utan sitt värde, i ty att det likartade

logiska synpunkten och samhällets plikt att bekämpa brottet i första rummet genom vidtagande af sociala reformer. Se upplysningar derom i Rosenfelds afhandling: «Die dritte Schule», Mitteilungen IV, sid. 1 ff.

återfallet otvifvelaktigt vittnar om större farlighet och därför kräver mera beaktande än det olikartade.

Den rent subjektiva synpunkt, som ligger till grund för sagda indelning, har emellertid med få undantag icke vunnit erkännande i strafflagarne, om än den betraktelse, hvarpå samma indelning hvilar, ingalunda är för flertalet af dem främmande. En hithörande bestämmelse förekommer i strafflagen för kantonen Schwyz (§ 42), som tillåter straffskärpning, »wenn der Schuldige wegen aus gleicher rechtswidriger Neigung entsprungener Verbrechen schon zweimal bestraft worden ist», och således låter det komma an på motiven. Jemväl strafflagen för St. Gallen (Art. 39) fordrar, att brotten skola hafva framgått af samma rättsstridiga böjelse, men innehåller därjemte stadgande om att återfall föreligger, då brotten äro likartade, hvarmed naturligtvis åsyftas objektiv likhet¹. Af de nyare strafflagförslagen har, så vidt oss är bekant, endast ett vågat sig på att uttryckligen framhålla den subjektiva principen, nemligen det af Getz utarbetade »Förelöbige Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge». I § 69 föreskrifves iterationsstraff, därest den nya förbrytelsen är »udsprungen af samme forbryderske eller lastefulde Tilböielighed som den tidligere». Då vid sidan härom stadgats iterationsstraff, när handlingen är »af samme eller lignende Art» har detta helt säkert väsentligen haft sin orsak i misströstan om den subjektiva bestämmelsens praktiska användbarhet²; man finner ock denna vara utesluten i det senare af Getz utarbetade utkastet.

Och en dylik misströstan är i vår tanke fullt befogad. Det må vara aldrig så riktigt, ej mindre att grunden till det likartade

¹ Liknande bestämmelse förekom i strafflagen för Sachsen (Art. 82 och 83), enligt hvilken återfall förelåg vid upprepande af samma eller likartadt brott, därvid de brott ansågos vara likartade, hvilka hade sin rot i likartade driffjedrar.

² Jfr Olrik l. c. sid. 167 ff., som finner föreställningen om att den rent subjektiva synpunkten skulle vara mindre brukbar, icke vara välgrundad.

återfallets större straffbarhet är att söka endast och allenast däri, att brotten äro uttryck för samma böjelse, än äfven att yttre likhet icke behöfver motsvaras af denna inre likhet, utan att i yttre måtto identiska förbrytelser kunna bero på de mest skilda böjelser, liksom samma böjelse kan gifva upphof åt olika slags brott, så följer däraf dock ej, att lagarne böra omedelbart grunda sina återfallsbestämmelser på subjektiv identitet emellan brotten; och detta därför, att ett sådant system med all säkerhet icke skulle leda till det med dessa bestämmelser åsyftade ändamålet, nemligen återfallets stränga beifrande. Det sagda torde blifva tydligt, om man gör sig reda för, hvad det i sjelfva verket innebär, att brotten äro framgångna af samma rättsstridiga böjelse.

Då man vill utforska, hvilken böjelse ligger till grund för en handling, gäller det att se till, hvilka motiv den handlande haft. Med böjelse förstår man ju nemligen ej något annat än mottaglighet för ett visst slags motivation, i kraft hvaraf vissa föreställningar med lätthet uttränga andra sådana och bestämma viljans riktning. Motivens beskaffenhet är således afgörande för böjelsens beskaffenhet. Ordet motiv begagnas emellertid i mer än en bemärkelse, och det blir därför nödvändigt att närmare angifva, hvilken betydelse af ordet här är af intresse. Utgångspunkten blifver då den, att orsaken till hvarje handling är en känsla af olust jemte en på denna känslas aflägsnande riktad drift och föreställningen, att handlingen är egnad bringa olustkänslan till upphörande¹. Förloppet är dock aldrig så enkelt, att en enda föreställning är verksam vid viljebildningen; städe måste med föreställningen om handlingen förena sig åtminstone föreställningen om, att den förändring, som skall genom handlingen åvägabringas, är för den handlande fördelaktigare än det närvarande tillståndet. Viljebestämningen kan sålunda alltid betecknas såsom en produkt af olika, vanligen en mångfald, föreställningar.

¹ Jfr. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, sid. 83 ff; Hälschner l. c. sid. 183 ff; Gram l. c. sid. 1 ff.

Då viljans riktning är resultatet af samtliga dessa föreställningars samverkan, kallar man stundom dem allå motiv i vidsträckt mening¹. Detta motivbegrepp ha vi tydligtvis ej att göra med inom återfallsläran. Uppenbart är nemligen, att, då fråga är om att utröna arten af en böjelse, af personens mottaglighet för vissa motiv, endast de föreställningar betecknas såsom motiv, hvilka vid den konkurrens emellan motsatta föreställningar, hvari öfverläggningen till beslut består, vägt i vågskålen för handlingens företagande, och icke de, som sökt göra handlingen om intet. — Motivet såsom grundval för hvad man kallat »das Dass der Handlung»² eller »das Wollen des Zweckes selbst»³ är det begrepp, som inom återfallsläran är af intresse. Dessa uttryck häntyda på grunden till att subjektet öfver hufvud velat handla eller velat framkalla den effekt, hvarmed subjektet tänker sig olustkänslans tillintetgörande förbundet. Denna grund är just olustkänslans förefintlighet och begäret att aflägsna densamma; endast såsom medel härtill kommer effekten sjelf i betraktande. Det gäller således att undersöka icke hvad den handlande har velat, utan hvarför han har velat. Dessa båda undersökniugar sammanfalla ingalunda; den senare erfordrar ett vida djupare inträngande i subjektets inre än den förra. Man betecknar väl äfven, hvad subjektet velat, såsom handlingens motiv men begagnar därvid ordet i en betydelse, som bör noga särskiljas från den, hvilken vi ofvan förklarat vara den för oss relevanta. Sedan en person beslutit sig för att handla, återstår för honom att bestämma, på hvad sätt det mål, han genom handlandet vill nå, skall kunna realiseras. I verkligheten försiggå merändels öfverläggningarna

¹ Se: Bünger, Über Vorstellung und Wille als Elemente der subjectiven Verschuldung, Z VI, sid. 338.

² Zitelmann l. c. sid. 108.

³ Hälschner l. c. sid. 194. »Zweck» betyder här den effekt, som den handlande vill realisera, därför att han väntar, att densamma skall föra med sig olustkänslans aflägsnande.

och besluten om ej blott huruvida subjektet skall handla, utan äfven hvad gestalt handlingen skall hafva, samtidigt; men begreppsenligt kunna de alltid hållas i sär från hvarandra. Vid den senare öfverläggningen påverkas viljan af föreställningarna om de medel, som bäst främja det åsyftade ändamålet; dessa blifva motiv för »das Was der Handlung» eller »das Wollen der auf den Zweck bezogenen Thätigkeit»¹. Motivet till att en person företager en viss konkret handling, är således föreställningen om handlingens tjenlighet att framkalla den effekt, af hvilken han väntar sin tillfredsställelse, vare sig nu denna effekt ligger i sjelfva kroppsrörelsen eller är i yttre måtto därifrån skild. I senare fallet framgår måhända sagda effekt icke omedelbart af kroppsrörelsen, utan emellan dem ligger en eller flere effekter, af hvilka hvarje föregående är ett nödvändigt medel för uppnåendet af den närmast följande. Alla dessa effekter vill den handlande åstadkomma, därför att samtliga äro erforderliga för den eftersträfvade sluteffekten. Men att föreställningarna om de effekter, hvilka äro medel för sluteffekten, ja, om denna sjelf, icke äro motiv i den mening, vi nu ha för ögonen, är tydligt; ett exempel gör detta fullt klart. En person, A, dödar genom ett skott en annan, B, för att blifva C:s närmaste arfvinge. Föreställningen om det välbehag, besittningen af arvet skall skänka, är här A:s motiv till beslutet att rödja B ur vägen, motiv till »das Dass der Handlung»; vid beslutets fattande motväges, åtminstone under normala förhållanden, denna föreställning af föreställningen om det brottsliga i att orsaka en menniskas död. A:s handling berättigar alltså icke till att hos honom antaga någon mordlust; han kanske sjelf hyser afsky för sitt dåd men har ej kraft nog att stå emot den frestelse, som tanken på arvet innebär. Frågar man däremot, hvarför A sköt på B, så blir svaret, att hans motiv därtill, motivet till »das Was der Handlung», var före-

¹ Zitelmann l. c. sid. 108; Hälschner l. c. sid. 194.

ställningen om att skottet skulle döda B; sedan A fattat sitt beslut, måste han nämligen önska och söka åstadkomma B:s död. Handlingens effekt, B:s död, är i sig A likgiltig, t. o. m. föremål för hans motvilja; om någon böjelse att döda bär handlingen icke vittne, utan vill man finna den böjelse, måhända vinningslystnad, njutningsbegär eller något annat, som gifvit upphot till brottet, får man söka djupare i A:s själ.

Tillämpa vi det ofvan sagda på vårt ämne och taga till exempel två stölder, vid hvilka det i och för användning af återfallsstraff är fråga om att utleta de motiv, hvaraf brotten framgått, finna vi, att man icke kan åtnöja sig med det svaret, att gerningsmannen velat till sin fördel tillskynda de personer, mot hvilkas egendom brotten riktats, förmögenhetsförlust. Så vida ej händelsevis den brottslige skulle lida af kleptomani, är ännu mindre möjligt att stanna vid antagandet, att han blott af kärlek till det slag af verksamhet, som kännetecknar brotten, gjort sig skyldig till desamma, utan man måste utgå därifrån, att han företagit dem, emedan han i dem sett lämpliga medel för vinnande af förnuftiga ändamål, hvilka, sedda från annan synpunkt, just utgöra brottens motiv. Dessa kunna vara af den mest skilda natur och anknyta sig måhända till sluteffekter, som genom en hel rad af mellanliggande effekter äro skilda från dem, hvilka konstituera brotten.

Utan tvifvel ginge man för långt, om man påstode, att det öfver hufvud taget icke skulle låta sig göra att uppvisa motivens beskaffenhet. Till stöd för slutsatser härutinnan kunna ligga fakta, som gifva, om ej full visshet, så dock tillräckligt välgrundad sannolikhet. Och man bör möjligen t. o. m. erkänna¹, att dylika fakta i allmänhet äro att tillgå i rikligare mängd, då det gäller att finna de motiv, af hvilka brottslingar ledas vid sina straffbara gerningar, och särskildt då återfall äro i fråga, än

¹ Sacker l. c. sid. 23.

då utom straffrättens område fallande handlingar eller första brott komma i betraktande. Deras lif, hvilka ej blott tillfälligt resa sig upp emot samhällets lagar, rör sig ofta inom trängre sfärer och företer en mera enhetlig prägel, än det stora flertalet menniskors, som utan fruktan för den straffande makten kunna fritt vara verksamma enligt sin individualitet. Men äfven om detta medgifves, yppa sig dock säkerligen i afsevärdt antal förbrytelser, vid hvilka det ej är möjligt att konstatera motivens art. — Därtill kommer en annan omständighet, hvars betydelse icke bör underskattas. Ofta äro en persons motiv mycket komplicerade; han har ej ett utan flere motiv, och dessa äro måhända af alldeles olikartad natur. Att bestämma hvilket af dem spelat största rollen, därtill torde mången gång ej ens den handlande själf, långt mindre någon annan vara i stånd. Detta förhärskande motiv är, som man lätt finner, icke liktydigt med den föreställning, som vid beslutets fattande, då subjektet ännu är villrädigt, om det skall handla eller ej, kommer till och gifver öfvervigtan åt de faktorer, hvilka föra i riktning åt handlingens företagande; sagda föreställning kan, oaktadt dess skenbart dominerande ställning, vara af mycket ringa betydenhet. För öfrigt är fastställandet af berörda föreställning omöjligt; dess egenskap att vara den sista, beslutet omedelbart framkallande faktorn är ett rent inre förhållande, som icke tager sig uttryck i det yttre; man vore i detta afseende helt och hållet hänvisad till personens eget erkännande.

Då man fordrar såsom förutsättning för återfallsstraff, att brotten skola härröra af samma motiv, tages ordet samma icke i sträng bemärkelse. Liksom två handlingar aldrig till det yttre äro fullkomligt lika, så äro deras motiv ej heller någonsin fullt desamma; en eller annan skiftning förefinnes alltid. I otaliga nyanser gå sålunda motiven öfver i hvarandra. Ogörligt är väl ej att skilja emellan olika klasser af motiv, men en sådan klassifikation måste städse blifva vansklig och ganska godtycklig,

vare sig nu afgörandet helt och hållet öfverlättes åt domstolarne eller, såsom jemväl föreslagits¹, lagstiftaren sjelf åtog sig att lösa problemet.

Äfven från andra synpunkter än de ofvan angifna tala viktiga skäl mot att bygga återfallsbegreppet på ifrågakomna subjektiva grund. För att med någon säkerhet kunna fastställa motivens art, skulle ofta erfordras undersökningar i den tilltalades förflutna af sådan vidlyftighet och grundlighet, att rannsakingarna därigenom erhöles en icke tillfredsställande utsträckning. I hvarje rannsaking, åtminstone angående gröfre brott, söker domstolen väl svar på frågan, hvilka brottets motiv voro, men då lagen ej gör användning af strängare straff häraf beroende, tvingas domstolen ej att förlänga rannsakingen äfven efter det den tilltalades skuld blifvit ådagalagd. Helt annorlunda blefve förhållandet, om tillämpningen af strängare straff betingades af motivens beskaffenhet; i och med detsamma vore en direkt hänvisning gifven åt domstolen att alltid, så vidt möjligt, förskaffa sig kännedom därom. Det bör nog erkännas, att i brottmålsprocessen strafffrågan för närvarande står allt för mycket tillbaka för skuldfrågan, men med förpliktelse för domstolarne att bringa klarhet öfver brottslingarnes bevekelsegrunder skulle följa en vida betänkligare öfverdrift i motsatt riktning; den naturliga begränsning för rannsakingens omfång, som skuldens fastställande bildar, fölle helt och hållet bort, hvarmed möjligheten yppade sig att låta rannsakingarna fortgå i det oändliga. Nödvändigheten att konstatera en till brott förvunnen persons motiv blefve ingalunda inskränkt till det fall, att han redan varit straffad; med hänsyn därtill, att han framdeles å nyo kunde begå brott, och att då för afgörande af, om återfall föreläge, erfordrades kunskap om bevekelsegrunderna till föregående brott, måste domstolen alltid skrida till undersökning uti ifrågavarande

¹ Sacker l. c. sid. 108.

afseende. Den mest samvetsgranna efterforskning skulle likväl enligt sakens natur sällan eller aldrig gifva ett sådant resultat, att icke tvifvel återstode, huruvida större stränghet än vanligt vore rättfärdigad, och under sådana förhållanden skulle domstolarne säkerligen rygga tillbaka för att använda straffskärpning.

På de skäl, hvilka i det föregående framlagts, äro vi af den åsigten, att ett återfallssystem, grundadt på principen om motivlikhet, icke är att rekommendera. Ännu en gång vilja vi framhålla, att det likartade återfallet måste anses straffbarare än det olikartade, och att hvad som gör skillnaden är likheten i motiv, hvilken icke behöfver motsvaras af objektiv likhet. Men lagstiftarens prestationer äro beräknade för användning i lifvet; det duger därför ej att mäta dem uteslutande med doktrinär måttstock, utan framför allt har man att se till, det de faktiskt uppfylla sitt ändamål. I detta hänseende betvifla vi högeligen, att ett återfallssystem, bygdt på motivlikhet, skulle bestå profvet. Strafflagarne, äfven de nyaste, ha ej heller, såsom vi redan antydt, anslutit sig till ett dylikt system.

Vid framställningen af lagarnes återfallsregler faller det sig naturligt att sammanföra dem i två grupper med hänsyn därtill, om de antaga *récidive générale* eller *récidive spéciale*. Dessa af den franska doktrinen allmänt använda uttryck betyda, som bekant, det förra, att återfall föreligger, oafsedt om brotten äro af samma eller likartadt slag, och det senare, att just på denna omständighet ligger vikt.

Récidive générale är sedan gammalt det herskande systemet i Frankrike och har dessutom accepterats i Belgien, några schweiziska kanton¹ äfvensom staten New-York². Utmär-

¹ Neuchâtel Art. 33; Genève Art. 34 ff. Angående den schweiziska lagstiftningen om återfall se: Michel, Beitrag zur Lehre vom Rückfall mit besonderer Berücksichtigung der cantonalen Strafgesetzbücher der Schweiz, Bern 1879; Gautier l. c. sid. 15 ff.; Stooss, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Erster Band, Basel und Genf 1892, sid. 389 ff.

² Strafflagen af 1881, Art. 688 och 689. Angående denna lag, som är af

kande för den franska recidivistlagstiftningen är den stränghet, hvarmed återfallet behandlas. Lagstiftning och doktrin äro eniga om att i återfallet se ett bevis på recidivistens allmänfarlighet¹; återfallets därpå beroende större straffbarhet betraktas såsom någonting så självklart, att kriminalisterna stundom ej göra sig mycken möda med att uppvisa de ifrågakommande subjektiva momenten². Med iterationsstraff vänder lagen sig icke blott mot vissa ofta framträdande rättsstridiga böjelser eller mot angrepp på bestämda intressen utan reagerar mot angrepp på rättigheter af hvad slag som helst. Då det säges, att den franska lagstiftningen ansluter sig till systemet *récidive générale*, får detta likväl icke förstås utan inskränkning så, som om iterationsstraff skulle inträda alltid, då en person, hvilken föröfvat brott, förut varit fäld till straff. En viss proportion emellan brotten eller, rättare sagdt, emellan straffen uppställas äfven i *code pénal* såsom fordran. Från sagda system har dessutom gjorts undantag genom »*La loi sur l'atténuation et l'aggravation des peines*» af den 26 Mars 1891³, som i några fall kräfter

intresse genom sin radikala prägel — hvilken framträder bland annat i behandlingen af delaktighetsläran — se: Bleecker Miller, Z IV, sid. 114 ff.

¹ Jfr Fuld, *Der Rückfall im französischen und deutschen Rechte*, i Goltammer's Archiv für Strafrecht, Bd. 31, sid. 237 ff.

² Synnerligen kategoriskt uttalar sig Bonneville, *De la récidive*, Paris 1841. Han säger (sid. 30): «En effet, si tout homme qui commet une infraction aux lois pénales mérite un châtiment, il est clair que celui qui, après avoir été frappé d'une première peine, viole de nouveau la loi, est deux fois coupable, puisqu'il a successivement méconnu et l'avertissement comminatoire du législateur, et l'avertissement plus direct, plus énergique de la justice répressive»; (sid. 32): «Cette nécessité d'une pénalité plus grave, en cas de récidive légale ou non, est une de ces banalités judiciaires sur lesquelles il semble défendu d'insister.»

³ Om denna lag se: Felisch, Z XII, sid. 357. Densamma, gemenligen kallad »*loi Bérengere*» efter sin upphofsman, den bekante senatören Bérenger, har sin hufvudsakliga betydelse däri, att den i franska lagstiftningen infört institutet *condamnation conditionnelle*, hvarom för närvarande är så mycket tal.

identitet emellan brotten. I någon mån har således code pénal brutit med den forna åsigten, att afseende ej borde fästas å likhet emellan de straffbara handlingarna.

I största korthet skola vi från de synpunkter, som för närvarande intressera oss, skildra återfallsreglerna enligt code pénal; de ha varit af stort inflytande på följande lagstiftningar och äro särskildt nu, då frågan om återfallets straffrättsliga behandling står på dagordningen, föremål för uppmärksamhet. Code pénal¹, hvilken, som bekant, indelar brotten efter deras grofhet i tre klasser, crimes, délits och contraventions, skiljer emellan å ena sidan crimes och délits samt å andra contraventions, hvilka båda grupper i iterationsafseende behandlas hvar för sig, så att återfall från crimes och délits till contraventions och tvärtom icke förekommer. Hvad angår récidive vid crimes och délits har man att särskilja tre olika fall (Art. 56—58):

1:o) Iterationsstraff för ett såsom crime bestraffadt brott förutsätter, att förbrytaren förut varit fäld till något af de för crimes stadgade straffen (peines criminelles). Likhhet emellan brotten erfordras ej; här, vid récidive de peine criminelle à peine criminelle, gäller utan inskränkning grundsatsen om récidive générale.

2:o) Récidive de peine criminelle à peine correctionelle, hvarmed åsyftas det förhållande, att en person, som varit fäld till peine criminelle, begår brott, vare sig crime eller délit, som medför peine correctionelle² (straff för délits), förutsätter, utom

¹ Jfr Ortolan l. c. sid. 552 ff.; Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal I, sid. 322 ff.; Garraud, Traité II, sid. 299 ff.; André, La récidive. Théorie d'ensemble et commentaire détaillé des lois préventives ou répressives de la récidive, Paris 1892, sid. 221 ff.

² Äfven de brott, hvilka code pénal bestraffar såsom crimes, kunna, som bekant, beläggas med peines correctionelles, om nemligen en excuse légale, t. ex. minderårighet, eller förmildrande omständigheter, circonstances atténuantes, föreligga.

annat¹, att detta senare straff är fängelse. Äfven här kräfvcs ej likhet emellan brotten.

3:o) Vid *récidive de peine correctionelle à peine correctionelle* måste man skilja emellan tre olika fall:

a) Det föregående brottet har varit crime, som bestraffats med *peine correctionelle* af öfver ett års fängelse, och det senare är vare sig *délit* eller crime, som medför fängelse. Alldeles detsamma, som sagts om fallet N:o 2, är här tillämpligt; Art. 57 i lagen handlar till och med, enligt dess ordalydelse, endast om nu förevarande art af *récidive* och utsträcker till fallet N:o 2 endast på grund af en slutledning a fortiori.

b) Det föregående brottet har varit *délit*, som bestraffats med fängelse i öfver ett år, och det senare är antingen *délit* eller ock crime, som är att belägga med fängelse. Genom 1891 års lag har stadgats, att, därest det senare brottet är *délit*, detsamma skall vara af samma slag, som tidigare *délit*². Under denna förutsättning gäller således principen *récidive spéciale*.

c) Slutligen har lagen af 1891 infört en fullständig nyhet genom att tillskapa »la petite *récidive*». Code pénal undantog dessförinnan från återfallsstraff en stor krets af brott, i det att endast domar till straff, öfverstigande ett års fängelse, tillades verkan att skärpa straffet för efterföljande brott.

Detta, att lagen från straffskärpning i följd af återfall undantog *délits* af mindre svår beskaffenhet eller de brott, som bilda hvad man kallar la petite criminalité, ansågs vara en be-

¹ Nemligen att återfallet inträffar inom fem år efter det att föregående straff verkstälts eller preskriberats. Stadgandet om återfallspreskription har tillkommit genom lagen den 26 Mars 1891; dessförinnan kände icke code pénal i fråga om crimes och *délits* sagda institut, utan en straffdoms förmåga att skärpa straffet för efterföljande brott var till tiden obegränsad. Stadgandet gäller äfven de af oss under N:o 3 upptagna fall af *récidive*.

