

Stockholms Universitet
Juridiska Biblioteket

Utlåningsbiblioteket

Straffrätt m. m.

Bearbetningar

Ex. 5

1145/69

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>

810.

pink on the way 5/17

STUDIER ÖVER
DET STRAFFRÄTTSLIGA
REAKTIONSSYSTEMET

x.5

STOCKHOLMS UNIVERSITET
JURIDISKA BIBLIOTEKET

STUDIER ÖVER DET STRAFFRÄTTSLIGA REAKTIONSSYSTEMET

AV

IVAR AGGE

JURIS DOKTOR

docent vid Stockholms Högskola

I.

STOCKHOLM

LINDBERGS TRYCKERIAKTIEBOLAG 1939

1145/69

INNEHÅLL.

Kapitel I. Inledning.

- I. Mål och medel i straffrätten I
Repression och profylax s. 1. Straffets väsen och dess ändamål s. 7. Begreppet ändamål och dess anknytningspunkter i straffrätten s. 8.
- II. De individualpreventiva utgångspunkterna 12
Förenandet av olika straffändamål s. 12. Individualpreventionen ledande grundsats s. 14. Dess företrädare framför allmänpreventionen i detta avseende s. 15. Modifikationer dock nödvändiga s. 18. Den följande framställningens plan s. 20.

Kapitel II. Generalpreventionsteoriernas utveckling.

- I. Avskräckningsteorierna 22
Avskräckningssynpunkten s. 22. Förhållandet till specialpreventionen s. 24. Nämda synpunkt otillräcklig såsom uttryck för den generalpreventiva funktionen s. 26. Dess komplettering med proportioneringsidén och de därmed förbundna vedergällnings- och rättviseföreställningarna s. 27.
- II. Vedergällningsteoriernas utveckling 32
Absoluta och relativa straffteorier s. 32. Äldre och nyare absoluta teorier s. 33. Den absoluta grunden för vedergällningsteorierna ersättes av ändamålsbestämda överväganden s. 35. Den klassiska skolan i tysk rätt, särskilt Binding s. 37. Brytningar i fransk doktrin s. 39. Anglosaxisk doktrin s. 40. Nordisk straffteori s. 41.
- III. De moderna generalpreventionsteorierna 42
Allmänna synpunkter s. 42. Antydningar hos äldre doktrin s. 45. Richard Schmidt och Adolf Merkel s. 46. von Bar s. 48. De nya synpunkternas framträdande i fransk doktrin s. 50. I engelsk litteratur s. 51. I nordisk teori s. 51. Nyare åsikter om moralbildning och s. k. integration såsom generalpreventiva funktioner s. 52.
- IV. De generalpreventiva idéerna i svensk doktrin .. 64
Grubbe och LK s. 64. Boström och hans efterföljare s. 67. Den positiva skolans framträdande med Thyrén s. 69. Moderna generalpreventiva teorier s. 73. Lagstiftningen s. 77.

Kapitel III. Den generalpreventiva funktionen i straffrätten och dess förhållande till den individualpreventiva.

I. Strafflagen 81

Strafflagens moralbildande verkan s. 81. Bristande enhetlighet i moralbildningen s. 84. Moralbildningsteorien som gränsnorm s. 88. Moralisk indifferentia brott s. 89. Lagens verkan på potentiella brottslingar s. 90. Avskräckningssynpunktens betydelse s. 91. Generalpreventionen och legalitetskravet s. 93. Generalpreventionen och straffatituderna s. 96.

II. Straffprocessen 101

Straffhotets effektuerande av avgörande betydelse s. 101. Den s. k. oportunitetsprincipen vid åtals anställande s. 105. Utformningen av institutet åtalseftergift s. 107. Rättegångens genomförande s. 114. Straffprocessens självständiga generalpreventiva verkan s. 116. Offentlighetsmaximen s. 118. Pressens ställning till straffrättsskipningen s. 123.

III. Straffdomen 128

Straffdomen förstärker lagens generalpreventiva effekt s. 128. Dess direkta verkningar s. 129. Ärestraffen s. 130. Straffdomen utlöser och söker reglera de sociala reaktionerna s. 132. Sakerförklaringens verkan s. 136. Olika typer av villkorlig dom s. 138. Den villkorliga domens tillämpningsområde s. 144. Efterskänkan- de av straff i s. k. lätta fall s. 149. Institutets systematiska placering s. 152. Gränserna för dess tillämpningsområde s. 155. Förhållandet till förvaltningsrättsliga reaktioner s. 156. Domens avfattning då straff efterskänkes s. 157. Varningsinstitutet s. 159. Straffmätningen från generalpreventiv synpunkt s. 161. Obestämda straffdomar s. 164.

IV. Straffets verkställande 167

Straffverkställigheten bekräftar lagens straffhot s. 167. Straffets individualisering s. 170. Legalitetskravet och verkställigheten s. 172. Förändringar i det ådömda straffets längd och innehåll s. 173. Neutraliserande av straffverkställighetens skadliga biverkningar s. 176.

Kapitel IV. Det straffrättsliga reaktionssystemets struktur.

I. Brottsbegreppets beroende av straffbegreppet .. 181

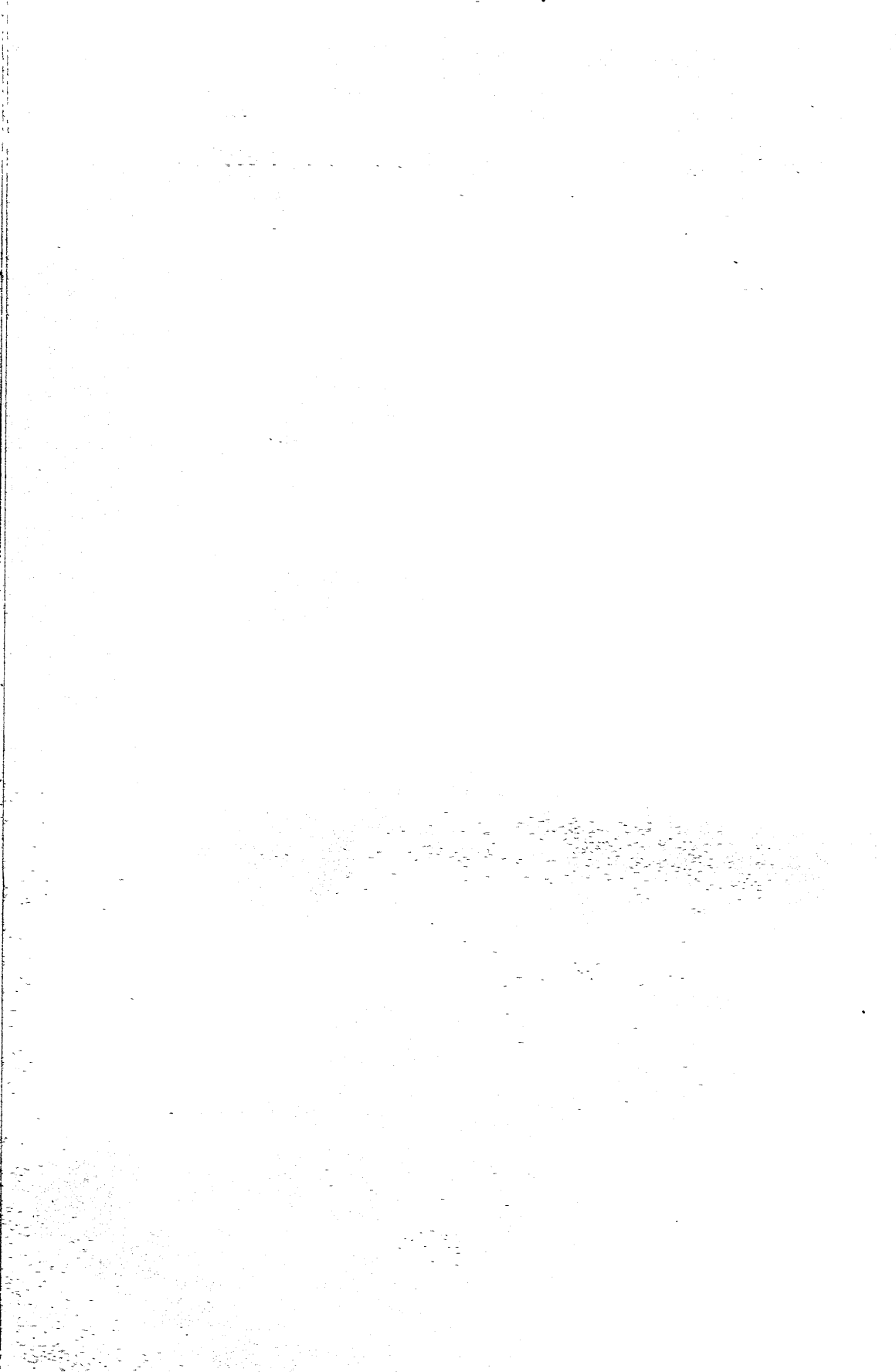
Brott och normöverträdelse s. 181. Brott och politividrigt handlande s. 182. Endast reaktionens art kan utgöra utgångspunkt för begreppsbildningen s. 185. Konsekvenserna för brottsbegreppets uppbyggnad s. 186. Begränsning av undersökningens föremål s. 187.

II. Begreppen straff och skyddsåtgärd 188

Åsikten att endast straffet är ett lidande för delinkventen s. 188. Åsikten att straffets syfte är att tillfoga ett lidande s. 190. Översikt av straffets ändamål s. 191. Skyddsåtgärdernas ändamål i jämförelse med straffets s. 192. Frågan om dessa begrepp böra uppgå i en högre enhet s. 198. Ur lagteknisk och systematisk synpunkt är en uppdelning av reaktionerna nödvändig s. 203.

III. Predeliktueella och postdeliktueella reaktioner .. 205

Subjektiva och objektiva anknytningsmoment för reaktionerna s. 205. Strafflagens brottsbeskrivningar hava en dubbel funktion s. 207. Begreppet postdeliktueella reaktioner och dessas indelning i straff och skyddsåtgärder s. 208. De postdeliktueella reaktionernas användningsområde s. 210. Begreppet predeliktueella reaktioner s. 211. Omöjligheten av en enhetlig preventionsrätt s. 213. Förhållandet till de postdeliktueella reaktionerna s. 214.



Förteckning över företrädesvis begagnad litteratur.

- Alanen*, Rangaistus ja turvaamistoimenpiteet (Straff och skyddsåtgärder). 1926. (Cit. *Alanen*.)
- Almqvist*, Tidelagsbrottet. 2. uppl. 1938.
- Aschaffenburg*, Brottet och dess bekämpande. Övers. av O. och J. Kinberg. 1911. (Cit. *Aschaffenburg*.)
- Annerstedt*, Om straffmätning. 1869.
- von Bar*, Das internationale Privat- und Strafrecht. 1862.
- , Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. 1882.
- Beccaria*, Afhandling om brott och straff. Öfvers. 1770. (Cit. *Beccaria*.)
- Beling*, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht. 1908.
- Bentham*, Traités de législation civile et pénale. Ouvrage extrait des manuscrits de J. Bentham par E. Dumont. T. 1, 2. 1820. (Cit. *Bentham-Dumont*.)
- Bergendal*, Straffrätt. 2. uppl. 1928. (Lärobok för blivande landsfiskaler. 3.)
- Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1876.
- Betänkande* med förslag till tryckfrihetsförordning, 1912.
- Betänkande* öfver Lagcommittéens förslag till allmän criminallag, afgifvet af Juridiska faculteten och philosophiæ professorerna vid Upsala universitet. (I Skandia. 1833.)
- Biberg*, Lärobok i criminalrätten. (Samlade skrifter. D. 3.) 1830.
- Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Bd 1. 2. Aufl. 1890.
- , Handbuch des Strafrechts. Bd 1. 1885.
- , Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts. T. 1. 5. Aufl. 1897.
- , Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Bd 1. 1915.
- von Birkmeyer*, Kritik über die Schrift »Principien einer Strafgesetzsreform. 1. von J. C. W. Thyren». 1912. (Cit. *Birkmeyer*.)
- Boëthius*, Om statslivet. 1916.
- Boldt*, Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft. 1936.
- Bonger*, Criminalité et conditions économiques. 1905.
- Boström*, Grundlinier till filosofiska criminalrätten. (I Boströms skrifter. D. 2.) 1883.

- Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl. Bd 2. 1928.
- Christensen*, S., Rättsstaten. Övers. 2. uppl. 1934.
- Dahm*, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter. 1931.
- , Verbrechen und Tatbestand. 1935.
- Dahm & Schaffstein*, Methode und System des neuen Strafrechts (även i ZStrW 57). 1938. (Cit. *Dahm-Schaffstein*.)
- Das kommende deutsche Strafrecht*. (I) Allgemeiner Teil, (II) Besonderer Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. 2. Aufl. 1935—36.
- Das kommende deutsche Strafverfahren*. Bericht der amtlichen Strafprozesskommission. 1938.
- Delaquis*, Die Rehabilitation im Strafrecht. 1907.
- Die Reichsgerichtspraxis* im deutschen Rechtsleben. Bd 5. 1929.
- Donnedieu de Vabres*, La politique criminelle des états autoritaires. (La crise moderne du droit pénal.) 1938.
- , Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée. 1937.
- Drost*, Das Ermessen des Strafrichters. 1930.
- Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel. 1914. (Cit. *Exner*, Theorie.)
- , Kriminalbiologie in ihren Grundzügen. 1939.
- , Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte. 1931.
- Fahlbeck*, Förvaltningsrättsliga studier. 1938. (Cit. *Fahlbeck*.)
- Ferri*, Relazione sul progetto preliminare di codice penale italiano. Libro 1. 1921. (Cit. *Ferri*, Progetto.)
- , Das Verbrechen als sociale Erscheinung. Deutsche Ausgabe von Kurella. 1896.
- Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit Anmerkungen von K. J. A. Mittermaier. 14. Aufl. 1847.
- Filangieri*, Lagstiftningens vetenskap. D. 1—5. Öfvers. 1814—21.
- Foerster*, Brottet och dess försonande. Övers. 1913.
- Forsman*, Föreläsningar över straffrättens allmänna läror. 2. uppl. 1900. (Cit. *Forsman*.)
- Festgabe für Reinhard von Frank*. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Bd 1, 2. 1930.
- Festskrift tillägnad Olof Kinberg*. 1938.
- Garraud*, Traité théorique et pratique du droit pénal française. T. 1—3. 1913—16. (Cit. *Garraud I, II, III*.)
- Gemmel*, Om ställande under framtiden för brott. 1911.
- Glasson*, Histoire du droit et des institutions de la France. T. 6. 1895.
- Goos*, Inledning til den danske Strafferet. 1875.
- , Strafferetsplejens almindelige Grundsætninger. 1878.

- Granfelt*, Straffrättslig häktning. Straffprocessuellt reseförbud. 5. uppl. 1937.
- Grubbe*, Om den borgerliga straffmaktens grund och väsende. (I Skand. 1833.)
- Grundzüge* eines allgemeinen deutschen Strafrechts. (Schriften der Akademie für deutsches Recht. 1.) 1934.
- Haftner*, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1926. (Cit. *Haftner I.*)
- Hagerup*, Den norske straffeproses. 2 udg. Bd 1, 2. 1905.
- , Inledning till studiet av straffrätt. 1918.
- , Strafferettens almindelige del. 1911. (Cit. *Hagerup.*)
- Hagströmer*, Om frihetsstraffen. 1875.
- , Svensk straffrätt. Föreläsningar. Bd 1. 1901—05. (Cit. *Hagströmer I.*)
- Halsbury*, The laws of England. Vol. 9. 1909. (Cit. *Halsbury.*)
- Handbook* of American prisons and reformatories. I. 1933.
- Handwörterbuch* der Rechtswissenschaft hrsg. von Somló & Elster. Bd 5, 1928.
- Handwörterbuch* der Staatswissenschaften hrsg. von Weber, Elster & Wieser. 4. Aufl. Bd 6. 1925.
- Harris & Wilshire*, Principles and practice of the criminal law. 15. ed. 1933.
- Hassler*, Föreläsningar över den svenska kriminalprocessen. I. 1930.
- Hauriou*, Précis de droit administratif et du droit public. II. éd. 1927.
- Heimer*, Den lika distansens lag. 1921.
- von Hentig*, Straffen. Oprindelse, Formaal, Psykologi. Paa dansk ved S. Hurwitz. 1935. (Cit. *von Hentig.*)
- Herlitz*, Om lagstiftning genom samfällda beslut av konung och riksdag. 1926—30.
- von Hippel*, Deutsches Strafrecht. Bd 1, 2. 1925—30. (Cit. *von Hippel I, II.*)
- His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters. I. 1920. (Cit. *His I.*)
- , Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina. 1928.
- Hoefler*, Bewährungsfrist vor dem Urteil. 1931.
- Hoff*, Ubestemte dommer. En generell oversikt. 1932.
- Holtzendorff*, Handbuch des deutschen Strafrechts. In Einzelbeiträgen hrsg. Bd 1—3. 1871—74. (Cit. *Holtzendorff I, II, III.*)
- Holtzendorff & Jagemann*, Handbuch des Gefängniswesens. Bd 1, 2. 1888.
- Horváth*, Rechtssoziologie. 1934.
- Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung. 1921.
- Humbla*, Om obestämda strafflagar. 1850.

- Hurwitz*, Bidrag till Læren om kollektive Enheders pønale Ansvar. 1933.
- , Den danske Strafferetspleje. H. 1, 2. 1937—38.
- , Konfiskation i Anledning af begaaede Lovovertrædelser. 1930.
- Hägerström*, Stat och rätt. En rättsfilosofisk undersökning. I. 1904.
- Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt. Bd 1. 1881.
- Jellinek*, W., Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931.
- Kallenberg*, Om återfall i brott. 1894.
- Kantorowicz*, Tat und Schuld. 1933.
- Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 2. Aufl. 1923.
- Kenny*, Outlines of criminal law. 11. ed. 1922. (Cit. *Kenny*.)
- Kinberg*, Aktuella kriminalitetsproblem i psykologisk belysning. 1930. (Cit. *Kinberg I*.)
- , Varför bli människor brottsliga? 1935. (Cit. *Kinberg II*.)
- Kjerschow*, Almindelig borgerlig straffelov af 22. mai 1902, utg. med kommentar. 1930. (Cit. *Kjerschow*.)
- Kohler*, Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts. 1909.
- Krabbe*, Borgerlig Straffelov af 15. April 1930, udg. med Kommentarer. 2. Udg. 1935. (Cit. *Krabbe*.)
- Köhler*, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. 1935.
- Köstlin*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. 1845.
- Lagberedningens* underdåniga utlåtande angående domstolarnas organisation m. m. 1844.
- Lagcommitéens* Utlåtande i anledning af anmärkningar wid förslaget till allmän criminallag. 1834.
- Leonhard*, Die modernen Strafrechtsideen und die Strafvollzug. 1910.
- Levander*, Brottssling och bödel. 1933.
- von Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 26. Aufl. von E. Schmidt. Bd 1. 1932. (Cit. *Liszt-Schmidt*.)
- , Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd 1, 2. 1905.
- Logoz*, Essai sur la réhabilitation. 1911.
- Lundstedt*, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. II: 1. 1936.
- , Obligationsbegreppet. I, II: 1. 1929—30.
- , Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar. 1920.
- , Till frågan om rätten och samhället. 1921.
- Maurach*, Grundlagen des räterussischen Strafrechts. 1933. (Cit. *Maurach*.)
- Mayer*, H., Das Strafrecht des deutschen Volkes. 1936. (Cit. *H. Mayer*.)
- Mayer*, M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1915. (Cit. *M. E. Mayer*.)
- , Rechtsnormen und Kulturnormen. 1903.
- Mayer*, O., Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. I. 1924.

- Merkel, A.*, Die Lehre vom Verbrechen und Strafe, hrsg. von Liepmann. 1912. (Cit. *Merkel-Liepmann*.)
- , Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts. I, II. 1899.
- Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927.
- Mezger*, Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden. 1936. (Cit. *Mezger*, Leitfaden.)
- , Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage. 1934.
- , Strafrecht. Ein Lehrbuch. 2. Aufl. 1933. (Cit. *Mezger*.)
- Michael & Adler*, Crime, law and social science. 1933. (Cit. *Michael-Adler*.)
- Minnesskrift* ägnad 1734 års lag. I—III. 1934. (Cit. *Minnesskrift*.)
- Mommson*, Römisches Strafrecht. 1899.
- Montelius*, Om vanhederlighets rättsverkan. 1920. (Cit. *Montelius*.)
- Montesquieu*, De l'esprit des lois avec les notes de l'auteur. 1845.
- Myrdal*, Vetenskap och politik i nationalekonomien. 1930.
- Nagler*, Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung. I. 1918. (Cit. *Nagler*.)
- , Verbrechenprophylaxe und Strafrecht. 1911.
- Nationalsozialistisches Handbuch* für Recht und Gesetzgebung. 2. Aufl. 1935.
- Nationalsozialistische Leitsätze* für ein neues deutsches Strafrecht. T. 1. 3. Aufl. 1935.
- Naumann*, Om straffrätts teorien och penitentiärsystemet. 1849.
- Nehrman*, Inledning till then svenska jurisprudentiam criminalem. 1756.
- Nordiska juriststämman*. Hälsningstal och föreläsningar. 1926.
- Nyblæus*, Om statens straffrätt. Undersökning från den Boströmska filosofiens ståndpunkt. 3. uppl. 1879.
- Olivecrona, Karl*, Law as fact. 1939.
- Olivecrona, Knut*, Om dödsstraffet. 2. uppl. 1891.
- (*Oscar*), Om straff och straffanstalter. 1840.
- Palmgren*, Målsägandens åtalsrätt. 1939.
- Patoulliet*, Code pénal de la R. S. F. S. R. Trad. 1935.
- Philips*, Het passionelle misdrijf in Nederland. 1930.
- Popp-Madsen*, Bod. Bidrag til Læren om Retshaandhævelsens Midler. I. 1933.
- Proal*, Le crime et la peine. 3. éd. 1899. (Cit. *Proal*.)
- , Le crime et le suicide passionels. 1900.
- Processkommissionens* betänkande angående rättegångsväsendets ombildning. D. 1—3. (SOU 1926: 31—33) 1926. (Cit. *PK I, II, III*.)
- Processlagberedningens* förslag till rättegångsbalk. I. Lagtext. II. Motiv m. m. (SOU 1938: 43, 44) 1938. (Cit. *PLB, PLB II*.)

- Relazione per l'approvazione del testo definitivo del codice penale.* 1930.
- Reuterskiöld, Föreläsningar i svensk stats- och förvaltningsrätt.* II: 1. 1933.
- , *Sveriges grundlagar med därtill hörande författningar.* D. 3. 2. uppl. 1937.
- Ross, Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis.* 1933.
- Römischer Kongress für Kriminologie.* (Beiträge zur Rechtserneuerung. 8.) 1939.
- Sauer, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie.* 1921. (Cit. *Sauer.*)
- Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung.* 1935.
- , *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts.* 1930.
- , *Politische Strafrechtswissenschaft.* 1934.
- Schlyter, Avfolka fängelserna!* 1935.
- Schmidt, R., Die Aufgaben der Strafrechtspflege.* 1895.
- , *Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung.* 1912.
- , *Einführung in die Rechtswissenschaft.* 1934.
- Schoetensack, Unbestimmte Verurteilung.* 1909.
- Schwinge, Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft.* 1938.
- Schwinge & Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht.* 1937. (Cit. *Schwinge-Zimmerl.*)
- Serlachius, A., Straff och skadestånd.* 1901.
- Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate.* 1934.
- Skarstedt, Om straffprocessuella tvångsmedel enligt svensk rätt.* II. 1896.
- Skeie, Den norske strafferett.* Bd 1. 1937. (Cit. *Skeie I.*)
- Stephen, A history of the criminal law of England.* Vol. 1—3. 1883. (Cit. *Stephen I, II, III.*)
- Stjernberg, Den nya svenska strafflagstiftningen angående minderåriga förbrytare.* 1905.
- , *Den positiva straffrättens allmänna del.* H. 1. 1920. (Cit. *Stjernberg.*)
- , *Kommentar till lagen om villkorlig straffdom.* 1912.
- , *Kriminalpolitik. Studier till den svenska strafflagsreformen.* 2. uppl. 1935.
- , *Straffrättsliga studier.* 1928.
- , *Till frågan om de s. k. rent ekonomiska kategorierna.* 1902.
- , *Ur staternas liv.* 1936.
- Strafflagskommissionens förslag till strafflag. Allmänna delen.* (SOU 1923:9) 1923. (Cit. *SLK.*)
- Sutherland, Principles of criminology.* 1934.
- Tarde, La philosophie pénale.* 3. éd. 1892.
- Tegen, I filosofiska frågor.* 1927.

- Thélin*, Nature et régime juridique des mesures de sûreté. 1931. (Cit. *Thélin*.)
- Thibaut*, Beyträge zur Kritik der Feuerbachischen Theorie über die Grundbegriffe des peinlichen Rechts. 1802.
- Thyrén*, Den moderna straffrättens grundåskådningar. 1920.
- , Förberedande utkast till strafflag. Allmänna delen. 1916.
- , Förberedande utkast till strafflag. Speciella delen. D. 1—13. (I SOU) 1917—37. (Cit. *Thyrén*, *Utkast. I*, etc.)
- , Principerna för en strafflagsreform. I—III. 1910—14.
- , Straffrättens allmänna grunder. 1907.
- Torp*, Den danske Strafferets almindelige Del. 1905. (Cit. *Torp*.)
- Ussing*, Erstatningsret. 1937.
- Vergleichende Darstellung* des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Bd 1—6. 1908. (Cit. *VD Allg. T. I*, etc.)
- Verkko*, Verbrechen wider das Leben und Körperverletzungsverbrechen. Über die Bestimmung ihrer Entwicklungsrichtung und Stufe. I. 1937. (Cit. *Verkko*.)
- Vidal*, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. 5. éd. par Magnol. 1916. (Cit. *Vidal*.)
- Vorentwurf* zu einem deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung. Allgemeiner Teil. 1909.
- Wassermann*, Begriff und Grenzen der Kriminalstatistik. 1909.
- , Die Entwicklungsphasen der kriminalstatistischen Forschung. 1927.
- Wetier*, Den villkorliga domen. En straffrättslig undersökning. 1912.
- , Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del. H. 1. 1923.
- , Straffansvar vid rus. 1929.
- Wharton*, A treatise on criminal law. 11 ed. by Kerr. Vol. 1—3. 1918. (Cit. *Wharton I, II, III*.)
- Winroth*, Rättshistoriska föreläsningar i straffrätt. 1889. (Cit. *Winroth*.)
- Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems. 1930.
- , Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda. 1931.

-
- Actes du Congrès pénal et pénitentiaire international. (Cit. *Actes*.)
- Andra kammarens protokoll. (Cit. *AK*.)
- Andra lagutskottets utlåtanden. (Cit. *ALU*.)
- De nordiska juristmötenas förhandlingar. (Cit. *NJM*.)
- De nordiska kriminalistföreningarnas årsbok (Annuaire des associations de criminalistes nordiques). (Cit. *NKA*.)
- Deutsche Juristenzeitung. (Cit. *DJZ*.)
- Deutsche Rechtswissenschaft. (Cit. *DR*.)

- Deutsches Strafrecht. (Cit. *DS*.)
 Eunomia.
 Första kammarens protokoll. (Cit. *FK*.)
 Första lagutskottets utlåtanden. (Cit. *FLU*.)
 Förvaltningsrättslig tidskrift. (Cit. *FT*.)
 Gerichtssaal.
 Journal of criminal law and criminology.
 Kungl. propositioner till riksdagen. (Cit. *KPr*.)
 Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung (Bulletin de l'Union internationale de droit pénal). (Cit. *IKV*.)
 Monatsschrift für Kriminalbiologie (Kriminalpsychologie) und Strafrechtsreform. (Cit. *Monatsschrift*.)
 Motioner avgivna i första, andra kammaren. (Cit. *MFK*, *MAK*.)
 Nordisk Tidskrift för Strafferet. (Cit. *NTfS*.)
 Nytt juridiskt arkiv. Avdelning I. (Cit. *NJA*.)
 Revue de droit pénal et de criminologie (belge). (Cit. *Revue*.)
 Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
 Revue internationale de droit pénal (Association internationale de droit pénal).
 Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. (Cit. *SchwZ*.)
 Statens offentliga utredningar. (Cit. *SOU*.)
 Svensk författningssamling. (Cit. *SFS*.)
 Svenska kriminalistföreningens förhandlingar. (Cit. *SKF*.)
 Svensk juristtidning. (Cit. *SvJT*.)
 Tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning utg. av Nau-
 mann. (Cit. *NT*.)
 Tidskrift för Sveriges advokatsamfund. (Cit. *TSA*.)
 Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland. (Cit. *JFFT*.)
 Tidskrift för rettsvidenskap. (Cit. *TfR*.)
 Verhandlungen des deutschen Juristentages. (Cit. *DJT*.)
 Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht. (Cit. *ZAkad*.)
 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. (Cit. *ZStrW*.)
-

KAP. I. INLEDNING.

I. Mål och medel i straffrätten.

Sedan gammalt hava filosofer och jurister spekulerat Över den straffrättsliga grundfrågan om de repressiva samhällsreaktionernas juridiska natur och socialetiska motivering utan att kunna giva ett ur alla synpunkter hållbart svar på densamma. Väl har man funnit, att statliga ingrepp på grund av begångna brott i medborgarnas eljest rättsligt skyddade intressen kunna vara ett dugligt medel för brottslighetens bekämpande och sålunda hava ett förnuftigt ändamål, men därmed hava icke alltid dessa medel ansetts rättfärdigade inför det värdesättande medvetandet, som krävt en starkare rättsgrund för det straffrättsliga tillfogandet av lidande för individerna än blott nyttosynpunkten och ansett sig finna denna rättsgrund i repressionens praktiska nödvändighet för rättssamhällets upprätthållande, där man icke nöjt sig med en hänvisning till straffets faktiska förekomst hos alla folk under olika kulturepoker¹ eller rent av stött sig på postulat av etisk natur.

I samma mån som den moderna vetenskapen inriktat sig på att utforska brottslighetens natur och orsaker och kunnat framlägga betydelsefulla resultat av sin forskning²

¹ Här om nedan s. 47 f. och s. 54 f.

² Förutsättning för denna vetenskapsgren är naturligen att man lämnar ett formellt juridiskt betraktelsesätt, enligt vilket brottet allenast är en oöverensstämmelse mellan ett mänskligt handlingssätt och ett visst positivt lagbud samt brottets orsak i juridisk mening utgöres av rättsbudets uppställande; jfr nedan s. 181 f. Se ock *Gleispach* i *ZStrW* 48 s. 99 f., vilken förf. betonar, att brottet dock icke kan tänkas utan förefintligheten av en samhällsordning som utgör dess »notwendige Denkvorsetzung», ävensom *Exner*, *Kriminalbiologie*, s. 11 f., *Mezger*, *Kriminalpolitik*, s. 1 f., *Kimberg I* s. 6 f. samt *Michael-Adler* s. 20 f.

har emellertid denna tro på repressionens nödvändighet avsevärt försvagats. I stället har den tanken vuxit i styrka, att samhället borde med rent profylaktiska medel inrikta sig på att undanröja brottslighetens orsaker och göra detta på ett så effektivt sätt att den straffrättsliga repressionen så småningom bleve överflödig. Uppnåddes detta idealtillstånd, kunde man från samhällsordningen avföra det till synes irrationella förfarandet, att ett värdeförstörande handlingssätt från individens sida mötes med ett lika värdeförstörande ingrepp från samhällets sida. Statens makt och resurser kunde då användas till positiva ändamål i stället för att användas i rent negativ riktning.

Principiellt utgör visserligen denna tanke om repressionens utbytande mot rent profylaktiska åtgärder en av de betydelsefullaste idéerna för modern kriminalpolitik och över huvud för den nutida socialvården³; man kan med skäl anse alla repressiva åtgärder, ehuru de innerst hava preventivt syfte, såsom förlägenhetsutvägar⁴ och motiverade — eller, med ett värderande uttryck, rättfärdigade — endast i den mån de äro nödvändiga, d. v. s. därest brottslighetens orsaker icke kunna i en viss situation eller på ett visst område undanröjas på rent profylaktiskt sätt, d. v. s. utan att tvång mot individen tillgripes.

Men från denna åsikt och till tron på möjligheten att skaffa det repressiva systemet inom straffrätten och dess gränsområden ur världen är avståndet mycket stort. Denna tro saknar också tillräckligt verklighetsunderlag, enär dess förutsättningar f. n. äro omöjliga att realisera. För ett dylikt utopistiskt samhällstillstånds framskapande kräves nämligen, dels att vår kännedom om samtliga faktorer som medverka till att människor i allmänhet bliva brottsliga, d. v. s. icke anpassa sig efter samhällets normer, fullständigt utrönas var för sig och i sitt samspel med varandra, dels att ofel-

³ Att repressiva medel i ganska stor utsträckning komma till användning jämväl i den sociala välfärdslagstiftningen är uppenbart; jfr nedan s. 182 f. samt *Reuterskiöld*, Föreläsningar. II, s. 191 f., och *Agge* i FT 1938 s. 186 f.

⁴ Så ock en så utpräglad generalpreventionsteoretiker som *H. Mayer* s. 49.

bart verkande medel skapas till förekommande av dessa faktorerers uppkomst eller till neutraliserande av deras verkan. Ingendera gruppen av förutsättningar är för handen eller synes kunna inom överskådlig tid förverkligas. Vad det senare av de båda villkoren angår, behöva vi icke uppehålla oss vid dess svårighet att realisera för att icke säga dess rent av utopistiska karaktär.⁵ Vad den förstnämnda förutsättningen beträffar hava visserligen framgångsrika forskningar bedrivits och bedrivs alltjämt i de flesta kulturländer beträffande brottslighetens orsaker och verkningarna av hitills använda medel mot de skilda missanpassningsfenomenen, men i den mån verkligt säkra resultat här kunna uppvisas hänföra de sig till de särskilda individer som utgjort studieobjekt. Gäller det åter att övergå från dessa speciella undersökningar till mera generella omdömen bliva osäkerhetsmomenten genast betydligt flera, ett förhållande, som för lagstiftarens vidkommande är desto mera besvärande som han måste taga hänsyn till det genomsnittliga och därför endast i ringa utsträckning kan bygga sitt reaktionssystem på den kunskap som vunnits om vissa utpräglade karaktärstyper och former av social missanpassning ävensom resultatet av samhällets åtgärder i de särskilda fallen.⁶

⁵ Naturligen kan det teoretiskt tänkas, att vetenskapen så småningom skulle komma att bemästra eugeniken och den helande fysiska och psykiska terapien på ett så fulländat sätt, att samhället skulle kunna sammansättas av idel fullvärdiga och välanpassade medlemmar. Likaså kan det teoretiskt tänkas, att man i en framtidsstat undanröjde de viktigaste brottsskapande miljöfaktorerna, t. ex. genom en förändrad egendomsfördelning eller genom helt nya produktions- och konsumtionsformer. Denna tanke har som bekant influerat den kommunistiska doktrinen om brottets och f. ö. hela rättsordningens successiva bortfallande såsom samhällsfenomen, i den mån den kapitalistiska samhällsformen övervunnits genom klasskampens segerrika genomförande; tills detta skett har rättsordningen och särskilt strafflagen betydelsen av ett viktigt medel i denna kamp. Denna provisoriska natur hos strafflagen understrykes särskilt i 1919 års s. k. grundsatser för en sovjetrisk straffrätt men även i 1926 års strafflag art. 1 och 6; jfr *Maurach* s. 47 f. och 151 f. samt *Olivecrona*, *Law as fact*, s. 181 f.

⁶ *Michael-Adler* komma efter noggranna undersökningar av orsaksforskningens metoder och praktiska betydelse för kriminalpolitiken till följande pessimistiska resultat: »These researches do not afford a single definite and clearly valid answer to any of the foregoing questions» (s. 161). »There is no scientific knowledge of the causes of criminal behavior or of the effects of different modes and varieties of treatment upon actual or potential offenders or of the efficacy of programs and measures of prevention. In the absence of

Från allmännteoretisk synpunkt resa sig nämligen starka betänkligheter redan mot varje försök att i förväg beräkna de mänskliga handlingssätten och det sociala händelseförloppet. Omöjligheten att renodla en viss frågeställning rörande förhållandet mellan tvenne faktorer, av vilka den ena synes vara orsak och den andra verkan, hindrar att samma observation upprepas i så stort antal fall som kräves för att man enligt naturvetenskapliga metoder skall våga tala om någon lagbundenhet. Lika litet som det av Quételet gjorda försöket att teoretiskt renodla normalmänniskan, »l'homme moyen», är hållbart, lika litet har den moderna vetenskapen ännu lyckats verifiera den av samme forskare hävdade principen om lagbundenhet hos avvikelserna från detta genomsnitt, »la loi des causes accidentelles».⁷ Mycket synes tyda därpå att det mänskliga själslivets spontaneitet omöjliggör ett restlöst förverkligande av naturvetenskapliga metoder på psykologiens och kriminaletologiens områden.⁸

Bortsett från de nu antydda begränsningarna i de brotts-

such knowledge we are and will continue to be impotent to control criminal behavior. The knowledge which has resulted from criminological research is knowledge descriptive of the characteristics of criminal and of their environments» (s. 390). Härmed är naturligtvis icke utsagt, att lagstiftningen ej skulle försöka att i praktiken utnyttja de rön som faktiskt blivit gjorda, även om slutsatserna allenast kunna göras med ledning av en ganska otillförlitlig sannolikhetskalkyl; jfr nedan s. 15 not 30 samt s. 81 f.

⁷Om Quételet och hans iakttagelser rörande brottet såsom en avvikelse från det normala, d. v. s. som ett icke nomotetiskt fenomen, se Tönnies i Handwörterbuch der Staatswissenschaften. VI, s. 637 f., samt Wassermann, Die Entwicklungsphasen der kriminalstatistischen Forschung, s. 19 f.

⁸Det i texten anförda betyder ingalunda någon anslutning till äldre indeterministiska föreställningar med därav följande straffrättslig skulduppfattning. Här skall icke den s. k. viljefriheten såsom filosofiskt eller straffrättsligt problem upptagas till behandling. Vi inskränka oss till att instämma i ett yttrande av H. Mayer i ZStrW 57 s. 8: »Ob das geistige Leben unter Kausalgesetzen steht, ist eine Frage, welche deshalb praktisch hier gar nicht erörtert werden muss, weil wir im seelischen Geschehen, das wir verstehend und nachfühlend erleben, die Kausalbeziehung jedenfalls nicht miterleben und wahrnehmen. Was wir feststellen können, sind immer nur typische Lebensabläufe, Wahrscheinlichkeiten, Sinnbeziehungen. Will man den Begriff der Kausalforschung weiter nehmen, so ist dies schliesslich eine rein philosophische Frage oder eine Frage des Sprachgebrauches». Kriminalpolitik och straffrätt bliva därmed att beteckna såsom »Geisteswissenschaften» i Windelbands och Rickerts mening; jfr härom H. Mayer a. a. s. 1 f., Boëthius, Om statslivet s. 3 f., Anosow i Monatsschrift 25 s. 184 f. samt Horváth, Rechtssoziologie, s. 62 f.

profylaktiska metodernas restlösa genomförande måste man emellertid också observera, att skillnaden mellan repression och ren profylax djupare sett är allenast relativ.⁹ Sålunda måste det medges, att rent förebyggande åtgärder från samhällets sida ofta kräva ett visst tvång av fysisk eller psykisk art mot de enskilda individerna för att kunna genomföras. I själva verket ligger detta tvångsmoment inneslutet i all samhällsbildning och redan den omständigheten, att under sanktioner ställda normer för medborgarnas samlevnad funnits och finnas i alla samhällen, tyder på att de individuella intressena icke i allo kunna förenas utan att en viss kapon måste läggas på människornas fria viljeutveckling. Redan normerna som sådana innefatta sålunda ett visst tvång på individerna, även om tvånget i första hand består i tillämpandet av eller föreställningen om de sanktioner som uppställts eller kunna väntas från omgivningens sida och som erfarenhetsmässigt krävas för att bringa normen till genomförande i det mänskliga handlandet. Det finnes icke någon anledning att antaga, att samhällets verksamhet för en fullt effektiv brottsprofylax skulle kunna utövas utan kollision med de individuella begären och intressena. Erkännes detta, torde man också vara nödsakad medgiva, att de profylaktiska åtgärdernas genomförande utan motstånd från individernas sida och utan tvångs utövande från samhällets sida är en ren utopi. I samma ögonblick framträder i själva verket det repressiva draget i den rena profylaxen: ett icke önskvärt förhållande från individens sida mötes med tvång från samhällets sida.

Med insikt härom måste vi alltså räkna med rättsbrottet¹⁰ såsom en normal samhällsföreteelse och erkänna, att vi in-

⁹ Detta gäller särskilt, om det onda som redan skett eller den olägenhet som redan föreligger och bildar anledningen till de repressiva åtgärderna uppfattas i deras större sammanhang med det framtida skeendet; jfr *Stjernberg*, art. Repression i Nord. familjebok, samt *Fahlbeck* s. 19 f. Ihågkommas bör också, att en åtgärd, som innebär repression mot den som begått en förbjuden handling, i sin riktning mot tredje man har karaktären av profylax.

¹⁰ Termen rättsbrott tages här i dess mest omfattande betydelse, ehuru vi naturligen närmast hava straffrättens företeelser för ögonen; jfr nedan s. 186 f.

om oöverskådlig tid äro bundna vid den traditionella problemställningen: normöverträdelsen, resp. andra normerade förhållanden som bebåda en dylik överträdelse,¹¹ utgör utgångspunkten för ett system av reaktioner, som visserligen i görligaste mån böra hava brottspreventionen i vidsträckt mening till sitt syfte, men som måste taga hänsyn till sin egenskap att vara knutna till vissa genom normer fixerade förhållanden, som avvika från de i samhället önskade och påbudna handlingssätten.

Ett system av reaktioner som på nu nämnt sätt innehålla repressiva element men har i huvudsak preventiv syftning kan givetvis uppbyggas på de mest skilda sätt. Historiska förhållanden av social natur, politiska faktorer, straffrättslig teori och praxis spela härvid in på ett sätt som måste göra lagstiftarens och vetenskapens uppgift på detta område i ganska hög grad nationellt bunden. Under alla förhållanden synes likväl en teoretisk grundval oundgänglig för alla praktiska och doktrinära arbeten på detta område: man måste göra klart för sig vilka ändamål som i huvudsak eftersträvas med de olika reaktionsformer och rättsregler man härvidlag skapar. Särskilt under sådana förhållanden som f. n. råda hos oss, då ett intensivt reformarbete ständigt bringar nya uppslag och lagprodukter, synes en viss uppmärksamhet böra ägnas straffteorierna och dess huvudsakliga praktiska konsekvenser. Särskilt om det gäller vetenskapliga undersökningar eller lagstiftningsuppgifter på själva reaktionssystemets område torde ett ingående studium av grundfrågorna om samma reaktioners ändamål vara en praktisk nödvändighet.

Stundom råder en viss oklarhet angående innebörden av dylika forskningar och de grundbegrepp, varmed doktrinen rör sig på straffteoriernas fält. Innan vi i det följande övergå till själva det reella spörsmålet, de repressiva reaktioner-

¹¹ Att skillnaden mellan överträdelser av en förbudsnorm och andra mänskliga attityder, vilka peka hän på en möjlig eller sannolik sådan överträdelse, är allenast av relativ och lagteknisk art skall visas i fortsättningen av detta arbete; se nedan s. 182 f.

nas syfte och verkningssätt, torde därför några formella anmärkningar böra göras.

I litteraturen har den meningen hävdats, att frågan om straffets ändamål icke bör förblandas med det rent rättsdogmatiska problemet om straffets väsen, som angår spörsmålet vad straffet faktiskt är, vilka egenskaper som i en viss rättsordning äro utmärkande för detsamma.¹² Ändamålet med ett rättsinstitut ingår enligt detta betraktelsesätt icke i definitionen eller beskrivningen på institutet, lika litet som en beskrivning av ett verktygs egenskaper kräver en redogörelse för det arbete som därmed skall utföras. Detta resonemang äger måhända sin logiska riktighet men kan icke överföras på rättsvetenskapen såsom varande en praktisk disciplin. Vi kunna sålunda icke finna, att den positiva straffrättsvetenskapen är i nämnvärd grad betjänt exempelvis med det svaret på frågan om straffets väsen, att det är ett lidande, ett ingrepp från statsmaktens sida i eljest skyddade medborgerliga intressen, vilket följer i anledning av en på visst sätt beskaffad normöverträdelse. Såsom längre fram skall påvisas duger denna bestämning icke som kriterium på straffet till skillnad från andra rättsliga reaktioner, och någon ledning giver svaret icke heller för tillämpningen i praxis av gällande rättsregler eller för överväganden om reglernas reformering. Vi hålla alltså före, att juridiken är en teleologiskt arbetande vetenskap. Träffande säger Sauer, att med hänsyn till denna omständighet »ist auch hier der Zweck, der Sinn, voranzustellen als das erkenntnistheoretische Prius gegenüber dem Wesen, dem Sein. Der Zweck enthüllt erst ein vernünftiges Sein, er konstruiert erst ein brauchbares Objekt, ein Objekt, mit dem systematisch etwas anzufangen ist; Objekte, die keinen

¹² Så t. ex. *Kantorowicz*, Tat und Schuld, s. 11 f. och *Sauer* s. 71 f. Biträdes denna åsikt, får man emellertid vakta sig för att låta de rent teoretiska distinktionerna övergå till kriminalpolitiska motsatser, vilket väl torde vara den innersta orsaken till straffrättskolornas resultatlösa kamp. Sålunda framhåller med rätta *Wolf* i *ZStrW* 54 s. 544 f., att straffets väsen, som utgöres av en »Werturteil» och dess syfte, som är prevention, icke få uppfattas som oförenliga storheter »und damit schon von Anbeginn ein Moment der Zersetzung in der Bau des Strafgesetzes eingeführt werden».

Sinn haben, beanspruchen keine Beachtung.»¹³ Det sagda gäller icke blott den typiskt kriminalpolitiska sidan av straffrättsvetenskapen utan även begreppsbildningen, dogmatiken, ehuru den teologiska metoden där äger en snävare verkningskrets. Vill man emellertid icke biträda denna åsikt, måste man i stället vid uppställandet av en straffteori klart angiva, när man talar om straffets väsen i ovannämnda rent kunskapsteoretiska mening, och när man avser straffets utanför detsamma liggande funktion eller ändamål. Exempel kunde uppvisas på att oklarhet på denna punkt vållat onödiga missförstånd i den doktrinära debatten.

Men även själva begreppet ändamål äger en mångtydig innebörd.¹⁴ Vad nu särskilt termens användande på straffteoriernas område beträffar, är det väl att märka, att så gott som varje ändamål med ett handlande i sig innesluter syftningen till ännu längre bort liggande mål, d. v. s. det förstnämnda ändamålet har tillika karaktären av ett medel för det sistnämndas förverkligande. Vedergällning, avskräckning, förbättring, oskadliggörande etc. kunna framstå såsom ändamål för statens straffande verksamhet, men hava då endast karaktären av förstahandsmål. Ju vidare man gör synkretsen, i det man sammanställer straffreaktionerna med andra arter av statligt tvång på den medborgerliga handlingsfriheten, och ju närmare man söker analysera det faktiska sociala skeendet bakom de juridiska begreppen, desto tydligare skall man finna att dessa straffrättens förstahandsändamål endast äro medel för uppnåendet av ett mera allmänt och jämväl med andra medel åsyftat mål, nämligen upprätthållandet av en viss, för samhällsmedlemmarnas existens och utveckling nödvändig ordning, rättsordningen. Härmed är emellertid icke någon egentlig klarhet vunnen om den verkliga innebörden i statens straffande verksamhet, då ju detta yttersta ändamål angivits helt formellt eller abstrakt. Svårigheterna att här vinna någon som helst enighet och därmed ett postulat vid behandlingen av första-

¹³ *Sauer* s. 69.

¹⁴ Jfr till det följande *Michael-Adler* s. 25 f.

handsändamålen äro naturligtvis uppenbara, allra helst som vetenskapen väl näppeligen lär kunna finna någon metod att ur formuleringarna av statsändamålet eller rättsordningens uppgift helt fränskilja de etiska och religiösa värderingar som man kanske trott sig helt befriad ifrån, då man i princip anlagt det ändamålsbetonade betraktelsesättet på straffrätten och avvisat de absoluta straffteorierna såsom byggande på vissa religiösa, etiska eller naturrättsliga axiom. Samhällsnyttan såsom yttersta princip inom rättsvetenskapen är också ett värdebegrepp och såsom alla sådana omöjligt att objektivt fixera.¹⁵ Men genom att inrikta sig på ett individual- och socialpsykologiskt studium av huru dessa värdeföreställningar uppstå och äro beskaffade vinner naturligen rättsvetenskapen en mera rationell grundval för normernas bestämmande än genom vare sig en ren positivism eller naturrättslig absolutism.¹⁶

¹⁵ Jfr *Ross* i SvJT 1932 s. 324 f., som i sin kritik av samhällsnytteteorien dock synes förbise det erkännande av begreppets värdefärg som göres av *Lundstedt*, Obligationsbegreppet. II:1, s. 250. En annan sak är att *Ross* har rätt i sin skepticism beträffande möjligheten att fastställa detta värdebegrepps faktiska innehåll. Angående motsvarande problem inom nationalekonomien, se Socialiseringsnämnden i *SOU* 1936:7 s. 32 f. samt *Myrdal*, Vetenskap och politik; för rättsordningens del gäller i stort sett vad sistnämnde förf. anför s. 93: »Men nationalekonomiens tragik ligger däri, att ju längre vi hunnit i våra strävanden att iakttaga och förklara den sociala verkligheten, desto längre ha vi kommit från målet att kunna angiva villkoren för samhällsnyttans maximering.» »Efter en lång utvecklingsprocess står nationalekonomien nu tämligen redo att resignera inför uppgiften att vetenskapligt bestämma välfärden.» Belysande är också analysen av det godas begrepp och den därpå uppbyggda utilitarismen i samhällsfilosofien hos *Ross*, Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis, s. 29 f. Vad särskilt straffrätten beträffar, är denna del av rättsordningen tydligtvis ytterst känslig för växlingar i de allmänna social- och idépolitiska målsättningarna i samhället, en omständighet som särskilt faller i ögonen beträffande de autoritära staterna; se analyserna hos *Maurach* och *Donnedieu de Vabres*, Politique criminelle. Men även rent principiellt torde ett sådant samband vara oundvikligt såsom liggande i sakens natur. *Schaffstein*, Politische Strafrechtswissenschaft, s. 7 f., påvisar också, att den till synes opolitiska positivismen, både i dess skepnad hos den klassiska tyska straffrättsskolan och i dess naturalistiska form hos *v. Liszt* och den italienska tredje skolan, förutsätter vissa allmänpolitiska värderingar. Detta är också i hög grad fallet med den förra riktningens variation hos *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen.

¹⁶ Hos *Hägerström*, Stat och rätt, s. 2 f., skiljes strängt mellan det teoretiska, d. v. s. sociologiska, betraktelsesättet och det praktiskt-immanenta, d. v. s. rättsdogmatiska. Väl må de båda aspekterna kunskapsteoretiskt vara helt väsensskilda, men det praktiska behovet kräver ett samspel mellan rättsdogmatiskt systembyggande och analysen av reella sociala sammanhang. Häger-

De allmänna principerna för bestämmande av den konkreta rättsordningens innehåll höra nu visserligen icke i egentlig mening till straffrättsvetenskapens område utan tillkomma den allmänna rätts- och samhällsläran. Men jämväl för straffrättens utformande såsom instrument för rättsordningens upprätthållande är det av största vikt att kunna angiva de värderingar som faktiskt bestämma denna rättsordnings innehåll, då ändamålets beskaffenhet onekligen influerar på valet av medel.

Lika viktig som denna insikt om ändamålsbegreppets relativa karaktär är emellertid skyldigheten att vid användningen av termen ändamål städse hålla skillnaden klar mellan detta yttersta ändamål, som vi för korthetens skull vilja angiva som den faktiskt bestående rättsordningens upprätthållande, och de förstahandsändamål, som de straffrättsliga reaktionerna vilja uppnå och som äga den dubbla karaktären av mål och medel.¹⁷

Till sist vilja vi med ett par ord beröra en metodologisk

ström antyder också detta förhållande beträffande jurisprudensen som vetenskapsgren: »De normer, som den avhandlar, föra icke ur dess egen synpunkt sett någon egen, av den verkliga världen oberoende tillvaro utan äro blott innehåll i idéer, som faktiskt äro verksamma i det mänskliga livet och giva sig tillkänna i rättsurkunderna eller blott i sin faktiska tillämpning, rättspraxis» (s. 3). Detta mycket klarläggande uttalande tager i viss mån den praktiska rättsvetenskapen i försvar mot beskyllningarna för att icke röra sig med realiteter utan blott med metafysiska begrepp, en beskyllning som dock med fog kan riktas mot den av *Kelsen* utvecklade rättslogiska metoden; en annan sak är naturligtvis att rättsvetenskapen kan visa större eller mindre likgiltighet för realiteterna bakom rättsbegreppen. Det av Hägerström påpekade sammanställandet av det rättsdogmatiska och det sociologiska betraktelsesättet synes möjliggöras bl. a. därav, att normbegreppet uppfattas så, att såvitt möjligt endast det faktiskt upprätthållna regelsystemet göres till föremål för rättsdogmatisk bearbetning. Denna rättsidéernas praktiska kraft är det också som enligt Hägerström gör jurisprudensen till rättsvetenskap: »Saknades denna kraft skulle först varje praktiskt intresse vid en undersökning av deras objektiva innebörd saknas. Den vore ju av intet praktiskt intresse, då de normer, som genom undersökning kunde fastställas, i alla fall alls icke av dem, till vilka de riktade sig, erkändes» (s. 8 f.). Erkännes det riktiga i denna begränsning av rättsdogmatikens normbestånd, torde ur praktisk synpunkt det riktiga vara att förankra rättsvetenskapen vid verkligheten genom att med *Stjernberg*, De ekonomiska kategorierna, s. 80 f., använda metoden att i den objektiva rättens begrepp upptaga sådana bestämmingar, som hänföra sig till normernas egenskap att faktiskt upprätthållas i det mänskliga handlandet ävensom till de sociologiska orsakerna till denna normernas faktiska kraft.

¹⁷ Jfr *Heimer*, Den lika distansens lag, s. 11 f.

oklarhet som länge vidlått och hos vissa författare ännu vidlåder framställningen av straffteorierna och de kriminalpolitiska resonemangen om straffrättens funktioner. Man gör icke tillräckligt klart för sig, att vissa av de uppgifter man tillägger straffet i själva verket fyllas antingen av strafflagen, straffdomen eller straffverkställigheten var för sig eller på visst sätt kombinerade. Den följande framställningen torde giva vid handen, att de olika straffrättsliga funktionernas förenlighet just beror på att den ena eller andra av dessa »drei Stationen der Bestrafung»¹⁸ är den huvudsakliga anknytningspunkten för de olika metoder straffrätten använder i sin kamp för rättsordningens upprätthållande. Visserligen har det stundom påståtts,¹⁹ att olika straffrättsliga ändamål icke utan fara för straffrättens sönderbrytande skulle kunna uppställas för dessa olika stadier av normernas förverkligande. Det skulle nämligen här gälla en till sin natur enhetlig verksamhet, som leder fram till det konkreta straffet, vilket skulle utgöra själva brännpunkten för straffrättens funktioner och reella verkningar.²⁰ Det till synes ologiska i uppfattningen om olika straffrättsliga ändamåls samtidiga förverkligande är emellertid av enbart teoretisk natur, d. v. s. hänför sig till problemet om straffets väsen i ovan anförda mening. Praktiskt sett innebär den här förordade distributiva metoden intet orimligt: samtliga i en viss rättsordning eftersträfvade förstahandsändamål ligga ur statisk synpunkt inneslutna i lagen in abstracto. Dynamiskt sett, med andra ord under genomförande in con-

¹⁸ Uttrycket är hämtat från *M. E. Mayer* s. 419 f. Enligt denne förf. utgöras de tre stationerna i samhällets straffande verksamhet av »Strafandrohung, Strafzumessung und Strafvollzug». Häremot kan anmärkas, att uttrycket straffmätning är något för snävt för att angiva de mångskiftande verkningar som tillkomma straffdomen såsom rättsfaktum; härom nedan s. 128 f.

¹⁹ Se *Nagler* s. 69 f., som bl. a. yttrar: »Strafe im Sinne der Strafdrohung, Strafverhängung und Strafverfolgung bildet demgemäss einen einheitlichen Begriff.» »Seine kennzeichnende Züge bleiben die nämlichen von der allgemeinen Ankündigung der Strafe bis zu ihrer Durchführung im Einzelfall» (s. 76).

²⁰ Emot denna av *Nagler* hävdade princip med allt skäl *Sauer* s. 154 f., som hänvisar till strafflagen som utgångspunkt. Jfr dock *Exner*, *Theorie*, s. 9 f., samt nedan s. 190 f.

creto av lagens bud genom straffprocess, dom och straffverkställighet, träder än det ena, än det andra straffändamålet i förgrunden och verkar dels självständigt, dels i kombination med de funktioner som utövas av strafflagen in abstracto eller av andra data under konkretiseringsprocedurens lopp.²¹ Den i det följande företagna undersökningen av den generalpreventiva funktionen i straffrätten bygger på uppfattningen om denna metods riktighet och lämnar ock en mera åskådlig bild av metodens innebörd än vi här kunna giva enbart med en abstrakt beskrivning.

II. De individualpreventiva utgångspunkterna.

I det föregående har icke direkt utsagts utan blott i förbigående antytts, huru svaret enligt vår mening — med de bristfälliga empiriska kunskaper vi faktiskt äga om brottets orsaker och samhällsreaktionernas verkningssätt — måste utfalla på den kriminalpolitiska grundfrågan, vilket av straffrättens förstahandsändamål lagstiftaren bör söka uppnå vid uppbyggandet av straffrättens reaktionssystem. Svaret torde gå ut därpå, att det praktiska samhällsarbetet bör undvika att upprepa straffrättsskolornas ensidiga ståndpunkttagande när det gällt de teoretiska frågorna, varigenom den ena eller andra principen tillerkänts absolut herravälde med undanträngande av andra uppfattningar om straffets ändamål, och i stället söka begagna och kombinera alla de olika möjligheter för brottslighetens bekämpande vilka kunna anses effektiva och tillika humana.²² De

²¹ Ehuru vi i huvudsak ansluta oss till *M. E. Mayer* i denna grundläggande metodfråga, kunna vi icke helt instämma i hans yttrande: »Es ist von Anfang an sehr unwahrscheinlich, dass jede dieser drei Tätigkeiten demselben Zweck dient, und sehr wahrscheinlich, dass jede eine Aufgabe hat, die für die nachfolgende als ein schon erfüllter Zweck ausscheidet» (s. 419). Såsom vi längre fram skola visa förekommer på vart och ett av de tre stadierna de flesta av de avsedda förstahandsändamålen, ehuru ett av dessa dominerar bilden och de övriga äga karaktären av biändamål. Mayer synes sålunda driva den distributiva tanken för långt.

²² Jfr om humanitetskravet *Stjernberg*, *Kriminalpolitik*, s. 17 f. Att detta krav uppställes såsom självständig straffrättslig princip vid sidan av det för

ofta anförda teoretiska betänkligheterna mot en dylik synkretistisk metod²³ få därvid vika för de skilda erfarenhetsrön, som alls icke jäva utan snarare bekräfta påståendet om denna metods företrädare framför ett extremt och konsekvent förverkligande av en enda ledande princip för straffets eller rättare sagt de samhälleliga reaktionernas uppgifter, vilket enligt historiens vittnesbörd städse misslyckats.²⁴ Om den här förordade metoden betecknas som en praktisk kompromiss, innefattande ett brott mot logiska principer, eller ej, är en av relativt underordnad vikt jämförd med frågan om dess användbarhet i den praktiska kriminalpolitikens tjänst.

Betrakta vi därefter frågan ur systematisk-straffrättslig synpunkt, torde det vid behandlingen av ett visst avsnitt

alla straffändamål gemensamma effektivitetskravet innebär visserligen att den senare egenskapen hos de olika straffrättsliga reaktionerna ej får utvecklas konsekvent. Emellertid är denna konflikt icke alltid för handen; med all rätt betonar *Mesger* s. 512 f. att kravet på humanitet, »Persönlichkeitsachtung», indirekt tjänar de skilda straffändamålen, i det nämnda princip utgör förutsättning för en framgångsrik special- och allmänprevention. Se ock nedan om rättviseföreställningarnas betydelse för generalpreventionen, s. 84 f.

²³ Termen användes här i brist på lämplig motsvarighet till den tyska termen »Vereinigungstheorie» eller det franska uttrycket »théorie éclectique». Termen är missvisande såsom ägnad att föra tanken till att de olika straffrättsliga verkningarna frambringas av exakt samma straffrättsliga företeelse; härom gäller dock uttalandet hos *M. E. Mayer* s. 434 not 16: »eine Theorie ist umso weniger synkretistisch, je mehr sie der distributiven Methode folgt». De synkretistiska teorierna hava särskilt försvarats av *Mayer* och *v. Hippel I* s. 521 f. ävensom av *v. Bar*, *Geschichte*, s. 311 f., låt vara med inbördes ganska olika formuleringar. Klassiker sådana som *Birkmeyer* s. 29 f. och *Nagler*, *Verbrechensprophylaxe*, s. 198 f., hava bekämpat försöken att i strafflagen samtidigt förverkliga olika straffteorier; denna ståndpunkt torde framför allt böra förklaras med en hänvisning till det faktum, att det enligt deras straffrättsskola gällt förhållandet mellan en absolut och en eller flera relativa teorier, som naturligen hava svårare att förlikas än tvenne relativa, d. v. s. rationellt grundade straffändamål. Jfr dock föreningsteorierna i fransk litteratur; nedan s. 39 f.

²⁴ Det sagda gäller vare sig strafflagarna företett generalpreventionens eller individualpreventionens drag i deras yttersta konsekvenser. Angående den bayerska strafflagen 1813 med dess ensidiga avskräckningsteori, se *v. Hippel I* s. 300 f. Vad beträffar de försök som i vår tid gjorts att med utmönstrande av det traditionella straffbegreppet bygga ett sanktionssystem helt på individualpreventiv och profylaktisk grund, hava de misslyckats på så sätt, att repressionen såsom en nödvändig faktor för den outhärliga allmänpreventionen arbetat sig fram inom eller vid sidan av det rent individualpreventiva sanktionssystemet, där ej ifrågakommande strafflagsexperiment stannat på förslagens stadium, såsom *Ferris* och *Krylenkos* utkast; jfr närmare nedan s. 63 not 112 och 113 samt s. 202 f.

av den positiva rätten eller av spörsmål de lege ferenda vara mest ändamålsenligt att bland de tankegångar, vilka enligt den ovan hävdade metoden samtidigt böra vinna beaktande, utvälja den som finnes bäst ägnad att befrämja en framgångsrik kamp mot brottsligheten för att därefter på varje särskild punkt göra de nödvändiga modifikationer som anses påkallade av de övriga straffrättsliga grundsatser, vilka befunnits kunna tillföra nämnda kamp värdefulla stridsmedel. Att ett erforderligt samband kommer att råda mellan de olika praktiska frågornas lösning och de teoretiska principerna garanteras just av den omständigheten att ett bland flera straffändamål tillerkännes primatet och utgör den axel kring vilken de skilda kombinationslösningarna i det praktiska arbetet gruppera sig.

Vid valet av huvudprincip för straffrätten och särskilt för dess reaktionssystem bör företräde tillerkännas de individualpreventiva grundsatserna. Här skall intet försök göras att ens sammanfattningsvis angiva dessa grundsatsers innebörd; hithörande tankegångar torde vara ganska väl kända även utom fackmännens krets, då de i hög grad dominerat icke blott i den rent vetenskapliga debatten på kontinenten²⁵ och hos oss²⁶ utan även i ganska hög grad i våra partiella strafflagsreformer²⁷ och lagförslag²⁸ under mer än ett kvartssekel. Icke heller anse vi något försvar nödvändigt för de individualpreventiva idéernas riktighet i och för sig: att förneka deras bärkraft vore att avvisa de empiriska och experimentella metodernas hemortsrätt inom samhällsvetenskaperna och det praktiska rättslivet.²⁹ Där-

²⁵ Vi hänvisa här blott till sammanfattningen och litteraturanvisningarna hos *Liszt-Schmidt* s. 1 f., s. 377 f. samt *Mezger* s. 505.

²⁶ Särskilt hos *Thyrén*, Principerna. I—III. Jfr *Bergendal* i NKÅ 1938 s. 275 och *Schlyter* i JFFT 1937 s. 12 f.

²⁷ Se översikten hos *Agge* i NKÅ 1936 s. 244 f. samt *FLU* 1937: 45 s. 41 f.

²⁸ Så särskilt *SLK* 1923; härom *Olin* i SvJT 1924 s. 9 f. Se vidare yttrandet till statsrådsprot., återgivna i *FLU* 1937: 45 s. 51 f. och i SvJT 1938 s. 569 f.

²⁹ Detta är icke heller meningen hos författare, som till synes bekämpa de individualpreventiva strävandena, utan man vill blott särskilja de rena säkerhetsåtgärderna från straffrätten såsom uppbyggd på generalpreventiva eller andra på medborgarna i gemen syftande verkningar; jfr t. ex. *Lundstedt*,

emot synes det vara på sin plats att med några ord angiva varför just de individualpreventiva principerna på ovan-nämnt sätt väljas till genomgående tema för det straffrättsliga systembyggandet och för undersökningen av speciella frågor i samband med straffrättens reaktionsformer.

