

FÖRELÄSNINGAR ÖVER VALDA DELAR AV OBLIGATIONSRÄTTEN

I.

PRINCIPINLEDNING

KRITIK AV STRAFFRÄTTENS GRUNDÅSKÅDNINGAR

AV

A. V. LUNDSTEDT

Professor i civilrätt vid Uppsala Universitet

UPPSALA 1920

APPELBERGS BOKTRYCKERI AKTIEBOLAG

Juridikbok.se

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>

Till

Min Vän

Karl Johan Daniel Schlyter

Inledande anmärkningar.

Med några ord måste jag först förklara, varför jag inleder en serie framställningar över obligationsrättsliga spørsmål med en studie i straffrätt.

Genom den inblick professoren i praktisk filosofi i Uppsala *Axel Hägerström* sedan åtskilliga år tillbaka låtit mig erhålla i sina rättsfilosofiska och rättsvetenskapliga forskningar har jag kommit till insikt om, att man inom den juridiska vetenskapen allmänt, särskilt på avgörande punkter arbetar med förutsättningar, vilkas vetenskapliga halt absolut icke kan erkännas, och att man här låter sig dirigeras av en rent skolastisk begreppsjurisprudens. Satserna byggas upp på rena fiktioner och godtyckliga konstruktioner, som sakna allt underlag i verkligheten. Inom obligationsrätten torde riktigheten i det sagda ingenstädes framstå klarare än på skadeståndslärens område. Vid behandlingen av sistnämnda ämne ur nu antydda kritiska synpunkter har det icke varit mig möjligt att lämna gängse åskådningar inom straffrätten obeaktade. I detta avseende behöver jag blott erinra om, att de huvudsakligen inom straffrätten utbildade begreppen förbudsnorm, rättsplikt, orätt och rättsstridighet, i all synnerhet det sista, spela en stor roll även inom skadeståndsläran. Vid mina av antydda skäl föranledda straffrättsliga studier har jag funnit, icke blott att straffrättsvetenskapen behärskades i lika hög grad som den obligationsrättsliga vetenskapen av denna skolastiska begreppsjurisprudens, utan jämväl att man — för att kunna komma till klarhet angående straffets verkliga sociala funk-

tion och därefter uppställa sina straffteorier — hade att begagna sig av alldeles samma metodik, som när det gällde t. ex. att framlägga en vetenskaplig skadeståndslära. Å andra sidan blev det mig också klart, att jag genom en kritik av straffrättsvetenskapens gängse grundåskådningar — på grund av straffrättens i jämförelse med obligationsrätten mera homogena och samlade karaktär — skulle kunna giva ett mera koncentrerat uttryck för nödvändigheten av en radikal omläggning av rättsvetenskapen och därmed också snabbare kunna nå det mig intresserande praktiska resultatet, att de juris studerande övertygades om det förkastliga i den rådande rättsdogmatiken och om riktigheten i de metoder, efter vilka jag anser att man inom den juridiska vetenskapen bör arbeta. Vidare behöver jag väl blott peka på en sådan sak, som att hela det gängse obligationsbegreppet står och faller med rättspliktsbegreppet, för att man skall kunna inse, att en forskare i obligationsrätt kunnat känna sig föranlåten till en studie av föreliggande art, alldeles oberoende av sin förhoppning att med densamma på nyss angivet sätt kunna gagna rättsvetenskapen i det hela.

Vad nu mina metoder angår, kan jag kort uttrycka det så, att jag söker bestämma en rättssats innehåll eller ett rättsinstitutts innebörd med hänsyn till de syften, vilka ur s a m h ä l l s n y t t a n s synpunkt måste tilläggas dem. Visserligen förhåller det sig så inom juridiken — det må vara fråga om rättsdoktrin, lagtolkning eller lagstiftning — att man måste låta leda sig av ett visst syfte med en rättssats, ehuru dettas riktighet i och för sig icke kan bevisas. Men detta hindrar ju icke utan bör tvärtom göra det till en rättsvetenskaplig uppgift av största betydelse att — där anledning förefinnes — påvisa, att de syften, varifrån man ansett sig böra utgå, äro av den art, att deras hävdande måste vila å ovetenskapliga för att icke säga vidskepliga förutsättningar. När jag nu uppställer denna allmänna princip om den för rättsvetenskapen dirigerande be-

tydelsen av det ur samhällsnyttans synpunkt framgående syftet med en rättssats eller ett rättsinstitut, så är det här i själva verket d e l s fråga om ett syfte, som kan visas genomgå rättsordningen i det hela — låt vara att det därvid undanskymmes av allehanda skolastiska begreppsformuleringar — d e l s gäller det ett syfte, som var och en, som antingen tillämpar lag eller stiftar lag, trots allt och trots särskilt den skolastiska dogmatiken inom vetenskapen, i sin rättsskipning eller lagstiftning m å s t e, om också icke fullt medvetet, låta leda sig av, och d e l s slutligen är det ett syfte, som enligt sin beskaffenhet m å s t e vara realiserbart i motsats till sådana syften, som äro bestämda av mer eller mindre vidskepliga föreställningar, vilka syften aldrig kunna realiseras, därför att det eftersträfvade över huvud taget icke faller inom verkligheten. Sådana syften ha ur verklighetssynpunkt samma karaktär som ett försök att infånga spöken.

Full klarhet angående ohållbarheten i grundåskådningarna inom straffrätten erhöll jag genom reflexioner över ententmakternas s. k. utlämningskrav. Enär just ett dylikt fall giver goda utgångspunkter för utvecklingen av vissa konsekvenser av den uppfattning, som enligt min mening bör anläggas på frågan om straffets sociala funktion, har jag format min utredning såsom ett svar på denna fråga: kan ententmakternas krav — att få Wilhelm II av Hohenzollern och vissa tyska militära och civila tjänstemän utlämnade för rannsaking och dom enligt straffbestämmelserna i fredstraktaten — i rent straffrättsligt avseende anses stå i överensstämmelse med rättsgrundsatser, som äro av genomgripande betydelse för modärna kultursamhällen?¹

¹ Som redan antytts står jag för det rättsfilosofiska underlaget till min nuvarande grundsyn på de juridiska frågorna helt och hållet i tacksamhetskuld till professor *Axel Hägerström*. Vad särskilt denna principinledning angår, där jag till stor del måst röra mig på ett filosofiskt område, har jag dessutom haft den oskattbara förmånen att erhålla hans hjälp vid tillämp-

ningen av mina av min nya grundsyn föranledda metoder. — Föreliggande arbete utgör en ren principundersökning. Jag har därför icke funnit anledning taga sådan hänsyn till den straffrättsliga litteraturen, som kanske eljest skulle ha ansetts erforderligt. Jag har så mycket mindre sett mig föranlåten härtill, som med mitt sätt att se på frågorna näppeligen någon som helst positiv anknytning till denna litteratur kan komma ifråga.

Uppfattningen av brottet såsom en rättsstridig handling, en förbudsnorms- eller pliktöverträdelse.

Den i inledningen uppställda frågan kunde kanske tänkas nekande besvarad redan genom en hänvisning till satsen *nulla poena sine lege poenali*, som vissa i den allmänna rättssäkerhetens krav grundade synpunkter givit upphov åt inom den nationella straffrätten. Det ligger visserligen nära till hands att antaga, att dylika synpunkter även måste göra denna sats giltig beträffande internationella situationer av förevarande art. Befogenheten av denna analogisering är dock icke obestridlig. Då, särskilt i det nu aktuella fallet, argumentationer, vilkas riktighet icke är höjd över varje tvivelsmål, hava föga värde, vill jag i det följande icke stödja min bevisning på satsen *nulla poena sine lege poenali* såsom nödvändig att använda ur nyss antydda synpunkter.

Med denna s. a. s. negativa utgångspunkt kan man lämpligen först taga i betraktande, att de personer, vilka begå sådana »brott» emot den internationella »rätten», vilka i detta fall påtalas, i allmänhet befinna sig i ett motivläge av helt annat slag än brottslingar i vanlig mening. Sålunda befann sig exempelvis en monark som kejsar Wilhelm vid företagandet av de gärningar, för vilka ansvar mot honom påyrkas, genom nedärvda traditioner i den honom fullt behärskande föreställningen, att han hade en gudomlig mission att utföra, vare sig med hänsyn till upprätthållandet av sin ätts storhet eller hävdandet av det tyska rikets maktställning i världen. Sådana motiver med den kraften hos vanliga för brott anklagade borde givet vid bedömandet av deras handlingar föranleda konstate-

randet av bristande tillräknelighet. Vad åter angår de tjänstemän, som skola anklagas, bör man ovillkorligen taga hänsyn till arten av hela det system, i vars anda de äro fostrade, liksom också till de i vissa internationella situationer med överväldigande kraft verkande nationella lidelserna, varjämte man aldrig får glömma, att sådana personer känna sig själva i yttersta hand ansvariga å ena sidan inför sin stats högsta funktionärer, å andra sidan för välfärden av kommande generationer inom deras eget land. Däremot spelar andra folks eller enskildas väl för dem i deras egen moraliska åskådning endast en underordnad roll. Och härvid är det synnerligen viktigt att märka, att man icke rättvisligen kan kräva av dem annan syn på saken med hänsyn till de kompakta andliga krafter, som alltifrån födseln påverkat dem.

Det nu sagda innebär emellertid, att — om man finner straffet rättfärdigat därför, att brottet anses utgöra åsidosättande av en rättsplikt, sålunda överträdelse av ett förbud mot handlingen eller, såsom man gemenligen uttrycker det, vara en rättsstridig handling — en bestraffning i rättslig mening måste vara utesluten i detta fall (dock naturligtvis blott i den mån anklagelsen gäller handlingar, vid vilkas begående angivna motivläge varit för handen).¹ Denna uppfattning av brottets väsen är, såvitt jag kunnat finna, fullkomligt allmänt utbredd och kan i varje fall tryggt påstås vara antagen av den härskande riktningen inom straffrättsvetenskapen.² Då jag för min

¹ Beträffande exkcejsaren finge motivläget denna betydelse, givetvis blott om icke hans bristande tillräknelighet fastställdes.

² *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung; v. *Liszt*, Lehrbuch. Berlin 1903. t. ex. s. 118. *Hagströmer*, Svensk Straffrätt I, Uppsala 1901—1905, t. ex. s. 97 ff.; *Torp*, Den danske strafferets almindelige del, Köpenhamn 1905, t. ex. s. 211 ff.; *Thyrén*, Principerna för en strafflagsreform, II, Lund 1912, t. ex. s. 17; *Wetter*, Den villkorliga domen, Uppsala 1912, s. 1 ff.; *Sterzel*, Bidrag till läran om bedrägeribrottet, Uppsala 1919, s. 68 ff.; *Sjögren*, Om rättsstridighetens former, Uppsala 1894, s. 109 ff. Se f. ö. om den hithörande litteraturen, särskilt *Bjerre*, Om rättstridighetsrekvisitet vid förtalsförbrytelserna, Stockholm 1910, s. 5 ff.

del är absolut övertygad om, att uppfattningen ifråga är oriktig, kan jag icke redan på grund av de anklagades nyss antydda motiver anse, att deras rättsliga straffbarhet är utesluten. Innan jag går närmare in på denna straffbarhetsfråga, vill jag emellertid söka till full evidens vederlägga den nyss antydda gängse uppfattningen om brottets väsen ur rättslig synpunkt.

Granska vi denna nu först i den formuleringen, att brottet utgjorde en överträdelse av en den begångna handlingen gällande förbudsnorm, så finna vi det egendomliga förhållandet, att man ingalunda generar sig för att med bibehållande av sin uppfattning antaga en persons brottslighet, oberoende av om han kunnat ha vetskap om det mot handlingen riktade förbudet eller icke. Naturligtvis måste varje förnuftig människa s. a. s. ha på känn, att det ej låter sig göra att bedöma frågan om brottslighet eller icke med hänsyn till om den handlande kunnat ha vetskap om en handlingen förbjudande norm. Man tycker sålunda, att redan den allra ytligaste reflexion bort fästa uppmärksamheten på det konstlade i den ifrågavarande uppfattningen och fullständigt redan från början hindra dess vidare utbredning. Tag exempelvis ur vanliga livet det fall, att ett barn är förbjudet att handla på visst sätt, men att det omöjligen har riktigt kunnat uppfatta förbudet. Ingen vettig människa vill göra gällande, att barnet bör bli föremål för aga på grund av överträdelsen av detsamma. För att förekomma alla invändningar framhåller jag särskilt att åtskilliga brott (exempelvis bedrägeribrottet) äro av den art, att det fordras alldeles särskilda juridiska kunskaper, för att det skulle kunna vara möjligt att fatta innebörden i en mot brottet riktad förbudsnorm. Förhållandet blir sålunda fullkomligt jämförligt med det, som framgår av det använda barnexemplet. Om nu icke talet om överträdelse av ett förbud just inom straffrätten måste betraktas såsom en slags trollformel, som det av vissa mystiska eller vidskepliga grunder vore farligt att röra

vid, måste sålunda vid dylikt tal förutsättas, att förbudet är uppfattat av den, mot vilken det riktar sig. Varken befallning eller förbud kunna såsom sådana bliva gällande, om det icke finnes någon mottagare av dem. Men eftersom det är höjt över varje tvivel, att en person, som begått en med straff belagd handling, är straffbar, också om det varit alldeles omöjligt för honom att skaffa sig tillräcklig vetskap om innehållet i det mot handlingen riktade förbudet, måste det ovillkorligen finnas en annan grund för hans straffbarhet, än att han överträtt en förbudsnorm, vilken ju här icke kan ha varit gällande för honom.¹

Nu kunde man kanske inom den härskande läran vilja göra gällande, att man vore beredd att uppoffra ämtagandet av förbudsnormsöverträdelsen såsom karaktäristikon för brottets väsen i rättslig mening, enär det väsentliga vore, att brottet innebure åsidosättande av en plikt, som vilade å brottslingen såsom medlem i samhället. Härom är till en början att säga följande. Det finns ingen verklig moralfilosofisk tänkare, som numera drager i tvivelsmål, att ordet plikt blott och bart är uttryck för en känsla. Därav är det klart, att plikt för en person förlorar all betydelse, om det icke finns något känslounderlag. Och det är klart att, huruvida en viss känsla är för handen vid det eller det tillfället hos en person, är något så osäkert, att det är fullkomligt absurt att lägga dylikt till grund för bedömandet av, när rättsliga reaktioner skola ske. Att operera med plikten såsom grundval för en straffrättslig undersökning måste därför vara detsamma som att fota denna på något fullständigt ovetenskapligt.²

Givetvis väntar jag mig icke, att man skall känna sig övertygad av det nu sagda mot brottets karaktäriserande som

¹ Jfr *Hägerström*, Till frågan om den objektiva rättens begrepp, Uppsala 1917, s. 150 f.

² Jfr *Hägerström* a. a. s. 60 ff. och se även nedan s. 25 ff. och 51 ff.

en pliktöverträdelse. Man invänder naturligtvis, att det är fråga om överträdelse icke av en blott moralisk plikt utan av en rättslig plikt, vari man då inlägger betydelsen av något av staten påbjudet. Men denna ståndpunkt är redan motbevisad genom argumentationen mot talet om brottet såsom överträdelse av en förbudsnorm. Emellertid skall jag likväl nu upptaga ståndpunkten ifråga till granskning från en annan sida för att dymedelst söka få också den mest klenetrogna att inse orimligheten i denna skolastiska konstruktionsbyggnad, bakom vilken man döljer eller undanskymmer just de i realiteter grundade synpunkter, angående vilka klarhet är absolut nödvändig, om man någonsin skall kunna komma straffets verkliga sociala funktion in på livet.

När man ställer den blott moraliska plikten gent emot rättsplikten, så kan däri ingen annan mening ligga än att den förra vore en plikt, vars överträdande icke hade med sig rättsliga reaktioner, den senare en sådan, vars överträdande medförde sådana reaktioner. Rättslig plikt till en handling brukar ju också i enlighet härmed uppfattas såsom en handlingens egenskap att vara fordrad av rättsordningen. Men det är ju klart att, såvitt verkliga rättsordningen fordrar, så uppträder den i och med detsamma såsom en makt; såsom sådan makt kan den dock icke framträda utan att giva effekt åt sin fordran genom någon vid överträdelse knuten rättslig reaktion. Och hur skulle man över huvud taget kunna avgöra, att en fordran föreligger från rättsordningens sida, om icke någon rättslig effekt följde av dess överträdande. Det kan väl icke ur den blotta formuleringen i lagen slutas till att ett verkligt krav från rättsordningens sida föreligger, om icke någon rättslig effekt följer på dess åsidosättande. Men om den angivna distinktionen mellan blott moralisk plikt och rättsplikt sålunda måste träffa, vad man gemenligen därmed åsyftar, så blir avgörandet av frågan, om något är moralisk plikt eller rättsplikt i och för sig fullkomligt betydelse-

löst, när det gäller dragandet av gränsen mellan straffbar och icke straffbar handling. För att avgöra, om en handling är blott moralisk plikt, måste man ju redan veta, att den icke är straffbar. Man kan icke använda den metoden, att man bestämmer en handlings straffbarhet i visst fall genom att konstatera, att handlingen är rättsplikt med hänsyn tagen till andra rättsområden. Ty därför att en pliktöverträdelse är belagd med en slags reaktion, behöver den naturligtvis icke vara belagd med en annan. Därför att ett kontraktsbrott grundar skadeståndsplikt, behöver det givetvis icke vara straffbart. Och tvärtom; därför att en handling, bedömd efter andra rättsområden ter sig såsom en blott moralisk plikt, behöver naturligtvis inte pliktöverträdelsen vara straffri. Detta senare påståendes riktighet torde framstå i så mycket klarare ljus, om man blott vill erinra sig sådana brott som dem mot sedligheten och religionen, ja varför icke hela systemet av försöksbrott ävensom t. ex. inbrottet, resande av livsfarligt vapen o. s. v.