² Enligt Felisch, l. c. sid. 394, har denna bestämmelse egentligen att för sin tillkomst tacka ett förbiseende. Meningen var att endast vid la petite *récidive* fordra likhet emellan brotten.

tänklig brist i franska lagstiftningen. Å ena sidan medförde återfall af den, som varit fäld till svårare straff, iterationsansvar, och å andra sidan drabbade straffskärpning de små, såsom *contraventions* kännetecknade förseelserna, men den däremellan liggande vanligast förekommande klassen af brott, hvilka beläggas med straff, icke öfverskjutande ett års fängelse, var utesluten från att begrunda iterationsverkningar. En person kunde på detta sätt, utan att drabbas af förhöjdt ansvar, så ofta som helst förgå sig, blott ej någon af de straffbara handlingarna medförde ansvar utöfver den af lagen satta gränsen. Denna brist afhjelpes genom ofvannämnda lag, som skärper straffet för dem, hvilka, efter att hafva varit dömda till fängelse på kortare tid än ett år, begå délit af samma slag som den föregående förbrytelsen ¹. Äfven vid la *petite récidive* fästes alltså afseende vid brottens beskaffenhet.

Récidive de peine correctionnelle à peine criminelle förekommer ej; den som, sedan han varit fäld till något af de för délit's bestämda straffen, föröfvar crime, som jemväl är att såsom crime bestraffa, undgår iterationsansvar. Grunden härtill är äsigten, att, då straffet för det senare brottet är strängare än straffet för det tidigare, den vanliga straffskalan erbjuder tillräckliga medel till undertryckande af den större brottslighet, hvarom återfallet vittnar ².

Återfallsbestämmelserna vid *contraventions* (Art. 483), i flere afseende afvikande från de ofvan angifna, förutsätta icke identitet emellan brotten.

¹ Såsom délit's af samma slag äro i fråga om *récidive* att anse, utom naturligtvis brott, som verkligen äro identiska, å ena sidan vol, *escroquerie* och *abus de confiance*, å andra *vagabondage* och *mendicité*.

² Garraud, l. c. sid. 332, anmärker, som det synes oss, med rätta: «Ce motif est, du reste, bien peu satisfaisant, car la loi, dans ce système, semble encourager l'individu qui s'engage dans la voie du délit à aller plus avant dans la voie du crime puisqu'elle n'attache à cette progression aucune influence sur la pénalité.»

Som man finner af dessa kortfattade antydningar, har återfallsläran enligt code pénal ett mycket brokigt utseende, förnämligast till följd af de förändringar, som 1891 års lag åvägabrägt. Vid sidan om hvarandra stå numera två system, representerande de båda motsatta uppfattningar, som hvar för sig funnit betydande förespråkare bland de franska kriminalisterna ¹. Medan det generella systemet, oafsedt contraventions, omfattar de kombinationer, i hvilka ett af de på hvarandra följande brotten är crime, gör det speciella anspråk på det stora område, inom hvilket faller récidive från délit till délit. Vid öfvergång från délit af ett slag till délit af ett annat kan en fransk domstol icke skärpa straffet, äfven om den tilltalade aldrig så många gånger varit i kollision med strafflagen. Det skydd, code pénal bereder samhället mot den fara, récidiven innebära, är således långt ifrån fullständigt ². I ett annat afseende har lagen däremot otvifvelaktigt öfver höfvan tillgodosett samhällets anspråk på rättssäkerhet. Såsom vi förut framhållit, är det ingalunda berättigadt att alltid vid återfall anse gerningsmannen mera brottslig, än om han förut icke varit för brott straffad; återfallet kan hafva sin grund i omständigheter, som gifva vid handen, att detsamma icke är uttryck för någon förhöjd farlighet. Huru därmed sig förhåller, måste i hvarje konkret fall undersökas, och domstolen bör förty icke af lagen tvingas att höja straffet. Emellertid är straffskärpningen enligt code pénal obligatorisk, och då därtill kommer, såsom vi längre fram närmare skola visa, att skärpningen är synnerligen drakonisk, finner man, att

¹ För récidive spéciale Chauveau och Hélie — för récidive générale Ortolan och Garraud. Ortolan går så långt, att han kallar det af honom bekämpade systemet «l'enfance de la pénalité».

² Felisch, l. c. sid. 395, omnämner ett fall, då en person, som stod tilltalad inför domstol i Paris, enligt code pénal i dess nuvarande lydelse icke kunde dömas såsom recidivist, oaktadt han förut varit straffad 53 gånger och tillbragt öfver 21 år i fängelse; under de sista fem åren hade han nemligen icke begått délit af samma slag som det, hvarför han var tilltalad.

lagen lätt kan gifva anledning till orättvisa mot den enskilde, i det att strängare straff användes, än samhällets intresse påkallar ¹.

Den kommitté, som år 1887 tillsattes i Frankrike för att förbereda en reform af code pénal, har sistlidet år utgifvit ett utkast under rubriken: Des infractions en général et des peines ². Återfallsbestämmelserna utmärka sig fördelaktigt framför de nu gällande genom sin större enkelhet. Skillnaden emellan crimes och délits har uti ifrågavarande afseende borttagits, och systemet récidive générale har obetingadt vunnit godkännande. Ut-

¹ Det sagda gäller, då hänsyn tages uteslutande till de artiklar i code pénal, hvilka handla om récidive. Emellertid får man ej lemna ur sigte det inflytande, circonstances atténuantes utöfva. Som bekant har systemet med förmildrande omständigheter i sin nuvarande form att för sin uppkomst tacka en lag af den 28 April 1832, hvilken tillkom för att råda bot för missförhållanden, som hade sin grund i code pénal's alltför stränga straff. Hellre än att döma till ett ansvar, som det allmänna rättsmedvetandet stämplade såsom obilligt, frikände domstolarne, hvilket gaf anledning till mycken klagan öfver den i följd af strafflösheten tilltagande brottsligheten. I stället för att nu företaga en genomgripande revision af straffbestämmelserna, gaf lagstiftaren en i hög grad utsträckt betydelse åt det redan bestående institutet circonstances atténuantes. Dessa kunna, utan att detta behöfver på minsta vis motiveras, förklaras föreligga, ej endast då, såsom svenska strafflagen säger, omständigheterna äro synnerligen mildrande, d. v. s. då de med brottet in concreto förbundna särskilda förhållandena äro sådana, att de rättvisligen böra föranleda lindrigare straff, än skalans minimum medgifver, utan äfven då lagen, oafsedt om de individuella omständigheterna äro af undantagsnatur eller ej, synes vara för hård. Domstolen eller juryn kommer sålunda i sjelfva verket att sitta till doms ej blott öfver det föreliggande brottet utan äfven öfver den lag, hvarunder brottet faller. Inom området för straffnedsättning på grund af circonstances atténuantes faller jemväl récidive. Verkan af ett uttalande, det sådana omständigheter äro för handen, är med afseende å crimes, att domstolen skall nedsätta straffet, därvid den i allmänhet har att välja emellan två lägre straffarter, samt med afseende å délits och contraventions, att straffet kan nedsättas till de för straffarterna fängelse och böter stadgade minima, därvid ock i stället för fängelse kan träda böter (Art. 463). Se: Garraud, anf. arb. II, sid. 231 ff.

² Förslaget är publicerad bland annat i Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung IV, sid. 165 ff.

kastet uppställer (Art. 64 och 65) två slag af *récidive*; det ena har endast till följd, att de gränser, inom hvilka domstolen under vanliga förhållanden eger bestämma straffet, dragas trängre, i det att detta, äfven om *circonstances atténuantes* föreligga, icke får understiga ett visst mått; det andra tillåter domstolen, som jemväl här har mindre utrymme till sitt förfogande vid straffets mätande åt minimum, att med viss begränsning gå öfver maximum.

Det första fallet förutsätter, att en person, efter att vare sig genom en eller flere domar hafva varit dömd till mer än tre månaders fängelse, å nyo begär crime eller délit, medförande fängelse; det andra, att den föregående domen ¹ lydt på ej mindre än ett års fängelse, och att det senare brottet, vare sig crime eller délit, medför minst ett års fängelse.

Äfven i Schweiz, där man för närvarande liksom i Frankrike är sysselsatt med förarbeten till en ny strafflag, ämnad att blifva gemensam för alla kantonerna, utkom förslidet år ett utkast: *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil* ². Det schweiziska utkastet ansluter sig i likhet med det franska till systemet *récidive générale* och innehåller ännu enklare återfallsregler än det sistnämnda. Enligt Art. 39 drabbar iterationsstraff en hvar, som, efter det han undergått frihetsstraff, å nyo föröfvar brott; skärpningen består helt enkelt däri, att, utom för den händelse *circonstances atténuantes* äro för handen, straffet icke får sättas lägre än till den straffkvantitet, som ligger midt emellan den ordinära skalans minimum och maximum.

¹ Om här straff, ådömda genom flere domar, få sammanräknas, synes / tvifvelaktigt.

² Angående detta så väl som det franska förslaget se: Gautier, *Deux projets. La réforme pénale en France et en Suisse*, i *Zeitschrift für Schweizer Strafrecht* för 1894, sid. 44 ff.

Den afvikelse från *récidive générale*, som franska strafflagen numera företer, förefinnes icke i *code pénal belge*, hvilken jemväl därutinnan är olik den franska lagen, att den obligatoriska straffskärpningen öfvergifvits, så att domstolarne ega full frihet att efter sig yppande omständigheter använda eller icke använda ett öfver den vanliga skalans maximum liggande straffmått¹. Utan afseende å artlikhet emellan brotten medgifver belgiska lagen (Art. 54—56) iterationsstraff vid crimes, om förut varit dömdt till straff för crimes, samt vid *délits*, om förut varit dömdt till straff för crimes eller till fängelse i minst ett år.

En mellanställning emellan de lagar, hvilka hylla *récidive générale*, och de, hvilka ha antagit systemet *récidive spéciale*, intager den nya italienska strafflagen (af 1889), i det att denna tager hänsyn både till det generella och det speciella återfallet² (Art. 80—84). Det förra, som sträcker sig till alla brott³, har dock jemförelsevis mindre betydelse; påföljden är nemligen ingen annan än den, att straffskalans minimum icke får användas. Det senare omfattar likaledes alla brott men förutsätter, att brotten äro af samma art. Såsom brott af samma art anses icke blott straffbara handlingar, som gå in under samma lagrum, utan äfven de förbrytelser, hvilka äro upptagna i samma kapitel i lagen och sammanförda i någon af de åtta klasser af likartade brott, hvilka lagen uppställer. Till grund för klassin-

¹ Se: Nypels, *Le code pénal belge interprété*, Bruxelles 1867, I, sid. 94 ff.; Haus l. c. sid. 516 ff.

² Jfr Seuffert, *Mitteilungen aus dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für Italien* (1887), Breslau 1888, sid. 180 ff.; von Liszt, *Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887* (Entwurf Zanardelli), Freiburg 1888, sid. 43 ff.

³ Egentliga brott och polisförseelser komma dock icke sinsemellan i betraktande i fråga om återfall. Italienska strafflagen har, som bekant, i likhet med den holländska, med förkastande af den efter franskt mönster vanliga tredelningen af brotten, antagit den mera naturliga tvådelningen emellan egentliga brott och polisförseelser.

delningen ligger likhet med hänsyn till motiven eller den rättighet, som genom brotten kränkes, eller sättet för utförandet.

Liksom den italienska lagen innehålla den österrikiska och de flesta schweiziska strafflagarne iterationsbestämmelser, som omfatta lagarnes hela område. Återfallsstraff förutsätter upprepande af samma eller likartadt brott; somliga af lagarne besvara ej frågan, när artlikhet skall anses vara för handen¹, medan andra i grupper sammanföra de likartade brotten². Klassindelningen är ofta drifven ända till ytterlighet, såsom exempel hvarpå kan nämnas, att lagen för kantonen Vaud (Art. 67 och följ.) uppställer icke mindre än tjuguåtta klasser och lagen för Freiburg tretton. Gifvetvis bidrager ett så genomfördt klassifikationssystem icke till enkelhet och reda vid lagtillämpningen, liksom det ej heller kan undgå att från hvarandra söndra brott, som i subjektivt afseende äro nära beslägtade.

Utkastet till strafflag för Ryssland³ ansluter sig närmast till de principer, som utmärka den näst förut omförmälta grupp af lagar. Är det senare brottet af samma slag som det tidigare eller därmed likartadt, hvilket, enligt motiven, betyder, att brotten höra under samma rubrik i lagen, är återfall för handen (Art. 58). Dessutom föreligger återfall, om det nya brottet är belagdt med ett till arten svårare straff än det, förbrytaren redan utstått, såsom skäl hvarför angifves, att upprepadet äfven

¹ Enligt österrikiska strafflagen innebär återfall, att förbrytaren förut varit straffad »wegen eines gleichen Verbrechens» (§ 44 c) eller »wegen eines gleichen Vergehens oder einer gleichen Uebertretung» (§ 236 b). »Gleiche» betyder här enligt Hye (Das österreichische Strafgesetz, Wien 1885, sid. 576) detsamma som »gleichartige». Vid stöld äfvensom vid åtskilliga Übertretungen föranleder återfall tillämpning af särskilda stadganden. Se: Janka, Das österreichische Strafrecht, Wien 1890, § 78. Strafflagarne för Thurgau § 44, Bern Art. 62, Glarus § 40, Zürich § 66 m. fl. lemna ingen ledning för bedömandet af artlikheten.

² Så Obwalden Art. 31, Luzern § 78, Freiburg Art. 74, m. fl.

³ Se: Strafgesetzbuch für Russland. Entwurf der Redaktionskommission, aus dem Russischen übersetzt von Gretener. St. Petersburg 1882.

under denna förutsättning kan vittna om stegring i de rättsstridiga böjelserna.

Flertalet lagar anknyta icke iterationsverkningar till återfall vid alla utan endast vid vissa brott, hvarvid den betraktelsen varit afgörande, att återfall ingalunda förekomma lika talrikt inom samtliga brottsgenera. His höra svenska, norska, danska, finska, tyska, ungerska och holländska lagarne. Sinsemellan förete dessa lagar många olikheter både i fråga om de brott, vid hvilka återfallet vunnit beaktande, och i fråga om den utsträckning, i hvilken principen om artlikhet genomförts; dock öfverensstämma de alla i att medtaga förbrytelser, hörande till egendomsbrottens kategori. En jemförelse gifver till resultat, att svenska lagen af alla de nämnda i minsta omfånget tagit hänsyn till återfall, nemligen endast vid de i 20 och 21 kap. behandlade tjufnads- och råns- jemte därmed likställda brott. Nära till svenska lagen sluter sig den nya finska (af 1889), som dock något vidgat området genom att medtaga åverkan och ett fall af straffbar egen nytta¹. Tyska lagen, hvilken tjenat den ungerska till mönster, står uti ifrågavarande hänseende på ungefär samma ståndpunkt som den svenska; utom vid Diebstahl, Hehlerei samt Raub och därmed likställda brott förekommer iterationsstraff vid Betrug². Ungerska lagen belägger dessutom förskingring med iterationsstraff³. Äfven danska lagen företer icke någon vidare skiljaktighet; den stadgar iterationsstraff, utom i några mindre viktiga fall, vid Tyveri, Hæleri och Röveri⁴. I större utsträckning har återfallsbegreppet vunnit afseende i norska och ännu mer i holländska

¹ Se lagen 28: 4—6; 31: 5—6; 32: 2; 33: 1; 38: 11.

² Se §§ 244, 245, 250.5, 252, 255, 261, 264.

³ Se §§ 338, 349, 357, 371, 381.3.

⁴ Se §§ 114 och 115, 23 och 24 kapitlen, §§ 277. 2 st. och 278. 2 st. Vid bedrägeri § 251 och i några andra fall §§ 247, 248, 277. 1 st., 278. 1 st. och 279, kan straffet höjas till följd af återfall, men samma förhöjning kan under särdeles försvårande omständigheter användas äfven för brotten, såsom första gången föröfvade. Jfr Torp, Om Straffen, Kjöbenhavn 1894, sid. 110 ff.

lagen. Den förra skärper straffet ej endast vid de förmögenhetsbrott, som vanligen här komma i betraktande, såsom Tyveri, Hæleri, Röveri och Bedrageri, utan äfven vid dråp, barnamord, åtskilliga sedlighets-, oredlighets- och embetsförbrytelser ¹. Norska utkastet af 1893 går ännu längre utan att dock öfvergifva den i nu gällande norsk rätt antagna principen att endast vid vissa angifna förbrytelser låta återfall medföra iterationsstraff. Holländska lagen uppställer tre stora klasser af brott: brott af vinningslystnad, brott mot person, hvilka utförts med våld, samt brott mot person, hvilka utförts utan våld, och låter de i samma klass upptagna brotten sinsemellan begrunda iterationsverkningar ².

Österrikiska utkastet af 1891 följer tyska lagen samt stadgar liksom denna iterationsstraff vid Diebstahl, Hehlerei, Raub och Betrug ³.

Angående spörsmålet, om iterationsstraff kan användas, när den brottslige förut varit straffad eller nu skall straffas för försök eller delaktighet, innehålla lagarne i allmänhet inga bestämmelser. I regeln anses försök och delaktighet böra likställas med fullbordadt brott och gerningsmannaskap ⁴; från principiell synpunkt är häremot ej något att anmärka, så vidt man ej utgår därifrån, att iterationsstraff vid ett brott förutsätter, att straff af viss storlek förut ädömts eller verkstälts, samt försök och

¹ Se 14: 1, 4; 18: 22, 25, 26; 19: 7; 20: 7; 21: 37; 22: 14, 15; 24: 5, 7, 9, 23.

² Art. 421—423 i lagen. Art. 421 omfattar bedrägeri vid leverans till här eller flotta i krigstid, utlemnande af helsofarliga varor, myntförfalskning, förfalskning af stämplat och märken, urkunds-förfalskning, stöld, utpressning, förskingring, bedrägeri, brott mot borgenärer, förskingring och liknande brott af embetsman, häleri m. fl. Art. 422: dråp, misshandel, barnamord, fosterförföring m. fl. Art. 423: ärekränkingsbrott.

³ Entwurf eines Gesetzes betreffend die Einführung eines Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, Wien 1891, §§ 261, 269.3, 281 och 287.

⁴ Så t. ex. i fransk-belgiska äfvensom i tyska rätten.

delaktighet beläggas med lindrigare ansvar än det fullbordade brottet och gerningsmannaskap. Sistberörda uppfattning hyllas enligt flere lagar¹.

¹ Beträffande iterationsbestämmelsernas användbarhet på försök och delaktighet enligt svenska strafflagen, bereder frågan, så vidt angår försök, ej någon svårighet. Försök till tjufnad bestraffas endast, därest det har form af inbrott, hvilket för öfrigt är att betrakta såsom ett *delictum sui generis* samt enligt uttrycklig bestämmelse (20: 7) är i fråga om förhöjning af straff för återfall likställt med stöld. Försök till rån, hvilket enligt vår lag är straffbart, är enligt 20: 7 och 21: 3 likställt med fullbordadt brott. — Tvifvelaktigare gestaltar sig delvis spörsmålet med hänsyn till delaktighet. Härvid är först att märka, det vissa arter af delaktighet i de brott, vid hvilka iterationsstraff förekomma, gjorts till föremål för särskilda stadganden. Så i 20: 10 medhjelp enligt 3: 4, så framt medhjelparen i det tillgripna tagit del eller eljest af brottet vinning haft, i hvilka fall han straffas, som vore han sjelf gerningsman; vidare efterföljande delaktighet enligt 3: 9, som i den utsträckning, 20: 12 och 21: 9 gifva vid handen, jemlikt sistberörda lagrum bestraffas såsom stöld eller snatteri jemväl i fråga om återfall. Ett mot 20: 10 svarande stadgande förekommer icke vid rån; 21: 9 första punkten innehåller nemligen blott föreskrift om straffminimum. — Då man vill besvara frågan om de delaktiges ställning uti ifrågavarande afseende i samtliga de fall, där lagen icke, såsom i 20: 12, har uttryckligt stadgande, måste man skilja emellan de delaktige, hvilka bedömas, som om de vore gerningsmän, och de, hvilka drabbas af lindrigare ansvar. I fråga om de förre råder så väl inom teori som praxis fullständig enighet om, att de i allo äro jemnställda med gerningsmän, äfven då det gäller återfallsstraff; sålunda ej mindre därutinnan, att straff för gerningsmannaskap verkar till skärpning för följande delaktighet och tvärtom, än äfven däri, att straff för delaktighet gifver anledning till iterationsansvar för ny delaktighet. Vid granskning af innehållet i 3 kap. synes, att likstälde med gerningsmän äro anstiftare enl. 1 § med undantag af sista punkten, medhjelpare enl. 3 § samt deltagare i stämpling enl. 5 §; därtill kommer på grund af ofvannämnda stadgande i 20: 10 medhjelpare enl. 3: 4 under den i 20: 10 omförmälta förutsättning. Gå vi därefter till medhjelp enl. 3: 4, så vidt 20: 10 icke eger tillämplighet, så är till en början oomtvistadt, att den, som undergått straff för sagda art af medhjelp och sedan gör sig skyldig till brott enl. 20 eller 21 kap., icke får dömas till straff för återfall. Detta framgår af ordalagen i 20: 7: »Begår någon andra gången stöld» etc., och 21: 3: »Hvar som föröfvar rån eller gör försök därtill, som i 1 § sägs, andra gången» etc., jemförda med stadgandet i 4: 11, att iterationsstraff skall ådömas, endast då den brottslige till fullo undergått »det för förra brottet honom ådömda straff». För att stöld eller rån skall kunna