Det påpekades i det föregående, att den kriminologiska vetenskapens rön, i den mån dessa kunna sägas bära prägeln av någon mera höggradig pålitlighet, i huvudsak hänföra sig till en serie individuella fall och att all generalisering av de gjorda iakttagelserna enligt sakens natur är ägnad min-ska säkerheten och det empiriska bevismaterialet för de sat-ser man på grund härav finner sig berättigad uppställa. Gi-vet är att de individualpreventiva aspekterna på samhälls-reaktionernas uppgifter och verkningar stå i närmare sam-manhang med det kriminologiska kunskapsmaterialet än de generalpreventiva idéerna, som för att kunna leda sina te-ser i bevis måste i betydligt större utsträckning generalisera de faktiska erfarenheter av kriminologisk och allmänpsyko-logisk art, vilka åtminstone hittills vunnits genom forsk-ningarna om brottets orsaker och samhällsreaktionernas verkningar. Med en viss rätt framhåller Gleispach krimina-listernas fattigdom på faktiska bevis för generalpreventio-nens betydelse: »Als aber einer daher kam und allen Ernstes erklärte, das ganze Gerede von der Generalprävention sei Unsinn, da war man in einiger Verlegenheit, wie er zu wi-derlegen sei».³⁰ Särskilt moralstatistiken, som på detta om-

Die Unwissenschaftlichkeit. II: 1, s. 83 f. samt art. i Soc.-dem. den 2 juni 1937 och den 10 juli 1938, vidare vedergällningsklassikerna t. ex. *Binding*, Ab-handlungen. I, s. 92 f. och *Birkmeyer* s. 80 f. Samma synpunkt återfinnes hos *Nagler*, Verbrechensprophylaxe, s. 112 f., där emellertid de rent individual-preventiva möjligheterna betecknas såsom synnerligen begränsade.

³⁰ *Gleispach* i ZStrW 48 s. 144. Mycket skeptiska äro också de uttalanden som från modernt kriminologiskt håll göras angående möjligheterna av någon empiriskt grundad kunskap om generalpreventionens förutsättningar och strafflagens resultat i denna riktning. Sålunda anför *Michael-Adler* s. 175 f.: »We know nothing about deterrent or reformatory effects of any mode or variety of treatment. It is, therefore, impossible for a proposal of alterations in the modes of treatment to be defended on the ground that the proposed mode of treatment will have greater deterrent or reformatory effect». Även om denna negativa hållning till våra kunskaper om samhällslivet synes väl starkt markerad, är det dock svårt att vederlägga ett senare yttrande av

råde borde kunna erbjuda kriminalpolitikern åtskilliga upplysningar till stöd för hans åsikter om generalpreventionens betydelse som maxim för lagstiftaren, förmår icke med sina nuvarande metoder giva den åstundade ledningen.³¹ Med

samma förf., s. 215: »that a given mode of treatment either has or has not any deterrent effect upon potential criminals is to commit the almost inexcusable fallacy of post hoc ergo propter hoc».

³¹ En exkurs över kriminalstatistikens betydelse för straffteorien med hänsyn särskilt till möjligheten av exakt kunskap om generalpreventionens betydelse vore här på sin plats men skall ersättas blott med ett par påpekanden. Alldeles bortsett från det rent hypotetiska i att antaga någon lagbundenhet i det sociala skeendet och sålunda att över huvud bygga på kriminalstatistiken såsom kriminologiskt och kriminalpolitiskt hjälpmedel, bör observeras, att även det kriminalstatistiska materialets beskaffenhet lägger oöverstigliga hinder i vägen för en någorlunda exakt kunskap. Först och främst måste man ständigt erinra sig det för generalpreventionens bedömande viktiga faktum, att materialet icke är representativt, i det att de företeelser som statistiken behandlar äro de fall, då moralbildningens och avskräckningens medel slagit slint såsom brottsdämpande faktorer, medan övriga fall undandraga sig varje siffermässig analys. Det kan alltså på sin höjd bli va fråga om en relativ undersökning av generalpreventionens otillräcklighet i förhållandet mellan olika brott, olika tidrymder o. s. v. Men även med denna begränsning äro resultaten allt annat än säkra. Man måste sålunda observera de rent kvalitativa bristerna i de flesta länders kriminalstatistik; härom t. ex. *Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis, särskilt s. 15 f., samt *Verkko* i NKÄ 1937 s. 287 f. Vi nöja oss med att på denna punkt erinra om kriminalstatistikens beroende av positivrättsliga brotts- och straffkategorier, det bristande hänsynstagandet till förändringar i socialrättens profylaktiska rättsinstitutioner och det ofullständiga samspelet mellan återfallsstatistiken och redovisningen av den sammanlagda brottsligheten etc. Vidare märkes att själva siffermaterialet är kvantitativt vilseledande såtillvida, att förhållandet mellan den verkliga kriminaliteten och den upptäckta är förborgad och säkerligen ställer sig högst olika vid olika brottstyper och under olika tidsperioder. *Verkko* s. 32 pekar härvidlag på den olika graden av känslighet hos allmänheten och de straffprocessuella organen vid olika brottstyper. Dessutom är det otvivelaktigt så, att man måste räkna med å ena sidan en stegring under en viss period i statistikens brottsiffror, vilken beror på en av omständigheterna betingad större aktivitet hos polismakten och å andra sidan en minskning som har sin grund i ökad opportunitet vid åtals anställande. Dessa faktorer fördölja givetvis fullständigt förändringarna i den verkliga brottsfrekvensen.

Men även om man med *Mesger*, Kriminalpolitik, s. 163, skulle anse relationen mellan den verkliga och den avdömda brottsligheten i stort sett konstant, åtminstone vid varje av strafflagsändringar oberörd brottstyp, och att sålunda de verkliga rörelserna i brottslighetsfrekvensen vore möjliga att fixera, torde det vara så gott som uteslutet att statistiskt påvisa, i vad mån dessa rörelser hava sin grund i det ena eller andra sociologiska förhållandet; allra minst kunna härur slutsatser dragas om de generalpreventiva faktorernas medverkan till brottslighetens stigande eller sjunkande. Sålunda är det säkerligen förhastat att i fall, då strafflagstiftningen — vanligen straffets stränghet — förändras, sätta detta förhållande i kausalsammanhang med någon därefter påvisbar förändring i frekvensen av motsvarande brott, eller att, om brottslighetsciffrorna förbli va konstanta, härav draga slutsatser om straffhotets

det anförda hava vi ingalunda velat giva uttryck åt någon åsikt om generalpreventionens större eller mindre irrelevans såsom straffrättslig princip utan endast velat förklara, varför användandet av nämnda princip som grundval för det straffrättsliga systemet synes mera riskabelt ur vetenskaplig synpunkt än uppställandet av individualpreventiva utgångspunkter. Den följande framställningen torde också visa, att man, trots bristen på pålitligt empiriskt material för en närmare kännedom om generalpreventionens betydelse och funktionssätt, icke rimligen kan eller bör underlåta att räkna med strafflagens s. k. allmänna verkningar såsom en betydelsefull faktor för samhällsordningens upprätthållande.

Men icke blott dessa överväganden motivera, att samhällets åtgärder mot brottsligheten i första hand tager sikte på de individer, vilka redan begått en lagöverträdelse eller företett andra tecken på asocialitet, s. k. missanpassningsfenomen.³² I själva verket torde det förhålla sig så som

absoluta eller relativa irrelevans såsom brottsavhållande motiv. Typiska för frestelserna i dessa avseenden äro de slutsatser man velat draga i ena eller andra riktningen beträffande dödsstraffets avskräckande verkan på frekvensen av mord- och dråpsbrott. Medan exempelvis *Verkko* i NTfS 1928 s. 162 f. efter undersökningar av siffermaterial såväl från länder, där lagstiftningen ändrat sin ståndpunkt till dödsstraffet, som från länder, där detta bibehållits, ansett sig kunna konstatera detta straffs irrelevans för mordfrekvensen, ställa sig *Michael-Adler* s. 181 avgjort skeptiska inför de i olika riktningar dragna slutsatserna; med rätta framhålles att »the figures themselves do not tell whether the lower homicide rate is the effect of the abolition of the death penalty or the cause of the abolition of the death penalty or whether both the lower homicide rate and the abolition of the death penalty are effects of the general culture and composition of the population».

Vi hålla sålunda före, att statistiska bevis knappast kunna föras i fråga om verkan av vissa straffrättsliga institut. Om det likväl vore möjligt att i en enstaka statistisk situation föra ett sådant bevis, t. ex. då brottsfrekvensen sjunker efter en genomförd skärpande lagändring, är det naturligen icke tillåtet att i nämnvärd grad generalisera detta resultat, även om man skenbart stode inför en påvisad socialpsykologisk regelbundenhet. Framför allt kan man icke bestämt räkna med att denna kommer att såsom en konstant göra sig gällande i framtiden, då ju de sociala och individuella förhållandena ständigt förses med tillskott av nya faktorer av materiellt och ideellt innehåll. Statistiken giver oss därför blott, såsom *Wassermann*, Begriff und Grenzen der Kriminalstatistik, s. 75, uttryckt saken, »die Mittel zu einer Wahrscheinlichkeitsberechnung a posteriori». Jfr ock omdömena hos *Tönnies* i Handwörterbuch der Staatswissenschaften. VI, s. 641 f.

³² Om sist använda begrepp, se *Kinberg II* s. 25 f.

Kelsen — låt vara i ett mera allmänt sammanhang — uttryckt saken: »Für den Juristen kommt das Recht, kommt der Rechtssatz gerade in seiner individuellen Reaktion gegen die einzelne Rechtswidrigkeit in Betracht. Sieht man das Wesen des Rechtssatzes in seiner regelmässigen motivierenden Wirkung auf die Masse der Subjekte, in seiner Fähigkeit, die Menschen zu rechtmässigem Verhalten zu veranlassen, dann muss ein derartiger Rechtsbegriff den Juristen gerade im entscheidenden Momente im Stiche lassen: im Falle des Unrechts. Denn gerade diesem gegenüber bedeutet der Rechtssatz in seiner motivierenden Kraft ein völliges Versagen.»³³ Huru riktigt det än må vara, att samhällsreaktionen utövar vittgående verkningar av direkt eller indirekt slag utöver den effekt densamma åstadkommer på de individer eller rättsobjekt, varemot den i det särskilda fallet riktar sig,³⁴ torde det emellertid ur rättssystematisk synpunkt aldrig vara möjligt att gå förbi det faktum, att reaktionen anknyter sig till de konkreta fallen av samhällsskadligt handlingssätt eller eljest icke önskvärda förhållanden i rättslivet och att beskrivandet och behandlingen av dessa situationer måste bli utgångspunkten för reaktionssystemets uppbyggnad. Medgives det riktiga i denna metod för det rättsdogmatiska och praktiskt-juridiska arbetet, måste man också erkänna, att det, ehuru kanske icke med logiskt tvingande kraft³⁵ men av praktiska skäl, ligger nära till hands att utgå från reaktionernas uppgift i det konkreta fallet, även om man inser att deras förhandenvaro utövar betydligt mera vittgående inflytande på samhällsordningen.

Om vi sålunda i det följande i princip utgå från de individualpreventiva grundsatserna såsom den plattform på vilken en modern strafflagstiftning och kriminalpolitik har

³³ Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, s. 54 f.

³⁴ Jfr Olivecrona, Law as fact, s. 140 f., samt nedan s. 81 f.

³⁵ Det är ju nämligen intet som teoretiskt sett hindrar, att behandlingen av det konkreta fallet sker uteslutande med tanke på reaktionens allmänna verkningar, d. v. s. den brottsliga behandlande är uteslutande ett medel för ändamål, som ligga helt vid sidan av hans eget framtida uppförande.

att ställa sig, hava vi dock velat hävda den meningen, att dessa grundsatser tarva en omfattande komplettering med synpunkter, vilka taga tillbörlig hänsyn till ett större verksamhetsfält än behandlingen av det isolerade fallet eller gruppen av fall. Djupare sett utgör detta hänsynstagande allenast en tillämpning av de allmänna överväganden som inom straffrättsteorien lett till kampen för det preventiva och profylaktiska elementets hegemoni på bekostnad av det rent repressiva i straffrätten. Vill man förekomma brott och andra samhällsskadliga handlingssätt, måste det betecknas såsom närsynt att allenast taga sikte på förekommandet av dylika handlingssätt hos personer som redan visat tecken på asociala tendenser av ett eller annat slag. Det preventiva programmet torde i sina konsekvenser kräva, att de samhälleliga åtgärderna sätta in redan innan det förekommit några tecken på att de behövas, för att använda en paradoxal formulering. Individualpreventionens förlängningslinje leder alltså fram till allmänpreventionens område; i själva verket finnes icke någon otvetydig gräns mellan dessa båda straffrättsliga funktioner.³⁶

Medan de individualpreventiva synpunkterna på straffrätten med deras betonande av den i brottslingens person liggande faran³⁷ för samhället och krav på reaktionernas anpassande efter skilda brottslingstyper och icke blott efter gärningstyper ävensom deras utmynnande i de traditionella straffens kompletterande med skyddsåtgärder, vilka taga nämnda fara till utgångspunkt, måste på sätt ovan anfördes, anses så pass välbekanta, att man icke behöver inledningsvis rekapitulera desamma vid en undersökning av det straffrättsliga reaktionssystemet,³⁸ råder icke motsvarande klarhet i utgångspunkterna, när det gäller de allmänpreventiva

³⁶ Härom nedan s. 24 f.

³⁷ Vi använda här detta ganska diskutabla uttryck för att senare (i kap. V) återkomma till frågan om det verkliga innehållet i detta anknytningsmoment för samhällets reaktion mot individen.

³⁸ Däremot kräva naturligen åtskilliga individualpreventiva synpunkter och deras legala genomförande belysning vid undersökningen av varje särskild fråga.

grundsatser, som vi i enhetlighet med det ovan sagda skola söka förena med de förstnämnda principerna. Ofta åberopas visserligen »allmänpreventionens krav» såsom motive-
 rande vissa modifikationer i lagstiftningsprodukter, vilka eljest i huvudsak åsyfta att förverkliga individualpreventiva idéer,³⁹ och en viss enighet synes råda därom, att dylika modifikationer verkligen äro nödvändiga för att respektive rättsinstitut skola åstadkomma gynnsamma resultat.

Det synes däremot alls icke oomtvistligt vad man inlägger i detta uttryck och huru vittgående följer dessa hänsyn till allmänpreventionens krav kunna draga med sig på olika områden av straffrätten. Av detta skäl måste det vara av värde, att begreppet allmänprevention underkastas en analys, som tager hänsyn både till dess historiska utveckling och nuvarande användning i doktrin och kriminalpolitik och till de sociala realiteter för vilka begreppet utgör en formulering. Utan att föregripa utredningens resultat kunna vi här fastslå, att den allmänpreventiva funktionen i straffrätten förutsätter hänsynstagande från lagstiftarens sida till vissa föreställningar och värderingar, vilka höra hemma i den eljest föräldrade vedergällningsstraffrättens tankevärld, utan att därmed denna straffrättsuppfattning såsom sådan i något enda avseende återupplivas. Att veta huru härmed förhåller sig är av största vikt för den av oss försvarade synkretistiska uppfattningen av straffets ändamål och straffrättens funktionssätt, varför den följande undersökningen också måste inriktas på en analys av nämnda föreställningar och värderingar till den del desamma äga betydelse för straffets allmänpreventiva verkningar, alltså i deras historiska utveckling och rationella sociala innehåll. Först sedan dessa analyser verkställts,⁴⁰ skola vi övergå till arbetets mera praktiska uppgifter, nämligen att söka angiva riktlinjerna för de individualpreventiva principernas för-
 enande med de generalpreventiva på reaktionssystemets om-

³⁹ Jfr nedan s. 77 not 44.

⁴⁰ I kap. II och kap. III.

råde⁴¹ och att med ledning av dessa mera allmänna anvisningar till behandling upptaga vissa aktuella uppgifter inom svensk straffrätt och lagstiftningspolitik.⁴²

⁴¹ Dessa riktlinjer återfinnas i kap. IV och V, men jämväl i framställningen av den generalpreventiva funktionen i kap. III har på många punkter denna funktions förhållande till de individualpreventiva verkningarna av reaktionerna belysts med exempel från praktiskt viktiga delar av strafflagstiftningen.

⁴² Grunderna för urvalet av dessa uppgifter skall angivas under framställningens gång.

KAP. II. GENERALPREVENTIONS- TEORIERNAS UTVECKLING.

I den inledande framställningen gjordes gällande, att de individualpreventiva principerna tarva en komplettering och syntes med andra straffrättsliga grundsatser för att tjäna som praktiskt dugligt fundament för ett effektivt straffrättsligt system. Vi pekade på de allmänpreventiva synpunkterna såsom innehållande den sökta hjälpprincipen och hava att i detta kapitel närmare undersöka de generalpreventiva teoriernas utvecklingshistoria och förhållande till andra därmed besläktade straffrättsteorier, en undersökning som visat sig erforderlig för en rätt förståelse av den generalpreventiva funktionens innebörd och praktiska betydelse för det straffrättsliga reaktionssystemets uppbyggnad.

I. Avskräckningsteorierna.

Begreppet allmänprevention har ofta identifierats med det verkningssätt hos samhällets straffande reaktioner, som består i straffhotets avskräckande kraft på varje samhällsmedlem som känner sig frestad att överträda rättsordningens bud. I denna form förekommer såsom bekant de allmänpreventiva idéerna sedan urminnes tid såsom ett medvetet eller omedvetet inslag i strafflagar och sedvanerätt¹ och framträder i teorien tidigt, t. ex. hos Aristoteles och de

¹ Jfr exempelvis *v. Bar*, *Geschichte*, s. 93 f., *His I* s. 374 f. samt *Dahn*, *Das Strafrecht Italiens*, s. 288 f., för medeltidsrättens del, ävensom *V. Almqvist* i *Minnesskrift II*, s. 733 f., och *Boldt*, *Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, s. 79 f. I huru hög grad likväl straffsystemen och straffmätningen dominerades av vedergällnings- och värderingssynpunkter med hänsyn till det redan begångna brottet belyses av *Nagler*, s. 106 f., 508 f.

romerska rättsfilosoferna, såsom ett viktigt straffändamål.² Vi behöva här icke närmare utveckla avskräckningssynpunktens förmåga att genomsyra medeltidens och de därpå följande seklers stränga strafflagar och barbariska straffverkställighetsformer³ utan erinra blott om att de för samhällsordningen gynnsamma verkningarna av avskräckningen oftast ansågs bero på och stå i proportion till straffets stränghet och dess förmåga att genom straffets offentliga exekverande och vissa straffnormers brutalt påtagliga innebörd göra en åskådlig chockliknande inverkan på allmänheten.⁴

² Se *v. Bar*, a. a. s. 203 f. och *Heinze* i *Holtzendorff*, Bd 1, s. 244 f.

³ I vad mån avskräckningsprincipen legat till grund för 1734 års missgärningsbalk låter sig icke med visshet fastställa. De uttalanden som återfinnas i speciella rättskällor från denna epok äro givetvis synnerligen sporadiska; vi omnämna här några typiska lagställen: I 1653 års straffordning inskräpes domarens plikt att genom tillbörliga straff »vigilera, huruledes synder, skam och laster som nu allt för mycket tilltaga behörigen korrigeras». Förordningen den 20 dec. 1745 angående straffets skärpande för tjuvar, förklarar dels vanettjuvars oskadliggörande vara nödvändigt ur rättssäkerhetens synpunkt, dels ock straffet i den dittills gällande lagen otillräckligt »att avskräcka sålika vanartiga människor, som på en så vederstyggelig last begivne äro, att från stöld sig avhålla»; båda dessa preventiva synpunkter motiverade drakoniska straff. Förordningen den 2 maj 1747 om straffets skärpande för dem, som föröva svek och bedrägeri med banco-sedlar, förklarar, att tidigare stadgade straff »ej varit tillräcklige til slike skadelige brotts förekommande». Jfr också *J. E. Almquist*, Tidelagsbrottet, s. 4 f. och 46 f. och *V. Almquist* a. a. s. 739 f. I allmänhet torde avskräckningsidéerna hava framträtt som medveten lagstiftningsprincip i tider av tilltagande brottslighet då »eine Steigerung des gesetzlichen Terrors», såsom *Dahm* uttrycker saken, krävt straff som icke motiverades av traditionella vedergällningsföreställningar; som exempel kan anföras *Carolina*, art. 137. Att hos oss *Nehrman*, *Jurisprud. crim.* s. 61 f. starkt framhäver den direkta avskräckningen såsom ett viktigt straffändamål torde, trots författarens beroende av utländskt doktrin, bära vittne om juristernas uppfattning om missgärningsbalkens anda, särskilt som *Nehrman* rekommenderar samma principer såsom vägledande för domarens straffmätning. Att å andra sidan rättspraxis ingalunda saknade känsla för individualpreventiva synpunkter — närmast förbättringstanken — påvisas av *Munktel* i *SvJT* 1939 s. 528 f.

⁴ Hos *Nehrman* återfinnes denna föreställning om att straffsatsernas skärpande och straffets åskådliga utkrävande automatiskt höjer den avskräckande effekten: » därföre, när överheten märker, att någon ogärning tager överhanden, sluter han därav, att det utsatta straffet är för ringa, och att de vanartiga hava mindre räddhåga för straffet än nöje uti själva ogärningen; då är ingen annan utväg till att bibehålla den allmänna säkerheten, än att straffet måste skärpas» (a. a. s. 64). Till förklaring, om också icke till försvar, för de kvalificerade dödsstraffen anför samme författare: »men som själva dödsstraffet ej eller förmått avskräcka de vanartiga ifrån sådana brotts förövande, som lagen kallar grova livssaker, ... har överheten måst skärpa

I modernt straffrättsligt tänkande har väl genom Feuerbachs insats⁵ den allmänpreventiva effekten anknutits till strafflagen och dess psykologiska inverkan på individerna, men idén om att bibringa den potentielle förbrytaren medvetet uppfattade motiv, vilka betaga honom lusten att begå brott i allmänhet eller av viss typ,⁶ har länge kvarstått såsom en väsentlig beståndsdel av allmänpreventionens begrepp.⁷

Med en sådan begränsad innebörd har emellertid allmänpreventionen näppeligen förmågan att utgöra den reglerande och modifierande princip vi i det föregående efterlyst som komplement till de individualpreventiva grundsatserna. Tvärtom förhåller det sig så, att de båda arterna av prevention lagstiftningspolitiskt kunna samordnas,⁸ då deras tendenser i många fall helt sammanfalla, nämligen på den linje, som fullföljer tanken att genom psykisk påverkan söka förmå de enskilda individerna att avstå från brottsliga gär-

straffet» etc. (a. a. s. 67). Den uppfinningsrikedom som på detta område utmärkt även vår rätt, icke minst vad ärestrafen angår, är dock icke odelat resultatet av medvetna avskräckningsprinciper, utan har annan socialpsykologisk bakgrund; jfr *Stjernberg* i TfR 1907 s. 145 f. samt *v. Bar* a. a. s. 100 f.

⁵ Givetvis saknas ingalunda före *Feuerbach* tänkare som förstått, att föreställningen om eget strafflidande är den faktor som förmedlar verkan av straffets utkrävande av andra till det föreställande subjektet och att denna föreställning icke behöver taga formen av direkt åskådning utan kan uppväckas av lagens straffhot in abstracto. Tydligt framträder denna utveckling från äldre till nyare avskräckningsteori hos *Gmelin*, som betonar straffhotets riktning mot alla dem som lyda under lagen och dess inverkan på den potentielle förbrytarens föreställningsvärld; härom *Heinze* a. a. s. 257. Feuerbachs stora betydelse för generalpreventionsteoriernas fördjupning ligger i hans hävdande av strafflagen såsom den viktigaste avskräckande faktorn och hans undanskjutande av straffexekutionen i det konkreta fallet såsom ett medel blott för upprätthållandet av lagens auktoritet. Härmed möjliggöres hela den senare utvecklingen av de allmänpreventiva idéerna; härom *Schmidt*, *Die Aufgaben*, s. 26 f.

⁶ En viss oklarhet har alltid vidlåtits hithörande doktrin, i det att verkan av straffhotet för en viss brottstyp icke undersökts i dess betydelse för den allmänna laglydnandens stärkande.

⁷ Dess användbarhet för modern straffteori diskuteras nedan s. 88 f.

⁸ Vanligen har tidigare de båda verkningssätten uppfattats såsom arter av det gemensamma begreppet prevention som ställts i motsats till vedergällningen såsom absolut straffändamål. Se för svensk rätts del *Lagkommitténs* Utlåtande i anledning af anmärkningar wid förslaget till allmän criminallag s. 8. Att detta likväl med en riktig syn på generalpreventionens innebörd är felaktigt, torde framgå av det följande; se ock *Schmidt*, *Die Strafrechtsreform*, s. 71 f.

ningar. Man kan med hänsyn härtill hävda den meningen, att om också de båda preventionsarterna icke till begreppet sammanfalla⁹ gränsen dem emellan likväl är ytterst vag. Antingen räknas till den förra gruppen av preventionsverknningar allenast de, som gälla redan lagförda och bestraffade personer, och till den senare följaktligen effekten på bl. a. människor som, utan att bevisligen hava begått någon straffbelagd handling, dock på något sätt manifesterat sin asociala inriktning eller egenskap av potentiella brottslingar; eller ock räknas till de specialpreventiva funktionerna varje inverkan på personer, som genom brott eller eljest visat sig kräva uppmärksamhet från samhällets sida i form av avskräckande impulser. Båda sätten att draga gränsen lämnar otillfredsställande resultat. Med den förra metoden lämnar man faktiskt den psykologiska erfarenheten åsido och splittrar begreppsmässigt en grupp av personer som i stort sett förete enhetliga kännetecken.¹⁰ Med den senare metoden hänför man till generalpreventionens verkningskrets principiellt individer, vilka icke alls påverkas av det avskräckande momentet i strafflagstiftningen av det skälet att något sådant motivläge, som för denna verkan förutsättes, synbarligen icke uppstått hos dem. D. v. s. med denna gränsbestämning bortfaller den praktiska betydelsen av generalpreventionen, uppfattad som direkt avskräckande inverkan av strafflagen; denna verkan, i den mån den äger

⁹ Med rätta påpekar visserligen *Schmidt*, *Die Aufgaben*, s. 47 not 1, att skillnaden mellan de båda verkningsätten icke hindrar att »die Abschreckung der Bürger sich notwendig auf den bestraften Verbrecher selbst miterstrecken muss». På denna punkt täcka de båda kategorierna varandra skenbart men ej i realiteten, ty i förhållande till den avstraffade brottslingen har man att räkna med två olika verkande faktorer, nämligen dels det utståndna straffet, dels den därigenom oftast förstärkta fruktan för straff för framtida brott som ju skulle förefinnas även om vederbörande aldrig tidigare bestraffats.

¹⁰ Det otillfredsställande här motverkas naturligen i viss grad av ett rationellt individualpreventivt betraktelsesätt, enligt vilket skillnaden mellan brott och andra yttringar av asocial inställning eliminerades och följaktligen såväl straff som samtliga former av skyddsåtgärder ansåges bilda en enhetlig grupp av socialreaktioner med dels individualpreventiva, dels mera allmänna funktioner. Kvar står likväl den rent formella begreppsdistinktionen: huruvida en samhällsreaktion redan skett emot den som är objekt för de olika preventiva funktionerna eller ej.

någon betydelse, innefattas under begreppet specialprevention i ovannämnda vidare bemärkelse.

Skulle nu också dessa svårigheter vid gränsdragningen mellan allmänprevention och specialprevention anses vara av rent teoretisk art och icke vid regleringen av varje särskilt rättsinstitut utesluta att olika, icke sammanfallande tendenser verkligen göra sig gällande med hänsyn till olika kretsar av individer, framträda i stället vissa praktiska svårigheter. Sålunda låter det sig icke alltid göra att enbart ur den omständigheten att tendenserna divergera deducera fram en regel om det medium mellan ytterligheterna, som man förmodar innebära det praktiskt lämpliga. Likaväl som ett medium kan betyda den rätta lösningen av en konflikt mellan allmänpreventiva och specialpreventiva krav, kan nämligen denna lösning bestå däri att endera synpunkten får såsom den viktigare dominera, t. ex. när det gäller straffrihet för lindrigare brott under särdeles förmildrande omständigheter eller då villkorlig dom anses utesluten vid brott där straffets utkrävande anses nödvändigt för laglydnadens upprätthållande.

Alldeles särskilt tydligt synes det också vara, att hänsynen till generalpreventionen i dess form av avskräckning icke giver någon tillfredsställande ledning, när det gäller valet mellan två inkommensurabla reaktionsformer såsom straffet i traditionell mening och någon mera speciell behandlingsform för individens återanpassning till samhällslivet. Visserligen är det möjligt att här uppställa och i praktiken tillämpa en regel om att den individualpreventiva skyddsåtgärden icke får vara av en så ringa betydelse i förhållande till gärningstypens samhällsfarlighet och användas med sådan regelmässighet, att allmänhetens respekt för lagbudet förflyktigas och den potentielle förbrytaren frestas kalkylera med denna mildare behandling, om just han skulle bli övertygad om sådant brott. Däremot leder avskräckningsprincipen icke till någon gräns uppåt, när de individualpreventiva synpunkterna motivera en behandling av för individen långvarig och ingripande beskaffenhet, vilken synes

vara betydligt strängare än vad brottet eljest rättfärdigar enligt lagens allmänna värdering. Tvärtom synes det ur avskräckningssynpunkt ofta vara synnerligen önskvärt, att typiskt asociala individer löpa speciella risker även vid objektivet ganska lindriga brott vilka indicera deras samhälls-farlighet; icke heller synes straffhotet direkta verkan på övriga medborgare försvagas därigenom.¹¹

Det är under sålunda rådande förhållanden lätt förklarligt, att jämväl en straffrättsteori, som vill bestämma samhällsreaktionens mått efter rationella grunder, d. v. s. med hänsyn till det praktiska syfte man anser reaktionen tjäna, kastar sidoblickar på den eljest såsom föråldrad vedergällningsteori utdömda läran, att straffets rättsgrund är det begångna brottet sådant detta ter sig enligt gängse samhälleliga värderingar och att straffet därför bör ställas i proportion icke blott till gärningsmannens s. k. skuld utan även till den yttre rättskränkningens betydelse enligt sagda värderingar. Härmed hava vi rört vid kärnpunkten i den gamla och dock ständigt aktuella striden mellan skilda straffteorier och kriminalpolitiska skolor,¹² nämligen vilka rationella skäl

¹¹ Erfarenheten torde ock få anses tyda på att allmänheten likaväl som den av reaktionen hotade brottslingen räknar med den skärpning av det faktiska strafflidandet som obestämdheten till tiden av skyddsåtgärderna medför; t. o. m. en skärpt övervakning i frihet under längre tid torde stundom uppfattas såsom ett större obehag än ett kort frihetsstraff. Vi kunna alltså icke ansluta oss till *Wetter* i NTfS 1914 s. 9, då han gör gällande att »utsikten att underkastas förbättring eller oskadliggörande» icke skulle verka avskräckande; härom nedan kap.

¹² Den rent doktrinära skolstriden har numera icke huvudsakligen straffteorierna till föremål utan är närmast en sammanstötning mellan skilda rättsvetenskapliga metoder och politiska värderingar; jfr t. ex. *H. Christensen* i NTfS 1938 s. 165 f. och *Christiansen* ibid. 1939 s. 53 f. ävensom *Donnedieu de Vabres*, *Politique criminelle*, s. 198 f., *Schwinge-Zimmerl* s. 1 f., *Dahm-Schaffstein*, *Methode und System des neuen Strafrechts*, *Schwinge*, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung*, samt *Wetzel* i DR 3 (1938), s. 113 f. Att de nyare ideologierna likväl sekundärt framträda just i fråga om straffteorierna är helt självklart; se t. ex. *Hurwits* i NTfS 1935 s. 87 f. ävensom *Nissen* i TfR 1938 s. 408 f. och *Malmström* ibid. 1938 s. 95 f. Den kriminalpolitiska debatten åter, som gäller vägarna för brottslighetens bekämpande och reaktionssystemets utformning, återspeglar klarare den traditionella motsättningen mellan det klassiska straffbegreppet och de moderna individualpreventiva åtgärderna och sprider ständigt ny belysning över det förhållandet, att frågan om och i vilken utsträckning reaktionen skall proportioneras efter brottet utgör problemens hjärtpunkt.

som kunna anföras för samhällsreaktionernas proportionering efter det konkreta brottet i betydelsen av en mer eller mindre isolerad, av rättsordningen förbjuden handling. Att de individualpreventiva aspekterna leda till att den brottsliga samhällsfarlighet i dess olika gradationer och arter utgör reaktionssystemets måttstock och att den objektiva rättskränkningens omfattning icke äger självständig betydelse för reaktionens bestämmande utan allenast såsom ett bland flera andra indicier på samhällsfarans intensitet torde vara uppenbart.¹³ Det måste därför betraktas som en tydlig *petitio principii* när de äldre specialpreventiva teoriernas föregångsman Grolman hävdar, att brottslingens antagliga farlighet för fortsatt brottslighet, hans »*Verwilderung*», avspeglar sig i den större eller mindre vikten av de intressen han redan kränkt.¹⁴ Denna tes må äga sin riktighet ifråga om manifesta vaneförbrytare och såsom hjälpprincip vid reaktionsmåttets bestämmande med hänsyn till samtliga indicier på farlighet, men kan såsom huvudnorm för reaktionens bestämmande icke härledas ur de specialpreventiva principerna.

Men icke heller åberopandet av den straffrättsliga funktion vi här närmast hava att undersöka, nämligen den direkt avskräckande effekten av straffhotet på medborgarna i gemen, kräver nödvändigt ett absolut sammanhang mellan brottet och straffmättet. Detta framgår indirekt av det ovan anförda men belyses särskilt klart av en återblick på de straffrättsliga teorier, vilka mer eller mindre uteslutande bygga på strafflagens eller straffverkställighetens förmåga att påverka en större allmänhet i brottsprevenerande riktning genom direkt motivbildning. Nämnade teorier utmärkas, sedan man under inflytande av upplysningstidens filosofi utdömt de mera brutala formerna av avskräckning genom straffets verkställande, av en rädsla för att draga kon-

¹³ Svårighet förefinnes emellertid att från renodlad individualpreventiv utgångspunkt angiva vad som begreppsmässigt skiljer brottet från andra därmed likartade indikationer på samhällsfaran.

¹⁴ Se *Annerstedt*, Om straffmätning, s. 25 f., samt *v. Bar* a. a. s. 247.

sekvenserna av tanken att straffet verkställs för att hålla respekten för lagen levande hos andra medborgare än den brottslige själv.¹⁵ Man söker i stället på olika sätt ur sin egen preventionsteori härleda en princip om samhällsreaktionens proportionerande till rättskränkningens art och allvarlighet, alltså efter en objektiv, utom det allmänpreventiva funktionssättet liggande princip. Denna tendens kan iakttagas redan hos Filangieri,¹⁶ som, med hänsyn till att ett litet antal individer icke låta sig avskräcka av det straffhot som är tillräckligt för att hålla den stora mängden av medborgare inom lagens skrankor, nöjer sig med att lämpa straffens stränghet efter massans reaktionssätt och konstatera omöjligheten av att helt utrota brottsligheten i samhället. Därmed har Filangieri visserligen undvikit avskräckningsprincipens drakoniska konsekvenser, men ingalunda ur sin generalpreventiva teori kunnat hämta skälen för straffens lämpande efter rättskränkningarnas svårhetsgrad, en grundsats som han i stället härleder ur det till grund för statens straffrätt återopade samhällsfördraget och ur graden av ont uppsåt hos gärningsmannen, alltså ur värderande föreställningar. Hos Feuerbach¹⁷ framträda liknande svagheter, när han, trots sin principiellt avvisande hållning till moralsynpunkters inblandning i straffrätten och sitt hävdande av det psykologiska tvånget genom straffhotet såsom strafflagens enda funktion, likväl anser straffets storlek vid varje brottstyp böra bestämmas efter den allmänna i strafflagen uttryckta vikten av det intresse lagbudet vill skydda i stället för att i konsekvens med sina utgångspunkter lämpa reaktionen efter intensiteten i de sinnliga begär som genomsnittligt framträda vid de olika brottstyperna. Hur riktigt

¹⁵ Av *Beccaria*, Afhandling om brott och straff, s. 15 f., återopas, att de stränga straffen äro icke blott ur humanitetssynpunkt förkastliga utan även ur avskräckningssynpunkt verkningslösa, en tanke som pekar fram mot en ny syn på den allmänpreventiva funktionens natur, jfr nedan s. 44 f., särskilt om *Ørsted* och hans kritik av avskräckningsstraffen vid not 78.

¹⁶ *Filangieri*, Lagstiftningens vetenskap. D. 4, s. 15 f., s. 199 f.

¹⁷ *Feuerbach*, Revision der Grundbegriffe, Ueber die Strafe als Sicherungsmittel samt Lehrbuch des peinlichen Rechts, §§ 8—20. Jfr kritiken hos *v. Bar* a. a. s. 248 f.

och betydelsefullt det än är att Feuerbach här rycker fram strafflagen såsom den centrala faktorn vid uppkomsten av den allmänpreventiva effekten¹⁸ och den sekundära karaktären av straffets utkrävande i varje särskilt fall, är det dock omöjligt att just med denna uppfattning av straffets funktion finna någon annan, uteslutande ur avskräckningssyftet härledd princip för straffets bestämmande, när straffhotet i det konkreta fallet visat sig vanmäktigt, än den genomsnittliga »Anreiz zur Begehung des Delicts» vid den särskilda brottstypen, en tanke som lagtekniskt torde vara omöjlig att utföra.¹⁹ Ty ett hänsynstagande i lagstiftning och rättsskipning till den grad av hot, som hade behövts för att avskräcka jämväl denna individ från brottet, är ju en logisk orimlighet vilket klart framhållits redan av Feuerbachs kritiker Thibaut, som med fullt fog yttrar: »der Richter kann kein Uebel zufügen, welches, als bestimmt angedrohte Strafe, im Stande gewesen wäre, diesen Verbrecher von der Uebertretung des Gesetzes abzuhalten».²⁰ Tages åter hänsyn till det mått av strafflidande, som behöves för att i fortsättningen underhålla en nödig respekt för lagen hos inkulpaten, rör man sig på individualpreventionens område och har i själva verket kombinerat teorien om psykologiskt tvång på allmänheten genom strafflagen med idén om avskräckning genom straffverkställigheten i det särskilda fallet, en modifikation som Feuerbachs anhängare Ørsted för sin del erkänner.²¹ Inför dessa svårigheter har Feuerbach

¹⁸ Härigenom möjliggjorde Feuerbach också ett kriminalpolitiskt motiverat försvar för den eljest rent rättsstatspolitiskt färgade regeln nulla poena sine lege; jfr Lundstedt, Principinledning, s. 58 f., samt Honkasalo i 17 NJM (1937). Bil. II, s. 10 f. Genom att emellertid förlägga tyngdpunkten av strafflagens motivbildande verkan i individernas medvetna själsliv invecklar sig som bekant Feuerbach i svårigheter när det gäller individens kännedom om det enskilda lagbudet och innebörden av dolus- och culpabegreppen.

¹⁹ Detta påvisades klart redan av Thibaut, Beyträge zur Kritik der Feuerbachischen Theorie, s. 80 f. Även K. Mittermaier framhåller i sina anmärkningar till § 20 i Feuerbachs Lehrbuch, att omöjligheten att finna en måttstock för »die Grösse des Reizes zum Verbrechen» måste leda till att lagen »die grösste Summe von Reize zu einen Verbrechen voraussetzen muss», vilket vore alltför orimligt strängt.

²⁰ Thibaut a. a. s. 80.

²¹ Ørstedt i Eunomia 2 (1817) s. 50 betonar, trots sin principiella anslutning till Feuerbach, att det straff varmed lagen hotar »bør være lempet efter

omedvetet underkänt sin egen utgångspunkt såsom tillräcklig straffrättslig princip och accepterat de aktuella sociala värderingarnas skala, uttryckt i de straffskyddade intressenas större eller mindre betydelse, såsom objektiv måttstock för det straff som i varje särskilt fall skall tillgripas för att levandegöra strafflagens krav på medborgaren. Bryggan över till sitt eget psykologiserande system finner han bl. a. i den tydliga fiktionen att viktigare samhällsintressens kränkande skulle vittna om en kraftigare frestelse till brott än lederande av mindre betydelsefulla intressen och förty tarva avskräckning med hot om strängare straff. Denna tankegång, vilken icke som regel överensstämmer med psykologiska erfarenheter, återfinnes även hos den s. k. nödvärnsteoriens målsmän, bland vilka Romagnosi torde få anses banbrytande.²²

De gjorda antydningarna må vara tillfyllest för att ådagalägga omöjligheten av att enbart ur avskräckningssynpunkter erhålla en praktiskt tillfredsställande begränsning av de individualpreventiva principerna och att ur förstnämnda synpunkter härleda de s. k. rättvisekrav, som oftast åberopas mot ett restlöst genomförande av individualpreventiva kriminalpolitiska metoder och vilka rättvisekrav förnämli-gast yttra sig i att man fasthåller vid en viss proportion mellan den brottsliga gärningen och reaktionen mot den brottsliga individen.

Att sist återgivna tankegång till stor del sammanhänger med ett mera oreflekterat betraktelsesätt och med den stora

tillige at betrygge Samfundet mod den enkelte Misdaeder, der brød dets Fred». Förf. varnar mot tron att straffmättet skulle bliva annorlunda om det ena eller andra straffändamålet antoges, desto mer som »det dog ikke med mathematisk Nøiagtighed, lader sig udmaale, hvor stor en Straffetrusel der behøves for at overvinde den Lyst, hvormed Forbrydelsen pirrer Begjæreevnen og hvad der kan vaere hensigtsmaessigt til Betyggelse mod den enkelte Forbryder». *Feuerbach*, *Lehrbuch* § 133, godkänner däremot den individualpreventiva funktionen hos det konkreta straffet allenast som ett »Nebenzweck», som icke påverkar själva den grund på vilken straffrätten uppbygges.

²² Här om *v. Bar* a. a. s. 254 f. och *Heinze* a. a. s. 272 f. Denna grupp av teorier har särskilt vinnlagt sig om att ur praktiskt sociala synpunkter och icke ur moraliska postulat eller rent konstruerade samhällsfördrag motivera statens rätt att straffa; såtillvida förbejdas nyare strömningar i doktrinen.

allmänhetens konservativa inställning i rättsliga spörsmål kan icke förnekas, men vi hava dock icke rätt att utan vidare avfärda denna rättsuppfattning uteslutande såsom ett relik av äldre tiders primitiva hämndaffekter²³ i samhället eller såsom ett utslag av religiösa eller andra metafysiska föreställningars bibehållna grepp över genomsnittsindividens föreställningsvärld.

II. Vedergällningsteoriernas utveckling.

För att förstå innebörden i dessa rättvise- eller vedergällningsföreställningar och för att kunna avgöra huruvida de innehålla idéer av värde för den moderna straffrättens uppbyggnad torde det vara oundgängligt att kasta en blick tillbaka på de skiftande uppfattningarna i den nyare tidens doktrin rörande dessa synpunkters betydelse för straffteori och begreppsbildning.

Den stora skiljelinjen mellan olika straffteorier har sedan gammalt ansetts gå mellan absoluta och relativa uppfattningar om straffets natur och uppgift i samhällslivet. Man har därvid vanligen bestämt skillnaden mellan dessa betraktelsesätt ungefär så som den hos oss formulerats av Hagströmer:²⁴ enligt den förstnämnda uppfattningen är straffet en *res absoluta ab effectu*, i det att detsamma icke hänföres till något utom detsamma liggande ändamål utan är självändamål, medan enligt den senare uppfattningen straffet är en *res relata ad effectum*, d. v. s. hänföres till ett visst utom detsamma liggande ända-

²³ Jfr å ena sidan *S. Christensen*, Rättsstaten, s. 133 f., *Nagler* s. 518 f. samt å den andra *W. Mittermaier* i *SchwZ* 39 s. 137 f.

²⁴ *Hagströmer I* s. 15. Jfr *Boström*, Grundlinjer till filosofiska criminal-rätten, s. 455, *Annerstedt*, Om straffmätning, s. 2, samt *Nyblacus* s. 54 f. Jfr *Skeie I* s. 27, som anger de absoluta teoriernas karaktär vara att kräva straffet som en »moralisk eller logisk nödvändig reaktion mot misgjerningen», medan de relativa anse straffet »berettiget, fordi og så langt som den er påkrevd til vern for beskyttelseverdige interesser». Denna definition synes vara ägnad att klargöra motsättningen mellan filosofiskt och juridiskt betraktelsesätt på förevarande område medan den i texten citerade Boströmska definitionen från början anlägger den filosofiska metoden på frågan.

mål och således ej blott är till för att det skall så vara. Enligt den förra uppfattningen straffas *quia peccatum est*, enligt den senare *ut ne peccetur*. Ytterst är denna motsättning icke logiskt hållbar; båda definitionerna röra sig med olikartade bestämningar. Den förra tankegången är nämligen närmast av kausal typ och den senare av final, varför de ingalunda äro oförenliga med varandra. Förhållandet kan också uttryckas så, att vedergällningen uppfattas såsom straffets väsen, preventionen såsom dess ändamål. Äldre straffrättsfilosofi uppfattade emellertid vedergällningen såsom ett straffändamål och måste tillgripa religiösa och moraliska värderingar såsom bakgrund till denna föreställning, varmed de absoluta teorierna i stort sett erhöilo meta-juridisk karaktär; doktrinhistorien visar också, att varje försök att rationellt-juridiskt motivera en renodlad absolut straffteori misslyckats.

Ytterst sällan framträder emellertid i nyare litteratur en straffrättsuppfattning av rent och konsekvent absolut innebörd, utan vanligare är att väsentligen ändamålsbetonade teorier uppblandas med synpunkter eller axiom, som förutsätta ett dylikt absolut betraktelsesätt. Ända från Protagoras tid fram till naturrättens dagar är sålunda grundtanken den, att straffet socialt sett tjänar vissa preventiva syften men tillika etiskt sett är vedergällning för den orätta handlingen. I stort sett skedde i äldre doktrin icke något försök att genomföra en boskillnad mellan moraliska och juridiska tankeelement. Av denna anledning kom icke heller frågan att ställas, huruvida och på vad sätt straffrätten skulle ändra karaktär, om man konsekvent byggde upp dess reaktions-system på ändamålsföreställningar.

- Det förtjänar framhållas, att denna metafysiska grund för en absolut straffteori icke blott undergrävdes genom upplysningstidens tankegångar utan också i någon mån rationaliserades genom den visserligen i och för sig ej hållbara läran om samhällsfördraget. Denna lära gav hos såväl Grotius som Rousseau och Beccaria genljud på straffteoriernas område, så att straffet förklarades vara den under-

förstådda och därmed erkända sanktionen på medborgarnas skyldigheter enligt samma fördrag. En annan rättsgrund än den rent etiska försökte också Kant framställa genom sin lära om den juridiska vedergällningen, som han bestämt ville hålla i sär från den moraliska tankekretsen, i det att brottet betecknades som en kränkning av rättslagen, som reglerar människornas yttre frihet, icke av sedelagen som angår individens inre frihet. Denna boskillnad ägde dock för straffrättens del föga omedelbar betydelse, enär Kant avstod från att söka empiriskt förklara den rättvisans idé som städse kräver en juridisk vedergällning, en formell talion för varje kränkning av rättslagen. Denna idé är ur juridisk synpunkt lika absolut som äldre religiösa och etiska principer för den rättvisa vedergällningen. Kants insats får dock icke underskattas; han har utövat det största inflytande på den efterföljande doktrinen genom sin kunskaps-teoretiska metod, vilken möjliggjort den moderna straff-rättsvetenskapens grundläggning genom Feuerbach. Det som bestämt skiljer framställningen hos Kant och senare också Hegel från dessa äldre absoluta teorier är att de postulat, de kategoriska imperativ, som utgöra den översta principen för rättslagen deduceras fram ur människans praktiska förnuft och icke ur rent metafysiska begrepp.

Hos Hegel framträder också ytterligare drag av rationalisering av vedergällnings- och rättvisetankarna, i det att likhetstecken sättes mellan idé och verklighet och sålunda blicken vändes mot de historiska och nationella betingelserna för den värdering av rättsbrottet, vilken utgör den nödvändiga förutsättningen och objektiva måttstocken för vedergällningsprincipens genomförande i strafflagstiftning och lagskipning. På detta sätt kom Hegel, trots sin och sina efterföljares abstrakta dialektik och metafysiska dunkelhet, att lämna den filosofiska grundvalen för de i tysk och fransk doktrin alltjämt förekommande teorierna om den rättvisa vedergällningen såsom ett viktigt eller rent av dominerande straffändamål.

Vid ett närmare studium av den juridiska litteratur som på nämnda grundval lät vedergällningsidéerna uppleva en renässans, alltså den s. k. klassiska straffrättsskolan, skall man emellertid finna, att den absoluta karaktären av rättviseföreställningarna knappast är allenarådande utan alltmör försvagas i samma mån som den nya, s. k. positiva skolan tränger fram med sitt teleologiska betraktelsesätt. Hos Hegels lärjunge Köstlin sker redan en viss förvandling av straffets väsen på så sätt, att författaren visserligen icke vill hämta straffets rättsgrund från något utom dess eget begrepp liggande ändamål, ty i så fall »wäre eine Verneinung ihrer begriffsmässigen Nothwendigkeit, hiermit aber the Aufhebung ihres sittlichen Charakters und ihre Selbstlosigkeit gegen jedes beliebige fremde Princip gesetzt».²⁵ Om nu straffet till sitt begrepp är »die objektive Genugthuung nach dem abstrakten Grundsatz der Gerechtigkeit», hindrar detta emellertid icke att straffet subjektivt sett är »die Aufhebung des Verbrechens in der verbrecherischen Subjektivität» och att inom den objektiva rättvisans ram hänsyn bör tagas till »die Aufhebung der subjektiven Geneigtheit zum Verbrechen».²⁶ En annan utpräglad klassiker nämligen Hälschner står icke heller främmande för ändamålssynpunkternas inläggande i vedergällningsstraffet. Med tydlig anknytning till Jhering utvecklar han sin tanke på följande sätt: »Aber das Recht ist nicht selbst Zweck, sondern Mittel für das sittliche Leben der Menschen und gewinnt darum einen Werth für dasselbe nur indem es den Menschen den Genuss der Güter, welche nothwendige Bedingung ihrer sittlichen Existenz sind, wirklich gewährt und sichert.»²⁷

²⁵ Köstlin, Neue Revision, s. 781.

²⁶ Köstlin a. a. s. 774 f., 819 f.

²⁷ Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd 1, s. 561. På grund av den stora betydelsen av en klar uppfattning av den doktrinhistoriska utvecklingen på förevarande område, tillåta vi oss ännu ett par citat efter Hälschner; det heter sålunda vidare (s. 563): »Der Zweck der Strafe ist somit allein der, Gerechtigkeit zu üben, das Recht in seiner Stellung als die allein herrschende Macht zu behaupten und zu sichern». Liksom Köstlin löser förf. förhållandet till de rena nyttsynpunkterna så (s. 564), att det icke anses uteslutet »dass die Strafe, wo sie um der Gerechtigkeit willen verhängt wird, ein Gutes ist, das Gute fördert und nützlichen Zwecken dient. Ist das Gute

I själva verket har med nu nämnda tendens — låt vara på ett delvis omedvetet sätt — den absoluta grunden för vedergällningsprincipen uppgivits. Rättvisan i straffet, nödvändigheten att upprätthålla rättfärdigheten i samhället är icke längre något självändamål eller samhällsmoraliskt axiom, utan ett medel för samhället och dess medlemmar att ostört utveckla sina materiella och andliga möjligheter. Hos andra författare med förankring hos Kant och Hegel betonas det relativa i de värderingar, som ligga till grund för det praktiska utformandet av den rättvisa vedergällningens princip. Sålunda förklarar Berner visserligen, att vedergällning utgör »das reine Grundwesen der Strafe, stellt sich das Recht wieder her in dem das Unrecht vernichtet wird»;²⁸ såtillvida är utgångspunkten för författarens straffteori absolut. Men när det gäller bestämmandet av de värden, som angiva måttet för vedergällningen, heter det: »Solchen Wert aufzufinden, ist Aufgabe der Empirie mehr als der förmlichen Berechnung. Es sind dabei namentlich zu beachten die gegebenen Gesellschaftszustände, sowie die durch Zeit- und Ortsverhältnisse bedingten nationalen Sitten und Anschauungen.»²⁹ Liknande uttalanden återfinnas hos Hälschner som yttrar följande: »Jene Zustände sind es von denen es abhängt in welchem Masse durch diese oder jene Verbrechenart unter den gegebenen Umständen die rechtliche Ordnung und Machtstellung des Rechtes verletzt und bedroht wird, und es widerspricht deshalb nicht der Gerechtigkeit, wenn je nach dem Wechsel der gegebenen Zustände der Werth und die Strafbarkeit derselben verbrecherischen That bald höher bald geringer geschätzt wird, denn eben diese Zustände bestimmen nicht bloss das Mass des Interesses der Gesellschaft und der rechtlichen Ordnung an dem

und Rechte als solches zugleich das wahrhaft Nützliche, das Recht die Form in welcher das menschliche Wohl seine Verwirklichung findet, so ist es nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern gefordert, dass die Strafe zugleich dem Wohle der Gesellschaft wie des Verbrechers diene».

²⁸ Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, s. 29.

²⁹ Berner a. a. s. 30.

Unterbleiben dieses Verbrechens, sondern eben so sehr das Mass der Schuld bei dessen Verübung.»³⁰

Denna förändrade innebörd av vedergällningsprincipen framträder ännu tydligare i senare litteratur sedan den moderna naturvetenskapligt färgade uppfattningen av de straffrättsliga reaktionerna kommit att införa en ny faktor i diskussionen: de individualpreventiva skyddsåtgärderna. Det genom det nyare biologiska och sociologiska forskningen ådagalagda — och av klassikerna icke heller helt och hållet bestridda ³¹ — behovet av dylika reaktionsformer ställer straffet på undantagsstat och kräver hållbara motiv för vedergällningsprincipens bibehållande. Inför detta tryck medgiver sålunda Binding att straffet endast kan rättfärdigas genom sin finala syftning. Ändamålet är »die Autorität des verletzten Gesetzes aufrecht zu halten».³² För detta ändamål användes det rättvisa vedergällningsstraffet som medel, och statens rätt att straffa »ist nichts als ein verwandeltes Recht auf Botmässigkeit oder Gehorsam gegen den Delinquenten».³³ I samklang med den Hegelska statsuppfattningen och Bindings egen normteori står otvivelaktigt detta betonande av statens makt och auktoritet,³⁴ vilka genom straffets utkrävande³⁵ befastes, men Binding försöker knappast bevisa, varför just vedergällningsstraffet är det enda eller huvudsakliga medlet för detta måls uppnående. Då författaren outtröttligt framhåller, att det begångna brottet är straffets enda rättsgrund och att några andra förstahandsändamål icke inrymmas i straffets begrepp än att »das Haupt des Verbrechers schmerzhaft zu treffen»,³⁶ användes det mångtydiga ordet rättsgrund icke i betydelsen rättfärdighetsgrund eller såsom avseende ifråga-

³⁰ Hälschner a. a. s. 568 f.

³¹ Binding, Abhandlungen. I, s. 20 f., s. 29 f. och Birkmeyer s. 80 f.

³² Binding, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts. I, s. 166.

³³ Binding sist a. st.

³⁴ Om inflytandet på Bindings allmänna uppfattning av den samtida tyska historiefilosofien se Welzel i DR 3 (1938) s. 115 f.

³⁵ Från viss synpunkt sammanfaller denna tankegång med den moderna uppfattningen av generalpreventionen; härom i det följande.

³⁶ Binding, Abhandlungen. I, s. 67.

varande rättsinstituts teologiska funktion, utan i den rent formaljuridiska meningen av rättsfaktum, som av lagen göres till förutsättning för en viss rättsföljd och vars närmare utformning också lagtekniskt bestämmer rättsföljdens kvalitativa och kvantitativa skick. Bindings absoluta straffteori upplöser sig därmed i ett uppställande dels av normbundenhetens princip i straffrätten, dels av postulatet om det oupplösliga lagtekniska sambandet mellan det begångna brottet och straffmättet. I det förra avseendet betecknar hans allmänna inställning den bestående landvinningen av den klassiska skolans kamp mot den moderna; i de individualpreventiva principerna ligger tvärtom en bestämd tendens till obestämdhet såväl i förutsättningarna för samhällets ingripande mot den asociala individen som ock i måttet för reaktionen, vadan Liszt och hans efterföljare, i den mån de hylla legalitetsprincipen i straffrätten,³⁷ måste söka grunden för denna i allmänna överväganden, vilka strängt taget hämma utvecklingen av den individualpreventiva tankegången. I det senare avseendet som vi nyss åsyftade har Bindings ståndpunkt i allmänhet accepterats av mera konservativa författare, vilka i opposition mot den moderna skolan velat bibehålla sambandet mellan rätt och moral och därmed också idén om brottslingens skuld såsom måttstock för straffet.³⁸ Postulatet om sambandet mellan brottet och straffets kvantitet är naturligtvis lättare att försvara, om man med denna doktrin anticiperar det som skulle bevisas, nämligen att de särskilda skyddsåtgärder, vilkas nödvändighet man icke kan förneka, äro något från straffet helt väsensskilt.^{38a}

³⁷ Se *Liszt—Schmidt* s. 25 f. samt *Honkasalo* i 17. NJM (1937). Bil. II, s. 43 f.

³⁸ Särskilt *v. Bar*, *Geschichte*, s. 311 f., med sin s. k. reprobationsteori, vidare *Beling*, *Die Vergeltungsidee*, samt *Nagler*, *Verbrechensprophylaxe und Strafrecht*. Typisk är den sistnämndes tes, s. 141 f.: »Nur der Vergeltungsgedanke im Sinne der objektiven Genugtuung kann das Strafrechtsprincip bilden, er allein rechtfertigt praktisch wie ethisch die Leiden des Delinquenten».

^{38a} Typiskt för detta felsekt är framställningen hos *Birkmeyer* s. 54 f. Jfr *v. Hippel* i *ZStrW* 30 s. 904 f. och *Delaquis* *ibid.* 32 s. 673, vilka författare kritiserar den aprioristiska karaktären hos straffbegreppet i *Birkmeyers* framställning.

Det nyss berörda postulatet — huru det än uttryckes i olika länders doktrin — är ett rudiment av de äldre absoluta teorierna om straffets natur. En blick på den nyare litteraturen även utanför den tyska skolstridens krets visar att samma tanke ständigt återkommer utan att man egentligen gör sig närmare reda för vad det betyder, att straffet förutsätter ett brott och att reaktionen från samhällets sida för att vara rättvis måste åtminstone i någon mån rätta sig efter brottet, därvid vanligen såväl rättskränkningens objektiva art och omfång som också gärningsmannens sinnesriktning tages i betraktande. Vad till en början den franska litteraturen beträffar uppställas vanligen både special- och generalpreventiva principer såsom medel — såväl de lege lata som rent allmänt — för uppnåendet av det för straffrätten dominerande ändamålet: »la défense sociale» eller »la protection des intérêts juridiques.» Men det betonas samtidigt, att en rent utilitaristisk straffrättsuppfattning är ensidig och ofullständig, i vissa fall t. o. m. betänkelig till sina praktiska konsekvenser.³⁹ Ingen av dessa preventionsteorier, framhåller Garraud, »explique pourquoi le châtiment serait juste subjectivement, c'est à dire par rapport à l'individu auquel on l'inflige.»⁴⁰ Svaret på denna fråga formulerar Proal på följande karakteristiska sätt: »la punition des coupables n'est pas seulement un acte de défense sociale, mais un acte de justice; elle n'est infligée qu'à ceux qui la méritent.»⁴¹ Denna rättvisepincip försvarar författaren under hänvisning till historiska förhållanden⁴² samt med hävdande av indeterminismen såsom praktiskt postulat och under en ingående och delvis träffande kritik av de kri-

³⁹ Vidal s. 65 f.; jfr Proal s. 514 och Garraud I s. 84 f.

⁴⁰ Garraud I s. 84.

⁴¹ Proal s. 514.

⁴² I likhet med Binding, Merkel, Nagler m. fl. tillägger Proal den omständigheten stort bevisvärde, att faktiskt under vitt skilda samhällsförhållanden och epoker straffet förekommit och fungerat som vedergällning, d. v. s. såsom skuldomdöme och reaktion, quia peccatum est. Detta faktum torde dock äga intresse för frågan in abstracto först sedan orsakerna till denna straffets funktion blivit nöjaktigt klarlagda.

minalbiologiska och sociologiska skolornas överdrifter.⁴³ Båda de sistnämnda författarna rycka på ett markant sätt i förgrunden ett problem som i och med ett absolut uppfattat rättvisekrav näppeligen kan kringgå,⁴⁴ nämligen viljefrihetens, och de peka därmed på en till synes oöverkomlig svårighet i all klassisk vedergällningsteori. Garraud förklarar visserligen, att han icke avser »la responsabilité morale et métaphysique» utan »la responsabilité physiologique ou biologique»,⁴⁵ men härmed är naturligtvis inför den naturvetenskapliga forskningens rön saken alltjämt lika diskutabel.⁴⁶

I den anglosaxiska litteraturen förekommer såsom helt naturligt är en viss motsättning mellan olika författare i frågan om straffets ändamål.⁴⁷ Den benägenhet för ett praktiskt betraktelsesätt som utmärker den engelska och amerikanska kriminalpolitiken leder emellertid sällan till en renodlad preventionsteori, utan hos de flesta författare kräves ett bestämt hänsynstagande till gängse uppfattning av mo-

⁴³ Proal representerar den mera konservativa linjen i fransk doktrin och äger onekligen vissa beröringspunkter med äldre framställningar av straffrätten såsom etiskt förankrad t. ex. hos sådana spiritualister som *de Broglie* och i tysk litteratur *Stahl*. Han bygger väsentligen på Kants juridiska vedergällningsteori men anser denna något ensidig och framställer därför sammanfattningsvis, s. 478 f., sin teori sålunda: »Mais la société n'a le droit de punir un coupable que si cette peine est utile... Il faut limiter le principe de Kant par le principe de Bentham et de Mill. La peine doit être juste et utile. C'est dans la réunion de ces deux conditions que se trouve la justification de la pénalité».

⁴⁴ Jfr *Leivestad* i NTfS 1939 s. 107, som särskilt betonar att deterministiska åsikter stundom kombineras med vedergällningsteorier; förf. åberopar därvid *Merkel* men synes icke tillbörligen beakta att Merkels straffteori är av starkt relativ karaktär.

⁴⁵ *Garraud I* s. 88 f.

⁴⁶ Om dessa rön se *Kinberg I* s. 58 f. samt i *Theoria 2* (1936) s. 3 f. och 5 (1939) s. 61 f.

⁴⁷ Den extrema utilitarismen hos *Bentham* har satt spår i den ganska summariska framställningen hos *Halsbury* s. 425 f., som med tydligt gillande citerar ett yttrande av nämnde filosof: »Punishment is elevated to the first rank of benefits, when it is regarded not as an act of wrath or vengeance against a guilty or unfortunate individual who has given way to mischievous inclinations, but as an indispensable sacrifice to the common safety». Mot denna åskådning polemiserar *Stephen II* s. 79 f., som framhäver betydelsen av sambandet mellan strafflagen och allmänna rättsmedvetandets krav. Så ock *Kenny* s. 32 f. En markerat relativ straffteori synes råda i modern amerikansk kriminalsociologi; se det här ofta citerade arbetet av *Michael-Adler*.

ral och rättvisa. Hos vissa författare träder detta krav i förgrunden och motiveras på ett sätt som måste betecknas såsom utslag av en absolut straffteori. Sålunda yttrar Wharton följande till bemötande av preventionsteorien: »Penal discipline undoubtedly is expedient, both for the community and for the individual punished. But the jurisdiction is exercised not because it is expedient, but because it is right.»⁴⁸ Vad författaren inlägger i rättvisebegreppet framgår av hans utveckling av förhållandet mellan statsmakt och moral vilket sammanfattas på detta sätt: »Crime is primarily to be punished because it is a violation of moral law, and society is to punish crime because society is the divinely appointed vindicator of moral law.»⁴⁹ Av största intresse är också att Wharton försöker basera det ofrånkomliga beaktandet i straffmätningen av gärningsmannens asocialitet på den rättvisa vedergällningens princip, medan exempelvis Halsbury kommer till ungefär samma praktiska resultat från preventiva utgångspunkter.⁵⁰

Vad slutligen den nordiska doktrinen angår intager vedergällningssidéerna i deras nu antydda absoluta form ett föga framträdande rum.^{50a} Ehuru exempelvis norska författare såsom Hagerup och Skeie kräva hänsynstagande till våra gängse föreställningar om ett »retfærdigt forhold mellem straffen og den i den individuelle gjerning fremtrædende subjektive brøde»⁵¹ för att straffet skall anses äga det nödvändiga etiska fundamentet och vedergällningen alltså hör till straffets »konstante formål»,^{51a} är det likväl dessa författares mening att därmed endast hava sagt, att straffet bättre fyller sin funktion som medel för rättsordningens upprätthållande, om det står i samklang med den härskande moraluppfattningen. På samma sätt torde man böra uppfatta Goos' modifierade preventionsteori liksom

⁴⁸ Wharton I s. 11.