Alltså måste hela denna distinktion mellan moralisk plikt och rättsplikt principieellt sett vara fullkomligt betydelslös för varje straffrättslig undersökning. Och det är det underliga, om man går till straffrättslitteraturen, att en författare, när det gäller att i tvivelaktiga fall draga gränsen mellan brottslighet och strafffrihet, i själva verket aldrig till sin ledning använder synpunkter, som på något sätt äro beroende av distinktionen mellan moralisk plikt och rättsplikt. För att taga ett exempel från det hos oss senast utkomna och i och för sig mycket förtjänstfulla straffrättsvetenskapliga arbetet, som handlar om bedrägeribrottet, kan jag nämna, att förf., som är en utpräglad anhängare av här kritiserade åskådning, trots detta i sin utstakning av gränserna för bedrägeribrottet låter leda sig av den givetvis mycket beaktansvärda principen, att »kravet på individernas frihet reducerar med nödvändighet det samhälleliga ingripandet till det minimum,

som för en ordnad sammanlevnad är ofrånkomligt».¹ Tillämpat på bedrägeribrott betyder detta, att endast det bedrägeri i vanlig mening är straffbart, som kränker det minimum av förtroende i ekonomiska ting, som är nödvändigt för ett sunt samhällsliv. Om genom bedräglig handling en rättsplikt att icke begå densamma åsidosättes eller icke, kan då naturligtvis självt i tvivelaktiga fall blott avgöras genom denna princip.

Kort och gott skulle min nu på denna punkt utförda kritik kunna sammanfattas så, att man rör sig i en veritabel cirkel, när man söker grunden till straffet i åsidosättandet av en rättsplikt. Straffbarhet föreligger, säger man, om det handlats emot en rättslig plikt; huruvida en rättsplikt i avseende å det ifrågavarande handlandet föreligger, kan emellertid först bestämmas genom svaret på frågan, om detta handlande är straffbart eller icke. Det förhåller sig på alldeles samma abderitiska sätt, som när man inom obligationsrätten för att en skadegörelse eller ett kontraktsbrott skall medföra skadeståndsskyldighet kräver, att handlingen varit rättsstridig — något som uppenbarligen måste taga sig uttryck just däri, att rättsordningen, där den icke tillika vill bestraffa handlingen, reagerar mot densamma med åläggande av skadeståndsansvar.

¹ *Sterzel a. a. s. 103.*

En särskild rättspliktsöverträdelse såsom förutsättning för den negativa handlingens straffbarhet.

I samband med konstruktionen av brottet såsom en rättspliktsöverträdelse torde också böra erinras om en synnerligen betänklig åskådning, som står i intim förbindelse med denna mot all verklighet stridande konstruktion. Jag tänker på den gängse uppfattningen angående förutsättningen för den negativa handlingens, underlåtenhetens, straffbarhet, såvitt denna hänför sig till en s. k. brottslig effekt. Man har naturligtvis insett, att icke var je underlåtenhet, som »medfört» straffhotad effekt, kunde få behandlas såsom en straffbar handling. En begränsning måste göras; och vad har då legat närmare till hands än att taga fasta på begreppet rättspliktsöverträdelse och säga, att den negativa handlingens straffbarhet kräver en rättslig plikt till det positiva handlande, som underlåtits? I själva verket torde den satsen kunna betraktas såsom allmänt antagen, att negativ handling, vars straffbarhet hänför sig till viss effekt, icke kan utgöra ett brott, om icke en dylik rättsplikt förefunnits.¹ Man torde i allmänhet icke ha fullt klart för sig, att man härigenom råkat in i kravet på en dubbel rättsplikt: dels plikten att icke framkalla en viss brottslig effekt och dels plikten att företaga den underlåtna handlingen utan hänsyn till om dess underlåtande är ägnat att »framkalla» denna effekt.

Med utgångspunkt från denna dubbla rättsplikt måste man t. ex. vid bedrägeribrottet komma till den kuriösa ståndpunk-

¹ Se t. ex. *Sterzel* a. a. s. 68.

ten, att underlåtelsens straffbarhet måste förutsätta ett åsidosättande såväl av en (på den där förbudsnormen grundad) rättsplikt att icke vilseleda som dessutom av en självständig rättsplikt att upplysa om sanningen, d. v. s. en upplysningsplikt, som ålagts utan hänsyn till om förtigandet är ägnat att vilseleda.¹ Ohållbarheten av denna ståndpunkt inses lätt, om man tager konsekvenserna i betraktande. Av denna ståndpunkt följer nämligen, att om exempelvis en person är van att av annan, med vilken han står i särskild moralisk, d. v. s. icke rättslig, förbindelse, få upplysningar i för honom ekonomiskt viktiga fall och denne i ett dylikt fall dölöst genom förtigande av sanningen direkt vilseleder den andre, under sådana omständigheter att i övrigt bedrägerirekvisitet vore fyllt, så bör han likväl vara straffri. Antag att denna person positivt hade givit svikliga uppgifter, som skadat den andre ekonomiskt, då skulle han naturligtvis, också efter ståndpunkten ifråga, vara straffbar. Sålunda skulle denna rent yttre differens, att han i ena fallet bedrager genom talande i andra fallet genom tigande, i båda fallen med alldeles samma resultat och fullt lika stor illistig avsikt, bli avgörande för straffbarheten. En dylik blott och bar formalism kan icke försvaras inom en vetenskap, som vill anses ha lämnat skolastiken bakom sig för att rikta blicken mot de krav, som just genom livet självt i samhället göra sig gällande.

Men man behöver visst icke gå till ett med hänsyn till rekvisitet så invecklat brott som bedrägeriet för att kunna inse, på vilka skolastiskt formella grunder man byggt antagandet av en särskild rättsplikts åsidosättande såsom förutsättning för den negativa handlingens straffbarhet. För att taga ett exempel. X, som önskar livet ur den icke simkunnige Y, står bredvid honom på kajen och a) knuffar honom i sjön, b) ser honom falla i sjön utan att på hans tillrop kasta eller sparka till honom ena änden av en tross, som ligger alldeles bredvid X, och som

¹ Sterzel a. a. s. 68 jfd med exemplen å s. 71 f. och s. 103.

i andra änden är fastgjord vid kajen, och genom vars gripande Y otvivelaktigt hade räddat sig. Y drunknar i båda fallen. I första fallet dömes X till livstids straffarbete eller döden. I andra fallet måste han vara straffri, därför att rättslig plikt att utföra en tre sekunders handrörelse eller en sekunds benrörelse saknats.

Det har sitt synnerligen stora intresse att iakttaga, hur *Thyrén* går till rätta med uppfattningen, att underlåtenhetens straffbarhet måste förutsätta åsidosättande av en juridisk plikt att positivt handla.¹ Han finner att å ena sidan dylik förutsättning alltför mycket inskränkte underlåtenhetens straffbarhetsområde och å andra sidan den juridiska plikten till positivt handlande icke alltid föreligger med den intensitet, att ett straffansvar bör inträda. När det gäller att komma den verkliga förklaringen till den negativa handlingens straffbarhet in på livet, är emellertid *Thyréns* ståndpunkt icke ett dugg bättre utan tvärtom ännu sämre än den av honom kritiserade. Han förutsätter nämligen också en plikt till positivt handlande antingen en — efter vad det synes — juridisk vårdnadsplikt eller ock en plikt, som än »grundar sig på» det faktum »att brottslingen själv skapat den fara, som han sedan underlåter att avvärja» och än »uppstår direkt ur den nu föreliggande faran». Naturligtvis har det inte varit *Thyréns* mening att härmed till en del vilja bygga underlåtenhetsbrottet på åsidosättande av en blott moralisk plikt, på att den handlande icke efterkommit det hos honom rådande »samvetets röst». Alltså måste det också för *Thyrén* vara fråga om en s. k. rättsplikt. Men under det att den av *Thyrén* kritiserade ståndpunktens juridiska plikt dock just i förevarande fall är något att »ta på», eftersom dess mening uppenbarligen är, att det positiva handlandet oberoende av det eventuellt tillämpliga straffbudet skall ha utgjort en juridisk skyldighet, så kör *Thyrén* också beträffande den ifrågavarande pliktförutsättningen in i samma

¹ *Thyrén*, Principerna II, s. 18 ff.

hopplösa cirkel, som jag förut påvisat vara innebörden i den gängse uppfattningen om brottets allmänna egenskap att utgöra överträdelse av en på förbudsnorm grundad rättsplikt. Ty det är ju alldeles klart, att en rättslig och sålunda icke blott moralisk plikt att i dessa av *Thyrén* antydda farliga situationer avvärijande ingripa just förutsätter, att underlåtenheten är straffbar. Följande kritik, som *Thyrén* riktar mot den vanliga uppfattningens opererande med en särskild juridisk plikt till positivt ingrepp såsom förutsättning för underlåtenhetens straffbarhet, har därför ett alldeles särskilt intresse: »Det är», säger han, »att skjuta frågan ett steg tillbaka eller snarare att föra den i cirkel. Ty det gäller då att afgöra, när juridisk pligt föreligger, och detta kommer återigen i stor utsträckning just an på, huruvida lagen straffar eller icke straffar det gifna fallet af underlåtenhet. Om lagen straffar den, som underlåter att rädda en menniska ur lifsfara, då det lätteligen kunnat ske, så har den just dermed konstituerat en (äfvén juridisk) pligt att i dylikt fall handla; tiger lagen, så måste man deraf sluta, att ingen (juridisk) pligt föreligger. Om lagen, såsom vår strafflag, i ett par enstaka undantagsfall (i fråga om allmänförgiftning, 14 : 20 och 19 : 19) straffar den, som, efter att ouppsåtligen hafva åstadkommit fara, icke söker, ändå att han det varse blifvit, att faran, såvidt ske kan, genast afvärja', så har lagen förklarat, att i nämnda fall en juridisk pligt föreligger att handla, men naturligen samtidigt förklarat, att i alla öfriga fall — t. ex. om den ouppsåtligt åstadkomna förgiftningsfaran endast hotar en enstaka person — ingen sådan pligt föreligger.»

Detta uttalande är underbart av tvänne skäl. Ty för det första faller *Thyrén* själv genom det nya, som han ställer upp — förutsättningen av den där på fara grundade plikten att ingripa — just in i den cirkel, som han så klart och tydligt utmålade hos den kritiserade ståndpunkten. För det andra är det så, att, om man bortser från de båda undantagsfallen, den av *Thyrén* kritiserade åskådningen just på denna punkt — där

det som förut framhållits är fråga om en utanför den s. k. förbudsnormen grundad rättsplikt — icke kan beskyllas för det av *Thyrén* påbördade cirkelbeviset.¹

¹ Angående *Thyréns* kritik av den härskande lärans ifrågavarande plikt-förutsättning på den grund, att den juridiska plikten till positivt handlande icke alltid hade tillräcklig intensitet, se nedan s. 49 f.

Riktlinjer för en icke skolastisk uppfattning om straffets sociala funktion.

Härmed torde jag så tydligt och klart, som man någonsin kan önska sig, ha vederlagt de berörda grundåskådningarna inom straffrätten och påvisat, att de bottna i konstruktioner, som byggts upp på rena fiktioner, sålunda på sådant som står i rak strid mot sanning och verklighet. Det göres ofta inom rättsvetenskapen — särskilt i den muntliga diskussionen — gällande, att en blott »nedrivande» kritik icke har mycket värde. Kritikern måste även kunna »sätta annat i stället», om han vill bli beaktad. För egen del är jag av den uppfattningen, att rättsvetenskapen icke under några omständigheter bör fortsätta att bygga på förutsättningar, som påvisats vara falska. Emellertid kan man på nu ifrågavarande område icke rätt gärna ha blicken klar för det osanna och överkliga i den nuvarande straffrättsvetenskapens ståndpunkt utan att se åtminstone huvuddragen av de linjer, som den teoretiska utvecklingen måste komma att följa.

Vill man utan förutfattad mening söka bestämma straffets sociala funktion och därmed en sådan straffuppgift, som är verkligen realiserbar, så torde det vara uppenbart, att man till erhållande av den första säkra vägledningen måste besvara spørgsmålet: hur skulle det kunna tänkas ställa sig, om med en gång all straffrätt i ett samhälle upphörde? I sin allmänhet är svaret på detta spørgsmål mycket lätt funnet: i den mån respekten för de gamla straffbuden icke alltjämt verkade och moraliska krafter icke fortfarande åtminstone till en början spelade en viss roll, skulle de i straffbuden kriminaliserade handlingarne företagas i

sådan skala, att det icke blott bleve olidligt, utan att samhällsordningen rent av skulle upplösas i sin motsats, anarki och förvildning. Har man sålunda fått en bild av straffrätten såsom en för samhällets egen existens absolut nödvändig kraft, så giver sig genast den andra frågan: vad är grunden till denna kraft i straffrätten? Man ser icke mycket djupt i denna fråga, om man besvarar den därmed, att det är straffet som sådant, som genom sin avskräckande verkan avhåller individerna från att begå kriminaliserade handlingar. I mycket primitiva samhällen kan straffet nog ha sin mission att fylla såsom avskräckningsmedel, men det är såsom sådant medel, efter vad som framgår icke blott av psykologiska vittnesbörd utan jämväl av historisk erfarenhet, absolut ändamålslost för folk med högre moralisk reflexion.

Vi kunna nu totalt bortse från straffets eventuella betydelse att verka karaktärsförbättrande på brottslingen, eftersom straffet såsom förbättringsfaktor icke rimligtvis kan spela någon roll för den straffrättens kraft, varom här är fråga. Spörjer man sig därefter, om straffet har den nämnda verkan genom att framstå som en ren hämd från samhällets sida, måste härpå svaras nej. Ty hämdstraffet funktionerar såsom sådant prevenerande blott genom att avskräcka utan att öva det ingrepp i samhällsmedlemmarnes allmänna moraliska liv, som är nödigt för en fast prevention. Ständigt hotar faran, att hämdstraffet skall mötas av en motsatt moralisk åskådning, gentemot vilken all avskräckning faller till marken. Kanske då i stället straffrätten har sin för samhället nödvändiga kraft därigenom att straffet utgör en förtjänt vedergällning? Detta förutsätter emellertid, att i det allmänna medvetandet det uraktlåtna handlandet framstår ej blott som en så oavvislig plikt, att dess överträdande förtjänar straff, utan även som en av samhället självt verkligen fordrad handling, vars underlåtelse samhället därför kan rättvisligen själv vedergälla. Men här återkommer på det psykologiska området samma cirkel,

som jag nyss visat vara förhanden på det vetenskapliga. Det allmänna medvetandet kan icke få just denna uppfattning, såvida icke vissa handlingar äro belagda med straff. Ty det är just kriminaliseringen, som inpräglar i detsamma vissa handlingars absoluta plikt-karaktär. Blott kriminaliseringen väcker hos det allmänna medvetandet den föreställningen, att det motsatta handlandet är av samhället fordrat.¹ Alltså är straffets karaktär av vedergällning i detta medvetande endast ett följd-fenomen av en redan prevenerande verkan genom straffets omedelbara ingrepp i det moraliska föreställnings-sättet. Naturligtvis är det härvid hänsyn till den sociala hämd-lusten, som skänker åt straffet dess karaktär av förtjänt veder-gällning. Därmed ha vi också kommit straffets verkliga pre-venierande betydelse in på livet. Griper det ej effektivt in i sam-hällets allmänna moraliska åskådning är det maktlöst. Nu kan emellertid straffet omöjligt gripa fatt i den allmänna mo-ralen, om det förkommer sporadiskt, d. v. s. utan hänsyn till en dess uppgift att effektuera ett visst straff-bud, i vilken händelse ingen annan verkan än den indivi-duella avskräckningen kan utletas. Av det sagda följer med logisk nödvändighet, att straffrättens kraft i kultursamhället måste sammanhänga med det bud, som påbjudit straffet.

Beaktar man vidare, att straffbudet åter såsom sådant, d. v. s. om det ej kunde effektueras genom det föreskrivna straffet, icke skulle vara annat än en död bokstav, så måste inses, dels att straffet har sin rättfärdigande grund däri, att det är en nödvändig betingelse för upprätthållandet av kraften i den norm, som bestämmer straffet, och dels att det är straffnormens sålunda upprätthållna kraft, som gör straffrätten till något för samhällets existens absolut nödvän-digt. Det är sålunda denna kraft hos straffnormen

¹ Om sambandet mellan handlandets karaktär att vara av samhället fordrat och dess absoluta plikt-karaktär samt mellan det förra och handlan-dets kriminalisering. se nedan s. 27 ff.

som åstadkommer, att de i densamma kriminaliserade handlingarna hållas inom sådana gränser, att icke samhällsordningen i allt för hög grad äventyras. Och kraften består däri, att straffnormen på ett sätt, som genom straffet göres effektivt, inpräglar i det allmänna föreställningssättet, vilka handlingar som äro att anse som absolut otillåtliga. Detta sker därigenom, att i straffnormerade fall ett visst lidande följer på gärningen lika reguljärt, som om det vore fråga om en naturlag. Därav följer nämligen i det allmänna medvetandet en föreställning om gärningens otillåtlighet, som verkar såsom en hämsko gent emot alla impulser till dess begående. Denna hämsko är särskilt effektiv, därför att den i allmänhet träder i förbindelse med de moraliska föreställningarne i samhället och t. o. m. i det hela taget verkar såsom den kraftigaste moraliska faktorn. Av det sagda framgår sålunda, att straffets uppgift måste vara att skänka kraft åt en det allmänna föreställningssättet om det absolut otillåtliga handlingandet dirigerande norm. Alltså; icke såsom avskräckning, därmed också ej heller som en förment samhällshämnd, ej heller som en förtjänt vedergällning, utan helt enkelt genom sin regularitet i förhållande till den brottsliga handlingen griper straffet fatt i den allmänna moralen såsom ingen annan kraft i samhället och därmed verkar det samhällsbevarande.¹ Betydelsen av det anförda torde framstå

¹ Häremot kan icke invändas, att ju brottslingen kan undgå straff genom att icke bli identifierad eller undfly samhället. Detta må väl ha sin betydelse, när det gäller just straffets avskräckande kraft, som därigenom kan försvagas, men betyder intet i här föreliggande avseende. Därmed motsäges ju ingalunda, att brottet såsom brott betraktat efter samhällsordningen har med sig ett visst lidande. Att brottslingen icke kan straffas, om han ej överbevisas om brottet eller om han lyckas fly undan samhället, innebär naturligtvis, varken att samhället för det allmänna medvetandet skulle sakna den behöriga makten, eller att i det allmänna medvetandet icke den föreställningen uppstår, att lidandet hör ihop med brottet såsom brott. Och detta är det väsentliga för inpräglingen i den allmänna moralen av de kriminaliserade handlingarnes absoluta otillåtlighet.

i än klarare ljus, om man betänker, att t. o. m. en straffnorm, som kan verka blott genom straffbestämmelsernas avskräckande kraft, icke lyckas genomföra sitt syfte, där motsatta moraliska krafter komma med i spelet. (Exempel: romerska lagar mot kristendomen, Åkarpslagar, strejklagar, andra klasslagar, »preventivlagar», s. k. totalförbudslagar och kristidslagar). I sådana fall är det fråga om straffnormer, som icke kunna rycka den allmänna moralen med sig och därför icke heller förmå dirigera det allmänna medvetandets uppfattning i fråga om gränsen mellan det tillåtliga och icke tillåtliga. I förbigående må tilläggas, att dylika straffnormer icke endast äro ändamålslösa. De äro jämväl positivt skadliga dels genom den uppresning mot samhället, vartill alltid det blott avskräckande straffet måste leda, dels också ur den synpunkten, att de — just på grund av sin kraftlöshet — kunna erhålla en högst samhällsdemoraliserande effekt därigenom, att de verka hämmande på andra straffnormers förmåga att dirigera det allmänna handlingssättet i av dem berörda hänseenden.