Anledningen till att lagarne med sådan enstämighet ansett återfall vid egendomsförbrytelserna, särskildt tjufnadsbrotten,

beläggas med iterationsansvar, förutsättes således, att förbrytaren förut drabbats af straff enligt de för stöld eller rån fastställda skalor. Då nu straff för medhjelpare enl. 3: 4 icke är detsamma som för gerningsman — minimum är 5 kronors böter och maximum kan aldrig uppgå till maximum i den för gerningsman gällande skalan — är villkoret för iterationsansvar i nu afhandlade fall icke uppfyllt. — Har däremot en person först varit straffad för stöld och därefter låter medhjelp enl. 3: 4 komma sig till last, gestaltar sig saken annorlunda. Visserligen har äfven för sådan händelse den åsigt framställts, att medhjelparen icke skulle kunna drabbas af iterationsstraff, men denna mening torde sakna stöd af lag. Uti 3: 4 heter det nemligen, att medhjelparen skall straffas, »efter ty som han pröfvas hafva till brottet bidragit, dock mindre än om han sjelf gerningsman varit». Man har alltså att vid straffets fastställande göra sig reda för, hvilken straffbestämmelse skulle varit tillämplig på medhjelparen, därest han varit gerningsman; maximum i denna får icke användas, utan närmast därunder liggande straffkvantitet utgör den gräns, hvaröfver medhjelparens ansvar icke får stiga. Inom en skala, hvars maximum utgöres af berörda straffkvantitet och minimum af 5 kronors böter, utmätas därefter straffet för medhjelparen, efter ty som han pröfvas hafva till brottet bidragit. Om nu medhjelparen förut varit straffad för stöld, skulle han, så framt han varit gerningsman till, i stället för delaktig i en andra stöld, otvifvelaktigt straffats för andra resan stöld. Straffskalan för andra resan stöld kommer förty ock, enligt det föregående, att läggas till grund för hans ansvar såsom medhjelpare; han skall dömas jemlikt 3: 4 och 20: 7. Skulle han, efter att hafva utstått straff enligt dylik dom, å nyo göra sig skyldig till stöld, är af hvad vi ofvan yttrat angående den, som efter medhjelp begår stöld, tydligt, att straffet blifver för andra resan. Förut har nemligen den brottslige endast en gång utstått straff enligt stöldskalan. Det sagda låter sammanfatta sig i den generella satsen, att straff för stöld medför iterationsansvar för därefter följande medhjelp enl. 3: 4, hvaremot sådan medhjelp icke verkar till iterationsstraff för senare stöld. Gifvet är, att straff enl. 3: 4 icke i iterationsafseende har något inflytande på straffet för ny öfverträdelse enl. samma lagrum. Hvad vi yttrat angående mindre väsentlig medhjelp gäller äfven om anstiftare enl. 1 § sista punkten äfvensom om deltagare i stänpling enl. 6 §, hvilket framgår af dessa lagrums hänvisning till 4 §. — Slutligen återstå de slag af delaktighet, hvilka omnämnas i 3 kap:s 7—10 §§. Af dessa äro 9 och 10 §§ ej svåra att komma till rätta med. Det kan ej vara tal om att låta de däri omförmålta handlingar spela någon rol inom återfallsmaterien. De utgöra fullt sjelfständiga brott, hvilka ej hafva med delaktighet i egentlig mening det minsta att skaffa, då det för delaktigheten karakteristiska, nemligen att den delaktige medverkat till en af en

påkalla straffhöjning är ej svår att finna; den ligger däri, att, såsom svenska lagkommittéen säger i motiven till 1832 års förslag till straffbalk, »tjufnader äro brott, hvaraf iteration oftast förekommer, och de begär eller böjelser, af hvilka de härflyta, i allmänhet visa sig starkare och varaktigare än driffjedrarne till andra brott». Lagstiftarne ha icke kunnat undgå att egna uppmärksamhet åt det faktum, att särskildt egendomsbrotten visa stadig tendens att tilltaga i antal, och att ökningen till stor del är att skriva på återfallens räkning; därmed var ock gifvet, att åtminstone vid denna brottskategori återfallet skulle vinna beaktande. Numera är man emellertid temligen ense om att förkasta iterationsstraffets begränsning till egendomsbrotten. Äfven vid andra förbrytelser äro återfall ej sällsynta, och man plägar i detta afseende särskildt framhålla brotten mot offentlig myndighet äfvensom misshandels- och sedlighetsbrotten. Vid

annan persons handling närmast förorsakad rättsstridig effekt, här saknas. Denna den s. k. efterföljande delaktighetens sjelfständiga ställning kommer ock till uttryck däri, att straffbestämmelserna äro alldeles oberoende af de för delaktigheten i detta afseende gällande regler. Af sistberörda skäl undantagas äfvenledes de i 7 och 8 §§ upptagna underlåtelser, så framt de icke skett för egen vinning. Är så däremot förhållandet, anse vi, att dessa underlåtelser äro i iterationshänseende i allo jemnställda med mindre väsentlig medhjelp enl. 4 §. Straffet bestämmes på samma sätt, hvilket redan utgör tillräcklig anledning till sammanställningen. Dessutom talar brottens motiv kraftigt för den skärpning, som blir en följd däraf, att iterationsskala lägges till grund för ansvarets mätande. — Att återfall, såsom betecknande ett rent personligt förhållande, icke öfvar inflytande på annans straffbarhet än dens, med afseende å hvilken detsamma föreligger, torde knappast behöfva påpekas. — Norska strafflagen innehåller (6: 22) uttrycklig bestämmelse om, att delaktighet, som bestraffas i likhet med gerningsmannaskap, äfven i fråga om iterationsansvar betraktas på samma sätt. Häraf följer, att andra regler gälla för delaktighet, som bedömes mildare än gerningsmannaskap, äfvensom för försök. Enligt Schweigaards framställning (Commentar over den norske Criminallov, Christiania 1882, I, sid. 185) tolkas lagen i detta afseende i samma anda, som vi för svenska rätten ansett riktigt. — Danska strafflagen, i hvilken icke finnas allmänna stadganden, utlägges jemväl i sådan riktning. (Se: Torp l. c. sid. 117 ff.).

alla brottsarter, där, enligt hvad statistiken utvisar, en böjelse till upprepande i högre grad än vid brotten i allmänhet gifver sig till känna, förefinnes obestridligen ej mindre skäl än vid egendomsbrotten att genom särskilda strängare straff värna rättsordningen; eganderätten kan nemligen icke erkännas vara ett viktigare föremål för statens omvårdnad än många andra berättigade intressen. Man bör dock icke stanna vid att endast i fråga om vissa straffbara handlingar tillerkänna återfallet betydelse utan utsträcka dess maktssfer till alla egentliga brott ¹. Iterationsstraffets berättigande ligger icke däri, att vissa brott äro vanligare än andra, utan i recidivistens högre subjektiva straffbarhet. Men denna grund passar in på alla brott; att skärpa straffet för den, som upprepade gånger föröfvar olofligt tillgrepp, men låta t. ex. den, som gång på gång gör sig skyldig till misshandel, gå fri från förhöjdt ansvar, är att på ett egendommeligt sätt gynna den sistnämnde. Är återfall verkligen uttryck för förhöjd farlighet, bör alltid härtill tagas hänsyn vid straffets bestämmande; vittnar återfall däremot icke om någon stegring af den subjektiva straffbarheten, bör icke någonsin ansvaret skärpas.

En fråga, hvars besvarande vållat stora svårigheter, är den, om man, då man utsträcker återfallets verkningar till alla brott, skall bestämma det såsom upprepande af samma eller likartadt brott eller såsom upprepande af brott af hvad slag som helst. Att återfall i regeln består i upprepande af samma slags brott, kan nu icke bestridas och är ganska naturligt. »Die Erklärung dafür», säger Hälschner ², »liegt darin, dass der Mensch, wie er sich in sittlicher Beziehung selten ganz harmonisch und gleichmässig entwickelt, sondern bestimmte sittliche Qualitäten vorzugs-

¹ Jfr Hälschner, Beiträge zur Beurtheilung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, Bonn 1870, sid. 69 ff.; Berner, Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, Leipzig 1869, sid. 30 ff.

² Beiträge, sid. 74.

weise in sich ausgebildet, ganz ebenso in Beziehung auf das Unsittliche. Die verbrecherische Gewohnheit wird daher in der Regel ihren Grund darin haben, dass irgend ein bestimmter unsittlicher Hang sich im Gemüthe des Menschen befestigt und zur Herrschaft über seinen Willen erhoben hat.» En viss brottslig böjelse skall, om den än ej med nödvändighet eller alltid behöfver träda fram i samma yttre former, dock vanligen göra detta; egendomsbrotten t. ex. äro på grund af sjelfva sin beskaffenhet egnade att tillfredsställa begäret efter rättsstridigt förvärf, och detta begär leder därför oftast till straffbara handlingar, hvilka höra under sagda brottskategori. Men just därför, att så icke alltid är förhållandet, kan återfallets begränsning till det upprepade föröfvandet af samma brott icke godkännas. Det stränga genomförandet af grundsatsen, att brotten skola vara af alldeles samma slag, leder till orimliga resultat; därigenom skulle brott, hvilka både i subjektivt och objektivt afseende förete den närmaste frändskap, såsom stöld och rån, skiljas från hvarandra. Så fort man emellertid söker i större utsträckning tillämpa principen om artlikhet, stöter man på betydliga svårigheter. Uppgiften att fastställa artlikhetens kriterier har gjort lagstiftning och doktrin mycken möda, utan att likväl någon tillfredsställande lösning ernåtts¹. Lärorik är härutinnan särskildt den tyska partikularstrafflagstiftningen², som försökte alla möjliga vägar. Man dels uppställde allmänna synpunkter, såsom de brottsliga driffjedrarnes beskaffenhet i förening med verksamhetens art och den kränkta rättighetens natur³, dels ock uppräknade de förbrytelser, hvilka skulle anses vara likartade, hvarvid lagarne mycket afveko från hvarandra⁴. Alla dylika försök måste enligt sakens

¹ Se därom: John I. c. sid. 308 ff.

² Angående denna se Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts, Leipzig 1845, I § 25; Geib, Lehrbuch, II § 75; Köstlin, System, sid. 621 ff.

³ Hannover Art. 111 och 112.

⁴ Braunschweig § 59; Hessen Art. 94; Baden § 183; Nassau Art. 90; Thüringska Staterua Art. 47. Svårigheten att bestämma begreppet artlikhet

natur blifva ofullkomliga, därför att de menskliga bevekelsegrunderna icke äro bundna vid handlingar af visst slag.

Ofvanstående betraktelser föra till erkännandet, att *récidive générale* är det riktiga systemet. Till samma slut komma vi äfven från den synpunkten, att återfallets större straffbarhet, enligt vår åsigt, icke betingas af likhet i motiv¹. Högre straff förtjenar ej endast den förbrytare, som gång på gång gifver efter för en viss, bestämd böjelse, utan äfven den, hvilkens rättsstridiga handlingar uppenbara olika böjelser. Den satsen finner man ofta uttalad af kriminalisterna, att de farligaste förbrytarna just äro de, som göra sig skyldige till de mest olikartade brotten. Är detta sant, följer däraf, att återfallsstraffet icke får göras beroende af den omständigheten, att brotten äro likartade. Man kan ej annat än hålla med von Buri², då han förklarar det vara inkonsekvent, »dass bei demjenigen, welcher nach stattgefundenen Bestrafung alle möglichen wirklich gefährlichen Thaten ausführt, das Rückfallsprincip nicht zur Anwendung kommen soll, obgleich er doch gewiss gefährlicher erscheint, als ein Anderer, welcher

gjorde, att man vid arbetet på preussiska strafflagen af 1851 efter mångfaldigt experimenterande stannade vid att inskränka återfallet till upprepande af samma brott; härifrån gjordes dock undantag i ett par fall (rån och stöld, utpressning och rån). Jfr Goltdammer, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten*, Berlin 1851, I, sid. 461 ff.

¹ Af intresse är att se, att lagkommittéen i sitt förslag till straffbalk af år 1832 betecknar återfall såsom begående af brott af hvad slag som helst, efter det den brottslige förut undergått straff. I 6 kap. 19 § förekommer följande stadgande: »Gör den, som för brott förut, till fullo eller till någon del, straff undergått, nytt brott, varde det återfall, vid straffets mätande å senare brottet, såsom försvärande omständighet anesdt, der ej i lagen för sådant återfall strafföf höjning särskildt utsatt finnes». Särskilda stadganden förekommo vid stöld, snatteri och rån. Med anledning af framställda anmärkningar antyde kommittéen i den reviderade texten närmare grunden till ifrågakvarande stadgande genom att efter orden »nytt brott» inskjuta satsen: »hvaraf till fortfarande fallenhet för brottsliga företag slutas må». Liknande bestämmelse förefanns i lagberedningens förslag till straffbalk (6 kap. 3 §).

² Einheit und Mehrheit der Verbrechen, sid. 66.

nun einmal dem nämlichen, bei ihm wiederkehrenden Gelüste, etwa nach fremden Schubkarren, nicht widerstehen kann».

En annan sak är, att, vid sidan om ett allmänt, *récidive générale* antagande stadgande, särskilda bestämmelser vid vissa förbrytelser kunna vara af nöden; sådana finna sitt fulla rättfärdigande däri, att återfallet ingalunda spelar samma rol vid alla brott. De straffbara handlingar, som uti berörda hänseende förtjena att utmärkas, äro naturligtvis de, som till följd af återfallens tilltagande hota att taga öfverhand. Inom detta inskränkta område för *récidive spéciale*, böra de förbrytelser, hvilka gemenligen pläga konstituera återfall, sammanställas i grupper; då dessa vanligen på hvarandra följande missgerningar i allmänhet torde vara uttryck för samma brottsliga böjelse, finner på sådant sätt det likartade återfallet beaktande. Dock utan en allmän föreskrift synas alla särskilda sådana vara, såsom Hälschner uttrycker sig, »durchaus grundlos und irrational;» den omständigheten, att återfall äro sällsynta vid vissa brott, utgör nemligen icke något skäl till att, då sådana verkligen föreligga, behandla dem efter mildare grundsatser, än som vid andra brott äro uttryckligen föreskrifna. Till dylik olikhet i behandlingen kan emellertid lagen gifva anledning genom att stadga straffskärpning för vissa fall men helt och hållet med tystnad förbigå andra.

6. Dom eller bestraffning såsom villkor för iterationsstraff. Inländsk och utländsk dom.

Pröfning af föregående dom.

Då begreppet återfall innefattar, att förbrytaren drabbats af ansvar, när det nya brottet föröfvas, uppstår frågan, hur långt straffreaktionen måste hafva avancerat. Hufvudsakligen tre olika

åsigter ha gjort sig gällande: den ena anser dom tillräcklig; de båda andra fordra, att förbrytaren fått erfara hvad själfva straffet innebär, hvarvid enligt en mening straffet endast behöfver hafva börjat verkställas, medan en annan vill hafva det till fullo verkställt. Spörsmålet har otvifvelaktigt vida mer teoretiskt än praktiskt intresse, ty i verkligheten komma återfallsbestämmelserna att tillämpas i ungefär samma omfång, oberoende af hvilken uppfattning man i ifrågavarande afseende hyllar. Det inträffar nemligen ej ofta, att en straffdom icke exsekveras, eller att en till straff fäld person kommer i tillfälle å nyo begå brott emellan domen och dess exsekution eller under det att exsekutionen pågår.

Ofvanberörda tre system hafva alla funnit anslutning i lagstiftningarna. Endast dom kräfva norska, danska, franska, belgiska, italienska och det öfvervägande antalet schweiziska lagar¹ äfvensom det franska utkastet; bestraffning förutsättes i svenska, finska, tyska, österrikiska, ungerska, holländska och några schweiziska lagar² samt i norska, schweiziska, österrikiska och ryska utkastet. Bland de till sistnämnda grupp hörande lagverken fordra svenska och finska lagarne uttryckligen, att straffet blifvit till fullo verkställt, medan tyska, holländska och några schweiziska lagar³ samt norska utkastet anse tillfyllestgörande, att straffet verkstälts till en del.

Till försvar för den åsigt, som finner dom vara nog, har man anført,⁴ att domen betager den dömde allt tvifvel om hans handlings förkastlighet och innehåller en till honom riktad kraftig

¹ Wallis Art. 79, Schaffhausen § 76, Glarus § 40, Freiburg Art. 73 m. fl.

² Thurgau § 44, Luzern § 77, Obwalden Art. 31, Bern Art. 62, Schwyz § 42.

³ Bern och Obwalden.

⁴ Scheurlen l. c. sid. 656; Bauer, Abhandlungen II, sid. 109 ff.; Breidenbach l. c. sid. 444 f.; Thilo, Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Baden, Karlsruhe 1845, sid. 198; Goldammer, Materialien I, sid. 464; Hellweg l. c. sid. 71 ff.; v. Stemann, Zur Lehre vom Rückfall (Gerichtsaal Bd 32, sid.

maning att icke vidare öfverträda lagarne, hvadan han genom förnyad förbrytelse ådagalägger en sådan brottslig förhårdelse, att den vid det senare brottets beifrande rättvisligen kan och bör leda till förhöjdt ansvar; att den, som omedelbart efter det han blifvit till straff fäld, å nyo begår brott, till och med är mera brottslig än den, som gör det, först sedan lång tid förflutit från det han utstått sitt straff; samt att de hufvudsakliga fall, vid hvilka frågan om domens förmåga att skärpa straffet för påföljande missgerning är af vikt, nemligen benådning och rymning, icke äro egnade att i händelse af nytt brott försätta förbrytaren i förmånligare ställning, än han skulle varit, om han aftjenat sitt straff. Genom återfallet visar nemligen den benådade, att han icke varit förtjent af den mildhet, som kommit honom till del, och den, som genom flykt undandrager sig det honom pålagda straffet, är mera brottslig än den, som lydigt finner sig i att lida sin gernings lön.

Gifvetvis böra de, som antaga dom vara tillräcklig förutsättning för återfall, fordra rättskraftig dom. Endast en sådan kan nemligen anses utföra någon afsevärd inverkan på den dömde, enär han, så länge möjlighet finnes att få domen i högre instans ändrad, äfven kan hysa förhoppning om strafffrihet. I enlighet härmed tolkas ock i allmänhet hithörande bestämmelser i de länder, hvilkas lagar icke uttryckligen framhålla, att domen skall vara definitiv¹.

Omformälta grunder synas icke vara öfvertygande. De utgå från en uppfattning af domen, som vida öfverskattar dess betydelse för brottslingen. Domen utgör för denne icke, såsom man har påstått², en del, ja, till och med en framstående del af

410 f.); Sacker l. c. sid. 111; förhandlingarna å int. krim. föreningens 1:sta tyska landsmöte m. fl.

¹ Enligt norsk och dansk praxis utesluter det icke iterationsstraff, att domen är appellabel. Schweigaard, Commentar I, sid. 334; Torp. l. c. sid. 123.

² v. Bar, Handbuch, sid. 320, som i straffet ser en yttring af sedligt ogillande, finner ett bevis för riktigheten af sin åsigt däri, »dass bei mehr ent-

straffet. Den har närmast blott processuell betydelse, innefattar ett förklarande, att den åtalade handlingen är brottslig, och bestämmer det straff, hvarmed handlingen skall beläggas, men ingalunda väntar staten, att domen skall göra något djupare intryck på den dömde till följd af det däri liggande högtidliga ogillandet af handlingen och därigenom af den handlande sjelf. Domens inverkan till förbrytarens omdanande kan ej vara stor redan af det skäl, att denne, förutsatt att det ej är fråga om en obetydlig förseelse, vid handlingens begående väl alltid var medveten om dess brottslighet och måhända ej heller saknade kännedom om storleken af det i lagen bestämda straffet; då medvetandet härom icke förmådde afhålla från brottet, finnes ej anledning till förhoppning om, att domen, som ju blott innehåller en speciell tillämpning af lagens generella uttalande, skall bibringa brottslingen motiv för framtida laglydigt lefverne. Läger man tillbörlig vikt på straffets syftning åt specialprevention, måste man ock fränkänna domen förmåga att begrunda iterationsstraff, ty dess vare sig afskräckande eller förbättrande kraft är ej stor.

Tänker man på reglerna för realkonkurrensens bestraffande och därmed jemför den behandling, som drabbar återfallet, så synes, med antagande af mellankommande dom såsom skiljemärke emellan dessa båda arter af brotts upprepande, motsatsen blifva allt för betydlig. Å ena sidan betingar upprepadet icke högre straff för det efterföljande brottet, och straffen för samtliga förbrytelserna sammanslås med iakttagande af viss reduktion; å andra sidan icke blott höjes straffet för det senare brottet, utan straffen för både det och den tidigare förbrytelsen tillämpas oafkortade efter hvarandra. En så väsentlig olikhet kan straffbarheten icke förete, att ett dylikt språng är rättfärdigadt. I två särskilda afseenden blir på detta sätt recidivisten sämre

wickelter Cultur und feinerem Gefühle der Process und das Urtheil über den Verbrecher schon einen Theil der Strafe, nicht selten den wichtigsten Theil der Strafe darstellte.

stald än den, som med undgående af upptäckt lyckas föröfva flere förbrytelser. Äfven om man tillmäter den maning, som en dom kan innehålla, en, enligt vårt förmenande, så oskäligt stor betydelse som att medföra straffskärpning för nytt brott, förefinnes i allt fall icke någon anledning att frångå de grundsatser, som ledt till de för realkonkurrensens behandling egendomliga reglerna. För en recidivist ej mindre än för en annan förbrytare gäller satsen, att straffets intensitet växer med dess extensitet; jemväl den inre grund, som talar emot en enkel addition af straffen vid konkurrens, nemligen samtliga brottens rot i samma rättsstridiga vilja, påkallar användning af konkurrensreglerna vid sammanläggningen af straffet för återfall med andra straffbelopp. Erkänner man detta, följer häraf nödvändigheten att vid föreningen af straffet för det nya brottet med det före sagda brotts föröfvande ådömda straff använda samma reduktion, som vid realkonkurrensen, ty, vare sig man belägger det nya brottet med iterationsstraff eller ej, kan meningen ej vara att skärpa ansvaret därför utöfver hvad den senare domen gifver vid handen.

Sådana argument, som att den, hvilken benådats eller genom rymning undandragit sig straff, på grund af den otacksamhet eller det trots, han ådagalagt, icke bör, i händelse af nytt brott, vara i bättre belägenhet än den, som sitt straff till fullo utstått, hvilket skulle blifva förhållandet, därest man till begreppet återfall fordrade förutgången bestraffning, förtjena näppeligen mycket beaktande, i det de nemligen ej alls hafva med grunden till återfallets särskilda straffbarhet att skaffa. Denna grund är brottslingens genom återfallet uppenbarade större farlighet, men farligare är en förbrytare med hänsyn därtill, att han förut föröfvat brott, endast — så vidt inom återfallsmaterien är fråga — så framt han varit föremål för påverkan, som bort afhålla honom från ytterligare brott; detta är icke förhållandet med den, som endast blifvit till straff fäld men icke gjort bekantskap med dess konkreta former.

Samma skäl, som hindra att antaga dom såsom tillräcklig förutsättning för iterationsstraff, kunna, om än med mindre styrka, göras gällande emot det system, som nöjer sig med, att straffet blifvit delvis verkställt. Med detta system nödgas man tillägga hvarje, om ock aldrig så minimal, del af straffet verkan att medföra straffhöjning vid återfall. Att fastställa, att åtminstone en viss bestämd bråkdelen skall vara verkställd, låter sig naturligen icke göra därför, att endast hela det ådömda straffet får anses uppfylla sitt ändamål, och häremot skulle stå i strid att tillmäta någon del däraf omskapande effekt. Man tvingas alltså lägga vikt blott på den omständigheten, att straffets aftjenande tagit sin början. Men detta moment betecknar icke någon synnerligen beaktansvärd förändring för den, som till äfventyrs förut suttit häktad, och dessutom förefaller det ej rimligt, att t. ex. en enda timmes bestraffning skall hafva en så vidtgående påföljd som att orsaka iterationsstraff.

Öfvervägande straffrättsliga grunder tala således för att i begreppet återfall inlägga till fullo utståndet straff¹. Man har

¹ Med straff menas här naturligtvis detsamma som hufvudstraff. Iterationsstraff skall således enligt vår lag ådömas, äfven om återfallet eger rum, innan tiden, på hvilken förbrytaren för förra brottet blifvit dömd förlustig medborgerligt förtroende, gått till ända. En motsatt tolkning skulle, såsom Carlén (Kommentar öfver strafflagen, Stockholm 1866, sid. 84) anmärker, föranleda, bland annat, att den, som förklarats förlustig medborgerligt förtroende för alltid, icke vidare kunde dömas till särskildt straff för återfall. — Den omständigheten, att, då återfallet sker, straffet för förra brottet icke blifvit till fullo verkställt, hindrar icke tillämpning af iterationsstraff, så vidt nemligen grunden till berörda förhållande ligger däri, att den brottslige genom misstag af de myndigheter, hvilka ha med straffverkställigheten att göra, blifvit frigifven i förtid. Se ett rättsfall i Naumanns tidskrift för lagstiftning m. m. 1869, sid. 147. — Om det föregående brottet sammanträffat med andra brott och straffen sammanlagits till ett gemensamt helt, måste, därest iterationsansvar skall kunna komma i fråga, hela det gemensamma straffet vara utståndet, då återfallet inträffar. Hvarje del af det gemensamma straffet utgör nemligen straff för ett hvart af de sammanträffande brotten, så att man, först då förbrytaren utstått hela detta straff, kan säga, att han till fullo undergått straffet för det brott, som i iterationsafseende kommer i betraktande. Detta

däremot sagt, att kriminalpolitiska hänsyn föra till annat resultat, i ty att endast det system, som förklarar verkställighet till en del vara nog, möjliggör att antaga återfall vid straffets delvisa efterskänkande genom benådning eller vid villkorlig frigifning.