⁴⁹ Wharton I s. 12.

⁵⁰ Jfr Wharton I s. 12 f. med Halsbury s. 427 not q.

^{50a} Se dock Forsman s. 26 och s. 33 f., vars straffteori är klart absolut.

⁵¹ Hagerup s. 30.

^{51a} Skeie I s. 19 f. Det synes icke alldeles klart, vilken roll författaren i själva verket tillmäter vedergällningstanken såsom modifikation av preven-

uttalanden i finsk doktrin av Allan Serlachius och Alanen.⁵²

I svensk litteratur har icke heller en rent absolut straffrättsteori haft någon fastare förankring, vilket — såsom nedan skall bliva föremål för en särskild framställning — i viss mån kan sättas i samband med den Boströmska filosofiens inflytande på vår rättsteori.^{52a} Naturligtvis saknas dock icke åberopanden i doktrinen av rättvisesynpunktens beaktande vid sidan av de preventiva kraven. Hagströmer har sålunda framhållit nödvändigheten av att straffet står i proportion till brottet på ett sätt som tillfredsställer vårt rättsmedvetande och icke allenast nyttsynpunkterna; han finner en plausibel rättfärdighetsgrund för straffet i den allmänna grundsats som genomgår rätten, nämligen »att det åligger den, genom hvars skuld något för annans rättsligen skyddade intresse menligt förhållande inträtt, en skyldighet att utjämna detta, således att göra eller lida hvad som erfordras härför.»⁵³ Författaren synes dock näppeligen hava lämnat någon förklaring till att denna ekvivalensprincip genomgår rättsordningen, utan densamma uppställes såsom ett absolut postulat.

III. De moderna generalpreventionsteorierna.

Av den lämnade översikten torde framgå, att vedergällningsteorierna under sin kamp med de medvetet ändamåls-

tionsprinciperna. Hans framställning är övervägande refererande och lider av den schematiska sammanknytningen av straffteorierna med determinationsproblemet.

⁵² *Goos*, Inledning, s. 62 f.; jfr *Torp* s. 9. *Serlachius*, Straff och skadestånd, yttrar bl. a.: »Det onda i straffet utgör följaktligen en egenskap hos detta, ej dess slutliga ändamål. Straffet vill tillfoga ett ondt för att därmed bota ett ännu större. På denna omständighet beror straffets etiska berättigande. Endast ett rättvist straff synes oss berättigadt», (s. 66). »Frågan huruvida ett straff är etiskt berättigadt eller ej är därför liktydig med frågan huruvida det är egnadt att afvärja ett större ondt än det, som straffet själf innebär» (s. 67). *Alanen* representerar en konsekvent psykologiserad vedergällningsteori; härom se nedan not 71.

^{52a} Jfr nedan s. 67 f.

⁵³ *Hagströmer I* s. 33 f.

betonade, mera praktiskt färgade synpunkterna på straffets uppgift i det nutida samhället förlorat sin karaktär såsom huvudsaklig och tillräcklig rättfärdighetsgrund för straffet och i stället förvandlats till en lagstiftningspolitisk maxim, vilken drager vissa gränser för de rena preventionsprinciperna inom straffrätten. Men det måste också anses vara ovedersägligt, att denna rättvisepincip, som fordrar en viss relation mellan brott och straff, hos ett flertal av doktrinen män bildar ett rudiment av de äldre absoluta straffteorierna, i det den rättvisa vedergällningens begrepp i denna dess moderna beskurna form utgör ett självändamål, som icke nöjaktigt förklarats eller satts i relation till de övriga rent juridiskt-praktiskt tänkta straffändamålen. Orsaken till denna oklarhet torde ligga däri, att en metafysisk tankegång sammanvävts med det rent empiriska stoffet. Etik och straffrätt hava ställts i ett inre organiskt sammanhang, vilket väl från etisk synpunkt kan vara både försvarligt och riktigt, men som från vetenskaplig synpunkt vållar sammanblandning av tankeelement från olika områden av det mänskliga livet.

Det vore emellertid ytterst missvisande att under hänvisning till nu berörda oklarhet eller felsyn hos doktrinen — eller riktigare vissa riktningar inom densamma — förklara vedergällnings- och rättviseföreställningarna övervunna genom den moderna skolans »Zweckstrafe». Individualpreventionen kan icke, såsom vi inledningsvis hävdade, ensam bilda grundvalen för ett straffrättsligt reaktionssystem med bibehållen balans, och i den intuitiva känslan av detta faktum har doktrinen, med insikt jämväl om den här ovan kritiserade, förtunnade klassiska riktningens oförmåga att bilda ett med den moderna skolans resultat jämbördigt vetenskapligt fundament för den slutliga straffrättsliga syntesen, brutit nya banor och frambragt synnerligen fruktbarande tankegångar.

Den naturvetenskapliga forskningens frigörande från metafysikens och de filosofiska systemens värld stimulerade den mänskliga tanken att med användande av empiriska

metoder analysera individernas och samhällets livsvillkor och dynamik såsom rent naturliga företeelser, och vad straffrätten angår kunna vi spåra ansatser till en dylik metod hos vissa upplysningsfilosofer såsom Hobbes, Beccaria, Bentham och Filangieri,⁵⁴ vilka mer eller mindre ingående sysslat med de psykologiska verkningarna av strafflagstiftning och straffverkställighet. Den realistiska syn på människonaturen, som utmärker redan Hobbes' samhällsfilosofi, delas i många avseenden av hans landsman Bentham, som icke finner någon annan grund för statens straffande verksamhet än den nytta ur preventiv synpunkt som därmed står att vinna men icke heller någon annan princip för en begränsning av straffmättet; ett straff, som väl proportionerats efter brottslingens skuld och rättskränkningarnas objektiva omfattning men icke är tillräckligt att avskräcka från brottet, är ett meningslöst lidande.⁵⁵ Såväl Bentham som Beccaria ventilerar också de sociala orsakerna till brott och dessa orsakers undanröjande i stället för brottets repression medelst straffhot, allt idéer som bebåda en ny tid.

⁵⁴ Om nämnda filosofers straffteorier se *v. Bar*, *Geschichte*, s. 219 f.

⁵⁵ Man kan rent av påstå att *Benthams* försök till en systematisk översikt över andra medel än de repressiva att förhindra brott är unik och knappast ersatts ens av modern kriminalpolitisk litteratur. Man stöter här ideligen på psykologiska iakttagelser av stort värde. Vi hänvisa bl. a. till följande kapitelrubriker hos *Bentham-Dumont II* s. 195 f.: »Détourner le cours des desirs dangereux, et diriger les inclinations vers les amusements plus conformes à l'intérêt public. — Augmenter la responsabilité des personnes à mesures qu'elles sont plus exposées à la tentation de nuire. — Diminuer la sensibilité à l'égard de la tentation. — Fortifier l'impression des peines sur l'imagination». *Beccaria* a. a. s. 124 f. framhåller bl. a. den betydelse ett skyndsamt bestraffande av brottet äger: »ju starkare och varaktigare blir uti människors sinnen sammanfogningen emellan bägge dessa idéer brott och straff; så att man helt oförmärkt kommer att anse brottet för orsaken och straffet som dess nödvändiga verkan». Betydelsen av straffrättsskipningens effektivitet utvecklas också av Beccaria med psykologisk klarsyn, likaså givas a. a. s. 141 f. intressanta förebud till kunskapen om straffmättets betydelse för de samhälleliga värderingarna av skilda brottstyper: »Om ett och samma straff stadgas för dödandet av en hjort eller en fasan som av en människa eller för en angelägen skrifts förfalskning, göres snart nog alls ingen skillnad bägge dessa brott emellan. På sådant sätt ödelägges i mänskliga hjärtat alla moraliska tanke-sätt, som varit ett mödosamt arbete för flera tidevarv». Vad brottsprofylaxen angår utvecklar *Beccaria* a. a. s. 222 f. särskilt folkupplysningens och det allmänna framåtskridandets betydelse för sedernas höjande, men även lagstiftningens humanisering tillerkännes gynnsamt inflytande på brottslighetsfrekvensen — en otvivelaktigt betydelsefull iakttagelse.

Det socialvetenskapliga inslaget återfinnes även i de ovan berörda avskräckningsteorierna från början och mitten av adertonhundratalet, vare sig man analyserar Feuerbachs lära om det psykologiska tvånget, Bauers varningsdoktrin,⁵⁶ Gmelins teori om strafflidandets omedelbart avskräckande effekt eller Grolmans huvudsakligen med tanke på den brottslige själv uppbyggda preventionsteori, vilken som bekant i svensk doktrin vunnit anhängare i Annerstedt och Hagströmer.⁵⁷ Det kom då att ligga i sakens natur, att dessa individual- och socialpsykologiska metoder försöktes också på vedergällnings- och rättviseföreställningarnas område. Redan Berner, som åsyftade en praktiskt användbar för-
 ening av de olika straffteorierna, giver i förbigående en antydan om en ny uppfattning av vedergällningens natur: »Fasst man die Genugthuung als den Zweck der Vergeltung, so ist damit nur gefordert, dass die Vergeltung für das Bewusstsein als Vergeltung hervortrete — dass sie in ihrer äusseren Erscheinung der getreue Ausdruck ihres eigenen Wesens sei.»⁵⁸ Man märker också en omedveten eller icke konsekvent genomförd tendens till psykologiska metoder hos straffteorier, som under den föl-

⁵⁶ Härom t. ex. v. *Bar* a. a. s. 257 f. Teorien är av intresse såtillvida som *Bauer* antyder de i senare doktrin utvecklade tankegångarna om strafflagens betydelse för moral- och värdebildning inom samhället. *Thyrén*, Den moderna straffrättens grundåskådning, s. 23, har under intryck härav påpekat likheten mellan *Bauers* och *Lundstedts* teorier om den generalpreventiva funktionen hos strafflagen. Att olikheterna i fråga om allmän uppfattning av de rättsliga företeelserna i allmänhet och av brottet såsom förutsättning för straffets utkrävande äro djupgående mellan de båda författarna påvisas hos *Lundstedt*, Till frågan om rätten och samhället, s. 75 f. Denna olikhet bör emellertid icke hindra erkännandet av *Bauers* tendens i riktning mot en modernare uppfattning av strafflagens generalpreventiva effekt än *Feuerbachs* avskräckningsteori.

⁵⁷ *Annerstedt* a. a. s. 24 f., *Hagströmer I* s. 21 f. Båda författarna medgiva, att straffet kan såsom biverkan hava avskräckande effekt; angående det absoluta rättvisekravet såsom inslag i dessa svenska teorier, se ovan vid not 53 samt nedan s. 64 f.

⁵⁸ *Berner* a. a. s. 30. Förf. fortsätter med följande beaktansvärda uttalanden: »Insofern hat Kant recht, wenn er wo möglich eine charakteristische, spezifische Verwandtschaft zwischen Verbrechen und Strafe will. Unsere Strafrechtspflege würde tiefere Wurzeln schlagen im sittlichen Volksbewusstsein und dasselbe weit innerlichen befriedigen, wenn die Physiognomie des Verbrechens sich in der Strafe selbst ausdrägte».

jande epoken eljest stodo i motsats till den klart naturvetenskapligt orienterade positiva skolan. Detta torde vara ofrånkomligt vad beträffar sådana försoningsteorier som Kohlers och Welckers,⁵⁹ men t. o. m. hos Binding förekomma yttranden i denna riktning, vilka kanske ytterst utgöra förklaringen till det sakförhållande han eljest utan bevisning postulerar, nämligen att straffet, det rättvist tillfogade lidandet, åstadkommer statsauktoritetens hävdande. Binding yttrar bl. a. följande: »Vielmehr soll die Strafe die Vorstellung von der Heiligkeit und Unverbrüchlichkeit der mit ihr ausgestatteten Pflichten erhalten und verstärken und so darauf hinwirken, dass sich die grössmögliche Anzahl von Menschen aus eigener besserer Einsicht dazu bestimme, jenen Pflichten, konform zu leben, somit statt verbrecherische Plane zu fassen sich vielmehr der Autorität der Gesetze zu beugen.»⁶⁰ Men tydligast framträder denna nya metod i vedergällningsidéernas uttydande hos författare, vilka sedan den första drabbningen mellan de skilda skolorna slutat med en påtaglig framgång för den naturvetenskapligt färgade positivismen, sökte åstadkomma en empiriskt hållbar syntes av de skilda tankeelementen. I tysk doktrin böra här i främsta rummet nämnas Richard Schmidt och Adolf Merkel.

Då vi naturligtvis icke kunna göra dessa författares djupgående forskningar någon som helst rättvisa med ett kort referat av deras teorier, skall här endast angivas vari det för doktrinen utveckling betydelsefulla resultatet därav består. Denna summariska framställning synes också försvarlig med hänsyn därtill att de berörda idéerna närmare utvecklats eller äga sin motsvarighet i teorier, som stå vår tid och vår rättslitteratur betydligt närmare än de ovan nämnda författarnas undersökningar. Vi återkomma till dessa nyare strömningar i det följande.

⁵⁹ Om dessa teorier se *Binding*, Grundriss I, s. 152 f. samt *Kohler*, Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts. Jfr också *Foerster*, Brottet och dess försonande, s. 17 f.

⁶⁰ *Binding*, Abhandlungen. I, s. 85.

För att förstå innebörden av de realiteter, som avses med vedergällningskrav och rättviseidéer i samhället, måste man enligt Schmidt och Merkel å ena sidan beakta de historiska sammanhangen och å andra sidan taga hänsyn till individernas moraliska föreställningar såsom viktiga faktiska omständigheter, vilka man väl från samhällsnyttans synpunkt må kalla irrationella men ingen lagstiftare kan ignorera, om han än söker förändra desamma. Merkel utgår från det empiriska konstaterandet av en social grundåskådning under för övrigt olika straffrättsliga utvecklingsperioder »von einer natürlichen Zusammengehörigkeit guter Handlungen mit gleichartigen Handlungsfolgen für den Handelnden, schlechten Handlungen mit eben solchen Folgen für ihn».⁶¹ Denna ständigt återkommande princip är dock enligt författaren ingalunda uttryck för en ur social synpunkt ändamålslös vedergällning. »Die Idee der Sühne schliesst eine Fülle von Zweckbeziehungen in sich, die bei aufsteigender Kulturentwicklung allseitiger und bestimmter im Bewusstsein der Völker und bei der Gestaltung ihres Strafrechts sich geltend machen», framhåller Merkel i ett annat sammanhang.^{61a} Till förebyggande av missförstånd utvecklar Richard Schmidt närmare den historiska utvecklingen av detta socialpsykologiska förhållande under noggrant särskiljande av den instinktiva hämndkänslan hos den genom brottet kränkta eller honom närstående individer såsom naturgrundad instinkt och vedergällningsbehovet hos de utanför denna krets stående medborgarna-individerna, vilka för sin tillit till samhällsordningens auktoritet och därmed egen trygghet kräva fridstörarens bestraffande. Medan för det förstnämnda intressets tillgodoseende de äldre privaträttsliga formerna av straff voro tillfyllest, måste straffet för att fylla det senare allmänt sociala behovet vara av offentligt-rättslig innebörd. »Die öffentliche Strafe schliesst also vom ersten Moment ihres Auftretens in der Geschichte an —

⁶¹ *Merkel-Liepmann* s. 230.

^{61a} *Merkel* i *SchwZ* 7 s. 4.

abgesehen von jenen ältesten und exzeptionellen Fällen,⁶² ihren entwicklungsgeschichtlichen Ansatzpunkt — den Zweckgedanken mit begrifflicher Notwendigkeit ein»,⁶³ säger författaren med rätta; hans åsikt skulle säkert verifieras av en närmare historisk undersökning.

Genom att anknyta straffet till denna sociala känsla av vedergälningsbehov erhåller statsmakten gensvar på sina strävanden att upprätthålla rättsordningens auktoritet hos alla rättsinniga medborgare, varigenom åter den vedertagna samhällsmoralen utvecklas och stärkes. »Die Erfüllung dieser seelischen Erwartung ist es, was man meist die vergeltende Wirkung der Strafe nennt. Aber diese unmittelbare Wirkung der Einzelstrafe ist nicht ihre Hauptwirkung. Das wesentliche ist ihr mittelbarer Gesamteffekt: Die Klärung, Vertiefung der rechtlichen Gesinnung im Volk. Die Vergeltungsempfindung ist nur das Medium zur Stärkung der Rechtsautorität.»⁶⁴ Denna positiva effekt av straffet får icke sammanblandas med detsamma negativa, rent avskräckande funktion, framhåller författaren vid upprepade tillfällen. Denna senare sida av straffbudet väcker allenast fruktan för brottets följder hos den som redan hyser asociala impulser. Vedergälnings- och rättviseföreställningarna hava däremot betydelse för alla medborgare, som icke totalt sakna moraliskt sinne. Men endast det såsom rättvist uppfattade straffet utövar enligt författaren denna moralstärkande verkan, och då denna effekt av straffet uppfattas såsom den för rättsordningens upprätthållande viktigaste, lägger författaren vedergälningsprincipen till grund för sin straffteori.

En annan sida av detta sammanhang mellan medborgarnas moraluppfattning och straffrättens funktioner har särskilt framhållits av von Bar i hans teori om »die sittliche

⁶² Förf. syftar här på brott, som i de primitiva straffsystemen ansågos rikta sig mot hela samhällets fundament och därför drabbades av absoluta straff av mer eller mindre sakral natur; jfr *Agge* i JFFT 1934 s. 137 f. och där citerad litteratur.

⁶³ *Schmidt*, Die Aufgaben, s. 74 f.

⁶⁴ *Schmidt*, Einführung in die Rechtswissenschaft, s. 416.

Missbilligung». ⁶⁵ Ju fastare och enhetligare moralbildningen i samhället är, desto måttligare kan lagstiftaren angiva den reaktion som kräves för att giva eftertryck åt samhällets ogillande av en viss handlingstyp, ja straff kan i utvecklade kultursamhällen rent av bliva onödigt i åtskilliga fall av asocialt handlingssätt. Skälet härför finner författaren i förhandenvaron av de icke-strafrättsliga reaktioner, varigenom omgivningen visar sitt ogillande mot brottslingen. Vedergällningen skall icke såsom i primitivare samhällen bestå i tillfogandet av ett lidande såsom självändamål utan i ett slags bojkott mot det brottsliga handlingssättet, vilken ytterst har ett preventivt syfte, i det den brottslige och hans gelikar genom medborgarnas attityd bibringas den övertygelsen, att brott till sist medföra större obehag och »Minderung des Gedeihens» än tillfredsställelse för brottslingen. Emellertid synes v. Bar icke tillräckligt beakta vådan av att alltför mycket lita till dessa otvivelaktigt mycket betydelsefulla sociala reaktioner mot brottet. Dessas oberäknelighet och omöjligheten att kontrollera deras mått och skälighet synes böra leda till principen att samhällsmakten bör taga reaktionerna i sin hand. Dessa böra för laglydnadens skull konsekvent inträda, låt vara att varje avsiktligt tillfogat lidande, som icke kombineras med ett direkt praktiskt syfte i avseende å den enskilde brottslingen, är ett oting. Riktigt framhåller härom von Bar själv: »die vollkommenste Art der Strafe ist aber die, durch welche erreicht wird, dass der Verbrecher selbst die begangene That missbilligt». ⁶⁶ Författarens genomgående tendens att påvisa de strafrättsliga funktionernas nödvändiga samband med den faktiskt rådande moraluppfattningen har övat ett klagörande inflytande på doktrinen. ⁶⁷

⁶⁵ v. Bar a. a. s. 311 f.

⁶⁶ v. Bar a. a. s. 329. Med denna tanke bygges en brygga över till de specialpreventiva teorier, vilka upptaga den brottsliges moraliska förbättring såsom straffets huvudsyfte; vissa beröringspunkter finnas också med de äldre försoningsteorierna, vilka dock närmast hava en absolut etisk karaktär.

⁶⁷ Likheterna med exempelvis H. Mayers betraktelsesätt äro påtagliga; även den svenska teorien om moralbildningen såsom strafrättslig huvudfunktion företer intressanta paralleller.

Det betydelsefulla i hela denna nya skola är att vedergällningstanken uppbygges på empiriska och psykologiska fakta⁶⁸ och att det icke är fråga om att förverkliga någon metafysisk eller etisk lag utan om »eine Zweckbewusste Erstrebung praktischer Wirkungen, besonders auf Dritte».⁶⁹ Denna vedergällningsstraffets egenskap av medel och icke slutligt ändamål möjliggör också ett visst samordnande av den positiva, moralbildande verkan hos straffet med den egentliga avskräckningen från brott genom straffhotet, så att dessa funktioner komplettera varandra och ställas i motsats till — resp. hos andra författare användas såsom modifierande princip i förhållande till — de rent specialpreventiva idéerna. »Die Spezialprevention umfasst die Verbrecherdisziplin, die Generalprevention die Volksdisziplin.»⁷⁰

Ehuru denna nya vedergällningsteori synes oss klarast utvecklad av Richard Schmidt, torde det likväl vara i Merckels utformning som den utövat det största inflytandet på utländsk doktrin. Ur fransk litteratur vilja vi endast citera ett par uttalanden av Vidal,⁷¹ vilka torde giva vid handen att denna nya syn på rättvisetanken står i viss motsats till de tidigare citerade författarnas betraktelsesätt: »La justice n'est pas le but de la pénalité, elle n'en est que la mesure; elle n'est pas une fin, mais un instrument et un moyen». Författaren yttrar vidare under sin kritik av en rent utilitaristisk straffrättsuppfattning: »Le système de la défense sociale, en ne tenant aucun compte de l'idée de justice, méconnaît cette idée fondamentale qu'une institution doit non seulement répondre à des vues rationnelles, mais encore satisfaire à l'ensemble des instincts de la société. La peine

⁶⁸ Röster hava visserligen höjts mot att som argument i den kriminalpolitiska diskussionen använda psykologiska rön av hithörande art. Sålunda hävdar *W. Mittermaier* i *SchwZ* 39 s. 137 f. det futila i såväl vedergällningspsykologiens som avskräckningspsykologiens försök. Författarens kritik är riktig såtillvida som dessa försök oftast utgå från att straffet skulle vara helt väsensskilt från de ur behovet av säkerhet framsprungna skyddsåtgärderna.

⁶⁹ *Schmidt*, *Die Aufgaben*, s. 73; jfr *v. Bar* a. a. s. 335.

⁷⁰ *Schmidt*, *Die Strafrechtsreform*, s. 77.

⁷¹ *Vidal* s. 65 f.

n'a pas seulement pour but d'empêcher le crime; elle est là encore pour servir d'expression à certains sentiments sociaux.»

I den engelska litteraturen synes, oberoende av de kontinentala strömningarna, motsvarande tankegångar redan tidigt hava vunnit burskap. Stephen framhåller sålunda det nödvändiga i straffrättens förankring hos de gängse samhällsmoraliska föreställningarna och avvisar Benthams rena avskräckningsteori under motivering att strafflagen »would be deprived of a large part of its efficiency, for it operates not only on the fears of criminals, but upon the habitual sentiments of those who are not criminals».⁷² Straffrättskipningens betydelse uttrycker samme författare med den talande bilden: »the sentence of the law is to the moral sentiment of the public in relation to any offence what a seal is to hot wax.»⁷³ Även Kenny avböjer tanken på en ensidig preventionsteori och uppställer som en av straffrättskipningens uppgifter att höja den moraliska känslan hos allmänheten.⁷⁴ Såsom redan ovan antytts hava tankeströmningar av denna psykologiserande typ rörande vederläggningsskravets betydelse framträtt jämväl i norsk,⁷⁵ dansk⁷⁶ och finsk⁷⁷ litteratur. Av särskilt intresse är här att

⁷² *Stephen II* s. 79 f.

⁷³ *Stephen II* s. 81.

⁷⁴ *Kenny* s. 33.

⁷⁵ Se *Hagerup* s. 30 f. samt Inledning till studiet av straffrätt, särskilt s. 38 f. och 48 f. I det senare arbetet s. 51 heter det: »Otvivelaktigt är det en av strafflagstiftningens uppgifter att skärpa det i samhället rådande moraliska medvetandet och att infoga straffet bland medlen att höja samhällsmoralen». En av Hagerups särskilda förtjänster är hans energiska försök att förena determinismens tankelinje med straffrättens appell till individens etiska krafter.

⁷⁶ *S. Christensen* s. 130 f. uppbygger sin straffteori på en av honom såsom ett socialpsykologiskt faktum uppställd lag om att fullt vederlag skall lämnas för varje rättskränkning i samhället. Detta gäller icke blott ekonomisk skada genom brottet utan också den psykiska skada, som genom oro och ångest åstadkommes hos en större eller mindre krets av medborgare och som måste neutraliseras genom straffmedel vilka återställa trygghetskänslan i samhället. Jfr *Huber*, *Recht und Rechtsverwirklichung*, s. 370. Teorien har vissa beröringspunkter med såväl de äldre absoluta försoningsteorierna som med den moderna tyska doktrinen, t. ex. *Naglers* uppfattning; den synes lida av en viss överbetoning av reparationstanken inom straffrätten.

⁷⁷ Se framför allt *Alanen*, ur vars finskspråkiga arbete om straff och skyddsåtgärder vi i översättning citera följande uttalanden: »Enligt veder-

konstatera, att detta skett icke allenast under intryck av de kontinentala straffteoriernas utveckling utan liksom i engelsk litteratur i viss mån under påverkan av tidigare inhemska tankeriktningar. Sålunda återfinnes redan hos Ørsted, vars straffteori som bekant vilade på den av Feuerbach uppbyggda grunden, uttalanden som peka på en djupare uppfattning om det generalpreventiva verknings-sättet hos strafflagen än den för avskräckningsteorien typiska, vilken i stort sett förbisåg de menliga verkningarna av en lagstiftning, som ej toge tillbörlig hänsyn till det allmänna rättsmedvetandets krav på proportion mellan brott och straff.⁷⁸ Den svenska jurisprudensen skall nedan behandlas i ett sammanhang.

En omständighet som i den hittills behandlade främmande rättslitteraturen knappast vunnit tillbörligt beaktande är den betydelsefulla skillnaden mellan själva strafflagens existens och tillämpande i allmänhet samt utkrävandet av straffet i de konkreta fallen såsom verksamma orsaker för framkallandet och befordrandet av de moraliska känslor, vilka de skilda författarna tillmätta en så stor

gällningsteorien i ovan angivna mening är vedergällningen icke självändamål, utan vedergällningsbegreppet fasthålls av den anledningen, att endast ett på vedergällningsprincipen byggt straffsystem mäktar bevara hos samhällets medlemmar det sedliga medvetande, som är nödvändigt för upprätthållandet av samfundsordningen» (s. 23). »Denna vedergällningstankens socialpsykologiska betydelse är ett faktum, som bör beaktas av den kriminalpolitiska forskningen med alldeles samma berättigande som alla andra synpunkter, vilka böra beaktas vid skapande av ett straffsystem» (s. 23). »Rätt intressant och i detta sammanhang beaktansvärd är den omständigheten, att det allmänna rättsmedvetandet, varpå vedergällningsbegreppet grundar sig, påverkas avsevärt, såväl omedelbart som även såsom resultat av medveten prövning, av de konkreta ändamålsenlighetssynpunkterna. Detta faktum är förklarligt, då man tager i betraktande, att det tänkande subjektet är identiskt med det kännande subjektet» (s. 26).

⁷⁸ Ørsted skriver i *Eunomia* 2 (1817) s. 135 f. om ett sådant straffsystem »Istedet for at medvirke til at opdage og overbevisne Forbryderen, vilde Enver bestræbe sig for at redde ham fra at falde i Lovens hænder, naar denne paabød Straffe, der stode i intet Forhold til Overtrædelsens Skadelighed eller Skammelighed. Selv de Mænd, til hvem Retsplejen var betroet, vilde dele denne Følelse med deres Medborgere; thi heller ikke hos disse vilde Interessen for Straffelovens Overholdelse kunne faae Overhaand over alle andre menneskelige Følelser. Under dette almindelige Fiendskab mod Straffeloven vilde den altsaa gaae til Grunde, og Strafløshed vilde, i Virkkeligheden, blive Følgen af, at Loven altid truede med den haardeste Straf.»

socialpsykologisk och kriminalpolitisk betydelse. Naturligtvis är det i och för sig riktigt att med Richard Schmidt anmärka mot von Bars teori, att detta samhällets ogillande icke får någon verksam kraft, om icke straffhotet motsvaras av några realiteter som medborgarna känna till. Det riktiga i von Bars tankegång inses dock, om man med utgångspunkt från Feuerbachs teori tillskriver strafflagens tillämpande i allmänhet och i varje särskilt fall olikartade funktioner och därefter under tillämpning av socialpsykologiska metoder analyserar verkningarna av strafflagens upprätthållande i allmänhet, straffdomen ävensom straffverkställigheten var för sig. Det betecknar därför ett avgjort framsteg inom vetenskapen, då Max Ernst Mayer och Exner⁷⁹ utveckla och motivera detta krav på det metodologiska området. Härmed befrias vedergällningstanken från åtskillig ärftlig belastning och föres sammangjutandet av de relativa straffteorierna ytterligare framåt, då nämnda metod — vilken vi i det följande skola använda — öppnar den möjlighet som Richard Schmidt bestrider, nämligen att kombinera icke blott straffets moralbildande och dess avskräckande effekt med varandra utan även dessa allmänna verkningar med individualpreventionens krav. På ett intressant sätt visar också Zimmerl,⁸⁰ huru vedergällnings- och rättviseföreställningarna få praktisk betydelse i deras kombination med individualpreventiva åtgärder. För ungdomliga och andra psykiskt påverkbara brottslingar anser författaren det vara av värde att straffrättskipningen fasthåller vid vedergällningsterminologien och i domen uttalar den dömdes moraliska skuld till brottet. Den verkan som härigenom nås och som Zimmerl betecknar som indirekt specialprevention, innebär

⁷⁹ *M. E. Mayer* s. 417 f. Författaren framhåller med allt skäl, att mången straffteori, som kräver iakttagande av en enhetlig princip i själva verket är allenast »eine Androhungs- oder eine Vollzugstheorie». *Exner*, *Theorie*, s. 9 f. Icke sällan förbise den positiva skolans målsmän denna skillnad mellan strafflagen och straffet i det konkreta fallet vid kritiken av vedergällningskravet. Så t. ex. *Cornil* i *Revue* 17 s. 381 vid tolkningen av begreppet »expiation».

⁸⁰ *Zimmerl* s. 13 f. Jfr *Foerster* a. a. s. 11 f., 22 f. samt *Torp* s. 24 not 18, där det heter: Frygten for at blive stemplet som Forbryder styrker Pligtfølelsen».

»eine Erzieherische Wirkung des Schuldspruchs durch die Hervorrufung oder Stärkung des Verantwortlichkeitsgefühles«. Vi vilja dock tillägga, att denna verkan för sitt inträde förutsätter, att rättvisesynpunkterna enligt rådande värderingar tillgodoses i lagstiftning och straffmätning för att den brottslige själv skall acceptera domen såsom befogad i anledning av hans skuld till brottet.

Vid sidan av de nu utvecklade teorierna, vilka kunna karakteriseras såsom försök att rationalisera vedergällningsföreställningarna och sammansmälta dem med typiskt ändamålsbetonade straffteorier stå emellertid åsikterna hos författare, vilka fasthålla vid vedergällningen som ett egenartat och självständigt straffändamål, principiellt skilt från den allmänpreventiva funktionen i straffrätten. Det rör sig emellertid hos denna riktning icke om någon etiskt eller religiöst grundad absolut straffteori, utan man söker med historiska och etnografiska undersökningar bevisa vedergällningsidéernas primat vid sidan av eller inneslutet i alla de olika varianterna av ändamålsbestämningar, som under århundradenas lopp av filosofien tillagts straffet, såsom rättslig företeelse. Särskilt grundligt har Nagler utvecklat denna tankegång⁸¹ och han söker icke blott visa den faktiska förhandenvaron av rättvise- och vedergällningsprincipen under olika historiska epoker och i olika kulturkretsar utan ock giva detta förhållande en absolut grund i människornas driftliv som i sig påstås innesluta ett vedergällnings- och utjämningsbehov, fullt lika elemenärt som självbevarelseinstinkten. »Wären wirklich die stetig sich wandelnden Nützlichkeitsauffassungen der Gesetzgebungen der letzte Grund für Dasein und Gestaltung der Strafeinrichtung, so ständen wir vor einem ewigen Rätsel der Strafrechtsgeschichte und -dogmatik. Erst die Ableitung aus dem Trieb- und Empfindungsleben der Menschheit lässt die Schleier, die sich über jene Erscheinungen gebreitet hat, sich heben», framhåller Nagler⁸². Ehuru dessa psykologiska

⁸¹ Se särskilt Nagler s. 524 f.

⁸² Nagler s. 555 f.

och sociologiska förhållanden givetvis hava största betydelse för förståelsen av vad straffet varit och huru det uppfattas av det emotionella tänkandet, är det dock icke möjligt att enbart på dem uppbygga ett avvägt system av medvetna sociala ingripanden mot individerna. Det innebär en kriminalpolitiskt oanvändbar sats, när Nagler angiver straffets begrepp såsom »die rechtliche Ausgleichung der psychologischen Gegenwartswirkungen des Verbrechens»,⁸³ om denna tes också har visst berättigande ur rent ontologisk synvinkel.

Innan vi lämna denna översikt över vedergällnings- och rättviseidéernas utveckling i den främmande rättslitteraturen, hava vi att ägna de allra nyaste strömningarna i den utländska jurisprudenten en viss uppmärksamhet, som icke bör förminskas därav att åsikterna ännu delvis befinna sig i vardande eller därför att deras inflytande på lagstiftning och praxis ännu icke låta sig med någon visshet bedöma. Som bekant hava de nya idéerna sin hemort i de europeiska autoritära staterna över huvud⁸⁴ men hava teoretiskt sett framför allt utvecklats i Tyskland. Under intrycket av de hart när oöverstigliga hinder, som under arbetet med den tyska straffrättsreformen före och efter världskriget reste sig mot att utforma en strafflag i helt specialpreventiv anda, har undan för undan vedergällningsstraffrätten, som förut ansetts helt otidsenlig, stigit i kurs.⁸⁵ Även hos författare, vilka eljest kunna anses fullfölja de individualpreventiva strävandena, tages hänsyn till de modifikationer i systemet, som rättviseföreställningarna och deras nyttiga funktion medföra.⁸⁶

⁸³ Nagler s. 556; i detta uttryck ligger hela den berörda teoriens grundton uttryckt och man förnimmar däri icke en absolut straffteori, som etiskt rättfärdigar det instinktiva utjämnings- och reaktionsbehovet, utan blott ett konstaterande av behovets ständiga förhandenvaro, dock under tydlig över-skattning av dess kriminalpolitiska betydelse i nutiden.

⁸⁴ Se härom ovan not 12 citerad litt., framför allt *Donnedieu de Vabres*, *La politique criminelle*.

⁸⁵ Se särskilt *Sauer* s. 69 f. samt 160 f. ävensom *Zimmerl*, *Aufbau*, s. 9 f.

⁸⁶ Sålunda angiver *Mezger* s. 511 f. »die sogenannte Persönlichkeitsachtung» såsom ett syfte hos straffet, varigenom rättvis- och skuldprinciperna göras till norm vid preventionsrättens reglerande. Samma hänsynstagande ligger också

Efter de nationalsocialistiska idéernas genombrott har vedergällningskravet uppställts såsom straffrättens ledande princip, om man ock icke förnekat den stora betydelsen av de individualpreventiva önskemålen förverkligande i den slutliga strafflagsreformen.^{86a} Man måste då fråga sig om däri ligger en återgång till en äldre absolut straffteori eller om vedergällningsbegreppen och rättviseföreställningarna uppfattas på det empiriskt-psykologiska sätt, vilket vi ovan accepterat såsom möjligt att inordna i ett system av olika medel för rättsordningens upprätthållande. Onekligen vidlåder en viss oklarhet programförklaringarna och litteraturen i frågan. Å ena sidan betonas det i officiösa texter, att det är den nationalsocialistiska statens uppgift »den Treuebrecher, der durch den Treuebruch aus der Gemeinschaft ausgeschieden ist, durch gerechte sühnende Bestrafung zu treffen»⁸⁷, men denna vedergällning är icke självändamål utan tjänar praktiska syften,^{87a} som visserligen anges på något olika sätt, t. ex. av Oetker⁸⁸ såsom »Rechtsgüterschutz in Wahrung der Staatsautorität», av Siegert o. a.⁸⁹ såsom integration, varmed nämnde författare avser »Wiederherstellung des früheren Zustandes, des Schadens, der an geistigen und leiblichen Gütern des Volkes angerichtet ist, Wiederaufrichtung des erschütterten Rechtsbewusstseins der Volksgenossen». Samma tanke utvecklas på halv-officiellt håll sålunda av Schoetensack: »Im Recht wird die Vergeltung verweltlicht. Der Staat kommt mit Übung der Vergeltung dem sittlichen Bedürfnis der Bürger entgegen,

uttryckt i samme författares lära att det icke råder någon verklig motsättning mellan »Tatprinzip» och »Täterprinzip», i det gärningsmannens personlighet tager sig uttryck just i brottet, om detta bedömes riktigt, d. v. s. enligt principen om »die Persönlichkeitsadäquanz der Tat». Se *Mezger*, Leitfaden, s. 30.

^{86a} Här om *Freisler* i Röm. Kongress für Kriminologie s. 11 f. Jfr nedan s. 61 not 103.

⁸⁷ Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. T. I, s. 12.

^{87a} Så uttryckligen *Mezger* i ZStrW 57 s. 695 mot *Schaffstein* i DS 4 (1937) s. 340 f. På detta sätt uppfattas också den nationalsocialistiska straffteorien av andra utländska iakttagare; se särskilt *Donnedieu de Vabres*, La politique criminelle, s. 113 f. Annan mening *Cornil* a. st.

⁸⁸ *Oetker* i Nationalsozialistisches Handbuch, s. 1322.

⁸⁹ *Siegert*, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, s. 11 f.

aber er vergilt nicht um des ethischen Bedürfnisses als solchen willen, sondern zum Schutze der Rechtsgüter. Nach Massgabe des sozialen Bedürfnisses steckt er die Grenzen des Strafbaren ab. Dabei leuchten ihm voraus die Idee der Gerechtigkeit und der in ihr enthaltene Gedanke der Notwendigkeit; sie heissen ihn die Grenzen des Strafrechts und die Strafmasse im Einklang halten mit den geltenden ethischen Werturteilen des Volks, sowie die Strafübel ausgestalten nach der geringstmöglichen Schädlichkeit und grösstmöglichen Leistungsfähigkeit für die Rechtsordnung.»⁹⁰ Oetker säger också sammanfattningsvis: »Das Strafinstitut in seiner konsequenten Handhabung ist die fortgesetzte Gegenwirkung gegen die im Verbrechen sich äussernden rechtsfeindlichen Faktoren.»⁹¹

Vi finna alltså i denna nya vedergällningsteori strävan att undvika den absoluta formuleringen av vedergällningsidéerna och att inordna det såsom rättvist uppfattade straffet som ett bland flera medel för samhällsordningens stärkande. Å andra sidan saknas icke uttalanden som försvara att straffrättsvetenskapen på visst sätt samordnar moral och rätt och därmed skänker rättviseföreställningarna en etisk och alltså metajuridisk förankring.⁹² Det heter sålunda i nära anslutning till flera officiella programförklaringar »die Konkordanz von Recht und Sittlichkeit im Umfange des Erreichbaren ist ein Hauptstücke der nationalsozialistischen Ideenwelt»⁹³ och ett inre samband anges bestå mellan rätt och moral, särskilt med hänsyn både till innehåll och uppkomstsätt. Sålunda framhåller Hellmuth Mayer: »So wird die Sittlichkeit für die konkrete historische Situation gesetzt vom Gemeinwillen, demselben, der auch das

⁹⁰ Schoetensack i Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts, s. 90 f.

⁹¹ Oetker a. a. s. 1321.

⁹² Jfr dock principuttalandet hos H. Mayer s. 51: »Wir hatten uns hier nur mit der Nützlichkeit eines Vergeltungssystem zu befassen. Die weltanschauliche Frage ist durchaus eine Frage der philosophischen Ethik, zu der beiläufige Äusserungen eines Juristen ganz überflüssig sind», med samma författares ovan i texten citerade uttalande.

⁹³ Oetker a. a. s. 1322.

Recht setzt,» en tanke som han också utför till den slutsatsen, att rätten i själva verket är »die Sittenordnung des Volkes selbst, insoweit sie eben zur Rechtsordnung verfestigt worden ist».⁹⁴ Detta samband visar sig emellertid först och främst, när det gäller att bestämma normordningens innehåll och att utlägga brottsbegreppet i allmänhet och att angiva de särskilda brottstypernas essentialia, allt frågor vilkas rätta besvarande i sin tur naturligtvis måste bero på och återverka på reaktionssystemets beskaffenhet och det tänkta syftet med den statliga straffrätten. Vi komma att i olika sammanhang vidröra dessa skilda spörsmål. Däremot framträder sambandet mellan moral och rätt icke på det sättet, att det skulle vara straffrättskipningens uppgift att öva vedergällning såsom självändamål på grund av etiska maximer eller ens att straffets relation efter rättvis principer till gärningsmannens skuld vore ett etiskt axiom, vilket krävde hänsynstagande för dess egen skull.

Den oomtvistliga vändning, som sålunda skett mot en viss absolutism i uppfattningen av straffrättens funktion, bör ses icke blott som ett uttryck av de speciellt nationalsocialistiska ideologierna utan kan ledas längre tillbaka i tiden såsom orsakad jämväl av den dragning mot irrationalism och tron på intuitionens företräde framför den rent intellektuella penetreringen, vilket allt utmärkt vissa filosofiska skolor i Frankrike och Tyskland under de senare årtiondena.⁹⁵ Den meningsbrytning som i anledning härav gjort sig gällande i den nyaste litteraturen är av fundamental betydelse för hela rättsvetenskapens metod och måste efter allt att döma leda till en uppgörelse under vidare aspekter men med samma reella innebörd för straffrättens vidkommande som den redan utkämpade striden mellan klassicitet och positivism på sistnämnda område.

Den nu skisserade vedergällnings- eller integrationsteorien äger givetvis ett nära samband med de generalpreven-

⁹⁴ H. Mayer s. 61 och 64.

⁹⁵ Här om särskilt *Schwinge*, Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung, ävensom *Engisch* i Monatsschrift 29 s. 133 f.

tiva synpunkterna på straffrättskipningen. Detta förhållande har i den nya tyska litteraturen utvecklats på ett synnerligen intressant sätt av Hellmuth Mayer. Nämnade författare uppställer principiellt generalpreventionen såsom straffets rättspolitiska uppgift men framhåller tillika, att »nur die gerecht vergeltende Strafe auf die Dauer hinreichende generalpräventive Wirkung hat. Die grundlegende generalpräventive Wirkung des Strafrechts beruht nämlich gar nicht auf ihrer abschreckenden, sondern auf ihrer sittensbildenden Kraft. Die Strafe hat zunächst einmal eine für das Volksganze pädagogische Bedeutung, indem sie das sittliche Gemeinschaftsurteil festigt, oder überhaupt erst formt, und damit den Begehrungen und Handlungsantrieben der Menschen schon ihre Inhalte gibt, welche unter gewöhnlichen Umständen durch subjektive — etwa rechtsfremde — Impulse nicht beseitigt werden.»⁹⁶ Denna uppfostrande verksamhet kräver emellertid att statsauktoriteten gör sig gällande i straffrättskipningen: »Diese Generalprevention erfolgt durch das Vergeltungsstrafrecht, das als machtvolle Verkörperung eines dem Staate innewohnenden sittlichen Pathos, als Propaganda der Tat das Verbrechen mit einer Tabuvorstellung belegt. Diese Tabuvorstellung bewirkt in den meisten Fällen, dass die Möglichkeit einer derartigen Tat gar nicht ernsthaft in Erwägung gezogen wird.»⁹⁷ Dessa strafflagens allmänna verkningar kunna icke ersättas blott med specialpreventiva åtgärder, »weil spezialpräventive Möglichkeiten praktisch nur in ganz geringem Umfange bestehen».⁹⁸ I varje fall avse dessa allenast en begränsad personkrets och hava icke någon betydelse för den stora massan medborgare, som just tack vare strafflagens moralbildande verkan äro socialt välanpassade. För att åstadkomma denna verkan kräves det vedergällande straffet i samfundslivet. »Allen spezialpräventiven Massnahmen fehlt das starke sittliche Pathos der

⁹⁶ a. a. s. 26.

⁹⁷ a. a. s. 34.

⁹⁸ a. a. s. 18.

vergeltenden Strafe, keine appelliert unmittelbar an die sittliche Selbstverantwortung, keine spricht ein deutliches Verdammungsurteil über die böse Tat.»⁹⁹

Mera kortfattat antydes samma straffteori hos andra moderna tyska författare. Siegert inlägger i sin integrationslära ej blott tillfredsställandet av medborgarnas vedergällningsbehov: »Darüber hinaus soll durch die Strafe die Würde der Volksgemeinschaft und das ethische Ziel von ihr allen zum Bewusstsein gebracht, die Gemeinschaft soll durch die Strafe gestärkt, integriert werden.»¹⁰⁰ Denna verkan tillskriver författaren redan det abstrakta straffhotet, »wenn sie auf die Gemeinschaft symbolisch wirkt.»¹⁰¹

Även Oetker yttrar sig i samma riktning: »Den Zweck der Generalprävention erfüllt die Strafe durch ihre pflichtbegrächtigende, belehrende, warnende Funktion. Sie will im Volke Abneigung schaffen vor dem Delikt, nicht nur, wie man in einseitiger Betonung des Furchtmotivs gesagt hat, vom Verbrechen abschrecken.»¹⁰²

I den doktrinhistoriska översikt vi här velat lämna saknas plats att utveckla de skilda straffrättsteoriernas avspegling i tendenserna för lagstiftningen i skilda länder. I anslutning till de sist refererade strömningarna i tysk doktrin vilja vi blott påpeka, att den brottnings mellan absolut uppfattade straffändamål och mera teleologiskt utformade synpunkter på straffrättens funktioner, som vi på ett begränsat område sökt följa under halvtannat århundrade, avspeglar sig i de autoritära staternas försök att i lagstiftningen omsätta sina politiska ideal. Den tyska straffrättsreformens förarbeten giva ganska tydligt vid handen, huru försonings- och vedergällningsidéerna påverka förslagen till reaktions-system i riktning mot kumulationen av straff såsom självständigt lidande för brottets skull och individualpreventivt

⁹⁹ a. a. s. 36.

¹⁰⁰ Siegert a. a. s. 12 f.

¹⁰¹ a. a. s. 13.

¹⁰² Oetker a. a. s. 1321.

färgade skyddsåtgärder,¹⁰³ samt huru brottsbegreppet i den rent vetenskapliga analysen alltmer förvandlas i riktning mot att betraktas som kränkning av en moralisk plikt, av vissa värden med absolut giltighet.¹⁰⁴ Nämnas bör också att polska strafflagen av år 1932¹⁰⁵ medvetet bygger på en kombination av vedergällningsfunktion och individualprevention i straffrätten. Detta visar sig bl. a. i lagens reaktionssystem, som hyllar den eljest icke nöjaktigt motivera-

¹⁰³ Inledningsvis utvecklar *Freisler* i Das kommende deutsche Strafrecht. I, s. 14 f., hurusom straffrätten i dess egenskap av ett kampmedel för folkets självhävdelse och »eine dauernde Selbstreinigungsmaschine des Volkskörpers» kräver att alla irrationella värden och krafter inom folket tagas i anspråk, häribland även »dieses Sühneverlangen, das einem tiefsten Sauberkeits- und Gerechtigkeitsbedürfnis entspringen mag». Konsekvenserna av denna inställning utvecklas ock, i vad angår brottsbegreppets gestaltning, i riktning mot en »Willensstrafrecht». Detta av ett flertal författare jämväl tidigare använda slagord täcker emellertid även individualpreventivt motiverade önskemål i fråga om brottsbegrepp och reaktionssystem, vilka önskemål sålunda till en viss grad kunna förenas med de integrationsteoretiska; jfr *Mezger*, Leitfaden, s. 25 f. samt ovan i texten s. 52 f. Angående förhållandet mellan straff och skyddsåtgärder yttrar sig *Freisler* i Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts, s. 19, och hävdar att medan straffet har rent repressiv natur äro de sistnämnda åtgärderna rent preventiva. *Rietzsch* behandlar i förstnämnda sammelvärk s. 118 f. reaktionssystemet och skiljer strängt mellan straff och »Massregeln der Sicherung, Besserung und Heilung». Det gäller här icke blott en systematisk delning på grund av lagtekniska olikheter mellan reaktionsarterna utan en inre olikhet: rättsordningen har »mit Strafe gegen Willensschuld zu reagieren» och måste dessutom »im Interesse eines wirksamen Schutzes der Volksgemeinschaft Massregeln der Sicherung und auch der Besserung enthalten». En s. k. tvåspårighet i fråga om reaktionernas inträde anser förf. vara en konsekvens av de båda sanktionsgruppernas olika funktioner. Det förtjänar emellertid påpekas, att även andra rättssystem än det tyska reformprogrammets och t. o. m. sådana som avvisa den rena vedergällningsprincipen av olika skäl — säkerligen oftast som eftergift åt traditionella föreställningar — hylla en mer eller mindre utpräglad tvåspårighet på detta område. Vi nämna här 1938 års schweiziska strafflag; härom se *Agge* i SvJT 1938 s. 601 f. och *Klee* i DS 6 (1939) s. 132 f. Jfr den finska lagen 1932 om farliga återfallsförbrytare, 4 §.

¹⁰⁴ Se särskilt *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung. *Freisler* i Das kommende deutsche Strafrecht. II, s. 49 f., föreslår t. o. m. införandet i en blivande strafflag av vissa stadganden, som skola bilda en »grundsätzlicher Teil» och varur bl. a. skulle kunna utläsas »das Bekenntnis: Recht und Moral ist nicht zweierlei; Recht besteht nicht ausserhalb der Moral, sondern, wurzelt in ihr; das Bekenntnis zur Verkettung von Sühne und Schuld und damit zur Versittlichung des strafrechtlichen Schuldbegriffs; die Überwindung des formalen durch den materiellen Unrechtsbegriffs; die Ablehnung einer Debatte mit dem Rechtsbrecher über die gegen Anzweiflung erhabene sittliche Grundanschauung des nationalsozialistischen deutschen Volkes».

¹⁰⁵ Se *Bergendal* i SvJT 1933 s. 576 f. samt *Wirschubski* i NTfS 1933 s. 126 f.

de¹⁰⁶ kumulationen av straff och skyddsåtgärder i åtskilliga fall. Den italienska strafflagen av 1930 bär visserligen tydliga spår av de kriminalbiologiska och kriminalsociologiska riktningarna i vetenskap och reformförslag och förklarar sig uttryckligen icke knäsetta någon viss straffteori utan rent praktiskt tjäna den nya, över individen stående statens intressen av brottslighetens undertryckande,¹⁰⁷ men i motiven till det slutliga lagförslaget framgår på många punkter en viss anslutning till den bl. a. av Alfredo Rocco företrädade modifierade klassiska straffteorien.¹⁰⁸ Lagen bygger sålunda på en beaktelse till viljefriheten såsom förutsättning för straffrättens samband med moralen och dess företal nämner också en tydligtvis absolut uppfattad »soddisfazione» såsom en av straffets funktioner.¹⁰⁹ Reglerna om försvårande och förmildrande omständigheters betydelse och om brottskonkurrensens bestraffning bära också spår av en tydlig proportionering av samhällsreaktionen efter brottslingens skuld och rättskränkningens objektiva betydelse.¹¹⁰

Vad till sist den ryska straffrätten angår, råda givetvis stora vanskligheter att bedöma i vad mån den skrivna allmänna strafflagen motsvarar det verkliga rättstillståndet. Bortsett från detta osäkerhetsmoment faller det i ögonen i hur hög grad teori och verklighet divergera till sina tendenser. Medan vissa stadganden, t. ex. om grunderna för samhällsreaktionernas bestämmande i det konkreta fallet¹¹¹ bära spår av en mera traditionell vedergällningsstraffrätt,

¹⁰⁶ I vad mån en dylik konsekvens är ofrånkomlig eller i väsentlig grad kan av lämplighetsskäl undvikas skall utredas i det följande; se nedan s. 209 f.

¹⁰⁷ I sin *Relazione per l'approvazione del testo definitivo del codice penale 1930* framhåller *Rocco* att lagstiftaren icke låtit sig bestämma av »alcun particolare credo filosofico o dottrinale» utan endast »dei reali bisogni della vita collettiva» (s. 8). Då den fascistiska statens liv icke består i den aritmetiska summan av individernas utan bestämmes som »la risultante, la sintesi o composizione degli individui, delle categorie e delle classi che lo costituiscono» (s. 5), vilket allt ger staten karaktären av »una distinta e autonoma personalità, ad un tempo, sociale, politica e giuridica» (s. 6), måste tydligen även straffrättens uppgift till stor del bliva hävdandet av denna absoluta statsmoral. Se närmare *Donnedieu de Vabres* a. a. s. 20 f.

¹⁰⁸ Jfr *Lotinga* i *NTfS* 1933 s. 215 f. samt om »la terza scuola» *IKV* 4 s. 1 f.

¹⁰⁹ Se *Rocco*, *Relazione* 1930 s. 8 samt *Donnedieu de Vabres* a. a. s. 40 f.

¹¹⁰ Se lagen art. 62 och 63 samt 71 f.; jfr *SOU* 1937: 24 s. 36.

¹¹¹ Jfr nedan s. 161 not 74 och 202 not 46.

hävdar 1926 års lag dock i princip rent preventiva och profylaktiska ideal.¹¹² I tillämpningen och den senare lagstiftningen har emellertid det rent repressiva straffet åter vunnit beaktande och åtskilliga tecken giva vid handen att en omsvängning är att vänta i riktning mot en visserligen egenartad men till sin struktur moraliserande vedergällningsstraffrätt.¹¹³

Den nu avslutade översikten över vedergällnings- och rättviseidéernas innebörd och förhållande till generalpreventiva tankegångar i den utländska rättslitteraturen under skilda epoker visar bl. a. huru stora svårigheter det erbu-

¹¹² Detta är i huvudsak specialpreventivt, i det klasskampstanken särskilt tager fasta på personer som äro misstänkta på grund av sitt umgänge och sitt förflutna och vilka tänkas utgöra brottslighetens smittospridare; lagens adressater äro icke att söka bland medborgarna i gemen, d. v. s. de icke-misstänkta för vilka efter övergångsskedets slut ingen strafflag är behövlig. Ehuru lagens skyddsåtgärder sålunda taga sikte på vissa framtida förhållanden, saknas dock icke en för all straffrätt typisk anknytning till vissa redan begångna handlingar; därmed äro förutsättningarna för ett visst mått av vedergällning för handen. Art. 9 framhåller visserligen, att i sanktionerna icke får införas den främmande uppgiften, att utöva »ni rétribution ni châtements», vilket icke hindrar att 1933 års lag om verkställighet av straffarbete (Code de travail correctionnel) i stor utsträckning synes uttryckligen utnyttja vissa straffarter som medel att fylla statens behov av billig arbetskraft. Jfr *Garraud* i företalet till Code pénal de la RSFSR trad. par Patouillet, s. XLIX f. samt vår framställning nedan s. 202 f.

¹¹³ Av särskilt intresse är därvid bakslaget för *Krylenko* och hans vetenskaplige auktoritet *Pasjukanis*, vars synnerligen radikala förslag av år 1930 helt enkelt avskaffade varje rest av legalitet och proportionering i förhållande till brottet — s. k. dosering — hos de sociala reaktionerna och konsekvent förverkligade den idé som låg bakom 1926 års strafflag, nämligen att göra straffrättsjustisen till ett klasskampsinstrument; om detta förslag se särskilt *Maurach* s. 186 f., *Freund* i ZStrW 51 s. 303 f. samt *Garraud* a. a. s. LV. Orsaken till att *Krylenkos* förslag skjutits åt sidan torde vara att söka i den allmänna politiska tendensen hos de senaste årens stalinism att stärka nationalitetstanken men också den centrala statsmakten, vilken på straffrättskipningens område äventyrats av ett alltför ohämmat negligerande av lagens betydelse vid utövandet av en lekmanrättskipning i det revolutionära rättsmedvetandets (la sens juridique-socialiste) anda. Av betydelse torde också vara att erfarenheten visat behovet av begrepp sådana som ansvarighet, skuld och någorlunda legalt fixerade straff i kampen mot brottsligheten på generalpreventionens område; jfr närmare *Maurach* i ZStrW 56 s. 735 f. och 59 s. 95 f. samt i DS 5 (1938) s. 359 f. *Hazard* i Journal of criminal law 29 s. 157 f. refererar de angrepp som nu riktas i Ryssland mot den äldre teoriens ensidigt individualpreventiva åskådning; Lenin säges alltid hava framhållit att folkuppfostran kräver repression. Man förebrår teorien att icke hava varit denna ledarens åsikt trogen: »failing to the educational aspect of criminal law, the former theoreticians also failed to see the importance of punishment as a threat to other incipient criminals».

der att helt lösgöra straffrätten från etiska och samhällsmoraliska normer och det instinktivt kända sambandet mellan brott och straff. Vi tro oss emellertid hava visat, att någon absolut, teoretisk eller praktisk, motsättning mellan rättvisesynpunkten och ett rent teleologiskt tänkande i straffrätten icke behöver förefinnas, utan att rättviseföreställningarna kunna göras fruktbärande, om de inordnas bland övriga straffrättsliga funktioner på sätt nedan skall närmare utvecklas. Denna vår åsikt bestyrkes ytterligare vid studiet av straffteoriernas utveckling i vår inhemska rättslitteratur, den uppgift som närmast åligger oss att i korthet behandla.

IV. De generalpreventiva idéerna i svensk doktrin.

I svensk doktrin hava de kontinentala skolstriderna avsett mindre tydliga spår än i våra grannländers, bl. a. måhända av det skälet att de absoluta straffteorierna egentligen aldrig vunnit någon nämnvärd terräng annat än i den mera oreflekterade rättsuppfattningen. Men vad som i förevarande sammanhang är av särskilt intresse är att vissa mot det socialpsykologiska betraktelsesättet i den utländska litteraturen svarande idéer om rättviseföreställningarnas betydelse och vedergällningskravets ofrånkomliga problem tämligen självständigt utvecklat sig i vårt land på basis av svensk filosofisk forskning.

Redan tidigt kan i vår rättsfilosofiska litteratur spåras ett starkt realistiskt drag, som framträder jämväl i att hänsyn toges till de faktiska psykologiska verkningarna av strafflagens upprätthållande. Medan ännu Bibergs svårtillgängliga framställning¹ av straffets rättsgrund går i den Hegelska dialektikens tecken, återfinnas hos Grubbe² vissa uttalanden, som modifiera hans egen i övrigt idealistiskt

¹ *Biberg*, Lärobok i criminalrätten, särskilt s. 19 f. På samma teoretiska grund bygger den eljest mera praktiskt inriktade framställningen hos *Nau-mann*, Om straffrättstheorien.

² *Grubbe*, Om den borgerliga straffmaktens grund och väsende.

färgade absoluta straffteori. Ehuru Grubbe såsom straffets rättsgrund angiver »en genom rättvisans idé gifven nödvändig förnuftsfordran», framhåller han, att staten otvivelaktigt »i sitt val mellan tvenne eller flera med rättvisans idé lika öfverensstämmande straffarter, bör ledas af kloketens fordran»,³ och enligt denna synpunkt, vilken Grubbe betecknar som den politiska, gäller det då för staten att söka avhålla medborgarna från brott och därigenom upprätthålla sig själv. Författaren analyserar⁴ med berömvärd klarhet i dispositionen, huru de preventiva verkningarna utövas dels av »strafflagen såsom sådan, eller betraktad i dess allmänhet», dels av »dess tillämpning och verkställande i hvarje särskildt fall»; vidare göres skillnad mellan straffmaktens verkningar på den som redan begått ett brott och på alla dem som stå under statens domsrätt och som möjligen kunna komma att begå brott. Vid sin definition av dessa senare, allmänpreventiva verkningar avviker Grubbe på ett intressant sätt från de då gängse versionerna av avskräckningsteorierna, vilka stå i Feuerbachs och Grolmans tecken. Straffmakten förklaras sålunda⁵ verka »psychiskt, eller derigenom, att den, förmedelst sin inflytelse på människans föreställnings- och begärelseförmåga, motverkar den möjliga frestelsen till brott». Denna verkan har emellertid icke blott i form av avskräckning avseende å människans lägre natur, till vilken räknas »så väl sinnligheten som det reflekterande och beräknande förståndet», utan även i form av förbättrande inflytande å hennes »högre, moraliska väsende.»⁶ Denna senare verkan uppfattar filosofen såsom tvåfaldig. »Den består nämligen dels uti den verkan sjelfva strafflagen, såsom sådan, genom sin allmänna karakter kan yttra på hela folket, och dels uti den, som straffets verkställande i ett speciellt fall kan ega på förbrytaren. Hvad det förra beträffar, så måste det utan tvifvel erkännas, att strafflagens hela system, genom den anda, som uti det-

³ A. a. s. 97. Jfr s. 10 f.

⁴ A. a. s. 100 f.

⁵ A. a. s. 102 f.

⁶ A. a. s. 105.

samma är rådande, måste utöfva en ganska vigtig inflytelse på nationens bildning och föreställningssätt. Om strafflagen i sjelfva verket är hvad den bör vara, om den i alla sina stadganden röjer en karakter af rättvisa och dermed tillika af sann humanitet; så bör den otvifvelaktigt tjena att hos ett folk framkalla och utveckla redigare begrepp om rätt och orätt, samt att väcka en lifligare känsla af vedervilja och afsky för brott. Om det ock närmast är genom sina egentliga bildningsanstalter, genom sin befattning med religionsvården samt med det uppväxande slägtets uppfost-
 ran och undervisning, som staten söker att hos nationen bereda rätts- och samhällsbegreppens fullkomligare utveckling; så kan likväl äfven criminallagen, om den eger en ren och ädel karakter, i betydlig mån medverka till detta ändamål, likasom tvertom en orättvis, grym och barbarisk strafflag i längden måste utöfva en motsatt verkan på folkets föreställningssätt och sinnesart. Om man på ena sidan i visst hänseende kan betrakta en nations strafflag såsom ett uttryck af dess karakter och bildningsgrad, så återverkar den på andra sidan äfven på denna. Den positiva lagstiftningen utgör för den mindre bildade delen af ett folk en auctoritet, till en viss grad jemförlig med den positiva religionen. Det hemtar sina begrepp om rätt och orätt ej blott ur den sednare, utan till en del äfven ur den förra, och det kan därför genom den förra liksom genom den sednare, antingen bildas eller missbildas. Denna förädlande inflytelse, hvilken en fullt rättvis och dermed tillika i ordets sanna bemärkelse human strafflag kan yttra på ett folk, har dock, oaktat dess vigt, sällan blifvit af criminalisterne med tillräcklig uppmärksamhet betraktad».⁷

Vi hava tillåtit oss att in extenso återgiva denna passus hos Grubbe, då vi i dess tankegångar — bortsett från tidens idealistiskt-filosofiska stil — trott oss finna de moderna teorierna om den rättvist vedergällande strafflagens allmänna verkningar förebådade på ett märkligt sätt. Grubbes uttalande, vilka motiverande anslöto sig till ett ex officio av-

⁷ A. a. s. 109 f.

givet yttrande över lagkommitténs förslag till allmän criminalallag,⁸ riktade sig i viss mån mot den något ensidiga avskräcknings- och förbättringshypotes som utgjorde förslagets summariska straffteori.⁹ Denna inställning hos lagstiftaren sammanhänge med det trängande praktiska behovet av ett nytt straffsystem baserat på de penologiska tendenser som vid denna tid gjorde sig gällande i vårt land. De fortsatta förarbetena till den nya strafflagen lämna också blott fragmentariska uttalanden i de straffteoretiska spörsmålen, men sakna icke helt sinne för de moralpsykologiska synpunkterna på vedergällningskravet.¹⁰

Den för de följande decenniernas rättsfilosofi tongivande forskaren var som bekant Boström, och hans ställning till de här berörda frågorna måste därför anses vara av intresse. Boström avvisar, som vi tidigare i förbigående framhållit, de absoluta straffteorierna och deducerar fram straffets rättsgrund ur det visserligen metafysiskt formulerade, men i realiteten praktiskt tänkta statsändamålet. Han yttrar därvid följande: »Straffet är rättvist, såvida det jemt motsvarar sitt ändamål, d. v. s. såvida det å ena sidan är lämpligt och tillräckligt att undanrödja det hinder för statsändamålet, som brottet har förorsakat, men å andra sidan ej heller öfverstiger denna gräns. Sjelfva hindrets storlek måste beräknas såväl med afseende på viljans subjektiva beskaffenhet hos den brottslige, som med afseende på de följder hennes yttring medfört för staten».¹¹

⁸ Betänkande över Lagcommitteens förslag till allmän criminalallag.