Denna straffrättens betydelse för den allmänna moralens riktning och styrka framgår kanske klarast, om man i allmänhet betraktar det psykologiska sammanhanget vid uppkomsten av en pliktkänsla. Visserligen har den, som känner sig förpliktad, också en föreställning om, att handlingen är något, som skall eller bör ske, utan att därvid någon yttre, handlingen påbjudande makt framträder.¹ Pliktkänslan förutsätter därför en slags självbefallning. Men det förhåller sig med pliktbudet, som med varje annat bud, att det icke får den tillbörliga kraften, om icke den förbjudna handlingen anses o v i l l k o r l i g t draga med sig ett visst lidande för subjektet. Det förhåller sig nämligen så, att denna känsla av avböjande av ett visst handlinge, som pliktkänslan från sin negativa sida utgör, alltid är otillräcklig, såvida icke förut handlingens fördärvbringande

¹ Se *Hägerström* a. a. s. 81 ff.

karaktär för individen själv stått klar. Först denna erfarenhet skänker avböjandet av handlingen en viss fasthet. Skulle handlingen tvärtom framstå såsom välgörande för individen, skulle den där känslan av avböjande alltid motvägas av hänsyn till individens egna värden på ett sådant sätt, att den icke kunde ernå tillräcklig fasthet i själen, hur mycket man än kände sig stå under trycket av pliktens bud.

Det torde f. ö. också förhålla sig så, att handlingar, vilka reguljärt framträda såsom skadliga för oss själva, föra med sig en känsla av direkt avböjande, fastän ursprungligen icke något som helst förbud mot dessa handlingar förelegat. Man är van vid att avböja dem för deras fördärvbringande följder. Därav uppstår så småningom ett omedelbart avböjande av dem, så snart de komma upp i medvetandet, också om därstädes den skadliga effekten icke framträtt. Och det är klart, att ju större den skada är, som skulle träffa mig genom handlingen, desto lättare uppstår en sådan känsla av omedelbart avböjande. Därtill kan sedan föreställningen, att handlingen är något, som bör undvikas, knyta sig såsom ett psykologiskt hjälpmedel för upprätthållandet av den avböjande känslan. Därmed ha vi framför oss en plikt-känsla, uppkommen sekundärt ur handlingens följder. Så har t. ex. känslan av kyskhetsplikt uppkommit ur de, särskilt för kvinnan men även för mannen, menliga följderna av det illegitima könsumgänget.

De på en handling följande reaktionerna — bortsett alltså från de nyss antydda naturliga följderna — kunna vara av mångahanda slag. De kunna vara rent moraliska — samvetsagg; eller religiösa — fruktan för religiösa straff; eller juridiska — straffet i juridisk mening. Av alla dessa reaktioner, som skänka plikt-känslan konsistens, är det juridiska straffet den viktigaste. Därmed tävlar möjligen fruktan för religiösa straff på sådana utvecklingsstadier, då religionen själv har juridisk

karaktär. Såsom exempel kunna nämnas den mosaiska lagstiftningen och den äldre romerska religiositeten. Men i förhållande till de rent moraliska reaktionerna är det juridiska straffet överlägset därigenom, att det dels icke lämnar rum för möjligheten, att man med allehanda sofistisk intalar sig trygghet mot reaktionen i det särskilda fallet, och dels icke heller lämnar tillfälle till att med hänsyn till ur vissa synpunkter kanske nog så behjärtansvärda omständigheter i det föreliggande individuella fallet (t. ex. Hjalmar Söderbergs doktor Glas) betrakta reaktionen såsom bortfallande, fastän handlingen ur andra, allmänna synpunkter ter sig såsom pliktvidrig. Det juridiska straffet binder plikt känslan fast vid ett visst bestämt handlande utan hänsyn till det individuella fallet. Att t. ex. begå stöld eller döda en människa (bortsett från sådant som krig och liknande objektivt fixerbara förhållanden) känner man sig sålunda under alla omständigheter förpliktad att undvika. Men denna plikt känsla skulle icke ha funnits med samma ofrånkomlighet, om den endast blivit dirigerad av moralen, även den religiöst färgade, enär denna har sin tyngdpunkt på det enskilda fallet och den därvid uppstående känslan för det rätta.

Det anförda må belysas genom en undersökning av hur det i det vanliga medvetandet förhåller sig mellan straffet och budet, befallningen. Man fattar ju i allmänhet saken så, att straffet är rättfärdigat såsom en rättsföljd på överträdelsen av ett positivt eller negativt bud. Därvid förbiser man emellertid, att det enda, som i det allmänna medvetandet kan verka den föreställningen, att ett verkligt bud ligger bakom straffbestämelsen, eller rättare den känslposition, som en befallningsmottagare har i förhållande till den befällande, det är just straffet självt, också om »budet» eller »befallningarna» skulle framträda som direkt uttalade av lagstiftaren. I verkligheten skulle de nämligen likväl icke få den psykologiska kraften av bud eller befallningar, om icke straffeffecten funnes.

Beviset för riktigheten i det sagda är enkelt och lättfattligt. Samhället skulle icke kunna uppträda såsom en makt eller kanske riktigare såsom görande gällande sin makt, och sålunda icke heller såsom verkligt befallande, om icke påföljder av ett handlande, som stode i strid med befallningen, vore fastställda. Men kraftigare än alla andra sådana påföljder är givetvis straffet. Därför är straffet det mest betydande medlet att hos samhällets medlemmar inpräglade den känslolag, som föreligger vid mottagandet av ett bud med verklig kraft. Mottagligheten för ett bud är emellertid såsom sådan synnerligen nära besläktad med plikt-känslan. Skillnaden ligger blott däri, att för en plikt-känslas inträdande förutsättes, att befallningen övergår i en slags självbefallning: man har en föreställning om att det eller det utan vidare, s. a. s. enligt sakens natur, bör ske, alldeles oberoende av om någon utanför stående befäller det eller icke.¹ Sådana befallningar, som verka med ofrånkomlig kraft, övergå i regeln i självbefallningar. En dylik kraft ha just de med hänsyn till sina allmänna grunddrag under årtusenden inpräglade »samhällsbefallningar», som äro förbundna med en straffhotelse. Härvid spelar det ingen roll, att det faktiskt alls icke föreligger några verkliga befallningar.² Det psykologiska faktum, att samhället likväl för den enskilde framstår som en befällande makt, blir nämligen här det avgörande. Riktigheten i det sagda framstår tydligt, om man beaktar, att straffrättsvetenskapen regelbundet fattar straffet såsom rättfärdigat därigenom, att det vore rättspåföljd av en pliktövertredelse. Denna förut kritiserade åsikt skulle vara psykologiskt oförklarlig, om man icke utginge därifrån, att samhällets medlemmar i gemen känna det som sin plikt att handla på ett sådant sätt, att de undgå straff. Allmänt för-

¹ Se *Hägerström* a. a. s. 118 ff.

² Se *Hägerström* a. a. s. 162 ff.

växlar man också detta, att en handling är »befalld» av samhället, och att den är en plikt. Därmed framträder ju den nära förbindelsen mellan plikt-känsla och mottaglighet för befallning. Då nu emellertid samhällets befallningskraft psykologiskt sett är betingad av straffet, så måste också plikt-känslan, såvitt den hör ihop med mottagligheten för föreställda befallningar, som hänföra sig till omvändningen av det kriminaliserade handlandet, vara betingad av straffet. Alltså måste verkligen i samhället finnas en av strafflagen betingad allmän plikt-känsla. Därmed är också givet, att vi i denna plikt-känsla ha strafflagens mest betydande verk-an. Detta följer nämligen av de moraliska krafternas erfarenhetsmässigt ådagalagda förmåga att genom sin intima samhörighet med individens högsta värden verka hämmande på de »naturliga» impulserna. En persons beräkning av följderna av sina handlingar skall aldrig kunna ske så säkert eller så konsekvent och regelbundet, att beräkningen på något sätt kan erhålla den fastheten, att den verkligen genomgående kan bli normerande för hans handlingar i livet. Vidare bör man särskilt beakta, att fruktan för strafflidande aldrig kan ha en sådan styrka, att den kan, där de moraliska krafterna inom miljön gå i motsatt riktning, betraktas såsom en brotts-prevenerande faktor. Man tänke sig exempelvis den situationen, att i hela samhällslager den uppfattningen vore spridd och verkligen hade slagit rötter, att mord och rån vore något ur moralisk synpunkt fullkomligt tillåtligt. Givetvis skulle i sådant fall de enskildas moraliska föreställnings-sätt öva inflytande på varandra i brottsäggande riktning. Samhället skulle inom sig härbärgera en större mängd människor, som ömsesidigt skulle ägga varandra till dessa brott. Det är klart, att härigenom tillståndet i samhället skulle bli olidligt. Nu verkar emellertid plikt-känslan genom sin relativt allmänna förhandenvaro åtminstone i avseende å de grövre brottstyperna, att den ene övar tryck på den andre i den motsatta,

d. v. s. brottshämmande riktningen. Genom detta ömsesidiga tryck blir plikt känslan en oerhört betydande makt inom samhället, i jämförelse med vilken straffets avskräckande betydelse knappast förtjänar ens att nämnas. De, som fästa särskild vikt vid straffets avskräckande verkan, sakna just blicken för de moraliska potensernas betydelse genom det socialt psykiska inflytande, som åstadkommes genom påverkan av samhällsmedlemmarnas moraliska känslor på varandra, i vilket avseende man icke blott har att tänka på individerna i den närvarande generationen utan även beakta förhållandet mellan en föregående och en efterföljande generation.

Med några ord skall jag nu här också beröra det ofta dryftade men missförstådda spørsmålet om straffets s. k. rättvisa. Frågar man sig, hur det allmänna medvetandet reagerar mot ett brott, som väckt särskild uppmärksamhet i samhället, finner man genast, att reaktionen sker på det sätt, att handlingen betraktas såsom rättvisligen förtjänt av straff, enär den är en orätt, en pliktvidrighet. Naturligtvis är den vanliga straffrättsvetenskapens förklaring av straffet såsom en rättsföljd, rättfärdigad av brottet såsom en rättsstridig, en pliktvidrig handling, ingenting annat än ett eko av detta det allmänna medvetandets sätt att reagera. Men går man nu närmare in på livet den psykologiska situation, som verkligen föreligger hos det allmänna medvetandet i föreliggande fall, kan man urskilja följande fyra momenter.

1. Då föreställningen om en pliktvidrighet givetvis är omöjlig utan föreställningen om det motsatta handlandets plikt-karaktär, och då å ena sidan plikt saknar all betydelse utan plikt-känsla men å andra sidan ordet plikt här givetvis har den mest bestämda betydelse för det reagerande allmänna medvetandet, så måste hos den enskilde samhällsmedlemmen, som stämmer in i kören, finnas en plikt-känsla i avseende å det ogillade handlandet. Hur är emellertid detta möjligt, då

det ju dock icke är fråga om hans eget handlande? Uppenbarligen tillgår det så, att den begångna handlingen med tillhörande motivläge på ett konkret sätt står framför honom, d. v. s. han sätter sig in i brottslingens egen situation. Gent emot den möjlighet till handlande, som sålunda uppställs för honom själv, är det, som pliktkänslan gör sig gällande och verkar såsom ett avböjande av den blott i fantasien givna handlingsmöjligheten.

2. Den ifrågavarande pliktkänslan har först och främst den egendomliga karaktären, att dess kraft står i den mest intima förbindelse med föreställningen om straffet såsom hörande ihop med handlingen. Skulle icke denna föreställning vara förhanden, så skulle icke heller känslan av brottslingens pliktvidrighet, det vill, såsom jag nyss framhållit, säga den reagerandes egen pliktkänsla i förhållande till det föreställda handlandet, ha den kraft och betydelse, som den har. Kanske skulle icke ens över huvud taget någon pliktkänsla uppstå. — Vidare har pliktkänslan här givetvis den karaktären, att den anknyter sig till handlingen såsom brott, jag menar till handlingen, bestämd genom vissa objektiva fixerbara karaktäristika, väl innefattande motivläget men med fullständigt bortseende från brottslingens egen moraliska situation vid handlingstillfället. Om möjligen brottslingen kunnat förena handlingen med sitt eget samvete eller icke, spelar ingen roll. Häri framträder den ifrågavarande pliktkänslans bundenhet vid vissa handlingstyper såsom sådana, d. v. s. utan beaktande av det individuella moraliska läget. M. a. o. den s. k. orätta handlingen i sin allmänna karaktär avböjes absolut. Handlingen framstår såsom absolut otillåten. Här visar sig just den kraft i samhället, som håller brottet nere: en vissa handlingstyper absolut avböjande pliktkänsla i dess intima förbindelse med föreställningen om ett lidande såsom den reguljära påföljden av brottet. Det är klart, att denna makt har sitt fäste

just i strafflagen själv, enär denna i olikhet med de rent moraliska buden låter förbindelsen mellan en viss objektivt bestämbar handling och ett visst lidande framstå såsom ett med naturlags nödvändighet existerande kausalsammanhang. Om den enskilde »hederlige» medborgaren rannsakar sitt eget motivläge med hänsyn till frågan, varför han icke begår brott, är det visserligen icke säkert, att han därvid anträffar denna brotten absolut avböjande plikt-känsla. Det kan mycket väl förhålla sig så för honom, att det inte ens förefaller honom tänkbart, att han skulle vilja begå ett brott. Tag t. ex. å ena sidan en fattig person utan någon ställning i samhället och fullt fri från alla religiösa hänsyn, å andra sidan en rik man i framskjuten social position. Båda stå inför var sitt synnerligen lägliga tillfälle till ett förmögenhetsbrott. Den förre skall just i regeln avhållas från brottet genom den där plikt-känslan. Den senare känner icke någon dylik, därför att redan hans rent egoistiska syn på saken skulle komma brottet att framstå icke såsom en frestelse utan tvärtom såsom en ren dårskap, om ens en tanke på dess möjlighet skulle tränga sig fram i hans hjärna. Men att människodjuret icke är dött utan endast sover även hos den »allra hederligaste» medborgare och därför verkligen behöver en särskild nedhållande kraft, det visar sig i hans sätt att reagera emot andras brott. Han skulle helt enkelt icke kunna leva sig in i brottslingens motivläge och reagera däremot med sin plikt-känsla, om han icke hade, trots allt, någon gemenskap med honom. Man måste därför antaga, att det verkligen för att söva djuret i oss behövs en kraft av moralisk art, och naturligtvis är denna att i första hand finna i just den vid vissa handlingstyper knutna plikt-känsla, som gör sig gällande i avböjandet av brott och som har den fastheten, att den icke låter sig påverkas vare sig av sofistisk eller av det särskilda fallets samvetskänslorna individualiserande egenart.¹

¹ Jfr ovan s. 27.

3. Här föreligger även en föreställning om straffet såsom »rättvist» på den grund, att brottslingen föreställes ha överträtt en plikt. Därmed föreligger en fullkomligt absurd tanke på ett moraliskt bud, som skulle gälla också för brottslingen, oavsett om han upptar detta bud i en plikt känsla eller icke. Därför är straffet, på detta sätt betraktat, ingalunda rättvist; men att likväl föreställningen om dess rättvisa håller sig så starkt uppe i det allmänna medvetandet visar å ena sidan behovet av att betrakta straffet såsom ett riktigt förfarande från samhällets sida, å andra sidan att våra föreställningar om dess rättvisa i verkligheten regleras av det, som för samhället självt är nyttigt och nödigt, hur mycket än det allmänna medvetandet må inkläda sin föreställning om rättvisan i en skolastisk begreppsdräkt.