Hvad angår benådning, sedan straffverkställigheten börjat, så finnes ej något, som hindrar att, äfven med accepterande af det utaf oss försvarade systemet, beteckna en ny förbrytelse såsom återfall. Benådningen kan nemligen ej anses hvila på annan grund än den, att straffets syftemål vunnits med den del däraf, som redan verkstälts¹. Annorlunda gestaltar sig förhål-

galler ej mindre, då det gemensamma straffet tillkommit med tillämpning af 4 kap. 1 och 2 §§, än äfven då 8 och 9 §§ i samma kap. kommit till användning. Ett rättsfall i Nytt jur. Arkiv för 1892, not. 540, gifver här anledning till ett spörsmål, hvars besvarande dock ej synes oss vara tvifvelaktigt. En person dömes till ansvar för andra resan stöld och aftjenar sitt straff samt begår därefter ånyo stöld. Under rannsakingen därom upptäckes, att han före den föregående domen föröfvat stöld, hvilken, såsom först nu bekant, icke i domen vunnit beaktande. Jemlikt 8 § skall straffet för sistberörda brott bestämmas så, som hade brottslingen blifvit lagförd därför på samma gång som för det redan bedömda brottet. För dessa båda brott antaga vi, att det gemensamma straffet fastställes till tre år, däraf två år redan verkstälts. Af straffet för andra resan återstår alltså ett år. Nu får man icke resonnera så, att som straffet för andra resan icke blifvit till fullo verkställt, då den sista i ordningen af nämnda tre stölder föröfvades, ansvaret för denna icke kan blifva tredje resans; detta ej ens under den förutsättning, att den sista stölden företagits så kort tid efter frigifningen, att, så framt den föregående domen lydt på tre år i stället för på två år, de tre åren icke hunnit verkställas. Hyllar man nemligen en sådan mening, kommer brottslingen att få förmån däraf, att den äldre stölden upptäckes under rannsakingen för den sist begångna. En tjuf, som har mycket på sitt samvete, skulle på detta sätt kunna åstadkomma, att han flere gånger slapp undan med ansvar för samma resa, hvilket ej är rimligt. — Från uppfattningen, att flere sammanlagda straff utgöra ett odelbart helt, gör praxis ett undantag i fråga om böter, som förvandlats till frihetsstraff, hvilket förenats med annat frihetsstraff. Förvandlingsstraffet betraktas ej som en del af ett gemensamt helt utan som ett särskildt straff, hvilket verkställs i sammanhang med och efter det omedelbart ådömda frihetsstraffet. Denna åsigt kan, såsom lätteligen inses, få betydelse vid fråga om straff för återfall.

¹ Enligt den mening, som hyllas i vårt land, hindrar befrielse genom nåd från en del af ådömdt straff icke tillämpning af iterationsreglerna. Blir där-

landet med den villkorligen frigifne. Då han endast på försök får tillbringa sista delen af den ådömda strafftiden i frihet och, därest hans beteende därunder gifver anledning till klander, återföres till straffanstalten för att utstå hvad af straffet återstod, då frigifningen egde rum, kan man icke, såsom i fall af benådning, säga, det frigifningen innebär, att straffets ändamål är uppnådt. Fastmer har man att betrakta institutionen såsom det sista stadiet i ett progressivt straffverkställighetssystem; samma faktor, nemligen det egna intresset, som under fängelsetiden sporrar fången till att genom godt uppförande ernå friheten förr, än den i domen bestämda tiden gått till ända, utöfvar äfven under det villkorliga vistandet på fri fot sitt uppfostrande inflytande, då ju villkoret är, att den frigifne icke låter något komma sig till last. Uppfattar man institutionen från denna synpunkt, måste man, om man utgår därifrån, att återfall förutsätter straffets fullständiga verkställande, förkasta antagandet af återfall i fråga om brott af den, som endast villkorligen befinner sig på fri fot. Detta kan möjligen synas vara en ej fullt tillfredsställande konsekvens, men undantag från regeln till nackdel för den villkorligen frigifne skulle leda till besynnerliga anomalier, hvilket framgår af följande exempel: Två till samma straff dömda fångar, af hvilka den ene, A, uppför sig så illa, att frigifning i förtid icke kan för honom komma i fråga, medan den andre, B, genom sitt uppförande gör sig därpå förtjent, slippa båda samtidigt ut ur fängelset, A genom att rymma; orimligt vore nu, om A för ett af båda gemensamt utfördt brott ginge fri från iterationsstraff, medan B drabbades däraf.

emot hela straffet af nåd efterskänkt, är nytt brott icke att bedöma såsom återfall. Så: Annerstedt l. c. sid. 47 not. 1; Montan, Smärre juridiska uppsatser, Stockholm 1893, sid. 45. Att, såsom Montan förfäktar (l. c. sid. 44—47), villkorligen benådad lifstidsfänge, hvilken begår brott, hvarför iterationsstraff är stadgadt, icke bör ådömas sådant straff af skäl, att det förra straffet icke blifvit till fullo verkställt, synes oss uppenbart.

Spörsmålet, om på utländsk dom eller bestraffning får fästas afseende vid fråga om iterationsstraff, besvaras af lagstiftningarna i allmänhet nekande. Uttryckligen fordra flere lagar¹ inländsk dom och bestraffning, medan detta enligt dem, hvilka icke innehålla något stadgande i ämnet, torde, i enlighet med de på ifrågavarande område gällande principer, förstås af sig sjelf². Några schweiziska lagar likställa utländsk dom med inländsk³.

¹ Norska, danska, finska, tyska och italienska lagarne.

² Så enligt svensk rätt. Besträffning utom riket har förty icke verkan att skärpa straffet för nytt här i riket bedömdt brott. I ett fall kan möjligen fråga uppstå, om icke utländsk bestraffning kan komma att erhålla betydelse i iterationsafseende. Har någon utom riket begått brott och därför, jemväl i utlandet, undergått straff, får han, jemlikt 1 kap. 3 § strafflagen, icke för samma brott här i riket straffas, men enligt nämnda lagrum jemte 2 kap. 21 § må dock förlust af embete eller påföljd, som i 15 eller 19 § sistberörda kap. sägs, honom här ådömas, där brottet efter svensk lag sådan förlust eller påföljd medförer. I och för ådömande af dylik förlust eller påföljd måste domstolen göra brottet till föremål för undersökning, hvilken alltid måste åtminstone innefatta pröfning, huruvida brottet är sådant, att det enligt vår lag medförer omförmålda förlust eller påföljd. Har t. ex. någon i utlandet blifvit straffad för stöld, har domstolen att se till, om brottet är enligt vår lag att bedöma såsom stöld och är så pass svårt, att det bör beläggas med straffarbete och ej med fängelse. I sammanhang härmed eger domstolen fritt pröfva den tilltalades skuld, ty grunden till bestämmelsen i 1 kap. 3 § är icke den, att en i främmande stat afsagd dom respekteras lika med svensk, utan afsigten är att förekomma, det en person straffas två gånger för samma brott. (Se däremot: Carlén l. c. sid. 13 ff.; Assarsson, Inledning till svenska straffrättens allmänna del, Lund 1879, sid. 234). Det förfarande, som uti ifrågavarande fall inför domstolen eger rum, har emellertid icke till ändamål att pröfva rättmätigheten af det i utlandet ålagda straffet; domstolen vill ej göra detta straff till sitt, utan dess verksamhet går endast ut på att fastställa, det förutsättningarna för de i 2 kap. 21 § omnämnda särskilda straffen äro för handen, och att ådöma dessa straff, hvilka alltså icke anknyta sig till det utländska straffet såsom hufvudstraff utan ha en själfständig existens. Häraf framgår, att det utländska straffet icke heller under förevarande förutsättning kan verka till iterationsansvar för påföljande förbrytelse. — Tydligt är, att om blott den föregående bestraffningen skett inom riket, ingen vikt ligger därpå, hvar det föregående brottet föröfvats, om här i riket eller i utlandet.

³ Wallis Art. 79, Schaffhausen § 76, Luzern § 77, St. Gallen Art. 39.

Ser man på grunden till återfallets stränga bestraffande, förefinnes obestriddigen ej minsta anledning att icke tillägga det straff, förbrytaren ådragit sig i utlandet, samma verkan som honom inom riket öfvergånget straff. Det förra kan ej antagas göra mindre djupt intryck på hans sinne än det senare, och i ena såväl som andra händelsen visar han sålunda genom sitt återfall prof på en intensivt brottslig vilja. Kriminalpolitiska grunder bjuda ock allt kraftigare att uti ifrågavarande hänseende icke göra skillnad emellan den egna och främmande staten; med den lifligare förbindelsen nationerna emellan antager nemligen kriminaliteten en allt mera kosmopolitisk karakter. På senare tiden har med styrka framhållits det förkastliga i återfallsbegreppets inskränkande till att omfatta endast brott, föröfvade efter det inländsk domstol dömt till straff. På internationella kriminalistiska föreningens tyska grupps första möte, där saken var föremål för grundligt skärskådande, var man nästan allmänt ense om, att äfven utländsk bestraffning borde komma i betraktande. Ett par af de nyaste strafflagsutkasterna hafva upptagit denna tanke. Sålunda förekommer i det norska utkastet af 1893, § 56, följande bestämmelse: »Efter närmere Regler, som gives af Kongen, kan tidigare i andre Lande idömda Straffe begrunde skjærpet Straf paa samme Maade som her i Landet idömda». Äfven det schweiziska utkastet likställer utländsk bestraffning med inländsk, hvaremot det samtida franska icke nämner utländska domar. Med anledning däraf påpekar Gautier¹, hvilka otillfredsställande resultat kunna blifva följden af en olikhet emellan ifrågavarande lagbestämmelser i de särskilda landen. För återfall skulle i Schweiz den, som förut varit dömd i Frankrike, straffas, men däremot skulle den, som först dömes i Schweiz och därefter i Frankrike, undgå interationsstraff; särskildt med afseende å dem, hvilka bo på gränsen emellan de båda länderna,

¹ Deux projets, sid. 87.

framstår berörda förhållande såsom en orimlighet. Till undvikande af dylika abnormiteter blir nödvändigt för hvarje stat att antaga reciprocitetsgrundsatsen gent emot de stater, hvilka taga hänsyn äfven till främmande domar.

Då de nyare strafflagarne fasthållit vid den vanliga uppfattningen, ha praktiska öfverväganden varit bestämmande. Framför allt har man att härvid taga i betraktande svårigheten att konstatera utländsk bestraffning samt differenserna i lagarnes brottsbegrepp, hvilka, så länge *récidive spéciale* är det vanliga systemet, skulle nödvändiggöra en helt naturligt med stora vanskligheter förbunden ingående granskning af den handlings natur, som den utländska domen afser. En nödvändig förutsättning för att taga hänsyn till utländsk rättskipning är, att staterna träffat åtgärder för återfallets konstaterande genom ett nöjaktigt straffregistersystem, äfvensom att internationella öfverenskomelser träffats angående utbyte länderna emellan af straffregistren. Så länge härutinnan icke något åtgjorts, kan en lagförändring i nu ifrågasatta riktning icke få någon synnerligen praktisk betydelse.

Användning af iterationsstraff förutsätter enligt sakens natur, att domstolen fastställt, det återfallets betingelser äro för handen; till dem hör framför allt, att förbrytaren förut begått brott af sådan beskaffenhet, att det verkar till skärpning af straffet för det nya brottet. Då nu, därest det skall kunna blifva tal om återfall, den tidigare förbrytelsen måste hafva varit föremål för dom, framställer sig till besvarande frågan, om domstolen helt och hållet har att rätta sig efter domen eller är berättigad eller till och med pliktig att ingå i pröfning af, huruvida förbrytaren verkligen gjort sig skyldig till sådant brott, hvarpå det i och för återfallsstraff kommer an.

Från rent straffrättslig synpunkt finnes intet, som hindrar att medgifva domstolen oinskränkt rätt till pröfning. Sådan

borde, enligt vår åsigt, alltid anställas till utrönande af, huruvida det förra brottet stått i det förhållande till gerningsmannens karakter, att kontinuitet emellan brotten må anses föreligga; då en dylik undersökning ej behöfver gå längre än till granskning af hvad vid den förra rannsakingen enligt handlingarna i målet förekommit, möter densamma ej några svårigheter. Men ännu längre kan pröfningsrätten från ofvanberörda synpunkt utsträckas. Sätter lagen såsom villkor för iterationsstraff vid ett bestämt brott, att gerningsmannen förut begått brott af visst slag, så beror detta därpå, att lagen anser upprepadet endast under denna förutsättning ådagalägga större farlighet. En ytterligare ompröfning af den tidigare förbrytelsens beskaffenhet kan emellertid ej annat än gifva säkrare garanti för, att denna större farlighet verkligen föreligger¹.

Straffprocessuella grunder bjuda däremot att besvara ifrågakomna spörsmål sålunda, att domstolen måste i alla afseenden respektera den föreliggande domen, hvadan det ej är tillåtet att uppvisa vare sig faktiska eller rättsliga misstag, vare sig att den till straff dömd aldrig begått brottet, eller att detta bort karakteriseras på annat sätt, än som skett. I annat fall skulle domstolen försynda sig emot de angående straffdomars rättskraft gällande principer och dessutom obehörigen upphäfva sig till öfverinstans öfver annan domstol; tillika skulle, såsom man med rätta påpekat², förtroendet till rättskipningen minskas, om det medgäfves domstol att uttala, det påföljder, hvilka genom laga

¹ Strafflagen för storhertigdömet Baden medgaf verkligen domstolarne fri pröfningsrätt. § 186 lydte nemligen: «Dem Gerichte kömmt das Recht zu, bei Beurtheilung der Frage, ob die neue Uebertretung als Rückfall zu betrachten sei, die Rechtmässigkeit des früheren Erkenntnisses, insofern sich erhebliche Zweifel darüber darbieten, seiner eigenen Prüfung zu unterwerfen, und deren Ergebniss seiner Entscheidung zu Grund zu legen.»

² v. Stemann l. c. sid. 420.

kraftvunna domslut drabbat en person, icke varit i lag grundade¹.

Annorlunda gestaltar saken sig, därest genom ny lag ett brotts begrepp undergått förändring, antingen så, att andra konstitutiva bestämmingar erfordras än förr, eller så att brottets begrepp utvidgats eller inskränkts². Skäl emot tillåtligheten att undersöka den handlingens beskaffenhet, som den på äldre

¹ Ehuru vår lags uttryckssätt i 20 kap. 6 och 7 §§ samt 21 kap. 3 §: »Begår någon snatteri tredje gången», »Begår någon andra gången stöld» etc., kunde synas gifva anledning till annat antagande, står det icke dess mindre fast, att pröfning, huruvida det brott, som den föregående domen afser, verkligen begåtts, icke får ifrågakomma. Ej heller får domstolen inlåta sig på undersökning, huruvida brottet i domen rätteligen karakteriserats; har någon t. ex. för en handling, som bort bedömas såsom förskingring, dömts till straff för stöld, måste han för ett följande tjufnadsbrott fällas till straff för andra resan stöld. Här finnes ingen annan hjälp än benådning. Likaså, har en person begått stöld men oriktigt dömts för förskingring, kan han icke, därest han å nyo gör sig skyldig till stöld, dömas för andra resan; detta följer för ofrigit däraf, att han i detta fall icke utstått straff för första resan, hvilket är en oundgänglig förutsättning för tillämpning af straffskalan för andra resan. Af sistberörda skäl kan den, som af misstag dömts till straff för andra i stället för till straff för tredje resan, icke för senare brott fällas för fjerdre resan, utan detta måste behandlas såsom tredje resan. Har den närmast föregående förbrytelsen tillagts högre nummer än vederbort, synes väl äfven satsen, att domstolen, som har att bedöma återfallet, icke får ingå i kritik af den föreliggande domen, böra gälla men icke dess mindre kan icke denna blifva bestämmande för påföljande brotts numrering, så att t. ex. den, som senast fälts för tredje resan, ovillkorligen, om ock det är uppenbart att han icke undergått bestraffning jemväl för första eller andra resan, måste dömas till ansvar för fjerdre resan. Hur stor respekt man än hyser för straffdomens rättskraft, förmår sådan likväl icke ändra något i det faktum, att en person icke varit straffad tillräckligt för att vid återfall beläggas med ansvar för en viss resa. Oaktadt den regeln, att en laga kraftvunnen straffdom måste respekteras, kan man sålunda faktiskt komma till annat resultat, än hvar till domen gifver anledning.

² Se: Goldammer, Die Bestrafung des Rückfalls bei Veränderung des Thatbestandes einzelner Verbrechen durch neuere Gesetzgebung, i Archiv für Preussisches Strafrecht, Bd 2, sid. 384 ff.; v. Stemann l. c. sid. 420 ff.; Ols-hausen l. c. sid. 108 ff.; Schweigaard l. c. sid. 94 ff.; Assarsson l. c. sid. 159 ff.; Goos, Den Nordiske Strafferet, i Nordisk Retsencyklopedi, 1882, sid. 22 ff.

lag grundade domen afser, kan man härvidlag ej hemta därifrån, att en sådan undersökning skulle kränka viktiga processuella principer.

Det är nemligen ej meningen att ingå i kritik af domen; pröfningen afser ej att utröna, huruvida domstolen, som tillämpade den äldre lagen, förfor oriktigt, utan endast att komma till insigt om, huru handlingen, bedömd efter den nya lagen, bör uppfattas, hvarvid ändamålet är att begagna handlingen till ett moment vid det under den nya lagens herravälde begångna brottets karakteristik. Så långt sträcker sig ej straffdomens rättskraft, att dess verkningar för all framtid, således äfven efter det den till grund för domen liggande lagen upphört att gälla, äro att bedöma i enlighet med den upphäfdas lagens bestämmelser. v. Stemmanns argumentation i detta ämne synes oss vara alldeles öfvertygande. Han säger: »Die Rechtskraft des desfalligen Erkenntnisses kann das Urtheil des jetzigen Richters nicht mehr bestimmen. Jenes Erkenntniss hat für den Verurtheilten alle Wirkungen geäussert, welche es unter der Herrschaft des alten Gessetzes äussern konnte, und keine dieser Wirkungen wird nachträglich angegriffen; die mögliche Folge zur Begründung eines Rückfalls zu dienen ist aber unter der Herrschaft des alten Gesetzes gar nicht mehr eingetreten; sie war bedingt durch die Verübung eines gleichen Verbrechens; ein Verbrechen ist nun zwar, aber erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes begangen und danach geht diesem Verbrechen die Identität mit dem früheren ab». — Att v. Stemmanns åsigt icke kan stå i strid med den allbekanta satsen, att endast mildare strafflagar få tilläggas retroaktivt verkan, är klart däraf, att pröfningen af det enligt äldre lag bedömda brottet sker endast i och för bestämmandet af straffet för den förbrytelse, hvarå nya lagen har tillämpning.

Rent straffrättsliga synpunkter föra således till det resultat, att vid afgörandet af frågan, huruvida en enligt äldre lag be-

dömd handling betingar iterationsstraff för ett enligt ny lag straffbart brott, domstolen bör ingå i granskning af den förra handlingens beskaffenhet och därvid efterse, till hvilket slag af brott handlingen enligt den nya lagen är att hänföra; principerna om strafflagars retroaktiva verkan och om straffdomars rättskraft lägga ej hinder i vägen för en sådan granskning. — Gå vi till lagarnes hithörande bestämmelser, finna vi i norska lagen ett stadgande i ofvanberörda riktning¹. Svenska lagen², med hvilken den danska³ öfverensstämmer, medgifver däremot ej anställandet af undersökning, huru den förut bestraffade handlingen skulle blifvit bedömd efter nya lagen. Samma regel är antagen i tyska och fransk-belgiska rätten⁴. Man har sålunda att uteslutande fästa sig vid, om det förra brottet, enligt den äldre lagens uppfattning, sådan denna framträder i dom, är till begreppet öfverensstämmande med det brott, som den nya lagen förutsätter för ådömande af iterationsstraff.

Utan tvifvel är denna regel den i praktiskt afseende lämpligaste. Det kan nämligen vara förenadt med stora svårigheter att i och för ett brottets beläggande med straff ingå i bedömande af ej allenast sagda brott utan ock en äldre, redan bestraffad förbrytelse. Genom granskning af hvad i det mål, hvars slutpunkt den förra domen utgör, förekommit, är ej alltid möjligt att komma till något resultat; materialet kan vara otill-

¹ I 28 kap. 7 § heter det: »Den, som efter forhen gjældende Lov er dømt til Straf for en Forbrydelse, for hvilken der i denne Lov er i Gjenta-gelsestilfælde bestemt forhøiet Straf, og som paany i lige Forbrydelse gjør sig skyldig, ansees, som om han forhen havde været dømt til den Straf, som nærværende Lov vilde have medført».

² Promulgationsförordningens 12 §. Därom se: Assarsson l. c.

³ § 307.

⁴ Se: Taube, Rechtsätze der Wissenschaft. Die Bestimmungen des Reichs-strafgesetzbuchs über den Rückfall (Gerichtsaal, Bd 24, sid. 288 ff.). Olshausen Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1892, II, sid. 919; Chauveau et Hélie, anf. arb. I N:o 213; Garraud, anf. arb. II, sid. 315; Haus l. c. sid. 529.

räckligt därför, att en eller annan omständighet, som enligt den nya lagen är af vikt, icke enligt den äldre haft någon betydelse och till följd däraf icke gjorts till föremål för utredning. Men att i sådant fall fastställa dessa moment af den redan bedömda handlingen genom ett nytt bevisförfarande synes af många skäl ej vara tillbörligt; bland annat komma i betraktande de kostnader, som ofta skulle vara därmed förbundna.

7. Om återfallspreskription.

Ordet återfall är, efter hvad vi förut påpekat, såsom beteckning för det begrepp, hvarmed vi sysselsätta oss, så till vida olämpligt, som det väcker till lif föreställningen om en emellan brotten inträffad upprättelse eller förbättring. Har sådan emellertid kommit till stånd, har brottslingen en gång kommit ur det tillstånd, som gaf sig till känna i den första förbrytelsen, innefattar en ny straffbar handling icke återfall. Kontinuiteten emellan brotten är i denna händelse upphäfd; den senare handlingen är icke uttryck för en från den förra fortsatt utveckling i ond riktning och därmed för en högre grad af farlighet. Härpå beror det, att ett nytt brott icke behandlas såsom återfall, oafsedt huru lång tid förflutit från det föregående straffets verkställande, att, med andra ord, dettas förmåga att skärpa ansvaret för efterföljande brott icke är till tiden obegränsad. — Man talar härvidlag om återfallspreskription.

Angående grunden till den allmänna kriminella preskriptionen äro, som bekant, många olika meningar framställda¹. Af

¹ Wijkander, anf. arb.; Risch, Zur Frage der rechtlichen Konstruktion der Kriminal-Verjährung nach heutigem Rechte, Z IX, sid. 235 ff.

svenska kriminalister ¹ omfattas på goda skäl allmänt den åsigt, som hänför institutet enligt dess innersta väsen till den materiella rätten och icke till processrätten. Preskriptionen tillintetgör sjelfva det materiella straffanspråket med den påföljd, att åtalsrätten eller straffverkställighetsrätten upphör, och det är ej omvänt så, att af processuella grunder efter ett visst tidsförlopp ett strafförfarande icke får ega rum och som följd däraf ej heller bestraffning kan komma i fråga. Institutet sättes i förbindelse med straffets specialpreventiva syfte, med dess uppgift att undanrödja den fara för rättsordningen, hvars existens en brottslig handling ådagalagt. Har straffet i dess riktning mot brottssubjektet till ändamål att bringa den rättsstridiga viljan till öfverensstämmelse med lagen, blir det med afseende på denna sin funktion öfverflödigt, när det visar sig, att subjektet af sig sjelf bragt till stånd nämnda öfverensstämmelse. Något annat bevis härför erfordras ej, än att subjektet afhåller sig från brott; att åstadkomma detta är just hvad straffet afser. Man bör dock ej sätta sina anspråk på laglydigt lefverne så högt, att man kräfver, att den, som en gång gjort sig till brott skyldig, skall för att komma i åtnjutande af den straffrihet, preskriptionen medför, för all framtid afhålla sig från brott; man måste nöja sig med, att han under en viss tid icke låter någon förbrytelse komma sig till last, och detta därför, att, enligt hvad erfarenheten gifver vid handen, menskliga karaktersegendomligheter icke under lång tid ega bestånd utan att i handlingar uppenbara sig. Om således en persons lefverne under viss tid, hvars längd naturligtvis ej kan a priori bestämmas, icke bragt honom i kollision med strafflagen, finnes grundad anledning till antagande, att den rättsstridiga böjelse, som manifesterat sig i en begången förbrytelse, upphört att vara till. Ett nytt brott bör under sådana förhållanden icke verka därtill, att jemväl den ti-

¹ Se: Wijkander, anf. arb.; Assarsson l. c. sid. 144.

digare förbrytelsen bestraffas, detta vore att fullfölja ett syfte, som måste anses redan vara vunnet ¹.