⁹ Lagkommittén avvisar kritiken mot sin knapphet i denna del med hänvisning till att hänsynen till att rättvisan såsom »högsta ledstjernen för Committeens bemödanden» motsvarade »en så klar och enkel förnuftsfordran, att Committeen i sanning aktat öfverflödigt att deröfwer i motiven till lagförslaget sig utbreda»; se Lagcommitteens utlåtande i anledning af anmärkningar vid förslaget till allmän criminalallag, s. 7 f. Emellertid rådde just tvekan om rättvisebegreppets innebörd och förhållande till preventionssynpunkterna såsom Grubbe utvecklat. Jfr *Bergendal* i Minnesskrift. I, s. 322 f.

¹⁰ Se Lagberedningens underdåniga utlåtande om domstolarnas organisation, s. 118: »Lagstiftaren bör jämväl fästa afseende på folkets allmänna föreställningssätt; och enligt detta anses vissa brott så afskyvärda, att de icke kunna försonas med mindre än den brottsliges död. Denna föreställning bidrager till att göra sådana brott mera sällsynta.»

¹¹ *Boström*, Grundlinjer till filosofiska criminalrätten, s. 452.

Rättvisebegreppet fattas sålunda av Boström såsom dikterat av straffets funktion att skydda rättsordningen och icke såsom någon därmed kolliderande etisk princip. Beträffande spörsmålet, huru straffet skall kunna motverka brottsligheten såsom hinder eller fara för statsändamålets förverkligande, finna vi att Boström bl. a. talar om »en inverkan på den sinnliga viljan i allmänhet inom staten, hvarföre ock straffet bör så mycket som möjligt framträda såsom en nödvändig, ofelbar, skyndsam och offentlig följd af förbrytelsen. Ju större visshet och öfvertygelse staten kan åstadkomma hos sina medlemmar, att det framträder såsom sådant, desto mindre behöfver han af detta medel begagna sig, och desto mera vinner han, hvad han dermed bör åsyfta.»¹² Om också den psykologiska aspekten på den direkt avskräckande verkan av straffhotet sålunda icke saknas hos Boström utan tvärtom formulerats på ett förträffligt sätt, synes han däremot icke hava ägnat något egentligt intresse åt strafflagens positivt moralstärkande betydelse. Detta sammanhänger med en egendomlig uppfattning hos filosofen om själva strafflagens betydelse i förhållande till straffets utkrävande i de konkreta fallen. Det heter sålunda: »Hvad hitintills är sagdt om straffet och dess ändamål bör likväl icke tillämpas på den criminela lagstiftningen såsom sådan. Denna har till sin egentliga bestämmelse icke att hota, varna eller afskräcka utan endast att stadga de regler, efter hvilka statsmagten och dess organer böra förfara i criminella fall. Ingen behöfver af denna lära sig, hvad i staten är brottsligt eller oskyldigt; men väl kan deraf till en viss grad inhemtas, huru staten uppskattar värdet af sina rättigheter — sinsemellan.»¹³ Såvitt vi kunna finna har Boström här uttryckt en ytterst formell åsikt om strafflagens natur; han finner i denna blott de rent sekundära rättsreglerna angående förutsättningarna för de olika sanktionernas användande av straffrättskipningens organ, och

¹² A. a. s. 454.

¹³ A. a. s. 454.

förbiser lagens väsentliga, ehuru vanligen outtalade innehåll, nämligen de primära rättsreglerna, förbudsnormerna.

Den under inflytande av Boströms filosofi stående straffrättsliga litteraturen synes icke heller trots dess inslag av absoluta rättfärdighetsteorier¹⁴ ägna själva vedergällningskravets psykologiska betydelse någon uppmärksamhet utan sysslar i första hand med straffets prevenerande funktion i avseende å den enskilda brottsliga individen och med en viss generalpreventiv effekt såsom önskvärd, men icke alltid realiserbar andrahandsuppgift för det konkreta straffet.¹⁵ Om man därvid tänker sig den allmänpreventiva funktionen bestå uteslutande i direkt avskräckning, i det individen vid frestelsen till brott medvetet räknar med straffet som en betydelsefull risk, eller om man inlägger jämväl omedvetet moralbildande verkningar i nämnda begrepp synes ovisst. Det senare torde torde emellertid icke vara fallet.¹⁶

De nya naturvetenskapligt betingade strömningarna inom straffrätten nådde först relativt sent vårt land, där det praktiska greppet om lagstiftningsuppgifterna icke nämnvärt förvirrats av någon mäktig doktrin.¹⁷ Den positiva straffrättsskolans inflytande på den svenska jurisprudence visar sig klarast hos Thyrén, som ställer de specialpreventiva synpunkterna i förgrunden och ägnar dem en väsentlig anpart av sina undersökningar. Detta förhållande behöver i och för sig ingalunda tolkas såsom ett uttryck för författarens uppfattning om samma synpunkters övervägande betydelse för straffrättens uppbyggnad utan kan anses tillräckligt motiverat av att det just är de specialpreventiva idéernas genomförande som åstadkommer de mest radikala

¹⁴ Angående *Hagströmer* se ovan s. 42.

¹⁵ Jfr *Annerstedt*, Om straffmätning, s. 24 f. Hos *Humbla*, Om obestämda strafflagar, s. 4 f. kan spåras en tendens till reaktion mot en alltför ensidig avskräckningsteori. *Olivecrona*, Om dödsstraffet, s. 72 f., 102 f. samt 211 f., kritiserar träffande de ensidiga åsikterna om dödsstraffets avskräckande förmåga, men ägnar föga uppmärksamhet åt strafflagens moralbildande kraft. Jfr (*Oscar*), Om straff och straffanstalter, s. 6 f.

¹⁶ Jfr särskilt *Hagströmer*, Om frihetsstraffen, s. 193.

¹⁷ Jfr *Bergendal* i NKA 1938 s. 270 f. och *Agge* i NKA 1936 s. 244 f. samt *Stjernberg*, Kriminalpolitik, s. 7 f., vilken förf. dock betonar de konservativa inslagen i sekelskiftets svenska straffrättsdoktrin.

omvälvningarna av den traditionella straffrätten. Man finner också vid ett noggrant studium av Thyréns skrifter, att han principiellt ställer de allmänpreventiva och specialpreventiva synpunkterna på straffet och övriga reaktioner mot brottet i paritet med varandra, eller rättare kombinerar dem på ett intressant sätt. Vi följa ett ögonblick hans tankegång. Thyrén framhåller, »att enär faran från individualviljan är dubbel, nämligen dels innebär möjlighet för nya angrepp från samma vilja, dels även kan inom samhället överhuvud inverka lossande på samhällsviljans auktoritet, reaktionen såvitt möjligt bör hava ett dubbelt mål: dels och närmast bekämpa den i det givna fallet framträdde samhällsfarligheten hos en bestämd individ, dels även verka allmänt prevenerande och därmed till syftet ansluta sig till den ovan berörda, med mera allmänna medel verkande profylaxen.»¹⁸ Med sist anförda uttryck åsyftar Thyrén de av honom behandlade s. k. radikala åtgärderna mot brottsligheten, vilka »rikta sig emot de allmänna missförhållanden i samhället, som kunna förorsaka samhällsfarlig sinnesbeskaffenhet hos individerna, alltså söka förhindra, att dylik sinnesbeskaffenhet överhuvud uppstår».¹⁹ Man har säkerligen rätt att tolka författarens utläggning av dessa ämnen så, att han anser de allmänpreventiva funktionerna inom straffrätten vara till sitt syfte mera radikala och därför i princip värdefullare medel än de specialpreventiva för uppnående av det eftersträfvade ändamålet. Att de individualpreventiva synpunkterna dock praktiskt sett måste bli utgångspunkten för de straffrättsliga reaktionerna, torde få anses bero därpå, att dessa måste vara symptomatiska d. v. s. »närmast avse bestämda individer, hos vilka samhällsfarlig sinnesbeskaffenhet föreligger (eller är att förmoda)»²⁰ även till den del de avse allmänpreventiva verkningar.

Thyrén använder i enlighet med modern straffteori en

¹⁸ Thyrén, Straffrättens allmänna grunder, s. 40. Jfr Principerna. I, s. 16 f.

¹⁹ Thyrén, först a. a. s. 35.

²⁰ Thyrén, sista st.

överbägende psykologisk metod vid sin analys av centralbegreppet samhällsfara och verkningssättet hos de medel, vilka kunna tänkas komma ifråga för samma faras neutraliserande; rättvis- och skuldbegreppen tillerkännas icke absolut egenvärde utan förekomma endast såsom faktorer med psykologisk betydelse för uppnående av de preventiva syftena. Detta gäller även den i förevarande sammanhang särskilt intressanta, ovan nämnda indirekta faran genom brottet, vilken fara Thyren närmare anger såsom »den farliga handlingens suggestiva verkan på andra individer och lossande av samhällsviljans auktoritet». ^{20a} Författaren framdrager här samma socialpsykologiska förhållanden, som i olika formuleringar återopas av de nyare förkämparna för en på strafflagens allmänna verkningar i första hand baserad straffteori, ²¹ t. ex. Lundstedt och Hellmuth Mayer, låt vara att »exempelfaran» ²² resp. brottet »als unerträgliches Beispiel» ²³ hos dessa teoretici intager en mera central plats i systemet än hos Thyren, vilken rubricerar samma fara såsom indirekt. Medlen mot denna fara kan enligt Thyren tänkas bestå bl. a. i försök att beskära tillfällena till dylik allmänsuggestion och, vad reaktionerna mot asociala individer beträffar, däri att desamma utformas så, att de innesluta ett moment ägnat att påverka samhällsmedborgarna över huvud. »Härvidlag är reaktionens eventuella förbättringsmoment», framhåller Thyren, »overksam

^{20a} *Thyren* a. a. s. 43.

²¹ Även där denna lära erhållit en formulering som för tanken på rent absoluta teorier; jfr ovan s. 56 f.

²² Uttrycket återfinnes hos *Hägerström* i SvJT 1920 s. 330. Enligt hans straffteori liksom enligt *Lundstedt* ligger just brotts samhällsfarlighet däri, att gärningstypen, om den genom bortfallande av straffhotet kommer att allmänt företagas, vore skadlig för vissa vitala samhällsintressen. Indirekt bekämpas alltså genom reaktionen mot det enskilda brottet just denna allmänfara, även om man — delvis med rätta — förnekar det enstaka fallets farlighet, när blott strafflagen i genomsnitt upprätthålles. Jfr *Lundstedt*, *Die Unwissenschaftlichkeit*. II: 1, s. 121 f. samt *Hägerström* a. st.

²³ *H. Mayer* s. 195: »Das Verbrechen weckt andererseits den Trieb zur Nachahmung der bösen Tat, es entfesselt überhaupt die schlechten Triebe in dem, der die Geltungskraft des sittlichrechtlichen Gebotes wanken sieht. So ist der strafrechtliche Tatbestand seinem Sinne nach wesentlich unerträgliches Beispiel.»

och, oavsett verkan av själva den eftertryckliga manifestationen av samhällsviljan, kan en dylik kontrasuggestion endast tänkas ske genom ett avskräckningsmoment av ett eller annat slag. Tanken på en (mera allvarlig) avvikelse från samhällsviljan måste i den allmänna föreställningen förbindas med tanken på lidande. Om än lidandet ofta kan vara av betydelse även för inverkan på den farlige individen själv, måste det ur denna allmänpreventiva synpunkt bliva (den symptomatiska) reaktionens dominerande element».²⁴ Det synes vara av intresse att betona, att Thyrén därmed icke velat ge uttryck åt uppfattningen att straffhotets suggestiva effekt vore av enbart avskräckande natur; han framhåller ock att för en hel del handlingstyper kriminaliseringen har positivt moralbildande verkningar: straffets betydelse i dessa fall är »icke så mycket att det genom fruktan för straff avhåller individerna, som fastmera, att det öppnar deras ögon för samhällsfarligheten och gör deras samveten känsligare på den givna punkten.»²⁵ Denna moralbildande verkan räknar författaren till de av honom såsom radikala betecknade åtgärderna.

Det sagda må vara tillräckligt för att belysa Thyréns straffteori, vilken uppenbarligen i hög grad tager hänsyn till allmänna socialpsykologiska verkningar i brottsprofylaxens tjänst av straffrättens upprätthållande, en inställning som ofta framträder i hans utveckling av principerna för straffrätten, särskilt på tal om reaktionssystemets uppbyggnad. Hans i svensk litteratur banbrytande insats för en modernare straffrättsuppfattning är alltså i huvudsak fri från den positiva skolans ensidiga hänsyn till individualpreventiva krav; vid sidan av dessa krav framhäver Thyrén ständigt nödvändigheten av att beakta generalpreventiöns fordringar²⁶ och att hålla strafflagstiftningen i kontakt med den bundsförvant samhällsauktoriteten äger i den på

²⁴ Thyrén, Straffrättens allmänna grunder, s. 43. Jfr Principerna. I, s. 56.

²⁵ Thyrén, Principerna. I, s. 21.

²⁶ Thyrén, Principerna. I, s. 16 f., samt Den moderna straffrättens grundåskådningar, s. 18 f. Denna strävan erkännes av Hågerström a. a. s. 328 f. och har nyligen påpekats av Bergendal i NKÅ 1938 s. 275 f.

— låt vara irrationella — vedergällningsföreställningar baserade rättskänslan.²⁷

Något starkare än hos Thyrén betonas generalpreventi-
onens betydelse hos Kallenberg, som avvisar de absoluta teo-
rierna om straffets rättsgrund. Författarens yttranden om
straffets ändamål äro väl summariska men lika fullt av in-
tresse ur doktrinhistorisk synpunkt, icke minst därför att de,
ehuru äldre än Thyréns undersökningar i ämnet, peka hän
mot modern svensk doktrins uppfattning om generalpreven-
tionens väsen. Kallenberg kritiserar med fog den ovan be-
rörda ensidiga förbättringsteorien i äldre svensk litteratur
och förklarar som sin mening, att det icke kan lida något
tvivel om att »vid en betraktelse af straffinstitutionen såsom
medel till rättstillståndets betryggande hufvudvigten bör
läggas på strafflagen».^{27a} Författaren utvecklar därefter sin
åsikt om denna lagens verkan i följande beaktansvärda pas-
sus: »Genom att belägga vissa handlingar med straff stämp-
lar lagen dem såsom moraliskt förkastliga; de afskiljas där-
igenom från deras antal, hvilka betraktas såsom lämpliga
medel till vinnande af ett eftersträfvat syfte, och detta så, att
föröfvandet af berörda handlingar icke ens blifver föremål
för allvarlig öfverläggning».^{27b}

Den vidgade syn på preventionsproblemet, som möter hos
de nu behandlade auktorerna och påverkar deras metod,
återfinnes i ytterligare markerad form hos de moderna sven-
ska författare som framhäva strafflagens s. k. allmänna eller
moralbildande verkan såsom den straffrättsliga huvudfunk-
tionen.²⁸ Även om detta framhävande stundom skett på

²⁷ Thyrén, Principerna. I, s. 40 f. Jfr också samma förf:s avvisande hållning
till den positiva skolans överdrifter, i FK 1912:28 s. 70 f.

^{27a} Kallenberg, Återfall, s. 31 f.

^{27b} Kallenberg a. a. s. 33.

²⁸ Vi bortse i det följande från den tillspetsning den rent filosofiskt-
metodologiska frågan kommit att få i Lundstedts skrifter och söka i stället
efter det reella ståndpunktstagande i den angivna riktningen som återfinnes
hos Lundstedt likaväl som hos Wetter i hans nedan not 30 angivna skrifter
samt hos Stjernberg i SvJT 1920 s. 5 f. och i SKF 1928 s. 71 f., vidare
Straffrättsliga studier, s. 121 f., Ur staternas liv, s. 123 f., samt Kriminal-
politik, särskilt s. 205 f., 303 f. och 312 f. Jfr uttalanden av Petersson i
debatten om dödsstraffets avskaffande vid 1912 års riksdag, AK 1912:35
s. 43 f., 59 f.

bekostnad av oomtvistligt berättigade individualpreventiva önskemål, har dock i regel möjligheterna att beakta dessa krav i princip lämnats oantastade,²⁹ i det de allmänpreventiva verkningarna uppfattats såsom hänförande sig till strafflagens upprätthållande i genomsnitt och icke till straffets utmätande efter gärningens beskaffenhet och graden av brottslingens s. k. skuld i det särskilda fallet. Icke heller har i argumenteringen för generalpreventionen såsom straffrättens huvudfunktion några principiella skäl anförts mot införandet av straffrättsliga skyddsåtgärder.

Sälunda ansluter sig Wetter³⁰ visserligen till den generalpreventiva grundsynen på straffrätten och framhåller huru-
som rättvise- och vedergälningskraven äga sin stora betydelse i det att det sociala ogillandet av själva handlingstypen, uttryckt i strafflagens värdering av densamma, påverkar medborgarnas rättsmedvetande och därmed åstadkommer en betydelsefull allmänpreventiv effekt, men författaren ifrågasätter aldrig riktigheten av de individualpreventiva grundsatserna vid samhällsreaktionens bestämmande in concreto.³¹ Däremot synes Wetter framställa den åsikten, att de individualpreventiva synpunkterna i huvudsak skulle hava sin verkningskrets inom de s. k. skyddsåtgärdernas domäner, medan det efter gärningstypens farlighet bestämda straffet i stort sett faller allenast inom det generalpreventiva funktionssättets sfär.³² Härmed inaugureras i själva verket redan i straffteorierna en inre motsättning mellan olika typer av samhällsåtgärder, vilken enligt vårt förmenande är mera skenbar än verklig, på sätt i ett

²⁹ *Lundstedts* angrepp på de specialpreventiva idéerna om brottslingens förbättrande genom frihetsstraffs undergående och om utsträckningen av begreppet samhällsfarlighet såsom grund för vederbörandes internerande på obestämd tid röra ju endast nämnda idéers närmare utformning. Jfr art. i Socialdemokraten den 2 juni 1937 och den 10 juli 1938.

³⁰ Se *Wetter*, Grundlinjer, s. 5 f., Straffansvar vid rus, s. 4, samt i NTfS 1914 s. 1 f. och i Nordiska juriststämman (1926), s. 504 f.

³¹ Tvärtom understrykes dessa grundsatsers riktighet uttryckligen; jfr *Wetter* i NKÄ 1938 s. 25 f. samt Grundlinjer a. st.

³² Se särskilt NTfS 1914 s. 10; något modifieras denna fördelning av funktionerna i förf:s senare skrifter.

senare avsnitt skall utvecklas.³³ Hos Lundstedt tager samma distinktion mellan de olika typerna av samhällsreaktioner efter deras preventiva syfte en skarpare form. Sålunda medger Lundstedt visserligen, att i den mån en verklig samhällsfara föreligger i och med en kronisk förbrytares sinnesart, samhället måste skydda sig genom särskilda åtgärder, vilka dock förklaras ligga utanför det straffrättsliga området.³⁴ Här möter en tankegång som erinrar om den klassiska skolans hållning i striden mot de individualpreventiva grundsatserna.³⁵ man visar på ett i och för sig oantastligt sätt, att det traditionella straffet äger den ena eller andra allmänna uppgiften till skydd för rättsordningen i stort och förklarar att alla de tvångsåtgärder, som till sin typ verka på annat sätt än straffet, falla utanför det straffrättsliga området. Om man emellertid erkänner att straff och skyddsåtgärder ytterst tjäna samma ändamål, antingen detta nu formuleras såsom samhällsnyttans krav eller rättsordningens upprätthållande, och använder sig av samma medel, nämligen personellt tvång eller hot om dylikt tvång, inses icke, varför man skulle vara berättigad begränsa den straffteoretiska undersökningen och den därpå fotade begreppsbildningen blott till en viss grupp av samhällsreaktioner utan att hava närmare angivit gruppens inre enhetlighet och olikheter i förhållande till andra åtgärder.

Bortsett från denna snävhet i själva metoden, har genom den rättsfilosofiska fördjupning, som utmärker den nu berörda svenska doktrinen, en betydelsefull förvandling möjliggjorts i fråga om den straffrättsvetenskapliga metoden och därav följande mera realistiska analys av de olika funktionssätten och begreppsbildningarna på hithörande område. Den av Stjernberg³⁶ och Hägerström³⁷ levererade

³³ Se nedan s. 188 f.

³⁴ Lundstedt, *Die Unwissenschaftlichkeit*. II: 1, s. 123.

³⁵ Jfr ovan s. 38 not 38 a.

³⁶ Stjernberg, *De s. k. rent ekonomiska kategorierna*, s. 94 f.

³⁷ Hägerström, *Stat och rätt*, s. 2 f. ävensom i SvJT 1920 s. 325 f. och 1939 s. 209 f., varest kritiken av imperativteorien i rättsläran fullföljes.

kritiken av vissa tidigare härskande uppfattningar angående den objektiva rättens begrepp, särskilt Bindings normteori, och rättens definierande såsom faktiska regelbundenheter i mänskligt handlande, ställda under garanti av föreställningen om ett på visst sätt beskaffat positivt handlande från andra människors sida,³⁸ hava sin stora betydelse i det den rent sociologiska aspekten på strafflagens och de skilda samhällsreaktionernas verkningssätt till båtad för den praktiska kriminalpolitiken pressar sig in i den juridiska formen, vilken ju huvudsakligen äger och måste äga normativ karaktär.³⁹

På detta sätt har den svenska straffrättsteorien kommit till större klarhet i fråga om den allmänpreventiva funktionens natur och rättviseföreställningarnas betydelse för strafflagens moraltbildande verkan än vad de ovan refererade moderna vedergällningsteorierna kunnat göra. Särskilt må betonas, att den betydelsefulla skillnad mellan strafflagens och det enskilda straffets uppgift, som väl betonats av flera forskare⁴⁰ sedan Feuerbachs dagar, först här utvecklats under riktiga metodologiska förutsättningar och kombinerats med den, ävenledes hos utländska författare framhållna⁴¹, moraltbildande verkan av strafflagens upprätthållande.

Ehuru enighet numera torde råda bland våra kriminalister om betydelsen av dessa forskningar och om nödvändigheten av att i teori och lagstiftning taga hänsyn till strafflagens allmänpreventiva effekt och till förutsättningarna för dennas uppnående, torde likväl olika meningar vara rådande om den relativa betydelsen av generalpreventionens olika former i deras inbördes förhållande samt om de praktiska konsekvenserna av de individualpreventiva grundsatsernas konfrontering med de allmänpreventiva hänsynen.

³⁸ Jfr *Stjernberg* a. a. s. 107 och 113.

³⁹ Jfr om denna rättens dubbelkaraktär ovan s. 9 not 16.

⁴⁰ Se särskilt *M. E. Mayer* s. 419 f., *Sauer* s. 154 f. samt *Nagler* s. 69 f. Jfr ovan s. 10 f.

⁴¹ Ovan s. 47 f.

Då allenast denna praktiska uppgift i det följande skall samsätta oss, hava vi, för att icke tynga framställningen, underlåtit att söka giva en redogörelse för de nya teorierna om strafflagens allmänna verkningar i deras rättsfilosofiska sammanhang.⁴² Här ligger naturligtvis icke något förnekande av den djupgående betydelse av metodologisk art som den svenska filosofiens ifrågavarande forskningar kunna äga för de teoretiska samhällsvetenskaperna över lag.

Vad slutligen angår ståndpunkttagandet i lagstiftning och reformförslag till de nu behandlade straffteorierna, ligger det ju i sakens natur att man undvikit binda sig vid någon viss skolmening. Att det likväl till största delen gällt att bota de svåraste brister, som ur individualpreventiv synpunkt vidlått vår strafflag, är ju allbekant. Under arbetet härmed har emellertid behovet av en modifierande princip gjort sig påmint⁴³ i form av hänvisningar till »allmänpreventiva synpunkter» och »rättskänslans krav».⁴⁴ Det sy-

⁴² Sammanfattning hos *Tegen*, I filosofiska frågor, s. 94 f. Icke heller torde den Lundstedt—Thyrénska principdebatten här tarva någon redogörelse. Enighet torde väl råda om den praktiska förenligheten av de skilda betraktelsesätten hos dessa författare.

⁴³ Såvitt vi kunna finna karakteriseras läget mycket klart av *Bagge* i KPr 1935: 200 s. 64, med följande ord: »Men vedergällningskravet har — trots folkuppfattningens fasthållande vid att statens ingripande mot en ur dess synpunkter förkastlig gärning är icke blott en samhällets skyddsåtgärd utan även en vedergällning för det förkastliga i gärningen — i senare tids lagstiftning icke kunnat göra sig gällande i vidare mån än att nämnda krav i förening med den allmänpreventiva synpunkten verkat modifierande och återhållande särskilt på tendensen att framför allt tillgodose behovet av en individualpreventiv behandling.»

⁴⁴ Jfr från de senaste åren ur förarbetena till lag om ungdomsfängelse *SOU* 1934: 52 s. 35, *KPr* 1935: 200 s. 26, 31 f., 59 f. (lagrådet), 63 f. (jr. *Bagge*), till lag om tvångsuppföstran *SOU* 1935: 67 s. 36, till lag om förvaring och internering i säkerhetsanstalt *SOU* 1937: 3 s. 40 och *KPr* 1937: 310 s. 92 (jr. *Afzelius*), till lagstiftningen om sammanträffande av brott *SOU* 1937: 24 s. 57, s. 72 f. samt till lag om villkorlig dom *SOU* 1937: 38 s. 70 f., *KPr* 1939: 86 s. 47, *FLU* 1939: 35 s. 20 f. Jfr ang. förslaget till lag om villkorlig frigivning *SOU* 1938: 25 s. 39 och ang. utkast till lag om arbetsanstalt för vissa brottslingar *SOU* 1939: 25 Bil. A s. 35. Se ock programmen för de pågående straffrättsliga reformarbetena av den 20 april 1934 (*FLU* 1938: 45, s. 51 f.) och den 6 oktober 1938 (*SvJT* 1938 s. 589 f.), i vilka program de önskvärda individualpreventiva synpunkterna närmare utvecklas. Se ock ovan s. 18 f.

nes då vara en uppgift av stort vetenskapligt intresse och icke ringa praktisk vikt att med hänsyn till speciellt svenska förhållanden närmare undersöka dessa synpunkters verkliga innebörd och användbarhet i straffrättssystematik och kriminalpolitik. Åt denna uppgift ägnas de följande kapitlen av det föreliggande arbetet.

KAP. III. DEN GENERALPREVENTIVA FUNKTIONEN I STRAFFRÄTTEN OCH DESS FÖRHÅLLANDE TILL DEN INDIVIDUALPREVENTIVA.

Vid ett försök att närmare angiva de generalpreventiva verkningarna av strafflagen och de straffrättsliga reaktionerna i samhället frapperas man av bristen på exakt kännedom om de skilda psykologiska verkningar, som den ena eller andra rättsliga faktorn utövar på individerna i brottsbegränsande eller brottsfrämjande riktning. I ett tidigare kapitel av vårt arbete hava vi påvisat huru begränsade faktiskt våra möjligheter äro att förskaffa oss en dylik kunskap, en begränsning som särskilt drabbar just ett studium av de generalpreventiva funktionerna i straffrätten.¹ Å andra sidan torde det böra medgivas, att ur sannolikhetssynpunkt tillräckliga skäl föreligga för antagandet, att strafflagens och för övrigt hela rättsordningens förhandenvaro utövar inflytande på medborgarnas föreställningsvärld och därmed också enligt all psykologisk erfarenhet på deras handlingar och sociala attityder. Likaledes måste det på goda grunder antagas, att de rättsliga reaktionerna i de särskilda fallen utöva verkningar icke blott på de individer, som framkallat reaktionen och mot vilka denna riktas, utan ock på en större eller mindre krets individer, vilka spela rollen av iakttagare.

Vi kunna till och med på grundval av allmänpsykologiska och rättshistoriska erfarenheter säga oss, att denna inverkan på allmänheten är ett betydelsefullt medel för att forma de skilda individernas karaktärer och handlingsvanor i en från social synpunkt önskvärd riktning. Lagstiftaren måste

¹ Se ovan s. 15 f.

taga hänsyn till detta förhållande och i sina individualpreventiva strävanden städse undvika, att en förändring av reaktionsformerna till större ändamålsenlighet ur individualpreventiv synpunkt sker på bekostnad av ur allmänpreventiv synpunkt odisputabelt betydelsefulla anordningar i lagstiftningen.

Då vi i det följande skola söka i korthet beskriva de generalpreventiva funktionssätten hos det straffrättsliga reaktionssystemet, hava vi alltså att bygga på sannolikheter och antaganden, vilka synas oss välmotiverade och leda till praktiskt godtagbara resultat. I enlighet med den princip vi i inledningen till detta arbete uppställt torde det visa sig riktigast och åskådligast att därvid redogöra för de generalpreventiva synpunkterna, allt eftersom de ansluta sig till de olika leden i det straffrättsliga konkretiseringsförloppet, alltså i huvudsak till strafflagen såsom sådan, till straffprocessens igångsättande och förlopp, till straffdomen såsom centralt straffrättsligt faktum och till verkställigheten i dess olika faser. Av skäl, som här icke skola närmare utvecklas men som framstå ganska tydligt vid slutet av vår undersökning, kunna vi i detta sammanhang laborera med begreppen brott och straff utan att giva dem en närmare teoretisk fixering. Först sedan vi undersökt de generalpreventiva verkningarna hos det traditionellt uppfattade straffet in abstracto och in concreto, har en grundval lagts för de finare distinktionerna mellan straff och skyddsåtgärder och för en undersökning av frågan i vilken mån samma generalpreventiva funktioner utövas av lagstiftningsprodukter och samhällsfunktioner, vilka traditionellt icke hänföras till det straffrättsliga området men likväl innefatta ett visst mått av det för all straffrätt typiska, nämligen repression i anledning av mänskliga handlingar och uppförandeformer.^{1a}

Den sålunda planlagda analysen av den generalpreventiva funktionen i straffrätten avser ju att giva ledning för den praktiska frågan, om och i vad mån dessa generalpreventiva

^{1a} Se ovan s. 1 f., 4 f. om motsättningen repression — profylax. Jfr också nedan s. 182 f.

hänsyn böra modifiera de individualpreventiva idéerna i lagstiftningen. Detta kriminalpolitiska syfte måste sätta sin prägel på framställningen, men denna har likväl kommit att få en allmän och teoretisk karaktär. Vi hava nämligen funnit det fördelaktigare att först i en senare del av arbetet söka göra de mera abstrakta synpunkter vi här framlägga fruktbringande för vissa konkreta svenska uppgifter av systematisk och lagstiftningspolitisk natur.

I. Strafflagen.

Den generalpreventiva effekten av straffrätten såsom en social realitet hänför sig i första hand till själva strafflagen, till dennas verksamhet in abstracto, såsom ett komplex av faktiskt upprätthållna normer för medborgarens handlings-sätt. Detta förhållande har först i nyare tid vunnit tillbörlig uppmärksamhet. Att avskräckningsteorien i dess traditionella eller, om man så vill, mera primitiva form knappast fäste sig vid detta lagens abstrakta hot utan främst labore-rade med det straffprocessuella förfarandets och straffverk-ställighetens direkta och brutala förmåga att avskräcka medborgarna i gemen har ovan berörts. Även om denna uppfattning genom Feuerbachs insats förlorade sin betydelse, får det icke glömmas, att den vilade på den i och för sig riktiga iakttagelsen, att en strafflag måste vara en på-taglig realitet för att verka prevenerande på medborgarna i gemen. En förutsättning för strafflagens allmänna verk-ningar enligt modern uppfattning är också, att den upprätt-hålles med största möjliga effektivitet. I vilket förhållande denna effektivitets olika graderingar stå till de generalpre-ventiva verkningarnas pålitlighet är ett synnerligen vansk-ligt spörsmål att besvara; vi återkomma härtill längre fram och förutsätta tills vidare, att strafflagen i det stora hela och de enskilda lagbud, vilkas verkningar vi diskutera, av samhällsorganen upprätthållas med ordinär framgång.

Den genom strafflagen åstadkomna motivbildningen har i allmänhet tänkts äga rum i individernas medvetna själs- liv; allmänpreventionens betydelse har härmed i själva verket inskränkts till situationer då en kalkylering av skälen för och emot ett föreställt brott verkställts av individer, hos vilka möjligheten att företaga den straffbelagda handlingen varit aktuell för tanken.² Den nyare forskningen³ har där- emot framhävt den positivt moraltbildande och moralförstär- kande verkan, som utövas på individernas undermedvetna själs- liv och som hos dem skapar en plikt- känsla och ett rätts- medvetande, som mer eller mindre intuitivt vägleder deras handlingssätt i det sociala livet. Denna rättskänslans utda- nande anknyter i hög grad till redan förefintliga moraliska föreställningar, vilka utbildas genom andra sanktioner än de rättsliga, varmed naturligen icke har sagts, att ej dessa föreställningar påverkas till sitt innehåll av den straffrätts- liga normordningen. Tvärtom synas nyare författare vara ense om att strafflagens nämnda verkan är betydande; me- ningarna bryta sig blott om den inbördes styrkan av straff- lagen och andra moralskapande faktorer.⁴ Vi erinra också

² Vi kunna kort angiva denna tankes innebörd genom att citera *Feuerbach*, enligt vars uppfattning den brottsliga impulsen stäcks därigenom att envar vet, »auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grösser ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That ent- springt». (Lehrbuch, s. 38.) Vi hava ovan kritiserat denna teori i dess egenskap av generell grund för straffrätten utan att därmed förneka det berättigade däri såsom ett psykologiskt rön; jfr ovan s. 24 f.

³ Jfr ovan s. 42. Bland enskilda forskare nämna vi här *Hägerström*, *Stjern- berg*, *Lundstedt* och *Wetter* samt *v. Bar*, *Richard Schmidt*, *Hellmuth Mayer* och *Exner*, vilka var på sitt sätt bidragit till en bättre förståelse av de ifråga- varande socialpsykologiska företeelserna.

⁴ Liksom *Exner*, *Theorie*, s. 20, och *Aschaffenburg* s. 264, framhålla de svenska förf. i ämnet allmänt den tydliga växelverkan mellan strafflagens och övriga moralskapande faktors verkningar. Jfr *Stjernberg*, *Ur staternas liv*, s. 123 f., samt i *SKF* 1928 s. 71 f. F. ö. må här hänvisas till *Kinberg I* s. 110 f. och *II* s. 38 f., varest framhålles moralens egenskap att vara en produkt av det faktiska sociala tillståndet. Härvid tillerkännes icke med- vetandet om strafflagens bud alltför stort inflytande på moraltbildningen i jämförelse med andra föreställningar av konventionell och religiös art; mot detta betraktelsesätt hävdar *Brück* i *SvJT* 1933 s. 512 f. och 17. *NJM* (1937) s. 65 f. den Hägerströmska läran om strafflagens betydelse just för dessa andra föreställningars utbildande till brotts- hämmande faktorer. Det vill synas som om båda riktningarna pek- at på betydelsefulla sanningar; frågan är blott den, om den indirekta verkan av strafflagen på individernas moraliska värde- ringar är möjlig att beräkna på ett sådant sätt att denna funktion av straff-

i detta sammanhang om att de s. k. konventionella sanktioner⁵ av religiös, etisk och politisk beskaffenhet, vilka utgöra de med strafflagen konkurrerande brottsbämmande och moralbildande faktorerna, säkerligen i vid omfattning i sin tur äro de av rättsmedvetandet ombildade produkterna av straffrättsliga tvångsregler, tillskapade i samhällsnyttigt syfte. På detta sätt kan man möjligen med Thyrén och Tarde se rationella motiv bakom vedergällningstanken t. o. m. i dess mera primitiva uppenbarelseformer.⁶

Tydligt är att de allmänpreventiva verkningarna både genom avskräckning och moralbildning äga en avsevärd betydelse. Skillnaden mellan de båda formerna av strafflagsfunktioner har man stundom angivit med termerna negativ resp. positiv allmänprevention. Från vissa synpunkter kunna vi i fråga om strafflagens moralbildande funktion tala om en positivt uppbyggande, rättsbefrämjande faktor i samhällslivet i motsats till den bämmande motivbildning som är avskräckningens väsen. Psykologiskt sett är dock motsatsen mera skenbar än verklig: i det ena som andra fallet bibringas individerna bämmande föreställningar. Richard Schmidt anger riktigt skillnaden mellan de båda funktionerna då han framhåller, att medan det i det senare fallet rör sig om »Gegenreize der Furcht gegen den schon vorhandenen Trieb zum Verbrechen», befordrar den rättvist vedergällande straffrättskipningen i den förstnämnda riktningen »den Gemeinsinn, den Respekt und die Sympathie für den Staat, die, wenn vorhanden, den Trieb zum Verbrechen überhaupt nicht aufkommen lässt.»⁷

lagen och de olika straffbudens kräver beaktande i första rummet vid de straffrättsliga reaktionsreglernas utformande, en fråga som vi besvara nekande. Vi äro alltså närmast benägna att ansluta oss till Kinbergs grundsyn på företeelserna, dock med vissa modifikation, såsom av den följande framställningen i texten torde kunna utläsas. Jfr också *Coenders* i *Die Reichsgerichtspraxis*. V, s. 267 f., som hävdar straffrättsens dominerande roll såsom socialpedagogisk faktor, samt *Zimmerl*, *Aufbau*, s. 12 f., *Löchen* i *TfR* 1929 s. 255 f. och *Foerster*, *Brottet och dess försonande*, s. 11 f.

⁵ Jfr *Exner* i *ZStrW* 40 s. 1 f. samt nedan s. 129 f. och s. 171 f.

⁶ *Thyrén*, *Principerna*. I, s. 31 f.; *Tarde*, *Philosophie pénale*, s. 133 f.

⁷ *R. Schmidt*, *Die Aufgaben*, s. 82.

Vad nu till en början den moralbildande effekten av strafflagen beträffar, torde denna i stor utsträckning sammanhånga med de i samhället gängse rättvise- och vederjällningsidéerna på så sätt, att såväl det kriminaliserade områdets begränsning som reaktionernas lagliga mått bör överensstämma med den rådande uppfattningen om gärningstypens förkastlighet, ehuru lagstiftaren samtidigt genom att lägga en viss accent på aktuella brottstyper har att söka påverka denna uppfattning i en av omständigheterna påkallad riktning. Denna överensstämmelse är icke blott av största vikt för samhällsordningens faktiska upprätthållande utan motverkar ock de allvarliga olägenheterna av ett utbrett missnöje med eller motstånd mot en kanske för hård strafflag eller farorna av att en med straffrättskipningen konkurrerande justis utövas genom social bojkott mot personer som brutit mot den konventionella normordning, som i motsatt fall uppstår inom större medborgargrupper i strid mot statens rättsnormer.⁸ Emellertid möta betydande hinder för en enhetlig moralbildning, vare sig genom strafflagen eller andra medel, i sådan omfattning att man verkligen kan tala om en allmän rättsuppfattning, gemensam för flertalet medborgare. Vi vilja till en början erinra därom, att betydande svårigheter i tider av idébrytningar såsom i nutiden uppstå för lagstiftaren att å ena sidan finna allmänt vedertagna värdenormer i samhället på åtskilliga områden av det mänskliga livet och å andra sidan att genom sanktionerna påverka desamma. I stället för sådana normer påträffas ofta klart utmejslade former av grupp-moral, som antingen står i strid med eller löper oberoende vid sidan av den rättsliga normordningen sådan denna faktiskt är, eller efter en såvitt möjligt objektiv avvägning av samhällsnyttans krav, borde vara.⁹ Icke nog

⁸ Jfr *Exner* sist a. st. ävensom *Montelius* s. 42.

⁹ Om olika typer av grupp-moral och deras uppkomstätt, se *Kinberg I* s. 112 f. och *II* s. 20 f., *Lundstedt* a. a. s. 101 f. *Wetter* i SvJT 1931 s. 361 f. samt *H. Mayer* s. 146 f. Särskilt sistnämnde författares undersökning (av den s. k. pariaklassens rättsliga föreställningsvärld) pekar hän mot de specialpreventiva grundsatserna såsom nödvändiga hjälpmedel, där moralbildning och avskräckning genom straffhotet slå slint.

härmed; även om ingen särskild gruppmoral sätter sin prägel på medborgarnas hållning inför en viss norm, har man dock att taga med i beräkningen, att genomsnittsindividen icke är i stånd att bilda sig fasta värdeomdömen om abstrakta handlingstyper utan i högre eller lägre grad — medvetet eller omedvetet — mellan sitt värdeomdöme och den abstrakta normen skjuter in en ofta starkt känslöbetonad uppskattning av ett visst konkret fall av den ifrågavarande handlingstypen.¹⁰ Att därvid särskilt motivets betydelse och övriga subjektiva omständigheter hos den handlande utövar ett stort inflytande på iakttagaren med verkningar jämväl i avseende å hans värdering av gärningstypen in abstracto torde vara obestriddigt.¹¹ I samma mån en dylik »Daneben-

¹⁰ Jfr *Zimmerl*, Arbeitsmethode, s. 255.

¹¹ Jfr *Exner* i ZStrW 40 s. 11 f., s. 21. *Lundstedt* a. a. s. 109 f. framhåller med rätta nödvändigheten för en effektiv moralbildning av å ena sidan fasta objektiva brottsbegrepp men å andra sidan tillika hänsynstagande till olika motivlägen hos olika gärningsmän; allmänhetens rättskänsla skulle icke reagera i rätt riktning om hänsyn icke toges till dylika subjektiva omständigheter. Detta problem torde främst ligga på straffatitudernas och straffmätningens område och skall längre fram behandlas. Här skall blott i största korthet erinras om svårigheten att förlika generalpreventionssynpunkten med den i texten nämnda subjektivismen i människors värderingar av brottet. Ett alltför noggrant beaktande i strafflagen av subjektiva omständigheters betydelse är icke alldeles förenligt med läran om den straffrättsliga moralbildningen genom lagen såsom straffets huvudsakliga uppgift. Ty huru vill man ur samhällsnyttans synpunkt motivera hänsynen till dessa rättsmedvetandets straffmildringsgrunder in casu, som genom beaktande av motivet ursäktar den till sin typ skadliga gärningen, t. ex. dråp eller mened? Om rationella skäl för ett dylikt undantag icke finnes, bör lagstiftaren i stället söka påverka medborgarnas uppfattning så, att de trots det speciella motivet ogilla gärningen. Men huru skall en dylik påverkan kunna ske, då man samtidigt för strafflagens moralbildande effekt förutsätter en viss enhetlighet i individernas värderingar? Det förtjänar här understrykas, att den uppfattning ifråga om motivets betydelse, som sålunda föreligger vid de flesta brott, aldrig går lika långt hos olika individer: »das Mass der Konkretisierung des zu bewertenden abstrakten Begriffes ist keineswegs immer das gleiche», framhåller med rätta *Zimmerl*, Arbeitsmethode, s. 256. Förf. tillägger: »auf juristischem Gebiet genügt dem einen die Annahme eines bestimmten Handlungsmotivs, während der andere konkretisiert und auch ein bestimmtes Entstehen dieses Motivs mit in Betracht zieht usw.». Det anförda må vara tillräckligt för att styrka vår uppfattning, att moralbildningsteorien har allenast begränsat värde som straffrättslig grundprincip; i varje fall kan lagstiftaren aldrig räkna med en verkan av strafflagens detaljvärdering beträffande den subjektiva sidan av brottstyperna utan ett enhetligt rättsmedvetande måste alltid förbli ytligt och innefatta blott strafflagens förbudsnormer i deras grova drag med bortseende från subjektiva omständigheter vid brottets begående.

wertung»¹² ingår som ett led i moralbildningens process, blir den suggestiva effekten av ett visst lagbuds upprätthållande synnerligen olika hos olika individer.

Men även om vi bortse från den bristande enhetligheten i moralbildningen med avseende å de påverkade individernas särart, föreligga ytterligare osäkerhetsmoment vid studiet av denna straffrättsliga funktion. Sålunda är att märka, hurusom graden av moralbildande verkan måste antagas vara mycket olika beträffande olika straffbud, beroende på den kriminaliserade gärningstypens förmåga att gripa om genomsnittsmedborgarens känslor- och värdeliv.¹³ Mindre förmåga i detta hänseende äga flertalet politirättsliga och fiskaliska straffbud liksom åtskilliga förbud mot brott i avseende å statens mera perifera intressen. Såsom Exner påvisat,¹⁴ fungerar allmänhetens rättskänsla så, att individuella intressen omfattas med större sympati av medborgarna än dylika mindre betydande allmänna intressen, en uppfattning som visserligen mången gång strider mot samhällets verkliga bästa men dock måste tagas i betraktande vid bestämmandet av reaktionerna mot de skilda handlingstyperna.

Med de nu antydda psykologiska fakta för ögonen föres man onekligen fram till den ståndpunkten, att det är ytterst vanskligt att med någon för kriminalpolitiken avgörande visshet yttra sig om moralbildningen såsom generell effekt av strafflagen eller såsom verkan av straffet för en viss av lagen förbjuden handlingstyp. Härmed hava vi å andra sidan icke förnekat dess förhandenvaro; det torde säkerligen förhålla sig så, att moraluppfattningen i vårt samhälle i stort sett och hos den lojale genomsnittsmedborgaren sammanfaller med lagens angivande av det kriminaliserade området, åtminstone när det gäller något så när allvarliga brott, samt att strafflagen spelar en betydelsefull roll för denna uppfattnings vidmakthållande och förstärkande hos nya generationer medborgare. Vad vi däremot på ovan anförda

¹² Zimmerl sist a. st.

¹³ Lundstedt a. a. s. 101 f.

¹⁴ Exner i ZStrW 40 s. 7 f., s. 11 f.

grunder betvivla är möjligheten att vid en kriminalisering av nya gärningstyper, som visa sig samhällsskadliga, med någon grad av exakthet kunna beräkna en allmän moralbildning inom rimlig tid beträffande dessa brott ävensom möjligheten att påverka uppfattningen i gemen om graden av förkastlighet hos en viss gärningstyp genom att dirigera straffsatsen i det särskilda lagbudet i den ena eller andra riktningen.¹⁵ Brott och straff äro — såsom uttryck för värderingar — alltför inkommensurabla storheter för att problemet om strafflagens och strafflagsändringarnas moralbildande effekt skulle kunna lösas som ett räknestycke. Där emot finnas tillräckligt många empiriskt verifierade skäl att antaga en så pass betydelsefull reflexverkan av strafflagens huvuddrag och anda på det allmänna samhällsmoraliska föreställningssättet, att strafflagstiftaren vid sina reformer ifråga om brottsbegrepp och straffsatser näppeligen vågar experimentet att helt bortse från dessa allmänna verkningar på straffrättens fungerande. Den nu ifrågavarande sidan av strafflagens generalpreventiva effekt kan således sägas sätta en yttersta gräns för de individualpreventiva synpunkternas värde inom kriminalpolitiken och bjuder lagstiftaren att giva akt icke blott på rent rationella metoder för redan brottsliga individers behandling utan ock på de till synes irrationella och juridiskt föga gripbara föreställningarna

¹⁵ Ett exempel på det sagda kan hämtas från den svenska trafiklagstiftningen. Ehuru genom flera lagändringar, senast år 1934, straffet för s. k. rattfylleri blivit avsevärt skärpt och trots att domstolarna endast undantagsvis döma till böter, synes moraluppfattningen i de av lagbudet närmast berörda kretsarna icke hava undergått någon förändring till det bättre. Tvärtom kan en viss reaktion spåras hos allmänheten mot blodprovet såsom bevismedel om alkoholpåverkan och den därpå stödda domstolspraxis, vilken betydligt prutat av på kravet på bevisning om dylik påverkan; jfr NJA 1939 s. 50 samt JO 1939 s. 206 f. Att av den minskning i brottsfrekvensen som framträtt år 1937 i jämförelse med siffrorna för tidigare år (se MAK 1938: 229) draga någon slutsats är förhastat; med rätta synes ALU 1938: 17 s. 9 f. tillskriva den ökade upplysningen förtjänsten av denna förbättring — om den nu verkligen är konstant. Andra kanske mindre diskutabla exempel torde kunna hämtas från vår rusdryckslagstiftning. Å andra sidan torde genomförda strafflinringar eller upphävande av straffbarheten beträffande vissa brott, särskilt på sexualbrottens område, icke kunna förväntas påverka allmänhetens värdeomdömen inom överskådlig tid, då föreställningarna på detta område vila mera på rent emotionella och traditionella tankevanor än på lagens generalpreventiva verkan; se dock Lundstedt i MAK 1933: I s. 11, s. 16.

hos allmänheten. Vid varje markerat avsteg från den för allt s. k. allmänt rättsmedvetande typiska proportionerings-idén har man att ställa sig frågan, om de individualpreventiva eller på annat sätt framträdande fördelarna därav kompensera den fara för en försvagad generalpreventiv effekt hos lagen, som kan beräknas bli en följd av detta avsteg. Moralbildningsteorien såsom gränsnorm har med det sagda i främsta rummet betydelse då individualpreventiva skäl motivera ett mildrande eller eftergivande av lagens straffhot i något avseende men kan undantagsvis också förbjuda drakoniska åtgärder mot ur rättskänslans synpunkt ringa brott — åtgärder som antingen väcka opposition mot rättsordningen eller en känsla av dess obegriplighet för lekmanen.^{15a}

Med den nu gjorda undersökningen av strafflagens moralbildande effekt har emellertid den generalpreventiva funktionen hos lagen icke uttömmande angivits. Där den moralbildande verkan av ett visst straffbuds upprätthållande icke förmår tränga igenom medborgarnas uppfattning i stort, kan allmänpreventionens avskräckningsfunktion träda i stället eller bidra till de resultat som allenast på förstnämnt sätt ej stå att vinna. Det vill synas som om de mera typiska representanterna för läran om de moralbildande verkningarna såsom straffrättens huvudsakliga funktion vore benägna att underskatta den avskräckande effekten av straffhotet, varvid man stundom hänvisar till att brott dock i stor utsträckning förekomma även då stränga straff hota.¹⁶ För-

^{15a} Den sist gjorda reflexionen visar sin betydelse på skyddsåtgärdernas område, t. ex. då obetydliga brott uppställas såsom tillräcklig förutsättning för ett oskadliggörande; se nedan s. 195 f., s. 212.

¹⁶ Så särskilt *Lundstedt*, *Die Unwissenschaftlichkeit*. II: 1, s. 87 f., samt *H. Mayer* s. 34 f. *Kinberg I* s. 104 f. synes vid sin analys av avskräckningens verkan icke tillräckligt beakta det genomsnittspsykologiska läget vid sådana lindrigare brottstyper, vilka sakna anknytning till den i övrigt välanpassade medborgarens moraliska känslor — en stor och betydelsefull brottsgrupp, varom mera i det följande. Det är icke heller övertygande när *H. Mayer* s. 36 hänvisar till att fara i allmänhet icke avskräcker tillräckligt kraftigt eller över huvud: »Berufs- und Sportgefahr werden ja vielfach aufgesucht.» Därmed är ju ingalunda bevisat i vilken grad just riskerna för en olycka avskräcka ett stort antal automobilförare från överdådig framfart, för att taga ett praktiskt exempel.

handenvaron av fall, då den allmänpreventiva verkan av strafflagen uteblir, bevisar emellertid icke att endera av de nämnda funktionerna utan att båda tillsammans verka ofullständigt. Att brott trots lagens upprätthållande begås utgör blott ett sannolikt skäl för antagandet av vissa karaktärers bristande sociala anpassningsförmåga eller svaghet i sådana situationer som bliva individerna övermäktiga eller också bero på väsentliga friktionsanledningar i det sociala samlivet. Lagstiftningen är kort sagt intet idealiskt universalmedel mot brottsligheten såsom individuell och sociologisk företeelse.

Då Lundstedt i princip anser avskräckningen utan självständig betydelse vid sidan av strafflagens förmåga att alstra normenliga plikt känslor hos flertalet medborgare, har han därmed icke velat fränkänna straffhotet varje direkt brotts-hämmande inflytande. Författaren framhåller sålunda själv, att vid vissa brottsgrupper, särskilt vid lindrigare förbrytelser av sådan typ att risken för brottslingens upptäckande är stor, fruktan för straff spelar en viss roll för de förbjudna handlingssättens undertryckande. Författaren gör dock den reservationen att »man auch daran denken muss, dass diese Strafgebote, gerade weil sie infolge dieser Wirkung allgemein befolgt werden, allmählich — wenn sie es nicht von Anfang an getan haben — die Moral beeinflussen und gegen die genannten Handlungen dirigieren, so, dass nachträglich die abschreckende Wirkung abnimmt oder gar verschwindet.»¹⁷ Sistnämnda påpekande är onekligen riktigt; emellertid synas starka skäl tala för den åsikten att vid en mycket stor grupp av lagbud den straffbelagda handlingens natur är sådan, att medborgarnas instinktiva moraluppfattning icke blott vid lagbudets tillkomst utan även långt fram i tiden ställer sig fullkomligt indifferent till den önskade handlingsregeln och att straffhotet förblir den väsentliga faktorn i avhållande riktning för genomsnittsindividen, var-
emot regelns införlivande med de emotionellt betonade värdeföreställningarna förutsätter en sällsynt hög grad av so-

¹⁷ Lundstedt a. a. s. 89; jfr ovan not 15.

cial ansvars känsla. Det sagda torde vara regel för mycket stora och praktiskt betydelsefulla grupper av ordningsföreskrifter, sanktionerade genom politirättsliga straffbestämmelser, därvid alltså den avskräckande uppgiften bibehålles såsom straffbudets huvudsakliga funktion.

Straffhotets avskräckande verkan har emellertid en mycket viktig funktion att fylla även i fråga om brottstyper, där en fast och tämligen allmänt gängse moraluppfattning stödjer lagens bud. Om vi betrakta klientelet på detta brottsområde torde det vara uppenbart, att individualpsykologiska och andra subjektiva omständigheter hos ett relativt litet antal — likväl ytterst samhällsskadliga — personer driva dessa till brott, trots den allmänt gängse och kanske till och med av dem själva omfattade förkastelse domen över brottstypen i fråga. Utan att försöka några kriminalpsykologiska gruppindelningar¹⁸ eller generalisationer, anse vi oss kunna fastslå att den avskräckande effekten av straffhotet i fall av utebliven eller försvagad moralbildning är av betydelse för redan utbildade¹⁹ eller potentiella²⁰ lagöverträdare sedan frestelsen till eller åtminstone tanken på en viss förbrytelse eller förseelse trätt över medvetandets tröskel. Medan hos den lojala genomsnittsmedborgaren förbudsnormernas förankring i den egna moraluppfatt-

¹⁸ Ett intressant försök i denna riktning har nyligen redovisats av *H. Mayer* i *ZStrW* 57 s. 14 f., som skiljer på »die bürgerliche Kriminalität, die Kriminalität des Einzelfalles, des sozial bedingten Leichtsinnes, der jugendliche Unreife, des Paria, der biologisch Minderwertigen», en indelning som i varje fall giver en översikt över olika reaktionssätt hos medborgarna och orsakerna till dessa. Jfr vidare om klassifikationsproblemet *Stjernberg*, *Kriminalpolitik*, s. 19 f., *Exner* i *SchwZ* 38 s. 1 samt *Aschaffenburg* s. 207 f.

¹⁹ Vi tala här endast om straffhotet i dess riktning framåt; att detta ibland förstärkes ibland försvagas genom de erfarenheter en tidigare bestraffad person fått göra komplicerar bedömandet.

²⁰ Under denna beteckning hänföra vi de persontyper, som *Kinberg I* s. 107 beskriver som »les hésitants», varvid vi åsyfta icke blott vederbörandes genomsnittsreaktion, utan även hans amoraliska inställning till en viss brottstyp till vilken särskild affinitet föreligger på grund av individuella eller sociala faktorer. Då *Stjernberg*, *Kriminalpolitik*, s. 20, talar om en ordinär kriminalitet, »som icke låter inordna sig under någon särskild brottslingstyp, och som helt enkelt är att anse som ett resultat av den inom allt mänskligt liv normalt förekommande spänningen mellan de individuellt varierande mänskliga begärens mångfald och styrka samt begränsningen av medlen för dessas tillfredsställelse», avses närmast den grupp vi här åsyfta.

ningen spelar en betydelsefull roll i det den möjliggör ett instinktivt handlande utan övervägande av straffhotets förhandenvaro, låta sig de nu ifrågavarande moraliskt indifferentia och kalkylerande eller för särskilda pådrivande motiv utsatta individerna bestämmas av reella faktorer, d. v. s. samhällsreaktionens antagliga stränghet och sannolikhetsgraden i fråga om upptäckt av brottet och sakfälandande för detsamma. Hit hör också en annan, redan i förbigående omnämnd reell faktor, som för den potentielle brottslingen är av stor vikt, nämligen det obehag han vid upptäckt måste utstå på grund av omgivningens ogillande av hans handlingssätt, ett obehag som mången gång — beroende på vederbörandes sociala och ekonomiska position — kan för honom betyda total ruin och som därför spelar betydligt större roll än själva strafflidandet. Vi räkna denna avskräckande effekt av de konventionella sanktionerna, stundom betecknad som indirekt generalprevention,²¹ till de straffrättsliga funktionerna, då en av de drivande krafterna för omgivningens opinionsbildning just utgöres av strafflagens moralbildande verkan.

Det torde efter det sagda icke kunna förnekas, att den avskräckande kraften av straffhotet vid de eljest för moralbildning ägnade förbudsnormernas upprätthållande är av icke ringa betydelse för åtskilliga medborgarkategorier. Naturligtvis saknas icke faktorer vilka försvaga även denna effekt, såsom psykopatologiska eller socialt betingade krafter hos de potentiella brottslingarna, som driva vederbörande till kriminella handlingar,²² trots hans insikt om straffhotets allvar. Varierande personlig uppfattning om straffets egenskaper av lidande, beroende på individens person-

²¹ Zimmerl a. a. s. 12 och Bergendal i SKF 1928 s. 65. I vad mån man vid reaktionssystemets avvägning medvetet bör utnyttja denna sociala faktor kan synas tvivelaktigt; jfr v. Bar, Geschichte, s. 318 f., samt nedan s. 132 f.

²² Jfr beträffande affektförbrytarna t. ex. Ley i Revue 17 (1937) s. 1 f., Proal, Le crime et le suicide passionnels, Philips, Het passionnelle misdrijf in Nederland, Kinberg i SvJT 1938 s. 640 f. samt om socialt betingade brott Kinberg II s. 57 f. och framför allt Bongers, Criminalité et conditions économiques. Att straffhotets betydelse är ringa när det gäller s. k. åsiktsförbrytare är en känd sak; se v. Hentig s. 17 och s. 24, Wetter i SvJT 1931 s. 360 f., Radbruch i ZStrW 44 s. 34 f. och Nagler i Gerichtssaal 94 s. 53 f.

liga levnadsomständigheter, spela naturligen också en mycket stor roll på denna punkt.

Man kan då uppkasta frågan huruvida de tidigare behandlade vedergällnings- och rättviseföreställningarna hava någon betydelse i de fall strafflagens verkningar på grund av gärningstypens eller människotypens egenskaper förnämligast bestå i den sist berörda direkta avskräckningen. Då moralbildningen, d. v. s. strafflagens förmåga att gripa tag i dessa individers etiska föreställningar, här står helt i bakgrunden, vore man möjligen benägen att anse avskräckningens effekt helt bero av de ovan nämnda reella faktorerna, särskilt straffhotets stränghet, utan avseende å dettas överensstämmelse med rättskänslan och gängse samhällsliga värderingar i fråga om proportionen mellan brott och straff. Man torde emellertid böra räkna med att ifrågavarande effekt i varje fall förutsätter att icke en bestämd värdering finnes hos de personer som skola påverkas, vilken värdering går i en mot lagen absolut oppositionell riktning; en skärpt lagstiftning, som alltför bryskt avviker från värdebegreppen hos den sociala grupp eller de människor som beröras av densamma, kan förvandla en tidigare moralisk indifferens i en farlig indignation, vilken alstrar trots och ingalunda avskräcker individerna ens genom drakoniska straff. Historiska exempel av detta slag kunna anföras från olika områden; även ur nutida erfarenheter från vårt land kunna belägg hämtas för dylika fenomen.^{22a}

På grund av bl. a. nu berörda, tämligen irrationella faktorer av socialpsykologisk art låter sig den avskräckande effekten av straffhotet icke utan vidare beräknas, en svårighet som med ökade kunskaper om individernas reaktions-sätt och med tillgång till ett mera omfattande och pålitligt statistiskt material än nu finnes att bearbeta måhända i

^{22a} Att ett missbruk av strafflagen på nu antytt sätt medför en allmän uppluckring av laglydnaden är en känd sak; vi erinra om det beklagliga tilltagandet hos oss under senare år av menedsbrotten i straffprocessen, när målen gälla polisförseelser eller fiskalisk lagstiftning, t. ex. om rusdryckstillverkning. Se ock *Lundstedt* a. a. s. 102, *Wach* i VD Allg. T. VI, s. 73, *Kjerschow* i NTfS 1928 s. 123 f. samt *Lindhagen* i MFK 1936: 10 s. 2.

framtiden kan minskas men aldrig helt övervinnas.^{22b} Man måste därför varna för att alltför bestämt kalkylera med ett visst konstant förhållande vare sig över huvud eller vid en bestämd brottstyp mellan å ena sidan skärpande eller mildrande lagstiftningsåtgärder och å andra sidan graden av avskräckande effekt hos straffbudet; en sorts fix skala för straffhotets verkan är naturligen en orimlighet, men även mot antagandet av någon verkan alls genom en viss lagändring kan man stundom ställa sig skeptisk.²³ På samma sätt som när det gällde strafflagens moralbildande verkan spelar avskräckningssynpunkten allenast rollen av en gränsnorm nedåt vid genomförandet av de individualpreventiva idéerna eller av vissa humaniseringssträvanden.

Till sist hava vi att med några ord beröra konsekvenserna i ett par hänseenden av de här utvecklade teorierna om strafflagens generalpreventiva verkningar. Det gäller dels frågan om de skilda förbudsnormernas utformande i strafflagen och dels frågan om sättet för sanktionernas bestämmande i lagen vid de särskilda brotten. Enligt planen för vår undersökning gäller det nu icke dessa omfattande dogmatiska spörsmål i deras fulla omfattning utan blott ett svar på frågan, i vilken mån de ovannämnda generalpreventiva synpunkterna hava betydelse för strafflagens utformande i berörda avseenden.

Skola strafflagens bud och straffhotets skärpa utöva någon motiverande inverkan på medborgarnas handlingssätt och värdeomdömen, kräves tydligstvis, att fasta normer existera inom straffrätten, d. v. s. att brotten såsom förbjudna handlingar äro eller kunna vara för allmänheten kända; så-tillvida råder icke någon tvekan om att generalpreventionen förutsätter ett betydligt mått av straffrättslig legalitet. Emellertid har man, delvis ur helt andra synpunkter, krävt, att straffrättens formalprincip skulle överensstämma med

^{22b} Jfr ovan s. 15 f.

²³ Så ock *Bergendal* i *NKÅ* 1936 s. 40; jfr *ALU* 1938: 17 s. 9 ang. ifrågasatt ytterligare skärpning av straffet för rattfylleri.

en betydligt strängare tolkning av satsen: *nullum crimen sine lege*. Hur långt lagstiftaren här borde gå har som bekant kommit att utgöra ämnet för livliga debatter, icke minst under senaste tid.^{23a} Bortsett från alla aktuella politiska aspekter på denna fråga, torde väl allmänt erkännas, att principen i dess mera rigorösa tillämpning utgör ett betydande hinder för de individualpreventiva grundsatsernas restlösa genomförande i straffrätten, medan ett hävdande av generalpreventiva synpunkter giva ett starkt stöd för principens upprätthållande.^{23b} Såvitt man kan överblicka resultatet av den förda diskussionen, torde emellertid kunna påstås, att man icke med ledning allenast av dessa senare synpunkter kan giva ett definitivt svar på den ytterst djupgående frågan om huru långt i detalj legalitetskravet måste beaktas.

Om det är riktigt som ovan antagits, att den moralbildande kraften hos strafflagen hänför sig till dennas innehåll i stora drag och att den allmänna rättsuppfattningen icke kan förväntas tillgodogöra sig och till värdenormer bearbeta varje skiftning och förändring i lagmaterialet och rättstillämpningen, nödgas man erkänna, att frågorna om brottsbeskrivningarnas tekniska utformning och tillåtligheten av analogi vid lagtolkningen icke kunna lösas enbart genom en hänvisning till de generalpreventiva grundsatserna. Dessa senare ställa snarast det kravet på lagstiftaren, att brottsbeskrivningarna göras såvitt möjligt lättfattliga och överensstämmande med allmänhetens föreställning om vad som ligger i det ena eller andra brottets väsen; motsvarande krav böra ställas på domstolarnas lagtolkning, i den

^{23a} Litteraturen är mycket omfattande; vi hänvisa här blott till *Honkasalo* i 17. NJM (1937). Bil. II samt *Agge* i SvJT 1937 s. 406 f. och där anförd litteratur ävensom *Niethammer* i ZStrW 55 s. 745 f., *Schimmerer* ibid. s. 768 f., *K. Schäfer* i Das kommende deutsche Strafrecht. I, s. 200 f., och *Ancel* i Revue de science criminelle 2 (1937) s. 670 f.