4. Det är i det allmänna rättsmedvetandet två olika sätt, varpå man rättfärdigar straffet med den allmänna förutsättningen av brottets rättsstridighet såsom gemensam bas. Det ena sättet framträder i vedergällningstanken. Det andra, onekligen mera humana, är det, som systematiserat användes i den *Merkelska* teorien om straffet såsom dels ett korrektivmedel mot den brottsliga viljan dels ett motverkande av de ideella följderna för samhället i det hela av det enskilda brottet: det dåliga exemplet, förminskande av lagarnas anseende etc. Dessa teorier ha visserligen icke, såsom framgår av det föregående, något logiskt berättigande. I vardera fallet verkar emellertid här en av de båda krafter, som historiskt ha framdrivit straffnormerna, nämligen i förra fallet den sociala hämden, i senare fallet samhällsnyttans reflekterade krav. Man inkläder straffets rättvisa i en skolastisk begreppsdräkt, som hämtar sitt egentliga innehåll från någon av de båda grundkrafter, som framdrivit straffnormerna. D. v. s. i verkligheten är det icke brottets rättsstridighet utan straffnormens förhandenvaro vare sig som uttryck för sam-

hällets hämdlust eller såsom framsprungen ur samhällsnyttans krav, som bestämmer idén om det rättvisa i straffet.

Härefter torde det vara lämpligt att för fullständighetens skull något beröra vedergällningsidéens betydelse. Såsom förut framhållits, är denna föreställning i det allmänna medvetandet endast ett följdfenomen av straffnormens moraliskt prevenerande verkan och i sin vedergällningskaraktär bestämd av hänsyn till den sociala hämdlusten. Emellertid har vedergällningsidéen en särskild betydelse genom den vikt, som den verkliga effekten enligt denna föreställning erhåller för frågan om straffbarhet och för straffmätningen. Detta, att effekten spelar en sådan roll i vedergällningsidéen, får verklig social betydelse på grund av den omständigheten, att en handling absolut otillåtlighet — såsom människan nu en gång är skapad till sin psykologiska läggning — ej kan inpräglas i det allmänna medvetandet utan att hänföras på sociala värden, som genom handlingen angripas eller sättas i fara. Därför måste i första hand vissa sociala värdenes okränkbarhet inpräglas, vilket föranleder straffets beroende av effekten, d. v. s. av ett socialt värdes faktiska kränkning, och ej av den blotta sinnesbeskaffenheten i avseende å detsamma.¹ Det sagda undanrödjer ett missförstånd, som i särskilt hög grad

¹ Naturligtvis är det icke riktigt att utan närmare förklaring beteckna det enskilda brottet såsom angrepp på ett socialt värde. Undantager man sådant som statsförbrytelser och s. k. allmänfarliga brott, är brottet visst icke, såsom man i allmänhet tror och ju särskilt *Thyrén* betonar, ett uttryck för en samhällsfarlig vilja. Tjuven t. ex. vill icke alls göra samhället något ont. Han vill endast beröva den, som bestjäles, vissa dennes värden, och han gör icke heller något annat. Ett angrepp mot samhället är stölden blott i den mening, att densamma, vorden mera allmän, skulle sätta samhällsmedlemmarnes gemensamma intresse att få njuta av sin egendom i fara. När jag nu emellertid trots detta i överensstämmelse med den gängse terminologien säger, att brottet kränker ett socialt värde, menar jag sålunda därmed ett intresse, vars undertryckande skulle betyda kränkandet av ett samhällsintresse, om det bleve mera allmänt. Man kan kanske försvara beteckningen av ett sådant värde som

satt sin prägel på *Thyréns* framställning av straffrätten, nämligen att effektens betydelse inom straffrätten väsentligen berodde på en oförnuftig, sedan gamla tider kvarlevande vedergällningsidé. Just i den mån denna idé hävdar effektens betydelse, är den tvärtom synnerligen förnuftig och fullgör — trots sin oförnuftighet i övrigt — en verklig social funktion. — Detta följdfeomen, vedergällningsföreställningen, medför emellertid i verkligheten synnerligen betänkliga konsekvenser i avseende å brottslingen. Å ena sidan uppstår ofta en skriande dissonans mellan brottslingens egen och det allmännas syn på straffets berättigande. För brottslingen ter sig ofta brottet alls icke som en pliktvidrighet. Därför ter sig också straffet ur vedergällningssynpunkt som fullständigt oberättigat och vållar såsom orättvisor i allmänhet endast en uppresning mot samhället. Å andra sidan medför stämplingen av brottslingen såsom en i högsta grad pliktförgäten och sålunda mindervärdig individ en deklassering, som hindrar hans återvändande till samhället. Därför är följdfeomet ett ont, som bör motverkas i stället för att, såsom faktiskt sker, ömt vårdas av straffrättsvetenskapen. Det är emellertid att märka, att, om man utgår från handlingens pliktvidrighet såsom grund till straffets berättigande,

att samhället i det hela är intresserat i dess allmänna upprätthållande. — Omedvetet framträder hos den härskande läran dess oriktighet på denna punkt däri, att man ju bland brotten nödgas utgallra allmänfarliga sådana. Uppställandet av en dylik kategori måste ju förutsätta, att mängden av brott *in casu* icke äro allmänfarliga, vilket är detsamma som att de icke äro — samhällsfarliga. Frågar man sig efter anledningen till denna begreppsförvirring hos den härskande läran så är den mycket lätt funnen. Den bottnar naturligtvis i den uppkonstruerade förutsättningen: brottet såsom en pliktvidrig handling och straffet såsom en rättslig påföljd av denna pliktvidrighet. Då man ju omöjligen har kunnat vara blind för att samhället straffar för sin egen räkning, kan brottslingens pliktvidrighet givetvis blott därigenom motivera straffet, att den överträdde plikten anses riktad mot samhället och sålunda pliktöverträdelsen. brottet, anses innebära ett angrepp mot samhället.

tigande och därvid — vilket man måste — erkänner straffets beroende av den yttre effekten, så finns ingen annan rättfärdighetsgrund till straffet än just vedergällningen. Man brukar säga, att tanken på straffet som vedergällning är psykologiskt nödvändig, för att den sociala hämdlusten — vilken i förbigående sagt just, fast på ofullkomligare sätt, utövar samma sociala funktion som det av förnuftiga grunder bestämda straffet att inpräglade vissa världens okränkbarhet — skall vinna en reglerad utlösning och lynchjusticen undvikas. Men detta är oriktigt, ty i förevarande avseende är det förnuftiga straffet såsom sådant tillräckligt. Uppfattningen av straffet såsom vedergällning leder till att ej blott den sociala hämdlusten utlöses utan även ytterligare uppäggas. Hämd föder hämd. Men hämdlustens tillbakaträngande är av väsentlig betydelse för samhällsfriden, när en reglerad straffordning finnes och därmed på ett fullständigare sätt vissa sociala världens okränkbarhet inpräglas.

I detta sammanhang vill jag anmärkningsvis beröra förhållandet mellan min uppfattning av straffet och frågan om försökets straffbarhet.

I anledning av handlingseffektens nödvändighet för att genom handlingens straffbarhet kunna inpräglade dess absoluta otillåtlighet såsom varande en kränkning av ett socialt värde kan någon allmän regel om försökets straffbarhet icke uppställas. Vid en mycket ytlig betraktelse kunde detta synas särskilt menligt, alldenstund, med hänsyn till betydelsen för samhället av att vissa handlingars absoluta otillåtlighet inpräglades i det allmänna föreställningssättet, ju ingen skillnad borde göras mellan försök och fullbordad handling. Eftersom man på förhand aldrig kunde veta, om en handling komme att fullbordas eller stanna vid blott försök, måste det uppenbarligen vara precis lika angeläget att få upp ett allmänt socialt avböjande av verkliga försök till brott som av fullbordade sådana. Klart är emellertid, att av just samma

skäl upphäves det bristfälliga i att icke en allmän regel om försökets straffbarhet uppställes. Försökshandlingens karaktär av otillåtlighet är ju i själva verket i det allmänna föreställningssättet inpräglad redan genom det fullbordade brottets straffbarhet. — Leder då detta icke till, att försöket icke alls bör straffas och att min ståndpunkt på ett flagrant sätt motsäges av alla strafflagar? Nej ingalunda. Ty i många fall skapar redan själva försökssituationen en sådan effekt, att det för var och en kan genom dess bestraffande göras klart, att ett visst socialt värde blivit utsatt för ett verkligt angrepp.

I själva verket blir skillnaden i bestraffningen av försöket och den fullbordade gärningen och vidare gränsen för försökets egen straffbarhet — med fasthållande vid den gängse uppfattningen — något, som måste förklaras ur vedergällningssidéns faktiska makt över sinnena. Det är sålunda i själva verket blott fråga om en anpassning efter ett oförnuftigt element i det folkliga rättsmedvetandet. Härvid förhåller det sig så, att man förbiser, att vedergällningssidéns sociala betydelse beror på dess häftande vid effekten. Genom detta häftande blir det sociala värdets oangriplighet inpräglad, och därmed är då vägen framkomlig för väckandet av den erforderliga plikt känslan hos samhällets medlemmar i allmänhet. Emellertid bör ju saken, efter vad som ovan utretts, icke ses så, att straffet göres beroende av effekten av hänsyn till en oförnuftig idé i folkmedvetandet, utan detta beroende hör till de nödvändiga förutsättningarna för straffets sociala funktion, liksom också den ifrågavarande idén genom sin tendens att foga straffet till effekten trots sin oförnuftighet och trots sina skadliga verkningar ur andra synpunkter har en verklig social funktion. Man förstår skillnaden mellan ett sådant betraktelsesätt som det av mig hävdade och det andra här kritiserade, om man betänker, att vedergällningssidén har olika grad av styrka under olika tider, beroende

av folkets allmänna kulturnivå. Konsekvenserna av den kritiserade åskådningen måste bli, att man, då vedergällningsidén är svagare, bör införa starkare straff för blotta försöket i förhållande till den fullbordade gärningen liksom också straffa även det försök, som endast och allenast utvisar en brottslig sinnesbeskaffenhet, men icke har några betydelsefullare effekter.

I anslutning till det nu sagda torde böra särskilt framhållas, att, när man säger, att straffet såsom samhällshämd (eller vedergällning) verkligen prevenerar, d. v. s. så till vida är nyttigt, är detta sålunda icke därför, att det är en hämd, utan trots det att det är en hämd. Dess nytta är en följd därav, att lidandet, reguljärt som efter en naturlag, följer på brottet och därmed inpräglar dettas otillåtlighet av hänsyn till ett socialt värdes okränkbarhet. Men utreras samhällshämndens karaktär av hämd, så verkar det endast ett allmänt uppbyggande av hämdkänslan.

Denna uppfattning angående straffets sociala funktion, till vilken man sålunda med logisk nödvändighet måste komma, står givetvis, trots dess intima förbindande av straffet med moraliska faktorer, i en skarp motsättning till den allmänna åsikten, att straffbarheten förutsätter överträdandet av en förbudsnorm eller åsidosättande av en rättsplikt. Den här hävdade uppfattningen utgör rent av omvändningen av en sådan åskådning. Under det att nämligen den allmänna åskådningen utgår från att straffet är till, därför att en rättsplikt har blivit överträdd, är det verkliga förhållandet tvärtom, att den s. k. rättsplikten — vilken, såsom förut är omnämnt, alltid utgör blott en känsla — uppstår hos det avgjort största antalet samhällsmedlemmar på grund av att handlingen är belagd med straff. Det kan t. o. m. sägas, att just brottslingarne höra till det fåtal, hos vilket plikt-känslan i fråga över huvud icke utbildar sig eller åtminstone icke får någon större betydelse. Just i fråga om brottslingarne är det

därför ofta aldeles extraordinärt orimligt att påstå, att de överträda en plikt, alldenstund de ju ofta antingen alls icke känna sig förpliktade eller åtminstone icke ha någon tillräckligt utbildad plikt känsla.¹

Å andra sidan måste den av mig förfäktade åsikten nog skiljas från den bekanta *Feuerbachska* (*Revision der grundsätze des peinlichen Rechts*). Av *Feuerbach* förfäktas nämligen, att det särskilda straffet endast har betydelse såsom upprätthållande straffhotets auktoritet, och straffhotet fungerar enligt honom såsom blott avskräckningsmedel, varigenom strafflagens intima förbindelse med och betydelse för den allmänna moralen icke blir vederbörligen beaktad. Under det att den härskande, nu kritiserade åskådningen har den karaktären, att den visserligen ställer strafflagen i förbindelse med moralen, men gör det på ett oriktigt sätt, så har den *Feuerbachska* åskådningen visserligen den förtjänsten gentemot den förra, att den betonar strafflagens prevenerande karaktär, men brister i fråga om beaktandet av den allmänna moralens betydelse.

Jag skall i annat sammanhang ådagalägga, att den numera så vanliga teorien om straffet såsom en reaktion mot den s. k. samhällsfarliga viljan hos brottslingen, såvitt den betraktar straffet som generalprevention, är ett *compositum* av pliktvidrighetsteorien och den *Feuerbachska* avskräckningsteorien med bibehållande av bådas svagheter utan deras förtjänster.²

¹ Till undvikande av allt missförstånd må sägas, att min mening givetvis icke är den, att alla de människor, hos vilka denna plikt känsla med hänsyn till ett visst brott tilläventyrs icke uppstår, därför ofelbart komma att begå detsamma. Kanske uppstår över huvud taget icke någon frestelse därtill. Också om så vore fallet, kunna de återhållas av åtskilliga faktorer, bland vilka naturligtvis också fruktan för strafflidandet kan spela en viss roll. Detta står uppenbarligen icke på något sätt i strid med uppfattningen, att straffets sociala funktion måste vara att allmänneligen fostra denna s. k. rättsplikt mot brottet. Se f. ö. särskilt s. 29 f. här ovan.

² Se nedan s. 45 f.

Den negativa handlingens straffbarhet.

Innan jag med utgångspunkt från min nu hävdade uppfattning går till en granskning av det fall, som närmast föranlett denna undersökning, måste jag i anledning av min föregående kritik med några ord antyda, hur det förhåller sig med den förut berörda negativa handlingens straffbarhet, för vilken ju straffrättsvetenskapen i allmänhet konstruerar upp åsidosättandet av en alldeles särskild rättsplikt, en rättsplikt nr. 2. Tager man blott den självfallet riktiga utgångspunkten, att straffrätten liksom all rätt tillgodoser samhällsnyttans intressen, giver sig förklaringen av sig själv till att den negativa handlingen — trots dess s. k. kausalbundenhet med en effekt, som, ifall handlingen vore positiv, skulle leda till straff — mestadels icke är straffbar. Jag har förut erinrat om att straffrätten tillgodoser intresset av ett ordnat samliv mellan samhällsindividerna. Men denna ordning kunde tänkas bli olidligt sträng och snäv. Detta får ej ske, ty vid sidan av samhällets krav på ett ordnat samliv står dess krav på en viss med hänsyn till det allmännas bästa avvägd rörelse- och handlingsfrihet för samhällsmedlemmarne. Hur det i detta avseende skulle ställa sig, om den negativa handlingen i straffbarhetsavseende likställdes med den positiva är lätt att föreställa sig. En god del av mångas livstid skulle få åtgå till utförande av positiva handlingar för att avvärja sådant, som skulle betecknas som brottsliga effekter. Av det sagda följer helt enkelt, att den negativa handlingens straffbarhet begränsas av samhällskravet på den nyssnämnda rörelse- och handlingsfriheten. Denna regel kan närmare bestämmas så, att

man inte bör tvingas att till andras förmån företaga handlingar, som innebära ett verkligt tillbakasettande av egna intressen för andras väl i annat fall, än då man åtagit sig en sådan handling. I sistnämnda fall är det dock alltid fråga om ett tillgodoseende av eget intresse genom åtagandet, låt vara t. o. m. att detta intresse skulle vara benefikt. Ty vid allt åtagande gäller det en prestation till vilken man måste binda sig för erhållandet av en viss fördel, låt vara att denna fördel skulle vara blott tillfredsställelsen av ett altruistiskt intresse. Underlåter man då att fullgöra åtagandet, så betyder detta, att man tillgodoser sitt eget intresse på andras bekostnad. Därav följer att fullgörandet av åtagandet icke är en verklig uppoffring. Även i de fall, då man talar om den negativa handlingens straffbarhet på den grund, att man själv skapat en viss situation, gäller den positiva handling, som samhället önskar, endast en komensation för de intressen man tillgodosett vid skapandet av situationen. Om däremot en handling från en persons sida till förmån för en annan eller flera andra icke kräver någon nämnvärd uppoffring utan bevisligen underlåtes antingen av blott och bart indifferentism eller rent av med avsikten att skada, så är det rent orimligt att behandla straffbarheten i ett sådant fall efter andra principer, än då man av vårdslöshet eller med avsikt företager en positiv handling med samma slags effekt.