Den meningsskiljaktighet, som gjort sig gällande i fråga om den allmänna kriminella preskriptionens rättsgrund, herrskar icke i fråga om återfallspreskriptionen. Man är allmänt ense om att söka detta instituts förklaring i betraktelser, gående i samma riktning som de ofvanstående. Då tiden tillägges verkan att upphäfva straffbarheten, bör den med ännu mera skäl kunna undanrödja följderna af ett redan för länge sedan bestraffadt brott. Sedan en viss tidrymd förflutit, efter det en person undergått straff för ett brott, vittnar en ny, af honom föröfvad förbrytelse icke om den högre grad af farlighet, som ensam rätt-

¹ Äfven från generalpreventionens synpunkt torde preskriptionsinstitutet utan svårighet kunna rättfärdigas, utan att man därför behöfver taga sin tillflykt till den utväg, som några kriminalister valt. (Se: Heinze, i Holtzendorff's Handbuch II, sid. 609 ff.; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I, sid. 693 ff.) De se preskriptionens hufvudsakliga grund i nödvändigheten att försona den motsats, som består emellan rättens fordran, att på brott skall följa straff, och den faktiska omöjligheten att åtkomma och bestraffa förbrytaren. Preskriptionen har nemligen, såsom Heinze anmärker, väsentligen betydelse i fråga om de förbrytelser, som staten måste lemna obesträffade, emedan gerningsmännen icke kunnat upptäckas eller öfverbevisas. Då nu rätten öfverallt och utan undantag måste framstå såsom den makt, hvilken beherskar och reglerar samhällslifvet, återstår för staten ej annat än att, sedan en viss tid förflutit och därmed efter all sannolikhet förbrytaren ej vidare kan träffas af rättvisan, förklara, att hans gerning icke längre är straffbar. — Denna uppfattning, enligt hvilken preskriptionen i själfva verket innebär en bankruttförklaring af staten, ett nödtvunget godkännande af hvad som icke kan hjälpas, synes icke tillfredsställande. Det naturligaste är att, såsom ofta skett, åberopa, att under tidens lopp minnet af ett brott utplånas, det allmänna rättsmedvetandet fordrar ej längre dess besträffande; gerningen har slutligen ett blott historiskt, ej något praktiskt värde för rättslifvet. Därtill kommer en annan, af Heinze framhållen synpunkt. Ju längre strafflösheten varar, i desto vidsträcktare omfattning framgå däraf förhållanden, hvilka hvila på den förutsättningen, att strafflöshetens faktum är med rätten öfverensstämmande. Efter en längre tids förlopp skulle sålunda ett straff medföra svårare rubbning af rättstillståndet, än som den omständigheten, att brottet lemnas obesträffadt, verkar.

färdigar återfallsstraff. Utgår man vid den vanliga preskriptionen därifrån, att en icke straffad förbrytares underlåtenhet att begå nya brott ådagalägger hans politiska förbättring, måste man ännu snarare vara böjd för att i den bestraffade brottslingens afhållsamhet från rättskränkningar se beviset för, att straffet vunnit sitt ändamål. En sådan slutsats är här så mycket mera rättfärdigad, som erfarenheten gifver vid handen, att återfallen i regeln inträffa inom kort tid efter straffets utstående¹; något som ej kan väcka förundran, om man tänker på den frigifnes svåra belägenhet. — Återfallspreskriptionens grund blir sålunda den, att en förbrytelse, begången viss tid efter det straffet för annat brott blifvit verkställt, icke indicerar någon fara utöfver hvad förbrytelsen såsom sådan eller såsom en första lagöfverträdelse innefattar; de båda handlingarna äro nemligen ej uttryck för samma rättsstridiga vilja, utan denna har däremellan undergått förändring.

Hvad angår återfallspreskriptionstidens längd, så, då den ena människan ej är den andra lik, vore, liksom vid den kriminella preskriptionen öfver hufvud, med en ideell rättvisa mest öfverensstämmande att i hvarje konkret fall afgöra, huruvida den karaktärsförändring, som preskriptionen förutsätter, verkligen försiggått; men som fakta att lägga till grund för ett sådant afgörande i allmänhet icke skulle vara att tillgå, måste lagstiftaren med ledning af erfarenhetens vittnesbörd en gång för alla bestämma tidslängden. På samma sätt som vid den allmänna kriminella preskriptionen, allt efter brottslighetens grad, tiden är mer eller mindre lång, kunna ock lämpligen vid ifrågavarande preskriptionsart uppställas flere tider, beroende af det föregående straffets mer eller mindre svåra beskaffenhet. Ju kraftigare repressionen varit, desto djupare intryck på den brottslige bör

¹ Tyska författare uppgifva, att af återfallen 36 % inträffa inom ett år, 12 % redan inom tre månader. v. Lillienthal å int. krim. föreningsens 1:sta tyska möte (förhandl. sid. 70); Sacker l. c. sid. 40.

densamma hafva åstadkommit; desto längre måste alltså dess verkningar visa sig, innan den rättsliga förbättringen må anses vara ådagalagd.

Beträffande återfallspreskriptionstidens terminus a quo följer af institutets grund, att till utgångspunkt måste tagas den dag, då det föregående straffet upphörde. Härom kan icke vara mer än en mening, hvaremot, för den händelse straffet aldrig blifvit verkställt, då det nya brottet föröfvas, någon svårighet uppstår. Frågan, som naturligtvis har intresse endast för de lagstiftningar, hvilka, i olikhet med den svenska, hålla en blott straffdom för nog till att begrunda återfall, synes oss böra besvaras sålunda, att återfallspreskription icke kan inträda, så länge det ådömda och genom benådning icke efterskänkta straffet ej är preskriberadt. Dessförinnan anses förbättring icke hafva kommit till stånd, hvadan ny förbrytelse är att betrakta som ett förnyadt uttryck af samma rättsstridiga vilja, som uppenbarade sig i den tidigare förbrytelsen. Är däremot sagda straff preskriberadt, får ett nytt brott icke någonsin betecknas såsom återfall, ty preskriptionen afklipper allt sammanhang emellan de straffbara handlingarna. Med denna uppfattning, enligt hvilken preskription af ådömdt straff och återfallspreskription icke kunna sammanträffa, uppstår visserligen det till utseendet egendomliga förhållande, att, medan den, som utstått sitt straff, icke kommer i åtnjutande af återfallspreskriptionens förmån, förr än viss tid därefter gått till ända, den, hvilkens straff preskriberats, omedelbart därefter kan begå brott utan att drabbas af iterationsansvar, men, så vidt man ej vill göra våld på de principer, som ligga till grund för preskriptionsinstitutet, synes man oss icke kunna komma till annat resultat.

Strafflagarne hafva, med få undantag antagit institutet återfallspreskription¹, dock några lagar med inskränkning till de

¹ Återfallspreskription förekommer i svensk (4: 11), norsk (6: 21), dansk (2 61), finsk (6: 2), tysk (§§ 245, 250.5, 261 och 264), fransk (Art. 57 och

mindre grofva brotten¹. Somliga lagar föreskrifva flere preskriptionstider, därvid läggande till grund det föregående straffets mer eller mindre svåra beskaffenhet². Den vanligast förekommande tiden är tio år, men utvecklingen går i riktning att för-

58), belgisk (Art. 56), holländsk (Art. 421—423), ungersk (§§ 338, 349.1, 357, 371, 381.3), italiensk (Art. 80) och de flesta schweiziska lagar äfvensom i norska, franska, schweiziska, österrikiska och ryska utkastet. Institutet är okänt i österrikiska och några schweiziska lagar, Wallis m. fl. — I svenska rätten infördes, som bekant, återfallspreskriptionen genom lagen den 20 Juni 1890. I Nya lagberedningens motivering heter det: «Föreskriften att till särskildt straff för återfall i brott ej må dömas, där ej återfallet skett, sedan den brottslige till fullo undergått det för förra brottet honom ådömda straff, utgår från det antagande, att endast under denna förutsättning det nya brottet ådagalägger en inrotad brottslig benägenhet af sådan styrka, att för dess bekämpande det vanliga straffet ej gör tillfyllest. Det ligger emellertid i sakens natur, att intrycket af en undergången bestraffning småningom försvagas, och om vid återfall en längre tid förflutit efter förra bestraffningen, har man följaktligen ej samma skäl som eljest till det antagande, att det vanliga straffet icke skall göra tillbörlig verkan». — Nya lagberedningen framhåller här uteslutande det skäl för återfallspreskription, som består däri, att intrycket af en undergången bestraffning småningom försvagas, hvadan föreställningen om det onda, straffet innebär, icke verkar lika kraftigt såsom motmotiv, sedan lång tid förflutit efter straffet, som kort därefter. Denna sida af saken är visserligen icke utan sin betydelse men står tillbaka för den ofvan i texten framhållna synpunkten, att kontinuiteten emellan brotten med tiden går förlorad. Att likväl, oaktadt motiveringen kan synas föranleda annat antagande, den enligt vår mening viktigaste synpunkten för återfallspreskriptionens bedömande ej varit utan inflytande, visar det i lagstadgandet satta villkor för preskriptionens tillgodonjutande. Då nemligen brott af visst slag, föröfvadt inom de återfallet närmast föregående tio åren, tillagts verkan att återupplifva ett utståndet straffs skärpande kraft, beror detta därpå, att den brottslighet, som uppenbarat sig i tidigare brott, anses hafva hela tiden fortlevat. Denna grund har intet att göra med intrycket af det utståndna straffet.

¹ Lagen af den 26 Mars 1891, hvilken, såsom redan är nämnt, infört återfallspreskriptionen i franska code pénal, afser icke récidive från crimes till crimes. I code pénal belge förekommer återfallspreskription endast vid récidive de peines correctionnelles à peines correctionnelles.

² Så italienska och några schweiziska lagar äfvensom franska utkastet, hvilka föreskrifva två preskriptionstider, en tioårig och en femårig. I ryska utkastet uppställas tre preskriptionstider.

korta tidsperioden ¹. Terminus a quo bildar den dag, då den föregående bestraffningen slutade, eller, enligt några af de lagar, hvilka låta en blott dom medföra iterationsverkningar, då det ädömda straffet blef genom benådning eftergifvet ²; ett par af sistberörda lagar beräkna jemväl återfallspreskription från den dag, då straffet preskriberades ³.

Strafflagen för kantonen Freiburg (Art. 78) innehåller en bestämmelse, som är för oss af intresse, emedan den erinrar om det i svenska strafflagens 4 kap. 11 § enligt lagen den 20 juni 1890 förekommande, återfallspreskriptionen rörande stadgandet. Berörda bestämmelse uppställer såsom förutsättning för preskriptionens inträde, att den brottslige under preskriptionstiden uppfört sig sans reproche. Vår lag går ej så långt; den gör till villkor för iterationsstraffets bortfallande, utom det att preskriptionstiden tilländalupit, att den brottslige icke under de tio år, hvilka närmast föregått återfallet, antingen föröfvat brott, som i lag är belagdt med förlust af medborgerligt förtroende, eller för sådant brott undergått bestraffning. Den tanke, som ligger under dessa föreskrifter, hvilat otvifvelaktigt på en fullkomligt riktig uppfattning af preskriptionens väsende, och därpå grundade bestämmelser skulle försvara sin plats äfven inom området för den allmänna kriminella preskriptionen ⁴. Uppfattar man denna från den synpunkten, att förbrytaren genom att under viss tid

¹ En tioårig preskriptionstid är antagen i svensk, norsk, dansk, finsk, tysk, ungersk och flere schweiziska lagar. Femårig preskription förekommer i den fransk-belgiska rätten, i holländska lagen samt i österrikiska och schweiziska utkastet. I norska utkastet föreslås två preskriptionstider: vid Forbrydelser sex år, vid Forseelser två år. v. Lilienthal uttalade sig å int. krim. föreningsens 1:a tyska möte för en treårig preskriptionstid.

² Norsk, dansk, fransk och belgisk rätt äfvensom tyska och holländska lagarne, hvilka båda senare inkonsekvent nog beteckna ett nytt brott såsom återfall ej allenast, då straffet för det förra brottet blifvit helt eller delvis verkställt, utan äfven då straffet helt eller delvis efterskänkts.

³ fransk och belgisk lag.

⁴ Jfr härom Wijkander l. c. sid. 93 ff.

lefva laglydigt ådagalägger, att hans vilja undergått förändring till det bättre, följer däraf, att för den händelse han under denna tid gör sig till nya rättskränkingar skyldig och sålunda visar, att brottsliga tendenser fortfarande äro för viljan bestämmande, det ej bör blifva tal om upphäfvande af det ifrågavarande brottets straffbarhet. Tillämpadt på återfallet, innebär det sagda, att ett straffs verkan till skärpning af ansvaret för efterföljande förbrytelse endast under förutsättning, att brottslingen icke under preskriptionstiden lagt i dagen ett i straffbara handlingar framträdande antisocialt sinne, får bortfalla. Dock icke hvarje därunder föröfvad förbrytelse bör tilläggas betydelsen att afbryta preskriptionen; endast sådana straffbara handlingar böra komma i betraktande, hvilka medgifva slutsatsen, att den brottslighet, som uppenbarade sig i den handling, med afseende å hvilken preskription är i fråga, fortfarande existerar. Freiburgska lagens fordran på ett uppförande sans reproche är påtagligen öfverdrifven, för så vidt den tolkas så, att den brottslige måste lefva i alla afseenden otadligt¹. Lagstiftaren går därmed vida öfver sin befogenhet.

Vår lags stadgande synes å ena sidan i väl ringa omfattning tillerkänna begångna förbrytelser förmågan att ointetgöra preskriptionen, då ej andra brott nämnas än de, som äro belagda med förlust af medborgerligt förtroende; å andra sidan, så vidt stadgandet tolkas på sätt, dess affattning närmast föranleder, utöfver skäligen gränser fästa afseende å sistberörda slag af brott. Af uttrycket: »i lag är belagdt med förlust af medborgerligt förtroende», ser det nemligen ut, som om lagen icke kräfde, att brottet in concreto förtjenar dylik förlust, utan blott att det hör till en brottsart, hvarför sådan förlust är stadgad. Sålunda skulle det allra obetydligaste, med fem kronors böter tillräckligt besträffade bedrägeribrott vara nog att hindra

¹ Se: Gautier, *De la récidive*, sid. 20.

preskriptionens verkningar från att göra sig gällande. Uppenbart är dock, att man från en så ringa förseelse icke är berättigad draga några som helst slutsatser angående gerningsmannens verkliga karaktärsbeskaffenhet. För att icke nödgas komma till ett så orimligt resultat föredraga vi att förstå ofvannämnda uttryck så, som om därmed åsyftades brott, hvilka in concreto förskyllt förlust af medborgerligt förtroende.

Äfven i andra afseenden gifver sistberörda stadgande anledning till anmärkningar. Om ock den brottslige under preskriptionstiden, d. v. s. under de tio år, som förflutit, sedan straffet för det förra brottet blef till fullo verkställt, lefvat aldrig så exemplariskt, drabbas han för nytt brott af iterationsstraff, därest han under de tio år, hvilka närmast föregått återfallet, föröfvat i lag med förlust af medborgerligt förtroende belagdt brott eller därför undergått bestraffning. Svårligen låter detta förbehåll förena sig med ifrågavarande instituts grund. Är preskriptionstiden tilländalupen, är därmed ock sammanhanget emellan äldre brott och dess straff samt hvarje efter nämnda tids utgång begången förbrytelse atklippt, och detta sammanhang kan icke genom någonting, som inträffat efter berörda tid, upplifvas. Ifrågavarande stadgande kombinerar i sjelfva verket två tider med hvarandra: den ena räknas framåt från den dag, då straffet för förra brottet blef till fullo verkställt, den andra räknas däremot tillbaka från den dag, då återfallet egde rum. Då likväl här ej är fråga om annat än preskription af ett brott och dess straffs itererande kraft, kan, i analogi med hvad inom hela preskriptionsläran är vedertaget, endast en tidrymd antagas, nemligen den, hvars utgångspunkt är det faktum, hvars betydelse skall utplånas; allt, som skall tillerkännas förmågan att afbryta preskriptionen, måste falla inom denna tidrymd. Stadgandets affattning kan ock vid tillämpningen föranleda föga uppbyggliga resultat. En person, som varit straffad för olofligt tillgrepp, råkar, efter att hafva lefvat laglydigt ett halft människolif, på

afvägar och begår å nyo brott; så framt för det sista af dessa iterationsstraff är stadgadt och det föregående var af vanfrejdande natur, upplifvas minnet af det för länge sedan föröfvade tillgreppet, och utan afseende därå, att han genom sin långa hederliga vandel visat, att han frigiort sig från den brottsliga böjelse, som i tillgreppet manifesterade sig, sammanställer lagen detta och det sista brottet samt låter straffskärpning inträda. Hållbara skäl härför torde icke stå att finna.

Ytterligare därutinnan är stadgandet oegentligt, att endast bestraffning, undergången för vanfrejdande brott, betager den inträdda preskriptionen dess verkan att utesluta iterationsstraff. På detta sätt kan emellertid, såsom jemväl under förhandlingarna vid 1890 års lags antagande i riksdagens första kammare anmärktes¹, inträffa, att den brottslige för icke vanfrejdande brott under alla de återfallet närmast föregående tio åren undergått bestraffning, utan att detta hindrar honom från att tillgodonjuta preskriptionens förmån. Rätteligen borde den tid, under hvilken han suttit i fängsligt förvar, icke inberäknas i de tio åren. Därunder är det honom nemligen ej möjligt begå vare sig vanfrejdande eller annat brott, men då tioårsperioden ej kan hafva annat syfte än att tjena såsom pröfvotid, måste sådan möjlighet hafva förefunnits².

¹ Se: Första kammarens protokoll för den 23 April 1890.

² Stadgandet om återfallspreskription i 4: 11 kan vid tillämpningen medföra egendomliga resultat och erbjuder därvid jemväl stora svårigheter. Med anslutning till några exempel skola vi söka visa detta. En person, som år 1880 frigifvits efter utståndet straff för första resan stöld, begår 1891 och 1892 åter tjufnadsbrott, hvilka blifva föremål för gemensam lagföring. 1891 års stöld får icke beläggas med iterationsstraff, enär tio år förflutit, sedan straffet för första stölden blef till fullo verkställt och dessutom, enligt antagande, den brottslige icke under de närmaste tio åren gjort sig skyldig till gerning, belagd med förlust af medborgerligt förtroende eller därför undergått bestraffning; 1892 års stöld måste däremot betraktas såsom andra resan, enär 1891 års brott, som är belagdt med förlust af medborgerligt förtroende, återupplifvat det 1880 utståndna straffets itererande verkan. Någon annan grund

Af intresse är att se, det ifrågakomna lagbestämmelse icke lägger vikt på, att de brott, hvilka tillerkänts förmåga att väcka

härför kan ej uppletas, än att lagen utgår derifrån, att den brottslighet, som framträd i det första af samtliga brotten, genom begåendet af de senare visar sig hafva hela tiden fortlevat. Men är så förhållandet, borde naturligtvis äfven 1891 års stöld beläggas med iterationsansvar; skall nemligen sistberörda brott kunna bilda en föreningslänk emellan de båda andra stölderna, måste det till dem båda stå i ett inre förhållande, och i denna händelse förtjenar det sjelf återfallsstraff. Lagen är emellertid i detta afseende tydlig. Vid bestämmandet af ansvaret för de år 1891 och 1892 begångna stölderna, af hvilka den förra är att bedöma såsom första och den senare såsom andra resan, får man icke lemna ur sigte 20 kap. 9 §, som gifvetvis äfven här är användbar. Straffet för 1892 års stöld skall således enligt 9 § ökas med högst ett år. I detta exempel framträder skillnaden i straff emellan det fall, att båda stölderna bedömas såsom andra resan, och det, att de betraktas såsom olika resor, ej fullt tydligt. Om däremot 1891 års stöld är förbunden med någon af de i 20 kap. 4 § nämnda kvalifikationer, hvilket ej 1892 års brott är, blir skillnaden uppenbar. Ansågos de båda såsom andra resan, kunde det gemensamma straffet stiga till sex år; nu utgör det högst fem år. — Det kan inträffa, att det brott, som gått före det sista, vid dettas föröfvande redan är preskriberadt, utan att dock denna omständighet utesluter det förras förmåga att upplifva iterationsverkningarna af en gammal bestraffning. En person, som 1870 till fullo utstått straff för stöld, begår 1888 och 1894 nya stölder. Då 1894 års tillgrepp föröfvades, var 1888 års förbrytelse preskriberad, d. v. s. den brottslighet, som däri kom till uttryck, hade enligt lagens uppfattning försvunnit; det oaktadt har den preskriberade förbrytelsen i behåll sin kraft att slå en bro emellan det brott, hvars straff slutade 1870, och 1894 års brott. — Tolkningen af ifrågavarande stadgande är i synnerhet svår, då det gäller förnyadt återfall. Man kan uppfatta detsamma på två sätt. Antingen så, att återfalls-preskriptionen endast har afseende på förhållandet emellan den sist bestraffade förbrytelsen och det brott, som föreligger till bedömande; eller ock så, att preskriptionen räknas äfven emellan tidigare brott och straffet för den detta närmast föregående förbrytelsen. Hvilken lagens mening är, kan väl ej med absolut säkerhet afgöras. Konsekvens och billighet synas tala för den extensiva tolkningen, men den andra leder till enklare resultat och har nog mera stöd för sig i ordalagen och i stadgandets anda. Den, som mer än tio år underlåtit brott, antages hafva undergått förbättring, men om sådan kan endast vara tal, därest den är varaktig; den omständigheten, att en brottsling en gång låter tio år förflyta utan att begå brott, är icke tillräckligt stöd för förmodan, att han ändrat sig, om han senare, utan att tio år förgå, låter brott komma sig till last. Sådant är säkerligen stadgandets syfte. (Det torde kanske förtjena anmärkas, att i tyska strafflagen, såsom vid Diebstahl, Hehlerei

till lif ett straffs skärpande kraft, äro af samma eller likartadt slag med de förbrytelser, hvilka bringas i iterationsförhållande

och Betrug, belägges först tredje resan med iterationsstraff; stadgandet om återfallspreskription tolkas så, att tiden, tio år, räknas endast emellan det sista brottet och det närmast föregående straffet. Ordalagen äro dock tydligare än vår lags. Det heter nemligen, § 245, att iterationsstraff är uteslutet, «wenn seit der Verbüssung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind.» Se härom: Ortlöff, Zur sog. Rückfallsverjährung (Gerichtsaal, Bd. 25, sid. 59 ff.). Med exempel skola vi visa, till hvilka resultat man med den ena eller andra tolkningen kommer. Efter att hafva år 1880 utstått straff för stöld, föröfvar en person år 1891 åter stöld och, sedan härför ådömdt straff jemväl blifvit verkstäldt, år 1893 å nyo stöld. Tolkar man lagrummet extensivt, anses preskription föreligga emellan 1891 års stöld och 1880 års straff; dessa kunna således icke komma i relation till hvarandra. 1893 års stöld kommer däremot genom inflytande af 1891 års brott i förhållande till 1880 års straff samt påverkas på detta sätt i iterationsafseende samtidigt af två brott och straff, hvilka icke sins emellan ha med hvarandra att göra. Straffet för 1893 års stöld blir naturligtvis andra resans. Tolkar man lagrummet på det troligen riktigare sättet så, att detsamma afser endast tiden emellan det sista brottet och det närmaste straffet, gestaltar sig saken på följande vis: Då tio år icke förflutit emellan 1893 års stöld och straffet för 1891 års tillgrepp, är bestämmelsen om återfallspreskription ej alls tillämplig. Straffet för 1893 års stöld skall bestämmas så, som om denna bestämmelse icke existerade. Under denna förutsättning har man att tänka på, att det brott, som är att bedöma, är föregånget af två bestraffade stölder, af hvilka den senare föröfvats, efter det straffet för den förra blifvit till fullo verkstäldt; men man får vidare icke glömma, att straffet för 1891 års stöld varit blott första resans, ty då densamma var föremål för pröfning, hade domstolen att taga hänsyn till 4: 11 och kunde förty icke använda iterationsstraff. Fastän sålunda vid bedömandet af 1893 års stöld domstolen har att bortse från ifrågavarande lagrum, blir detta i nu förevarande exempel icke utan inflytande på afgörandet genom den verkan, det redan åstadkommit. Straffet för 1893 års stöld blir äfven nu endast andra resans. Grunden till att här utgången blir densamma enligt båda tolkningsätten är, såsom lätteligen inses, icke fullt densamma. Med den extensiva tolkningen fattas två förutsättningar för att behandla 1893 års stöld såsom tredje resan, nemligen dels kontinuitet emellan stölderna N:r 1 och 2 och dels andra resans straff för N:r 2; med den restriktiva tolkningen är det endast sistnämnda förutsättning, som brister. Denna olikhet kan äfven få praktiska följder. I stället för serien stöld, stöld, stöld taga vi serien stöld, rån, stöld. Straffet för stölden N:r 1 är till fullo verkstäldt 1870, rånet N:r 2 begås 1890 och dess straff är aftjenadt 1894, hvarefter stölden N:r 3 för-

till hvarandra. Lagstiftaren har härvid utgått från antagandet om en inre kontinuitet emellan brotten; dessa äro samtliga i sista hand att föra tillbaka till samma rättsstridiga vilja. Konsekvent genomförd, leder denna synpunkt till systemet *récidive générale*.