^{23b} Så *Honkasalo* a. a. s. 40 f. samt *Brück* i 17. NJM s. 65. Särskild tonvikt lägges av *Lundstedt*, Principinledning, s. 58 f., på moralbildningsteoriens betydelse för regeln *nullum crimen sine lege* utan att förf. dock närmare undersöker huru långt legalitetskravet med denna utgångspunkt bör drivas.

mån lagen giver något utrymme för olika meningar vid dess tillämpning.²⁴

Vad den avskräckande effekten av lagens straffbud angår, är man vid första påseende benägen antaga, att en väl utvecklade legalitet befordrar nämnda generalpreventiva funktion. Detta må väl äga sin riktighet, men det är likväl icke möjligt att enbart ur denna synpunkt motivera det ofta uppställda kravet, att varje enskild samhällsmedlem med absolut visshet skall kunna utläsa ur strafflagen vad han får göra och vad han måste underlåta. Straffhotets avskräckande uppgift har icke sin riktning mot den lojale och välanpassade medborgaren, som i allmänhet icke löper någon risk, att på grund av lagens otydlighet komma i kollision med dess straffande makt.^{24a} Det är här i stället frågan om den potentielle förbrytaren och en människotyp som socialt sett är med honom likställd, nämligen den kalkylerande och moraliskt likgiltige, som har intresse av att röra

²⁴ Jfr *Dahm*, Verbrechen und Tatbestand, s. 28 f., samt i ZStrW 57 s. 250 f. Emellertid får icke denna synpunkt drivas för långt. Dahms påpekande (sist a. a. s. 255), att »überall entspricht den Begriffen und Werturteilen des Gesetzes eine hinter dem Gesetz wirkende volkstümliche Anschauung, eine Vorstellung vom Wesen des Mordes oder Diebstahls, ein Volksempfinden für Recht und Unrecht, eine Parallelwertung in der Laiensphäre, die nicht nur als Beziehungsgegenstand des subjektiven Unrechtsbewusstseins, sondern schon für die Ermittlung des objektiven Unrechts und für die Bestimmung der einzelnen Deliktstypen bedeutsam ist», är visserligen beträffande de flesta grövre brott riktig, men man får icke tillmäta denna synpunkt en obegränsad räckvidd. Otivelaktigt ligger en välgrundad erfarenhet bakom den franska doktrin, som skiljer mellan »délits naturels» och »délits factices» eller »artificiels». Till den förra gruppen räknar *Vidal* s. 5 »des faits contraires à la morale générale du pays ou de l'époque, réprouvés par la conscience sociale et violant le sens moral général» och till den senare gruppen »des faits ou des abstentions qui ne sont pas en eux-mêmes réprouvés par la morale et ne sont pas contraires au sentiment général de justice»; denna typ av brott är »des créations purement positives de la loi pénale» och lagöverträdarna av detta slag »des malfaiteurs qui ne manquent pas de sens moral, mais seulement de sens social». Jfr *Donnedieu de Vabres*, Traité, s. 50.

^{24a} Att okunnighet om gällande polisförfattningar dock icke sällan kan vara fatal för den eljest laglydige medborgaren förnekas visserligen ej, men det gäller här sällan en otydlighet i lagen som förhindrar en förhandskunskap om gärningens straffbarhet. Är detta fallet kan en förnuftig lösning av villfarelseproblemet i straffrätten mildra olägenheterna av den i texten hävdade meningen: vid rättsvillfarelse bestraffas man mindre för överträdelse av den primära regeln utan snarare för en culpös okunnighet om lagens innehåll. Se härom närmare *E. Schäfer* i Das kommende deutsche Strafrecht. I, 62 f., samt *Donnedieu de Vabres* a. a. s. 91 f.

sig på det kriminellas gränsmarker men som söker undgå klart brottsliga handlingar av fruktan för den straffrättsliga reaktionen. Ur ren avskräckningssynpunkt finnes för dessa individers skull ingen anledning att driva legalitetskravet vid strafflagens tolkning ända till formalism.^{24b}

Om vi sålunda bestrida möjligheten av att enbart med generalpreventiva argument försvara regeln *nullum crimen sine lege* i dess strängaste utformning, hava vi naturligtvis icke förnekat dess lämplighet ur rättssäkerhetssynpunkt. Genom att en allmän trygghetskänsla skapas för individen i hans förhållande till lagen befordras naturligen indirekt rättsordningens auktoritet; ett förhållande som icke får förbises i detta sammanhang.

Vad slutligen angår spørgsmålet om de generalpreventiva teoriernas konsekvenser i avseende å lagens angivande av reaktionsmåttet vid de särskilda brotten,^{24c} är det till en början obestridligt, att detta mått bör angivas med någon grad av bestämdhet, såframt lagens moralbildande och direkt avskräckande verkan skall nå den grad av pålitlighet, som fordras för att man kriminalpolitiskt skall kunna räkna med samma verkan. Satsen: *nulla poena sine lege* har alltså en kraftig grund i anförda omständigheter. De författare som i främsta rummet representera moralbildningssynpunkter understryka behovet av en i straffmåttens uttryckt differentiering av brotten med hänsyn till gärningstypernas relativa farlighet och förkastlighet.²⁵ Hyser man emellertid den mening vi ovan sökt hävda, nämligen att strafflagens moralbildande inflytande på allmänheten hänförs sig endast till lagens huvuddrag och i sin tur förutsätter en samverkan med andra faktorer, vilka påverka det allmänna föreställningssättet, lär icke alltför stor vikt ligga på avvägningen i detalj av straffsatserna för de särskilda gärningsty-

^{24b} Jfr *Agge* i SvJT 1937 s. 408.

^{24c} Vi hålla oss här till bestämmande av straff i traditionell mening; om metoden för angivande av de särskilda individualpreventiva skyddsåtgärderna, se kap. V.

²⁵ Se *Honkasalo* a. a. s. 40, *Brück* a. st. samt *Drost*, *Das Ermessen des Strafrichters*, s. 168 f.

perna. Det gäller blott att något så när anpassa reaktionsmättet efter redan gängse värderingar, i den mån några sådana kunna påvisas, så att lagen verkar befastande på dessa och icke förvirrar föreställningarna om vad som är grövre och lindrigare brott. Hänsynen till förevarande generalpreventiva funktion hos lagen tager sig alltså uttryck i en gränsnorm för andra synpunkters genomförande i lagstiftningen. Inom nämnda gränser finnes möjlighet såväl att genom skärpning eller sänkning av straffsatserna vid de olika brotten söka påverka värderingarna i en viss riktning som ock att i avskräckningssyfte skärpa straffhotet i ett visst lagbud i fall av behov.

Det sagda leder också därtill, att ett latitudsystem, d. v. s. ett system med relativt obestämda straffmätt, låter sig väl förena med moralbildningens princip; vad avskräcknings-synpunkten angår, är obestämdheten i straffhotet en ytterligare olustbetonad faktor för den potentielle förbrytaren, en faktor som försvårar kalkylen av de med brottet förenade riskerna. Ingen lagstiftare i nutiden torde heller under åberopande av de för generalpreventionen så betydelsefulla rättvis- och proportioneringsidéerna på allvar ifrågasätta absolut bestämda straff för flertalet gärningstyper; icke ens de rena vedergällningsteoretikerna krävde något dylikt. Orimligheten härav är så mycket mer uppenbar som rättviseföreställningarna, enligt vad vi ovan utvecklat, oftast anknyta sig till subjektivt bedömda, konkretiserade fall och sålunda måste leda till att domstolen erhåller möjlighet till en straffmättningsoperation med hänsynstagande till såväl rättskränkningens omfattning och graden av skuld hos gärningsmannen.^{25a}

Å andra sidan äro alltför obestämda straffsatser och vida latituder icke väl förenliga med de generalpreventiva önske-

^{25a} Jfr ovan vid not II. I äldre tider åstadkom de stränga straffens absoluta natur, att rättvisesynpunkterna bröto igenom lagbuden på ett eller annat sätt, såsom genom den s. k. leuterationsrätten, genom arbiträra straff och »*Richten auf Gnade*»; se *Calonius*, Opera omnia. III, s. 83 f., *Olin* i Minnesskrift. II, s. 823 f., och *Stjernberg* i TfR 1907 s. 154 f. samt *His I* s. 384 f., *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren, s. 39 f., och *Boldt*, Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, s. 69 f., 98 f.

målen. Från olika håll har man vitsordat domstolarnas benägenhet att i sin straffmätande verksamhet söka medium eller normalstraffet för varje brottstyp i straffskalans understa del.^{25b} Denna tendens låter sig knappast motverka genom en höjning enbart av straffmaximum; icke ens om lagstiftaren avskiljer och reserverar en lägre straffart eller del av straffskalan för fall, då synnerligen förmildrande omständigheter föreligga, kan man med säkerhet hejda en sådan utveckling, i det domstolarna utnyttja de förmildrande omständigheter, som lagstiftaren ansett sig hava tillgodosett inom den ordinära straffskalan, såsom en brygga över till den särskilda lägre straffskalan; de båda skalorna bilda då i praktiken ett sammanhängande straffmått med det lägsta minimum såsom normgivande för domstolen.^{25c} Alldeles särskilt skadlig för lagbudets auktoritet synes denna straffmätning i lagen vara, om man vid en viss brottstyp icke uppställer något minimum i avseende å valet av straffart²⁶ eller rent av uttryckligen tillåter valet mellan flera straffarter, av vilka den ena plägar användas vid grövre brott och den andra vid rena förseelser.^{26a} Behovet av verkligt lindrig reaktion med hänsyn till det konkreta fallets lätta karaktär bör i stället tillgodoses genom villkorlig dom eller särskilda regler om straffminskning; dylika rättsinstitut, som genom bryta den vanliga straffbestämmelsen, lämna lagens värdering av själva brottstypen oförkränkt.

Det nu sagda strider icke mot riktigheten av det stundom framställda påståendet, att konstlade minimigränser, d. v. s. alltför snäva sådana, återigen äro mindre önskvärda. Dy-

^{25b} *Stjernberg* i SvJT 1916 s. 76 f., *Carlesjö* ibid. 1938 s. 64 f., *SOU* 1938: 68 s. 92, s. 96 f. ävensom *Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis, s. 23 f., 75 f. *Salomonsen* i SKF 1918/19 s. 22 medgiver motsvarande verkan av den norska lagens brist på straffminima men förnekar inflytande härav på allmänpreventionen.

^{25c} Så *Krabbe* i SvJT 1936 s. 341 och *Exner* a. a. s. 82 f. I viss mån annan mening hos *SOU* 1935: 68 s. 92 och *Bergendal* i NKÅ 1936 s. 43. Vill man alltså söka höja effekten av ett visst lagbud, torde valet av en svårare straffart eller höjning av minimum vara det rätta medlet.

²⁶ Så ofta i engelsk rätt samt i norsk rätt; jfr *Rosenfeld* i VD Allg. T. III, s. 137 f., samt *Salomonsen* a. st.

^{26a} Jfr *Agge* i NKÅ 1938 s. 156 f. samt *Krabbe* a. st.

lika gränser kunna verka hämmande på domstolens rättvisa bedömande av det särskilda fallet och orsaka ett obehörigt utnyttjande av de allmänna straffminskningsgrunder, som lagen till äventyrs innehåller. Det franska systemet med dess vidsträckta användning av »circonstances atténuantes» är icke ur generalpreventiv synpunkt efterföljansvärt.^{26b} Genom en klok gruppering av de straffbelagda handlingarna i vissa klasser och en förnuftig anordning av de allmänna maxima och minima för varje straffart undvikes alltför stor brokighet beträffande de olika straffskalorna och möjliggöres en lösning av konflikten mellan den relativt fria straffmätningens och generalpreventionens intressen.^{26c}

Uppkastar man då till sist frågan, huru straffminsknings-

^{26b} Visserligen försvarar *Donnedieu de Vabres*, *Traité*, s. 454, detta system med den beaktansvärda synpunkten att dessa omständigheter »permettent à la justice répressive d'évoluer, à la répression de se modifier selon les exigences de la conscience publique, sans qu'intervienne une réforme législative toujours longue et délicate», men samtidigt understryker förf. omedvetet faran för lagens generalpreventiva effekt av ett dylikt fritt bedömande, vars grunder icke behöva angivas i domen och som dessutom är anförtrött åt juryn. Detta senare förhållande förklaras av *Donnedieu de Vabres* a. st. och *Garraud II* s. 763 f. med en hänvisning till uppkomsten av regeln om fri straffminskning vid förmildrande omständigheter: strängheten i lagens straffsatser och snävheten vid uppställandet av minima framdrevo en sådan princip. I huru stor omfattning regeln faktiskt begagnas i praxis framgår av uppgifterna hos *Garraud II* s. 801 f.

^{26c} Det gäller att i största möjliga utsträckning undvika parallellism mellan flera straffarter såsom reaktion vid ett och samma brott. Då detta emellertid icke alltid är möjligt har lagstiftaren att uppställa kvalificerande eller privilegierande villkor för användandet av en sidolöpande straffart. När det gäller olika svåra brottstyper, som måste bestraffas med samma straffart, har man att söka finna ett fåtal lämpliga minima som karakteriserar och efter svårhetsgrad indelar brottsområdet; jfr *Thyrén*, *Principerna*. I, s. 114 f., om »knutpunkter på strafflinjen». Beaktansvärd, ehuru icke genomförbar hos oss, är den bekanta kontinentala tredelningen av brotten i »crimes, délits et contraventions», vilken visserligen vilar på en nu övervunnen naturrättslig indelning av brotten angreppsobjekt men likväl äger rationell betydelse, då den i lagstiftningarna grundas på de uppställda straffens stränghet och på processuella hänsyn; se närmare *Garraud I* s. 222 f. samt *v. Hippel II* s. 98 f. och *Liszt-Schmidt* s. 149 f. Den egendomliga principen i engelsk rätt om brotten indelning i »indictable and petty offences» samt i »treasons, felonies and misdemeanors» vilar på speciella historiska skäl och synes hava sin största betydelse i processuellt hänseende och för de diskvalificerande påföljderna av brott; jfr *Kenny* s. 91 f. samt *Stephen II* s. 187 f. Utöver dessa allmänna grupperingar torde man dock nödgas lämpa strafframen vid i övrigt närbesläktade brott efter vissa egenskaper i brottstypen; så ang. förmögenhetsbrotten *Krabbe* a. a. s. 342 och i NKÅ 1936 s. 59. Annan mening *Wetter* i NKÅ 1936 s. 45 f.

grunderna och över huvud reglerna om de ordinära latitudernas genombrytande skola ordnas med hänsyn till de generalpreventiva synpunkterna, möter man i de skilda rättsordningarna både systemet med mer eller mindre generella klausuler, vanligen införda i strafflagarnas allmänna del, och systemet med speciella straffskalor vid kvalificerade och privilegierade former av de skilda brotten.²⁷ Valet mellan dessa olika metoder synes icke lätt att träffa och torde icke heller bära ske med enhetlighet för hela strafflagsområdet. Med hänsyn till moralbildningens krav förefaller den meningen hava fog för sig, att man ej skall laborera med alltför juridiskt invecklade specialfall av de olika brottstyperna. Endast vissa, för det vanliga betraktelsesättet typiska komplikationer eller undantagssituationer vid brottets begående bära i lagen utsöndras från det ordinära brottet och erhålla sin egen straffskala.^{27a} Vid sidan

²⁷ Beträffande utformningen av mera specialiserade stadganden med generell räckvidd om straffminskning, se t. ex. *danska* SL 84 och 85 §§, *norska* SL 50, 55—59 §§, *schweiziska* strafflagen art. 64 och 65 samt *Ferri*, Progetto, vars art. 20—22 angiva de omständigheter som anses tyda på större eller mindre farlighet hos brottslingen, varefter art. 75 och 76 uppställa regler om sänkning eller skärpning av det ordinarie straffmåttet. Den *ryska* strafflagen art. 51 tillerkänner domstolen en fri rätt till straffmildring, dock med skyldighet att i domen utsätta skälen för en avvikelse från lagens reaktionsminimum. Den *polska* strafflagen art. 59 samt *svenska* SLK 9:5 medgiva straffminskning under lagens mått men inom minimum för resp. straffart i de fall då stadgande härom finnes vid det särskilda straffbudet. En liknande hänvisning finnes ock i *schweiziska* strafflagen art. 66. Som allmän straffskärpningsgrund känna de flesta lagar återfall och sammanträffande av brott, regler som dock hava en särskild innebörd. *Danska* SL 82 § stadgar vane- och yrkesmässighet som allmän straffskärpningsgrund; jfr *Bergendal* i NTfS 1927 s. 223 f. För att göra en straffskärpningsregel effektiv torde en höjning även av minimum i den ordinära skalan erfordras; ur denna synpunkt förefaller den nya regeln i SL 4:2 ej fullt tillfredsställande.

^{27a} Här gälla samma synpunkter som anförts ovan vid not 24; liknande åsikt hos *Wetter* i NKÄ 1936 s. 57. Typiska exempel på sådana särskilda omständigheter hämtas lättast från de aggraverande modaliteternas sfär: särskild brottslig avsikt, särskilt stor allmänfara vid brottets begående, speciellt farliga medel för dess förövande etc. bilda goda utgångspunkter för kvalificering av brottstyperna. Jfr vår SL 14: 15, 18 och 36, 19: 1, 6 och 11, 20: 4, 21: 2 samt 25: 16 ävensom *Hagströmer I* s. 503 f. och *Radbruch* i VD Allg. T. III, s. 192 f., samt *Goldschmidt* ibid. T. IV, s. 466 f. Den legislativa tekniken på detta område står i nära samband med den omfattande allmänna frågan, i vad mån sättet för ett brotts begående i stället för beskaffenheten av angreppsobjektet och den uppnådda effekten av gärningen skall användas såsom ledande princip vid utformningen av de särskilda brottsbeskrivningarna.

härav torde inga betänkligheter möta mot uppställandet av allmänna straffminsknings- och straffskärpningsgrunder, vilka icke behöva äventyra lagens generalpreventiva kraft och lagtillämpningens likformighet, därest dels undantagskaraktären hos bestämmelserna klart framträder i lagen och dels domstolen i viss mån bindes genom exemplifierande direktiv för reglernas användning.^{27b}

Det skulle föra för långt att i denna översikt utveckla de mångfaldiga synpunkter som måste anläggas på detta omfattande problem. Det räcker här icke med isolerade betraktelser om straffets ändamål och lagtekniska metoder, utan, såsom Thyrén med rätta framhåller,^{27c} sammanhänger spørsmålet i högsta grad med utformningen av strafflagens speciella del, i det avfattningen av de skilda brottsbeskrivningarna i generaliserande eller specialiserande riktning tydligtvis måste påverka lösningen av straffsatsernas problem. Domarmakt contra legalitet utgör en antites, som spänner över alla straffrättsliga frågor.

II. Straffprocessen.

I det föregående avsnittet hava vi i förbigående anmärkt, att de verkningar som i generalpreventivt avseende utövas av strafflagen förutsätta, att denna är och uppfattas som en levande normordning, d. v. s. att den är gällande rätt.²⁸ Vi hava här att något närmare behandla denna förutsättning och betydelsen för strafflagens nämnda effekt därav, att en ofta ganska avsevärd divergens föreligger mellan den verk-

^{27b} Sådana regler som för straffmätningens del uppställas t. ex. i svenska SLK 9:7 och 12 eller italienska strafflagen art. 133 böra städse äga sin motsvarighet i lagar som uppställa allmänna straffskärpnings- och straffminskningsgrunder; jfr de i not 27 anförda lagrummen av vilka vissa äro tillräckligt utförliga, andra icke. Om lämpligheten av rena straffmätningssdirektiv, se nedan s. 161 f.

^{27c} Thyrén a. st.

²⁸ Rättens egenskap att vara gällande hänför sig just till individernas föreställningar om en viss regelmässighet i förhållandet mellan rättsfakta och samhällsorganens reaktioner; jfr *Hägerström* i TfR 1931 s. 48 f., särskilt s. 83 f.

liga och den beivrade kriminaliteten, med andra ord därav, att straffet icke med en naturlags regelbundenhet^{28a} följer på brottet, d. v. s. att straffprocessen i vidsträckt mening icke leder till ett fullkomligt resultat, och därav att medborgarna måste antagas räkna med detta förhållande. Det torde utan tvivel vara så, att graden av sannolikhet för upptäckt äger ännu större betydelse för straffhotets direkt avskräckande förmåga än dess stränghet,²⁹ en omständighet som vi redan förut antytt. Härmed är emellertid icke sagt, att man med hänsyn till den nämnda divergensens ofrånkomlighet i likhet med Lundstedt måste fränkänna straffhotet varje direkt brottsämmande verkan för de flesta fall.³⁰

Att emellertid någon reaktion mot brott är nödvändig för strafflagens upprätthållande är uppenbart. Lagen förblir eljest en död bokstav, och det sociala ogillande som kan drabba de i lagen förbjudna handlingarna måste försvagas i samma mån som stadgandet under allt längre tid framstår som en absolut regel. Att en förslappad reaktion mot ett visst brott verkar för just detta brotts tilltagande frekvens synes oss sannolikt och bevisar i så fall att de skilda förbudsnormernas direkta verkan på medborgarnas handlingsätt är större än vad moralbildningsteoriens förkämpar vilja medgiva. I vissa fall är rent av förhållandet sådant, att underlåtenheten, t. o. m. i ett enda fall, att tillämpa ett visst lagbud eller att anställa åtal för ett visst brott kan utöva

^{28a} Jfr *v. Hentig* s. 26 samt *Ferri* s. 173 f., som framhäver skillnaden mellan naturens egen obönhörliga reaktion på varje brott mot dess lagar och den därpå grundade högst effektiva Rousseauanska uppfostringsprincipen samt samhällsreaktionernas relativa betydelse.

²⁹ Så *Stjernberg*, Kriminalpolitik, s. 209 f., *Kallenberg*, Återfall, s. 35, samt *Bergendal* i SKF 1928 s. 64 f. och i NKÅ 1936 s. 39 f. Jfr *Olivecrona*, Om dödsstraffet, s. 102 f. och hans citat efter *Proal*: »Ce qui intimide des mal-fauteurs, c'est moins la sévérité de la peine à laquelle ils espèrent se soustraire, que la certitude de la répression». Naturligtvis kan detta omdöme ställa sig tvivelaktigt, om straffet är rent drakoniskt i förhållande till brottet. Man må dock icke liksom *Filangieri*, Lagstiftningens vetenskap. D. 4, s. 226 f., hysa den illusionen, att straffrättskipningens mindre effektivitet vid vissa brottstyper fullt ut kan kompenseras genom relativt strängare straff för dessa brott. Historiska bevis torde kunna anföras för motsatsen; jfr *His I* s. 374 f.

³⁰ *Lundstedt* a. a. s. 87. Samma åsikt hyllas av *Ferri* a. st.

en omedelbar effekt på brottsfrekvensen, icke blott då myndigheternas åtgärder uppfattas såsom prejudikatbildande utan även på det sätt, att de potentiella brottslingstyperna i stor utsträckning följa pressens referat var och en på sitt specialgebiet och genom nya bevis för de straffprocessuella organens ofullkomlighet erhålla ett suggestivt betydelsefullt incitament att underskatta risken av upptäckt för egen del.

Det är emellertid ingalunda givet, att den straffprocessuella verksamhetens effektivitet erhåller sin proportionella motsvarighet i brottsiffrornas relativa höjd och rörelser. Speciella omständigheter av annan art med psykologisk betydelse för den gängse moraluppfattningen kunna också medverka till en viss ökning i frekvensen av en viss brotts- typ, alldeles oavsett om de statliga organen visat större eller mindre nit i åtgärderna för lagbudets efterlevnad. Dessutom förtjänar framhållas, att ökad aktivitet i nämnda avseende för en längre tid framåt kan resultera i statistiskt sett betydligt ökade siffror för detta brott eller också i ökad försiktighet vid brottsutövningen med härigenom minskade upptäcktssiffror. Dessa olika omständigheter fördunkla i hög grad den kunskap vi sträva att vinna såväl om divergensen mellan den verkliga och den beivrade kriminaliteten som ock denna faktors betydelse för generalpreventionens styrka.³¹

Redan i det föregående har skymtat en tanke, som vi våga hävda såsom tämligen oomtvistlig i detta sammanhang, nämligen att de närmare orsakerna till att all faktisk brottslighet icke beivras äga en väsentlig betydelse i nu förevarande avseende. Den nämnda divergensens procentuella storlek är icke i och för sig avgörande och spelar f. ö. olika roll vid olika brottstyper. Det kan knappast betvivlas, att allmänheten eller de grupper av medborgare som särskilt beröras av en viss förbudsnorm, äro tämligen känsliga för den skillnad som föreligger mellan samhällsorganens eventuella passivitet ifråga om vissa brotts uppspårande och brottslingarnas lagförande, å ena sidan, och den av sakens

³¹ Jfr ovan s. 15 f.

natur — särskilt gärningstypen — betingade omöjligheten, trots all rimlig initiativkraft hos dessa organ, att erhålla kännedom om och framgångsrikt beivra all brottslighet, å andra sidan.³² Detta förhållande sammanhänger givetvis därmed, att icke blott utsikten att dömas till och undergå straff utan redan själva kriminalpolisverksamheten och straffprocessen utgöra allvarliga obehag för den enskilde. Initiativkraft och effektivitet hos polis- och åklagarmakt utgöra därför starka irritationsmoment för potentiella brottslingar och äro även i övriga medborgares föreställningssätt kanske de viktigaste yttringarna av samhällsorganens verksamhet för strafflagens upprätthållande.³³

De båda nämnda orsakerna till divergensen mellan den faktiska och den beivrade brottsligheten spela säkerligen in såväl vid den direkta avskräckningen genom straffhotet som vid strafflagens indirekta betydelse för laglydnaden i samhället. Naturligtvis kunna dessa faktorerers inverkan antagas vara något olika beträffande den direkta avskräckningen genom straffhotet och vidkommande straffrättskipningens moralbildande effekt. I det förra avseendet hava de särskilda brottstypernas naturliga egenskaper ur upptäcktssynpunkt sin givna betydelse, medan moralbildningens styrka snarare torde bero av myndigheternas³⁴ ådagalagda energi i avseende å tillsynen över lagens efterlevnad. Huru än härmed må förhålla sig, har man otvivelaktigt att räkna med ett försvagande av strafflagens allmänpreventiva verkan i samma mån det kan förmärkas en minskad effektivitet

³² Åklagarmyndigheternas initiativkraft hämmas också av den i alla processsystem uttalade eller underförstådda regeln, att åtal vid domstol icke får väckas utan att utsikt till den misstänktes överbevisande föreligger. Medborgarnas rättssäkerhetsintresse hör sålunda till de omständigheter vilka avtrubba straffhotets skärpa för de kriminellt inriktade individerna; jfr härom nedan s. 114 f. samt ovan s. 93 f. Att den prövning som åklagaren har att verkställa ur nu berörda synpunkt emellertid icke är av samma art som avvägningen vid opportunitetsprincipens tillämpande bör här betonas; jfr *Hurwitz*, *Den danske Strafferetspleje*, s. 305.

³³ Här är det fråga allenast om betydelsen av denna verksamhet som medel för strafflagens effektuerande.

³⁴ Vi lämna här å sido den måhända betydelsefullaste faktorn för moralbildningen, nämligen de sociala sanktionerna, vilka i sin tur delvis bero på de straffrättsliga; jfr ovan s. 82 f. och nedan s. 129 f.

hos kriminalpolis- och åklagarmyndigheterna i deras verksamhet för brotts upptäckande och misstänkta personers befordrande till laga bestraffning.

Härmed äro vi framme vid ett av kriminalpolitikens ömtåligaste problem: den s. k. opportuniteten vid åtals anställande.³⁵ Frågan skall här icke upptagas i hela dess vidd, utan endast insättas i sitt sammanhang med strafflagens allmänna verkningar medan de rent processuella och administrativa aspekterna lämnas åt sidan. Vi upptaga icke heller förrän i samband med frågan om straffdomens generalpreventiva effekt ett näraliggande ämne, som med orätt inordnas under opportunitetsspörsmålet, nämligen angående domstolens rätt att underlåta reaktion i anledning av påtalade brott.³⁶

Vägende skäl av såväl teoretisk som praktisk art hava i doktrinen framförts för den principiella inställningen — åtminstone för svensk rätts vidkommande — att endast i bestämda undantagsfall lägga i åklagarmaktens hand att underlåta åtal för brott, ehuru de i strafflagen givna förutsättningarna för gärningens bestraffning på sannolika skäl synas vara för handen.³⁷ Om samhället kan bortse från straff i dylika fall är en straffmättnings- och lagtillämpningsfråga av exakt samma art som det eljest i straffprocessen tillkommer domstolen att besvara med användande av det mått av fritt skön, som enligt rättsordningens allmänna struktur hos varje särskilt folk är anförtrött åt domstolen. Liksom åklagarmakten icke är till för att korrigera bristfälligheter och onödig skärpa i lagstiftningen,³⁸ är den icke

³⁵ Litteraturen är omfattande; här skall endast hänvisas till *Hurwitz* a. a. s. 311 f., *Palmgren*, Målsägandens åtalsrätt, s. 140 f., *Kjerschow* i NTfS 1928 s. 123 f., 13. NJM (1925) s. 126 f., Dahm i ZStrW 54 s. 401 f., *Hoefer*, Bewährungsfrist vor dem Urteil, *Actes* 1925. I, s. 49 f., 449 f., och II, s. 1 f., ävensom 29. DJT (1908). I, s. 63 f., och III, s. 51 f.

³⁶ Se nedan s. 149 f.

³⁷ Se *Engströmer* och *Stjernstedt* i 13. NJM s. 126 f. o. 150 f., *Palmgren* a. st. ävensom PK II s. 31 f. och PLB II s. 256 f. Jfr också *Kjerschow* a. a. s. 134 f.

³⁸ Vi medgiva, att lagstiftningsapparaten icke alltid snabbt nog förmår på ett för rättskänslan tillfredsställande sätt anpassa strafflagens innehåll efter samhällsutvecklingens krav; för vissa undantagsfall kan dock det högsta regeringsorganets abolitionsrätt härvidlag vara tillfyllest. Spörsmålet om pro-

heller till för att korrigera oformligheter i domstolarnas arbetssätt och sammansättning;³⁹ en motsatt metod skulle strida mot den maktfördelningsprincip på vilken åtminstone vårt samhällsskick är uppbyggt.⁴⁰ Ehuru de allmänpreventiva verkningarna av en större rörelsefrihet för åklagarmyndigheterna, än som redan nu lagligen tillkommer dem, i enlighet med vad tidigare utvecklats icke låta sig med säkerhet fastställa, torde man med hänsyn till det allmänna rättsmedvetandets kända benägenhet för ett mekaniskt betraktelsesätt på brott och samhällsreaktion⁴¹ våga påstå, att respekten för vissa lagbud eller för rättsordningen i allmänhet skulle sjunka, om allmänheten finge kännedom om ett flertal fall av skenbar⁴² eller verklig passivitet från åklagarmyndighetens sida, vilken hållning icke uteslutande dikterades av omöjligheten att uppspåra den brottslige eller anskaffa bevis mot honom. »Ett hot om straff som ej blir verkställt, blir för varje gång det icke verkställs förslöat», framhåller Engströmer med rätta.⁴³

cessuell korrigering av strafflagens ev. formalism sammanhänger intimt med allmänna frågor om strafflagens struktur och brottsbegreppets element; se nedan s. 152 f. ävensom *Dahm* a. a. s. 402 f.

³⁹ Särskilt kan jurysystemet här leda till besvärliga komplikationer genom dess oförmåga att beakta nyanserna i det särskilda fallet och att i vissa fall över huvud giva ett verdikt med erforderlig majoritet. Det engelska institutet nolle prosequi, d. v. s. den av Attorney general utövade rätten att opportunt nedlägga åtal, grundas väsentligen på jurysystemets ohanterlighet; jfr *Ignatius* i 13. NJM s. 148 f. Är däremot lekmanneelementet inlemmat på ett naturligt sätt i domstolen föreligger stora möjligheter att beakta billighets-synpunkterna contra den formella lagtillämpningen; jfr *PK I* s. 91 f.

⁴⁰ Huruvida betraktelsesättet i norsk och dansk rätt är annorlunda skall här lämnas därhän; över huvud är särskilt i Norge viktiga straffprocessuella befogenheter lagda i de högsta administrativa instansernas — riksadvokatens och justisdepartementets — händer; jfr *norska* SL 39 och 39 a §§ samt SPL 85, 89 och 91 § ävensom för *dansk* rätts del RPL 723 § samt *Hurwitz* a. a. s. 321 f.

⁴¹ *Hurwitz* a. a. s. 313 påpekar sambandet mellan legalitetsprincipen och det till grund för den klassiska straffteorien liggande rättviseskravet. Här må ock erinras om att rättviseföreställningarna i stort sett anknyta sig till gärningstypen och endast så småningom, genom straffrättens genomsyrande med individualpreventiva idéer, kan tänkas taga mera hänsyn till personliga omständigheter hos gärningsmannen; jfr ovan s. 85.

⁴² Denna passivitet är endast skenbar, om åklagarmyndigheten före sitt beslut om åtalseftergift övervägt, huruvida andra vidtagna eller beräknliga åtgärder än åtal och straff äro bättre ägnade som reaktion i det speciella fallet.

⁴³ 13. NJM s. 134.

Som skäl för opportunitetsprincipens erkännande åberopas stundom de undantagsfall,⁴⁴ i vilka otvivelaktigt viktiga specialpreventiva synpunkter tränga sig framför de allmänpreventiva och kräva beaktande redan på det stadium av processen, då åtal för brottet ännu icke väckts. Att dylika fall finnas är ju obestridligt och behöver näppeligen här närmare påvisas; vi peka exempelvis på den betydelsefulla grupp av ungdomliga brottslingar, där redan straffprocessens förlopp i dess ordinarie form och straffdomens meddelande kunna vara lika hinderliga faktorer för deras räddande åt samhället som ett kortare frihetsstraffs undergående, ett förhållande som vi i det följande skola ytterligare belysa.⁴⁵

Att strafflagstiftningen bör bereda ett icke alltför snävt tilltaget utrymme för institutet åtalseftergift torde sålunda vara obestridligt, ehuru ur generalpreventiv synpunkt vissa försiktighetsmått äro av nöden. Sålunda böra förutsättningarna för åtalseftergift i lag angivas på ett sådant sätt, att de för eftergiften ägnade handlingstyperna eller kanske rättare gärningsmannatyperna åskådligt framträda, varigenom tillka antydes den kriminalpolitiska grunden för undantaget.⁴⁶ Nu berörda fall av åtalseftergift på grund av förfarandets ogynnsamma inflytande på den brottslige torde endast sällan böra förekomma i sin rena form, d. v. s. utan att någon som helst åtgärd från samhällets sida företages

⁴⁴ Se *Engströmer* a. a. s. 135, *Hurwitz* a. a. s. 314 samt *PLB II* s. 258 f.

⁴⁵ Se nedan s. 176 f.

⁴⁶ Jfr *Stjernberg* i *Actes* 1925. I, s. 68, och *Diets* i 29. DJT. III, s. 76 f. Som exempel på en alltför vid formulering av förutsättningarna för åtalseftergift kan anföras den allmänna klausulen i *norska* SPL 85 §: »at intet offentlig hensyn krever, at den straffbare handling påtales, navnlig når særdeles lang tid er hengått siden dens forøvelse, eller særdeles formildrende omstendigheder foreligger». Något fylligare äro i den *japanska* SPL 279 art. villkoren utformade: »L'action publique peut être supprimée quand elle n'exige pas la poursuite à cause de la particularité, de l'âge et de la situation des délinquants aussi bien que des circonstances des infractions et de l'état des choses ci-après» (cit. efter *Motoji* i *Actes* 1925. II, s. 86). I *dansk* rätt är villkoren i RPL 723 § för Rigsadvokatens befogenheter mycket allmänt angivna, medan statsadvokaternas rätt att självständigt besluta om åtalseftergift äro begränsade till vissa brottstyper som uppräknas i en särskild Anordning (f. n. nr 298/1932).

mot den brottslige. I allmänhet kräva just de individualpreventiva synpunkterna, att brottslingar av nu nämnt slag, t. ex. underåriga eller fysiskt och psykiskt defekta personer, på ett eller annat sätt omhändertagas. Så är också fallet i olika rättssystem i avseende å ungdomliga brottslingar; lagar vilka här medgiva åtalseftergift i vidare omfattning förutsätta ofta att sådant omhändertagande kommit eller kommer till stånd.⁴⁷ Dylika åtgärder äga även generalpreventiv betydelse, i det att allmänheten tages ur den villfarelsen, att samhället underlåter att över huvud reagera mot den brottsliges livsföring. Om åtalet på grund av särskilt ömmande omständigheter eftergives, har t. o. m. föranstaltandet om fattigvård, sjukvård etc. icke blott brottsprofylaktisk betydelse för denna individs fortsatta vandel utan markerar också utåt att myndigheterna ingripit, låt vara att det repressiva momentet i dylik vård är föga utpräglat⁴⁸ och brottet icke utgör den verkliga grunden för åtgärden. Blir det åter fråga om något med verkligt tvång förenat omhändertagande av den brottslige, framträder ju åtgärdens karaktär av reaktion mot hans uppförande ganska starkt, och betänkligheterna mot åtalseftergift äro i denna situation ganska ringa med hänsyn till strafflagens generalpreventiva verkningar. Ännu klarare framträder denna synpunkt, när det gäller personer, som redan omhändertagits med stöd av socialrättsliga tvångsregler eller med vilkas omhändertagande på detta sätt åklagarmyndigheten bestämt kan räkna; stadganden om viss åtalseftergift i dylika fall finnas redan i positiv svensk lag och i åtskilliga lagförslag.⁴⁹ Även utan stöd av lag torde i praktiken en viss opportunitet utövas vid

⁴⁷ Jfr *danska* SL 30 § och *Hurwitz* a. a. s. 323 samt för *svensk* rätts del nedan not 49.

⁴⁸ Jfr *Agge* i FT 1938 s. 196 f. samt ovan s. 1 f. och nedan s. 157 f.

⁴⁹ Se 1924 års barnavårdslag 44 §, vars hithörande bestämmelse i 4. mom. tillagts genom lagändring 1939, samt 1931 års alkoholistlag 49 a §, vilken jämväl tillagts innevarande år. Hit hör också efter sitt syfte 9 § i 1937 års lag om verkställighet av bötesstraff. Jfr också *FLU* 1939: 35 s. 29 samt *SOU* 1939: 25 s. 40, s. 46 och Bil. A s. 75, där man för lösdrivarnas del med rätta hävdar en vittgående prioritet för arbetsfostrande behandling framför straff.

åtals anställande i liknande fall.⁵⁰ Mot ett dylikt tillvägagångssätt kunna ur generalpreventiv synpunkt knappast några vägande skäl anföras.⁵¹

De nu anförda synpunkterna på neutraliserandet av åtalseftergiftens risker hava i vissa främmande länders lagstiftning lett till utformandet av institutet villkorlig åtalseftergift. En viss prøvotid samt åtlydnad av vissa av åklagarmyndigheten givna föreskrifter i samband med den brottsliges ställande under tillsyn äro därvid i allmänhet villkor för åtalets definitiva eftergivande.⁵² Uppenbarligen förstärkes den generalpreventiva effekten genom det svävande straffhotet i en avsevärd grad, samtidigt som gynnsamma verkningar på den brottsliges uppförande kunna förväntas i viss omfattning. Särskilt har norsk rätt genom denna metod befriat domstolarna från ett stort antal fall, som av flera skäl ansetts icke böra behandlas i straffprocessens former.⁵³

Frågan om den villkorliga åtalseftergiftens användningsområde har emellertid en större räckvidd än vad det nu anförda synes giva vid handen. Vid ett studium av de olika ländernas rättsregler på förevarande område skall man finna, att den synpunkt vi i denna framställning begagnat som utgångspunkt, nämligen att det generalpreventiva kravet på legalitetsprincipens upprätthållande bör kunna vika, om olägenheterna av åtals väckande och genomförande med hänsyn till följderna för den brottsliges personliga förhållanden äro betydelsefullare än intresset av brottets beivrande, i allmänhet är skjuten åt sidan och ersatt av ett annat därmed ofta förenat legislativt skäl: att samhällets intresse av straffets utkrävande med hänsyn till brottets obe-

⁵⁰ Så torde i brist på lagbestämmelser faktiskt hava skett vid tillämpningen av alkoholistlagen, möjligen också lösdrivarlagen.

⁵¹ I denna situation föreligger ju ingen risk att varje form av åtgärd synes utebli; tvärtom torde allmänna uppfattningssättet betrakta det gjorda omhändertagandet som en reaktion just mot brottet, vilket oftast torde stå i samband med det asociala levnadssätt som rättsligen motiverat ingreppet.

⁵² Se litteraturen i ämnet, särskilt *Hoefer* a. a. samt *norska* SPL 85 §.

⁵³ Se *Kjerschow* a. a. s. 148 och *Nissen* i TfR 1923 s. 166 f.

tydlighet⁵⁴ uppenbarligen väger lättare än de praktiska olägenheter en anhopning hos myndigheterna av bagatellmål skulle medföra. Det gäller här icke en avvägning mellan individual- och generalpreventiva önskemål, utan det generalpreventiva kravet ställes straffrättsligt sett isolerat i motsättning till rent processekonomiska, praktiska skäl. För besvarande av frågan om åtalseftergift bör av rättsordningen tillåtas enligt satsen: *minima non curat pretor* förutsättes, att ett jakande svar gives på ett annat, därmed nära besläktat kriminalpolitiskt spørsmål, nämligen angående domstols rätt att i anhängiggjorda mål bortse från straff på grund av fallets särskilt lätta beskaffenhet. Men även om detta spørsmål av oss besvaras så,⁵⁵ att den generalpreventiva effekten av strafflagens upprätthållande tolererar en dylik strafffrihet, är därmed icke givet, att en åtalseftergift i motsvarande fall vore väl förenlig med de generalpreventiva synpunkterna. Vi nödgas här i stort sett bortse från de processekonomiska skälen, vilka väl hava sin stora betydelse men i förhållande till det allmänna intresset av faktiskt uppställda straffbuds effektivitet är en inkommensurabel storhet. Man kan då framställa allvarliga betänkligheter ur generalpreventiv synpunkt mot att anförtro ett efterskänkande av straff, särskilt i mera generell och ovillkorlig form, åt andra samhällsorgan än domstol. Riskerna för ett avtrubbande av respekten för vissa lagbud bestå framförallt i utbredandet av föreställningen om godtycke eller ojämnhet vid eftergiftens utövande, särskilt om allmänheten får den uppfattningen att relativt underordnade polisfunktionärer utöva bestämmanderätten.⁵⁶ Givetvis förbättras sakens läge något,

⁵⁴ Oftast är det här fråga om bagatellmål i den meningen, att icke blott brottet in concreto utan också gärningstypen är av lindrig beskaffenhet, och i allmänhet gälla särskilt liberala regler om åtalseftergift just vid polisförseelser. Jfr t. ex. de nedan i not 57 angivna *svenska* instruktionernas stadganden, *danska* RPL 721 §. Hurwitz a. a. s. 318 påpekar, att reglerna praktiskt taget innebära »at der tilkommer Politimesteren en selvstændig uindskrænket Competence til at undlade Paatale i Politisager».

⁵⁵ Här om nedan s. 149 f.

⁵⁶ Tanken hos *PLB II* s. 259 att förlägga bestämmanderätten till distriktsåklagarna är betänkelig icke minst ur den synpunkten, att dessa i många fall äro helt beroende av underordnade polisfunktionärers rapport om och syn

om man begränsar åklagarmyndighetens befogenheter till vissa i lag angivna fall, där själva brottstypen och icke blott den konkreta gärningen är synnerligen lindrig,⁵⁷ men å andra sidan är det just vid de moraliskt indifferent förseelserna som straffhotets effektivitet med särskilt eftertryck måste vidmakthållas.⁵⁸ Möjligen skulle olägenheterna av systemet också betydligt reduceras, om bestämmanderätten lades i händerna på väl kvalificerade centrala åklagarmyndigheter,⁵⁹ men den avlastning av bagatellmål från den judiciella vägen, som institutet processuellt sett åsyftar, blir i så fall ersatt av tyngre administrativt förfarande på åklagaresidan. Då samma fördelar i processuellt hänseende i

på förseelsen. Prövningen av eftergiftsfrågan blir då behäftad med samma olägenheter som *Engströmer* a. a. s. 133 påpekar för överåklagarnas del utan att äga de företräden ur rättsenhetssynpunkt som representeras av ett mera centralt organ. I denna senare del neutraliseras måhända vådorna av de av PLB föreslagna underställningsförfarandet. Jfr *Sjernerstedt* a. a. s. 150 f.

⁵⁷ Jfr ovan not 46 om *dansk* rätt, där dock kretsen av brott mot allmänna strafflagen, vilka direkt underligga statsadvokatens bestämmanderätt synes väl vid; mot bestämmande av begreppet förseelser enl. RPL 721 § vars åtalande fritt överväges av politimesteren, är mindre att invända. Kvar står dock det faktum, att dansk liksom norsk rätt vid sidan av dessa bestämmelser innehåller en generalklausul om åtals eftergift, där endast fallets lindrighet in concreto utgör villkor för eftergiften. Den *svenska* PLB begränsar sitt förslag om åtalseftergift av nu ifrågavarande slag till vad som praktiskt sett utgör polisförseelser. Jämför man med dess stadgande i 20:7 p. 1 den för Stockholm givna bestämmelsen i 1938 års Instr. för ÖÅ (SFS nr 597), 20 §, skall man finna, att polismästarens rätt till åtalseftergift, ev. i förening med varning, går vidare, i det att jämväl brott, varå fängelse kan följa, kunna upptagas av polisdomstol; se ock 1932 års Instr. för polismästaren i Örebro (SFS nr 392), 5 §. Polismästaren torde för undvikande av olämpliga konsekvenser av stadgandet därför böra företaga den avvägning, som eljest enligt 1938 års Instr. för polisdomstolen i Stockholm (SFS nr 598), 2 §, åvilar sistnämnda myndighet, nämligen att avgöra, huruvida fallet in concreto kan tänkas böra medföra frihetsstraff eller icke. Att brott varå straffarbete kan följa över huvud äro uteslutna från polismästarens opportunitetsbefogenhet framgår av hänvisning till straffbudens statsrättsliga tillkomst utan riksdagens medverkan. Det torde numera få anses vara fast praxis att KM:t icke äger utsätta strängare straff än fängelse i administrativa författningar; se *Westman* i FT 1938 s. 8 och *Herlitz*, Om lagstiftning, s. 505 f.

⁵⁸ Härom nedan s. 147 f.

⁵⁹ T. ex. landsfogde eller polismästare; jfr ovan not 56. Att den av överordnade åklagarmyndigheter och i vissa fall av målsäganden utövade kontrollen över åtalseftergiftens handhavande i varje fall spela en viktig roll är uppenbart; se *Actes 1925. I*, s. 57 och 67, samt II, s. 43 och 74. I samma ögonblick man börjar tala om »surveillance judiciaire» är man däremot inne på ett annat område än det här behandlade; detta fall sammanhänger med domstolens rörelsefrihet vid reaktionernas bestämmande.

allmänhet står att vinna genom införandet i processlagstiftningen av lättare form för bagatellmåls avgörande, t. ex. genom institutet strafföreläggande,⁶⁰ utan att något intrång göres på straffhotets generalpreventiva funktion, synes åtalseftergift på grund av brottets lindriga beskaffenhet icke böra förekomma.

Ytterligare ett skäl mot åtalseftergiftens användande utslutande på grund av det konkreta fallets obetydlighet förtjänar framhållas. Om man såsom korrektiv mot institutets ogynnsamma verkningar använder systemet med eftergiftens villkorlighet och eventuella förening med åtskilliga inskränkningar i den skyldiges frihet för avsevärd tid framåt, uppställer sig frågan om lämpligheten med hänsyn till individens rättssäkerhet av att överlåta bestämmanderätten i dessa så att säga positiva avseenden åt åklagarmyndigheten. Detta spørsmål är icke av enbart straffrättslig art och skall här icke närmare behandlas, men för svensk rätts vidkommande torde en sådan princip knappast böra förordas.⁶¹ Lika stora betänkligheter väcker däremot icke tanken att låta åklagarmyndigheten handhava ett med åtalseftergift kombinerat varningsinstitut. För att detta skall kunna fungera likformigt och generalpreventivt fruktbärande kräves dock, att varningen användes regelmässigt och i viss utsträckning och anförtros åt ett centralt organ, vars kompetens motsvarar fallens frekvens och vars statsrättsliga ställning är likartad med en domstols.⁶²

Till sist kan förhandenvaron av ett otvivelaktigt behov av minskning ifråga om rättskipningens befattning med allehanda bagatellartade förseelser sägas utgöra ett observandum, när det gäller principerna för det kriminaliserade områdets omfattning och den allmänna betydelsen för lag-

⁶⁰ Här om se *PK I* s. 170 f. samt *PLB II* s. 37 f. och s. 493 f.

⁶¹ *PLB* har icke heller upptagit denna tanke i sitt förslag. Måhända sammanhänger denna svenska synpunkt med en starkare känsla för maktfördelningsprincipen än vad fallet är i exempelvis norsk och dansk samhällsuppfattning. Jfr om närbesläktade spørsmål nedan s. 173 f.

⁶² Jfr nedan s. 159 f. om varningsinstitutet samt ovan not 57 om den särskilda befogenheten för polismästare att meddela varning.

lydnaden av de straffbara handlingarnas ständiga utökning med nya exemplar, betingade av samhällsutvecklingens tempo i vår tid. Detta ytterst vanskliga problem ur den allmänna samhällsläran skall här ej ventileras, men det torde vara obestriddligt, att institutet åtalseftergift icke är det rätta medlet att neutralisera de svårigheter straffrätten här kämpar med.

Om vi sålunda i det stora hela vidhålla den s. k. legalitetsprincipens företrädare på både teoretiska och praktiska grunder, sker det likväl med reservation för de ovan berörda fall, då specialpreventiva skäl göra anställandet av rättgång synnerligen olämpligt eller onödigt och de generalpreventiva synpunkterna oftast tillgodoses genom andra ingripanden från samhällets sida. I jämbredd med dessa sistberörda fall står en tredje grupp av tillfällen, då åtal ej alltid kan anses lämpligt eller erforderligt av allmänna hänsyn, nämligen då den brottslige redan undergår bestraffning för annat brott. Hithörande speciella spörsmål skola behandlas i annat sammanhang;⁶³ här skall endast deklarerat, att principiella skäl icke kunna anses föreligga mot åtalseftergift i dessa fall, vilka ju också höra till de oomtvistade standardexemplen på åtalseftergiftens lämplighet.⁶⁴

Till sist vilja vi till undanröjande av missförstånd framhålla, att vår principiella ståndpunkt till åtalslegaliteten icke innebär något påstående att domstolsförfarandet i åtskilliga fall, där eftergift av straff ifrågasatts, skulle vara tillfredsställande ordnat. Särskilt beträffande ungdomliga lagöverträdare torde behovet av en helt ny organisationsform eller åtminstone av ett lättare och smidigare samarbete

⁶³ Dessa frågor kunna icke besvaras på ett generellt sätt, då arten av den pågående behandlingen, tidpunkten för brottets begående, de formella reglerna om en behandlingsforms utbytande mot en annan, etc. spela en avgörande roll för behovet av åtal.

⁶⁴ Se *Engströmer a. a. s.* ävensom *PLB II* s. 257 f. samt där åberopade lagrum. Observeras bör dock, att endast i den mån straffet för det nyupptäckta brottet är av relativt ringa betydelse, regeln är oomtvistlig; jfr *danska RPL* 723 § och *norska SPL* 85 §. Är detta ej fallet eller har det nya brottet begåtts efter domen för det förra brottet, tarvas att själva åtalets anställande och genomförande framträder som uppenbart olämpligt.

mellan åklagare, domstol och samhällets organ för ungdomsvård vara i ögonenfallande.⁶⁵

Strafflagens upprätthållande genom samhällsorganens verksamhet betingas icke endast av dessas effektivitet vid brotts upptäckande och beivrande utan även av säkerheten för den anhängiggjorda rättegångens behöriga genomförande och i dess riktiga resultat. Strängt taget kan hela straffprocessrätten sägas vara byggd på en avvägning mellan å ena sidan de generalpreventiva kraven såväl som den specialpreventiva synpunkten att förfarandet skall leda till varje tilltalad persons sakerförklarande och lämpliga behandling,⁶⁶ om han verkligen är skyldig till brottslig gärning, och å andra sidan de från andra utgångspunkter hävdade kraven på största möjliga säkerhet för individen att icke bli oskyldigt fälld för brott eller underkastad en reaktion, för vars stränghet omständigheterna icke giva tillräckliga skäl.⁶⁷ Spänningen mellan dessa delvis oförenliga grundsatser har i olika rättssystem och under olika kultur-epoker avletts på olika sätt⁶⁸ och med växlande framgång.

⁶⁵ Se SvJT 1938 s. 599 samt *Messerer* i ZStrW 56 s. 483 f.

⁶⁶ Om straffprocessens struktur med hänsyn till den i texten nämnda motsättningen mellan domstolens olika uppgifter, se *Agge* i SvJT 1937 s. 617 f. Dessutom föreligger i straffprocessen en viss spänning mellan de båda preventionsprinciperna på det sätt, att hänsynen till den brottsliga personliga egenart kan synas motivera en särbehandling i processuellt hänseende, medan en sådan anordning kan synas oförenlig med det för den allmänna respekten för lagen viktiga kravet på lika behandling av alla medborgare. Vi återkomma härtill i texten.

⁶⁷ Att nämnda rättssäkerhetsintresse åtminstone i dess förstnämnda led djupare sett är väl förenligt med generalpreventiva tankegångar framgår av vad tidigare anförts om rättfärdighetsidéernas betydelse för moralbildningen och medborgarnas lojalitet. Den i texten behandlade spänningen bottnar i processinstitutets ofullkomlighet och gäller frågan vilkendera bristfälligheten är ödesdigrast för laglydnaden: att tilltalade brottslingar bli oskyldigt dömda eller frikända, ehuru skyldiga. Frågan kan icke besvaras med något anspråk på allmängiltighet; om tonvikten lägges på den ena eller andra faran beror kanske ytterst på det historiskt betingade behovet av garantier mot missgrepp i den ena eller i den andra riktningen.

⁶⁸ Uppenbarligen sammanhänger den teoretiska motsättningen mellan inkvisitorisk och akusatorisk processform med nämnda spänning, uppfattad mot den franska revolutionens ideologiska bakgrund; jfr *Agge* i JFFT 1934 s. 167 f. Rent sakligt sett betyder emellertid inkvisitorisk processform ingalunda med nödvändighet ett slopande av de genom akkusationsprincipen framdrivna rättssäkerhetsgarantierna, utan utgör en processteknisk lösning av frågan om åklagarens uppgift och förhållande till domstolen, sedan man väl

Det vore därför av intresse närmare undersöka straffprocessens struktur med hänsyn till dess betydelse för strafflagens upprätthållande ävensom att söka beräkna det försvagande av lagens generalpreventiva inflytande, som skulle kunna bli följden av rättssäkerhetskravets absoluta beaktande på olika stadier av proceduren⁶⁹ och beträffande vissa speciella processrättsliga institut.⁷⁰ Denna uppgift måste dock betecknas såsom central för en annan del av rättssystemet än straffrätten och skall här lämnas å sido.

insett att analogien mellan civilprocessens parter, å ena sidan, och nämnda statsfunktionär och den för brott misstänkte, å andra sidan, ävensom talet om »Waffengleichheit» mellan åklagare och tilltalad är ohållbar. Med rätta framhåller *Henkel* i DS 2 (1935) s. 144: »Sonderfunktion im Strafverfahren müssen aber nicht notwendig Parteifunktionen sein.» Jfr *Agge* i SvJT 1937 s. 623 f., *Hurwitz* a. a. s. 33 f., *Palmgren* a. a. s. 19 f. samt *Freisler* i Das kommende Deutsche Strafverfahren, s. 33 f. *Gallas* i ZStrW 58 s. 636 f. söker påvisa det inre sammanhanget mellan partstanken i straffprocessen och uppfattningen om straffrättskipningens mål att angiva »ein Werturteil über den Verdächtigen und sein Verhalten», vilket straffteoretiskt är något mera än »lediglich ein Akt zweckmässiger Verbrechensbekämpfung». På ungefär samma sätt argumenterar *Dahm* i DS 2 (1935) s. 260 f. med utgångspunkt från teorien om straffet såsom »ein Mittel zur Reinigung der Gemeinschaft durch Ausstossung des Verbrechers und durch Sühnung der Missetat», d. v. s. enligt den ovan s. 56 f. behandlade integrationsläran och hävdar, att »die Klage ist ein wesentlicher Bestandteil des Strafverfahrens» liksom i civilprocessen. Detta må äga ett visst berättigande men däremot motiverar förf. icke varför formen för det fortsatta förfarandet skulle hämtas från den civilprocessuellt tänkta partsprocessen. Utgår man emellertid från en annan straffteori, enligt vilken straffet har ett rent preventivt ändamål, därvid den brottslige just på grund av sitt brott underkastas en för samhällets skull nödvändig reaktion, synas de reella rättssäkerhetsgarantierna viktigare för den tilltalade än den formella konstruktionen av förfarandet, vilket dock aldrig kan fördölja det faktum, att domstol och åklagare, ev. under medverkan av andra samhällsorgan eller t. o. m. den misstänkte och hans förvarare, samverka för uppnåendet av ett visst socialt resultat.

⁶⁹ Medan rättssäkerhetens tillgodoseende på det förberedande stadiet måste anses alldeles särskilt påkallad, därför att misstanken mot undersökningens objekt ännu ej förtätats till en anklagelse, grundad på objektivt sannolika skäl, är just den misstänktes förseende med diverse partsrättigheter redan på detta stadium lätt förlamande på polisutredningens effektivitet och generalpreventiva betydelse. På huvudförhandlingens stadium äro de båda principerna lättare förenliga.

⁷⁰ Vi nämna allenast tvångsmedlens anordnande, där spänningen mellan enskilt rättssäkerhetsintresse och brottmålsutredningens energiska bedrivande är särskilt stark, vidare betydelsen för strafflagens upprätthållande av den enskilda åtalsrätten, målsägandens engagerande i brottmålet genom adhesionsprincipens uppställande o. s. v. Jfr om de två sista frågorna 16. *NJM* (1934) s. 178 f., *Palmgren* a. a. s. 57 f. samt *Agge* i JFFT 1937 s. 272 f. och SvJT 1936 s. 241 f. ävensom *Gleispach* i Das kommende deutsche Strafverfahren, s. 509 f.

Det bör emellertid uttryckligen framhållas, att vissa av straffprocessrättens normer, däribland dess bevisregler, särskilt principerna för bevisuppskattningen och bevisbördans fördelning, utövar ett icke ringa inflytande på de straffrättsliga problem, vilka möta vid brottsbegreppets analys och i hela lagstiftningstekniken.⁷¹

Icke blott med hänsyn till det mer eller mindre ofelbara resultatet av processförfarandet äga emellertid de skilda reglerna för detta förfarande betydelse ur generalpreventiv synpunkt, utan uppmärksamhet måste också ägnas det inflytande på allmänhetens respekt för strafflagen, vilket kan tänkas härröra ur rättegångsväsendets funktion såsom sådan; anledning finnes nämligen till antagandet att straffprocessen såsom rättsinstitut i en viss utsträckning verkar avskräckande och kanske morallbildande utan hänsyn till dess betydelse för strafflagens genomförande i det särskilda fallet eller i genomsnitt. Då åtskilliga reformfrågor på det straffrättsliga reaktionssystemets område, vilka i annat sammanhang skola beröras, äro intimt förbundna med vissa spörsmål om avvikelser från det ordinära rättegångssättet i brottmål,⁷² synes det oss försvarligt att jämväl i straffrättsligt sammanhang giva uttryck åt några allmänna synpunkter på det processuella förfarandet.

Att det statliga rättegångsförfarandet i brottmål på ett betydelsefullt sätt sysselsätter samhällsmedlemmarnas föreställningar torde vara odisputabelt. De offentliga rättsförhandlingarnas tidigare så dominerande roll har i våra dagar till stor del övertagits av pressen,⁷³ men därigenom har ingalunda allmänhetens kontakt med straffrättskipningen försvagats, om än tonvikten på ett ganska ödesdigert

⁷¹ Vi nämna som exempel läran om grunderna för rättsstridighetens bortfallande och om dolus och culpa.

⁷² Hit räkna vi också frågor om domstolsorganisationen för vissa brottmål, t. ex. mot ungdomliga förbrytare.

⁷³ Opinionsbildande och suggererande verkar naturligtvis också den populära framställningen av diktade kriminalfall i film och s. k. skönlitteratur; jfr *Berglin* i Festskrift för Kinberg, s. 36 f., samt *MAK* 1938: 330.

sätt kommit att ligga på ovanliga och patologiska brottsfall.⁷⁴

Att utsikten att bli föremål för misstanke om brott, för polisutredning och ställande inför domstol i många fall utövar ett avskräckande inflytande på potentiella lagöverträdare är sannolikt;⁷⁵ i vissa fall stiger obehaget av proceduren till något med själva straffet likvärdigt.⁷⁶ Under tider av mera brutal straffrättskipning framträder onekligen i straffprocessen många drag av den misstänkte avsiktligt tillfogat lidande, vilket icke hade något för procedurens genomförande nödvändigt syfte utan snarare närmade sig en typ av straff på grund av sannolik misstanke om brottet.⁷⁷ Reminiscenser av detta betraktelsesätt förekomma säkerligen på vissa punkter i vår processordning, t. ex. i reglerna för häktningsinstitutet.⁷⁸ Att avskräckningsprincipen i dess

⁷⁴ Det sagda synes framför allt gälla storstadspressens kriminalreportage, medan landsortens lokalblad stundom giva exempel på en korrekt och summarisk redogörelse för samtliga viktigare mål, som handlagts vid ett visst rättegångssammanträde med resp. underrätter.

⁷⁵ Icke minst med hänsyn till de svårigheter som kunna uppstå i förhållande till medbrottslingar, vilka icke ännu ådragit sig misstankar från polisens sida, eller med hänsyn till annan oupptäckt brottslighet av grövre art eller olaglig verksamhet, som den tilltalade fruktar samtidigt skola komma i dagen.

⁷⁶ Beroende på den tilltalades ställning och det påstådda brottets art kunna de sociala sanktionerna sätta in med full styrka redan på detta stadium.

⁷⁷ Från äldre fransk doktrin citerar *Glasson*, *Histoire du droit de la France*, VI, s. 638, följande uppriktiga förklaring till fortsatt kvarhållande i häkte av den som, trots tortyr, ej erkänt det påstådda brottet: »cette pénitence de la prison est le juste châtement de la mauvaise présomption qui existe contre lui». Härmed bör jämföras det år 1934 ur svensk rätt avlägsnade institutet ställande under framtiden för brott, som tidvis kombinerats med en rätt för domstolen att besluta om den misstänktes kvarhållande »på bekännelse» i fängelset därest »hans ondska eller vanart göra hans vistande på fri fot vådeligt för allmänna säkerheten». Det är av intresse att konstatera huru samhällets behov av säkerhetsåtgärder mot farliga personer här arbetar sig fram, ehuru lagstiftaren icke kan finna den riktiga platsen för dessa åtgärders inordnande i lagen; jfr *Gammel*, Om ställande under framtiden, s. 27 f., *Naumann* i NT 1864 s. 613 f. och *Stjernberg*, Kriminalpolitik, s. 126 f. Erinras bör också om att den som flydde ur häktet eller höll sig undan i äldre tider än dömdes skyldig till brottet, än dömdes ärelös på grund av sagda processuella förhållande; jfr *His*, *Geschichte*, s. 76 f. Det sagda gäller naturligen också i högsta grad, om tortyr av en eller annan beskaffenhet i syfte att framtinga bekännelse. Var den torterade skyldig, medförde tortyren ett betydligt plus till det i lagen fixerade straffet; i motsatt fall saknades varje rättsgrund för ett avsiktligt tillfogande av lidande; jfr härom redan *Beccaria* s. 58 f.

⁷⁸ Vi syfta särskilt på stadgandet i SP 19 § 5 p. om s. k. obligatorisk häktning i grövre brottmål. *Granfelt*, Straffrättslig häktning, s. 14 f., hänvisar med

äldre form baserades icke blott på de konkreta och åskådliga affliktiva straffarterna utan ock på formerna för processens genomförande torde knappast böra betvivlas.⁷⁹ Då som nu låg det avskräckande i utsikten till rättegång närmast i de sociala sanktioner som lätt drabba dem, som inför allmänhetens ögon nödgas figurera som beskyllda för brott, vilka kunna anses på ett mera markant sätt stöta den gängse samhällsmoralen. I vad mån detta sociala ogillande historiskt och psykologiskt har sitt ursprung just i de äldre processformernas inhumana prägel undandraget sig närmare bedömande men synes icke osannolikt.