Vad är det nu, som föranleder kravet på att en särskild rättsplikt till positivt handlande skall vara åsidosatt, när fråga är om negativa handlingar med brottslig »effekt»? Går man detta spörsmål närmare in på livet, så visar det sig, att anledningen på sitt sätt sammanhänger med det obestriddliga förhållandet, att brottet är det rättsfaktum, vartill lagen såsom rättsverkan knyter straff. Härifrån har man nämligen genom synpunkter, som nedan (s. 46 f.) skola framhållas, förletts till uppfattningen, att den brottsliga handlingen i den mening vore rättsgrund till straffet såsom rättsföljd, att den utgjorde en inre, isolerad rätt-

färdighetsgrund till straffet. För att handlingen emellertid skall kunna funktionera såsom sådan rättsgrund till straffet måste den, resonneras det vidare, i allmänhet, d. v. s. när fråga icke är om vissa särskilda brottstyper, såsom försök och brott byggda på fara, ha framkallat en mera utpräglad effekt, vare sig det nu är fråga om positiv eller negativ handling. Nu gäller det emellertid att klarera ett i själva verket olösligt spörsmål. Ty eftersom hittills ingen kunnat vederlägga satsen *ex nihilo nihil*, så måste också påståendet, att man genom ren underlåtenhet icke kan förorsaka någon effekt, vara ovederläggligt. Men straffrättsvetenskapen trollar fram ett orsakssammanhang mellan den negativa handlingen och den brottsliga effekten. Så skriver exempelvis *Thyrén* härom, att kausaliteten består däri, att underlåtenheten är »en länk mellan ett föregående och ett efterföljande positivt faktum. Om M vill rädda X, som fallit i vattnet, men A, som är ovän till X, kommer till, slår armarna om lifvet på M och håller honom fast, tills X drunknat, så skulle ingen tveka att förklara A:s handling vara orsak till X:s död. Kan man säga detsamma om M:s överksamhet? Ja, ty det är endast genom denna negativa länk, som A:s handling är förbunden med resultatet, X:s död. Allmänt talat: om kraften m skulle hindrat resultatet x, men själf neutraliseras af kraften a, så är det likgiltigt, om man säger, att nämnda jernvigtsläge (= m:s överksamhet) eller att den neutraliserande kraften a är orsak till x. Det samma gäller således, om M med säkerhet skulle företagit en visshandling — exempelvis räddat någon ur fara — derest M icke genom någon tillfällig orsak blifvit lam, döf o. s. v. Och förhållandet blir icke annorlunda, om man nu antager, att en viss viljebeskaffenhet hos brottslingen gör, att han afviker från det normala så, att han icke handlar, der den normala skulle hafva handlat. Det är härvid likgiltigt, huruvida det i brottslingens själ försiggår någon kamp (mellan ett antisocialt element, som afhåller, och ett socialt element, som drifver till

handling). Äfven om det icke kan vara minsta tal om någon sådan kamp (exempelvis uti fall af 'omedveten vårdslöshet'), så måste A:s antisociala beskaffenhet hafva någon orsak (ärfvlig degeneration, dålig uppfostran eller något annat). Dessa orsaker, närmare eller fjärmare, kända eller okända, utgöra tillsammans det positiva moment, som vid A:s underlåtenhet framkallar skadan».¹

Det är förunderligt, att en så skarpsinnig man som *Thyrén* velat nöja sig med denna »bevisföring». Det är närmare eller fjärmare positiva orsaker till A:s antisocialitet, som också varit orsak till den inträffade skadan, i det valda exemplet X' död. Men tag och eliminera bort A alldeles; då faller ju också dessa »kausala» moment bort, men X' död inträffar lika fullt. Eller förflytta A 100 mil från olyckstillfället, då existera ju alla av *Thyrén* antydda »kausala» moment, men ingen människa vill väl betrakta dem som orsak till X' död, och det var ju detta orsaksförhållande som skulle bevisas.

Vad som förvillar — men som icke bort kunna förvilla en tänkare som *Thyrén* — är naturligtvis, att A varit i den situation, att han genom sitt ingripande skulle kunna ha hindrat den skadliga effekten. Man drager av kausalsammanhanget mellan en viss tänkt positiv handling och dess nyttiga effekt den oriktiga slutsatsen, att handlingens negation med nödvändighet drager med sig negationen av den ifrågavarande effekten, alltså framkallar en skadlig, i vårt fall brottslig effekt.

Denna på den rena fiktionen vilande konstruktion för att i föreställningssättet åstadkomma ett kausalsammanhang mellan negativ handling och skadlig effekt, är från *Thyréns* sida så mycket underligare, som just han ivrigare än någon annan hävdar den uppfattningen, att man med straffet vill träffa samhällsfarligheten hos den handlande. Med denna uppfattning måste det ju vara fullkomligt likgiltigt för straffbarhetsfrågan, huruvida kausalsammanhang råder

¹ *Thyrén*, Principerna II, s. 15 f.

eller icke mellan handlingen och en skadlig effekt. Att A, därigenom att han icke ingripit och räddat den drunknande, ådagalagt sitt samhällsfarliga sinnelag är ju uppenbart. Icke kan det väl för detta omdöme spela någon roll, huru svaret utfaller på frågan, om ett orsakssammanhang föreligger mellan A:s passivitet och drunkningsolyckan.

Här torde vara platsen att med några ord beröra frågan, hur det kan förhålla sig med riktigheten av denna i *Thyréns* lära fullständigt dominerande uppfattning, att det är samhällsfarligheten hos individen, som man genom straffet vill träffa.¹ Härvid har jag blott de akuta brottslingarne i sikte. Vane-förbrytelserna skall jag nämna i annat sammanhang och därvid påvisa, att rättsordningens reaktion mot dessa måste ha ett helt annat syftemål än det straff, vars sociala funktion jag gjort till min huvudsakliga uppgift att i denna avhandling söka utreda. — När man nu säger, att straffet riktar sig mot brottslingens samhällsfarlighet, så förbiser man en sak, som med logisk nödvändighet utesluter ett dylikt betraktelsesätt. Vad man förbiser är detta, att genom den kraft, som utströmmar från den genom konsekvent efterföljd upprätthållna strafflagen, brottslingarne icke längre äro samhällsfarliga. Det förhåller sig nämligen så, att själva strafflagen genom sin effektivitet verkar en sådan motvikt i det hela mot samhällsmedlemmarnes impulser till begående av brott, att den enskilde brottslingens exempel icke har någon farlig makt.² Därför kan det icke vara riktigt att säga, att brottslingen straffas för att motväga en samhällsfara, som skulle ha inträtt genom hans handling såsom utgörande ett smittosamt exempel för andra. I stället för att det skulle vara det enskilda straffet, som vore till för att motverka en genom det i fråga va-

¹ *Thyrén*, Principerna I, s. 1 ff.; II, s. 2 ff., s. 8 f.

² Vad angår faran från brottslingens egen person, å vilken ju brottet enligt *Thyrén* vore ett symptom. saknas denna ju här enligt själva förutsättningen: akuta brott.

r ande brottet inträdd samhällsfara, förhåller det sig tvärtom så, att den samhällsfara, som skulle utspringa från brottslingarne, blivit inhiberad genom strafflagens av straffet i allmänhet upprätthållna kraft. Antag t. ex. att färdandet över en vägbro kan vara mycket riskabelt på grund av felande broräcke. Effektivt sådant anbringas. Därmed är ju faran vid färdandet undanröjd. Icke kan man väl därefter med någon reda i tankarne påstå, att, när exempelvis en åkare nattetid färdas fram, genom broräcket faran vid hans färdande undanrödjes. Genom broräcket existens hade ju denna fara aldrig uppstått och kunde alltså icke heller undanrödjas.¹

Denna felaktiga syn på saken står i det mest intima samband med uppfattningen av straffet såsom ägande sin rättfärdigande grund i brottslingens gärning, varom vidare här nedan. Går man ut från en sådan uppfattning, måste det ju vara något från brottslingen utgående ont, som motverkas genom straffet, såvida icke straffet fattas såsom en förtjänt vedergällning, vilket dock *Thyrén*, som bekant icke gör.

Ser man bort ifrån *Thyréns* uppfattning av straffet såsom individualprevention, vilken uppfattning, som sagt, med fog kan användas blott ifråga om vaneförbrytarne, så är *Thyréns* lära givetvis ingenting annat än den ovan berörda *Feuerbachska*, ehuru *Thyréns* på grund av inflytelser från den vanliga åskådningen angående straffet såsom en rättsföljd av pliktöverträdelse erhållit den formen, att det särskilda straffet prevenerar de för det allmänna skadliga verkningar, som eljest det bestraffade brottet skulle ha medfört. Hos *Feuerbach* prevenerar det enskilda straffet såsom led i ett straffsystem de

¹ Alldeles samma kritik föreligger redan hos *Feuerbach*, *Revision der Grundsätze des peinlichen Rechts*, I, s. 107. — Angående det, omedelbart sett, vilseledande i att beteckna brottet såsom ett angrepp mot ett samhälleligt värde ävensom den skolastiska urgrunden till detta betraktelsesätt, se ovan s. 34 n. 1.

verkningar, som brott öfver huvud annars skulle ha med sig för samhället. *Thyrén* bibehåller sålunda svagheten i den *Feuerbachska* ståndpunkten genom att lämna ur sikte straffets betydelse för den allmänna moralen och fatta det såsom verkande blott genom avskräckning. Men å andra sidan lämnar han bort det otvivelaktigt riktiga hos *Feuerbach*, att det är den konsekvent genomförda strafflagen eller förhandenvaron av straff såsom reguljär påföljd på brott, som hindrar brottet att bliva en allmän företeelse i samhället. Därmed har då *Thyrén* också bibehållit svagheten i den vanliga åskådningen, som på grund av sin uppfattning av straffet såsom rättfärdigat blott av brottet betraktar detsamma såsom hänförande sig uteslutande till det onda, som utgår från brottslingen. Men då *Thyrén* likväl icke åtminstone bestämt hävdar idéen om straffet såsom moraliskt rättfärdigat genom pliktöverträdelse, kommer han att liksom *Feuerbach* lämna åsido det betydelsefulla moraliska momentet i den vanliga åskådningen.

Sedan man emellertid nu — för att återgå till utredningen om den negativa handlingens straffbarhet — konstruerat upp ett orsaksförhållande också mellan den negativa handlingen och brottslig effekt, blir det blott helt naturligt att antaga, att det vid både positiva och negativa handlingar med brottskaraktär föreligger ett överträdande av en plikt att icke åstadkomma en viss effekt. Men eftersom — hur det än konstrueras — man icke kan undgå att, om icke inse så dock ha på känn, att vid den negativa handlingen det verkliga orsakssammanhanget består mellan den underlåtna positiva handlingen och negationen av den brottsliga »effekten», så blir det nödvändigt att för negativ handlingens straffbarhet också dekretera en plikt till denna positiva handling vid sidan av plikten att icke åstadkomma den brottsliga effekten. Nu är emellertid just själva den ovan antydda utgångspunkten, att handlingen genom sin förbindelse med »effekten» utgör en inre isolerad

rättfärdighetsgrund till straffet, en föreställning, som med vedergällningsidéen har uppkommit ur en förening av uppfattningen av brottet såsom en pliktöverträdelse med tanken på effekten såsom väsentligt hörande ihop med den pliktvidriga handlingen.¹ I verkligheten måste det emellertid förhålla sig på ett rakt motsatt sätt. Handlingen är så långt ifrån någon isolerad rättfärdighetsgrund till straffet, att straffets grund tvärtom, såsom förut betonats, är samhällets strävan att förekomma vissa ur samhällets synpunkt onyttiga positiva handlingar ävensom dess önskan att förmå medborgarne till vissa nyttiga positiva handlingar. Ser man saken på detta sätt — och jag trotsar någon att kunna med rimliga skäl påvisa, att detta åskådningssätt är oriktigt — då blir också den på ren fiktion vilande konstruktionen, att underlåtenheten, såvitt den är straffbar genom sin s. k. effekt, verkligen har en effekt, fullkomligt meningslös. Den negativa handlingen är straffbar helt enkelt därför, att samhället önskar förmå sina medlemmar att i en liknande situation företaga den underlåtna positiva handlingen, uppenbarligen därför att denna är kausalbunden med negationen av den brottsliga »effekten» och sålunda med räddandet av vissa sociala värden. Det är sålunda i själva verket just dessa värden, vilka ligga i bakgrunden även här och föranleda handlingens önskvärdhet, låt vara att värdet ifråga blott skulle vara befrielse från fara för en viss skada. Normen för avgörandet av om en underlåtelse är straffbar eller icke är därför helt enkelt den: önskar samhället förmå personer i sådana situationer som den föreliggande till ett visst positivt handlande, och kan det sägas, att den positiva handlingen i föreliggande fall verkligen skulle ha hindrat den där effekten och sålunda ha varit av betydelse för ett för samhället viktigt värde? Det sista tillkommer, för att handlingens önskvärdhet från samhällets sida skall inpräg-

¹ Jfr ovan s. 34 ff.

las i det allmänna medvetandet såsom en följd av det ifrågakommande värdets betydelse. Detta skulle icke ske om underlåtenheten bestraffades, utan hänsyn till om verkligen den positiva handlingen skulle haft följden att hindra den skadliga effekten och dymedelst rädda ett socialt värde. Nu är det visserligen uppenbart, att i eljest jämförbara situationer ett visst positivt ingrepp kan än lyckas hindra och än icke lyckas hindra den skadliga effekten. Det kunde nu synas vara riktigtast att alltid straffa underlåtenheten i dylika situationer, oberoende av om det positiva ingreppet skulle ha lyckats avvärja den skadliga effekten eller icke. Det är emellertid på grund av människans psykiska läggning, såsom i annat sammanhang redan antytts,¹ säkert, att det ej skall lyckas i det allmänna medvetandet inpräglade en handlingens önskvärdhet, såvida det icke står klart för medborgarne, att den har betydelse för realiserandet av ett värde. Därför skulle det preventiva syftet med straffet icke kunna nås i det fall, att underlåtenheten straffades utan hänsyn till den underlåtna handlingens verkliga förmåga att avvärja viss skadlig effekt.

Kanske skall mot min uppfattning av de synpunkter, vilka man har att anlägga på frågan om den negativa handlingens straffbarhet, göras gällande, att de åt domaren inrymma en alltför stor prövningsfrihet. Visserligen skulle en sådan invändning icke vittna om mycken eftertanke, ty denna prövningsfrihet är varken större eller mindre än, utan alldeles precis densamma, som tillerkännes domaren, när han har att i allmänhet övertyga sig om, huruvida straffbarhet eller strafffrihet föreligger med hänsyn till spörsmålet om — såsom det så vilseledande och oriktigt uttryckes — handlingen är rättsstridig eller icke.² När fråga är om negativ handling, har domaren att i enlighet med ovan antydda synpunkter fatta ståndpunkt till frågan, om i situationer av till bedömande föreliggande art ett positivt ingrepp skulle vara så önskvärt, att denna

¹ Ovan s. 34; jfr även s. 36 f. ² Se härom nedan s. 69 ff.

önskvärdhet i det allmänna medvetandet bör inpräglas genom att bestraffa underlåtenheten. Vid positiv handling gäller det tvärtom att söka avgöra, huruvida man genom bestraffning bör eller icke bör i det allmänna medvetandet inpräglade en föreställning om otillåtligheten av en sådan handling som den påtalade också i en situation av tillbedömande föreliggande art. Den gängse konstruktionen, som för den negativa handlingens straffbarhet förutsätter, att den innebär åsidosättandet av en särskild rättsplikt, är absolut godtycklig och kan så mycket mindre accepteras, som den leder till ett alldeles orimligt resultat därutinnan att, såsom ovan påvisats, den negativa handlingen ovillkorligen i mångt fall bör vara straffbar, fastän någon rättsplikt ej åsidosatts. Däremot synes det mig uteslutet att godtaga den kritik mot den gängse läran, som *Thyrén* grundar därpå, att straffet för underlåtenheten ej alltid vore motiverat av den juridiska pliktens »intensitet». Här om skriver *Thyrén* följande:

»Om jag t. ex. på grund af legoafstal har en främmande sak i besittning och denna hotas af en fara, hvilken jag lätteligen kan afvärja, så är det sjelfklart, att min vårdnadspligt innefattar pligt att afvärja faran, äfven der den icke uppstått genom mitt förvållande. Men ett än så uppsåtligt underlåtande af denna pligt (t. ex. på grund af ovänskap med egaren) skulle säkerligen icke få annan rättsverkan än att göra mig skadeståndsskyldig — således intet straff. Om jag lagt ett hus för sommaren och under liknande omständigheter underlåter att afvärja en utan mitt förvållande uppkommen eldfara, så lär, äfven om mitt uppsåt skulle vara än så otvetydigt, lätteligen för mig att afvärja än så stor och orsakssammanhanget mellan underlåtenheten och skadan än så klart, domstolen svårligen döma mig för uppsåtlig mordbrand; kanske icke ens, om huset varit så beläget, att elden derifrån 'lätteligen kunnat spridas' till andra människoboningar.»¹

¹ *Thyrén*, Principerna II, s. 19.

Lika förklarliga som dessa uttalanden äro med den härskande lärans uppfattning om den pliktvidriga handlingen såsom en inre isolerad rättfärdighetsgrund till straffet, lika uppenbart är det, att man med utgångspunkt från den åsikt angående straffets uppgift, som jag här velat hävda, måste komma till det rakt motsatta resultatet, att underlåtenheten i de angivna fallen bör straffas lika väl som positiv handling. Kan det väl försvaras annorlunda än genom den mest skolastiska formalism, att A bör behandlas som en brottsling, om han uppsåtligen tänder eld på ett lånt manuskript men vara straffri, om han av skadelystnad underlåter att genom en handrörelse rädda det från elden? Den, som icke blivit rent förblindad av dessa ideligen inpräntade skolastiska läror, måste besvara denna fråga med nej, och han tillägger, att den rättsliga vårdnadspliktens »bristande intensitet» så mycket mindre i detta fall kan tillmätas den allra ringaste betydelse, som A:s av skadelystnad förestavade underlåtenhet att genom en handrörelse rädda manuskriptet i all rimlighets namn bör vara straffbar lika väl antingen över huvud taget någon juridisk plikt att vårda manuskriptet vilat å honom eller icke, alltså även om han ej lånt eller eljest med hänsyn till någon rättstitel förvarade detsamma.

Om begreppen (rätts)plikt, rättsstridighet och orätt, »tagna i objektiv mening».

Till undvikande av allt missförstånd må ytterligare, innan jag återgår till det fall, som bildat utgångspunkten för min undersökning, framhållas, att det blott varit för den gängse terminologiens skull, som jag här ovan använt ordet rättsplikt. Dylig kan nämligen icke tänkas. Plikt är känslan att vara driven att undvika eller utföra en handling. Visserligen är det klart, att den, som känner sig förpliktad, nu också måste ha en föreställning om, att handlingen är den rätta eller att den har den objektiva karaktär, att den »bör ske» eller »skall ske». Men ingen lär kunna angiva, vad detta »bör ske» betyder, om han abstraherar ifrån dess kraft att såsom en lystringsappell verkligen influera på viljelivet.¹ Man tror sig visserligen kunna förklara pliktens »bör ske» genom den faktiska förhandenvaron av en befallning, men det är alldeles uppenbart, att det blotta faktum, att jag emottagit en befallning, icke är detsamma, som att jag »bör» utföra den befallda handlingen. Om t. ex. en person befaller mig att företaga en brottslig handling, bör jag därför icke företaga den. Att man kommit att tala om rättsplikt såsom något objektivt konstaterbart, beror därpå, att man dels förutsatt, att rätten skulle vara en befallande makt, dels — och detta är det väsentliga felet — förutsatt, att en plikt skulle vara given blott därmed, att den i samhället rådande makten har befallt vissa handlingar.² Vore detta icke fullkomligt orimligt, skulle det exempelvis ha

¹ Se *Hägerström* a. a. s. 74 ff.