8. Om återfallets verkningar.

En af de på en gång mest afhandlade och omtvistade frågorna inom återfallsläran är den, om återfall skall vara försvärande omständighet eller straffskärpningsgrund, eller, med andra ord, om det endast skall betinga högre straff inom den för brottet uppställda ordinära straffskalan eller gifva anledning till särskild, svårare straffbestämmelse. Denna fråga sammanfaller icke med den, om ett återfall är mera straffbart än ett första brott, men å andra sidan måste erkännas, att de båda spörsmålen äro på det närmaste med hvarandra förbundna, och att det senare

öfvas. Innan vi från de synpunkter, hvilka nu äro af intresse, granska detta exempel, torde det böra anmärkas, att under vanliga förhållanden stöld efter stöld och rån anses såsom tredje resan. Är serien nemligen: stöld, stöld, stöld, blir sista stölden ostridigt tredje resan, och härutinnan sker ej förändring därför, att serien är: stöld, rån, stöld, ty äfven om rån efter en enda stöld icke belägges med iterationsstraff (se 21: 3), är detta brott likväl uti ifrågavarande afseende lika mycket värdt som andra resan stöld, hvilket framgår af en jämförelse emellan straffskalorna. För att återgå till vårt exempel leder den extensiva tolkningen af lagrummet, efter vårt förmenande, därhän, att N:r 3 belägges med straff för andra, ej tredje resan. Förutsättningarna för tredje resans ansvar äro väl, hvad angår de föregående brottens och straffens beskaffenhet, för handen, men däremot saknas den nödiga kontinuiteten emellan N:r 1 och 2. Vid restriktiv tolkning förefinnes sagda kontinuitet, och därmed äro villkoren för ådömande af tredje resans ansvar samtliga tillstädes; till detta straff måste också fällas. — För att ytterligare belysa lagrummets innebörd välja vi ännu ett exempel. År 1850 frigifves en person efter straff för stöld; först år 1890 låter han därefter något komma sig till last och då

hufvudsakligen intresserar från förstberörda synpunkt; göres återfall nemligen blott till försvårande omständighet, kommer det i samma ställning som otaligt många andra vid straffmätningen beaktansvärda moment och blir i likhet med dem, enligt den i de moderna strafflagarne herskande principen — att icke nämna straffmätningsgrunderna — med tystnad förbigånget.

Det har ej saknats försök att bevisa, det sakens natur anvisar återfallet plats vare sig, enligt någras åsigt, såsom straffskärpningsgrund eller, enligt andras, såsom försvårande omständighet. Samtliga dessa försök måste anses misslyckade och kunna ej vara annat, då de förbise en mycket väsentlig omständighet. Eftersom de äro egnade att kasta klarare ljus öfver sjelfva kärnpunkten i återfallsläran, nemligen frågan om återfallets straffbarhet i jämförelse med brott af den, som ännu icke varit med straff belagd, ega de dock sitt stora intresse, hvadan vi härefter skola till granskning upptaga desamma.

Närmast till hands för den, som vill söka visa, att, då ett återfall är mera straffvärdt än en första förbrytelse, det ock måste subsumeras under en strängare straffbestämmelse, ligger följande resonnemang. Om man tänker sig ett första brott, förenadt med

ett bedrägeribrott. För en år 1891 begången stöld, blir straffet andra resans; detta, därest lagen förstås på det sätt, hvartill dess affattning gifver anledning, äfven under den förutsättning, att bedrägeribrottet varit af lindrigast tänkbara art. — Det spørsmålet har yppat sig, om brott, som föröfvats i utlandet eller hvarför bestraffning därstädes undergåtts inom de tio år, hvilka närmast föregått ett återfall, kan väcka till lif en äldre, här i riket undergången bestraffnings itererande verkan. Faller det utomlands begångna brottet under svensk straffrätt, kan i lagen ej hemtas stöd för den meningen, att brottet icke har samma betydelse, som om det föröfvats i Sverige; på utländsk bestraffning bör, enligt gällande principer, ej fästas afseende, men om det brott, hvarför bestraffning följt, ligger till tiden inom de tio åren och lyder under svensk straffrätt, kan naturligtvis den omständigheten, att den brottslige lidit straff, icke i iterationsafseende bereda honom en gynnsammare ställning, än om han ej varit straffad. Ett Kongl. Maj:ts utslag fränkänner emellertid brott utom riket betydelsen att verka till skärpning af straff för återfall i nu ifrågakvarande hänseende. Se: Nytt jur. Arkiv 1890 sid. 578.

alla möjliga försvärande omständigheter, kan man ej annat än medgifva, att detsamma förtjenar att beläggas med maximum af straff i den ordinära skalan. Föreligger alldeles samma förbrytelse i återfall, är ett plus af straffbarhet för handen, hvilket måste kunna vinna afseende därigenom, att ett öfverskridande af den vanliga skalan är möjliggjordt. — Detta sätt att bevisa skärpningsrättens nödvändighet har Berner pröfvat på ¹. Han vederlägger själf den nära liggande invändningen, att lagstiftaren vid fastställandet af den ordinära skalans maximum kan taga hänsyn till återfall. Häraf skulle, säger han, följa, att ett brott, som icke vore begånget i återfall, aldrig finge beläggas med maximum utan högst med någon därunder liggande straffsats, t. ex. tre fjerdedelar af maximum. Men på detta sätt blefve resultatet detsamma, som om lagstiftaren hade föreskrifvit två skolor, ty området för straffhöjningen på grund af återfall komme att omfatta den del af skalan, som låge emellan tre fjerdedelar och maximum. Med skäl kunde man dock klaga öfver oklarhet hos lagen, som icke skilt området för skärpningsrätten från det vanliga straffet.

Berners argumentation är ej svår att kullkasta och har jemväl af flere författare blifvit vederlagd ². Alldeles detsamma, som Berner gjort gällande beträffande återfall, kan nemligen sägas om hvarje, äfven den obetydligaste för straffbarheten af vikt varande omständighet. Ett brott kan, förbundet med alla försvärande omständigheter utom en enda, betinga användning

¹ I fjerde upplagan af sin lärobok, sid. 245, hvarom se: Münchhausen l. c. sid. 17; jfr ock Berner, Kritik, sid. 36 f. Samma tanke förekommer hos Krug, l. c. sid. 99, som säger, att man kan bestrida nödvändigheten af straffskärpning vid återfall, endast så vidt man utgår därifrån, att det i lagen för ett brott bestämda straffet absolut motsvarar dess beskaffenhet. Detta antagande är, enligt Krug, oberättigadt, då hvarje positiv straffbestämmelse har något godtyckligt. — Äfven Gautier, De la récidive, sid. 31, uttalar sig i samma riktning.

² Hellweg l. c. sid. 66; John l. c. sid. 306.

af straffmaximum; tillkommer äfven denna, synes straffskalan vara otillräcklig. Utför man konsekvent den tanke, som härvid ligger till grund, blir slutet, att lagen måste bestämma en viss straffkvantitet för hvarje ej blott försvårande utan äfven förmildrande omständighet, ty detsamma, som gäller om otillräckligheten af maximum, talar med lika mycket berättigande för otillräckligheten af minimum. En dylik kasuistik skulle dock vara orimlig. Men äfven om för återfall bestämmes ett särskildt maximum, uteslutes icke härigenom möjligheten, att detta maximum icke medgifver att taga tillbörlig hänsyn till all den brottslighet, en i återfall begången, konkret handling inrymmer. Ty hvad straff lagen än stadgar, kunna förhållanden tänkas, som låta detta straff synas vare sig för lindrigt eller för hårdt. Abnorma undantagsfall får likväl lagstiftaren vid straffskalornas fastställande icke hafva för ögonen ¹.

Föga mera bevändt är det med Hellwegs bevisföring ² till förmån för återfallets inrangerande bland försvårande omständigheter. Han finner den inre grunden till återfallets större straffbarhet med logisk nödvändighet anvisa det plats bland straffmättningsgrunderna. Skall i återfall ligga ett moment, som fordrar straffskärpning, alltså ett högre, ett annat än det eljest för brottet satta straff, måste detta bero därpå, att brottet genom återfall blir ett annat. Att nu brottet i objektivt hänseende förblir detsamma, är uppenbart; men äfven i subjektivt afseende blir det ej ett annat »sondern höchstens ein wegen der vollen Schuld in vollem Masse vorhandenes. Der Wille, der im Rückfall in grösserer Festigkeit und Energie auftritt und sich verwirklicht, wird dadurch kein anderer Wille und kann daher kein anderes Verbrechen erzeugen; er kann seiner Intensivität wegen die Fülle der Schuld bei diesem Verbrechen dokumentieren, da-

¹ John l. c. sid. 307.

² l. c. sid. 63 ff. Liknande åsigter hos Breidenbach l. c. sid. 426 f.

her die Fülle, das Maximum der Strafe herausfordern, aber nie eine andere höhere Strafe, nie eine Strafe über das Maximum hinaus».

Hellwegs anförande, ej mindre än Berners, lider af en petitio principii. Äfven Hellweg utgår från hvad han vill bevisa, nemligen att återfall är att ställa i linie med försvärande omständigheter och därför liksom dessa icke bör särskildt framhållas. Ty ej kan man finna något egentligt bevis ligga i yttrandet, att den brottsliga vilja, som manifesterar sig i återfallet, icke är en annan vilja och alltså ej heller förmår göra brottet till ett annat. Såsom Hellweg sjelf framhåller, uppträder viljan i återfallet med större fasthet och energi; äfven om brottet i objektvt afseende icke förändrar natur, utgör denna högre grad af intensitet tillräcklig anledning till strängare straff, ty obestriddigen har straffet att rätta sig icke blott efter brottets yttre, objektiva sida utan i väsentlig mån jemväl efter brottets subjektiva moment. Är det så, att viljan kan vid återfall på grund af sin intensitet dokumentera »die Fülle der Schuld», så följer väl häraf, att brottet påkallar »die Fülle, das Maximum der Strafe», men ingalunda att detta maximum skall vara detsamma som maximum, då »die Fülle der Schuld» ej föreligger. Hela Hellwegs deduktion stöder sig på sistberörda antagande, hvilket dock skulle bevisas.

Grunden till, att Berners och Hellwegs ofvanstående argumentationer äro och med nödvändighet måste vara misslyckade, är att söka däri, att de förbisett förhållandet emellan straffmättnings- och straffskärpningsgrunderna. Det består ej någon kvalitativ skillnad emellan dem, utan lagstiftarens vilja är helt och hållet bestämmande för, om den ena eller andra omständigheten, som vid frågan om straffets storlek är att taga i betraktande, skall spela roll inom en enda för alla möjliga nyanser afpassad straffskala eller medföra tillämpning af en särskild, vare sig från den vanliga fullständigt skild eller delvis därmed sammanfallande skala. Vid afgörandet af, om det ena eller andra bör vara förhållandet, låter lagstiftaren, som naturligt är, förnämligast leda

sig af sin uppfattning om den ifrågakomna omständighetens inflytande på straffets kvantitet eller kvalitet. Finnes densamma böra betinga ett straff, som i mera betydlig mån till kvantiteten eller ock till kvaliteten skiljer sig från det straff, hvarmed brottet utan samma omständighet är att belägga, tala kraftiga skäl för att därmed förbinda en särskild straffbestämmelse. Skalan erhåller i annat fall en utsträckning, som gör faran för missgrepp vid dess användning synnerligen stor. Enligt den gängse straffmätningsteorien¹ har man vid straffets fastställande för en konkret förbrytelse att utgå från ett straffmedium eller det straffmåt, som motsvarar den brottslighet, brott af ifrågavarande art innehåller, då det kännetecknas endast af de bestämmingar, hvilka konstituera arten. Från denna utgångspunkt har man att förlägga straffet närmare maximum eller minimum, allt eftersom försvårande eller förmildrande omständigheter äro öfvervägande. Är nu straffskalan afsedd jemväl för någon omständighet, hvilken ensam betingar en mera betydlig vare sig straffhöjning eller straffminskning, så och då lagen icke innehåller något uttalande härom, ligger faran för ett underskattande af sagda omständighets värde mycket nära; domstolen förledes sålunda till felaktig uppfattning om, hvar straffmedium är beläget, hvilket har till följd, att brottet i allmänhet blir strängare eller lindrigare bestraffadt, än som öfverensstämmer med lagstiftarens afsigter.

Tillämpa vi det ofvan sagda på frågan, om återfall skall vara försvårande omständighet eller straffskärpningsgrund, synes, att afgörandet häraf är helt och hållet beroende på den vikt, som med hänsyn till straffbarheten bör tilläggas återfall. Här-om äro visserligen meningarna delade. Oafsedt de invändningar mot återfallets särskilda behandling, hvilka ytterst gå ut på att fränkänna det hvarje inverkan till straffets höjande, och om hvilka vi förut haft tillfälle orda, har man påstått, att den straffökning,

¹ Se: Annerstedt l. c. sid. 56 ff.

hvertill återfall rätteligen bör gifva anledning, ej är mera afsevärd, än att den utan någon olägenhet kan vinna tillbörligt beaktande därigenom, att återfall likställes med försvärande omständigheter. I detta afseende har man i synnerhet framhållit, att den farlighet, som återfallet ådagalägger, icke är specifikt skild från den, som bevisas «durch schlechten Leumund»¹. — Skillnaden är dock beaktansvärd nog. Dåligt rykte har, såsom Berner med rätta påpekar, sin grund i omoraliska handlingar, hvilka ofta till och med icke kunna bevisas, medan det vid återfall rör sig om föregående, genom dom konstaterade och bestraffade brottsliga gerningar. Därifrån, att en lastbarandel endast spelar rollen af straffmättningsgrund, får man alltså icke draga någon slutsats med hänsyn till återfall.

Mot dettas upphöjande till straffskärpningsgrund har äfven anmärkts, att det, jemfördt med blotta uppreandet af brott, icke visar prof på någon väsentligen högre grad af brottslighet². Denna åsigt beror emellertid uppenbarligen på misskännande af straffets vikt. Den, som efter undergången bestraffning för ett brott, på nytt gör sig till brott skyldig, ådagalägger därigenom i regeln, att det förra straffet icke varit nog kraftigt för att bringa hans vilja bestämningsgrunder af tillräcklig styrka att motväga brottsliga motiv. Det handlar således vid återfall om

¹ Se: Geib l. c. § 75; Hellweg l. c. sid. 65; Münchhausen l. c. sid. 23. Jfr ock Berner, Kritik, sid. 38. Med «Leumunde» syftas på allt hvad, som under rannsaking kommer i dagen om den tilltalades vita ante acta genom intyg eller genom afhörande af vittnen. Se därom: Annerstedt l. c. sid. 49.

² Brauer, Über die Unhaltbarkeit und Entbehrlichkeit der gewöhnlichen Rückfallslehre nach ihrer Ausbildung in neueren Strafgesetzen (Gerichtsaal, Bd XI, sid. 374 ff.); Schütze, Lehrbuch § 52, anser »die Rückfallschärfung in den letzten Zügen liegend, da sie angesichts der neuen Grundsätze über reale Verbrechensconcurrentz unhaltbar erscheint«. Den riktning, lagstiftningen tagit, synes emellertid icke gifva Schütze rätt. Klarare såg Berner (Kritik, sid. 41), då han yttrade, att utvecklingens finger pekade åt återfallsskärpnings utsträckning till alla brott.

rättsstridiga dispositioner, hvilka ha djupa rötter i individens karakter.

En omständighet, som icke får förbises, då det gäller att fastställa ett brotts abstrakta straffbarhet, är den, hur ofta brottet föröfvas. Frånsedt den betydelse, detta genom sin egen beskaffenhet eger för rättsordningen, måste samhällets omdöme om detsamma i ej ringa mån influeras af berörda förhållande. Det brott, hvars begående hör till ordningen för dagen, innebär under för öfrigt lika omständigheter större fara för samhället än det, som endast sällan förekommer. Med hänsyn till strafflagens afskräckande verkan och dess förmåga att stämpla såsom förkastlig den handling, som är i lagen med ansvar belagd, har samhället fullgiltiga skäl att stadga strängare straff för det ofta begångna brottet. Äfven straffets specialpreventiva syfte kan sägas påkalla högre ansvar, ty den, som låter komma sig till last en förbrytelse, hvilken genom sin ständiga förekomst är för samhället i högre grad farlig, ådrager sig därigenom större rättslig skuld. — Samma betraktelser, som afse förhållandet emellan de förbrytelsers straffbarhet, hvilka äro vanliga, och deras, hvilka mer sällan förekomma, hafva värde äfven vid jemförelse emellan olika kategorier af förbrytare. Är det så, att en viss förbrytaregrupp, såsom recidivisternas, är från år tager i anspråk en allf större procent af hela antalet brott, talar redan detta för att med särskild stränghet betrakta denna grupp. Då härtill kommer, att det i betraktande af den högre subjektiva straffbarhet, hvarom recidiven bära vittne, finnes skäl till straffhöjning, som icke kunna lemnas utan afseende, synas fullgiltiga grunder för återfallets utmärkande i straffrättsligt hänseende föreligga.

Man har sagt¹, att frågan, om återfall är att tillerkänna betydelsen af straffskärpningsgrund vid hvarje brott, icke kan teoretiskt besvaras, utan att allt härvid är beroende af, i hvil-

¹ Sacker l. c. sid. 109 f.

ken utsträckning staten anser det intresse, emot hvilket ett brott är riktadt, kräfva skydd. Sant är, att den yttersta, oöferskridbara gränsen för straffet betecknas af det värde, staten tillägger nämnda intresse. Om ock därför en person gång på gång, oakadt honom öfvergången bestraffning, öfverträder det område, hvarinom rätten tillåter honom fritt vara verksam, bör häraf icke föräldas straff, som står i oskäligt förhållande till de föröfvade rättskränkningarnas objektiva natur. Tänker man sig den af återfall betingade straffskärpningen icke kunna bestå i annat än höjning af skalans maximum, är först och främst klart, att återfall icke behöfver utmärkas vid sådana brott, hvilkas vanliga straff kan stiga till lifvets förlust eller lifslångt frihetsstraff. Vidare föreligger ej skäl till återfallets framhållande vid de förbrytelser, vid hvilka straffet finnes icke under några omständigheter böra öfverstiga ett visst lågt quantum. — Men antagandet, att skärpningen nödvändigt måste åstadkommas genom öfverskridande af maximum, är fullkomligt godtyckligt. Skärpningen kan lika väl bestå i höjning af minimum med bibehållande af maximum; ja, ej ens minimum behöfver höjas, utan den större straffbarheten kan vinna afseende genom förändring af straffets kvalitet på det sätt, att detsamma vid verkställandet göres intensivare. Äfven vid de mindre grofva brotten bör staten icke uppgifva sträfvandet att göra straffet sådant, att det har utsigt att uppnå sitt syftemål eller att betaga förbrytaren lusten till begående af ytterligare brott. Den högre grad af straffvärdhet, hvarom återfall bär vittne, bör därför beaktas, jemväl vid förbrytelser, vid hvilka ett uppflyttande af straffets maximalgräns anses icke skola ega rum. Sker detta därigenom, att minimum höjes eller straffets intensitet stegras, syndas ej på minsta vis mot den princip, enligt hvilken straffet har att stå i vederbörligt förhållande till de af rätten skyddade intressenas sociala värde.

I brottets angreppsobjekts större eller mindre betydelse för samhällsordningen se vi alltså icke ett moment, som nödvändiggör återfallets särskilda beaktande endast vid vissa brott. — Utan tvifvel är dock behovet af återfallsstraff ej detsamma vid alla straffbara handlingar. I detta afseende gör man ofta skillnad emellan sådana förbrytelser, hvilka lätt blifva till vana, och dem, med hvilka så ej är förhållandet, samt anser återfall endast vid de förra påkalla straffskärpning¹. Företrädesvis har man härvid för ögonen egendomsbrotten, vid hvilka, därför att de äro egnade att tillfredsställa begär, som äro mera allmänt förekommande, återfall i synnerhet uppträda. Säkerligen äro fullgiltiga skäl för handen till att i iterationsafseende utmärka egendomsbrotten och några andra brottskategorier, som uppvisa en hög återfallsprocent. Vi ha redan förut härom yttrat oss. Men åtminstone från teoretisk synpunkt synes det icke kunna försvaras att med tystnad förbigå återfall vid alla öfriga förbrytelser. Det gifves, såsom man påpekat², knappast något slag af brott, som icke under därför gynnsamma förhållanden lätt kan öfvergå till vana. Och det torde icke vara riktigt, att lagen blott på grund däraf, att recidiv vid en brottsart ej äro så vanliga som vid en annan, underlåter bringa till uttryck, att den som återfallit i brott, hörande till förstberörda art, bör beläggas med ett mot hans större farlighet svarande strängare straff. Samhällets intresse kräfver fullt skydd mot brottet, på hvilket område af rättsordningen detta än uppenbarar sig.

Vår framställning af återfallets betydelse enligt åtskilliga gällande lagar angifver tillika den omfattning, i hvilken återfall vunnit afseende såsom straffskärpningsgrund. Det är emellertid icke de lagars mening, hvilka stadga iterationsstraff endast vid

¹ Thilo l. c. sid. 195; John l. c. sid. 311; Münchhausen l. c. sid. 20; v. Stemmann l. c. sid. 401 ff.

² Brauer l. c. sid. 374 ff.

vissa brott, att vid öfriga från beaktande utesluta den omständigheten, att den brottslige förut varit straffad. Fast hellre kan berörda omständighets framhållande i några fall sägas innehålla en häntydan på nödvändigheten att i andra taga hänsyn till densamma såsom straffmättningsgrund; enligt en allmänt erkänd grundsats har domstolen nemligen att vid straffets mätande inom medgifna gränser låta leda sig af samma synpunkter, som vid den abstrakta straffbarhetens fastställande varit för lagstiftaren bestämmande. Att för öfrigt återfall vid straffmätningen måste tagas i betraktande är tydligt redan däraf, att begreppet är sammansatt af element, hvilka hvar för sig förtjena att beaktas såsom försvärande omständigheter, nemligen det förut begångna brottet och det på grund af detta tillämpade straffet¹.