Genom att över huvud bringa den misstänktes brott till allmänhetens kännedom genom rättegångens offentlighet kan man även i nutiden icke oväsentligt förstärka strafflagens generalpreventiva effekt och inskräpa dess karaktär av gällande normordning för medborgarna. Då vi emellertid i det följande taga avstånd från varje medveten strävan hos en modern och human lagstiftare att på ett mera prononcerat sätt utnyttja det processuella förfarandets of-

rätta till detta stadgandes historiska förutsättningar, nämligen en straffrättslig reaktion i bargärningsmål, medan *Skarstedt*, Om straffprocessuella tvångsmedel. II, s. 179 f., och *Hassler*, Föreläsningar över den svenska kriminalprocessen. I, s. 194 f., finner detsamma giva uttryck åt en processrättslig presumtion. Lika godtyckligt som det är att alltid anse processens behöriga genomförande kräva frihetsberövande utan undantag i dessa mål, lika olämpligt är det att reglera ett brottspreventivt frihetsberövande i samband med de processuella tvångsmedlen. Att därvid antaga, att de kriminalpolitiska skälen för ett dylikt preventivhåkte alltid äro förhanden i nämnda fall, är dessutom ur straffrättslig synpunkt godtyckligt; jfr *Stjernberg* i TfR 1928 s. 217 f. Då *PLB* 24:1 upptager brottspreventionen som häktningsgrund, kan detta försvaras som ett provisorium och äger det företrädet framför gällande rätt, att åtgärden gjorts beroende på omständigheterna i det särskilda fallet. Förhållandena efter fällande dom i lägre instans, sättet för häktnings verkställande och tillämpningen av stadgandet i SL 4:12 om häktningstids avräknande från ådömt frihetsstraff bidra också f. n. till en föga önskvärd sammanblandning mellan detta processuella tvångsmedel och straffrättsliga reaktioner. I sistberörda avseende bör å andra sidan framhållas, att häktningstiden, trots sin formella inkommensurabilitet med straff, dock förtjänar beaktande vid en straffmätning efter vedergälningsprinciper, en omständighet som framhålls av *Stjernberg*, Straffrättsliga studier, s. 72 f. I ett individualpreventivt reaktions-system ställer sig saken annorlunda och den hänsyn, som bör tagas till häktningstidens betydelse för den dömdes rätta behandling, synes icke kunna uttryckas i en formell avräkningsregel.

⁷⁹ Typiska uttalanden i denna riktning återfinnas hos *Bentham-Dumont* II s. 260 f.

fentlighet som självständig generalpreventiv faktor i stället för att inskränka dess funktion till sitt egentliga syfte att vara ett medel för strafflagens effektuerande i det särskilda fallet, sker detta icke enbart med hänsyn till de starka specialpreventiva skäl, som kräva ett neutraliserande av den offentliga processformens påtagliga nackdelar och obilligheter,⁸⁰ utan också med hänsyn till andra generalpreventiva synpunkter än de tidigare berörda.

Vi antydde ovan, att brottmålsförhandlingarnas och kriminalreportagens inflytande på allmänheten icke vore av enbart samhällsnyttig art. Frågan om huru härmed förhåller sig är icke för våra nordiska förhållanden närmare utredd⁸¹ och kräver för sitt besvarande en grundlig socialpsykologisk undersökning. Åtskilliga tecken tyda dock på att det suggestiva momentet hos nämnda åskådningsmaterial är avsevärt⁸² och naturligen då närmast hos människor med rörligt effektivt, såsom unga personer och vissa grupper av psykopater. Exempelsmittan är icke att förneka i de senare årens brottmålskrönika, och även rent intellektuella rön ifråga om kriminaltekniska metoder göras av mera reflekterande brottslingar i icke ringa grad med ledning av pressreferat och åhörandet av domstolsförhandlingar.⁸³

En alltför detaljerad kännedom om brottsutredningar och rättegångsförhandlingar i grövre brottmål är vidare skadlig ur en annan, mera indirekt synpunkt. Den samhällsgagnande moralbildningen bland medborgarna förutsätter, att lagen och de rättshandhavande organen dirigera och humanisera de förefintliga rättvise- och vedergällningsin-

⁸⁰ Icke minst därigenom att pressens uppmärksamhet liksom allmänhetens intresse för rättssaker fördelas i högsta grad ojämnt och oberäkneligt.

⁸¹ Jfr *Hurwitz* i 17. NJM (1937). Bil. I, s. 11 f., som med hänvisning till bristen på exakt kunskap om dessa förhållanden manar till försiktighet i omdömena.

⁸² Detta gäller i kanske ännu högre grad mer eller mindre fantasifyllda skildringar från främmande miljöer. Även normalpsykologien måste räkna med människans behov, särskilt i yngre år, att söka handlingsmönster av mera markant slag från yttrevärlden; jfr *H. Mayer* i ZStrW 57 s. 9 f.

⁸³ Sålunda kunna i viss mån »moderiktningar» spåras t. ex. i formerna för rånöverfall, inbrott o. s. v.

stinkterna hos individerna. Lika skadligt som ett i lynchjustis manifesterat, otyglat reaktionsbehov hos massan är för den yttre ordningen, lika fördärlig för samhällsmoralen är en i rättsskipningens former meddelad eftergift åt samma behov i dess mera primitiva skepnad.⁸⁴ Vi återkomma till samma fråga när det gäller straffverkställighetens former;⁸⁵ här torde det vara tillfyllest att påpeka det ur samma synpunkt psykologiskt olämpliga i att genom offentlighetsmaximens restlösa genomförande giva näring åt de i den mänskliga naturen nedlagda hämndeinstinkterna.

Bland grunderna för en obeskuren offentlighet i straffrättsskipningen, anfördes tidigare i allmänhet det ökade skyddet mot godtycklig behandling under rättegången av den tilltalade och en mot honom riktad ensidig inställning hos domstolen vid upptagandet av bevisningen.⁸⁶ Dessa synpunkter beaktas i stort sett bättre av andra processuella institut än regeln om offentligheten.

Därefter kvarstår dock den särskilt i nordisk doktrin framhävda grunden för nämnda maxim, att »Straffesagen altid i egentligeste Forstand er en causa publica, udøver en høj Grad af moralisk Indflytelse paa denne Del af Retshaandhævelsen, forhøjer dens Betydning, dens Tillid hos Folket, skærper de medvirkende Personers, Dommeres og Parters Alvor og Iver i Pligtopfyldelse, ... giver uskyldige den virksomste restitutio famæ og beskytter Domstolene mod ugrundet, uretfærdig Mistæneliggjørelse.»⁸⁷ Allt detta må äga sin riktighet, men torde framför allt hava sin betydelse för partsoffentlighetens obeskurna upprätthållande i modern rättgång.⁸⁸ Gäller det åter offentligheten för publi-

⁸⁴ Straffrättens utveckling mot större rationalisering förutsätter nämligen, att rättskänslan uppfostras till en reaktion mot brottet och icke mot brottslingen; jfr s. 133 f.

⁸⁵ Se nedan s. 128 f. samt s. 167 f.

⁸⁶ Se t. ex. *Goos*, Strafferetsplejens almindelige Grundsætninger, s. 52 f., *Hagerup*, Den norske straffeprocess. I, s. 84, samt *Kleinfeller* i Gerichtssaal 39 s. 417 f.

⁸⁷ *Goos* a. a. s. 53; jfr *Scharling* i UfR 1927 s. 269 f. och *Merkel*, Gesamelte Abhandlungen. I, s. 243.

⁸⁸ Den utvidgning, som på denna punkt föreslås av *PLB II* s. 50 f. och s. 293 f., nämligen i avseende å överrättsproceduren och förundersökningen, är

cum, synas nämnda hänsyn icke stå hindrande i vägen för åtskilliga begränsningar av offentligheten i syfte att skydda enskilda individer från farorna av onödig publicitet.

Betraktar man särskilt den genom brottet kränktes intressen, synes det ju uppenbart att största hänsyn måste tagas till hans intressen av diskretion i ömtåligare fall, där-est icke den generalpreventiva principens hävdande skall leda till det mot rättsordningens syfte stridande resultatet, att rättskipningen i anledning av vissa brott tillfogar ej blott brottslingen utan ock hans offer ett avsiktligt lidande.⁸⁹ Vi få icke heller glömma att målsägandens nyssnämnda intresse i vissa fall lett till att det allmänna åtalet gjorts beroende av målsägandens angivelse;⁹⁰ skulle nu själva processen vara för målsäganden alltför plågsam är det möjligt att han på denna grund underlåter angivelse, varigenom just straffhotets effektivitet försvagas. Dessa överväganden hava också hos oss lett till bestämmelsen om handläggning inför lykta dörrar av utpressningsmål men torde kunna motivera en mera allmän regel om rätt för domstol att diskretionärt pröva och bifalla rätt målsägandes begäran om offentlighetens uteslutande. Icke heller torde några allmänstraffrättsliga skäl kunna åberopas mot tanken att giva möjlighet för domstol att utesluta allmänheten eller vissa personer från rättsförhandlingarna, i fall dessa kunna tänkas utöva ett direkt skadligt inflytande på åhörarna.⁹¹

Vad särskilt hänsynen till den tilltalade själv angår, torde det kunna hävdas, icke blott att ungdomliga lagöverträdare,

enbart av godo men måhända ej tillräcklig. Jfr *Löfgren* i TSA 1937 s. 11 f., som pekar på det betänkliga i frånvaron av regler, vilka giva parterna rätt till kontroll av det material å vilket överrätten vid sidan av den ev. förekommande partsförhandling bygger sin dom.

⁸⁹ Jfr nedan s. 169 f.

⁹⁰ Här om se 16. NJM s. 179 f.

⁹¹ På denna punkt synes såväl gällande rätt som den av PLB 5:1 föreslagna regeln något snäv, nämligen då man använder uttrycket »för ansändigheten och sedligheten stötande» e. d. Även i andra fall, t. ex. vid typiska råhetsförbrytelser, kunna förhållandena påkalla publikens avlägsnande ur rättssalen. Jfr formuleringen av 6 § i 1911 års KF ang. biograf föreställningar ävensom *Hurwitz* a. a. s. 46 f.

såsom även i vår rätt är fallet,⁹² böra skyddas mot publiciteten med dess för brottslingens återanpassande direkt hinderliga följder utan även att andra kategorier av förstagångs- och tillfällighetsförbrytare av samma skäl skola åtnjuta motsvarande förmån.⁹³ Visserligen är det riktigt som Hurwitz påpekat, att offentligheten såsom generalpreventivt kampmedel härigenom göres obrukbart just beträffande sådana kriminella, som ha mest respekt för det samma; »til denne Type hører den tøvende, af Modforestillinger hæmmede Begynder», framhåller författaren.⁹⁴ Häremot kan invändas, att den tvekande brottslingen ju icke med bestämdhet kan räkna med att domstolen just i hans fall finner offentligheten böra uteslutas; han kanske icke heller känner undantagen från offentlighetsprincipen. Men i varje fall torde man i likhet med nämnde författare böra giva de specialpreventiva principerna företräde så långt förbättringssträvandena i den kriminalpolitiska behandlingen av fallet dominera, d. v. s. då villkorlig dom eller vissa lättare skyddsåtgärder⁹⁵ kunna ifrågakomma i det särskilda

⁹² Vid en jämförelse mellan hittillsvarande regler i 1924 års lag, innefattande bestämmelser om förfarandet i brottmål rörande vissa minderåriga, och den av 1939 års riksdag i enlighet med *KPr 1939: 86* antagna lagen med vissa bestämmelser om mål rörande brott av underårig, 1 §, märkes en utvecklingstendens i den här förordade riktningen: höjning av åldersgränsen för de brottslingar som skyddas, principiell rätt till offentlighetens uteslutande samt regelns anpassande efter förhållandena, i det en mindre, av saken direkt berörd personkrets dock tillåtes närvara. Enligt den samtidigt antagna lagen om särskild förundersökning i brottmål, 6 §, har dessutom ytterligare inskränkningar i rättegångens offentlighet med hänsyn till privatlivets helgd införts dels därigenom, att den princip om förhandling inför lyckta dörrar vid fördragning av förundersökning i brottmål, som hittills haft avseende allenast å minderåriga och dem, för vilka frågan om villkorlig dom väckts, indirekt utvidgats, i det att särskild förundersökning numera blivit möjlig i åtskilligt flera brottmål än tidigare, dels därigenom att det i undersökningen ingående material, som sålunda undandrages offentligheten, är mera omfattande än vid förundersökning enligt hittills gällande lag.

⁹³ Naturligen bör härvid hänsyn tagas till att det allmänna intresset av målets offentliga handläggning kan vara särskilt stark vid en viss gärningstyp, t. ex. vid ämbetsbrott, där allmänhetens rätt till insyn i den offentliga förvaltningens handhavande är ett speciellt intresse, som måste tillgodoses, allra helst då den privata åtalsrätten såsom kontrollmöjlighet är utesluten.

⁹⁴ Hurwitz i 17. NJM. Bil. I, s. 31 f., fäller dessa uttalanden närmast om pressreferat, men tankegången har motsvarande betydelse redan beträffande domstolsförhandlingarnas offentlighet.

⁹⁵ Vad härmed åsyftas utredes nedan s. 138 f. samt i arbetets senare avsnitt.

fallet, en tanke som vunnit burskap i nyare svensk lagstiftning.^{95a}

Betydelsefullare än offentlighetsprincipens begränsning i egentlig mening är emellertid den obestridliga nödvändigheten att komma till rätta med den nutida tidningspressens kriminalreportage.⁹⁶ Denna fråga som alltmer observerats i de nordiska länderna är icke minst för vårt lands del med dess ganska egenartade tryckfrihetslagstiftning av synnerligen svårlöst beskaffenhet. Från straffrättslig synpunkt kunna visserligen de allmänt spridda tidningarna sägas fylla en viktig brottsprevenande roll på flera sätt.⁹⁷ Upplysning om faror och risker, för vilka medborgarna äro utsatta från brottslingars sida och om de säkerhetsåtgärder, som kunna vidtagas i anledning härav, är säkerligen av profylaktiskt värde. Medborgarnas tillit till kriminalpolis och domstolar och därmed deras känsla av trygghet befordras givetvis genom redogörelser för en framgångsrik rättskipning. Kunskapen om att strafflagen effektivt tillämpas bidrager naturligen på sätt vi ovan utvecklat till respekt för lagen i form av såväl moralbildning som direkt avskräckning. Allra helst om pressen i samband med brottmålsreferaten bedriver en förnuftig och objektiv propaganda mot vissa typer av kriminalitet, t. ex. grövre trafikförseelser och mot det för all brottslighet så ödesdigra missbruket av alkohol, kan allmänhetens moralbildning i anslutning till lagens normer både utvidgas och fördjupas.

Det är emellertid väl att märka, att allmänhetens nu berörda påverkan i gynnsam riktning genom pressens brottmålsreferat utövas av typexempel och ingalunda är proportionell till mängden — varken den absoluta eller den relativa — av återgivna fall. Icke heller beror den eftersträfvade effekten på en protokollariskt noggrann redogörelse för omständigheterna vid brottets begående eller allra

^{95a} Jfr ovan not 92.

⁹⁶ Se särskilt *Hurwitz* i 17. NJM. Bil. I.

⁹⁷ Jfr *Hurwitz* sist a. a. s. 10 och där anf. litt., *Stæhelin* i SchwZ 52 s. 259 f. samt *Aschaffenburg* s. 244 f.

minst den brottsliga person och privata förhållanden; allmänhetens genom strafflagen påverkade föreställningar om brott och straff anknyta sig nämligen i huvudsak till gärningstypen i dess mera lättfattliga yttre skepnad.⁹⁸ I den mån de till individerna hänförliga fakta understrykas i pressen, komma lätt de goda verkningarna av publiciteten i skymundan för det osunda och suggestiva momentet i allmänhetens intresse. Goda skäl tala sålunda för att inskränkningar göras i tryckfrihetens bruk på nu berörda område, utan att därför strafflagens generalpreventiva effekt behöver nämnvärt försvagas. De erfarenhetsfakta som kunna anföras på denna punkt giva icke något stöd för sådana farhågor.⁹⁹ Hur långt man bör sträcka sig, när det gäller att utforma reglerna för pressfrihetens begränsning, beror naturligen i hög grad på processlagstiftningens ståndpunkt till domstolsförhandlingarnas offentlighet, men de båda problemen behöva ej lösas efter helt parallella linjer. Sålunda kunna till en början tänkas fall, då av hänsyn till den tilltalade eller annan enskild person eller till allmänna intressen rättegångsförhandlingarna hållas inför lyckta dörrar, medan tillräckliga skäl icke finnas att förbjuda tillgång till handlingarna i målet och referat därav i pressen.¹⁰⁰ Sålunda är den svenska sekretesslagstiftningens ståndpunkt riktig, att denna sistnämnda befogenhet göres beroende på omständigheterna i varje särskilt fall då ett mål handlagts på nämnda sätt, men lagliga möjligheter givas icke i vår tryckfrihetsrätt för domstolen att kontrollera tidningsreferatens innehåll i de fall protokollen förbliva offentliga och att därmed dirigera pressen, så att å ena sidan det allmänna, bl. a. generalpreventiva, intresset för

⁹⁸ Se ovan s. 84 f.

⁹⁹ Vi syfta på handhavandet av de förvaltningsrättsliga tvångsåtgärderna, vilkas förhandenvaro spelar en icke obetydlig generalpreventiv roll; dock skall medgivas att läget här är något annorlunda, i det att det repressiva tvånget i alkoholistlagen, lösdruvarlagen o. s. v. främst äger betydelse för ett speciellt, i allmänhet om dess förhandenvaro väl underrättat klientel.

¹⁰⁰ T. ex. då hänsynen till målsäganden, vittnen o. s. v. kräver deras hörande i intimare former, utan att ett korrekt pressreferat bör vara uteslutet; jfr *PLB* 5:1.

straffrättskipningens handhavande tillgodoses, medan å andra sidan enskilda intressen i ovan angivna syfte skyddas. I stället för en lämplig medelväg leder sålunda sekretesslagens ståndpunkt till endera full publicitet eller fullständig hemlighet. Vidare kunna också förekomma sådana tillfällen, där tillräcklig grund för offentlighetens uteslutande saknas men det vore synnerligen önskvärt att pressens meddelanden om brottmål kontrollerades, dels för att minska det skadliga inflytandet på allmänheten av sensationsreportage,¹⁰¹ dels för att skydda personer i särskilt utsatt ställning från en ekonomisk och ideell skada av dylikt reportage, vilka verkningar icke stå i någon proportion till brottet och lätteligen åstadkomma en förkastlig klassskillnad inför lagen.¹⁰² För tillskapandet av en domstolskontroll av nu berörda slag saknas emellertid över huvud förutsättningar i grundvalarna för vår tryckfrihetslagstiftning.

Vi hava antytt, att i det ena som det andra fallet domstolen skulle utöva den erforderliga censuren, en tanke som naturligen kan synas stridande mot våra principer om en grundlagskyddad eller åtminstone i allmän lag skyddad tryckfrihet. Men till försvar för principen kan, såsom Herlitz¹⁰³ beträffande den förstnämnda typen av domstolsbefogenheter anmärkt, åberopas, att då det ju tillkommer dom-

¹⁰¹ Särskild uppmärksamhet torde böra ägnas åt rubriksättning samt illustrationer och övriga typografiska arrangement med suggestiv effekt. Jfr *Hurwitz* sist a. a. s. 69 f. samt *danska* RPL 1017 §. Vad gällande *svensk* rätt angår, givas icke tillräckligt vittgående lagbestämmelser för sensationsreportagets hindrande såsom allmän företeelse: såväl SL 8:14 och 10:14 a som TFO 3:8, 9 och 12 torde för straffbarhet kräva, att det lämnade meddelandets innehåll är positivt osant eller förvrängt — icke enbart tendentiöst eller sensationellt — varjämte i de senare fallen tryckfrihetsprocessens alla godtyckligheter undergräva reglernas allmänpreventiva funktion. F. ö. torde de nämnda oarterna hos pressen böra bekämpas med lämpligare och effektivare medel än enbart kriminalisering av redan skedda excesser. Det sist sagda äger sin motsvarighet, när det gäller enskild persons skydd mot för honom årekränkande eller eljest skadebringande reportage enligt stadgandena i SL 11:8 och 16 kap. Jfr *SOU* 1935:8 s. 119 f. om lögnaktiga framställningar och s. 142 f. om ifrågasatt skyldighet för pressen att införa beriktigande av oriktiga meddelanden ävensom SL 16:4.

¹⁰² Jfr *Hurwitz* sist a. a. s. 31 f.

¹⁰³ *Herlitz*, *SOU* 1927:2 s. 116.

stolen att inom lagstadgandenas ram i varje särskilt fall avgöra om omständigheterna påkalla ett måls handläggning inom lyckta dörrar, det icke kan vara betänkligt att även i avseende å handlingarnas fortsatta hemlighållande lägga avgörandet i rättens hand. Vi vilja anförä ytterligare några skäl för vår ståndpunkt. Redan gällande sekretessbestämmelser giva på andra socialt betydelsefulla områden än rättskipningens åt olika samhällsorgan en diskretionär befogenhet att bedöma frågan om vissa handlingars utlämnande under betraktande av riskerna för materialets användande i ohemult syfte.¹⁰⁴ Denna rätt, som tillkommer relativt okvalificerade myndigheter, skulle naturligtvis med största trygghet kunna anförtros åt domstol, desto mer som straffrättskipningen genom utvecklingens gång alltmer antagit formen av social omvårdnad.¹⁰⁵ En annan synpunkt, som också förtjänar något beaktande, vinnes genom en jämförelse mellan å ena sidan den nästan obeskrifliga friheten, som hos oss finnes beträffande publiceringen av meddelanden om vad i brottmål förekommit rörande en tilltalads tidigareandel och av honom undergången bestraffning, och å andra sidan den stränga sekretess, varmed lagen skyddat straffregistret ävensom handlingar rörande å fångvårdsanstalt och andra tvångsanstalter intagna eller därifrån på prov utskrivna personer.¹⁰⁶ Vi påstå naturligen icke, att straffregistrets omgärdande av sekretess på samma sätt som domstolsoffentligheten utgör resultatet av en avvägning mellan den brottsliga och det allmänna intressen, utan beror därpå, att inga allmänna skäl för registrets offentlighet kunna påvisas, och vi medgiva, att den

¹⁰⁴ Jfr 14 § i 1937 års sekretesslag. I sin strävan att värna offentlighetsprincipen i lag fixerade innehåll beklagar *Reuterskiöld*, Sveriges Grundlagar. D. 3, s. 267, stadgandets uttryck, att utlämnande av handling enligt myndighetens diskretionära prövning kan vägras under vissa förutsättningar. Då emellertid faran för övergrepp från administrativ myndighets sida mot enskild persons frihet o. s. v. bättre värnas genom föreskrifter om verkligt partsskydd i förvaltningsproceduren än genom en schematisk utformad offentlighetsmaxim, synes lagrummet ganska lyckligt avfattat.

¹⁰⁵ Jfr 1912 års *Bet. med förslag till TFO*, s. 141.

¹⁰⁶ Se 8 § i 1900 års lag om straffregister samt 11 § i 1937 års sekretesslag; jfr ock 7 och 8 §§ i 1936 års lag om socialregister.

gjorda jämförelsen därför i viss mån haltar.¹⁰⁷ Vi finna dock diskrepansen ifråga om sekretessreglerna icke tillräckligt motiverad av nämnda olikhet.¹⁰⁸

Man kan till sist, om man vill betrakta tingen reellt, icke förneka, att publiceringen av brottmålsreferat med lagens tysta bifall lätt kan få karaktären av en påföljd av brottet, ett strafflidande, som den brottslige underkastas för generalpreventionens skull liksom egentliga straff; under sådana förhållanden kan det ej rättfärdigas, att domstolen i nämnda avseende berövas sin bestämmanderätt angående måttet av det strafflidande, som med hänsyn till brottets art och den tilltalades person bör åläggas honom.¹⁰⁹

Resultatet av vår undersökning om offentlighetsprincipens sammanhang med den generalpreventiva funktionen i straffrättskipningen kan alltså uttryckas så, att det allmänna föreställningssättet bland medborgarna kräver, att bevis givas för att strafflagen effektueras och att det ligger allvar i statsorganens vilja att befordra lagöverträdarna till straff. Åt dessa bevis givas tillräckligt övertygande kraft, om rättegångsförhandlingar i de olika instanserna i allmänhet äro offentliga och om allmänheten i pressen möter straffrättskipningen i form av genomsnittsnotiser från domstolar och andra organ, medan statistisk fullständighet lika litet kräves som detaljredogörelse för brottslingarnas personliga omständigheter.¹¹⁰

¹⁰⁷ Framför allt på det sätt, att uppgifterna i straffregistret redan äro samlade från olika domstolar och systematiserade med en för vederbörande komprometterande fullständighet. Intet hindrar likväl enskilda eller organisationer att samla uppgifter och tillhandahålla dem åt pressen, ett farligt vapen mot den enskildes ära och ekonomiska intressen.

¹⁰⁸ Av största intresse är i detta sammanhang en undersökning av *Sieverts* i ZStrW 57 s. 772 f. angående ungdomsbrottslingars skyddande mot de menliga följderna av uppgifterna till straffregister o. d. Bl. a. föreslår förf. lagbestämmelser med förbud mot privat samlande av uppgifter av sådan art som registreras i straffregister, särskilda regler om »Tilgung» av uppgifter rörande unga personer, varsamhet vid utfrågande av vittnen om deras frejd etc., allt beaktansvärda uppslag. Förf. avböjer däremot tanken på ett obligatoriskt rehabiliteringsförfarande beträffande unga brottslingar; jfr nedan s. 178.

¹⁰⁹ Härom nedan s. 164 f.

¹¹⁰ Vi vilja här förorda ett införande — på frivillighetens väg — av regler, liknande dem den norske riksadvokaten *Sund* utfärdad år 1932 för kriminalpolisens uppgifter till pressen. Det heter däri bl. a.: »Navne må ikke nevnes;

III. Straffdomen.

Rättegångens mål är det slutliga avgörandet av frågan om den tilltalades skuld till det påstådda brottet samt fastställandet av de rättsföljder, som i händelse av ett jakande svar på skuldfrågan skola inträda för den dömda.¹ Sett från straffrättslig och här närmast allmänpreventiv synpunkt innebär den fällande domen den bekräftelse på straffhotets realitet och strafflagens auktoritet, av vilka faktorer det generalpreventiva värdet av strafflagen är beroende, på sätt vi tidigare utvecklat.² Utöver vad sålunda anförts torde det icke vara nödvändigt att längre dröja vid nämnda processrättsliga funktion hos straffdomen, varigenom denna framträder som ett medel och icke som ett självändamål. Den uppgift som nu närmast åvilar oss gäller undersökningen av straffdomen såsom ett självständigt datum av generalpreventiv betydelse, därvid domens närmare innehåll helt naturligt är av icke ringa vikt. Till undvikande av missförstånd må framhållas, att vi därmed icke syfta på själva det reella innehållet i de sanktioner som fastställas i domen; deras generalpreventiva betydelse framträder vid en analys av reaktionernas innehåll med hänsyn till den effekt deras verkställande åstadkommer. Vad vi här åsyfta är själva det fastställande som sker i domen av brottet och dess rättsliga följder. Domen bildar ett faktum med påtag-

fra denne regel görs dog følgende undtagelse, 1. hvor det gjelder å advare almenheten mot forbrydersk attentat eller lovstridig virksomhet, 2. hvor nevneelse av navn er nødvendig for at ikke mistanke skal rettes mot en uskyldig og 3. hvor navnet tidligere er publisert og må antas velkjent for publikum». I sistnämnda avseende torde dock regler mot pressen böra krävas, som i viss mån hindra dylik notorietet. Se ock i engelsk rätt 1933 års Children and young persons act, 39 §, som giver domstolen rätt förbjuda publiceringen av namn eller vissa andra identifikationsdata på underårig misstänkt, målsägande eller upplysningsperson.

¹ Se *Agge* i SvJT 1937 s. 617 f.

² Ovan s. 101 f. Att domen jämväl har allmänpreventiv betydelse i de fall den blott innehåller en sakerförklaring av den tilltalade utan att ådöma någon straffrättslig reaktion, t. ex. vid otillräknelighet eller rent av då särskilda grunder för rättstridighetens bortfallande motiverat ett frikännande utslag, torde vara obestridligt, när myndigheterna i dessa fall ådagalagt en tillräcklig energi vid lagens upprätthållande. Jfr ang. betydelsen av frikännande domar nedan not 20 och ang. skuldmomentets inflytande på resultatet not 24.

liga verkningar av allmän art. »La plus grande peine d'une mauvaïse action sera d'en être convaincu», säger redan Montesquieu,³ och här i ligger inneslutet en av straffrätts-historien verifierad sanning av genomgripande betydelse. Orsakerna till detta förhållande äro av skiftande slag. I äldre tider, då det ådömda straffets verkställande lämnades åt målsäganden, eller den dömde på grund av straffets innehåll faktiskt prisgavs åt mängdens godtycke, såsom vid fredlöshet och i viss mån vid förvisning från viss ort,⁴ eller då straffet, vilket detta än kunde vara, vid vissa brotts-typer medförde ärelöshet,⁵ innebar redan själva domen en väsentlig del av strafflidandet. Detta förlängdes ytterligare genom en mer eller mindre lynchliknande straffverkställighet och en därpå följande social bojkott, i den mån den bestraffade fått behålla livet. Att detta strafflidande blev särdeles effektivt i små samhällen är uppenbart, och detsamma förstärktes ytterligare genom den starka publicitet, som gavs åt domens avkunnande och straffets verkställande.⁶ Förhållandena i nutiden äro i sak om än i form icke väsentligt annorlunda. Ehuru den organiserade statsmakten tagit straffverkställigheten i sin hand och därigenom och genom straffrättens humanisering begränsat de mera måttlösa former i vilka samhället tidigare givit uttryck för sitt ogillande av brottet och brottslingen, hava dock de socialt menliga följderna av straffdomen icke kunnat avlyftas utan

³ Montesquieu, *L'esprit des lois*, livr. VI chap. 9.

⁴ Jfr särskilt *Winroth* s. 16 f., *Brunner*, *Deutsche Rechtgeschichte*. II, s. 768 f., *His*, *Geschichte*, s. 51 f., s. 76 f.

⁵ Detta torde hava varit fallet i en ganska stor utsträckning redan tidigt, såväl i den romerska som i den germanska rätten. I romersk rätt synas sålunda dom eller åtal icke blott för publika brott under ordinär domsrätt utan även åtskilliga privata brott av dolös eller culpös natur hava medfört en viss infami, även om förlikning träffades om själva straffet; jfr *Mommsen*, *Römisches Strafrecht*, s. 986 f. Vad germansk rätt angår, synes utvecklingen hava lett därtill, att dels vissa brott — de gamla nidingsverken — voro van-ärande och dels vissa straff — särskilt i de fall de ersatte fredlöshetsstraffet — tillika inneburo förlust av ära. Dessutom förekommo särskilda skamstraff såsom huvudstraff eller bistraff. Jfr närmare *Montelius* s. 50 f., *Winroth* s. 24 f., *Levander*, *Brottsling och bödel*, s. 181 f., *His I*, s. 374 f., s. 569 f., *His*, *Geschichte*, s. 92 f., *Dahm*, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittel-alter*, s. 305 f.

⁶ Se *His I* s. 374 f. samt *Levander a. a. s.* 181 f., 236 f.

10. — *Ivar Agge*.

innebära, såsom ovan vid flera tillfällen påpekats, en vid sidan av den av domstolen utmätta samhällsreaktionen löpande, synnerligen verkningsfull sanktion av stor generalpreventiv betydelse.⁷ I själva verket hava icke strafflagstiftningarna på allvar sökt undertrycka dessa utomrättsliga verkningar av straffdomen och tillförsäkra samhällsorganen monopol på att tillfoga delinkventen det strafflidande, som ur preventiv synpunkt kan anses nödvändigt för varje särskild brottstyp. Med skäl kan man hävda, att läget i viss mening komplicerats genom ärestraffens avskrivning helt eller delvis ur rättsordningarna. Ärestraffen i forna tider markerade vilka brott som voro av den beskaffenhet, att de utlöste ett direkt ogillande från hela samhällets sida, i motsats till förbrytelser vilka ansågos angå allenast målsäganden; härigenom verkade dessa straffformer i någon mån som en kanalisering av den eljest måttlösa sociala bojkotten.⁸ Medan nu ärestraffen, som av olika skäl kommit att framstå såsom mera skadliga än nyttiga,⁹ i modern rätt

⁷ Jfr ovan s. 83 f.

⁸ *Montelius* s. 42.

⁹ Förnämligast kunna nämnas individualpreventiva hänsyn till den brottslikes möjlighet att återanpassa sig i samhället genom ärligt arbete, men även rent humanitära synpunkter; jfr *E. Schmidt* i ZStrW 45 s. 25 och *Grünhut* i ZStrW 46 s. 260 f. Dessa synpunkter utvecklas också med rätta i förarbetena till 1936 års svenska lagstiftning, varigenom ärestraffen praktiskt sett avlägsnats ur vår lag; se särskilt *SOU 1935: 60* s. 43 f. Härtill bör blott läggas en enda reflexion. De skadliga verkningarna av den s. k. påföljden i SL 2: 19 vädde säkerligen tyngre än stadgandets nytta ur samhällets skyddssynpunkt, men de kunna icke tillnärmelsevis mäta sig med följderna av den sociala bojkotten mot avstraffade personer. Ärestraffens problem är därför alltså i realiteten olöst, så länge icke samhället kan inskränka denna företeelse till vad som är för detsamma klokt och nyttigt. Jfr nedan s. 176 f. I nyare tysk litteratur medges väl stundom ifrågasvarande olägenheter; så av *Sieverts* i ZStrW 57 s. 772 f. Men oftast betonas äresynpunktens positiva betydelse, främst som moralbildningsfaktor. Sålunda framhåller *Dahm* i DJZ 1934 sp. 826 f., att ärestraffet mer än andra straff verkar generalpreventivt, då detsamma »löst Fernwirkungen aus, über den engen Bereich technischen Verbrechensbekämpfung hinaus». *E. Wolf* förordar i ZStrW 54 s. 561 ärestraffens kombination med frihetsstraffen. »Durch die mit ihnen unlöslich verbundenen Ehrenfolgen werden die Freiheitsstrafen Gesinnungsstrafen und fordern ganz von selbst ein personales Täterstrafrecht. Jede Ehrenstrafe ist notwendig zugleich Gesinnungsstrafe. Es kommt aber darauf an, den Begriff der ehrlosen Gesinnung in die völkische und ständische Auffassung des Verbrechens zu übertragen». De nämnda författarna framhålla som stöd för sina förslag om de grövre frihetsstraffens diffamerande verkan eo ipso, att det enligt allmän rättsuppfattning är brottet och icke straffet

antingen tilldelats andra funktioner¹⁰ eller inskränkts eller undantagsvis helt avskaffats,¹¹ hava de sociala reaktionerna

som nedsätter den brottslige i medborgarnas ögon. Samma tanke uttalas av *Schaffstein* i DS 1 (1934) s. 282, vilken förf. tillägger: »Auch hat man oft unbegreiflicherweise vergessen, dass das berechtigte Misstrauen, das die Umwelt den entlassenen Gefangenen entgegenzubringen pflegt, nicht so sehr auf der Diffamierung durch die Strafe, als auf der Entehrung durch seine eigene Tat und der darin erfolgten Kundgebung seiner Gesinnung beruht». Av dessa skäl spela hos den nu berörda doktrinen ärestraffen såsom självständiga huvud- eller bistraff, ehuru nödvändiga, mindre roll i jämförelse med det allmänna kungörandet i olika former av straffdomar över grövre brottslingar. Att vi ingalunda för vår del känna oss övertygade av argumenten för den formella vanhederns utformande som ett viktigt led i straffsystemet beror bl. a. på att vi finna de framställda åsikterna alltför onyanserade. Man skär alla brottslingar över en kam utan att taga tillbörlig hänsyn till deras olika antecedentia och återanpassningsduglighet, så framt detta icke a priori ligger i denna doktrins brottsbegrepp och påverkar valet av reaktionsform i så hög grad, att ett diffamerande huvudstraff ej tillgripes vid medelsvår tillfällighetskriminalitet; möjligen ligger en antydning här om i påpekandet av *Wolf* a. st., att ärestraffen böra anknyta till en »wertbetonte Typensonderung im Sinn der normativ-personalistischen Tatenlehre». Vad denna kombination av gärningstyp och gärningsmannatyp innebär skall utredas i arbetets senare del; jfr också nedan s. 193 f. Tydligt är emellertid, att argumenten för ärestraffen hos *Wolf* och *Schaffstein* giva uttryck icke blott för absoluta värderingar och eftergifter åt allmänhetens vedergällningskrav utan i minst lika hög grad åt generalpreventiva hänsyn och individualpreventiva skyddssynpunkter. Genom betonandet av själva brottet som diffamerande och straffdomen såsom blott deklaratorisk på denna punkt har man emellertid indirekt medgivit, att ärestraffets allmänpreventiva funktion lika väl fylles av straffdomen såsom sådan. Genom att dessutom betona typiciteten såsom det för moralbildningen väsentliga har man slutligen undanryckt grunden för principen att diffamera brottslingen i stället för gärningstypen; detta sker genom ett regelmässigt tillämpande av lagen på ett större antal fall utan att några rättsliga påföljder av vanhedrande natur formellt behöva förernas med straffet. Endast samhällets behov av skydd mot verkligt farliga, frigivna förbrytare kan då motivera tillgripandet av någon sorts »märkning» av individen.

¹⁰ Dylika funktioner voro naturligen i stor utsträckning typiska även för äldre former av ärestraff; icke blott stympning och brännmärkning av en brottsling utan även infamiens kungörande fungerade såsom en säkerhetsåtgärd mot samhällsfarliga personer. Ehuru ärestraffen i allmänhet i nutida lagar bibehållas förnämligast av praktiska säkerhetsskäl, saknas väl emellertid aldrig helt lidandesmomentet, vedergällningssynpunkten, i deras utformning; sistnämnda moment är ju också det som dominerar i det allmänna föreställningssättet även vid typiska skyddsstraff såsom avsättning som huvud- eller bistraff för ämbetsmän, vid ovärdighetspåföljder av skilda slag etc.

¹¹ Ärestraffen spela jämväl i nutiden en ganska stor roll i åtskilliga lagar och lagförslag. Då den *ryska* strafflagen av år 1926, art. 20, uppställer sanktionsformen offentligt tadel (*le blâme public*) och den ännu strängare formen att förklaras som fiende till regimen (*être déclaré ennemi des travailleurs*) med därmed förbundna rättighetsförluster, är det givet, att man på ett ytterst effektivt sätt släpper lös den sociala bojkotten mot vederbörande, helst som straffrätten bygger på ett rent klasskampsmässigt brotts- och farlighetsbegrepp. Den *italienska* strafflagen av år 1930 känner särskilt i art. 28, 32

emellertid förblivit desamma och på det hela taget lämnats oreglerade av rättsordningen, som genom att giva de ifrågasvarande sociala krafterna ett stort mått av rörelsefrihet faktiskt sanktionerat deras yttringar såsom repressiva reaktioner vid överträdande av statens förbudsnormer. Att detta ur rättssäkerhetens och humanitetens synpunkt icke är tillfredsställande torde knappast kunna betvivlas. Å andra sidan skulle måhända samhället icke med samma resultat som hittills kunna bemästra kriminalitetsproblemet, om de rättsligt reglerade straffen vore den enda reaktionen mot brottet; i själva verket torde hotet om själva straffverkställigheten såsom sådan icke i moderna kulturstater spela lika stor roll som de sociala värdeomdömen som ansluta sig till straffrättskipningen men också fällas vid sidan om strafflagens normering av handlingssätten i samhället.¹²

Straffdomen såsom offentligt uttryckt ogillande av vissa samhällsskadliga handlingssätt torde alltså spela en viktig roll ur generalpreventiv synpunkt, en roll som icke kan eller bör uteslutas med hänsyn till det sociala livets struktur. Denna synpunkt har i doktrinen särskilt framhållits av von Bar,¹³ som också riktigt påpekat ett därmed förbundet psykologiskt fenomen, nämligen att ogillandet av den brottsliga handlingen regelmässigt överflyttas på gärningsmannen genom inskjutande av skuld- och kausalitetsföreställningar, som framhäva brottslingen såsom upphovet till

och 36 i enlighet med romerskrättsliga traditioner olika former av äreröriga bistraff, vilkas förhandenvaro icke kunnat motiveras allenast med samhällets medelbara skyddsbehov. Samma traditioner återfinnas i de nu tämligen gamla *franska* och *tyska* strafflagarna. I övrigt märkas mer eller mindre vittgående äreröriga påföljder av självständig lidandeskaraktär även i ett flertal moderna lagar såsom de *norska*, *danska*, *polska*, *lettiska* och *schweiziska* strafflagarna.

¹² Vid sidan av den oreglerade sociala bojkotten hava vi också den i svensk litteratur föga beaktade grupp av hel- eller halvprivata straffsanktioner, som handhaves av korporationer, kårer och sammanslutningar av olika slag, vilka sanktioner med nutidens näringsliv och sociala struktur synas få allt större betydelse. Jfr *Hubernagel* i DS 1 (1934) s. 224 f. och *Kempermann* i ZStrW 56 s. 1 f. Frågan om dessa sanktioners ävensom disciplinärstraffrättsens förhållande till den allmänna strafflagens sanktioner skola något närmare undersökas i annat sammanhang.

¹³ v. Bar, *Geschichte*, s. 320 f. Se ock *Ørsted* i *Eunomia* 2 (1817) s. 84.

den brottsliga effekten. I och med denna förskjutning ifråga om objektet för värdeomdömet gives enligt vår mening spelrum för de sämre instinkter, som enligt det ovan sagda framkalla de skadliga biverkningarna av de sociala reaktionerna.¹⁴ Det gäller alltså att så gott sig göra låter förhindra att denna förskjutning från brottet till brottslingens person äger rum, något som kan eftersträvas på olika vägar. Vi skola här allenast framhålla några synpunkter, som äga betydelse i detta avseende för reglerandet av straffdomens form och innehåll.

Först och främst må därvid betonas, att det socialt värdefulla i den nämnda indignationen hos medborgarna hänför sig till deras — visserligen känslöbetonade — åsikter om själva gärningstypens förkastlighet, och icke till deras värdeomdöme om det enskilda fallets karaktär. Ett dylikt överflyttande av omdömet om brottet till brottslingens person är måhända oundvikligt och naturligt, om man i enlighet med äldre teori anknyter generalpreventionens verkningar till strafflagens tillämpande i det särskilda fallet;¹⁵ nyare teori, särskilt hos oss, framhäver däremot med rätta gärningstypens farlighet och strafflagens upprätthållande i allmänhet såsom de centrala begreppen i kunskapen om allmänpreventionens väsen.¹⁶ Ehuru det såsom vi tidigare påvisat¹⁷ är förenat med ganska betydande allmänpsykologiska svårigheter att länka det vanliga tänkesättet på dessa områden in i abstrakta banor, torde man icke böra lämna oförsökt att först och främst giva själva formen för straffdomens meddelande och framträdande för allmänheten en sådan karaktär, att den dömde icke utlämnas åt de sämre instinkterna i samhället eller hans återanpassande

¹⁴ Jfr s. 194 f.

¹⁵ Då i äldre tider med dess ojämna rättskipning det enskilda fallets betydelse såsom varnande exempel spelade en större roll än numera, hade ett dylikt betraktelsesätt icke enbart karaktären av en onöjaktig doktrin, utan utvecklingen av doktrinen fram till Feuerbach har haft sin drivande kraft i samhällsmekanismens rationalisering efter rättsstatsidéernas genombrott.

¹⁶ Jfr ovan s. 73 f. Jfr *Wetter* i SKF 1925 s. 40.

¹⁷ Ovan s. 84 f.

såsom laglydig medborgare icke otillbörligen försvåras. Med hänsyn till de synpunkter som sålunda göra sig gällande synas de inskränkningar i offentligheten vid domstolarna och i tryckfriheten, som ovan förordats på tal om själva straffprocessen, kunna försvaras även i fråga om straffdomens avkunnande och publicerande.¹⁸ Till förebyggande av missförstånd skall framhållas, att bortsett från de individualpreventiva och humanitära skälen för inskränkningarna i offentlighetsmaximen vissa olikheter råda mellan pågående rättegång och doms avkunnande. Inskränkningarna i offentligheten på processens stadium motiverades av det skadliga inflytande av suggestiv art, som utövas på allmänheten genom rättegångsförhandlingar och kriminalreportage. Läget är icke alldeles detsamma, sedan den fällande domen avkunnats. Domens avkunnande och publicerande kan verka mera omedelbart avskräckande på potentiella brottslingar, i det att sammanhanget mellan brottet och straffet framhäves på ett hälsosamt sätt, vadan offentlighetsprincipen här kan gottskriva sig en betydelsefull kreditpost, som icke kan förbises vid frågans reglering i lag. I vissa särskilda fall kan också domens offentliggörande vara ett viktigt medel för upprättelse åt den genom brottet kränkte, liksom också den frikännande domen¹⁹ rehabiliterar den oskyldigt misstänkte; båda dessa funktioner av domen verka indirekt stärkande på rättsordningens auktoritet och förtjäna här omnämnas i samband med frågan om den generalpreventiva funktionen hos straffdomen.

I den mån nu anförda regler icke kunna eller ur generalpreventiv synpunkt böra hindra, att domen över den brotts-

¹⁸ Se s. 118 f.

¹⁹ Detta gäller endast ett klart frikännande. Att ett påpekande i domsmotiveringen av en allttjämt kvarstående misstanke om den frikändes brottslighet verkar i hög grad diffamerande är ovedersägligt, allra helst om härmed förbindes en inskränkning i den frikännande domens rättskraft såsom i det numera avskaffade institutet »ställande på framtiden» enligt RB 17:32 var fallet. Denna domsform har vid vissa brott, t. ex. mordbrand i uppsåt att bedraga försäkringsgivare, spelat en icke oväsentlig generalpreventiv roll men torde icke vara förenlig med vissa processrättsliga principer; se ovan s. 114 f.

lige »märker» honom och därmed utlämnar honom åt ogillandet hos en större eller mindre personkrets, åligger det strafflagstiftningen att i reglerna om straffverkställighet och annan kriminalvård neutralisera domens verkningar genom att på ett positivt sätt understödja den dömdes försök att återvinna medborgerlig aktning, en kriminalpolitisk princip som dikteras icke blott av känsluskäl utan också av samhällsnyttans egna krav.²⁰ Jämväl valet i domen av samhällsreaktion mot brottet spelar en betydelsefull roll för att hindra en överflyttning från brottstypen till gärningsmannen av omgivningens ogillande värderingar i de fall detta vore särskilt ödesdigert. Det kan icke förnekas, att straffet i klassisk mening härvid har vissa företräden framför de individualpreventiva åtgärderna, som ställa brottslingens person i centrum och i det oreflekterade betraktelsesättet åstadkomma en sammanblandning mellan en viss människotyps klassificering och en nedsättande moralisk värdering av hela personen. Dessa frågor skola belysas vid vår undersökning av det straffrättsliga reaktionssystemet.²¹

Till sist må ett påpekande göras, vilket icke innebär någon motsägelse till vad här anförts om straffdomen såsom självständig generalpreventiv faktor. De sociala reaktioner vi nu behandlat och vilka bilda en viktig länk i den kedja av brottshämmande faktorer, som åtminstone indirekt härröra från strafflagen och straffrättskipningen, hava visserligen sin viktigaste juridiska anknytningspunkt i själva straffdomen; det är denna akt som bringar sanktionerna ifråga att fungera, låt vara att denna funktion sedermera erhåller nya incitament genom straffverkställighetens faktum. Denna omständighet får dock ej föranleda oss att antaga, att den opinion, som utövar nämnda sanktioner bildas genom domen just i det speciella fall, som sätter opinionen i rörelse. Tvärtom torde det vara riktigast att antaga, att det på ovan utvecklat sätt är själva strafflagens förhan-

²⁰ Jfr nedan s. 176 f.

²¹ Se nedan s. 193 f.

denvaro och genomsnittliga tillämpning genom straffdomen,²² som utbildar medborgarnas värdeuppfattning i den mån denna över huvud bestämmes av rättsliga faktorer.²³ I denna process är den enskilda straffdomen blott ett, låt vara ej alldeles obetydligt led, men dess självständiga effekt är huvudsakligen av utlösande, exekutiv natur.

Straffdomens generalpreventiva verkningar bestå sålunda dels i ett befestande och förverkligande av strafflagens avskräckande och moralbildande funktioner, dels i ett utlösande av de konventionella sanktioner om vilka nu varit fråga. Man kan då uppkasta frågan i vilken mån dessa olika verkningar härröra ur den ena eller andra beståndsdelen i straffdomen, ett problem som äger icke allenast teoretisk vikt. Av vår analys av det sociala ogillandet såsom allmänpreventiv faktor torde kunna utläsas, att de av brottslingen fruktade sociala sanktionerna sättas i rörelse redan genom fastställandet av hans skuld²⁴ till brottet, en omständighet, vilken medför, att redan utsikten att bliva förklarad skyldig till brott måste utöva en betydligt avhållande verkan på den potentielle brottslingen, varvid vederbörandes samhällsställning och värdet av de intressen som kunna skadas av den sociala bojkotten åstadkomma skillnader i det avhållande motivets styrka.

Detta förhållande äger största praktiska betydelse för vissa kriminalpolitiska avvägningar, vilka hänföra sig till den villkorliga domens problemkrets. Wetter framhåller med rätta, att redan det blotta konstaterandet och formliga uttalandet, att en rättsöverträdelse ägt rum, kan äga pre-

²² Se ovan s. 81 f.

²³ Denna tes förstärker naturligen de skäl vi ovan anført för att lagstiftaren på olika sätt bör söka hindra den sociala indignationens överflyttning från gärningstypen till den enskilda brottsliga individen.

²⁴ Vi lämna här åsido spørgsmålet i vad mån allmänheten i sitt sätt att reagera tager hänsyn till den brottsliges skuld i betydelsen av subjektivt rekvisit för tillräknelighet och straffbarhet i övrigt. I varje fall synes det allmänna föreställningssättet härutinnan vara högst oberäkneligt, vilket i sin tur ökar betänkligheterna mot de konventionella sanktionerna. Jfr ovan s. 85 f. samt *Lundstedt*, Principindelning, s. 30 f., 77 f.

venerande betydelse.²⁵ Detta förhållande gör det nödvändigt att undersöka, om icke i många fall en sakerförklaring kan utgöra en för rättsordningens upprätthållande tillräcklig reaktion mot brottet, nämligen om utredningen i målet giver tillräckligt stöd för antagandet, att den dömde på grund av sin typ och singulariteten i den brottskapande konfliktsituationen skall låta sig rättas utan någon ytterligare tvångsåtgärd. Vi lämna tillsvidare den specialpreventiva sidan av problemet å sido och betrakta saken ur generalpreventiv synvinkel. Att vi kunna räkna med sakerförklaringens tillräckliga generalpreventiva effekt beror som nämnts på förhandenvaron av de genom straffrättskipningens medverkan utbildade sociala reaktionerna mot brottet, vilka utlösas genom brottets bekantgörande i domen.²⁶ Skulle emellertid systemet med en ren sakerförklaring komma till någon mera utbredd användning för vissa kategorier brottslingar eller vid någon viss brotts- typ, löper man risken, att nämnda sociala reaktion i längden förlorar en betydlig del av sitt underlag eller att vissa föreställningar uppstå om att vid objektivt sett likartade

²⁵ *Wetter* i NTfS 1914 s. 8. Förf. hänvisar därefter till varningen såsom ett praktiskt verksamt straffmedel av denna typ och framhåller att varningen, ehuru »till formen ett strafflidande, vilket ålägges den felande, innebär i realiteten intet annat än vad nyss sagts», d. v. s. en sakerförklaring. Detta omdöme synes vara en väl generell karakteristik av varningen såsom disciplinstraff, ty stundom medför varningen en rättsförlust eller snarare försämring av rättsliga möjligheter, t. ex. för ämbetsmän vid befordran i tjänsten och särskilt vid itererat brott; jfr nedan s. 159 f.

²⁶ Detta förhållande synes icke alldeles obesträtt, utan stundom anses den sociala bojkotten ansluta sig till straffverkställigheten. Onekligen skärpes denna bojkott mot den brottslige som »setat inne», ett betraktelsesätt som f. ö. innesluter varje form av ofrivillig anstaltsvistelse; jfr *Stjernberg*, Kriminalpolitik, s. 101 f. Enligt *Omsted* i *Actes* 1925, IV, s. 103 f. skulle enligt norskt uppfattningssätt jämväl villkorlig dom med övervakning äga sådan effekt, medan amerikansk mentalitet betraktar den dömde med mera förståelse. Att man i *England* synes tillmätta redan sakerförklaringen en allvarlig social verkan framgår därav, att man i den av underhuset år 1939 antagna *Criminal justice bill* vidtagit särskilda åtgärder för att motverka de skadliga verkningarna av en s. k. conviction, låt vara att det här närmast gäller neutraliserandet av en rent rättslig diffamation. Vi tro, att också för svenska förhållanden en sakerförklaring äger en menlig verkan i socialt hänseende, ett skäl för att i vissa specialfall, t. ex. beträffande vissa ungdomliga förbrytare, hellre söka reglera reaktionen genom åtalseftergiftens princip; se ovan s. 107 f. och nedan s. 157 f. Jfr *Montelius* s. 98 f. samt *Thyrén*, Principerna. I, s. 27 f.

brott domstolen reagerar oberäkneligt. Härigenom skulle den allmänna uppfattningen om gärningstypernas större eller mindre förkastlighet bli alltför trevande och passiv.²⁷ Alldeles särskilt föreligger denna fara, när det gäller brotts typer, vid vilka lagens regler finna föga anknytning i samhällsmedlemmarnas moraliska känsloliv utan måste söka sitt stöd i straffhotets direkt avskräckande förmåga. Sakern förklaringen måste med andra ord förstärkas på så sätt, att den bringar till uttryck allvaret i samhällets ogillande av det begångna brottet och samtidigt genom sina rättsföljder verkar direkt avskräckande på potentiella lagöverträdare. Endast på detta sätt kunna de rättsliga och sociala reaktionerna bringas att samspela och supplera varandra på ett för den generalpreventiva effektens kontinuitet gynnsamt sätt. Genom det i domen bestämda reaktionsmåttet gives ock en möjlighet att förhindra ett alltför strängt omdöme i det konkreta fallet om brottslingen från hans omgivnings sida, en möjlighet som saknas, därest domen blott innehåller en sakerförklaring enligt vissa lagrum.

Utom dessa generalpreventiva synpunkter, vilka kräva någon om ock tämligen föga ingripande positiv reaktion förbunden med sakerförklaringen, framträda såsom nyss antyddes individualpreventiva skäl för att giva domen ett verksammare innehåll än vad en ren sakerförklaring kan anses utgöra. Sålunda visar erfarenheten från skilda länder, att det i allmänhet är otillräckligt — icke minst beträffande ungdomliga förbrytare — med en reaktion, som uttömt sitt innehåll i samma ögonblick domen är meddelad.

Dessa synpunkter hava i lagstiftningarna framdrivit institutet villkorligt anstånd under viss prøvotid med verkställigheten av ett visst straff, som fastställts i domen, eller av ett straff, som faller inom en i domen avgiven ram;²⁸ härigenom åstadkommes ett påtryckningsmedel av brotts-

²⁷ Jfr nedan s. 153 f.

²⁸ Ett dömande till viss straffram väcker alltid betänkligheter men kan bättre försvaras såsom ett påtryckningsmedel i villkorlig dom än när det gäller direkt ådömande av exigibelt straff. Emellertid kräver systemet i det förra fallet alltid en ändring eller precisering i nytt straffmättningsförfarande vid

hämmande art under den för återfall kritiska första tiden efter samhällsreaktionens upphörande.²⁹ Detta s. k. kontinentala system för den villkorliga domen har stundom konstruerats med tyngdpunkten på den brottsliges rehabilitering genom en lyckligt bestådd prøvotid,³⁰ men ofta har de individualpreventiva synpunkterna ansetts motivera att institutets tyngdpunkt förlägges till det övervakningsförfarande i förening med vittgående frihetsinskränkningar,³¹ som utgör det karakteristiska draget i det s. k. anglosaxiska systemet för villkorlig dom. Den betydelsefulla skillnaden föreligger dock, att enligt detta senare system i dess renhet straff icke bestämmes i domen eller stundom ens någon sakerförklaring meddelas i anledning av brottet.³² Genom

det medgivna anståndets förverkande, d. v. s. det innesluter det kontinentala systemets olägenheter utan att äga det anglosaxiska systemets förtjänster; se närmare om dessa system vidare i texten samt f. ö. *Peters* i ZStrW 58 s. 567 f.

²⁹ Jfr den statistiska undersökningen av återfallens fördelning i tidshänseende i *SOU* 1937: 38 s. 46 f.

³⁰ Lagstiftningarnas ställning till frågan om straffet skall anses »comme non avenue» sammanfaller ej med den om straffs utsättande i domen; se *v. Liszt* i VD Allg. T. III, s. 9 f. Tvärtom synes denna verkan av en bestånden prøvotid utgöra en särskild belöning utöver befrielsen från straffets undergående. Om det praktiska värdet av synpunkten »belönande vedergällning», se *Wetter*, Den villkorliga domen, s. 45 f. Beaktandet av nu ifrågasatt tanke har stundom föranlett lagstiftarna att systematisera den villkorliga domen bland grunderna för straffskyldighetens bortfallande; så den italienska strafflagen av år 1930 art. 167.

³¹ Dylika inskränkningar torde i fråga om ungdomliga lagöverträdare vara vanliga eller rent av obligatoriska, i nyare lagar, medan de i övrigt äro fakultativa, åtminstone om den villkorliga domen är utformad efter kontinental typ. Jfr 1917 års förslag till lag ang. villkorlig dom s. 36 f., ävensom norska SL 53 § (härtill *Kjerschow* s. 168) och danska SL 56 §. Den schweiziska strafflagen av år 1937, art. 41, 96, 97, känner såväl det kontinentala som det anglosaxiska systemet beträffande ungdomliga förbrytare men stadgar i båda fallen skyddsuppsikt med frihetsinskränkningar. Den polska strafflagen av år 1932, art. 62 och 73, hyllar för de ungas del en princip som närmast sammanfaller med det anglosaxiska systemet. Detta system härskar alltså i engelsk och nordamerikansk rätt. Visserligen föreskrives enligt den ovannämnda Criminal justice bill — i motsats till äldre rätt, som i »summary jurisdiction» medgav anstånd med doms fällande — sakerförklaring för brottet men icke ens fakultativt föreslås det kontinentala systemet; jfr ovan not 26. I båda dessa sistnämnda rättsordningar äro frihetsinskränkande tillsyn regeln för unga förbrytare.

³² Jfr beträffande engelsk rätt ovan not 31. Om de olika variationerna av detta system se *Hofer*, Bewährungsfrist vor dem Urteil, s. 38 f. Gränsen mellan detta system och institutet villkorlig åtalstergift är flytande i rättsordningar, som känna domstols medverkan vid förundersökningen i brottmål; jfr ovan s. III f.

nyssnämnda kombination av villkorligt ådömande av straff med åtskilliga frihetsinskränkningar för den dömda under prövotiden har emellertid en kumulation av samhällsreaktioner åstadkommit, vilken onekligen leder till en betydlig oklarhet angående det rätta användningsområdet för de olika formerna av villkorlig dom. Frånsett det egendommiga däri att det utsatta straffet, om detsamma förverkas på grund av tredska att efterkomma de olika föreskrifterna under prövotiden, lätt kan uppfattas som ett i förväg bestämt oproportionerligt strängt straff för denna tredska,^{32a} torde en övervakning med föreskrifter av nämnt slag i regel utgöra en skyddsåtgärd i och för sig av så betydelsefullt slag, att den ur generalpreventiv synpunkt i lika hög grad som ett straff är tillräcklig för att markera förbudsnormens upprätthållande genom straffrättskipningen.³³ I detta fall torde sålunda icke tillräcklig anledning föreligga för utsättande i straffdomen av något bestämt straff eller ens av en straffram. Ur individualpreventiv synpunkt är ett dylikt straffhot icke heller nödvändigt; med hänsyn till den övervakade själv torde blotta upplysningen om att dåligt uppförande kan resultera i strängare åtgärder, slutligen i definitiv frihetsförlust, vara tillfyllest för hans åttlydnad av de meddelade föreskrifterna. Till dessa skäl, vilka indicera överflödigheten av straffets utsättande i domen, sälla sig de många bekanta argument som grunda sig på att detta system t. o. m. är positivt olämpligt, icke minst då straffet

^{32a} I motsats till *v. Liszt* a. a. s. 63 hålla vi före, att risken för en dylik missuppfattning är mindre med det anglosaxiska systemet; utsättes nämligen från början intet straff, ter sig förloppet vid tredska som en successiv skärpning av tvångsföreskrifterna, vilkas slutpunkt är en verklig detention.

³³ Annan mening *Zimmerl*, Aufbau, s. 264. Utformas dessa föreskrifter så att de verkligen effektivt tjäna den uppgift som av *Schlyter* i Festskrift för Kinberg s. 293 f. och i NKÅ 1938 s. 50 samt av *Bonger* i SvJT 1939 s. 177 betecknats såsom kriminalvård i frihet, hava vi onekligen att göra med ett slag av verkligt tvång, vilket närmar sig behandlingen i slutna anstalter och för delinkventen ofta ter sig som ett därmed likvärdigt lidande. Denna synpunkt hävdas också under förarbetena till 1939 års lag om villkorlig dom, ehuru åsikten om den legislativa betydelsen av detta förhållande äro delade; se *SOU* 1937: 38 s. 57 f., *KPr* 1939: 86 s. 33 f. och *FLU* 1939: 35 s. 20.

är av någon betydelse.³⁴ Här nöja vi oss med att särskilt understryka den för all individualprevention ledande principen, att samhällets reaktion till art och grad skall bestämmas med hänsyn till den brottsliga person och syftet med åtgärden, bedömda i det ögonblick åtgärden skall verkställas.³⁵

Om vi sålunda kunna fastslå den tesen, att institutet villkorlig dom i regel och särskilt för ungdomliga förbrytare bör utformas såsom en positiv skyddsåtgärd, som vi förslagsvis efter schweiziskt mönster vilja kalla skyddsuppsikt, samt att generalpreventiva skäl i dessa fall icke påkalla straffs utsättande i domen, hava vi därmed, såsom ovan antyddes, icke förnekat, att det i vissa andra fall kan vara riktigt att giva samhällets ogillande uttryck i dömandet till ett bestämt straff, nämligen då någon positiv skyddsåtgärd icke tillgripes.³⁶ Såväl ur generalpreventiv synpunkt

³⁴ Jfr *Strahl* i NKA 1938 s. 1 f. och den till hans föredrag sig anslutande diskussionen; ang. betydelsen av straffets utsättande för bestämmandet av den villkorliga domens tillämpningsområde, se nedan s. 144 f.

³⁵ Denna princip torde ock ligga bakom uttalandet av *FLU* 1939: 35 s. 22, där det påpekas, att domstolen vid tiden för den villkorliga domens förverkande har bättre möjligheter än vid domens meddelande att riktigt bedöma brottslingens karaktär och personliga förhållanden. Se ock *Bergendal* i NKA 1938 s. 41 och *Strahl* ibid. s. 16 samt *Stjernberg*, Villkorlig straffdom, s. 2 noten. Eljest framföres hos oss i allmänhet betänkligheter mot att i tiden skilja domstolens rannsaking om brottet samt straffets bestämmande; se *Wetter*, Den villkorliga domen, s. 65 f., ävensom *KPr* 1939: 86 s. 36 och 93 f. (lagrådet). Att å andra sidan ur processuell synpunkt en fullständig utredning om brottet och sakerförklaring för detsamma är att föredraga framför den i vissa amerikanska stater förekommande metoden att under prövotiden uppskjuta huvudförhandlingen i målet torde icke böra förnekas, jfr *Grau* i Das kommende deutsche Strafrecht. I, s. 188 f.

³⁶ Denna tanke torde hava legat till grund för skiljandet mellan s. k. enkel och kvalificerad villkorlig dom i 1937 års betänkande men fick i dess förslag icke en tillräckligt markerad form, i det vissa övervakningsåtgärder av icke enbart stödjande natur kombinerades med straffs utsättande i domen; detta förhållande påpekas också i *KPr* 1939: 68 s. 42, som emellertid avvisar tanken på ett särskiljande av de båda instituten och vill begränsa det anglosaxiska systemet till undantagsfall. Därmed sammanhänger en i förhållande till betänkandet alltför stark återhållsamhet i skyddsuppsiktens utformande såsom en positiv tvångsåtgärd. *FLU* 1939: 35 s. 20 f. klarlägger emellertid den olika innebörden av de båda domsformerna och reserverar straffs utsättande för de i texten berörda fallen. Att denna regel icke genomförts utan undantag i den slutliga avfattningen av lagens 1 § kan icke ur systematisk synpunkt väcka några betänkligheter; ej heller synas praktiska skäl tala emot att en möjlighet finnes att på så sätt *FLU* s. 22 anför kombinera straffs ådömande med en föreskrift av föga repressiv natur.

som med hänsyn till den brottsliges karaktärsutveckling torde det i dessa fall såsom ovan antydde vara försiktigast att icke ovillkorligt efterskänka straffet utan att föreskriva en om ock relativt kort provotid för att giva domen ökat eftertryck. Slår man in på denna linje, torde det också i regel om än ej undantagslöst vara lämpligast att i domen utsetta det straff som normalt sett kommer att utkrävas, om den dömde ej består provet.³⁷ Att straffet i detta fall — trots den nyss angivna individualpreventiva huvudregeln — bestämmes utan att domaren vet om och när det skall utkrävas torde kunna försvaras med hänvisning till att det här gäller att utnyttja själva straffhotet, icke straffverkställigheten såsom preventiv faktor.³⁸ Det villkorliga efterskänkandet av straffets verkställande bör sålunda företrädesvis komma till användning i de fall då kampen mot en viss, hos genomsnittsindividen förekommande brottstyp, t. ex. lindrigare förseelser och egendomsbrott, ställer den brottsliga individens person såsom relativt ointressant i bakgrunden. I de nu nämnda fall, där villkorlig dom kan anses lämplig och tillfyllest för den brottsliges tillrättaförande, bör under inga omständigheter övervakningen hava karaktären av en uppsikt, alltså av den övervakade uppfattas som ett frihetsintrång, utan den bör äga karaktären av en rent stödjande tillsyn. Däremot torde ur teoretisk synpunkt hinder icke möta mot att använda hotet om ådömande av skyddsupsikt med därtill hörande frihetsinskränkningar

³⁷ Huru vittgående undantag man härvidlag bör medgiva kan synas ganska tveksamt; jfr *Wetter* i NKA 1938 s. 28 och *Schlyter* i SvJT 1939 s. 366. Båda författarna tillmäta de allmänpreventiva synpunkterna avgörande betydelse; medan *Wetter* synes kräva straffets utsättande som en undantagslös regel, anser *Schlyter* nämnda synpunkter tillgodosedda genom domstolens frihet att så förfara. Härtill må blott fogas den anmärkningen, att den generalpreventiva effekten av ett visst straffrättsligt institut i hög grad beror på dettas regelbindande; en alltför obunden frihet för domstolen att välja i det särskilda fallet motverkar denna effekt. Den slutliga avfattningen av 1939 års lag, 1 §, synes därför gå en lycklig medelväg.