² Se *Hägerström* a. a. s. 122 ff.

varit plikt för de första kristna, att svika sin egen religion, därför att dess utövande var »förbjuden» i romersk lag. Vad som vållar, att man ogenerat tror sig kunna likställa detta, att en handling är av rätten befalld, med dess egenskap att vara en objektivt fixerbar rättsplikt, är framför allt den omständigheten, att flertalet människor i samhället verkligen äro fyllda av plikt-känsla emot sådana handlingar, som kriminaliserats. Man har sålunda givetvis verkligen åtminstone på känn den riktiga uppfattningen, att ordet plikt förlorar all betydelse, om icke en verklig plikt-känsla föreligger. Man kan icke med någon rimlighet påstå, att en viss plikt-känsla skulle vara riktigare än en annan. Ty att en plikt-känsla är riktig kan inte betyda något annat, än att det »böra», som man föreställer sig, när man har en plikt-känsla, verkligen gäller. Men att »börat» gäller, betyder något, blott om det verkligen är i stånd att verka en plikt-känsla. Plikt-känslan måste sålunda själv vara avgörande för riktigheten av »börat». Och i detta avseende råder givetvis ingen skillnad mellan olika plikt-känslor. Till den, som likväl vill söka hävda ett objektivt plikt-begrepp, skulle jag vilja rikta frågan: är det tänkbart, att en person, som endast ville konstatera, vad som är sant och verkligt, och som vore fullkomligt renons på alla andra känslor än ett rent teoretiskt intresse för verkligheten, skulle kunna finna någon handling vara plikt? Den frågan måste ovillkorligen besvaras med nej. Därmed är också klart att själva pliktomdömet icke kan fällas, utan att omdömesgivaren har en känsla av plikt. Därmed är också sagt, att pliktomdömet icke kan grundas på några förnuftsskäl och till själva sin natur icke kan vara objektivt. Att något är objektivt, därmed menas just att det kan fastställas såsom existerande utan hänsyn till våra känslor. — Då ens känslor nu emellertid icke låta sig normeras av föreskrifter, är det i och för sig meningslöst att tala om en r ä t t s l i g plikt. Vad man med detta ord på straffrättens område vill täcka är det förhållande, att en viss

positiv eller negativ handling är belagd med straff. En helt annan sak och det, som vållar begreppsförvirringen, är att flertalet människor — dock i allmänhet icke respektive brottslingar — äro fyllda av pliktkänsla emot handlingen i fråga, en känsla som ofta uppkommit eller kanske riktigare uppammats just genom handlingens kriminalisering. Det sista ordet vill jag hellre använda av hänsyn därtill, att det givetvis icke blott är de straffbara handlingarne, som strida mot ens pliktkänslor. Men pliktkänslorna hava olika grader, och det är för att få upp ett *m a x i m u m* av fasthet i pliktkänslan mot en *v i s s* handlingstyp, som samhället belägger densamma med straffpåföljd. Härvid är den frågan fullkomligt intresselös, huruvida samhället såsom lagstiftare anser, att en handling, som kriminaliseras, är pliktvidrig. Vad det gäller för samhället är att få in denna maximerade känslobetoning hos medborgarne såsom en den kraftigaste hämskon mot impulser till brotts begående.

Bl. a. i bristande klarhet på denna punkt bottnar, tror jag, detta meningslösa tal om att en handling kan utgöra en orätt, vara rättsstridig, utan att den är belagd med någon menlig rättspåföljd. Ty man menar med dylika talesätt ofta, att en viss handling innebär en rättsstridighet, alldeles oberoende av om den härflyter från 14-åringen A, den sinnessjuke B, den effekten icke anande C eller till sist den fullt tillräknelige D. Då ju enligt själva utgångspunkten det rättsstridiga i handlingen här ej kan framgå därav, att den är belagd med rättspåföljd, torde, om över huvud taget någon tanke ligger bakom påståendet om handlingens karaktär av orätt, meningen vara den, att handlingen är stridande mot en *a l l m ä n* plikt, vilken genom sin allmänna förhandenvaro fått karaktären av en *o b j e k t i v* plikt. Dylikt resonemang innebär emellertid en paralogism, närmare bestämt en *q u a r t e r n i o t e r m i n o r u m*. Ty när man talar om en allmän plikt, kan därmed icke menas något annat än att pliktkänslan finnes hos allmänheten, d. v. s. det stora flertalet människor. Om man nu därifrån sluter till

att plikten måste gälla också för den, som icke har pliktkänslan, så beror dylik slutledning i första hand därpå, att man förväxlat det kanske riktiga påståendet, att de flesta människor äro fyllda av känslan av plikt i ett visst avseende, med det oriktiga påståendet, att alla hade denna pliktkänsla. Det är denna förväxling som gjort, att man obemärkt från en subjektiv pliktkänslas relativt allmänna förhandenvaro sluter sig till en allmän plikt i objektiv mening, vilken skulle innebära, att en viss plikt alltid måste vara för handen, utan hänsyn till om pliktkänslan funnes.

Förklaringen till detta tal om orätta, rättsstridiga handlingar har även en annan sida, som jag för fullständighetens skull måste beröra. Man föreställer sig nog ofta i dylika fall, att »orätten» består däri, att en person handlat i strid emot ett sådant sakernas tillstånd, som samhället önskar med en viss rättsordning befordra. Den allra minsta eftertanke måste dock giva vid handen, att begreppen rätt och orätt genom att tagas i denna mening skulle bliva så urvattnade för att icke säga fullkomligt innehållslösa, att det vore uteslutet att å dem grunda några slags rättsliga konsekvenser. För att kunna göra detta måste man med dylik begreppsbestämning dela upp orätten i två arter, n:r 1 med och n:r 2 utan rättspåföljd. I rättsligt avseende måste därefter orätt n:r 2 bedömas på alldeles samma sätt som icke-orätt. Varför? Jo, just därför att orätten n:r 2 icke står i strid med ett sådant tillstånd, som är rättsligen reglerat, och alltså icke har någon rättslig betydelse. Man har sålunda av detta extra orättsbegrepp icke vunnit annat än att man med ett moraliskt ogillande ord fått beteckna handlingar, som stundom äro värda sådant ogillande men, väl att märka, stundom icke förtjäna detta omdöme. Antag t. ex., att en viss handelslag vore införd för att ägga den allmänna omsättningen, men att detta endast relativt lyckades. Det tillstånd, som då inträdde, skulle vara ett rättsstridigt och den bristande företagsamheten

skulle få karaktären av en rättsstridig negativ handling utan att dock på minsta sätt ha några rättsliga påföljder!

Man ser t. ex. hos *Sjögren* tydligt, till vilka orimligheter det leder att förväxla det av samhället med rätten önskade tillståndet med rätten själv.¹ Detta för nämligen till sådana konsekvenser, som att en persons förlust av sin egendom genom en rent yttre händelse involverade ett tillstånd av »oemotsvarighet mellan faktum och rätt», d. v. s. »ett mot en bestämd subjektiv rätt stridande faktiskt tillstånd».² Om sålunda stormen sönderslår en persons segelbåt, skulle en objektiv orätt föreligga, eftersom samhället onekligen med den privaträttsliga ordningens upprätthållande önskar, att var och en skall få njuta av vissa fördelar, så snart vissa rättsfakta äro för handen.³

Man tror sig stundom vara mycket konsekvent och logisk, när man såsom blott objektiva, icke subjektiva, orätter eller rättsstridigheter betecknar vissa icke med straff eller annan rättsreaktion belagda handlingar. Som exempel kunna anföras å ena sidan våldtäkt av 14-åring eller sinnessjuk — straffreaktionen är här utesluten på grund av s. k. bristande imputabilitet; och å andra sidan en normal, fullvuxen persons samlag med 14-årig flicka i tron, att hon vore fyllda 15 år — straffreaktionen faller här bort på grund av s. k. bristande imputation, d. v. s. därför att, såsom det heter, det objektiva rekvisitet icke är subjektivt täckt. Utgår man nu från att någon civilrättslig skada i dessa exempel ej uppkommit, så kan ju blott vara fråga om en s. k. kriminell orätt. Men brott kan ju icke vara tal om, eftersom detta förutsätter *förhandenvaron* av samtliga dessa tre moment: a) ett visst

¹ *Sjögren* a. a. s. 104 ff.

² *Sjögren* a. st.

³ Den exemplifierade konsekvensen drages på fullt allvar av *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2 uppl., s. 301. Se angående dessa frågor *Hägerström* a. a. s. 145 f.

objektivt rekvisit, b) ett härmed korresponderande subjektivt rekvisit, c) imputabilitet. Stryker man b) eller c), så utgör återstoden alldeles lika litet ett brott som om man i stället hade strukit a). När man icke förty ävlas att få beteckna de exemplifierade fallen såsom objektiva (kriminella) orätter eller rättsstridigheter, så måste detta bero därpå, att genom förhandenvaron av det för brottsbegreppet nödvändiga objektiva rekvisitet sådana sociala värden blivit kränkta, av hänsyn till vilkas skyddande samhället vill förekomma brott. Detta uttrycker man nu genom att tala om objektiva orätter eller rättsstridigheter, fraser vilkas meningslöshet av det förut sagda måste vara uppenbar. Det vore icke alls mera malplacerat att använda dessa fraser i avseende å dödande eller skadande genom jordbävningar, ras, skeppsbrott och andra olyckor. Logiken i dessa talesätt är densamma, som när söndagsjägaren vill bortförklara bomskjutningen med att han nästa n sköt haren.

Alldeles samma fel begår man, när man talar om den högsta statsmaktens, monarken och riksdagen i samverkan, rättsplikter på grund av grundlagen. Här måste nämligen beaktas, att grundlagens karaktär av rätt icke kan göras gällande i vidare mån, än den verkliga genomföres. Såvitt detta icke är fallet, kan blott sägas, att grundlagsstiftaren önskat en viss ordnings upprätthållande. Talar man nu här om rättsstridighet vid en sådan kränkning av grundlagen, som icke har några rättspåföljder, kan därmed icke menas något annat, än att det önskade tillståndet icke upprätthålles. Trots förefintligheten av uttryckliga normer går det här icke under några slags uppkonstruerade förutsättningar att föreställa sig, att en befallning skulle vara överträdd och av den anledning rättsstridighet föreligga, ty vem i all världen skulle befalla den högsta statsmakten själv? Det är ju klart, att även civillagsbestämmelser, som aldrig kunna komma till efterföljd genom domarens och den exekutiva

myndighetens tillämpning av desamma, i verkligheten alls icke äro gällande rätt utan endast fromma önsknningar från lagstiftarens sida. Naturligtvis äro för rättens bestånd vissa, densamma upprätthållande krafter i samhället nödvändiga, men dessa krafter ha själva på intet sätt rättslig karaktär utan ligga bakom rätten och reagera emot överträdandet av det, som anses vara gällande rätt, genom faktorer, som ingenting ha med den rättsligt reglerade verksamheten att skaffa. Mot exempelvis en monark och riksdag, som skulle ingå det *pactum turpe*, att riksdagen skulle bliva beständigt sittande utan att i grundlagsenlig ordning upplösas och förnyas genom nya val, skulle helt säkert den allmänna folkmeningen reagera genom en statskupp. I den mån ingen sådan reaktion skulle befaras, vore grundlagen i själva verket satt ur kraft.¹

¹ Se härom *Hägerström*, Är gällande rätt uttryck för vilja? i festskrift för Vitalis Norström, särskilt s. 187 ff.

**Satserna »nulla poena sine lege poenali»
och »ingen får döma i egen sak» erhålla
nytt underlag, som giva dem
absolut allmängiltighet.**

Jag återgår nu till det föreliggande fallet. Av den framdeducerade uppfattningen om straffets sociala uppgift framgår, att de anklagades här ovan skisserade motivläge ingalunda med nödvändighet gör dem straffria. Av det föregående framgår nämligen, att den subjektiva skulden, tagen i moralisk betydelse, icke spelar sådan roll i fråga om straffets berättigande.¹ Man behöver ju också blott erinra om straffbuden mot statsförbrytelser i den nationella rätten. Men det är just skillnaden mellan statsförbrytarens bestraffning och en bestraffning av de av ententen anklagade, att under det att straffet i förra fallet just fyller sin uppgift att skänka kraft åt den strafflag, som stipulerat straffet, så kunde straffet i senare fallet, där detsamma påbjudande straffnormer saknas, såsom förut framhållits, icke ha någon mission att fylla. Det blott a straffet verkar enligt vad jag förut visat endast såsom avskräckningsmedel. Ty genom själva straffet som sådant blir ingalunda i det allmänna medvetandet inpräglad föreställningen om det påtalade handlandets inkorrekthet. Tvärtom kan ju straffet, om en detsamma reglerande norm saknas, såsom jag också förut framhållit, genom sin godtycklighet verka i fullkomligt annan riktning än den avsedda, framför allt hos den såsom brottsling behandlade själv, om han nämligen betraktar detsamma som orättvist. Detta får en alldeles sär-

¹ Om de moraliska motivernas betydelse se nedan s. 75 ff.

skild betydelse, när det som här i verkligheten gäller att slå ned en nationell åskådning på ett sådant sätt, att i grunden en hel nation måste känna sig utpekad som brottsling.

Nu kunde kanske häremot invändas, att de straff, som påtänkts, kunde vara just blott konsekvenser av allmänna, ehuru icke vare sig sedvanerättsligt eller genom särskild stipulering fixerade internationella straffrättsnormer. Det kunde nämligen tänkas, att det här gällde normer, bestämda av det allmänna rättsmedvetandet. Straffet kunde då förutsättas skänka kraft åt sådana normer, vilka därigenom bringades att funktionera i riktning emot konstitueringen av idén om vissa handlingar såsom otillåtliga. Men även om sådana normer skulle finnas, ha de dock icke ens den bestämdheten, att det kan sägas genom dem vara fixerat, var gränsen går mellan den straffbara och icke straffbara gärningen, något som givetvis är nödvändigt, för att en straffrättsnorm skall få betydelse såsom dirigerande det allmänna handlandet. Än mindre kunna de sägas på ett bestämt sätt avgöra graden av straffbarhet i avseende å särskilda handlingar. Detta har en särskild betydelse. Det är nämligen för inpräglandet i det allmänna medvetandet av grundsatser i fråga om handlingars tillåtlighet eller otillåtlighet icke tillräckligt, att de överhuvud äro belagda med straff, de måste även vara belagda med ett bestämt straff. Anledningen härtill är följande. En handling kan icke i det allmänna medvetandet, enligt vad här ovan blivit utrett, framstå såsom otillåtlig, om icke densamma refererar till sociala värden, som genom densamma kränkas. Och straffnormerna måste fixera just dessa värden betydelse på det sätt, att de bestämma större eller mindre straff för deras kränkande. Sådana värden kunna nämligen icke *in abstracto* bestämmas såsom värden, de måste också värderas i förhållande till varandra för att straffnormernas värdesättning skall komma i kontakt med det vanliga föreställnings-sättets uppfattning, vilket givetvis är nödvändigt för att straff-

lagens medelbara värdering av dem skall få kraft i samma föreställningssätt. Därför är det icke nog, för att en straffnorm skall vara dirigerande för det allmänna handlandet, att blott gränsen mellan straffbarhet och icke straffbarhet fastställs, under det att straffets grad antingen bestämmes lika för alla gärningar eller lämnas obestämt.

Nu kan emellertid återigen här invändas, att just ett sådant straff, som det ifrågasatta, självt genom att verka prejudicerande kunde frambringa verkliga straffnormer, som då finge karaktären av ett slags spirande sedvanerätt. Men först och främst finge ej heller sådana normer, enär de icke vore uttryckligt stipulerade, den bestämdhet, som på ett särskilt sätt tarvas, för att en straffrättsnorm skall utföra sin funktion att inpräglä i det allmänna medvetandet vissa handlingars otillåtlighet. Det är nämligen först genom straffets *r e g e l r ä t t a* följande på brottet, som strafflidandet kommer att framstå såsom något till gärningen med naturlags nödvändighet knutet. Först därmed inträder reaktionen i det allmänna medvetandet mot densamma såsom absolut otillätlig. Men vidare; även om på den vägen nyttiga straffrättsnormer kunde uppstå, finnes dock en enklare väg att åstadkomma samma resultat, nämligen att uttryckligen stipulera de behövlige normerna. Under sådana förhållanden blir straffet här dock icke nödvändigt för åstadkommande av det åsyftade resultatet. Men det hör just till den modärna rättsuppfattningen, att ett lidande icke får rättsligen påläggas någon, såvida det varken kan visas vara nyttigt för honom själv eller behövt för sociala ändamål.

Av vad som nu utvecklats framgår, att den av mig hävdade uppfattningen angående straffets sociala funktion med nödvändighet leder till den absoluta allmängiltigheten av satsen *nulla poena sine lege poenali* och sålunda även till tillämpligheten av denna sats i internationella situationer av förevarande slag.

Men också med bortseende härifrån verkar — genom själva karaktären av den planerade domstolen — straffet icke såsom en tillämpning av en över nationerna stående norm och kan förty icke heller få den nu framhållna betydelsen. Ty just det är en betingelse för, att en straffnorm skall få makt att verka på nyss angivet sätt bestämmande över vilka handlingar, som anses tillåtliga eller icke, att domaren, som har att tillämpa normen, icke är part i målet. Ty, som nämnt, endast om konsekvent och regelrätt straffet fogas till gärningen, kan i det allmänna medvetandet uppstå den föreställningen, att just denna påföljd hör i hop med denna gärning och att därför gärningen är förkastlig. Men är domaren part i målet, så saknas självklart garantierna för att en regelrätt tillämpning av straffnormen äger rum. Därför kan icke, om domaren är part i målet, ens medelbarligen straffet verka såsom ett moment i uppehållandet av straffnormens kraft. Av 227—229 art. i fredstraktaten framgår emellertid, att just de stater, som i kriget utgjort de anklagades motståndare, skulle komma att fungera som domare.