De åsikter, vi uttalat angående grunderna till återfallets större straffbarhet, innefatta ett förkastande af den generella satsen, att föröfvandet af brott efter förutgången straff alltid lägger i dagen en i högre grad brottslig vilja. I hvarje konkret fall måste pröfning anställas, huruvida verkligen förutsättningarna för strängare straff föreligga. En dylik pröfning kan gifva till resultat, att det inflytande, återfallsmomentet utöfvar på straffbarheten, träder tillbaka för omständigheter, hvilka tala till förmån för den brottslige. Häraf synes med nödvändighet följa, att straffskärpningen icke får vara obligatorisk utan måste vara fakultativ; lagen får icke vara så affattad, att domstolen tvingas använda högre straff, utan så, att det blott lemnas möjlighet att tillgripa sådant straff.

Frågan, om straffskärpningen vid återfall skall vara obligatorisk eller fakultativ, hör sedan gammalt till de omtvistade inom återfallsmaterien. Vanligen erkännes väl, att det till undvikande af orättvisor är nödvändigt att göra skärpningen fakultativ; detta äfven af kriminalister, hvilka omöjligen kunna beskyllas

¹ Se därom: Merkel, i Holtzendorff's Handbuch VI, sid. 221 ff.

för att icke hafva öppet öga för återfallets betydelse¹. Då man likväl på många håll synes mera böjd för den obligatoriska skärpnigen, har detta sin grund i misstroende till domstolarnes goda vilja att, utan hänsyn till brottets objektiva taget obetydliga beskaffenhet, blott på grund af den stegrade subjektiva straffbarheten skrida till användning af hårdare straff. Onekligen erbjuder ock brottets objektiva sida en vida mer handgripelig utgångspunkt för straffbestämningen än dess ofta svåråtkomliga subjektiva faktorer, hvadan den obenägenhet, man velat tillvita domstolarne, att vid dessa fästa tillbörligt afseende, är ganska förklarlig. Därtill kommer en annan, förut påpekad omständighet. Fattar man straffet såsom vedergällning och därvid knyter föreställningen om en vedergällning för den moraliska skuld, som i den brottsliga handlingen kommer till uttryck, förefinnes för visso synnerligen ofta just vid återfallen föga anledning till stränghet, ty bland recidivisterna utgöres flertalet af individer, som blifvit hvad de äro under inflytande af förhållanden, i hvilka de utan egen skuld försatts. Uppfattningen af straffet såsom vedergällning för moralisk skuld låter emellertid icke förena sig med samhällets anspråk på rättssäkerhet och bör därför träda tillbaka för riktigare synpunkter för straffbarhetens bedömande.

Tydligt är, att man icke från ett första återfall kan med samma säkerhet som från ett andra eller följande sluta till, att brottet är ett troget uttryck af den brottsliges sinnelag. Faran för misstag blir mindre, ju fler rättskränkningar ligga förbrytaren till last. Det kan därför sättas i fråga, huruvida icke först det upprepade återfallet bör vara straffskärpningsgrund. Härå anse vi böra svaras nekande, förutsatt att skärpnigen icke är obligatorisk. Om skalans maximum höjes, men dess minimum bibehålles, har domstolen tillfälle att taga hänsyn till ej mindre

¹ van Hamel, Mitteilungen I, sid. 92 ff.

alla omständigheter, som verka, att brottslighet i högre grad ej synes föreligga, än äfven den med återfallsmomentet sammanhängande stegringen i straffbarheten. För det upprepade återfallets bestraffande enligt en skala, hvars både minimum och maximum höjts, stå däremot mindre betänkligheter i vägen. En dylik straffbestämmelse, hvilken innebär obligatorisk skärpning och således en afvikelse från den ideellt sedt utan undantag riktiga grundsatsen, att skärpningen bör vara fakultativ, kan försvaras därmed, att det upprepade återfallet efter all sannolikhet har sin källa i en utprägladt antisocial sinnesriktning; sensibiliteten för straff är dessutom här i så väsentlig mån minskad, att redan detta nödvändiggör en ej obetydlig straffhöjning. Dessa skäl synas vara öfvertygande, särdeles i betraktande däraf, att lagstiftaren utan tvifvel säkrare når sitt syfte genom en måttlig höjning af minima än genom en ansenlig utvidgning af maxima.

En särskild fråga är, om det upprepade återfallet skall betinga uppställandet af sjelfständiga straffskalor, strängare i samma mån, som antalet förut utståndna straff är större. Frågans besvarande beror hufvudsakligen därpå, om straffbarheten stiger i afsevärd grad med hvarje följande förbrytelse. Att så är förhållandet, kan icke betviflas. Vare sig man vill begrunda satsen psykologiskt eller stöder den på erfarenhetens vittnesbörd, framstår dess sanning såsom lika obestridlig. En brottslig handling är icke blott ett uttryck af karakteren utan återverkar i sin ordning på denna därigenom, att de föreställningar, hvilka varit för viljan bestämmande, tendera att återkomma och att då med större styrka göra sig gällande. De upprepade återfallen beteckna sålunda de rättsstridiga bevekelsegrundernas allt starkare öfvervigt öfver de allmänna moraliska grundsatser, hvilka borde vara för viljan normgivande. — Erfarenheten bekräftar jemväl till fullo det upprepade återfallets särskilda farlighet genom att ådagalägga, att sannolikheten för att en förbrytare åter skall

göra sig skyldig till brott, växer i den mån, han förut låtit större antal straffbara handlingar komma sig till last. Straffet bör på grund häraf ökas i samma progression som antalet återfall. Straffstegring in infinitum är dock hvarken möjlig eller öfverensstämmande med den högsta principen för straffets storlek, enligt hvilken det skall stå i proportion till den kränkta rättighetens betydelse för rättsordningen. Till enkelhet vid lagtillämpningen bidraga gifvetvis icke de stigande återfallsskalorna, och redan af detta skäl torde det icke kunna vara tal om deras användning utom området för *récidive spéciale*. Man finner också, att de lagar och lagförslag, som ansluta sig till systemet *récidive générale*, icke fästa särskildt afseende å det upprepade återfallet.

Då en lag uppställer olika straffskalor för olika resor återfall, är förutsättningen för tillämpning af hvarje högre skala, att den brottslige förut varit belagd med straff enligt de lägre skalorna, och att dessa straff bestämts i öfverensstämmelse med iterationsreglerna. Detta framgår af grunden till den strängare bestraffningen.

Hvad angår sättet för straffskärpningen, kan denna bestå i förhöjning af det vanliga straffets kvantitet med bibehållande af dess kvalitet eller i öfvergång till annan straffart. Ett hos många författare förekommande uttalande går ut på, att det senare icke skulle vara tillåtet på grund däraf, att återfallsmomentet icke förändrar brottets natur¹. Men detta påstående synes icke böra tillerkännas något värde, ty äfven om brottet objektivt taget ej blir ett annat, utgör den större subjektiva straffbarheten tillräckligt skäl för användning af annan straffart. Ej ovanligt är ju, att straffskalan för ett brott sträcker sig öfver

¹ Hohach, Beiträge, sid. 306; Berner, Grundsätze sid. 139; Haus l. c. sid. 517; Chaveau et Hélie, anf. arb. I, sid. 330; Michel l. c. sid. 52. Å andra sidan vill v. Stemann, l. c. sid. 407, att skärpningen skall bero därpå, om behovet af annan straffart gör sig gällande.

flere straffarter, och i de lagstiftningar, t. ex. den franska, i hvilka systemet med förmildrande omständigheter spelar rol vid straffbestämningen, låter man dessa föranleda annan straffart utan att häri, fastän någon förändring af brottets natur ej är i fråga, se något otillåtligt. Vid återfall, framför allt vid det upprepade, tala starka skäl för att försöka annan behandling än den förut utan påföljd begagnade. Många kriminalister finna en af de förnämsta orsakerna till den resultatlösa kampen emot recidivismen däri, att återfall öfver hufvud är en omständighet, som endast medför en större kvantitet af det vanliga straffet i stället för att betinga speciella, för recidivisterna afpassade straff. »La récidive», säger Garraud ¹, »n'est pas plus une circonstance aggravante d'un fait délictueux qu'elle n'est un délit spécial; c'est la situation d'un individu qui par la fréquence des infractions qu'il a commises, s'est mis en état de rébellion contre la société et qui doit être considéré comme son ennemi déclaré et dangereux. La loi doit donc sévir directement contre la récidive; elle doit la frapper de peines spéciales, combinées de manière à corriger, chez le récidiviste, l'habitude délictueuse, si ce résultat peut être espéré, et à le mettre dans l'impossibilité de nuire, si tout espoir de réforme est perdu».

Beträffande återfallsstraffets mätande inom iterationsskalan gälla samma regler som för straffmätningen i allmänhet. Ett återfall företer ej mindre än ett första brott olika grader af straffbarhet; det är, för att använda ett uttryck af Berner ², ej blott återfall utan en straffbar handling, som är att bedöma efter alla dess straffbarhetsmoment och ej blott efter dem, hvilka sammanhånga med den omständigheten, att den brottslige förut varit straffad. Straffet behöfver sålunda ej nödvändigt blifva högre än det, förbrytaren förut undergått. Såsom synpunkter, hvilka

¹ anf. arb. II sid. 306.

² Kritik sid. 37.

hafva afseende å berörda omständighet, framhåller man vanligen det föregående straffets storlek, det i återfall begångna brottets frändskap med tidigare brott äfvensom den tid, som förflutit emellan straffet för det förra brottet och det nya brottets begående¹. Jemte dessa synpunkter kommer naturligtvis i betraktande, äfven enligt de lagar, hvilka icke innehålla särskilda bestämmelser om det upprepade återfallet, antalet förut utståndna straff.

Enligt några författaress² åsigt har man att vid återfallets beläggande med ansvar gå till väga på det sätt, att man först uppsöker det straff, brottet i sig förskyllt, och därefter ökar detta »hufvudstraff» med en tillsats, hvilken alltså utgör det egentliga återfallsstraffet. Till grund för denna, äfven i praktiskt afseende ej alldeles ofarliga uppfattning ligger ett fullständigt misskännande ej endast af återfallets inre väsende utan framför allt af de riktiga principerna för straffmätningen. Nämda uppfattning innebär, att man icke skall bedöma den i återfallet uttryckta subjektiva brottsligheten i dess totalitet utan har att skilja emellan den skuld, som den brottslige genom sjelfva handlingen ådrager sig, och den förhöjning af skuld, som är en följd däraf, att han förut varit straffad. Detta plus af skuld blir i sjelfva verket något för den brottslige främmande, som därför ock motsvaras af ett särskildt straffquantum. Då det icke sammanhänger med brottet såsom ett yttre faktum, måste det vara annanstädes ifrån hemtdadt och i så fall gifvetvis från det förut bestraffade brottet. Ifrågavarande teori gör sig, som man finner, innerst skyldig till kränkning af grundsatsen *non bis in idem*.

Äfven då man tager hänsyn till straffmätningens natur, kommer man till det resultat, att teorien om ett straffaccessorium måste förkastas. Straffmätningen är, säges det ofta, icke en ju-

¹ De tyska partikularstrafflagarne (innehöllo uttryckliga bestämmelser här om; så Sachsen Art. 84, Nassau Art. 94, m. fl.

² Hohbach, Beiträge, sid. 306; Bauer, Abhandlungen II, sid. 143 ff.

ridisk räkneoperation; domstolen får icke förfara så, att den, utgående från ett straffmedium, tänker sig en viss straffkvantitet motsvara hvarje straffmättningsgrund, lägger tillsammans å ena sidan alla kvantiteter, som anknyta sig till omständigheter, hvilka lända den tilltalade till förmån, och å andra sidan alla de kvantiteter, som äro honom till nackdel, därefter subtraherar den mindre summan från den större och slutligen låter resten antingen öka eller minska straffmedium. Alla omständigheter måste väl tagas i öfvervägande, men helhetsintrycket, hvilket ingalunda behöfver sammanfalla med produkten af berörda aritmetiska tillvägagångssätt, gifver likväl utslaget. Förhåller det sig så, inses lätt, att man med tillämpning af ifrågavarande teori nästan ej kan undgå att bedöma återfallet vida strängare, än om man förfar på vanligt sätt. Det s. k. hufvudstraffet, straffet för brottet i sig, kommer nemligen i regeln att svara mot brottsligheten, sådan den med hänsyn till samtliga subjektiva och objektiva straffbestämningsgrunder ter sig, i hvilken händelse hvarje ökning är orättfärdig. Men äfven om man verkligen vid hufvudstraffets fastställande bortser från det moment i förbrytarens *vita ante acta*, som består i det tidigare brottet och straffet därför, samt särskildt beaktar detta moment, inträffar lätt, att ansvaret för återfallet blir högre än vederbör. Ty måhända erhåller nämnda moment icke samma betydelse, då det skådas i sammanhang med öfriga data ur den brottsliges lif, som då det isoleradt göres till föremål för betraktelse. Från hvilken synpunkt man än ser saken, visar sig således, att den af oss bekämpade teorien icke består proffet. Vi komma därför tillbaka till vårt förra uttalande, att vid användning af iterationsskala gälla de vanliga straffmättningsreglerna, enligt hvilka man har att på grundvalen af alla af vikt varande omständigheter, däribland jemväl det förut utständna straffet, bilda sig ett totalomdöme om den för handen varande brottsligheten och därefter bestämma ansvaret. Endast med denna formulering undgår man

förebåelsen, att i återfallsstraffet reageras mot ett element, läsnad från ett tidigare, redan med ansvar belagdt brott.

Gå vi härefter till lagarnes stadganden angående återfallets verkningar, finna vi en sådan mångfald af mer eller mindre från hvarandra skilda bestämmelser, att en i detalj gående granskning skulle, utan att vara af särdeles intresse, medföra tröttande vidlyftighet. Vi skola därför inskränka oss till angifvande af några hufvuddrag.

De strängaste reglerna för återfallets bestraffande innehållas i den franska code pénal. Skärpningen, som är obligatorisk, lemnar i fråga om eftertrycklighet ej något öfrigt att önska. Vid *récidive de peines criminelles* à *peines criminelles* består den i allmänhet i öfvergång till närmast högre straffart, dock att frihetsstraff på viss tid ej öfvergår till frihetsstraff på lifstid; här gäller i stället, att straffet icke får understiga skalans maximum och kan höjas till det dubbla. På detta sätt kan återfall komma att beläggas med *travaux forcés* på ända till fyrtio år. Under *en* förutsättning föranleder återfall till och med dödsstraff; den som, efter att hafva varit dömd till *travaux forcés* à *perpétuité*, å nyo begår brott, som medför samma straff, skall dömas till döden. — I öfriga fall af *récidive* vid crimes och délits består skärpningen i förlängning af det vanliga straffet. I stället för den ordinära skalan användes en sådan, hvars minimum är lika med den ordinära skalans maximum och hvars maximum utgör densammas dubbla maximum. Egendomliga, härifrån afvikande regler förekomma i fråga om *la petite récidive*, i det att iterationsstraffet delvis är satt i beroende af det straff, den återfallne förut undergått. Iterationsskalan har nemligen till minimum dubbla beloppet af det tidigare straffet, hvarjemte dess maximum utgöres af dubbla maximum i brottets ordinära skala.

Code pénal belge har i två väsentliga afseenden brutit med den franska lagstiftningens principer angående återfallets bestraf-

fande. Dels är skärpningen helt och hållet fakultativ och dels består densamma icke i öfvergång till annan straffart utan blott i förlängning af det vanliga straffet¹. — Härutinnan öfverensstämmer holländska lagen, som, fastän den i princip ansluter sig till de lagar, hvilka endast vid vissa angifna brott stadga iterationsstraff, likväl innehåller för de egentliga brotten gemensamma, till ett ställe sammanförda återfallsbestämmelser.

Ofvannämnda tre lagar likna hvarandra däri, att de icke särskildt taga hänsyn till det upprepade återfallet. Detsamma är förhållandet med det ryska utkastet, enligt hvilket skärpningen består i förhöjning af strafftidens maximum.

Italienska strafflagen, i hvilken, såsom förut är nämnt, återfall är skärpningsgrund vid alla brott, har med afseende å återfall i brott af samma art antagit två olika system: är straffet för det nya brottet »reclusion» (den svåraste arten af frihetsstraff på viss tid), består skärpningen däri, att fängsen har att, utöfver hvad vanligt är, utstå viss tid af straffet i cell; är straffet af annat slag, förlänges det med minst en sjettedel, högst en tredjedel. För skärpningen är den begränsning förskrifven, att den icke får öfverstiga det svåraste af de förut utståndna straffen. Vid återfall i ett med frihetsstraff belagdt brott af den, hvilken redan flere gånger varit dömd till mer än tre månaders frihetsstraff, är skärpningen strängare, än förut är sagdt.

I österrikiska strafflagen, där återfall i allmänhet omnämnes bland försvårande omständigheter, kan det i likhet med öfriga sådana föranleda skärpning af straffets intensitet.

Svenska, norska, danska, finska, tyska och ungerska lagarne, äfvensom norska och österrikiska utkastet, hvilka alla i mindre utsträckning låta återfall medföra straffskärpning, innehålla itera-

¹ Det undantag, som Art. 54 mom. 1 synes bilda, i det att »reclusion» öfvergår till »travaux forcés», är enligt Haus (l. c. sid. 527 not. 29) endast skenbart, då i verkligheten skillnaden emellan de båda straffarterna endast består i tidslängden.

tionsstraffbestämmelserna vid de särskilda brotten och kunna hvarken vid jemförelse med hvarandra eller i fråga om de olika förbrytelserna i samma lag sägas följa något visst system¹. Än består skärpningen i öfvergång till annan straffart, än i förlängning af det vanliga straffet, därvid stundom blott maximum höjes så, att skärpningen är fakultativ, stundom minimum uppflyttas, stundom både maximum och minimum höjas. Alla innehålla de stadganden om upprepadt återfall, hvilket på två olika sätt vunnit beaktande. Dels inträder nemligen skärpningen först vid det upprepade återfallet², och dels betingar detta särskilda, i förhållande till de föregående straffens antal stigande skalor³.

I ett hänseende öfverensstämma emellertid samtliga lagarne; de se i återfall öfver hufvud taget endast en omständighet, som påkallar tillämpning af strängare straff för det i återfall begångna brottet, och icke uttryck för ett exceptionellt och därför alldeles särskilda åtgärder kräfvande förhållande emellan samhället och den individ, som gång på gång brutit emot dess lagar. Häri har man velat finna de herskande återfallssystemens största brist; lagarne taga ej hänsyn till den för närvarande med så mycken styrka framhållna individualiseringsprincipen, i

¹ Detsamma gäller, nästan i ännu högre grad, om de många schweiziska strafflagarne.

² Så t. ex. i svenska lagen (20: 6) vid snatteri; i finska lagen (28: 4) likaledes vid snatteri, som andra gången bestraffas såsom stöld; i norska lagen (24: 5) vid några embetsbrott; i tyska lagen (§§ 244, 261 och 264), ungerska lagen (§§ 338, 357, 371 och 381.3) äfvensom österrikiska utkastet (§§ 261, 281 och 287) vid Diebstahl, Hehlerei och Betrug. Dessutom märkes, att stundom först upprepade brott af lindrigare slag verka skärpande på efterföljande brott af svårare; så t. ex. inträder enligt svensk lag iterationsstraff vid rån först efter två straff för stöld (21: 3). Sammaledes enligt norsk (20: 7) och dansk lag (§ 243) vid Röveri. Se ock finsk lag (31: 6).

³ Så enligt svenska (20: 7), norska (19: 7), danska (§§ 230—232, 238) och finska (28: 5, 6) lagarne vid tjufnadsbrott; i norsk lag dessutom i några mindre viktiga fall.

det att de behandla recidivisterna på samma sätt som andra förbrytare och bland de förre icke göra skillnad emellan olika klasser.

Man skiljer, som bekant, numera allmänt emellan tillfälliga förbrytare och vaneförbrytare. Denna indelning lider af obeständighet och är dessutom långt ifrån fullständig ¹. Stundom synes man till den förra gruppen hänföra alla de brottslingar, hvilka icke förut varit straffade, medan den senare omfattar recidivisterna ². Uppfattad på detta sätt, saknar indelningen allt värde, ty recidiv i vidsträckt mening innefattar fall, hvilka icke förtjena att framhållas såsom inrymmande ett större mått af straffbarhet. Skola begreppen vaneförbrytare och recidivist knytas samman och bilda en relevant enhet, bör detta ej ske så, att det senare begreppet alldeles slukar upp det förra, utan så, att vanemässighetens kriterier blifva bestämmande för, när återfall, tänkt såsom ett strängare straff kräfvande förhållande, skall anses föreligga. Denna synpunkt för uppfattningen af återfallet förklaras ock någon gång uttryckligen vara den riktiga ³. Att märka är, det man, då man härvid talar om vane-förbrytare, icke lägger vikt på, att de begångna förbrytelserna äro af samma eller likartadt slag, eller på antalet förbrytelser. Om vana i egentlig betydelse är alltså ej fråga. Detta framgår af det sätt, hvarpå begreppet vaneförbrytare plägar bestämmas. Så t. ex. betecknar von Lilienthal ⁴ såsom vaneförbrytare dem, för hvilka det icke spelar någon rol, om det medel, hvaraf de betjena sig till aflägsnande af en för handen varande olust-känsla, är brottsligt eller ej. Enligt denna definition blir be-

¹ Se därom: Olrik anf. arb.

² v. Liszt, Z III, sid. 35 ff.; Sichart, Die Bestrafung des Rückfalls nach deutschem Rechte, Z X, sid. 415.

³ v. Lilienthal, Beiträge zur Lehre von den Collectivdelikten, sid. 98.

⁴ Mitteilungen II, sid. 71.

greppet vaneförbrytelse snarast liktydigt med hvad vi kallat karaktärsförbrytelse.

Ifrågavarande klassifikation får, på sätt det ofvan sagda utvisar, sin egentliga betydelse genom att tillämpas på recidivisterna, i det att man i allmänhet icke är böjd för att använda den större stränghet, hvaraf vaneförbrytarna anses vara förtjente, därest icke föregående bestraffning ådagalagt otillräckligheten af den vanliga repressionen. Återfallet drager sålunda gränsen emellan å ena sidan de tillfälliga förbrytarna och å andra sidan vaneförbrytarna. Endast med de senare ha vi att göra inom återfallsmaterien, och då det här är fråga om individualiseringsprincipens genomförande.

Tydligt är, att ej alla i återfall föröfvade brott i subjektivt afseende förete samma bild. Först och främst gör man den viktiga skillnaden emellan sådana brottslingar, hvilka väl visa tendenser till stadigvarande opposition emot rättsordningen, men om hvilkas räddning ännu finnes hopp, och dem, hvilka med hänsyn till sina brotts antal och beskaffenhet måste betraktas såsom oförbätterliga.