³⁸ Det gäller dock att utforma lagen så, att domstolen vid förverkandet icke är bunden av domens ursprungliga straffbestämmande; se ock 1939 års lag, 15 §.

såsom disciplinmedel; en dylik sanktion kan redan i domen träda i stället för straffs utsättande.³⁹

Vi finna alltså, att de institut, vilka i doktrin och lagstiftning förekomma under olika benämningar men också ofta sammanföras under den gemensamma rubriken villkorlig dom, äro av tämligen heterogen natur och lämpligen böra hållas i sär.⁴⁰ Detta påstående grundas icke enbart på teoretiska och systematiska skäl. I rättstillämpningen föreligger en risk, att instituten ej komma till användning på de områden där de vart för sig höra hemma.⁴¹ Dessutom gives ytterligare stöd för den vanföreställning om den villkorliga domens faktiska innebörd, som hittills haft sin grund bl. a. i bristerna beträffande övervakningssystemets utform-

³⁹ Denna metod har emellertid icke använts i den nya svenska lagen. Det skulle måhända verka förvirrande för lagtillämpningen och den dömde att man hotar med föreskrifter, vars konkreta innehåll ännu ej kunna bestämmas av domstolen.

⁴⁰ Så *Stjernberg*, Kriminalpolitik, s. 96 f., och Villkorlig straffdom, s. 1 noten; förf. synes vilja uppdelna den villkorliga domen i två typer, varav den ena beträffande unga förbrytare. I så fall närmar sig uppenbarligen denna senare typ institutet tvångsuppfostran och torde böra sammanföras med detta; att likväl vissa olikheter mellan dem bestå, se *Stjernberg*, Minderåriga förbrytare, s. 55 f. Olikheterna äro dock i de nya svenska lagarna mindre än tidigare. Jfr ock yttrandet i *KPr* 1939: 86 s. 34, att den s. k. »kvalificerade villkorliga domen ej borde upptagas i detta sammanhang utan behandlas i samband med t. ex. en möjligen blivande reform av reglerna för tvångsuppfostran». Samma tanke har ock föresvävat *FLU* 1939: 35 s. 24 f., då en motivering gives för det av utskottet föreslagna stadgandet i lagens 8 § om den dömdes överlämnande till barnavårdsnämnd för skyddsuppfostran. Ytterligare visa de i detta samband antagna stadgandena 44:4 § i 1924 års barnavårdslag samt 49 a § i 1931 års alkoholistlag, att institutet skyddsuppsikt har sin legislativa anknytning på annat håll. Att likväl de systematiska olägenheterna knappast kunna undvikas beror naturligen på att strafflagsreformen måste gå de partiella reformernas väg; jfr berörda *KPr* s. 91 (lagrådet). Faran är härvid blott, att den fortsatta lagrevisionen bindes vid den felaktiga systematiken.

⁴¹ Att institutet skyddsuppsikt icke erhållit sin rätta plats i systemet har bl. a. medfört, att de i 1939 års lag om villkorlig dom, 8 §, givna särskilda föreskrifterna icke som regel gjorts exigibla i direkt mening — till den del så vore möjligt — utan att underlåtenheten att frivilligt efterkomma dem medför alltid, att någon annan åtgärd än just den lämpligaste träder i stället för denna. Då däremot *Göransson* i *SOU* 1939: 25 s. 129 f. anser det vara en fördel med lagrummet att dessa föreskrifter icke gjorts direkt exigibla — och en brist att de i visst fall kunna leda till verkligt tvång — synes han överskatta värdet av den dömdes villighet, som dock ytterst torde bero på det indirekta hotet om strängare åtgärder. Det i och för sig riktiga i *Göranssons* tankegång, borde hava lett till den boskillnad mellan anstånd med straff och positiva åtgärder som vi i texten förordat.

ning; denna vanföreställning kan bliva ganska ödesdiger för lagens generalpreventiva effekt, i samma mån som användningsområdet för institutet villkorlig dom i denna mera omfattande betydelse utvidgas.

Innan vi lämna de inbördes olika rättsinstitut, som hos oss på nu nämnt sätt bära den gemensamma beteckningen villkorlig dom, återstår att besvara frågan om gränserna för deras användningsområde med hänsyn till brottets grovlek och art, med andra ord frågan, huruvida generalpreventiva skäl förbjuda deras anbringande över huvud på vissa typer av brottsfall. Vi nämnde ovan, att upprätthållandet av strafflagens auktoritet i många fall kräver något mer än ett blott fastställande av den brottsliges skuld, alltså något mer än det varningsmoment som måste anses ligga i själva sakerförklaringen, även om detta rättsfaktum i det särskilda fallet ur individualpreventiv synpunkt är tillräckligt för den brottsliges tillrättaförande. På motsvarande sätt förhåller det sig med valet mellan villkorlig dom, inklusive dömande till skyddsuppsikt, å ena sidan, samt dömande till straff eller annan skyddsåtgärd än skyddsuppsikt, å andra sidan. Till den del det gäller valet i det konkreta fallet av lämplig samhällsreaktion hava vi att göra med en straffmättningsfråga i vidsträckt bemärkelse,⁴² därvid de generalpreventiva synpunkterna spela en mera underordnad roll än när frågan är om lagens regel såsom denna i genomsnitt tillämpas. Vad nu angår dessa synpunkters betydelse med hänsyn till brottets svårhetsgrad och typ i allmänhet, förtjänar påpekas, att i de rättssystem, där den villkorliga domen avser anstånd med ett redan fixerat straff, gärningstypens farlighet på ett förvirrande sätt kommer att dölja sig bakom det särskilda fallets grovhet enligt vanliga straffmättningsregler, varför en anknytning av reglerna för den villkorliga domens tillämpningsområde till det ådömda straffet är ägnat att undanskymma de allmänpreventiva kravens betydelse för nämnda områdes begränsning. I allmänhet är visserligen gärningstypens farlighet ganska troget avspeglad i det sär-

⁴² Här om i det följande, s. 161 f.

skilda fallets beskaffenhet, men i samma mån straffskalorna göras vida för att lämna domaren största möjliga utrymme för individuella omständigheters beaktande⁴³ samt supplementas med allmänna straffminskningsgrunder⁴⁴ kommer divergensen mellan det konkreta straffet och gärningens normala farlighet att ökas. Faran av att fästa avgörande vikt vid det utmätta straffets storlek i det särskilda fallet är av tvenne slag. Antingen frestas domstolarna att slentrianmässigt meddela villkorlig dom om straffet är av lindrigare slag, därvid de individualpreventiva synpunkterna försummas och straffhotet avtrubbas. Eller också stöter man allmänhetens rättviseföreställningar för huvudet; genomsnittsmedborgaren har säkerligen svårt att förstå, varför domar på samma straff vid samma slags brott än äro villkorliga, än ovillkorliga. Samma oklarhet och olägenheter vidlåda de system, vilka väl icke utsätta straff för brottet i domen, men bestämma den villkorliga domens användningsområde med hänsyn till det straff, som brottet beräknas förskylla in concreto. Denna metod, som återfinnes jämväl i 1939 års svenska lag i ämnet, bygger på en i modern kriminalpolitik eljest övervunnen föreställning, att ett visst straff i och för sig vore den rätta reaktionen mot det kon-

⁴³ Se ovan s. 96 f. Man bör också ihågkomma, att domstolarnas benägenhet för sänkning inom lagens strafflatitud av det genomsnittliga minimum är en rätt vanlig företeelse vid ett flertal välkända brottstyper, varigenom lagstiftarens mening om gärningstypens relativa grovhet icke finner sitt adekvata uttryck i det ådömda straffet i dessa fall; jfr ovan s. 98 f.

⁴⁴ Särskilt missvisande blir straffet i det konkreta fallet, om straffminskningsregeln tillåter domaren att gå ända ned till botten av straffskalan beträffande en viss straffart eller rent av i en lindrigare straffart än den resp. lagrum föreskriver; se t. ex. SL 5:2 i dess lydelse av år 1935, en regel som i viss mån omöjliggjort varje övre gräns för tvångsuppföstringsinstitutets användning; se *SOU* 1935:67 s. 22 och 36. Motsvarande situation inträder faktiskt enligt den nya lagen om villkorlig dom beträffande ungdomliga förbrytare, helst som straffmätningen här i flesta fall kommer att bli rent hypotetisk; jfr *KPr* 1939:86 s. 45. Att dock rent praktiskt sett inga allvarigare betänkligheter möta mot att på detta sätt genom en kringgående rörelse pressa in de unga förbrytarna under andra behandlingsformer än de vanliga frihetsstraffen även vid grova brott, hindrar likväl icke att en viss osäkerhet i bedömandet av olika gärningstypers förkastlighet måste bli följderna i de berörda kretsarna av individer med föga stabiliserade värdeomdömen, en fara vars betydelse ökas i samma mån brottsligheten i samhället förskjuter sig i riktning mot de yngre årsklasserna. Jfr *Göransson* i *SvJT* 1939 s. 481 f.

kreta brottet, trots att en viss skyddsåtgärd befinnes vara den reaktion som skall tillgripas.⁴⁵ På förevarande område sammanhänger denna felaktiga tankegång med den onöjaktiga systematiseringen av de olika rättsinstitut som i lagen sammanförts under rubriken villkorlig dom. Övergången till det anglosaxiska systemet är alltså helt ytligt genomförd: domstolen skall så att säga i hemlighet verkställa utmätningen av ett straff, men detta utsättes icke i domen. Faran ligger då nära, att även den kvalificerade villkorliga domen meddelas i första hand med ledning av brottets objektiva svårighetsgrad in concreto utan avseende å gärningstyp och gärningsmannatyp.

Om vi bortse från dessa inadvartenser i den legala logiken, och fråga efter den svårighetsgrad hos gärningstypen, vid vilken villkorlig dom icke bör komma ifråga, är det givet, att kriminalpolitiken här har att empiriskt känna sig för; någon absolut gräns kan icke med teoretiska reflexioner deduceras fram ur de berättigade generalpreventiva kraven. Att rättviseföreställningarna och den därmed sammanhängande moralbildningen icke, eller icke ännu, tolererar den villkorliga domens normala användning vid brott, belagda med mångårigt frihetsstraff, torde ej böra hindra, att möjlighet öppnas att i exceptionella fall tillgripa en sådan åtgärd.⁴⁶ Till stöd för en vittgående liberalitet i lagen

⁴⁵ Se lagen om villkorlig dom, 2 §, som uppställer dels en riktigt bestämd, d. v. s. generell norm med gränser blott nedåt, så att rena bötesförseelser uteslutas, dels en efter hypotetisk straffmätning i det särskilda fallet bestämd gräns uppåt. Denna ur generalpreventiv synpunkt — för att icke tala om praktikabilitetssvårigheterna — betänkliga sammanblandning av gärningstyp och gärning in concreto beror ytterst på det tidigare av oss kritiserade sammanförandet av den positiva åtgärden skyddsupsikt med institutet anstånd med straffverkställighet men är också betingad av det brokiga tillstånd i vilket straffsatserna för de särskilda brotten f. n. befinner sig. Det naturliga synes hava varit, att man även på denna punkt dragit konsekvenserna av det anglosaxiska systemet och efterbildat regeln i 1 § 1935 års lag om ungdomsfångelse, så framt man ej kunnat nöja sig med uttrycket i det i *SOU 1937: 38* framlagda förslaget 4 §, att »brottets beskaffenhet och omständigheterna i övrigt ej påkalla straff»; denna logiskt sett riktigare metod har dock icke det nämnda förslaget vågat renodla.

⁴⁶ En sådan möjlighet öppnas på en omväg genom stadgandena i SL 5:2 och 5:6 för vissa fall; se ovan not 44. Mera direkt stadgas en motsvarande befogenhet för domstolen i *danska* SL 85 §.

kan anföras, att en regelbunden användning av institutet vid grova brott är utesluten redan av specialpreventiva skäl, varför de generalpreventiva hänsynen knappast trädas för nära. Det synes oss också signifikativt, att den svenska rätten undan för undan höjt gränsen uppåt för den villkorliga domens tillämpningsområde. Visserligen hava icke röster saknats, vilka varnat för dessa reformer under hänvisning till faran för ökad förstagångskriminalitet;⁴⁷ huru berättigade dessa varningar än må vara, ligger faran icke så mycket i utvidgningen av institutets tillämpningsområde som desto mer i en bristande effektivitet i skyddsuppsikten och en därmed förenad otillräcklighet i reaktionen mot brottet.⁴⁸

Vi hava tidigare i olika sammanhang erinrat om att moralbildningen och det därmed sammanhängande sociala ogillandet av gärningstypen varierar högst avsevärt vid olika arter av brott. I vissa fall kan icke någon avsevärd dylik effekt av strafflagens upprätthållande förväntas, t. ex. vid rena ordningsförseelser och moraliskt indifferent handlingsformer som lagen vill förhindra. I dessa fall torde däremot en direkt avskräckande verkan av straffhotet kunna verka brottsdämpande på den reflekterande lagöverträdaren. Härav följer, att man då icke heller kan nöja sig med ett blott konstaterande av den begångna lagöverträdelsen eller ens med villkorligt ådömande av straff, därest respekten för lagbudet skall kunna upprätthållas. Då skyddsuppsikt med hänsyn till de hithörande förseelsernas art ganska sällan kan komma ifråga, torde ovillkorligt ådömande av straff här vara den naturliga reaktionen. Det lagtekniska bestäm-

⁴⁷ Jfr *SOU* 1937: 38 s. 54 och *KPr* 1939: 86 s. 29 f., 1917 års förslag till lag angående villkorlig straffdom s. 66 f., *FK* 1912: 6 s. 19, *Foerster*, Brottet och dess försonande, s. 22 f., och *Salomon* i *SKF* 1911 s. 238. En synpunkt av särskild betydelse har framhållits av *Stjernstedt* i *SKF* 1911 s. 231, nämligen den, att faran för straffhotets avtrubbande genom ökad användning av den villkorliga domen minskas därigenom, att förundersökning och noggrann gallring giver institutet karaktären av »en mycket oviss förmån, på vilken den brottslige ingalunda alltid kan göra sig räkning».

⁴⁸ Det är ju icke just frihetsstraffet som härvidlag efterlyses av kritikerna utan någon form av reaktion som giver eftertryck åt domen. Jfr 1917 års ovannämnda förslag s. 51, *Stjernberg*, Kriminalpolitik, s. 41, och Villkorlig straffdom, s. 13 f., samt *Stjernstedt* och *Salomon* o. a. st.

mandet av den brottsgrupp varom fråga är vållar åtskilliga bryderier: såväl systemet med en allmän klausul som alla försök att närmare angiva vilka brott som avses lida av betydliga svagheter.⁴⁹

⁴⁹ Utländska strafflagar synas icke giva direkt uttryck för de i texten anförda allmänpreventiva hänsynen. I svensk straffrätt är förhållandet ett annat. Såväl 1906 och 1918 års lagar ang. villkorlig straffdom som *SLK* 1923 undantogo vissa speciella brottsgrupper från lagens tillämpningsområde. 1939 års lag om villkorlig dom innehåller i 26 § liknande regler men uppställer dessutom i 1 § en generell klausul, avseende de fall, »där det av hänsyn till den allmänna laglydnaden är påkallat, att den brottslige undergår straff», en formulering, vilken *Schlyter* i *SvJT* 1939 s. 366 betecknat som lycklig. Vid en kritisk betraktelse synes uttryckssättet dock närmast peka på det ena eller andra konkreta fallet och mindre på vissa brottstyper. Att det relativt sällan kan visas, att villkorlig dom i ett visst fall skulle undergräva lagens allmänpreventiva verkningar är uppenbart. Lagens förarbeten giva ej heller stöd för att antaga en sådan åsikt hos lagstiftaren; se särskilt *SOU* 1937: 38 s. 70 f. Färdig med den generella avfattningen av förevarande stadgande ligger väl knappast på denna punkt utan närmast däri, att detsamma i praktiken kommer att stanna på papperet, enär tillräcklig ledning saknas för domstolarna för åstadkommande av enhetlighet beträffande utsorterandet av gärningstyper, därvid villkorlig dom ej bör ifrågakomma. Visserligen avskiljas genom avfattningen av lagens 2 § med all rätt de rena polisförseelserna; för deras del återkommer dock det generalpreventiva spörsmålet på bötesförvandlingens stadium. Men i övrigt giva de i sakkunnigbetänkandet, a. st., gjorda hänvisningarna till nuvarande praxis ringa behållning, då denna praxis synes föga enhetlig. Vad först angår gruppen förbrytelser mot *SL* 23:3 bestyrker de sakkunnigas egen statistiska utredning det redan tidigare av *Stjernberg*, Villkorlig dom s. 17, gjorda påpekandet, att praxis alls icke så sällan ådömer vårdlöshetsstraffet villkorligt; jfr t. ex. senast *NJA* 1938 not B 586 och 1939 not B 114 ävensom 1937 not B 581, i vilket fall *HD* i motsats till underinstanserna förordnat om villkorlig dom. Den aktuella och ofta förekommande brottstypen rattfylleri beivras enligt 1934 års lag med fängelse som normalstraff och när det betonas i nämnda betänkande att brottet hör till dem vid vilka straffet ej bör ådömas villkorligt, äger denna åsikt nog hävd i praxis. Regeln är dock alls icke undantagslös: se t. ex. *NJA* 1937 not B 40 och 1938 not B 620, i vilka fall *HD* förordnade om villkorlig dom. I fallet *NJA* 1937 not B 571 förfor *HD* på enahanda sätt med ändring av *Hov R*:s utslag, vari det fastslogs, att lagen ang. villkorlig straffdom »ej borde i förevarande fall vinna tillämpning». Beträffande båda nu berörda brottsgrupper förtjänas anmärkas, att i de talrika fall, då överinstanserna upphävt lägre rätts förordnande om villkorlig dom, detta städse skett under hänvisning till att omständigheterna i målet ej föranledde anstånd med straffets verkställighet; se (beträffande *SL* 23:3) *NJA* 1936 not B 259 och (beträffande rattfylleri) *NJA* 1936 not B 925, 1937 not B 89, 517, 519, 692 och 808 samt 1938 not B 165, 500, 729 och 874. En annan brottsgrupp av hithörande slag bilda de culpösa förbrytelserna i *SL* 14:9 och 17. Statistiken visar en icke sällsynt användning av villkorlig dom i dessa fall, och några principiella hinder synas enligt *HD*:s uppfattning icke möta mot en dylik praxis; jfr *NJA* 1936 not B 276 och 1938 not B 587. Jämväl vid sådana handlingstyper som brott mot alkohollagstiftningen synes villkorlig dom förekomma; jfr *NJA* 1936 not B 798 och 1938 not B 959.

Det hittills anförda torde hava givit vid handen, att den villkorliga domen, i form såväl av anstånd med verkställande av ådömt straff som av den positivt utformade åtgärden ställande under skyddsuppsikt, är väl förenlig med det generalpreventiva kravet på ett markerat ogillande av brottet i straffdomen, ett verkligt reagerande mot detsamma, varigenom lagens auktoritet hävdas och potentiella brottslingar varnas för brott. Rätt anordnat innebär institutet intet försvagande av den generalpreventiva effekten av strafflagen; de betänkligheter, som med fog hos oss rests och alltså kunna resas mot detsamma, hava sin grund i vissa brister i institutets närmare utformning.

Till frågan om straffdomens förmåga att genom sin blotta existens bidra till vidmakthållandet av lagens generalpreventiva effekt — d. v. s. den villkorliga domens problemkrets — hör också betydelsen av den i vissa strafflagar statuerade rätten för domstol att i särskilt lätta fall helt bortse från straff eller annan åtgärd i anledning av brottet. Frågan om införandet i svensk rätt av en sådan befogenhet står på dagordningen⁵⁰ och tarvar förty uppmärksamhet.

Ett dylikt ovillkorligt bortfallande av varje reaktion mot

De anförda exemplen giva vid handen, att domstolarna som regel förbehållit sig den rörelsefrihet i förevarande avseende som 1918 års lag ang. villkorlig straffdom formellt medgivit. I själva verket är också en utsöndring t. o. m. i praxis av brottstyper där allmänpreventiva hänsyn förbjuda villkorlig dom en vanskelig uppgift. Sålunda kan med fog göras gällande, att skälen för att undantaga brott enligt SL 23:3 tala jämväl vid brott mot SL 22:14 och kanske också de flesta brott mot SL 22 kap., en tanke som också föresvävat *Stjernberg* a. st.

Det låter sig därför knappast göra att i lag och praxis uppställa dylika absoluta förbud; däremot bör användningen av villkorlig dom begränsas till särskilt ömmande fall, så fort brottstypen som sådan eller dess frekvens (jfr förskingringsbrotten) kräva särskild hänsyn till effektiv allmänprevention. En generalklausul skulle möjligen kunna bättre än som i 1939 års lag skett framhäva brottstypens art; jfr uttrycket hos *Stjernberg* a. st.: »där det gäller att inskräpa positiva rättsplikter eller förpliktelser till särskild aktsamhet och noggrannhet i rättslig pliktuppfyllelse».

Till sist må anmärkas, att det nu behandlade spørsmålet föga beaktas i doktrinen; jfr dock särskilt *Wetter*, Den villkorliga domen, s. 73 f., samt *Donnedieu de Vabres*, Traité, s. 536, och i tidigare litteratur *Lammasch* i IKV 1 s. 39 f.

⁵⁰ I direktiven för *SLB*; se SvJT 1938 s. 590.

ett konstaterat brott ikläder sig olika skepnader i olika rättssystem. Vi hava tidigare stött på institutets grundidé i form av opportunitetsprincipen vid åtals anställande och där ventilerat frågan, huruvida det ur generalpreventiv synpunkt är tillrådligt att i bagatellartade fall över huvud underlåta den reaktion som ligger i själva åtalets anställande och domstolens befattning med saken.⁵¹ Denna fråga har av oss besvarats nekande och någon reaktion har alltså i princip ansetts nödvändig, icke minst för rena ordningsföreskriftens upprätthållande. Vi hava i förevarande sammanhang att undersöka problemets läge, sedan domstol fått befattning med ett enligt legalitetsprincipens regler väckt åtal i s. k. lätta fall.

Givet torde vara, att det totala efterskänkandet av varje annan reaktion är den varning eller snarare det blotta uttryck för ogillande, som ligger i domstolens konstaterande av ett brott, redan av individualpreventiva skäl men ock ur generalpreventiv synpunkt måste inskränkas till undantagsfall. Vi hava också i det föregående förutsatt, att institutet i förhållande till den villkorliga domen äger dylik extraordinar natur. Denna synpunkt har föranlett strafflagstiftningarna att reservera en dylik eftergift för exceptionella fall, där den brottsliges skuld varit ytterst ringa med hänsyn till de omständigheter som framkallat hans handling, t. ex. vid vissa former av provokation från den kränktes sida och nödvärnsexcess eller handlande under utövande av en förmodad laga befogenhet, eller för sådana situationer, där den brottsliges senare uppträdande indicerar en sinnesändring, såsom vid tillbakaträdande vid försök, frivilligt erkännande av brott, ådagalagd vilja att gottgöra målsäganden för den lidna skadan o. s. v.⁵² En grund för straffets efterskänkande

⁵¹ Se ovan s. 109 f.

⁵² Exempel på mer eller mindre generella regler om dessa olika grunder för straffs efterskänkande återfinnas i åtskilliga nyare strafflagar, ofta kombinerade med regler om straffminskning i motsvarande fall; se t. ex. *danska* SL 84 och 85 §§ med dess uttömmande uppräknings (jfr de speciella fallen i 125, 143 och 214 §§), *norska* SL 50, 58 och 59 §§, *schweiziska* strafflagen art. 20 (vid villfarelse) och art. 98 (för personer under 18 år), *italienska* strafflagen art. 162 (vid frivillig betalning av viss del av lagens bötes-

kan också sökas i förloppet av en viss tidrymd från brottets begående, varigenom institutet systematiskt sett närmar sig åtalspreskriptionen.⁵³ I fall med internationell anknytning kan också straffets efterskänkande motiveras med att det egna landets intresse av straffets utkrävande icke gör sig alltför starkt gällande.⁵⁴ De tvenne senast berörda synpunkterna äro så pass speciella, att de i det följande lämnas åsido.

maximum) och art. 163 (för personer under 18 år) samt *ryska* strafflagen art. 51, som innehåller en ytterst generell befogenhet för domstol att efter-skänka straff, då brottslingens samhällsfarlighet minskats eller upphört. Jfr *Ferri*, Progetto, art. 82 och s. 118 f., samt *franska* strafflagsförslaget av år 1934 art. 58 (för personer under 18 år). *SLK* 1923 föreslog i 9:8 en generell regel, vars innebörd dock är, att frågan bör lösas i strafflagens speciella del, alltså med hänsyn till varje särskild brottstyp.

Vad särskilt beträffar nödvärnsexess, lösa vissa lagar problemet i likhet med *svenska* SL 5:9 så, att excessen under vissa ursäktliga omständigheter göres absolut straffri, medan andra lagar giva domstolen en fakultativ befogenhet att bortse från straff; *Klee* i Das kommende deutsche Strafrecht. I, s. 76, förordar den senare metoden.

⁵³ Jfr *schweiziska* strafflagen art. 98 samt *norska* SPL 85 §, där samma synpunkt uppställs som vägledande för medgivande av åtalsetergift. Om åtalspreskriptionens förvandling till en fakultativ grund för straffskyldighetens resp. åtalets bortfallande, se *Reimer* i Das kommende deutsche Strafrecht. I, s. 249 f., samt *Lautz* i Das kommende deutsche Strafverfahren, s. 102.

⁵⁴ Detta speciella spörsmål skall här icke närmare behandlas utan upptagas i annat sammanhang. Här må anmärkas, att föga betänklighet kan möta mot att urvalet av fall, som böra upptagas av svensk domstol, läggas under högsta åklagarmyndigheten och lösas i form av åtalsetergift, när brottet begåtts utomlands; så *svenska* SL 1:1 och 2. Gäller det åter att göra undantag från territorialitetsprincipen, synes bestämmanderätten läggas till domstol; att man beträffande utländska medborgare många gånger kan nöja sig med sakerförklaring för brottet och därpå följande utvisning eller utlämning, synes obestridligt. Naturligtvis kunna dessa senare åtgärder betraktas som tvångsreaktioner mot vederbörande i anledning av brottet. Lagstiftningarna synas dock överlag fasthålla vid nämnda princip; se t. ex. 1913 års lag ang. utlämning av förbrytare, 3 §. Att denna regel medför olägenheter på den internationella straffrättens område har påvisats av ett flertal författare; se t. ex. *v. Bar*, Das internationale Privat- und Strafrecht, s. 509 f., *Mendelssohn-Bartholdy* i VD Allg. T. VI särskilt s. 165 samt *Dommedieu de Vabres*, Traité, s. 951 f. *Ferri*, Progetto, art. 69 konstruerar institutet »l'espulsione dello straniero» som en sanktion och lägger i domstolens hand att vid dess användande bortse från straff; han framhåller i motiven s. 103, att påföljden ifråga »corrisponde evidentemente alla funzione della giustizia penale, che deve consistere soprattutto nel segregare od allontanare del consorzio civile i delinquenti che vi si mostrano inadatti e pericolosi». Uppenbarligen betraktar *Ferri* problemet något ensidigt, d. v. s. blott ur intern skyddssynpunkt. Spörsmålet blir att behandla i samband med de skyddsåtgärder som träda i stället för straff. Domstolens valrätt mellan dessa olika sanktionstyper är i detta sammanhang icke föremål för undersökning; jfr ovan s. 128.

Med ett par ord skola vi här dröja vid vissa av de ovan angivna grunderna för straffs efterskänkande. Rent straffrättsdogmatiskt kan man diskutera frågan, om icke de s. k. grunderna för rättstridighetens bortfallande äga ett nära sammanhang med de här diskuterade formerna för straffs efterskänkande. Detta synes oss vara fallet, om man begränsar begreppsbildningen till de straffrättsliga fenomenen och släpper den rent teoretiska konstruktionen av ett rättstridighetsbegrepp, som täcker såväl de straffrättsliga som de skadeståndsrättsliga följderna av en handling eller underlåtenhet.⁵⁵ Man måste säga sig, att ifråga om grunderna för rättstridighetens bortfallande en viss frihet bör givas domstolen att avväga de i lag eller sedvanerätt erkända intressen som göra den eljest brottsliga gärningen tillåten. Även om det här gäller typsituationerna och icke en isolerad betraktelse av det särskilda fallet⁵⁶ kan man icke betrakta grunderna för rättstridighetens bortfallande såsom fullständigt uttryckta i abstrakta och fixa normer, vilkas tillämpande icke skulle hava att skaffa med domstolens bestämmande av reaktionerna i det särskilda fallet eller dess rätt att efterskänka varje sådan reaktion. På motsvarande sätt förhåller det sig med det här behandlade institutets relation till de i brottsbegreppet ingående formerna för en

⁵⁵ Vi hava här icke att fatta ståndpunkt till rättstridighetslärans praktiska värde och rättstridighetsbegreppets innebörd. Fattar man i enlighet med vissa nordiska författare begreppet så vitt, att man därunder inbegriper även andra normvidrigheter än de straffbelagda, löper man risken att hamna antingen i ett rent ytligt, formellt begrepp utan systematiskt värde för straffrättens del eller ock i en naturrättslig, metajuridisk begreppsvärld, som icke är väl förenlig med legalitetsprincipen i straffrätten. Om man däremot använder begreppet rättstridighet i straffrätten för vissa förutsättningar av objektiv beskaffenhet, som äro gemensamma för de olika brottsbeskrivningarna och därför icke lämpligen böra upprepas i de särskilda lagbuden, kan rättstridighetskategorien bliva straffrättsligt fruktbarande. Om den s. k. nordiska rättstridighetsläran och dess begränsade värde för analyserna av de skilda formerna av orätt, se *Ussing*, Erstatningsret, s. 18 f., s. 78 f., *Stjernberg* s. 27 samt *Lundstedt* i TfR 1923 s. 55 f. Jfr ock nedan s. 182 f.

⁵⁶ Genom att hänvisa till typiciteten vid denna skälighetsprövning hava vi velat avvärja beskillningen för att rekommendera en fri intresseavvägning i den nordiska rättstridighetslärans mening. Även på denna punkt leder nämnda lära lätt till konsekvenser, som stöta legalitetsprincipen för huvudet och därför böra avböjas, icke minst ur generalpreventiv synpunkt. Se vidare ovan i texten samt s. 93 f.

förbjuden handling tillräknande. Då gärningsmannens s. k. skuld är så ringa, att lagen tillåter domaren att bortse från straff, rör man sig ju intill de nedersta gränserna för den vid varje särskild brottstyp fordrade arten av tillräknande av brottet. Denna gräns kan icke bestämmas helt abstrakt utan beror i någon mån på domstolens skälighetsprövning.⁵⁷

Ehuru vi sakna tillfälle att här närmare undersöka rättsstridighetsbegreppet och minimigränsen för imputationen anse vi oss berättigade antaga ett samband mellan den allmänna frågan om brottsbegreppets element och den här behandlade regeln om straffs efterskänkande i synnerligen lätta eller ursäktliga fall. Detta förhållande visar sig äga betydelse för det kriminalpolitiska problemets lösning, allra helst om vi anlägga ett generalpreventivt betraktelsesätt på frågan om dessa falls bestraffande eller strafffrihet. Det torde kunna förutsättas och har av oss redan tidigare förutsatts, att strafflagens auktoritet beror därpå, att dess straffhot normalt och regelmässigt effektueras eller i varje fall leder till någon form av reaktion i de brottsfall, som komma till myndigheternas kännedom. En rörelsefrihet för domstolen i dess bestämmande av reaktionerna mot brottet, vilken frihet toge sig uttryck i en helt generell klausul om eftergift av straff i individuellt sett synnerligen lätta fall, skulle vara oförenlig med nämnda regelmässighet i reage-

⁵⁷ Detta drag framträder tydligt i culpabegreppet sådant detta utformats i nyare lagar och lagförslag. Se t. ex. *SLK* 1923 3:3, som talar om att gärningsmannen brustit »i den aktsamhet om allmänt eller enskilt intresse, som med hänsyn till hans ställning och övriga vid gärningen föreliggande omständigheter bort av honom iakttagas», ävensom det nästan likalydande stadgandet i den *schweiziska* strafflagen art. 18. Jfr *E. Schäfer* i *Das kommende deutsche Strafrecht*. I, s. 61 f. Med rätta säger ock *Skeie* I s. 406, att »Uaktsomhetens nedre grense, mot skyldfriheten, må bestemmes ved en etisk dom»; jfr *Bergendal* i *SvJT* 1928 s. 426 f. Men även på doluslärans område torde i nutidens doktrin det normativa inslaget spela en betydlig roll, i det en viss värdering av det psykiska förloppets juridiska kvalitet måste läggas i domarens hand; jfr *Krabbe* s. 48 f., *H. Mayer* s. 262 f., *Mezger* s. 248 f. samt *Liszt-Schmidt* s. 213 f. Alldeles oavsett den delikata frågan, om icke denna tendens i skuldläran bidrager till att utplåna den skarpa gränsen mellan objektiva och subjektiva element i brottsbegreppet, måste man fastslå, att gränsen mellan imputationsfriheten och efterskänkande av straff i relativt ursäktliga fall blivit flytande.

randet, även om klausulen endast sällan användes. Därför torde det vara av betydelse, att domarens rätt att bortse från straff i ömmande och särskilt lätta fall bindes vid fasta regler. Å andra sidan medför ett uppräknande av vissa speciella ömmande omständigheter och ursäktliga motiv bestämda olägenheter. Rättspraxis bindes därmed för hårt vid de i lagen angivna fallen, och det generella och typiska i de hithörande situationerna framträder icke fullt klart. En principiell anknytning av en grupp här åsyftade fall — nämligen såvitt rör omständigheter, som hänföra sig till brottets begående — till de allmänna regler, vilka på den objektiva och subjektiva sidan bestämma den nedersta gränsen av brottslighet, torde då framstå såsom ganska naturlig för undvikande av nu angivna svårigheter. En andra grupp skulle då bildas av omständigheter, som falla i tiden efter den brottsliga gärningens begående.⁵⁸

En fråga som med detta betraktelsesätt tilldrager sig ett avsevärt teoretiskt intresse men icke torde äga allt för stor praktisk betydelse är den, huruvida den förordade formuleringen av de till den förra av de båda grupperna hörande reglerna om strafffrihet i lättare fall bör ske i anslutning till utformandet av brottsbegreppets objektiva sida eller till principerna för tillräknanDET av en till sin typ straffbelagd handling eller underlåtenhet. Svaret kan näppeligen givas utan en föregående analys av brottsbegreppet och förhållandet mellan den s. k. rättsstridigheten och brottets subjektiva element, och beror dessutom i hög grad på den lagtekniska uppbyggnaden i de skilda rättssystemen av de allmänna reglerna om brott och straff. Icke minst spelar det en betydelsefull roll, hur frågan om den s. k. villfarelsens betydelse löses. Vi nödgas här lämna detta spörsmål åsido.

Vissa skäl skulle emellertid kunna åberopas mot den här anvisade vägen att inarbета reglerna om strafffrihet för lättare fall i de allmänna förutsättningarerna för handlingars straffbarhet, i själva brottsbegreppet. Just ur allmänpre-

⁵⁸ Förebild kan lämpligen sökas i *norska* SL 59 § och *danska* SL 84 § 1 st. p. 6—9.

ventiva synpunkter är det ingalunda tillfredsställande, att avgörandet om handlingens sannolika brottslighet och därmed dess åtalbarhet i många fall kommer att flyttas tillbaka till det stadium, där åklagarmyndigheten har att överväga om sannolika skäl för att en brottslig gärning ägt rum äro för handen.⁵⁹ Därmed skulle, till förfång för uppfattningen om straffbudets auktoritet, vittgående undantag från tillämpningen av lagen bliva möjliga. Även om denna farhåga icke är direkt erfarenhetsmässigt grundad, saknar synpunkten ingalunda betydelse, och det synes oss därför lämpligast jämväl med hänsyn till rättssäkerhetens krav att i så stor utsträckning som möjligt förlägga prövningen av de särskilda omständigheter som motivera strafffrihet till domstol. I vad mån detta lagtekniska förfaringssätt kan tänkas influera på den legala behandlingen av omständigheter som hittills ansetts böra beaktas som grunder för rättstridighetens och tillräknandets bortfallande, så att dessa i sin tur förvandlas till strafffrihetsgrunder som omhänderhavas av domstolen med en viss diskretionär bedömningsrätt för denna, är ett öppet problem.

Ännu ett spørsmål uppkommer vid utformningen av ifrågavarande rättsinstitut. Skall den rekommenderade strafffrihetsgrunden regleras allmänt för hela det straffrättsliga området eller uteslutande i de särskilda beskrivningarna av brott, vid vilka de åsyftade lätta fallen äro vanliga och framträda i typiska former?⁶⁰ Visserligen synes det ovan utvecklade generalpreventiva önskemålet om strafffrihetens regelbindande lättare tillgodoses genom en beskrivning av typsituationer vid de skilda brottens begående och gär-

⁵⁹ Jfr ovan s. 105 f. Den tyska strafflagsreformen synes just med hänvisning till bl. a. denna möjlighet kunna undvara regler om efterskänkande av straff i lindriga och särskilt ömmande fall; se *Dahm* i ZStrW 54 s. 404 f., *L. Schäfer* i Das kommende deutsche Strafrecht. I, s. 180 f., *Grau* ibid. s. 185 samt *Lautz* i Das kommende deutsche Strafverfahren, s. 99 f.

⁶⁰ Se t. ex. *svenska* SL 3:7, 8 och 11, 7:3, 8:23, 10:7, 14:18 och 19, 19:19 och 21 samt 23:6; i vissa av dessa lagrum hava strafffrihetsgrunderna tagit formen av negativa brottsrekvisit, liksom f. ö. i det mera speciella stadgandet i 1937 års bötesverkställighetslag, 8 §. Jfr *danska* SL 125, 143 och 214 §§ samt *schweiziska* strafflagen art. 120, 133, 260, 304, 308, 320 och 321.

ningsmannens sätt att därefter förhålla sig, men å andra sidan kan icke förnekas att något slumpartat och väl speciellt insmyger sig i en dylik reglering, vilken näppeligen lämnar rum för någon analogisk tillämpning i situationer som icke förutsetts av lagstiftaren men där de individualpreventiva synpunkterna kunna motivera strafffrihet. Om vi sålunda föredraga en generell utformning av reglerna om straffs efterskänkande, synes likväl icke ur generalpreventiv synpunkt eller eljest några olägenheter uppstå av att vid sidan av dessa regler mera egenartade situationer vid vissa brottstyper beaktas av lagstiftaren nämligen på så sätt, att genom utformningen av respektive brottsbegrepp dessa situationer antingen helt ställas utom det straffbara området utan någon valrätt för domstolen mellan reaktion och icke-reaktion eller ock förklaras motivera särskild straffminskning eller full strafffrihet.

Vare sig alltså förutsättningarna för straffs efterskänkande regleras enhetligt eller speciellt för vissa brott är därmed icke sagt, att domstolen bör erhålla någon fullmakt in blanco att fatta beslut i denna riktning. Ovan har antytts att de individuellt betonade omständigheter som motivera strafffrihet böra exemplifieras i lagen på samma sätt som fallet vanligen är med de allmänna resp. särskilda straffminskningsgrunder strafflagarna uppställa och till vilka de lämpligen böra anknytas.⁶¹ Emellertid bör dessutom, av skäl som redan för den villkorliga domens vidkommande utvecklats, bestämda gränser dragas för institutets tillämpningsområde med hänsyn till brottstypens svårhetsgrad. Att gränsen uppåt knappast behöver sättas lägre än vid villkorligt anstånd med straffs verkställande torde kunna försvaras, om institutet bindes vid sådana närmare fixerade, ömmande omständigheter, att det i praktiken blir fråga om dess tillämpande endast i extraordinära fall. Den kalkyle-rande brottslingen kan då aldrig räkna med deras tilläm-

⁶¹ Så i *danska* SL 84 och 85 §§, *norska* SL 58 och 59 §§, *italienska* strafflagen art. 169 jfrd med art. 133 samt *ryska* strafflagen art. 51. Se ock *Ferri*, Progetto, art. 82 jfrd med art. 22.

pande på hans eget fall, medan en möjlighet härtill kunde föresväva honom om domstolen till sitt förfogande äger en generalklausul. Vad gränsen nedåt angår, tala knappast samma skäl mot dess användning i fråga om typiska polisförseelser som tidigare åberopats mot användande av villkorlig dom i motsvarande fall. Medan den villkorliga domen utformats som en normalföreteelse för genomsnittet av lättare och medelsvåra brott, har efterskänkandet av straff karaktären av ren undantagsåtgärd, bunden vid speciella förutsättningar; dess användning kan eller bör åtminstone icke bli så frekvent, att den avskräckande effekten av straffhotet vid moraliskt indifferent förseelser nämnvärt försvagas.⁶²

Till sist förtjänar den frågan uppkastas, huru domstolens beslut skall utformas, när straff enligt nu berörda principer ovillkorligt efterskänkes. Att något straff icke skall utsättas i domen synes vid första ögonkastet följa av hela institutets konstruktion. Håller man emellertid levande den generalpreventiva tanken, att det icke rör sig om en ren passivitet från samhällsorganens sida utan fastmera om ett visst mått av reaktion, synes svaret på frågan icke lika självklart. Då icke något som helst ingrepp av straffrättslig art vidtages i den dömdes frihetssfär utan repressionen ligger uteslutande i själva domen, kan man taga under övervägande vari detta reaktionsmoment lämpligen bör bestå.

På sätt tidigare utvecklats i samband med undersökningen av åtalseftergiftens generalpreventiva verkningar,⁶³ är det i många fall tjänligare för den brottsliges återanpas-

⁶² I allmänhet hava de lagar, som känna institutet ifråga, tvärtom ansett detsamma tillämpligt i första hand på rena förseelser; ett undantag utgör det *franska* förslaget av år 1934, som i art. 58 begränsar dess tillämplighetsområde till »la matière correctionnelle», alltså både uppåt och nedåt. Jfr ang. samma fråga vid åtalseftergift resp. villkorlig dom ovan s. 110 f. och s. 144 f.

⁶³ Se ovan s. 107 f. *L. Schäfer* a. a. s. 180 f. anser åtalseftergiftens inverkan på generalpreventionen mindre betänkelig än att i straffbuden taga hänsyn till särskilt lätta fall. Man kan nämligen med i det föra alternativet »bei der Festsetzung der Strafraumen nach unten nur die Normalfälle ins Auge fassen und so eine die generalprävenierende Kraft der Strafgesetze zu sehr schwächende Herabsetzung der unteren Strafgrenzen zu vermeiden».

sande, att varje straffrättslig åtgärd uteblir och ersättes med social omvårdnad, varvid det repressiva moment, som kan vara nödvändigt för den åsyftade behandlingens genomförande, bör återfinnas i den speciallagstiftning som reglerar den aktuella vårdformen. I dessa fall tjänar det straffrättsliga stadgandet om domstolens befogenhet att bortse från straff, i likhet med reglerna om åtalseftergift i motsvarande fall, som en brygga mellan det rättsområde som traditionellt betecknas som det straffrättsliga och de förvaltningsrättsliga skyddsåtgärdernas område. De ovan utvecklade betänkligheterna mot efterskänkande av straff äga knappast sin motsvarighet i detta fall. I annat sammanhang skola vi behandla det rent principiella förhållandet mellan de positivrättsligt och lagtekniskt skilda typerna av reaktioner och påvisa nödvändigheten av dylika bryggors slående.⁶⁴

I de här närmast avsedda övriga fallen, d. v. s. då icke någon skyddsåtgärd av straffrättslig eller förvaltningsrättslig art eller ens den brottsliges ställande på prov är erforderligt ur individualpreventiv synpunkt och undantagsvis icke heller generalpreventiva skäl kräva någon verklig repression i anledning av bottet, synes straffs utsättande i domen kunna komma ifråga. Vi anse dock en dylik metod icke tillräckligt motiverad, då det ju under inga omständigheter skall kunna verkställas. För allmänheten, eller snarare de berörda kretsarna av potentiella lagöverträdare, skulle genom ett sådant förfarande straffhotets allvar snarare förflyktigas än inskärpas, och samhällets ogillande av gärningstypen synes tillräckligt markerat genom själva sakerförklaringen och utan en dylik fiktiv straffutmätning. Däremot kan det individualpsykologiskt och kanske också i viss mån för rättsskipningens auktoritet vara av betydelse, att domstolens beslut meddelas den brottslige personligen

⁶⁴ Se nedan s. 214 f. Det bör ock anmärkas, att stadgandet i 1939 års lag om villkorlig dom, § 8, att domstol kan överlämna den dömda till social myndighet för viss åtgärd, icke bildar en dylik brygga: de straffrättsliga reglerna om förverkande av den villkorliga domen synas det oaktat behålla sin tillämplighet i det särskilda fallet. Jfr ock ovan s. 143 not 41.

i form av en erinran om den vunna straffrihetens rent singulära karaktär.⁶⁵ I de fall den tilltalade genom frivilligt tillbakaträdande från försök eller spontant avlagd bekännelse eller eljest visat sin vilja att gottgöra vad han brutit torde — särskilt för ungdomliga förbrytare — konstaterandet av dessa fakta i kombination med vad den italienska straffrätten kallar »perdono giudiziale»⁶⁶ utgöra en lämplig form för att markera, att gärningen såsom faktum erhållit sin kompensation, varigenom skenet av ren passivitet från domstolens sida undvikes.

Vad slutligen angår varning såsom ett speciellt utformat institut, vilket eventuellt kunde tänkas giva eftertryck åt efterskänkandet av straff i lindriga fall, kunna vi här fatta oss kort. I varningens begrepp torde ligga något mer än blott det uttryck för ogillande från samhällets sida som själva sakerförklaringen innebär. Detta plus består såsom all straffrättslig repression i något intrång i eljest rättsligt skyddade intressen.⁶⁷ Med allmänt språkbruk torde vara bäst överensstämmande, att man i begreppet varning inlägger en viss försämring i den varnades ställning vid återfall i brott eller eljest då han vid något senare tillfälle blir föremål för tvångsätgärder från samhällets sida.⁶⁸ Detta förhål-

⁶⁵ Jfr 1939 års lag om villkorlig dom, 6 §, som väl förutsätter ett slags erinran från domstolens sida, samt *franska* strafflagsförslaget av år 1934 art. 58, enligt vilken »le pardon» meddelas med erinran om dess engångsnatur. Se ock nedan not 67.

⁶⁶ Italienska strafflagen art. 169.

⁶⁷ Jfr nedan s. 187. Sålunda föreligger icke någon varning i juridisk mening, när den varnades rättsställning icke undergår någon förändring nu eller framdeles, om ock rent faktiskt hänsyn kommer att tagas till att varning meddelats; se 1939 års lag om villkorlig dom, 12 och 20 §§, *SOU 1939: 25* Bil. D s. 47 och ovan s. 111 om varning, meddelad av polismästare i bagatelmål. Vi kunna därför icke anse termen varning på sin plats, om det blott gäller vad hos *Liszt-Schmidt* s. 406 värtaligt beskrives som »ein mahnender Appell an die höchste Moralinstanz des zu Verwarnenden, an sein Gewissen, sein Rechts- und Gemeinschaftsgefühl und besteht darin, dass ihm das Unrecht seines Handelns begreiflich gemacht und er selbst an eine sorgfältigere Berücksichtigung seiner ihm der Allgemeinheit gegenüber obliegenden Pflichten gemahnt wird».

⁶⁸ Se 1889 års lag om straff för ämbetsbrott av präst, 1 §, 1885 års lösdrivarlag, 2 och 3 §§, samt 1923 års förslag till lösdrivarlag, 4 och 5 §§. I *norska* SL 379 § göres förutgången varning till villkor för bestraffning

lande kan vara dikterat av ungefär samma individualpreventiva skäl, som motivera villkorlig dom med prøvotid på sätt ovan utvecklades, men tjänar givetvis också liksom detta institut en viss allmänpreventiv uppgift. Då emellertid varningsförfarandet med denna sin syftning på framtiden kräver ett registreringsförfarande, kan det icke anses lämpligt att användas på förevarande lätta fall, där man genom efterskänkande av straff i allmänhet just åsyftar att undvika en persons stämplande som brottsling, då han under exceptionella omständigheter begått en relativt ringa lagöverträdelse.⁶⁹ Även bortsett från att varningen sålunda icke är avsedd för verkligt lindriga fall, torde man kunna försvara en underlåtenhet att närmare behandla institutet i förevarande sammanhang. Varningen såsom den förekommer i de olika rättssystemen innebär i regel en så pass kraftig förstärkning av sakerförklaringen för lagöverträdelsen, att densamma snarare bör behandlas såsom en särskild straffart. Därvid äger varningen stundom ett visst samband med de allmänna ärestraffen,⁷⁰ men dess tillämpningsområde är oftare inskränkt till disciplinstrafrätten, där den med varningen förenade förlusten i anseende och förmåner kan vara ganska avsevärd.⁷¹

av konkubinat och i *danska* SL 197, 198 och 265 §§ för bestraffning av vissa bettleri-, lösdriveri- och fridsbrott; i sistnämnda lags 229 § verkar meddelad varning för sammanboende med prostituerad i realiteten som en bevispresumption för souteñörskap. Jfr ock *Wetter*, Den villkorliga domen, s. 65 f.

⁶⁹ Jfr *Sieverts* i ZStrW 57 s. 772 f. samt *Schmidt*, Die Aufgaben, s. 288 f. och s. 306, där institutet »Verweis» tillerkännes företräde framför andra former av behandlingen av exceptionellt lätta fall; så ock *Hagströmer* i 7. NJM (1890) s. 145 f.

⁷⁰ Nämligen om varningen publiceras eller meddelas i pregnant former inför offentligen eller en viss personkrets, t. ex. inom ett ämbetsverk vid tjänstefel; jfr schweiziska strafflagen art. 61.

⁷¹ Om varningen såsom disciplinstraff i utländsk rätt, se *Thyrén*, Utkast. VII, s. 142 f. Det i 1914 års SL för krigsmakten, 210 §, förekommande institutet tillrättavisning, innefattande bl. a. varning, angives i lagen och av *FLU* 1914: 22 s. 77 vara något annat än straff: det träder sålunda i stället för disciplinstraff enligt lagens terminologi, antecknas ej i straffjournal och skall icke hava betydelse för den tillrättavisades framtida ställning. Detta betraktelsesätt förefaller ganska egendomligt, särskilt då tillrättavisningen utformas såsom innefattande vittgående frihetsinskränkningar i form av permissionsförbud eller straffkommendering.

Till sist må med några ord beröras de spörsmål, som anknyta sig till straffmätningens problem.⁷² Vare sig man här syftar på den vidsträckta uppgiften för domstolen att över huvud välja den i det konkreta fallet rätta straffrättsliga reaktionen av straffs eller skyddsåtgärds typ eller på den mera tekniska betydelsen av straffmätningen såsom utmätandet av straff inom lagbudets straffskala, råder det knappast någon tvekan om att de individualpreventiva synpunkterna böra dominera i det särskilda fallet. Emellertid får man härvid icke förbise, att generalpreventiva hänsyn även som de därmed sammanhängande rättviseföreställningarna kräva beaktande.

Först och främst äger varje straffdom sin indirekta betydelse för vidmakthållandet av lagens kraft, kanske mindre genom att straffmättet hålles relativt högt inom de särskilda straffbudens ram utan snarare genom att en viss likformighet härskar i domstolarnas praxis. Ehuru de generalpreventiva kraven, på sätt tidigare utvecklats,⁷³ i första hand böra uppmärksammas av lagstiftaren vid hans reglering av straffsatserna i lagen, så att dessas yttergränser bestämmas under hänsynstagande till samma krav, torde för uppnående av nämnda likformighet i tillämpningen vissa direktiv för domstolarnas straffmätning intagas i lagen,⁷⁴ särskilt om

⁷² Av speciallitteratur skall här hänvisas till *Annerstedt*, Om straffmätning, *Nordling* i NT 1864 s. 567 f., 1865 s. 785 f. och *Carlesjö* i SvJT 1938 s. 64 f. ävensom *Krabbe* i SvJT 1936 s. 331 f., *Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis, *Drost*, Das Ermessen des Strafrichters, s. 165 f., *Peters*, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters, s. 82 f., samt *Rosenfeld* i VD Allg. T. III, s. 149 f. och *Schaffstein* i DS 1 (1934) s. 369 f.

⁷³ Se ovan s. 96 f.

⁷⁴ Lämpligheten härav bestrides av förarbetena till den *norska* SL, vilka framhålla, att »man vil ved en sådan opregning vanskelig undgå enten ikke å si annet enn det selvfølgelige eller også å si for lite eller for meget»; se *Kjerschow* s. 159. Åtskilliga nyare lagar och lagförslag innehålla emellertid dylika anvisningar, vilka ofta äro av ganska allmän karaktär och i viss mån utgöra en sorts programförklaring angående den straffteori lagen hyllar. Så t. ex. den *svenska* SLK 9:1 (»det sinnelag, som kommit till uttryck i gärningen»), *danska* SL 80 § (»Lovovertrædelsens Grovhed og Farlighed, Gerningsmandens foregaaende Vandel, Alder og Forhold før og efter Gerningen, Styrken af hans for Dagen lagte forbryderske Sindelag samt Bevæggrundene til Handlingen»), *schweiziska* strafflagen art. 63 (»die Beweggründe, das Vorleben und die persönliche Verhältnisse des Schuldigen»), *italienska* strafflagen art. 133 (uppräknar en hel serie modaliteter hos brottet

denna karakteriseras av relativt generella brottsbeskrivningar och vida eller relativt obestämda straffsatser. Lämpligheten av dylika direktiv har stundom bestritts, men de framförda betänkligheterna synas icke alltför tungt vägande, därest lagens anvisningar förklaras vara allenast exemplifierande.⁷⁵ Härigenom kan man också i någon mån förhindra den för straffhotets effektivitet skadliga tendensen hos praxis, som vi tidigare berört, nämligen att sänka normalstraffet för de särskilda brotten; det till synes effektivare medlet, att lagen själv angiver detta medium, synes däremot ur flera synpunkter olämpligt att använda.⁷⁶ Det sagda äger motsvarande tillämpning på valet av straffart och på det vanliga straffets utbytande mot någon viss individualpreventivt motiverad skyddsåtgärd. Särskilt om den ifrågavarande åtgärden till sin karaktär är sådan, att allmänheten kan förväntas uppfatta den som avsevärt lindrigare än det ordinära straffet för brottet, torde ett angivande av förutsättningarna för åtgärdens tillgripande äga värde jämväl ur generalpreventiv synpunkt och icke blott

och faktorer, som bestämma gärningsmannens skuld), *polska* strafflagen art. 54 (»des mobiles et de la manière d'agir de l'auteur et de ses rapports avec la partie lésée, du degré de son développement intellectuel, de ses antécédents et de sa conduite après l'accomplissement de l'infraction») samt *ryska* strafflagen art. 48 (som ålägger domaren att utom av direkta lagstadganden låta sig vägledas av »son propre sens juridique-socialiste, en considerant d'abord le danger social que présente le délit commis, les circonstances de l'affaire et la personnalité de l'auteur du délit»). I stället för eller vid sidan av dylika allmänna klausuler innehålla vissa lagar en uppräknig av försvårande eller förmildrande omständigheter, som böra iakttas vid bestämmande av straffet inom de ordinarie latituderna; så t. ex. *svenska* SLK 9:7 och 12 samt *ryska* strafflagen art. 47 och 48. Beträffande lagar, som sakna dylika bestämmelser, torde man få förutsätta, att domstolarna analogivis använda de i lagen ev. upptagna straffminsknings- och straffskärpningsgrunderna; se *Krabbe* s. 82 samt uppräknigen av lagarnas ståndpunkt ovan s. 100 not 27.

⁷⁵ Jfr yttrandet ovan i not 74 ang. norsk rätt. Samma åsikt som i texten *Rosenfeld* a. st. samt *SLK* s. 329 f., varest ock de under förarbetena till gällande SL framförda invändningarna mot densamma bemötas; jfr *Annerstedt* a. a. s. 1.

⁷⁶ Sätillvida måste man nämligen giva motståndarna till metoden att välja ett straffmedium till utgångspunkt för straffmätningen rätt, att detta oftast är en rent fiktiv storhet; härom *Nordling* a. st. och *Annerstedt* a. a. s. 60 f. Det »normala» brottet existerar lika litet som »l'homme moyen»; jfr ovan s. 4 samt s. 85 not 11. Måttet för gärningstypens farlighet och förkastlighet uttryckes därför bäst i en latitud, såsom vi ovan s. 97 framhållit, och straffmedium utgör blott utgångspunkten vid domarens straffmätningsoperation.

för en rätt uppfattning av lagens individualpreventiva intentioner.⁷⁷

Domarens straffmätning kan emellertid också tänkas äga en mera direkt generalpreventiv betydelse än den nu behandlade. Situationer kunna uppkomma, då en bestämd brottstyp visar en oroväckande stegring i frekvensen, över huvud taget eller på viss ort, eller då ett konkret brottsfall väckt sådant uppteend, att domstolens utslag i målet av allmänheten avvaktas med ett omisskännligt och för lagens auktoritet betydelsefullt intresse. Detsamma gäller också i andra situationer, då det gäller att särskilt hos potentiella förbrytare inskräpa lagens allvar. Vi syfta på polisförseelser i samband med utövandet av viss verksamhet samt på åtskilliga grövre brott, karakteristiska för yrkesförbrytare; i dessa fall kan domstolen genom en konsekvent och energisk repression i ett eller flera fall åstadkomma en icke oviktig generalpreventiv effekt hos kalkylerande individer och hos medborgare, vilkas överträdelser av lagen kännetecknas mera av nonchalans än av bestående brist på socialt sinne. Det måste ju antagas finnas ett maximum för den risk den potentielle och yrkesmässige förbrytaren anser sig böra taga: brott »lönar sig icke», om domstolarna visa tendens till en skärpning av samhällets reaktion mot detsamma.⁷⁸ Dessa i domarens hand lagda generalpreventiva möjligheter utnyttjas emellertid knappast så effektivt som önsk-

⁷⁷ Jfr ang. den villkorliga domen uppräknningen av omständigheter i 1906 års lag, 1 § 3 st.; härtill *Stjernberg*, Villkorlig straffdom, s. 10 f., som också pekar på önskvärdheten av att de positiva skälen in concreto för anstånd med straffet utsättes i domen. Med rätta framhåller *Liszt* i VD Allg. T. III, s. 72, att lagens uppräknning av förutsättningar bör vara allenast exemplifierande. Den tanke som ligger bakom detta uttalande drevs i 1918 års svenska lag för långt, i det varje närmare specifikation av villkoren saknades; se härom 1917 års förslag s. 82 f. Beträffande de typiska skyddsåtgärderna återkomma vi till motsvarande lagtekniska frågor i arbetets senare del.

⁷⁸ Detta gäller särskilt yrkesmässigt utövade, lukrativa brott, vid vilka all anledning finnes dels till straffskärpning in abstracto, dels till utmätande av strängt straff in concreto. Är gärningstypen särskilt förkastlig, såsom vid brott mot SL 18:11 och 21:10 samt vid olaga trafik med narkotika, bör lagstiftare och domare genom användande av konfiskationsregler söka träffa just det lukrativa intresset hos de brottsliga kretsarna; jfr om de olika reaktionstyperna *Stjernberg* s. 59 f. och *SLK* s. 280 f. Se ock *Hurwitz*, Konfiskation, s. 29 f., III f. samt *Bergendal* i NTfS 1928 s. 223 f.

värt vore.⁷⁹ Det förtjänar också påpekas, att ehuru värdet av denna generalpreventiva effekt i första hand hänför sig till den speciella art av brottslighet som domstolen ägnat sin uppmärksamhet, många skäl tala för riktigheten av Peters' åsikt,⁸⁰ att denna skärpning av samhällsreaktionen återverkar även på brottsligheten över huvud inom kretsar, som stå den dömde nära eller ägna sig åt samma illegala sysselsättning som han.

Slutligen uppkommer i samband med straffmätningsspörsmålen en ytterligare fråga. I vad mån stå de generalpreventiva kraven på straffrättsskipningen hindrande i vägen för ett system, enligt vilket domstolen i högre eller lägre grad lämnar åt den straffverkställande myndigheten att i detalj fixera den ådömda samhällsreaktionens mått? Denna fråga, som vanligen ingår i det större problemet om den s. k. obestämda straffdomen,⁸¹ äger sin största betydelse vid utformningen av de individualpreventiva skyddsåtgärder, vilka betraktas som artskilda från straffet i traditionell bemärkelse, men spelar en viss roll även vid denna senare reaktionsart, sedan man i den kriminalpolitiska debatten torde hava nått enighet på den punkten, att varje långvarigare frihetsberövande måste anordnas med en viss elasticitet i fråga om dess utsträckning i tiden. Om vi sålunda i första hand taga sikte på de ordinära frihetsstraffen, är det tydligt, att ett visst mått av obestämdhet icke är oförenligt med straffets generalpreventiva funktion, därest vår tidigare utvecklade åsikt är riktig, att den generalpreventiva verkan av straffdomen består däri, att lagens auktoritet

⁷⁹ *Exner* a. a. s. 29 uppvisar med stöd av statistiska fakta, att de tyska domstolarna efter kriget icke i förekommande fall med utnyttjande av strafflatituderna sökt mota en kriminalitetsvåg på ett visst brottområde, t. ex. oredlighetsbrottens. Motsvarande reflexion för svensk rätts del bestyrkas av uppgifterna om straffmätningen på samma brottområde i *SOU* 1935: 68 s. 92, s. 94. Jfr ock *Carlesjö* i *SvJT* 1938 s. 67.

⁸⁰ *Peters* a. a. s. 83 f.

⁸¹ Av den omfattande speciallitteraturen hänvisas här blott till *Wetter* i *NTfS* 1914 s. 1 f., *Stjernberg*, *Kriminalpolitik*, s. 159 f., *Hoff*, *Ubestemte dommer*, s. 58 f., *Neymark* i *Revue* 6 (1926) s. 917 f., *Schoetensack*, *Unbestimmte Verurteilung*, *Freudenthal* i *VD Allg. T. III*, s. 270 f., samt *E. Schmidt* i *SchwZ* 45 s. 218 f.

tet bestyrkes genom att samhället på något påtagligt sätt reagerar mot det begångna brottet. Då emellertid vissa farhågor onekligen uppstå för att den mera allmänna förekomsten av obestämda straffdomar skulle göra straffrättskipningen alltför främmande för det allmänna rättsmedvetandets krav på en viss fix proportion mellan brott och ådömt straff och även i övrigt minska allmänhetens förtroende för den objektiva rättvisan i straffutmätningen, torde man för att trygga lagens auktoritet böra uppdraga vissa gränser för användningen av den obestämda domen och för måttet av obestämdhet i densamma.⁸² Sålunda synes det oss ovedersägligt, att den tidigare behandlade avvägningen vid straffbudens utformande av gränserna uppåt och nedåt för straffmåttet vid de olika gärningstyperna bör vara bindande även vid verkställigheten av en obestämd dom, i den mån icke domen själv uppdrager ännu snävare gränser för den exekutiva myndighetens rörelsefrihet. Om detta senare förfaringssätt bör krävas beror naturligen i första hand på huru vida straffskalor lagen innehåller i allmänhet eller vid en viss gärningstyp. Dessutom bör som villkor för en relativ obestämdhet i straffdomen krävas, att lagen uttryckligen garanterar ett stort mått av regelmässighet och objektivitet vid den verkställande myndighetens utövande av sin rörelsefrihet, krav som här icke skola närmare specificeras men som på goda grunder kunna antagas vara besvärliga att uppfylla.⁸³

De nu berörda villkoren äro i princip lika oeftergivliga för allt frihetsberövande, sålunda även om detta tager formen av en s. k. skyddsåtgärd. I detta fall träder emellertid det generalpreventiva kravet i viss mån tillbaka, på sätt ne-

⁸² Frågan om straffets maximum och minimum skall utsättas i domen saknar naturligen icke sin särskilda generalpreventiva betydelse. Ur avskräckningssynpunkt och även för individens rättssäkerhets skull synes maximum, kanske också minimum, böra utsättas i domen eller åtminstone meddelas den dömde, varjämte bör erinras om de huvudsakliga betingelserna för tidigare frigivning. Jfr angående lösdriwares m. fl. behandling *SOU 1939: 25* s. 43 f., Bil. A s. 38 f. Annan mening beträffande ungdomsfängelse i *SOU 1934: 52* s. 37.