Vad jag nu sist framhållit visar, att — om eljest förutsättningarna för den ifrågasatta straffrättsliga aktionen mot Wilhelm II och hans f. d. tjänstemän vore för handen — en deras bestraffning likväl icke kunde ur rättsliga synpunkter på något sätt försvaras, om de icke rannsakades och dömdes av en opartisk domstol.

Men alldeles bortsett från det i detta avseende nu sagda, kan ifråga om grundsatsen om domarens opartiskhet samma resonnemang föras, som i början av denna undersökning antyddes beträffande spörsmålet, om man kunde motivera en tillämpning av principen *nulla poena etc.* också på internationella situationer av förevarande slag med de i behovet av

allmän rättssäkerhet grundade synpunkter, varpå man inom teorien hittills fotat denna princip's giltighet inom den nationella (däri då inbegripet jämväl den s. k. privat internationella) straffrätten. D. v. s. man bör kunna ifrågasätta, om icke de i behovet av rättssäkerhet och kravet på billighet grundade synpunkter, vilka inom den nationella rätten föranlett uppställandet av grundsatsen om domarens opartiskhet, måste ha samma betydelse, när fråga är om sådana internationella situationer, som den här berörda.

Skyddsåtgärder mot farliga individer böra ej förväxlas med straff.

Det bör härefter tilläggas, att de åtgärder, som vidtogos från Englands sida gent emot Napoleon, icke hade samma slags karaktär som den nu mot tyske exkejsaren och hans f. d. tjänstemän intenderade bestraffningen. Då gällde det en handling av praktisk politik, som ansågs nödvändig för den allmänna säkerheten på grund av faran från Napoleon personligen. Skulle i detta fallet sådana synpunkter varit de egentligt bestämmande som behovet att skydda sig mot faran för Europas säkerhet av de anklagades fortfarande handlingsfrihet, då givetvis internering måste anses synnerligen befogad, vore ingenting att invända mot en sådan ren nödvärnsåtgärd. Här är emellertid platsen att framhålla, att en förväxling av straff i egentlig mening och sådana skyddsåtgärder gentemot mer eller mindre samhällsfarliga individer, vilka ha rent administrativ karaktär, icke är främmande för det vanliga betraktelsesättet inom straffrättsvetenskapen. När man, såsom i allmänhet sker, betraktar straffet såsom en preventivåtgärd gent emot den särskilde brottslingen,¹ är det klart, att gränsen häremellan och den rena polisskyddsåtgärden blir synnerligen vag. I vår gängse straffrätt framträder också förväxlingen i behandlingen av vissa vaneförbrytare. Straffet mot dessa bestämmes nämligen icke enbart efter den begångna

¹ T. ex. *Thyrén*, som anser straffsystemet närmast böra byggas på denna synpunkt, *Principerna I*, s. 16; *Stjernberg*, *Kriminalpolitik*, Uppsala 1918, t. ex. s. 5. Av annan mening dock *Wetter* a. a. s. 3 ff.

gärningen och de speciella motiverna vid brottstillfället, utan man tager jämväl hänsyn till den samhällsfara som vaneförbrytaren personligen innebär. Det riktiga vore, att gent emot sådant vidtagna särskilda åtgärder, som icke hade straffkaraktär. Genom det nuvarande drastiska förfarandet — exempelvis åtskilliga års straffarbete för snatteri av en brödkaka! — framträder straffet i dylika fall som en orättvisa, emedan det ej — såsom eljest — reglerats av storheten av det sociala värde, som med gärningen angripits. Det är synnerligen viktigt, att de åtgärder, som kunna finnas nödvändiga på grund av den fara, som vaneförbrytaren personligen innebär, både till namnet och gagnet skiljas från egentliga straff. Givet är att varje lidande, som tillfogas vaneförbrytaren utöver ett för den särskilda gärningen — med hänsyn till straffets sociala funktion enligt det ovan sagda — bestämt straff, är fullkomligt ändamålslost. Det har varken betydelse för inpräglandet av handlingens otillåtlighet ej heller, åtminstone i allmänhet, såsom det riktiga medlet att förbättra honom. Vad som behöves är närmast intet annat än en lagligt reglerad internering för längre eller kortare tid med iakttagande av att varje slags lidande för objektet hålles fullständigt utanför syftmålet med en dylik internering och att det lidande, som trots detta interneringen väl i allmänhet faktiskt måste innebära, inskränkes till det allra minsta möjliga. Detta vill framför allt säga, att den internerade inom de av interneringen själv nödvändigt uppdragna skrankorna bör få tillgodonjuta fullständig frihet. I rak strid med vad *Thyrén* i denna fråga lär,¹ har man sålunda att noga beakta, dels att den särskilda åtgärden mot vaneförbrytaren icke på något sätt bör hava straffkaraktär, och dels att den måste föregås av ett verkligt straff — för såvitt nämligen nu ett brott blivit begånget. Ty naturligtvis

¹ *Thyrén*, Principerna I, s. 130 ff. Se även hans behandling av alkoholistbrottslighet s. 166 ff.

är det tänkbart, att den särskilda interneringsåtgärden omedelbart föranledes av ett handlande, som icke är kriminaliserat. Detta följer ju därav, att det med denna åtgärd icke alls är fråga om någon straffreaktion; liksom också därav måste följa, att kravet hos *Thyrén* på åtminstone någon proportion mellan den kroniske brottslingens brott och den på detsamma följande interneringsåtgärden blir alldeles ogrundat. Detta krav bottnar uppenbarligen i dubbelmisstaget: uppfattningen av den ifrågavarande skyddsåtgärden såsom en straffreaktion och åsikten att brottet, varande en pliktvidrighet, utgjorde en inre isolerad rättfärdighetsgrund till straffet.

Emellertid framgår uppenbarligen av själva bestämmelserna i fredstraktaten, att det här icke gäller en sådan skydds- eller nödvärnsåtgärd utan en verklig bestraffning i kriminalrättslig mening. Särskilt pekar — utom fredstraktatens »straffbestämmelser» om de anklagade tjänstemännens ställande inför ententens krigsdomstolar och Wilhelm II:s inför en särskild domstol med användande av vanlig rannsakningsprocedur — i denna riktning det förhållandet, att de tjänstemän, som befinnas skyldiga, skola dömas till *les peines prévues par les lois* (228 art.), varmed framför allt straffen i de franska och de belgiska krigslagarne torde avses, sålunda nationell rätts lagar.

Den till utgångspunkt tagna frågan, bedömd under den härskande lärans synvinkel.

Det har slutligen ett visst intresse att ägna några reflexioner åt frågan, hur det nyss berörda förfarandet skulle bedömas enligt den härskande straffrättsdogmatiken. I detta avseende har jag ju redan i början av framställningen framhållit, att de anklagades motivläge varit av den beskaffenhet, att deras handlingar så långt ifrån involverat pliktöverträdelser, att man tvärtom icke rättvisligen kunnat kräva, att de skulle ha handlat annorlunda än de gjort. Därav skulle då enligt den dogmatiska uppfattningen av brottets väsen ur rättslig synpunkt följa, att straffbarhet icke kunde komma ifråga. Nu förhåller det sig emellertid så, just med den juridiska vetenskap, som laborerar med fiktioner, överkliga konstruktioner och skolastiska begreppsformuleringar, att den i uppbyggandet av sina läror ideligen nödgas uppgiva sina egna förutsättningar och sålunda till stor del företer en enda serie av motsägelser. Dylikt ligger i sakens natur, därför nämligen att å ena sidan rättsvetenskapen, hur den än konstruerar och formulerar, måste skaffa sig kontakt med det verkliga livet för att söka göra sig fruktbärande för detta, och å andra sidan livet givetvis icke låter sig regleras efter på överkligheter grundade läror. Några exempel på dessa den härskande rättsdoktrins motsägelser ha framgått av det föregående. Ett av dem är det här föreliggande. Av ett sådant motivläge som det skildrade drager man nämligen ingalunda konsekvensen straffrihet. Med omedvetet uppgivande av pliktöverträdel-

sen såsom förutsättning för straffbarhet uppställer man ju tvärtom t. ex. statsförbrytelsen såsom straffbar, också om de mest ädla motiver drivit till handlingens begående.

Skall man utifrån den härskande straffrättsläran kunna komma till ett verkligen motiverat ogillande av det av ententemakterna uppställda utlämningskravet, så kan detta blott ske genom en bindande argumentering för att de synpunkter, å vilka man hittills ansett sig stödja satsen *nulla poena etc.* eller principen om domarens opartiskhet, måste göra dessa regler tillämpliga också i förevarande fall. Dylik argumentering torde dock helt säkert icke kunna presteras. Beträffande t. ex. principen om domarens opartiskhet kunde man ju från anklagarehåll göra gällande, att dennas giltighet måste förutsätta, att över huvud taget en kompetent och opartisk domstol kunde åstadkommas. Och nog skulle ganska starka skäl kunna förebringas, för att det vore utslutet att erhålla en verkligen både kompetent och opartisk domstol att döma i denna sak. Vad åter angår satsen *nulla poena etc.*, kunde man intaga den kanske icke bestämt riktiga, men säkerligen icke heller lätt vederläggliga ståndpunkten, att denna sats blott hade giltighet i ett rättssystem, vari över huvud taget en ordnad straffrätt finnes införd. Då nu här icke ens finnes ett verkligt rättssystem, än mindre någon ordnad straffrätt, vore det icke alls orimligt, att man med utgångspunkt från en doktrinär uppfattning av straffet såsom avskräckningsmedel, hämnd, förtjänt vedergällning, reaktion mot brottslingens samhällsfarlighet eller förbättringsfaktor, låte en domstol efter vanlig rannsaking med de anklagade utmäta ett med hänsyn till något eller några av dessa syften passande straff.

Av den uppfattning däremot angående straffets sociala funktion, som jag i det föregående dels genom kritik av rådande åsikter och dels genom framläggande av positiva skäl sökt hävda, måste — såsom jag ju också visat — med nöd-

vändighet följa, att det förfarande, som av ententemakterna påtänkts mot exkejsaren och de tyska tjänstemännen, skulle komma att stå i strid med en acceptabel uppfattning om straffets sociala funktion och sålunda med rättsgrundsatser, som äro av genomgripande betydelse för vår kultur. Redan häri måste ligga ett visst indicium till stöd för företrädet för min uppfattning framför den gängse åskådningen, alldenstund det småningom allt klarare framträtt, att denna straffrättsliga aktion, som blivit stipulerad i fredstraktaten, vore något, som icke skulle kunna uppbäras av allmänhetens känsla av vad som här vore med rätt och billighet överensstämmande.

Rättsstridighet och lagstridighet.

Förut har jag visat, att en handlingens rättsstridighet icke kan betyda något annat, än att den har en viss menlig rättspåföljd, vilken utgöres av straff, försåvitt fråga är om straffrätt. Då rättsstridighet sålunda blott och bart är en omskrivning för straffbarhet, innebär det förra allenast ett fullkomligt intetsägande ord, vid sidan av begreppet straffbarhet. Den förtjänst man plägar tillskriva den nordiska rättsdoktrinen (representerad av *Goos, Getz, Torp* och *Thyrén*) att med särskild konsekvens ha hävdad nödvändigheten att för straffbarhet vid sidan av handlingens »strafflagstridighet» såsom en därifrån skild förutsättning uppställa handlingens rättsstridighet är sålunda, för att använda ett mildt uttryck, av mycket tvivelaktigt värde. Det är naturligtvis icke annat än rent skolastiskt nonsens att exempelvis påstå, att skarprättaren, när han exekverar straffet, handlar i strid mot strafflagens bud mot mord, men likväl icke skall straffas, enär han icke handlat rättsstridigt. Är det icke förunderligt, att samhället som nu har intresse av den där brottslingens avrättning och därför gjort upp med bödeln, att han skall verkställa densamma, är det icke förunderligt, synes man mena, att icke samhället nu hotar bödeln med dödsstraff, om han på avtalat sätt tillgodoser dess intresse? Ett så enastående underligt fenomen måste naturligtvis ha en enastående skarpsinnig förklaring, och efter oändliga diskussioner lyckas det slutligen den nordiska rättsdoktrinen att giva denna förklaring genom att uppställa ett särskilt brottsrekvisit, handlingens rättsstridighet. Jag ser emellertid saken på rakt motsatt sätt. Mig vore det i högsta

grad förunderligt, om samhället skulle vilja straffa bödeln, enär han utfört sitt åliggande. Har man sitt förnuft i behåll, så inser man, att rätta sättet att befrämja en handling icke är att belägga den med straff. Då sålunda bödelns bestraffning skulle kunna erhålla sin förklaring endast och allenast under det givetvis obefogade antagandet, att samhället styrdes av i patologisk mening idiotiska krafter, behöver hans strafffrihet naturligtvis ingen särskild förklaring. Den följer helt enkelt därav, att förnuftiga människor icke kunna ha stiftat en lag, som kriminaliserade hans handling. M. a. o. denna kan enligt sakens natur icke vara »lagstridig»; alltså — vilket är detsamma — icke heller straffbar; och alltså — vilket åter igen är detsamma — icke heller rättsstridig. Och på fullt jämförligt sätt förhåller det sig i alla de fall, där rättskolastiken förklarar en »handlings straffbarhet falla bort på grund av bristande rättsstridighet». Det enkla och klara förhållandet är, att samhället naturligtvis icke förfar så vettvilligt, att det med straff belägger handlingar, som det antingen direkt önskar se utförda eller i varje fall icke vill av hänsyn till samhällsnyttans krav förhindra. En mera öppen och lättfattlig förklaring kan givetvis icke erhållas; en ytterligare »utredning» på denna punkt är alldeles meningslös. Men varför inses detta icke av rättsvetenskapen? Varför ser sig exempelvis den nordiska rättsdoktrinen nödsakad att undanskymma klarheten i detta obestridliga förhållande genom att inkläda sina tankar i denna skolastiska begreppsdräkt, läran om rättsstridigheten? På dessa frågor kan jag ej finna något annat svar, än att straffrättsdoktrinen, såsom något självklart utgår från, att i strafflagen, sådan den är bokstavligen skriven, fixeras rättsplikter eller befallningar. Man frågar sig sålunda, när spørsmålet om en handling straffbarhet skall bedömas, om densamma faller inom lagformuleringens döda bokstäver eller icke. Emellertid går det nu icke att bortresonnera, att åsidosättandet av dessa »rättsplikter» eller överträdandet av dessa

»befallningar» — trots förhandenvaro av tillräknelighet — icke alltid kan få anses straffbart. Med insikten härom — vilken naturligtvis beror därpå, att också den mest förbenade skolastik i realiteten icke verkningsfullt kan undertrycka ett sådant samhällsnyttans intresse, varom här är fråga — står man inför det synnerligen kitsliga problemet, hur det kan vara möjligt, att en handling, som är fixerad i strafflagen såsom straffbar och sålunda »strafflagstridig», likväl icke alltid är straffbar. Detta till synes orimliga problem erhåller emellertid sin lösning därigenom, att man såsom förutsättning för straffbarhet vid sidan av det, som framgår av handlingens »lagstridighet», uppställer ett särskilt rättsstridighetsrekvisit. Det är sålunda att märka, att det är samhällsnyttans egna intressen, som framdrivit detta skolastiska begrepp, men i detta sammanhang ännu viktigare att märka, att det har nödvändiggjorts genom skolastiken i själva utgångspunkten, enligt vilken »strafflagstridighet» kan föreligga utan handlingens straffbarhet.

När det gäller att tillämpa strafflagen på en begången handling, får man naturligtvis icke ställa frågan så fullkomligt meningslöst: faller handlingen inom lagformuleringens döda bokstäver? Utan man har att spörja sig: vad vill samhället med straffbudet åstadkomma; vill samhället med dess genomförande förekomma handlingen också i sådana situationer som den föreliggande? Måste detta spörsmål nu besvaras så, att samhället antingen direkt önskar handlingen i dylika situationer utförd eller i varje fall icke önskar, att den skall förhindras, då betyder detta, att handlingen ifråga faller utanför det med straffbudet avsedda brottsrekvisitet och sålunda icke är straffbar.

Emot riktigheten i att sålunda utan alla slags konstruktioner låta ett straffbuds verkliga innehåll trots dess ordalydelse begränsas, så att det ej får skjuta utöver vad som täckes

av syftet med hänsyn till samhällsnyttan av dess kriminalisering kan naturligtvis ingenting invändas, försåvitt man icke ger sig till att bestrida, att strafflagen verkligen tillkommit med samhällsnyttan såsom åtminstone ett syfte och att detta syfte bör läggas till grund för lagtolkningen i stället för de med hänsyn till sin realiserbarhet rent chimäriska syften, som lagstiftaren på grund av en från verkligheten bortvänd skolastisk jurisprudens möjligen kan ha haft. Det förhåller sig nämligen på följande sätt. Av skäl, som i det föregående framhävts, är det absolut nödvändigt, att samhället kriminaliserar en mängd positiva och negativa handlingar, vilkas absoluta otillåtlighet av hänsyn till samhällsnyttan måste inpräglas i det allmänna föreställningssättet. Idealiskt hade ju varit, om därvid dessa handlingar på ett exakt sätt hade kunnat fixeras. Av lätt begripliga skäl ligger emellertid detta ideal på det hela taget mycket långt utanför möjligheternas gränser. Hur fullständigt man än söker formulera ett brottsrekvisit, skola alltid sådana situationer kunna tänkas uppkomma, att det icke är förenligt med samhällsnyttan att prevenera mot handlingen i dessa situationer genom dess kriminalisering. Beträffande vissa handlingar (exempelvis stöld) har man enligt sakens natur kunnat komma brottsrekvisitets exakta formulering vida närmare än beträffande andra (exempelvis ärekränkning). En lagstiftare kan också på grund av erfarenhetskänedom, förutseende blick och formuleringsskicklighet uppnå bättre resultat i förevarande avseende än en annan, men idealet har aldrig någon nått, och det torde heller aldrig kunna nås.