På rent psykologisk grund har man vidare velat bygga upp ett helt system för de till den förra gruppen hörande recidivisternas bestraffande. van Hamel¹ har uttalat den åsigten, att den nuvarande behandlingen af dem är alldeles förkastlig utom i fråga om ett relativt litet antal, nemligen de, hvilka drifvas till brott af häftiga passioner, såsom vrede, hat, sinnliga lustar m. m. Desse, hvilkas rättsstridiga böjelse består i en stark »brottslig energi», och hvilka vanligen göra sig skyldige till våldsamma handlingar, riktade mot annans kroppsliga integritet, statsmakten, sedligheten o. s. v., äro icke i behof af särskilda åtgärder, gående ut på att så småningom uppfostra dem till samhällsdugliga medborgare; straffet bör fastmer, på sätt nu sker, genom förlängning till tiden eller användning af

¹ Mitteilungen I, sid. 92 ff.

strängare straffart göras afskräckande och därigenom egnadt att bibringa motiv af tillräcklig styrka att motstå de brottsliga begären. — Gent emot förenämde individer sätter van Hamel den stora klass, som bildas af dem, hvilka sakna tillräcklig energi att genom ärlig kamp med lifvets vedervärdigheter förskaffa sig medel till uppehälle eller njutning samt därför söka att på rättsstridigt sätt från andra tillägna sig hvad de behöfva. Icke ett öfvermått af energi utan tvärtom viljesvaghet, »social neurasteni», är det, som gör dem till förbrytare. Här har straffet en helt annan uppgift. Utan att upphöra att vara ett ondt måste det åsyfta att stärka brottslingens karakter, vänja honom vid ett regelbundet och arbetsamt lif samt sålunda sätta honom i stånd till att med framgång upptaga kampen för tillvaron. Blott straffskärpning är i detta fall fullständigt förfelad; den motverkar fastmer sitt ändamål genom att både fysiskt och psykiskt försvaga den brottslige. Så länge han icke är i besittning af de inre och yttre förutsättningarna för att genom regelbundet arbete försörja sig, tvingas han med nödvändighet in på rättsstridiga vägar och kommer ofelbart att efter en kort tids frihet åter hamna i fängelset. Dessa förutsättningar kunna endast åvägabringas genom inverkan under längre tid, och då den erforderliga tidsperioden icke är möjlig att på förhand med vissnet beräkna, bör, enligt van Hamels mening, den i domen bestämda strafftiden, därest behovet så påkallar, kunna förlängas.

van Hamels uttalanden innehålla utan tvifvel många beaktansvärda synpunkter, men den af honom föreslagna indelningen är, såsom man sagt¹, allt för filosofisk och därmed ock fullkomligt opraktisk. Den skulle nödvändiggöra en själsanalys af så ingående natur, att åtminstone en domstol vore därtill helt och hållet oförmögen. Dessutom synes indelningen ej ens i psykologiskt afseende vara riktig. Den utgår därifrån, att vaneför-

¹ Leveillé, Mitteilungen I, sid. 196.

brytelsen har sin grund antingen däri, att mäktiga passioner ofta tillvälla sig herraväldet öfver viljan, eller i viljesvaghet, brist på förmåga att motstå sig yppande frestelser. Men ett lidelsefullt temperament låter väl förena sig med bristande energi, och denna förening torde långt ifrån vara sällsynt. Med afseende å alla sådana förbrytare är van Hamels särskiljande af straffets afskräckande och förbättrande funktioner ej berättigad, ty i båda riktningarna erfordras påverkningar.

I skarp motsats till den kategori, inom hvilken man velat göra gällande ofvannämnda på psykologisk basis grundade indelning, sättas de oförbätterlige, i fråga om hvilka straffet hufvudsakligen tillerkännes uppgiften att oskadliggöra och således i princip måste vara lifslångt eller af obestämd varaktighet. Oförbätterlighetsspörmålet har på senare tiden varit föremål för grundliga undersökningar¹. I vårt land har det nästan uteslutande behandlats från annan synpunkt än den, hvarom här är fråga. Då oförbätterligheten kommit på tal, har detta skett med hänsyn därtill, att vissa brott kunna vara af den grofva beskaffenhet, att de måste anses uppenbara en vilja, så rättsstridig, att förhoppning om dess rättande ej finnes; sålunda i sammanhang med frågan om vissa förbrytelsers beläggande med dödsstraff eller förlust af friheten för alltid. Denna sida af saken är det ej, som för närvarande framhålls, utan då man begagnar ordet oförbätterlig, tänker man sig detsamma snarast såsom synonymt med ordet oförbättrad, d. v. s. man har för ögonen en person, som icke blifvit för-

¹ Mitteilungen I, sid. 92—108, 194—199; II, sid. 64—75, 83, 84, 96—103, 116, 117; III, sid. 287—305; förhandlingarna å int. krim. föreningens tyska grups 1:sta möte, sid. 66 ff.; Actes du congrès pénitentiaire international de St. Pétersbourg 1890, III, sid. 416 ff.; Wahlberg, Rapport présenté au congrès pén. int. de Stockholm 1878, Comptes rendus des séances I, 1879, Annexes, sid. 169 ff.; Mittelstädt, Gegen die Freiheitsstrafe, Leipzig 1879, sid. 70 ff.; v. Schwarze, Die Freiheitsstrafe, Leipzig 1880, sid. 19 ff.; Getz, Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Motiver. Kristiania 1893, sid. 14 ff.; Gautier, Deux projets, sid. 91 ff.; m. fl.

bättrad genom de straffande åtgärder, hvarför han varit utsatt. Redan häraf framgår, att meningen med att stämpla en förbrytare såsom oförbätterlig icke är bryta stafven öfver hans inre menniska och förklara honom absolut oförmögen till moralisk förbättring; det handlar endast om en juridisk oförbätterlighet, om det omdömet, att en person, hvilken redan flere gånger varit utan resultat utsatt för statens straffande verksamhet, efter all sannolikhet icke genom de staten till buds stående straffmedlen kan omdanas till en laglydig samhällsmedlem. En dylik slutsats ligger nära till hands, ty har en handling upprepade gånger företagits, utan att den handlande lyckats ernå det därmed åsyftade ändamålet, inträder slutligen ett moment, då han måste säga sig, att handlingen icke är lämplig för ändamålet, hvilket därför är att på annan väg eftersträffa. Detta gäller ej mindre straffandet än hvarje annan mensklig verksamhet.

Det torde kanske icke böra lemnas alldeles oanmärkt, att man sökt fastställa betingelserna för att oförbätterlighet med dess hårda konsekvenser må anses föreligga, på ett sätt, som väsentligen afviker från det ofvan antydda. I öfverensstämmelse med sin uppfattning af brottet såsom ett af fysiska och psykiska abnormiteter kännetecknadt degenerationstillstånd hafva, som bekant, Lombroso och hans anhängare velat efter yttre kroppsliga kännetecken afgöra, när en förbrytare är att anse såsom oförbätterlig. I antropologiskt afseende må hithörande undersökningar ega värde, men det säger sig själf, att de, så vidt de gå ut på att till grund för straffets bestämmande lägga något annat än brottet och hvad därmed står i sammanhang, för juristen ej kunna erbjuda annat intresse än såsom ett curiosum. »On n'envoie pas un homme en prison parce qu'il a le menton mal fait ou les oreilles irrégulières»¹. — Den enda riktiga vägen till att vinna en säker grundval för oförbätterlighetens konstate-

¹ Leveillé, Mitteilungen II, sid, 212.

rande, är otvifvelaktigt den, på hvilken man slagit in. Bortsedt från de grofva förbrytelserna, vid hvilka redan ett enda fall kan påkalla ett straff, som afser den brottsliges oskadliggörande för alltid, kommer till en början i betraktande antalet begångna förbrytelser. Men ej detta ensamt rättfärdigar ifrågavarande slutsats, enär, så framt den brottslige icke varit straffad, det ej med säkerhet kan påstås, att icke ett straff skulle åstadkommit hans omvändelse; först upprepade bestraffningar nedbringa faran för misstag till ett sådant minimum, att det icke vidare förmår vara afgörande för omdömet. Ej hvilka brott eller straff som helst förtjena emellertid att vinna afseende; ej heller är likgiltigt, i hvilket förhållande de olika brotten stå till förbrytarens sinnelag, och hvilken tidrymd förflutit emellan hvarje bestraffning och påföljande brotts begående. I samtliga dessa hänseenden uppställas samma eller med hänsyn till till de föregående straffens kvalitet och kvantitet ännu strängare fordringar, än då fråga är om förutsättningarna för straffskärpningen vid återfall. Oförbätterlighetsspörsmålet är sålunda knutet till frågan om det upprepade återfallet och tillhör härigenom vårt ämne.

Vid de många angående oförbätterligheten och dess kriterier anställda undersökningarna fullföljes annat syfte än ett blott teoretiskt; det gäller en fråga af djup praktisk innebörd. Redan de kriminalisters ståndpunkt, hvilka företrädesvis varit verksamma uti ifrågavarande riktning, borgar härför. Liksom återfallsinstitutet öfver hufvud har de statistiska resultaten att tacka för sin framskjutna ställning inom den moderna straffrättsvetenskapen, så äfven oförbätterlighetsspörsmålet. De upprepade återfallens ständigt stigande antal har dragit uppmärksamheten till sig, och man har däri sett beviset för, att det system, straffrättskipningen för närvarande tillämpar, är förfeladt. Skulden härtill sökes i sista hand däri, att straffet uppfattas såsom vedergällning och i enlighet härmed för mycket tager hänsyn till brottets objektiva sida och för litet till dess subjektiva faktorer, till den af förbry-

tarens hela psykiska individualitet beroende farligheten. Olikheten emellan de båda betraktelsesätten framträder ingestädes så skarpt, som just då det gäller de oförbätterlige vaneförbrytarnes bestraffande. Ser man i straffet en reaktion emot den brottsliga handlingen, får det ej öfverskrida den gräns, som betingas af handlingens betydelse i sig för rättsordningen; uppfattar man det däremot som reaktion emot den brottsliges allmänna viljebeskaffenhet, ledes man till att äfven vid jemförelsevis mindre betydande förbrytelser skrida till användning af ett maximum af straff, så framt förbrytarens principiella opposition emot rättstillståndet är ådagalagd genom mängden af hans rättsstridiga gerningar.

Sistnämnda synpunkt vill man göra gällande gentemot de oförbätterlige vaneförbrytarne, därvid betonande, att det ej är fråga endast om de grofva brotten utan äfven, ja, framför allt om det stora flertal straffbara handlingar, hvilka bilda *la moyenne criminalité*. Straffen för de förra äro nemligen redan nu så stränga, att återfall måste mera sällan förekomma. Redan benämningen oförbätterlige förbrytare häntyder på, hvilken uppgift tillägges straffet. Det bör gå ut på oskadliggörande genom brottslingens inspärrande på lifstid eller, såsom man mera allmänt synes vara ense om, på obestämd tid med möjlighet af villkorlig frigifning, därest fångens uppförande berättigar till antagandet, att han förändrats till det bättre. Då straffet ej skall vara anlagdt på att omdana fången, erfordras ej dess utstående helt eller delvis i cell eller andra i förbättringssyfte vidtagna anstalter; internering i gemensamhetsfängelser med tvång till så strängt arbete, som det utan grymhet är möjligt att utkräfva, är allt hvad som påkallas.

Det sagda torde vara tillräckligt för att gifva en klar uppfattning af hvad oförbätterlighetsspörsmålet innebär. Ingen kan vara blind för det berättigade i sträfvandena att ävägabringa ett mera effektivt skydd för samhället mot den fara, som ligger i recidivismen. Det nästan öfverallt tillämpade systemet

med kortvariga frihetsstraff äfven gentemot personer, hvilka redan flere gånger, utan att däraf taga intryck, undergått dylikt straff, måste i den utsträckning, hvori det tillämpas, betecknas såsom synnerligen otillfredsställande. »Solche Leute in Zellengefängnissen um teures Geld bessern zu wollen, ist einfach widersinnig; sie nach Ablauf von einigen Jahren gleich einem Raubtier auf das Publikum losslassen, bis sie, nachdem sie wieder drei bis vier neue Verbrechen begangen haben, in ein oder zwei Jahren neuerdings eingezogen und wiederum »gebessert« werden: das ist mehr und ist etwas andres alls widersinnig»¹. Otvifvelaktigt fordrar det allmänna intresset, att straffrättskipningen mer, än som sker, fäster afseende ej blott vid den i en bestämd handling framträdande skulden utan vid förbrytarens hela karaktärsbeskaffenhet. En koncession i denna riktning innefattas i den vedertagna straffskärpnigen för återfall, och drager man konsekvenserna af den härvid till grund liggande uppfattningen, föres man till de synpunkter för behandlingen af vissa förbrytare, hvilka framhållas i oförbätterlighetsspörsmålet. Ty har staten gång på gång skärpt straffet för återfall, kommer den slutligen till en punkt, där vidare skärpning i ändamål att hos förbrytaren bringa till stånd en psykologisk motvigt mot de brottsliga tendenserna faktiskt icke är möjlig eller efter all sannolikhet skulle vara utan gagn. Därmed är man inne på oskadliggörelsestraffet med alla dess svåra följder för den däraf träffade.

Det kan emellertid sättas i fråga, om man ej går för långt, då man vill utsträcka tillämpningen af de angående de oförbätterlige antagna principerna äfven till sådana individer, hvilka visserligen upprepade gånger öfverträda samhällets lagar men göra det på sådana områden af rättsordningen, att de ej äro att anse såsom särskildt farliga. Man frågar sig ovillkorligen, om

¹ v. Liszt, Z III, sid. 38.

det verkligen är af nöden att emot dem gå så hårdt till väga; om ej samhället skulle lida mer genom att åtaga sig den stora skaran mindre brottslingars lifstidsförsörjning inom fängelsets murar än genom att efter sträng näpst åter lösgifva dem; om slutligen icke den ytterliga strängheten i bestraffandet af förbrytelser, hvilkas betydelse är relativt ringa, betecknar en allt för långt gående eftergift åt den åskådning, enligt hvilken samhället är allt, individen intet. För vår del äro vi böjde för att anse dessa frågor böra besvaras så, att endast de brott, hvilka genom det kränkta eller i fara satta intressets större vikt med hänsyn till samhällets lugna bestånd och utveckling spela en mera betydande rol, böra föranleda användning af oförbätterlighetssynpunkten.

De positiva lagarne äro ingalunda alldeles främmande för den uppfattning, som tagit sig uttryck i oförbätterlighetsspörsmålet. Svenska strafflagen i dess ursprungliga lydelse stadgade ända till straffarbete på lifstid för fjerde resan stöld. Sedan kongl. förordningen den 19 Juli 1872 vidtagit den ändring, att nämnda straff finge ådömas, endast så framt stölden vore förbunden med någon af de i 20 kap:s 4 § omförmälda kvalifikationerna, nedsatte lagen den 20 Juni 1890 maximum för fjerde resan grot stöld till straffarbete på tio år, enär, såsom det, bland annat, heter i Nya lagberedningens motivering, »lifstids frihetsstraff, enligt den uppfattning, som numera torde vara den allmänna, icke lämpar sig för förbrytelser, som riktats ensamt emot egendom». Äfven med det sålunda nedsatta maximum har emellertid det upprepade återfallet i utsträckt grad vunnit beaktande. Enligt finska (28: 5) och danska (§ 232) lagarne kan straffet för fjerde resan stöld under synnerligen försvärande omständigheter blifva lifslångt. Några lagar (norsk strl. 19: 7, tysk strl. § 244) låta, liksom vår lag, straffet för återfall vid stöld under vissa förhållanden kunna uppgå till maximum af frihetsstraff på viss tid.

I Frankrike, där man mer än annanstädes nedlagt arbete på försök att komma till rätta med återfallsproblemet, har man

sedan gammalt känt behof af exceptionella åtgärder emot vissa kategorier bland recidivisterna. Särskildt har idéen att använda deportation såsom straff redan tidigt framträdt¹. Den gällande franska lagstiftningen har genom lagen den 27 Maj 1885 «sur les récidivistes» upptagit denna tanke². Nämnda lag utgår från den förutsättningen, att vissa upprepade gånger med straff belagda förbrytare äro oförbätterliga; på denna presumption är lagen bygd. I enlighet härmed består det straff, hvarmed lagen hotar de oförbätterlige recidivisterna, af deportation på lifstid, eller, som det heter, «relégation». Detta straff har alltid en accessorisk karakter; det ådömes i sammanhang med vanligt frihetsstraff, och först sedan det senare blifvit verkställt, inträder tillämpning af relegationsstraffet.

Hvad angår villkoren för ådömande af «relégation» lägger lagen vikt på fyra särskilda omständigheter, nemligen brottens och straffens beskaffenhet, antalet straff och den tidrymd, inom hvilken brotten blifvit begångna. Ej alla brott medföra «relégation». Uteslutna äro helt och hållet politiska förbrytelser. Af öfriga brott komma i betraktande crimes och vissa délits. Till grund för valet bland de senare har legat den synpunkten, att för samhället farligast äro de brott, som vanligast förekomma och bedrivas såsom yrke. Häraf kan man sluta till, hvilka handlingar afses; det är de till egendoms- och sedlighetsförbrytelseernas klasser hörande brotten: tjufnad, bedrägeri, försnillning, offentlig kränkning af sedligheten och koppleri. Vidare har, hvilket torde i allmänhet förefalla främmande, medtagits lösdrifveri och tiggeri, då dessa förseelser äro förenade med vissa försvärande omständigheter. Härvid har den betraktelsen varit afgörande, att lösdrifvare och tiggare utgöra en verklig landsplåga,

¹ Code pénal af 1791 belade återfall vid crimes med deportation på lifstid. Jfr därom Reinach, *Les récidivistes*, Paris 1882, sid. 1 ff.

² Jfr. Garraud, *anf. arb.* II, sid. 335 ff.; André l. c. sid. 249 ff.

ej minst med hänsyn därtill, att de verkliga förbrytarne rekryteras ur deras led.

De straff, hvilka kunna föra med sig «relégation», äro straffarbete (travaux forcés och réclusion) samt fängelse (emprisonnement).

Ett visst antal straffdomar förutsättes: två, tre, fyra eller sju, allt efter fallets beskaffenhet. I det erforderliga antalet medräknas den dom, som pålägger relegationsstraffet.

Dessa domar måste vara meddelade under loppet af tio år, däri icke inberäknas den tid, hvarunder den brottslige utstått straff. Tioårsperioden kommer på detta sätt att förlängas med så lång tid, som förbrytaren till följd af undergången bestraffning varit urståndsatt att begå brott. Genom att fästa afseende vid den tidrymd, inom hvilken domarne äro fälda, har lagen, såsom man finner, infört ett slags återfallspreskription. Äfven här ligger till grund tanken på oförbätterlighet; den, som nemligen låter lång tid förflöta utan att göra sig skyldig till brott, kan ej med skäl anses vara hopplös, och emot honom är därför en sådan åtgärd som «relégation» ej berättigad.

Med tillämpning af ofvan utvecklade principer låter lagen följande klasser af förbrytare drabbas af deportation på listid:

- 1) De, som tvenne gånger äro dömda till straffarbete.
- 2) De, som en gång äro dömda till straffarbete och två gånger till vare sig fängelse för crimes eller till mer än tre månaders fängelse för någon af förenämnda délits.
- 3) De, som fyra gånger äro dömda för någon sådan förbrytelse, som under N:r 2 är nämnd, till mer än tre månaders fängelse.
- 4) De, som sju gånger ådragit sig straffdomar, hvaraf minst två sådana, som förut omtalats, och de öfriga vare sig för lösdrifveri eller «infraction à l'interdiction de résidence»¹, dock att

¹ Består däri, att en frigifven bryter mot de för honom gällande ordningsföreskrifter.

af dessa senare domar minst två måste lyda på mer än tre månaders fängelse.

Deportationsstraffet är ej användbart på personer, som icke fyllt 21 år eller hunnit öfver 60 års ålder. För öfrigt kunna alla utan hänsyn till nationalitet och kön drabbas däraf.

Recidivistlagens verkningar ha varit mindre omfattande, än man i Frankrike vid dess antagande trodde skola blifva fallet. Under de fem första åren, lagen var i kraft, dömdes föga mer än en procent af det årliga antalet recidivister till «relégation». Antalet relegerade till och med minskades under denna tid. Detta förhållande tillskrifves dels domstolarnes obenägenhet att tillämpa ifrågavarande straff, då det synes vara svårare, än det sista brottet förtjenar, och dels de med straffets användning för-
enade stora kostnaderna ¹.

Detta oaktadt har det franska utkastet blifvit troget de principer, hvarpå recidivistlagen är bygd (Art. 25—31). Relegationsstraffet är bibehållet; det träffar en hvar, som efter att hafva varit, genom en eller flere domar, fäld till minst fem års fängelse begår brott, hvilket medför fängelse, ej understigande ett år.

Slutligen må de hithörande stadganden, hvilka förefinnas i norska och schweiziska utkastet, icke böra lemnas oanmärkta. De öfverensstämma i att förkasta antagandet af oförbätterlighet och utgå i stället därifrån, att vissa förbrytare äro att betrakta såsom särskildt farliga och på grund häraf böra, om ej för alltid, så för en bestämd längre tid göras oskadliga.

Norska utkastet innehåller (§ 60) följande föreskrift: «Har nogen gjort sig skyldig i to eller flere fuldbyrdede eller forsøgte Forbrydelser af de i §§ — — omhandlede Slags, kan Retten beslutte at stille Lagretten Spørgsmaal, om den Skyldige i Betragtning af Forbrydelsernes Beskaffenhed, den Drivfjeder, som for samme ligger til Grund, eller det Sindelag, som gjennem

¹ André l. c. sid. 50 ff.

dem aabenbarer sig, maa ansees særlig farlig for Samfundet eller for enkeltes Liv, Helbred eller Velfærd.

Bejaes det stillede Spørgsmaal, kan Dommen indskrænke sig til at fastsætte Lavmaalet af den Straf, som den Skyldige i Overensstemmelse med de derom i Straffefuldbyrdelsesloven givne nærmere Regler har at udstaa; og gjælder i dette Tilfælde den i Loven satte Strafferamme alene som Grændser for dette Lavmaal.

I utkastets motiv utvecklas närmare detta stadgandes innebörd. — Hvad först beträffar de förbrytelser, hvilka kunna medföra den brottsliges förklarande för särskildt farlig, så har ett betydligt antal brott medtagits; ej blott verkligt grofva missgärningar, såsom mordbrand, förgiftning, myntförfalskning, våldtäkt, koppleri, mord, dråp, rån, tjufnad m. fl. utan ock vissa sedlighetsförbrytelser, som i svensk lag ej ens äro med straff belagda, t. ex. förförelse till otukt, då den förledde icke uppnått aderton års ålder. — Då det gjorts till villkor för användning af ifrågavarande §, att den skyldige är med hänsyn till förbrytelseernas beskaffenhet, de driffjedrar, som för dem ligga till grund, eller det sinnelag, som däri gifver sig till känna, att anse såsom särskildt farlig, åsyftas därmed, att det skall föreligga en fara, som är större än den, brotten genom själfva sin natur inrymma. Meningen är således ej, att stadgandet skall tillämpas i hvarje fall, då en person begått två eller flere brott af angifna slag. En tillfyllestgörande garanti mot missbruk ligger däri, att underrätten, då den finner omständigheterna det påkalla, skall bringa saken under högre rätts pröfning, att alltså tillämpning af lagbudet icke kan ifrågakomma, om ej två domstolar äro i saken eniga.

Det intresse, den föreslagna bestämmelsen är egnad att väcka, knyter sig förnämligast till påföljden däraf, att förbrytaren förklaras vara särskildt farlig. Här har tanken att uppskjuta strafftidens definitiva fastställande, till dess man genom en längre

tids iakttagelse af den brottslige vunnit grundlig kännedom om hans karakterbeskaffenhet, kommit till uttryck i modifierad form. Denne ädömes, såsom vanligt, enligt den fastställda skalan ett straff. Detta har emellertid betydelse endast såsom ett minimum; det kan utsträckas ända till det fyrdubbla, beroende på den uppfattning af fången, som under strafftiden förvärfvas. Afgörandet härutinnan, hvilket skall träffas på grund af undersökningar, anställda med vissa mellantider, tänkes lagdt i händerna på ett collegium, bestående af fängelseföreståndare, domare samt representerer för åklagaremakten.

I ett afseende är ifrågavarande bestämmelse strängare, än hvad man i allmänhet fordrar, i ty att den icke gör det säregna förfarandet beroende däraf, att återfall föreligger. Såsom synes af innehållet i ofvan intagna §, kräfvades nemligen ej, att emellan de olika brotten kommit bestraffning. Strängt taget hör bestämmelsen således icke till återfallsmaterien, men då den hvilar på alldeles samma betraktelser, som göras gällande till förmån för det upprepade återfallets särskilda behandling, försvarar den här sin plats.

Det schweiziska utkastet knyter däremot oskadliggörelsestraffet till det upprepade återfallet. Den förbrytare, som efter att ha två gånger undergått straffarbete återfaller i brott, kan efter omständigheterna för en tid af minst tio, högst tjugu år beröfvas friheten. Jemväl det schweiziska utkastet har träffat särskilda garantier mot missbruk af denna säkerhetsåtgärd. Utom domstolen skall nämligen en speciell kommission hafva uttalat sig för densamma.