Den osäkerhet, som enligt det sagda i högre eller lägre grad måste vidlåda straffrättsskipningen, kan givetvis icke tagas till intäkt emot detta bestämda förkastande av det s. k. rättsstridighetsrekvisitet, av det enkla skälet, att man genom dettas uppställande icke på något sätt kan bana vägen för en minskning i osäkerheten ifråga. Ty, märk väl, uppställandet av rättsstridighetsbegreppet är i själva verket blott ett försök

att på basen av den här kritiserade straffrättsståndpunkten finna ett uttryckssätt för de fall, då en handling icke är straffbar, trots det att det formellt lagliga brottsrekvisitet är förhanden. Denna företeelse måste man nu förklara så, att i dylika fall icke någon verklig rättspliktsöverträdelse i straffrättslig mening ägt rum, sålunda ingen rättsstridighet skett, fastän detta å andra sidan tycks framgå av det formulerade straffbudet. Vad det emellertid i verkligheten gäller är blott att finna principer, som man kan använda vid bedömande av den frågan, om straff i ett visst fall, å vilket straffbudet rent formellt sett är tillämpligt, står i överensstämmelse med samhällets syfte med lagen ifråga eller icke. Härvid bör naturligtvis — såvida man över huvud taget håller fast vid realiserbara syften — ingen annan princip kunna komma ifråga än den, som hämtar sitt innehåll från samhällsnyttan. Saken är ju i själva verket så synnerligen enkel: fastän de i en strafflag av samhället åsyftade handlingarne icke på långt när kunna fullständigt beskrivas, har samhället icke något annat val än att hålla sig med en på detta sätt ofullkomlig strafflag, vilken naturligtvis därför icke kan gälla alla dessa av straffbudens formuleringar täckta handlingar utan i görligaste mån får begränsas till de i lagen åsyftade handlingarne. Läger man så härtill, att dessa uppenbarligen äro de inom ett straffbuds formulering fallande handlingar, vilka det vid tidpunkten för bedömandet ligger i samhällets intresse att förhindra, och vilka sålunda icke äro vare sig direkt samhällsnyttiga eller i allt fall ur samhällsnyttans synpunkt oskadliga, står man inför den lättfattliga och klara verkligheten, som man gjort allt vad man kunnat för att undanskymma med sina teoretiska spetsfundigheter.

Slutanmärkning.

Den, som är mera förtrogen med rättsvetenskapen, torde böra inse, att det i ovanstående undersökning icke varit fråga om blott abstrakt-teoretiska omformuleringar av gängse läror, utan att den här hävdade uppfattningen tvärtom måste leda till verkliga och betydelsefulla resultat. Till ledning i detta avseende skall jag emellertid i nedanstående punkter framhålla åtskilliga särskilt beaktansvärda konsekvenser, vilka måste framgå av min utredning.

1. Vid handlingens kriminalisering ligger huvudvikten vid straffnormens moraliska inflytande på samhället. Fungerar straffet ur denna synpunkt välgörande, blir dess betydelse för den enskilde brottslingen av fullkomligt underordnad natur. Detta moraliska inflytande är beroende på anknytningen till vissa värden, vilkas allmänna upprätthållande är ett socialt intresse. Emellertid bör man göra klart för sig skillnaden mellan straffets betydelse i det äldre och det nutida samhället. Förr kunde värden, vilkas upprätthållande blott hade betydelse för en viss klass, i det allmänna medvetandet inpräglas såsom okränkbara. Då verkade den blotta straffhotelsen i förbindelse med religiöst vidskepliga föreställningar tillräckligt. Numera, då individens och klassens medvetande om sin egen betydelse har blivit väckt och i samband därmed kritiken av klasssamhällets moral, går det icke längre för sig att med verklig effekt stämpla några andra värden såsom okränkbara än sådana, vilkas allmänna upprätthållande är av betydelse för, i stort sett, alla i samhället. Därför måste en strafflagsre-

form under nuvarande förhållanden ovillkorligen ingå såsom led i en allmän sociallagstiftning, varigenom samhällsordningen i det hela framstår såsom sådan, att den av var och en kan betraktas såsom värdefull att upprätthålla. Härmed har en verklig ledning givits vid bedömandet av dessa svåra frågor angående vad som bör och icke bör lämpligen kunna bli föremål för kriminalisering. I sin allmänhet gäller visserligen här som eljest, att »alla vägar gå till Rom». Men i de diskutabla fallen har man i själva verket hittills saknat säker ledning. Den synpunkten har haft betydelse för en; det skälet för en annan. Både likt och olik har kommit under debatt. Naturligtvis har man därvid jämväl kommit att beakta den här hävdade synpunkten. Men om denna mitt i allt virrvarret av åsikter kunnat taga ledningen, har ofta berott blott på en slump, ty de verkliga skälen till dess betydelse har man aldrig kunnat framställa. För befogenheten i det sagda behöver jag blott erinra om vår Åkarpslag och »preventivlag» samt om diskussionerna i början av århundradet (särskilt år 1905) angående straff för kontraktsbrott i samband med strejk. Såsom ett särskilt intressant och belysande förhållande kan framhåvas, att min uppfattning måste föra in diskussionen angående det s. k. totalförbudet på ett helt annat plan och leda till att tanken på dess införande inom en överskådlig framtid alldeles bestämt måste avvisas.¹

2. Härefter kan jag lämpligen beröra frågan om motivenas betydelse för straffbarhet och straffmätning. I detta avseende är det två intressen, som stå emot varandra. Bådas tillvaratagande är emellertid nödvändigt för straffets funktionering i här framhållen riktning. Å ena sidan är det väsentligt, att vissa handlingstyper utbildas såsom straffbara. Detta är nämligen nödvändigt för att kunna inpräglade en vid den motsatta handlingen såsom sådan knuten plikt känsla. En dylik s. a. s.

¹ Se härom en kortfattad utveckling av undertecknad i Tiden 1920. 1 hft.

abstrakt plikt-känsla är betingelse för samhällsordningens bestånd, enär eljest handlingar, såsom exempelvis stöld och rån, genom allehanda sofistisk och genom individualiserande samvetskänslor skulle kunna av den enskilde rättfärdigas till allmän osäkerhet. Därför få icke tillfälligtvis förhållandenvarande moraliska motiver utesluta handlingens straffbarhet.¹ Å andra sidan är det lika viktigt att i moraliskt avseende olika motivlägen verkligen föranleda olika straff. Ty det är givet, att plikt-känslan icke kan och icke heller bör reagera med samma styrka gent emot handlingar, som själva ha individuell moralisk motivering. De moraliskt goda elementen i handlingen måste naturligtvis motverka det moraliska fördömandet av densamma. Från nu antydda fall av blott straffmildring måste emellertid strängt skiljas sådana fall, i vilka de moraliska motiven för handlingen icke äro av individuell natur, utan framgå av inom samhällsklasser eller samhällsgrupper rådande intressen, fall i vilka sålunda hela partier av samhället verkligen gilla handlingen. Här är det givetvis icke möjligt att genom straffnormer och dess effektivering inpräglade plikt-känsla i avseende å handlingen hos det stora flertalet samhällsmedlemmar. Därav följer, att handlingens bestraffande i dylika fall icke allenast är överflödigt utan dessutom också medför ett särskilt ont. Straffet har nämligen nu en samhällsdemoraliserande verkan genom att i allmänhet nedsätta strafflagens auktoritet. Därför böra icke sådana handlingar bestraffas, som visserligen innebära angrepp på andras person och egendom men framgå av sådana situationer, som exempelvis föreligga vid vissa strejktillfällen, då det är uppenbart, att de strejkandes allmänna moraliska medvetande reagerar mot särskilda åtgöranden från klasskamraters sida (strejkbrytare). Naturligtvis måste till förebyggande av våldshandlingar, vilka ju alltid äro ett ont, nödiga skyddsåtgärder vidtagas från samhällets sida. Dessa

¹ Jfr ovan s. 27.

skyddsåtgärder böra emellertid icke på något sätt erhålla karaktär av straff. — Av det sagda är klart, att straff ännu mindre bör få komma ifråga i ett fall sådant som Schaumann-Bobrikoff, där hela samhällets moraliska medvetande sympatiserar med »brottslingen».

3. Den av mig hävdade uppfattningen leder till att åt psykiatrien i rättsskipningens tjänst måste anvisas en uppgift av vida mera begränsad art, än man hittills velat tillägga densamma. Detta sammanhänger med betydelsen av den här förfäktade uppfattning för skiljandet mellan tillräknelighet och otillräknelighet. Anledningen till ett dylikt skiljande framgår i synnerhet av vad som utvecklats här ovan (s. 30 ff.) angående straffets s. k. rättvisa. Jag bortser härvid emellertid från åldersgränsens betydelse, enär straffbarhetens inträdande först efter uppnående av en viss ålder uppenbarligen har en helt annan grund än abnormitetens strafffrihet och sammanhänger därmed, att pliktkänslans uppammande dessförinnan lämpligast sker genom helt andra medel än strafflagar och deras genomförande. Se vi därför på abnormiteten såsom grund för strafffrihet, så är det klart, att man från det allmännas sida icke kan reagera mot handlingen genom föreställningen om dess pliktvidrighet, redan av det skäl, att den handlande ju icke betraktas såsom »fri». Men att det allmänna icke så reagerar betyder, efter vad jag påvisat, att en pliktkänsla icke vaknar vid införsättandet i den handlandes psykiska situation. Detta åter innebär, att den ifrågavarande psykiska situationen är så främmande för samhällsmedlemmarna i allmänhet, att de icke ens kunna känna några tendenser till ett handlande, bestämt av sådana motiver, som i fallet föreligga. Men därmed är också sagt, att i varje fall, där det allmänna medvetandet verkligen reagerar på angivet sätt och där sålunda tendensen till handlande av i fallet föreliggande motiver icke är något för samhällsmedlemmarna i gemen främmande, där är det oriktigt

och farligt att använda begreppet abnormitet såsom grundande straffrihet. Den enskilde förbrytaren må hur mycket som helst framträda såsom abnorm genom fullständig frånvaro av plikt känsla eller allmänt sociala känslor; hans själsläge är dock sådant, att det visst icke är något för den normale samhällsmedlemmen främmande, ehuru hos denne de brottsliga tendenserna undertryckas genom moraliska faktorer. Psykiatrien bör därför regleras av det allmänna medvetandets sätt att reagera och har endast till uppgift att, där tvivel kan finnas, söka fastställa, huruvida själsläget vid handlingen var sådant, att det allmänna, om det haft full insikt i saken, icke skulle ha reagerat. D. v. s. psykiatern får icke ställa frågan så: är den handlande i abnorm brist på sociala känslor? Utan han bör ställa den så: finns det ingen fara för att ett sådant motivläge som den handlandes skulle kunna bli det bestämmande också för åtskilliga andra samhällsmedlemmar, om gärningen icke bestraffades? En ledning vid svaret på den frågan erhålles i det allmännas sätt att förhålla sig gent emot handlingen ifråga vid tillräcklig kunskap om sakläget. Man må ej förlora ur sikte, att vad som gör, att den grövre brottsligheten i den allmänna föreställningen framträder såsom något »abnormt», det är just den särskilt starka allmänna plikt känsla emot de grövre brotten, som fostrats genom det reguljära stränga bestraffandet av grova brottslingar. Men det är ingalunda säkert, att icke bortfallandet av straff i vanlig mening för dessa »abnorma» skulle förvandla situationen, så att abnormiteten komme att falla bort och deras handlingar måste betraktas såsom mera »normala» företeelser.

4. Det är av den allra största vikt, att inom rättsvetenskapen och — i den mest intima förbindelse därmed — inom sfären för domarnes, exekutionsmyndigheternas och fångvårdens verksamhet den gamla uppfattningen om straffet såsom en rättsföljd, som brottslingen på grund av sin mo-

realiska beskaffenhet förtjänar, utrotas. Från det allmänna medvetandet lär den visserligen icke, åtminstone icke inom överskådlig framtid kunna utrotas; men den kan där i betydande grad motverkas. Endast om straffet ses såsom ett lidande, vilket måste läggas å brottslingen i det allmänna livsintresse, kan det under närvarande förhållanden oundvikliga nedtryckandet av brottslingen till en paria-kast undvikas. Det är av ofantlig vikt, att statens organer genom en riktig uppfattning av straffet föra det allmänna sätt att reagera mot brott in i den riktiga strömfåran, så att reaktionen blir ett stämplande av handlingen, icke den handlande personen såsom ett ont. D. v. s. det gäller att *föra reaktionen mot brottslingen över till en reaktion mot motsvarande tendenser hos de reagerande eller eljest brottet bedömande personerna själva*. Detta sker just genom att straffet i det allmänna medvetandet inpräglas vara ett lidande, som hör ihop med betingelserna för en samhällsordning. Härmed ersättes den på samma gång fördärvbringande och ofta fullkomligt vilseledande stämplingen av brottslingen som en omoralisk person av en plikt känslagent emot den handling, vars oundvikliga påföljd är strafflidandet.

5. Vaneförbrytaren måste erhålla sin särskilda behandling, men icke på det sätt att han straffas strängare än andra. Vål bör han vara straffbar för sina särskilda gärningar. Men de åtgärder, vilka vidtagas till samhällets skydd mot den fara, som den enskilde vaneförbrytaren innebär, böra principiellt icke alls erhålla karaktären av ett lidande, som tillfogas honom. Se härom närmare ovan s. 63 ff.

6. Angående den stora betydelsen av min uppfattning för bedömandet av spörsmålet om den negativa handlingens straffbarhet behöver jag blott hänvisa till min föregående framställning s. 16 ff. och s. 40 ff.

7. Detsamma gäller i avseende å försökets straffbarhet. Se härom ovan s. 36 ff. Här skall blott särskilt understrykas att, i den mån t. ex. *Thyrén* »kommer till samma resultat» angående försökets straffbarhet, så sker det på bekostnad av av honom själv uppställda förutsättningar.

8. Den av mig hävdade åsikten angående straffets sociala funktion giver ett fullkomligt nytt underlag för grundsatzerna »intet straff utan strafflag» och »ingen får döma i egen sak», varigenom dessa grundsatser erhålla absolut allmängiltighet. Se härom ovan s. 58 ff.

9. Slutligen torde man, alldeles bortsett från dessa påtagliga konsekvenser, icke böra underskatta betydelsen av att straffrättsvetenskapen befrias från begreppsskolastiken och ryckes ur de godtyckliga konstruktionernas våld. Detta är ju helt enkelt nödvändigt, om straffrättsvetenskapen liksom all rättsvetenskap skall kunna fylla en av sina huvuduppgifter att bidra till rättens utveckling, särskilt om den — i stället för att låta sig leda av oförnuftiga och vidskepliga föreställningar i ett oupplyst folkmedvetande — skall kunna själv föra in rättens utveckling på ett spår, som visar hän på verkligt realiserbara mål och icke på syften, vilka ur realitets-synpunkt, såsom redan inledningsvis framhållits, icke hava annan karaktär än försök att infånga spöken.



INNEHÅLL:

	Sid.
Inledande anmärkingar	5
Uppfattningen av brottet såsom en rättsstridig handling, en förbudsnorms- eller pliktöverträdelse	9
En särskild rättspliktsöverträdelse såsom förutsättning för den negativa handlingens straffbarhet	16
Riktlinjer för en icke skolastisk uppfattning om straffets sociala funktion.	
Straffets uppgift är att skänka kraft åt en det allmänna föreställningssättet om det absolut otillåtliga handlandet dirigerande norm	21
Straffrättens betydelse för den allmänna moralen belyses genom det psykologiska sammanhanget vid uppkomsten av en plikt känsla ...	25
Förhållandet mellan straffet och budet, befallningen	27
Straffets s. k. rättvisa	30
Vedergällningsidéens betydelse	34
Försökets straffbarhet	36
Grundskillnaden mellan den hävdade uppfattningen och andra åsikter	38
Den negativa handlingens straffbarhet.	
Riktlinjer	40
Det uppkonstruerade kausalsammanhanget	42
<i>Thyréns</i> lära om straffet såsom en reaktion mot brottslingens samhällsfarlighet	44
<i>Thyréns</i> allmänna åskådning ett compositum av den allmänna pliktvidrighetsteorien och den <i>Feuerbachska</i> avskräckningsteorien med bibehållande av bådas svagheter utan deras förtjänster	45
Närmare angående den negativa handlingens straffbarhet	46
Oriktigheten i den kritik av den härskande läran, som <i>Thyrén</i> grundar på den särskilda juridiska pliktens bristande intensitet	49
Om begreppen (rätts)plikt, rättsstridighet och orätt, "tagna i objektiv mening"	51
Satserna "nulla poena sine lege poenali" och "ingen får döma i egen sak" erhålla nytt underlag, som giva dem absolut allmängiltighet	58
Skyddsåtgärder mot farliga individer böra ej förväxlas med straff	63

	Sid.
Den till utgångspunkt tagna frågan, bedömd under den härskande lärans synvinkel	66
Rättsstridighet och lagstridighet	69
Slutanmärkning , i vilken åtskilliga betydelsefulla konsekvenser framhållas, särskilt följande:	
Vid strafflagstiftning måste den ledande synpunkten vara, huruvida den tilltänkta straffnormen har moraliskt inflytande på samhället	74
Motivernas betydelse för straffbarhet och straffmätning	75
Tillräkneligheten och psykiatriens betydelse i straffrättsskipningen...	77
Den moraliska reaktionen mot brottslingen bör föras över till en reaktion mot den brottsliga handlingen.....	78
Vaneförbrytarens behandling	79
Den negativa handlingens straffbarhet	79
Försökets straffbarhet	80