⁸³ Se nedan s. 171 f.

dan skall närmare utvecklas,⁸⁴ och likformighet och rätts-säkerhet i rättstillämpningen taga sig i viss mån andra former, nämligen bl. a. därigenom, att särskilda förutsättningar i den brottsliges person och brottslighetens art uppställas i lagen som villkor för användandet av sådana åtgärder som till sin maximilängd överskrida strafflatituden för det brott, som föranlett domen på skyddsåtgärden.

I sitt nu skisserade skick kan sålunda den obestämda straffdomen sägas vara väl förenlig med de i detta arbete utvecklade generalpreventiva grundsatserna, och man kan giva Hoff rätt däri, att dess avskräckande effekt på allmänheten är större än den tidsbestämda domens.⁸⁵ Om vi emellertid bortse från de särskilda, individualpreventivt motiverade skyddsåtgärderna, som här icke stå i undersökningens centrum, synes med hänsyn till de ovan antydda restriktionerna i den obestämda domens innehåll och tillåtlighet alla detta rättsinstituts fördelar stå att vinna och de flesta av dess olägenheter kunna undvikas genom en lycklig anordning av ett system med villkorlig frigivning.⁸⁶ Särskilt vilja vi understryka den ur generalpreventiv synvinkel betydelsefulla skillnaden, att maximalreaktionen i detta fall utsättes i domen, varigenom denna på ett mera lättfattligt sätt samman knyter reaktionen med gärningstypen och dessutom giver den dömde och allmänheten en känsla av större rättssäkerhet i lagtillämpningen. Men det bör å andra sidan påpekas, att detta gynnsammare bedömande av institutet villkorlig frigivning förutsätter, att det redan vid domens meddelande i målet fastställles, att den eventuella förtida frigivningen är förenad med övervakning och med denna förbundna frihetsinskränkande bestämmelser. I

⁸⁴ Se s. 192 f.

⁸⁵ Hoff a. a. s. 73. Att en straffverkställighet av den art som avses med den obestämda domen avskräcker delinkventen för framtiden är en känd sak; jfr Hoff a. a. s. 45 f. Frågan är ur specialpreventiv synpunkt den, om obestämdheten i tiden för frigivningen icke verkar alltför deprimerande eller grundlägger anstaltskverulans, farhågor som icke helt avvisas av Hoff a. a. s. 53 f., s. 35 f.

⁸⁶ Så t. ex. *Schoetensack* a. a. s. 56 f.

motsatt fall är den villkorliga frigivningen en något vilseledande beteckning för en relativt obestämd straffdom.⁸⁷

IV. Straffets verkställande.

Sättet för verkställandet av de straffrättsliga sanktioner, som enligt det nu utvecklade bestämmas i domen, är i nutiden föremål för en särskild gren av kriminalvetenskaperna och därmed också för en omfattande litteratur.⁸⁸ Ehuru en viss tendens däri kan spåras att behandla straffexekutionen som ett från den egentliga straffrätten och kriminalpolitiken helt isolerat komplex av spørsmål,^{88a} är det väl knappast

⁸⁷ De strävanden, som känneteckna det senaste svenska förslaget om villkorlig frigivning, äro i huvudsak av två helt skilda slag, nämligen dels beredande av eftervård åt frigivna fångar och dels belönande avkortning av straffet som led i en progressiv fängsbehandling, särskilt vid mera långvariga frihetsstraff; se *Wetter* i NKÅ 1938 s. 222 f. och *SOU* 1938: 25 s. 33 f. Dessa disparata syftens förenande i ett institut leder — på samma sätt som ovan påpekats beträffande den villkorliga domen — till vissa teoretiska oklarheter och praktiska svårigheter. Vad det förstnämnda syftet angår har man att skilja mellan de brottslingar, för vilka eftervården bör äga en rent stödjande karaktär, och sådana brottslingar där just skyddsuppsikten — kriminalvården i frihet — är en väsentlig del av de tvångsåtgärder samhället anser lämpligast för vederbörandes återanpassande. Att i det förra fallet med begagnande av en obligatorisk villkorlig straffeftergift som täckmantel anordna vad *Larsson* i NKÅ 1938 s. 238 kallar »eftervård under straffhot» och att förlägga beslutanderätten härom till administrativ myndighet synes både olämpligt och onödigt; jfr också *Axi* ibid. s. 242. Vad det senare fallet beträffar, synes den med eftervården förenade uppsikten över den opålitlige brottslingen böra göras så pass effektiv, att den ur rättssäkerhetssynpunkt måste ingå som ett led i straffdomens bestämmande av samhällsreaktionerna på grund av brottet; den motiverar naturligen ofta men ej alltid ett kortare tillmätt frihetsstraff än eljest skolat ådömas för brottet. Några generalpreventiva betänkligheter mot en sådan skyddsåtgärd kunna icke anföras. Den rent belönande, fakultativa villkorliga frigivningen hör däremot hemma uteslutande på verkställighetsstadiet och utgör ett från den eftervårdande skyddsuppsikten skilt rättsinstitut samt torde kunna ifrågakomma vare sig eftervårdande skyddsuppsikt ådömts eller ej; dess generalpreventiva betydelse skall icke ventileras i förevarande sammanhang, som blott rör straffdomens innehåll.

⁸⁸ Se t. ex. *Hagströmer I* s. 415 f. och Om frihetsstraffen, den hos *Liszt-Schmidt* s. 377 f. anförda litteratur, *Exner* i ZStrW 54 s. 366 f. (om modern amerikansk straffverkställighet), *Handbook of American Prisons and reformatories*, *Sutherland*, Principles of criminology, samt *Leonhard*, Die modernen Strafrechtsideen und der Strafvollzug, ävensom direktiven för SLB i SvJT 1938 s. 589 f.

^{88a} Rent positivrättsliga element från straffrättens, processrättens och förvaltningsrättens domäner sammanföras ofta med psykologiska, psykiatriska och

någon kriminalist som medvetet hävdar den meningen, att frågorna om straffets uppgift och straffsystemets funktions-sätt skulle kunna behandlas enbart under hänsynstagande till strafflagens regler och sättet för dess tillämpande genom domstolarna, samt att vad som förekommer vid samhälls-reaktionernas faktiska genomförande skulle utgöra ett studieobjekt utan närmare samband med förstnämnda frågor. Tvärtom förhåller det sig så, att lagens bokstav och domslutets deklaration få materiellt innehåll just genom att syfta på de realiteter som inneslutas i straffverkställighetens procedur.⁸⁹

Av denna tämligen självklara sanning följer, att verkställighetens olika problem hava betydelse jämväl för undersökningen av den generalpreventiva funktionen i straffrätten. Det är sålunda icke riktigt att betrakta straffverkställighetsstadiet enbart som ett experimentalfält för olika individualpreventiva och humanitära strävanden, ehuru man naturligen måste medgiva, att dessa strävanden här tilldraga sig det största praktiska intresset och ställa de gene-

kriminalpolitiska undersökningar till en gemensam allmän lära om straffverkställigheten — närmast då frihetsstraffens verkställande; så det äldre standardverket *Holtzendorff—Jagemann*, *Handbuch des Gefängniswesens*. De olika ingrediensernas proveniens påpekas t. ex. av *Haft* I s. 1 f. och av *Stjernberg* s. 7, vad angår den från kriminalpolitiken hämtade delen. Vad angår straffverkställighetens positiva regler räknas de av *v. Hippel* I s. 1 f. med rätta till straffrätten i vidsträckt mening, av *Haft* I a. st. till förvaltningsrätten och av *Mezger* s. 490 till straffprocessrätten. De båda senare åsikterna beakta icke betydelsen av den av *Mezger* själv gjorda distinktionen mellan »Strafvollstreckung» och »Strafvollzug»; den förra rent formella delen av ämnet är av processrättslig och administrativ natur, den senare rent straffrättslig; jfr *Granfelt* i JFFT 1935 s. 309 f. och *Hagströmer*, Om frihetsstraffen s. 144 f., som med rätta behandlar »frihetsstraffens innehållsbestämningar» såsom en del av den materiella straffrätten resp. kriminalpolitiken. Att skillnaden mellan de nämnda sidorna av straffverkställigheten äger betydelse i åtskilliga praktiska avseenden är tydligt; jfr *Stjernberg* i *Actes* 1935. I, s. 43.

⁸⁹ Jfr *Mezger* s. 507 f., *Haft* I och *v. Hippel* I a. st. samt *Donnedieu de Vabres*, *Traité*, s. 282 f.; sistnämnda förf. yttrar: »Pourtant ce sont les détails du régime qui donnent aux peines leur véritable physionomie». *Liszt—Schmidt* s. 22 f. framhåller vikten av »eine feste organische Verbindung der Strafrechtspflege mit dem Strafvollzug», därvid dock i främsta rummet avses det individuella fallets riktiga behandling, vilket emellertid förutsätter det i texten omnämnda sambandet mellan de båda lagstiftningsområdena resp. disciplinerna. Jfr *Andenaes* i NKA 1938 s. 308 f.

ralpreventiva synpunkterna på en relativt undanskymd plats.

Då vi i det följande med några rader söka komplettera den bild som ovan givits av nämnda generalpreventiva funktion, sker det visserligen i medvetande om denna placering av spörsmålen, men just därför att de generalpreventiva kraven på straffverkställigheten sällan i doktrinen tilldraga sig någon nämnvärd uppmärksamhet hava vi i det följande nästan uteslutande framhävt de synpunkter som med hänsyn till nämnda krav göra sig gällande i vissa praktiskt viktiga avseenden.

Straffet är till sitt väsen ett lidande för den som undergår detsamma; det ligger, som vi tidigare antytt, i repressionens begrepp att använda tvång mot individen, och i samma mån denne uppfattar tvånget som ett lidande är lidandeskaraktären ofrånkomligt förbunden med varje repressiv åtgärd från samhällsmyndigheternas sida. Härmed är ingalunda sagt, att straffverkställigheten avsiktligt skall sträva efter en stegring av det lidande som ligger i själva tvånget, utan i och med att en relativ straffteori antages har man att lämpa måttet av lidande uteslutande efter det syfte man vill nå med användandet av den ena eller andra åtgärden. Varje moment av lidande som icke kan anses vara erforderligt för detta syftes uppnående har samhället att utrensa ur straffverkställigheten.⁹⁰

Här skall icke försökas att med generella formuleringar

⁹⁰ Om också generalpreventionen på sätt uttryckligen framhålles i 1934 års tyska verkställighetsförordning, 48 §, kräver att straffverkställigheten innehåller ett kännbart lidande för delinkventen, och att detta syfte bör ställas vid sidan av den i förordningen uttalade, från 1923 års verkställighetsgrundsatser övertagna uppfostringsprincipen, synes oss denna generalpreventiva synpunkt aldrig böra renodlas utan städse kombineras med uppfostran för de uppfostringsbara och ren detention för de oförbätterliga; så ock *Haensel* i *ZAkad* 1935 s. 553 f. Att för denna senare grupp skärpa straffen t. ex. genom deportation efter franskt mönster eller genom improduktivt, tröttande arbete, s. k. »Fronarbeit», synes icke kunna rättfärdigas ens ur generalpreventiva synpunkter, då de oförbätterliga brottslingarna icke rimligen böra behandlas enbart som medel för uppnående av avskräckande verkningar på allmänheten. Om det specialpreventivt meningslösa i dessa inhumana straffformer torde knappast råda delade meningar; jfr senast *Rietzsch* i *Das kommende deutsche Strafrecht*, I, s. 136 f.

angiva huru stort mått av repression som måste inläggas i verkställigheten av varje särskild, i vår rätt ifrågakommande straffart med hänsyn till de individual- och allmänpreventiva uppgifter, som — oftast kombinerade — få anses tillkomma straffarterna. Denna undersökning måste sparas, tills en allmän överblick vunnits över hela det samhälleliga reaktionssystemet och de möjligheter som stå till buds att med mindre mått av repression än de traditionella straffen innehålla eller med rent profylaktiska åtgärder bekämpa brottsligheten. Strafflagstiftning och teoretisk kriminalpolitik måste nämligen vakta sig för vanetänkande på detta område. Likaväl som döds- och kroppsstraff ännu under förra århundradet betraktades som naturliga och outhärliga och de anglosaxiska frihetsstraffen för nymodigheter,^{90a} äro vi i vår tid benägna att betrakta frihetsstraffen och bötesstraffen såsom självklara och andra former av reaktion mot brottet och brottslingen såsom betänkliga experiment. Måhända skall den tid komma, då frihetsstraffen allmänt erkännas såsom onödigt hårda, meningslöst improduktiva former för dirigerandet av de asociala individernas andliga och kroppsliga krafter och såsom mera värdeförstörande än värdebevarande faktorer i individernas liksom i folkets liv. Säkert är dock å andra sidan, att denna tid ännu är avlägsen och att vi tills vidare måste räkna med frihetsberövande åtgärder såsom en integrerande del av vårt straffsystem. Deras karaktär av förlägenhetsutvägar är dock bestämmande för den ovan uppställda grundsatsen om utrensandet av alla irrationella lidandesmoment ur frihetsstraffen ävensom ur andra förekommande straffarter.

Denna maxim tager naturligen sikte på genomsnittliga förhållanden. Såsom all annan lagstiftning äro reglerna om straffverkställigheten ofullkomliga, och det är ogörligt att å ena sidan skapa samma regler så milda att de icke för någon enda individ medföra ett lidande som vore onödigt, om alla delinkventer vore av samma sinnesart som han, och att

^{90a} Se Lagcommitéens låtande i anledning af anmärkningar wid förslaget till allmän criminallag, s. 42 f.

å andra sidan sätta det lidandesmått, som erfordras för att hos individen inskräpa lagens allvar, så högt att det fyller denna uppgift beträffande varje särskild samhällsmedlem.⁹¹

Man skulle då kunna vara benägen att anse det riktigtast att lämpa straffverkställigheten efter varje särskild delinkvents psykiska beskaffenhet och lämna bedömandet av reaktionens intensitet åt den verkställande myndigheten. Härmed skulle emellertid ett brott ske mot en av de främsta och för rättsordningens auktoritet mest avgörande principerna i all fängvård och i övrigt all straffverkställighet, nämligen likformighet och vad som av delinkventerna själva betraktas som rättvisa från myndigheternas sida.^{91a} Den ur specialpreventiv synpunkt nödvändiga individualiseringen av samhällsreaktionen mot den brottslige är i stället att förlägga till de lagstiftande och dömande myndigheterna. På domstolen ankommer att genom valet av behandlingsform och bestämmande av reaktionens kvantitet beakta den individernas olikhet som ovan berörts. Reaktionernas kvalitet i avseende å intensiteten av det i dem inneslutna lidandet måste däremot dels av praktiska skäl, dels med hänsyn till strafflagens allmänna verkningar, redan vara fixerat i lagen för varje särskild straffart⁹² och annan reaktionsform.

⁹¹ Se *Thyrén*, Principerna. I, s. 39 f., s. 80 f.

^{91a} I vad mån allmänhetens rättviseföreställningar taga hänsyn till de bestraffade individernas olika känslighet för de skilda strafflidandena, skall här icke närmare diskuteras. Anledning finnes dock att antaga, att så är fallet i ganska stor utsträckning: sålunda torde dagsbotsystemet uppfattas riktigt av allmänheten. I fråga om anstaltsbehandling vitsordas ju ofta internernas stora känslighet för olikhet i behandlingen av individerna; se *Hoff*, Ubestemte dommer, s. 35 f. och *Leonhard* a. a. s. 33 f. Denna omständighet hindrar dock icke, att strafflidandets och fängarbetets anpassande inom vissa gränser efter vars och ens fysiska och psykiska beskaffenhet av medfångarna kan uppfattas som fullt rättvist, vadan yrkesutbildningen och arbetsvänjandet såsom frihetsstraffens huvudprinciper ej behöva komma i konflikt med rättvisekravet.

⁹² Som en särskild straffart räkna vi i detta sammanhang ett frihetsstraff kombinerat med vissa av domaren ålagda eller utmätta affliktiva tillsatser. Den metod, som brukas i *svenska* SL 2:6 och 7 att fakultativt ådöma dylik skärpning vid vissa, tämligen godtyckligt urvalda brott, torde ur generalpreventiv synpunkt vara ganska verkningslös, då man icke direkt och obligatoriskt anknyter skärpningen till brottstypen, och dessutom ur andra synpunkter olämplig; härom *Thyrén* i 9. NJM (1899). Bil. II, s. 5 f., *SLK* s. 277 f. samt *Goldschmidt* i VDAIlg. T. IV, s. 366 f. Den kasuistiska skärpningen vid brott,

Med det anförda hava vi berört den i nutiden alltmera uppmärksammade frågan om de legala formerna för straffverkställighetens reglerande⁹³ och indirekt redan besvarat densamma i den riktningen, att rättssäkerheten likaväl som strafflagens effektivitet måste anses till stor del beroende av att en allmän⁹⁴ och någorlunda kontinuerlig⁹⁵ lagstiftning

som bära vittne om »besonderer Roheit, Bosheit, Grausamkeit oder Verworfenheit» har dock försvarats av *Rietzsch* a. a. s. 128 f. Problemet om skärpt frihetsstraff såsom en särskild allmän straffart är en helt annan sak, till vilken vi senare återkomma. Vad slutligen angår systemet i *norska* SL 18 § att låta delinkventen själv äga valrätt mellan ett vanligt fängelsestraff och ett förkortat men skärpt sådant, en regel, som enligt 23 § avser t. o. m. custodia honesta, äger det praktiska fördelar, ej minst med hänsyn till den dömdes underhållsberättigade anhöriga, men synes icke generalpreventivt sett oantastligt, då enligt vår mening straffarten i själva lagen skall anpassas efter brottstypen. I den *finska* lagen av år 1930 om skärpning av frihetsstraff är denna synpunkt något bättre tillgodosedd, i det att det kortare men hårdare fängelsestraffet i princip alltid skall användas. Likväl vidlåder denna lag den olägenheten, att strafftiden i realiteten blir en annan än den domstolen utsatt i domen och att bestämmanderätten, i de fall lagen medgiver undantag från huvudregeln, utan den dömdes hörande utövas av den exekutiva myndigheten. Härtill kommer det förhållandet, att det skärpta fängelsestraffet, vilket i *finsk* rätt är mycket afflikativt betonat, användes även som förvandlingsstraff, då böter ej kunna uttagas, d. v. s. drabbar den medellöse, en regel som är ur flera synpunkter olämplig.

⁹³ Se *Donnedieu de Vabres*, *Traité*, s. 282 f., samt redogörelsen i *Revue internationale* 10 (1933) s. 144 f. för Palermokongressens behandling av frågan om en »Code d'exécution pénale». Om strävandena i Tyskland att åstadkomma en rikslagstiftning i dessa ämnen och om 1934 års verkställighetsförordning, se *Liszt-Schmidt* s. 384 f. och *Mezger* s. 47 och *Leitfaden* s. 59 ävensom *Haensel* i *ZAkad* 1935 s. 533 f. Den federala *schweiziska* strafflagen innehåller i art. 37 några ytterst knapphändiga anvisningar för frihetsstraffs verkställande, medan anstaltsväsendets ordnande och verkställighetens utförande ankommer på kantonerna, dock enligt art. 392 under kontroll av Bundesrat. I *finsk* och *norsk* rätt finnas ganska utförliga straffverkställighetslagar, medan den *danska* rättens verkställighetsregler äro spridda i åtskilliga administrativa författningar. Den *italienska* strafflagen giver endast kortfattade regler om verkställighetens huvudarter, men ställer i gengäld straffexekutionen under domarkontroll enligt art. 144.

⁹⁴ Vi åsyfta att straffverkställighetslagen skall vara gemensam för alla anstalter och anstaltsavdelningar där samma straffart verkställs.

⁹⁵ Lagen bör vara stiftad på samma sätt som strafflagen själv, varigenom garanteras ett visst mått av oföränderlighet i verkställighetsreglerna samt en viss samhörighet med den allmänna rättsåskådningen. Svensk rätt fyller härutinnan ganska högt ställda krav: 1916 års lag om verkställighet av straffarbete och fängelsestraff samt 1937 års lag om verkställighet av bötesstraff ävensom de för ungdomsfängelse och de straffrättsliga skyddsåtgärderna gällande lagarna reglera vid sidan av SL 2 kap. allt för straffets innehåll väsentligt, medan 1938 års stadga ang. vård och behandling i statens fängvårdsanstalter (SFS nr 134) och stadgan av samma år ang. vård och behandling av dem som ådömts ungdomsfängelse (SFS 135) i stort sett blott inne-

bestämmer det väsentliga innehållet i de av strafflagen använda reaktionsformerna. Särskilt gäller dessa legalitetskrav varje form av straffskärpning som disciplinmedel inom straffanstalterna, detta så mycket mera som mera allvarliga disciplinstraff i realiteten ofta avse brott mot allmän lag, t. ex. misshandel eller tillgrepp inom anstalten, brott som dock av flera skäl icke böra föranleda vederbörandes lagförande i vanlig straffprocessuell ordning.⁹⁶

Mot dessa synpunkter kan icke med fog invändas, att de verkställande myndigheterna berövas möjligheterna till den individualisering av delinkventernas behandling, som utgör betingelsen för förbättringstanken inom penologien. Om verkställighetslagstiftningen utformas med ledning av den erfarenhet man i det egna landet och utomlands vunnit av olika system för straffens — särskilt frihetsstraffens — effektuerande, blir en sådan lagstiftning tvärtom till hjälp och vägledning för myndigheterna, samtidigt som den hindrar beskyllningarna för orättvisa och olikformighet i deras verksamhet. En given fördel med ifrågavarande legalitetsprincip är också, att behovet av en ur många synpunkter olämplig judiciell kontroll i detalj av straffverkställigheten⁹⁷ avsevärt minskas.

Emellertid äro med det nu skisserade systemet ingalunda alla motsättningar mellan de individualpreventiva kraven på straffverkställigheten och den för strafflagens allmänna

hålla tillämpningsföreskrifter. Ett enda betänkligt undantag finnes, nämligen beträffande disciplinstraff; härom nedan not 96.

⁹⁶ I vissa fall t. ex. beträffande långtidsfångar vore ett lagförande för ringare brott med hänsyn till konkurrensreglerna meningslöst. För dessa fall måste ganska stränga disciplinstraff finnas och användas; med allt skäl reglera *SLK* 12:4 och 12 dessa fall i samband med sammanträffande av straff. I övriga fall måste en valrätt mellan allmänt åtal och intern bestraffning tillkomma anstaltsmyndigheterna, men reglerna härom böra givas i allmän lag som, i motsats till vad nu gäller också har att angiva straffens art och mått och rättskontrollerna vid sådant straffs ådömande av fängelsemyndigheterna; så *finska* *SL* 2:13. Den påtalade bristen i vår lag är så mycket mer anmärkningsvärd som disciplinbrott, begångna under pågående kriminalvård i frihet och ledande till betydligt lindrigare näpst, i lagen om villkorlig dom, 18 och 22 §§, omgärdas med judiciell kontroll. Jfr för de förvaltningsrättsliga skyddsåtgärdernas del nedan s. 196 not 34.

⁹⁷ Härom se *Actes* 1935. I, s. 42 f., och II, s. 1 f., särskilt generalrapporten av *Stjernberg*, förstnämnda st.

verkningar nödvändiga fastheten i samhällsreaktionens mått och innehåll övervunna. Domstolens val av straffart och bestämmande av straffmåttet betingas i en modern straffrättsskipning i första hand dels av brottets beskaffenhet, dels av personliga omständigheter rörande den brottslige, vilka faktorer tillhopa bestämma den prognos för hans framtida sätt att förhålla sig, sedan han undergått den ådömda bestraffningen. Bortsett från att varje dylik prognos är ytterst vanskelig att ställa och att man knappast kan förebrå domstolen någon oskicklighet, om densamma sedermera visar sig felaktig,⁹⁸ kunna tydligtvis under straffverkställighetens gång nya karaktärsdrag hos den dömda eller andra data⁹⁹ framträda och motivera en annan art eller kvantitet av reaktion än den en gång ådömda. Mot en förändring härav synas emellertid vissa generalpreventiva betänkligheter resa sig. I främsta rummet kräver den allmänna respekten för straffrättsskipningen, att det rättskraftiga bedömandet av den tilltalades skuld till brottet är för framtiden bindande,¹⁰⁰ men givetvis måste också av nämnda hänsyn viss försiktighet iakttagas, när fråga uppstår att förändra det en gång bestämda reaktionsmåttet på ett sätt som skulle kunna uppfattas såsom en väsentligt förändrad värdering från samhällets sida av det begångna brottets förkastlighet med hänsyn till själva gärningstypen.

Som en dylik omvärdering kan särskilt uppfattas en mera avsevärd förkortning eller mildring av det av domstol ådömda straffet. Därvid bör dock observeras, att, på sätt tidigare utvecklats,¹⁰¹ gärningstypen in abstracto utgör den generalpreventiva anknytningspunkten och motsvaras av en viss i lagen bestämd straffram och icke av ett fixt straffmått. En viss måttlig avkortning av det ådömda straffet inom denna

⁹⁸ Förutsatt, att straffprocessens regler giva domstolen tillgång till sådan expertis och utredning i målet, att kriminologiens rön och lagens olika möjligheter tillvaratagas; jfr i visst avseende *Kimberg* i SvJT 1938 s. 633 f.

⁹⁹ De särskilda spørsmål som väckas, därest dessa nya data bestå i nyupptäckta brott, tarva sin särskilda behandling och lämnas här åsido.

¹⁰⁰ Jfr *Agge* i SvJT 1937 s. 628 f. Vi bortse här från de särskilda spørsmål som anknyta sig till de extraordinära rättsmedlen i straffprocessen.

¹⁰¹ Se ovan s. 81 f.

ram synes alltså icke a priori oförenlig med de allmänpreventiva kraven, helst om densamma grundas på omständigheterna i det särskilda fallet¹⁰² och anförtros åt en myndighet med judiciell karaktär. Det torde också förhålla sig så som Wetter påpekat,¹⁰³ att det generalpreventiva intresset av det in concreto ådömda straffet försvagas ju längre tid som gått efter det att detsamma ådömdes,¹⁰⁴ varför man knappast behöver befara att nämnda avkortande av straffet skulle bibringa allmänheten den uppfattningen, att i straffverkställighetens former skedde ett slags urvattnande av strafflagens kraft och allvar. Villkorligheten spelar därvid en icke ringa roll såväl ur individens som ur allmänhetens synpunkt.

Gäller åter den av individualpreventionen dikterade förändringen av det ådömda straffet en påtaglig skärpning av samhällsreaktionen, t. ex. vid straffets utbytande mot en skyddsåtgärd av frihetsberövande typ, är det i regel icke faran för ett avtrubbande av strafflagens auktoritet, som motiverar särskilda försiktighetsmått, utan hänsynen till den dömdes rättssäkerhet. De åtgärder i avseende å förfarandet som här kunna ifrågakomma t. ex. i form av judiciell myndighets medverkan ligga inom en annan del av den teoretiska kriminalpolitiken och skola därför här icke behandlas.¹⁰⁵

Slutligen må ock framhållas, att en efter domen förelig-

¹⁰² Jfr om totalt efterskänkande av straff ovan s. 149 f. Det i texten anförda hindrar icke att man med hänsyn till eftervården av frigivna fångar reserverar en del av det ådömda straffet som disciplinmedel vid skyddsuppsiktens genomförande. Det gäller då icke en förändring av det ådömda straffet, utan detta innebär frihetsstraff plus viss annan åtgärd, som bör bestämmas i själva domen; se ovan s. 166 f.

¹⁰³ Wetter i NKÅ 1938 s. 227.

¹⁰⁴ Det anförda synes motivera en progression vid bestämmandet av den tid som må kunna avdragas från straffet; vid långtidsstraff kan avdraget göras proportionellt större än vid medellånga straff.

¹⁰⁵ Framför allt gäller det här valet mellan målets återupptagande vid domstol eller tillskapandet av en särskild s. k. fängelsedomstol för dessa frågors behandling; härom *Stjernberg* i Actes 1935. I, s. 42 f. Ett annat spörsmål på detta område gäller centraliseringen av de kontrollerande och utskrivning beslutande anstaltsnämnder, som med domstolssystemet bliva ett andra led i den judiciella kontrollen; jfr *KPr* 1935: 200 s. 27.

gande möjlighet att förändra det ådömda straffet av lagen stundom uppställts lika mycket av generalpreventiva som av individualpreventiva skäl, t. ex. vid tillgripandet av, eller snarare hotet om frihetsstraff, då ett ådömt förmögenhetsstraff ej kan exekveras¹⁰⁶ eller viss i domen beslutad individualpreventiv åtgärd icke kan vidtagas på grund av sabotage från den dömdes sida.¹⁰⁷

Den ovan uppställda grundsatsen om att gränserna för straffverkställighetens intensitet bestämmas av de för varje särskild art av samhällsreaktion bärande syftena innebär till sist också en positiv skyldighet för lagstiftning och socialvård att söka neutralisera alla skadliga biverkningar av straffet och att hålla de i reaktionen inneslutna lidandesmomenten inom de gränser straffets ändamål uppdraga. Denna skyldighet har avseende både å andra personer än den bestraffade själv och å den brottslige efter undergången bestraffning lika väl som under pågående straffverkställighet. Det måste betecknas som en allvarlig olägenhet med såväl frihetsstraff som förmögenhetsstraff, att dessa reaktioner faktiskt åstadkomma betydande lidanden, såväl psykiska som ekonomiska, för den bestraffades omgivning och borge-närer, vilka lidanden endast undantagsvis kunna motiveras med generalpreventiva skäl.¹⁰⁸ Även för den bestraffade själv medför straffets ådömande och verkställande, särskilt när det gäller strängare frihetsstraff, på grund av de förut

¹⁰⁶ Den relativa liberalitet ifråga om förvandlingsstraffets utkrävande som utmärker 1937 års lag om verkställighet av bötesstraff torde knappast komma att undergräva denna straffarts allmänpreventiva kraft, i det att efterskänkandet av förvandlingsstraff aldrig vid brottets begående kan beräknas utan städse är beroende på omständigheterna i det särskilda fallet, bedömda på ett senare stadium. Jfr *Sandström* SvJT 1938 s. 40, *Agge* i NKÅ 1938 s. 159 f. samt *KPr* 1937: 35 s. 71 f.

¹⁰⁷ Härmed har icke sagts, att just det vanliga frihetsstraffet skulle vara det enda eller rätta påtryckningsmedlet i olika situationer; se ovan s. 142.

¹⁰⁸ T. ex. därför att den brottsliges omgivning genom sin hållning i ett eller annat avseende skapat gynnsamma betingelser för brottsliga beslutsfattande eller därigenom att borgernärers aktsamhet skärpes mot vårdslösa gäldenärer, medbolagsmän finna sig föranlättna begagna sin ställning till kontroll över företagets lagenliga skötsel o. s. v. Dessa synpunkter hava sin betydelse för frågan om förmögenhetsstraff bör ådömas juridiska personer; jfr *Hurwitz*, Kollektive Enheders pønale Ansvar, s. 222 f.

behandlade sociala reaktionernas inträde en ökad intensitet i lidandet, vilken icke är av lagstiftaren åsyftad och som står i disproportion till gärningstypens relativa förkastlighet ur samhällets synpunkt. Den verkliga innebörden av straffet kommer alltså att strida mot den maxim vi här tagit till utgångspunkt för vår framställning av straffverkställigheten. Det sagda äger sin betydelse främst ur specialpreventiv synpunkt: den förbättring, det positivt värdefulla man söker förbinda med straffverkställigheten nedbrytes mer eller mindre fullständigt genom det bemötande den frigivne fången ofta röner från samhällsmedlemmarnas sida,¹⁰⁹ Men även ur generalpreventiv synpunkt äro olägenheterna i förevarande avseende märkbara. De rättvisesynpunkter, som vi funnit vara en väsentlig beståndsdel i strafflagens moralbildande effekt, torde kräva, att den brottslige efter avsonande av det rättvist förtjänta straffet betraktas som fullvärdig samhällsmedlem och att villkoren för hans fortsatta laglydiga vandel icke avsevärt skärpas under jämförelse med de påfrestningar som eljest möta medborgarna i deras vandring i enlighet med lagens krav. I den mån den brottsliga individen användes såsom medel för åstadkommande av allmänna verkningar av strafflagen, torde därför starka skäl kunna anföras för den meningen, att just han skall erhålla ett särskilt stöd av samhället såsom kompensation för den sämre ställning, vari straffets verkställande försätter honom i olika avseenden.¹¹⁰

De medel samhället kan tänkas använda i nu berörda neutraliserande syfte regleras emellertid endast i ringa mån av strafflagen utan huvudsakligen av sociallagstiftningen och skola därför här icke behandlas. Vi vilja endast understryka vad vi tidigare i olika sammanhang sökt framhålla,¹¹¹

¹⁰⁹ Härom t. ex. *SOU 1933: 11* s. 116 f.

¹¹⁰ Ofta framställes den invändningen, att samhället saknar tillräcklig anledning understödja den asociale eller bestraffade mer än den hederligt strävande medborgaren. Detta synes vid första påseende riktigt, men klokheten bjuder dock ett vidsynt handlingsätt från samhällets sida på sätt i texten antydes.

¹¹¹ Se ovan s. 83 f. och s. 130 f.

nämligen att det i och för sig välmotiverade avskaffandet av ärestraffen ur vår rätt samt de genomförda eller planerade formerna av kriminalvård i frihet icke innebära en fullständig lösning av det här uppkastade problemet, som dessutom kräver en närmare kännedom om de sociala verkningarna av det repressiva systemet och om de faktorer som framdriva återfall i brott än vi för närvarande äga. Icke heller synes det väsentligen ur negativ synpunkt betydelsefulla rättsinstitutet rehabilitation¹¹² äga något större värde då det gäller att positivt stödja dem som skadas av straffverkställighetens biverkningar.

¹¹² Rehabilitationen, som äger sitt ursprung i äldre fransk benådningspraxis (*réhabilitation gracieuse*) framträder i de nyare lagstiftningarna i stort sett under två huvudformer: dels såsom en judiciell akt, varigenom den avstraffade på grund av klanderfri vandel, ev. uppfyllandet av vissa prestationer, efter viss tid restitueras i förlorade rättigheter av personlig eller ekonomisk art (*réhabilitation judiciaire*), och dels som en automatiskt inträdande preskription av vissa påföljder eller blott av anteckningen i straffregister etc. av domen och bestraffningen (*réhabilitation de droit*). Gällande *fransk* rätt känner båda formerna av institutet, likaså den *schweiziska* strafflagen art. 76—81. Den *italienska* strafflagen art. 178—181 reglerar den judiciella rehabilitationen i villkorlig form. Den *danska* SL 97 § medger »Generhvervelse» av borgerliga rättigheter genom »Aeresoprejsning», som beslutas av justitieministern eller av domstol. Rehabilitation i form av automatiskt förvärv av s. k. »casier judiciaire intact» förekommer exempelvis i *ryska* strafflagen art. 65 och i *tysk* lagstiftning. Denna sistnämnda form av institutet äger icke någon direkt positiv betydelse för den avstraffades återanpassande i samhället, nämligen om tillgången till upplysningar ur straffregistret liksom hos oss är starkt kringskuren, utan blott för vederbörandes behandling i händelse av återfall. Annat är förhållandet beträffande en verklig restitution i frändömda medborgerliga befogenheter, nämligen i de rättsordningar som i mera avsevärd omfattning uppställa dylika förluster såsom straffrättsliga påföljder. Då detta icke hos oss är fallet, torde anledning icke finnas att f. n. upptaga institutet rehabilitation i svensk rätt. Av litteratur se *Liszt—Schmidt* s. 457 f., *Donnedieu de Vabres, Traité*, s. 575 f., *Delaquis, Die Rehabilitation im Strafrecht, Logoz, Essai sur la réhabilitation*, samt *Sieverts* i ZStrW 57 s. 771 f.

KAP. IV. DET STRAFFRÄTTSLIGA REAKTIONSSYSTEMETS STRUKTUR.

Frågan om en allmän översyn och reform av straffsystemet står för närvarande på dagordningen i vårt land. Ett flertal partiella reformer hava redan genomförts, medan arbetena med andra sådana framskridit tämligen långt. Samtidigt pågå lagstiftningsarbeten på olika delar av socialrättens stora fält, vilka arbeten hava ett ofta mycket nära samband med de straffrättsliga nydaningarna. Det förefaller under dylika förhållanden vara av en viss vikt att ett försök göres att överblicka förhållandet mellan de straffrättsliga och de utom det straffrättsliga området liggande ingripandena av tvångskaraktär¹ mot asociala tendenser hos samhällsmedlemmarna och att angiva de skilda funktioner som tillkomma varje särskild reaktionstyp, i första hand på det i egentlig mening straffrättsliga området. Det kan icke heller förnekas, att systemet med partiella reformer på detta fält är förenat med vissa risker, icke minst på så sätt, att den ledande principen för hela reaktionssystemet går förlorad eller åtminstone att de allmänna riktlinjer som må hava uppdragits på ett område utföras i detaljer, vilka icke rimma sig med den utformning samma tanke erhållit på ett annat område. Faran för vissa luckor i det till sist föreliggande systemet bör icke heller underskattas.

I det systematiska arbete som sålunda åvilar den straffrättsliga doktrinen gäller det att i viss utsträckning se bort

¹ Som ovan s. 4 f. framhållits, kan icke någon absolut fast gräns dragas mellan brottspreventerande åtgärder av rent profylaktisk natur och av repressiv natur. Vi få här nöja oss med en diskussion av sådana åtgärder vilkas tvångskaraktär är påtaglig. På sätt nedan i texten utvecklas taga vi sikte blott på sådana åtgärder, som hava avseende på den i vissa individers uppförande liggande olägenheten för samhället.

ifrån eller ompröva värdet av de begreppsbildningar man traditionellt använt, därvid de ledande grundsatserna äro att hämta från de kriminalpolitiska synpunkterna på frågan om medel och ändamål vid brottets bekämpande. Det är med tanke på denna teleologiska metod vid undersökningar rörande straffrättens reaktionssystem som vi i det föregående tämligen utförligt undersökt olika teorier om straffets ändamål och straffrättens sätt att fungera. Utgående från de individualpreventiva aspekterna på straffrätten såsom ett kampmedel mot en hos bestämda individer uppenbarad samhällsfarlig vilja, eller rättare social missanpassning, och accepterande dessa synpunkter såsom praktiskt verkningsfullare och ur brottsprofylaktisk synpunkt mera radikala ju mer intresse lag och rättstillämpning visar för brottslingens person hava vi visserligen mest uppehållit oss vid en annan straffrättslig funktion, nämligen den generalpreventiva, av det skälet, att denna syns oss mindre utforskad och till sina praktiska konsekvenser mindre genomtänkt än den individualpreventiva.

Man har all anledning antaga, att de båda olika metoderna för brottslighetens bekämpande sätta sin prägel i högre eller lägre grad på samtliga olika reaktioner som samhället använder i detta syfte. Detta antagande, som bekräftas i det följande, leder emellertid ingalunda med nödvändighet till ett utplånande av gränserna mellan de olika reaktionsformerna. Lagtekniska och systematiska skäl kräva ett särhållande av företeelser, vilka icke äro identiskt lika. Å andra sidan måste lagstiftning och doktrin städse hålla i minnet denna mera ytliga beskaffenhet hos distinktionerna och icke ur de terminologiska och systematiska olikheterna draga mer eller mindre vittgående slutsatser ifråga om den materiella innebörden hos de skilda rättsinstituten.

1. Brottsbegreppets beroende av straffbegreppet.

Straffrätten sysslar med begreppen brott och straff utan att därmed göra anspråk på att till behandling och reglering upptaga alla mänskliga handlingssätt som samhället bekämpar samt medlen för detta bekämpande. Medan vi i den tidigare framställningen avsiktligt lämnat det närmare bestämmandet av kategorierna brott och straff å sido och rört oss med dessa termer i deras traditionella juridiska mening, är det här nödvändigt att söka fixera det straffrättsliga området av lag och doktrin genom att närmare angiva det typiska för begreppen brott och straff, innan vi övergå till en undersökning av de väntande positivrättsliga och kriminalpolitiska spörsmålen, som hänföra sig till straffet och till vissa därmed närbesläktade åtgärder av annan art, vilka falla dels inom, dels utom det straffrättsliga området.

För bestämmande av straffrättens objekt förefaller det vid första påseendet självklart, att man utgår från en definition av begreppet brott såsom en primär företeelse. När det gäller brottet såsom juridiskt begrepp² beror detta antagande emellertid på en synvilla. Brottet skiljer sig från andra arter av normvidrigt handlande just genom beskaffenheten av de reaktioner rättsordningen uppställer såsom sanktion för regelns eller normens genomförande i samlivet mellan medborgarna. Otivelaktigt är förhållandet det angivna och icke det omvända: några hållbara gemensamma kriterier på företeelsen brott stå icke att finna, om man bortser från beskaffenheten av den sanktion som vill förhindra och i stor omfattning förhindrar vissa otillåtna handlingssätt.³

² Blott denna sida av saken skall här behandlas. Brottet som rent sociologisk, biologisk eller etisk företeelse och möjligheten av dess enhetliga natur på något av dessa områden lämna vi här åsido: jfr *Kinberg I* s. 6 f., *Mezger*, Kriminalpolitik, s. 1 f., s. 9, *Exner*, Kriminalbiologie, s. 11 f. Se ock ovan s. 45 not 24.

³ Så ock *Stjernberg* s. 18 f. och *Minderåriga förbrytare*, s. 1 f., samt *Liszt-Schmidt* s. 143 f. och *Kohlrausch* i *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*. V, s. 756 f., och *E. Schmidt* i *SchwZ* 45 s. 204 f.

Man kan sålunda icke fästa sig vid den egenskapen hos de under sanktion ställda handlingssätten, att de innefatta överträdelse av någon förbudsnorm, och förty äro att betrakta såsom brott, ty denna egenskap delar det egentliga brottet med den civila orätten sådan denna framträder både inom och utom obligatoriska rättsförhållanden. Om man nu också böjer sig för denna svårighet och sammanfattar båda dessa grupper av normöverträdelser — den straffrättsliga och den civila orätten — under det gemensamma begreppet orättshandlingar,⁴ håller emellertid det angivna kriteriet ej måttet av en verklig distinktion mot övriga företeelser inom civilrätten. Civilrättens regler innefatta visserligen i stor utsträckning normer av annat slag, vilka tala om befogenheter vid rättighetsutövning och distributionen av befogenheter i fall då de skilda rättssubjektens intressen kollidera. Men det är att märka, att den reella innebörden i dessa positivt formulerade regler äro de under viss sanktion ställda förbuden mot att överskrida de angivna befogenheternas gränser, låt vara att dessa förbud ofta stå att endast indirekt utläsa ur nämnda regler. Endast sanktionens beskaffenhet är duglig såsom distingerande bestämning för de olika företeelser på gränsen mellan civilrätt och straffrätt, som föreligga till undersökning och systematisering.⁵

Icke heller i förhållande till vissa med förvaltningsrättsliga medel bekämpade former av medborgerligt handlingsätt lämnar det angivna kriteriet någon ledning. I den mån politirätten vänder sig direkt mot individernas handlingar eller underlåtenheter, den s. k. politirättsliga orätten i motsats till de rent faktiska politividriga tillstånden,⁶ hava vi

⁴ Ang. den nordiska rättstridighetsläran, se ovan s. 152 not 55. Jfr *Binding*, *Normen*. I, s. 236 f., som visserligen uppställer ett enhetligt deliktsbegrepp, varav brottet är en underart, men dock giver detta ett rent formellt innehåll; brottets kännetecken måste sökas i straffets egenart.

⁵ Därmed hava vi icke sagt, att denna begreppsbestämning alltid leder till otvetydiga resultat, detta av skäl som fortsättningsvis i texten beröras, men väl att själva metoden är den enda systematiskt användbara.

⁶ Här om t. ex. *O. Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*. I, s. 209, och *Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, s. 425. Naturligen kan det i det särskilda fallet vara svårt att avgöra om icke det politividriga tillståndet på grund av någon

åter denna eljest för brottet utmärkande egenskap att utgöra överträdelse av en förbudsnorm mer eller mindre tydligt framträdande inför oss. Först och främst gäller detta de s. k. polisförseelserna eller förvaltningsdelikten, vilka uppenbarligen icke skilja sig från de egentliga brotten i detta avseende. Men även när det är fråga om förvaltningsrättsliga tvångsmedel av mindre utpräglat repressiv natur, är läget ungefär detsamma. Den fara för allmän ordning och säkerhet som anses motivera ifrågavarande politirättsliga åtgärder⁷ tager sig tydligtvis — så snart faran hotar från handlingar och underlåtenheter — formen av en faktisk oöverensstämmelse mellan det önskade tillståndet och individens uppförande; den är en typisk normvidrighet i straffrättslig mening. Detta förhållande framstår så mycket klarare, i samma mån rättsstatsprinciper genomtränga även förvaltningsrätten och kräva i förväg fixerade förutsättningar för allt politirättsligt tvångsingripande,⁸ låt vara att normsättningsens teknik och källor ofta äro av annan beskaffenhet än i straffrätten.⁹ Det förtjänar också påpekas, att de materiella intressen som skyddas genom de politirätts-

individuella görande eller underlåtande dock ytterst är att hänföra till en art av normvidrigt uppförande.

⁷ Uppgiften att bevara allmän ordning och säkerhet har i doktrinen sedan gammalt ansetts utmärkande för begreppet politi i motsats till förvaltningens välfärdsbefrämjande verksamhet; jfr *Jellinek a. a. s. 423 f.*, *Köhler*, *Grund-lehren des deutschen Verwaltungsrechts*, s. 329 f., *Merkel*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, s. 241 f., *Hauriou*, *Précis de droit administratif*, s. 445 f., och *Reuterskiöld*, *Föreläsningar*. II, s. 9 f. Att gränsen dock är tämligen flytande i det att genomförandet av de hjälpande åtgärderna i socialrätten förutsätter, att tvång ytterst stå myndigheterna till buds, se *Agge* i *FT* 1938 s. 196 f.

⁸ Jfr *Sundberg* i *SvJT* 1935 s. 327 samt *Agge a. a. s. 198*. Däremot torde en viss frihet i allmänhet vara nödvändig för förvaltningsmyndigheten vid bestämmandet av det mått av tvång som situationen kräver, en frihet som ej äger sin motsvarighet i straffrätten; jfr ovan s. 96 f. samt *Jellinek a. a. s. 429 f.*

⁹ Denna olikhet är icke blott av positivrättslig art, i det att politirättens normer vanligen äga den administrativa makten till direkt eller indirekt rättskälla; jfr *Herlitz*, *Om lagstiftning*, s. 505 f., beträffande begreppet allmän kriminallag och dess förhållande till de förvaltningsrättsliga sanktionerna samt *Fahlbeck* s. 32 f. om vitebestämmelsers legalitet. Olikheten i fråga sammanhänger också med den moralbildande funktionens särskilda betydelse när det gäller strafflagen, varvid lagstiftningstekniken måste bli en annan än vid tillkomsten av rena ordningsföreskrifter.

liga åtgärderna, nämligen allmän ordning och säkerhet, likaväl ligga till grund för straffrättens förbudsnormer, även om åtskilliga skyddsobjekt i straffrätten vid första påseende utgöras av enskilda intressen och rättigheter. Det politividriga handlingssättet lika väl som brottet innebär en kränkning av ett visst genom den förvaltningsrättsliga resp. straffrättsliga sanktionen skyddat intresse. Någon genomförd, begreppsmässig olikhet mellan dessa kränkningar kan icke påvisas, om än politiåtgärden vanligen tager sikte på situationer som endast indirekt äro farliga för det intresse man ytterst vill skydda, medan straffbudet oftast men ej alltid avser handlingar som på ett direkt och, om uttrycket tillåtes, mera materialiserat sätt skadar ett konkret intresse och därigenom sätter samma intresse in abstracto i fara.¹⁰

Även andra försök än de nu antydda att med bortseende från de samhälleliga reaktionernas beskaffenhet bestämma brottsbegreppet torde vara dömda att misslyckas. Icke minst gäller detta omdöme alla försök att bestämma begreppet ifråga med hänsyn till strukturen i detalj hos de handlingssätt, vilka äro eller böra vara föremål för kriminalisering, särskilt under hänsynstagande till deras egenskap av bestämda handlingar, vilka framkalla en viss bestämd yttre effekt och av gärningsmannen företagits med ett visst mått av s. k. skuld. Dylika bestämmningar hos brottet sammanhånga — såsom längre fram skall utvecklas — mycket nära just med arten av reaktion mot handlingen och syftet med denna reaktion.¹¹

Vi behöva här icke uppehålla oss vid en begreppsbestämning som bygger på kompetensfördelningen mellan samhällsorganen i fråga om åtgärdens vidtagande i anledning av det icke-önskade handlingssättet.¹² Sålunda är icke varje

¹⁰ Skillnaden mellan brott och politividrigt handlande eller rent av politividrigt tillstånd minskas givetvis i samma mån som straffrätten tager formen av en »Gefährdungsstrafrecht», som vill träffa de farliga och brottsliga tendenserna redan i deras första ansats; jfr nedan s. 195 f. samt *Klee* i DS 1 (1934), s. 113 f.

¹¹ Se härom kap. V.

¹² Det i texten sagda gäller en gränsdragning icke blott enligt principen brottmålsdomstol contra civildomstol resp. förvaltningsmyndighet utan även

socialt fenomen, vars motverkande ankommer eller bör ankomma på domstol, nödvändigt att rubricera som brott. Icke heller ligger det i samma begrepp att ingen annan myndighet än domstol får fatta beslut om åtgärder i det särskilda fallet, ehuru av åtskilliga skäl ett sådant monopol för domstol är önskvärt.¹³

Det torde sålunda vara obestridligt, att sanktionernas art bildar utgångspunkten för en undersökning av brottsbegreppet likaväl som av det straffrättsliga reaktionssystemet. För vår fortsatta framställning tarvas därför en analys av straffbegreppet under jämförelse med andra närliggande reaktioner från samhällets sida, vilka på ett eller annat sätt anknyta till en redan föreliggande oöverensstämmelse mellan mänskligt handlingsätt och det med en viss norm åsyftade tillståndet. Vid ett studium av litteraturen i ämnet¹⁴ kan man understundom icke värja sig mot intrycket, att klyftan mellan straff och andra reaktionsformer onödigt vidgats genom att doktrinen under en tydlig *petitio principii* renodlat de egenskaper som ansetts utmärkande för den ena eller andra företeelsen i det lätt förklarliga syftet att vinna en

enligt principen publik contra privat aktion i saken. Den första gränsdragningen göres i modernt processväsen huvudsakligen efter rättsföljdens natur. Vad förhållandet mellan administration och rättskipning angår är detsamma synnerligen flytande, beroende på omöjligheten att finna en bestämd gräns mellan förvaltningsakt och rättskipningsakt och mellan administrativ myndighet och specialdomstol. Angående antitesen publik och privat aktion är blott att peka på den vidsträckt målsäganderätt ifråga om ansvarstalan som finnes i vissa rättssystem. Det processuella kriteriets betydelse för brottsbegreppet framhålles i engelsk doktrin av *Harris-Wilshire*, *Principles*, s. 1 f., och i fransk litteratur av flera förf.; häremot *Garraud I* s. 201 f.

¹³ Detta gäller ur rättssäkerhetssynpunkt icke blott reaktionens beslutande i samband med dömande för brott utan även senare beslutade förändringar i reaktionsmåttet; jfr ovan s. 171 f., nedan s. 214 f. samt *Agge* i *SvJT* 1937 s. 621 f.

¹⁴ Särskilt den klassiska straffrättsdoktrinen; se t. ex. *Nagler*, *Verbrechensprophylaxe und Strafrecht*, s. 216 f., *Birkmeyer* s. 54 f. samt *Binding*, *Abhandlungen*. I, s. 20 f., 92 f., men även modern doktrin, t. ex. *Mezger* s. 518, *H. Mayer* s. 136 f. och i viss mån även *Exner*, *Theorie*, s. 226 f., och *Donnedieu de Vabres*, *Traité*, s. 408 f. Jfr *Wetter* i *NTfS* 1914 s. 10 f. Av intresse är uttalandet hos *Sauer* s. 189: »Sind Strafe und Sicherungsmassnahmen begriffliche Gegensätze? Abstrakt ja, konkret nein.» I den närmare utvecklingen härav visar det sig, att den abstrakta skillnaden hos *Sauer* betydelse något rent värdefilosofiskt, ej något praktiskt-juridiskt; jfr ovan s. 7 f.

klar avgränsning av straffet och därmed hela det straffrättsliga området. I själva verket torde det emellertid förhålla sig så, att de flesta egenskaper som tillskrivas straffet återfinnas i mer eller mindre utpräglad grad eller latent hos de reaktioner som jämte straffet utgöra undersökningens föremål. Omvänt innehålla frihetsstraffen i modern form de flesta av de möjligheter, som de av begångna brott indicerade¹⁵, frihetsberövande¹⁶ skyddsåtgärderna erbjuda till förbättring och oskadliggörande av olika brottslingstyper; på grund härav förekommer stundom i straffsystemen den av bl. a. von Liszt inaugurerade rättsfiguren »Zweckstrafe».¹⁷ Det sagda torde belysas av den följande undersökningen, vilken också utmynnar i det praktiskt betydelsefulla resultatet, att straffets och därmed straffrättens avgränsning från närliggande reaktioner, respektive rättsområden ej bör ske med utgångspunkt därifrån, att straffet skulle vara något till sitt väsen absolut säreget. Om och i vilken mån straff och skyddsåtgärder kunna och böra systematiskt hållas åtskilda utgör i stället en rent lagteknisk praktikabilitetsfråga, vars besvarande visserligen påverkas av de skilda reaktionsformernas relativa olikhet.

Är det nu anförda riktigt torde betydelsefulla konsekvenser kunna dragas därur för brottsbegreppets del. Skillnaden mellan kategorien brott och andra av lagstiftningen bekämpade eller icke önskade handlingssätt blir allenast relativ och analysen av de olika beståndsdelarna i brottsbegreppen ävensom lösningen av åtskilliga tolkningsspörsmål måste ske med utgångspunkt icke så mycket från den rent faktiska beskrivningen i strafflagen av den förbjudna handlingen som en isolerad juridisk företeelse utan främst från de straffrättsliga sanktionernas uppgift och sätt att fun-

¹⁵ Av oss nedan s. 207 f. betecknade som postdeliktuella.

¹⁶ Däremot naturligen ej de möjligheter en kriminalvård i frihet ur specialpreventiv synpunkt i framtiden kunna visa sig erbjuda.

¹⁷ Se särskilt *Liszt*, Aufsätze. I, s. 126 f., och *Hafer* i SchwZ 17 s. 211 f. samt i viss mån *Merkel*, Gesammelte Abhandlungen. II, s. 687 f., och i SchwZ 7 s. 1 f. Häremot framför allt *Stooss* i SchwZ 18 s. 1 f. och ibid. 44 s. 261 f. Jfr diskussionerna i *SKF* 1923 s. 3 f. och *NKA* 1938 s. 87 f. ävensom *KPr* 1935: 200 s. 30 f. och *KPr* 1937: 310 s. 47.

gera.¹⁸ Straffrättsdogmatiken kommer att domineras av en teleologisk metod, vars närmare undersökande faller utanför den uppgift som här närmast åligger oss. Likväl är det för en diskussion av vissa till reaktionssystemet hörande spörsmål av teoretisk och praktisk art oundgängligt att i det följande ägna en viss uppmärksamhet åt brottsbegreppet och dess utformning under jämförelse med andra indikationer för samhällsingripanden; därför hava vi redan här velat klargöra det metodiska förhållandet mellan brottsbegrepp och straffbegrepp.

Innan vi i följande avsnitt söka svaret på frågan om det begreppsmässiga förhållandet mellan straff och andra rättsreaktioner som synas besläktade med straffet, torde det vara av behovet påkallat att något närmare angiva vilka ingrepp från samhällsmaktens sida som utgöra undersökningens objekt. Först bör då erinras därom, att vi i förevarande sammanhang endast hava att taga befattning med åtgärder som innebära ingrepp i eljest rättsligt skyddade intressen¹⁹ och som anknyta sig till och motiveras av det med ingreppet avsedda rättssubjektets handlingssätt eller uppförande i något avseende.²⁰ Bland de mångfaldiga intressen vilka kunna utgöra föremål för en av lagen sanktionerad kränkning, en reaktion, höra i nutiden de flesta antingen till det ifrågavarande rättssubjektets ekonomiska rättssfär eller till hans

¹⁸ Bland spörsmål inom straffrättens allmänna del som påverkas mera tydligt av detta teleologiskt-normativa betraktelsesätt må nämnas tillräkneligheten, culpabegreppet, rättsvillfarelsen, försökläran samt sist men icke minst den i nyare tysk litteratur omdebatterade läran om brottets s. k. »Tatbestand» och angreppsobjekt; jfr *Agge* i JFFT 1937 s. 268 f.

¹⁹ Jfr *Stjernberg* s. 24 f. Anmärkas bör, att det rättsliga skydd de sålunda angripna intressena åtnjuta ofta är ganska svagt på grund av ofullkomligheter på många områden av lagstiftningen; som exempel kan nämnas den rörelsefrihet och rätt till ostört privatliv, i vilka intressen intrång göres vid skyddsupsikt i samband med villkorlig dom. Å andra sidan framgår dessa intressens rättighetskaraktär just därav, att myndigheterna behöva lagens stöd för sina nämnda repressiva åtgärder.

²⁰ Jfr *Stjernberg* s. 26 f. och s. 58. Då det ju gäller en mera vidsträckt grupp åtgärder än straff hava vi naturligtvis icke att här kräva någon annan värdesättning av handlingssättet än att det icke ansetts önskvärt för samhället. Ej heller röra vi oss här med begreppet mänsklig handling i den traditionellt straffrättsliga mening vari det förekommer t. ex. hos *Hagströmer I* s. 94 f.; jfr härom närmare ovan s. 182 not 6 samt nedan s. 195 f.

personliga rättsläge i avseende å friheten i detta ords olika nyanser. Man kunde då taga under övervägande, huruvida icke framställningen för att vinna i klarhet och koncentration borde taga sikte allenast på endera gruppen av reaktioner, exempelvis de frihetsinskränkande åtgärderna. Härigenom skulle emellertid straffbegreppet bliva ofullständigt analyserat och de olika reaktionsformernas skilda tillämpningsområden icke kunna bestämmas, vartill kommer svårigheten att i vissa fall klart uppdraga gränsen mellan ekonomiska och frihetsinskränkande sanktioner såsom längre fram skall påvisas. Emellertid torde den reservationen böra göras, att vi i främsta rummet taga sikte på de typiskt frihetsinskränkande samhällsreaktionerna, när vi i det följande diskutera förhållandet mellan straff och skyddsåtgärder.

II. Begreppen straff och skyddsåtgärd.

Skillnaden mellan straff och skyddsåtgärd angives stundom i den nyare litteraturen med en hänvisning till straffets egenskap av att innebära ett lidande för den som drabbas därav, medan skyddsåtgärden skulle sakna detta kännetecken. Riktigheten av detta påstående kan med fog betvivlas. Söker man efter de ifrågavarande företeelsernas väsen, d. v. s. vad straffet och skyddsåtgärden i deras konkreta positivrättsliga utformning faktiskt innebär för delinkventerna, och huru de skilda åtgärderna uppfattas av dem, torde det vara ganska tydligt, att icke blott straffet utan i minst lika hög grad de förbättrande²¹ och ännu mer de oskadliggörande skyddsåtgärderna innebära ett betydligt mått av lidande, vilket för de senare åtgärdernas del väsentligt ökas

²¹ Erfarenheterna från det praktiska arbetet med brottslingens resocialiserande torde giva vid handen, att t. o. m. skyddsåtgärder som innebära allenast ett ringa mått av frihetsinskränkning, nästan alltid uppfattas som ett lidande, ett straff av den som hotas av åtgärden, likaväl som av den som utgör föremål för densamma. Jfr *Larsson* och *Axi* i *NKÅ* 1938 s. 238 f. Vi kunna alltså icke ansluta oss till den mening som uttalas i *Vorentwurf* 1909. Allg. T., s. 180, att polisövervakning över å fri fot varande personer skulle sakna varje straffkaraktär.

genom den större eller mindre tidsobestämmdhet, som vanligen utmärker dem i lag och praxis. Att detta lidande vid skyddsåtgärdernas genomförande skulle bero på verkställighetsformernas ofullkomlighet är naturligtvis till en viss grad sant, men man bör likväl besinna, att lidande i form av frihetsinskränkningar är förenat med varje form av uppfostran och disciplin en absolut nödvändighet vid alla slag av internering av asociala individer.²² Det måste dessutom förbli en praktisk omöjlighet att genom olika förmåner kompensera detta lidande för de individer vilka på grund av samhällets skyddsbehov underkastas dess frihetsberövande åtgärder.²³

Det sagda, som avsåg skyddsåtgärder av personell art, äger sin fulla motsvarighet i fråga om de reella skyddsåtgärderna, vars avgränsande mot förmögenhetsstraffen icke kan ske med hänvisning till att endast de senare skulle innebära något menligt för den som direkt drabbas av förmögenhetsförlusten.^{23a}

²² Jfr *v. Hippel* i ZStrW 30 s. 899 och *Delaquis* ibid. 32 s. 682. *Cornil* i Revue 9 (1929) s. 836 f. betonar med rätta, att skyddsåtgärden ej teoretiskt sett skall innebära en affliktion mot den omhändertagne, »mais qu'elle devient nécessairement afflictive dans son application pratique». *Goldschmidt* i VD Allg. T. IV, s. 317, framhåller däremot att dessa åtgärders verkan icke generellt är »Unlustzufügung», varmed dock ingen principiell skillnad mot straffet har angivits. *Thélin* s. 54 polemiserar med allt skäl mot varje teoretiserande på denna punkt: »ce n'est pas une doctrine, une école qui peut décréter qu'une mesure est ou n'est pas afflictive, à une époque où la liberté est considérée comme essentielle et indispensable». Denna reflexion framhäver med allt skäl även den relativitet i begreppsbildningen som betingas av de politiska idealens växlingar under historiens gång.

²³ Här om förhandlingarna i *Actes* 1935. I a, s. 230 f. och III, s. 207 f. Se särskilt *Gleispachs* generalrapport samt de skilda meningarna om det önskvärda i strävandena att så mycket som möjligt neutralisera interneringens obehag. Disciplinsynpunkten betonas särskilt av *Glöersen* a. a. III, s. 290 f., och i NKÄ 1938 s. 87 f. Andra förf. understryka den sämre ställning förvaringsklientelet på grund av sin farlighet måste intaga i fråga om bevakning, permission etc. i jämförelse med vanliga fängelseinterner; så *Makletsoff* i *Actes* 1935, III, s. 354 f.

^{23a} De brottsprevenande åtgärderna med reellt objekt medföra ju i regel en förlust av ägande- eller nyttjanderätt till viss egendom utan vederbörlig ersättning enligt expropriationsgrundsatser. Det motsatta förhållandet torde föreligga endast om objektets farliga egenskaper icke stå i något samband med ett av lagen bekämpat mänskligt handlingssätt; jfr *Stjernberg* s. 26 samt *Hurwitz*, Konfiskation, s. 1 f., s. 71 f. Vare sig nu ett dylikt ingrepp utan vederlag motiveras av ett begånget brott eller allenast av politirättsliga skäl, återfinnes lidandesmomentet tydligt i åtgärden; endast syftet med åtgärden

Inför de nu antydda ofrånkomliga fakta har man stundom anlagt ett teleologiskt betraktelsesätt på frågan och uttryckt förhållandet mellan straff och skyddsåtgärder med en hänvisning till deras olika syftemål. Sålunda framhåller Exner: »Die Strafe muss ein Übel sein, sie ist wenigstens stets als Übel gedacht, wenn auch nicht als Übel empfunden. Das Sicherungsmittel soll nicht abschrecken, ist daher nie als Übel gedacht, wenn auch oft als Übel empfunden.»²⁴ Denna variation av straffets definition i förhållande till skyddsåtgärderna innebär givetvis ett framsteg i jämförelse med nyss relaterade ontologiska betraktelsesätt men är dock icke till fyllest på grund av en viss otillåten förenkling av det till grund för bestämningen tänkta straffändamålet, resp. syftet med skyddsåtgärden. Med utgångspunkt från den klassiska vedergällningsteorien, som anser straffet hava till uteslutande uppgift att tillfoga ett lidande på grund av brottet, skulle definitionen av straffet såsom ett avsiktligt tillfogat ont giva tämligen fasta gränser mot skyddsåtgärdernas grupp. Såsom vi tidigare sökt påvisa är en dylik straffteori praktiskt oanvändbar och förutsätter i ett modernt rättssystem städse ett annat kriminalpolitiskt ändamål bakom vedergällningen. Är emellertid det traditionella straffet icke att betrakta som ett självändamål, utan fastmer som ett instrument för uppnående av vissa psykologiska verkningar, torde det utan vidare vara uppenbart, att straff och skyddsåtgärder i realiteten icke tjäna olika syften utan på sin höjd beteckna olika vägar för uppnående av samma slutliga mål.

Vad som emellertid tarvar en mera ingående undersökning är spörsmålet, huruvida verkligheten en mera väsentlig olikhet råder mellan de i straffen och de i skyddsåtgärderna förkroppsligade metoderna för det gemensamma ändamålets uppnående. Är nämligen straffets och skyddsåtgärdernas sätt att fungera absolut olikartat, så att det rent repres-

möjliggör en uppdelning av förmögenhetsingreppen, varvid bötesstraffet jämte den form av konfiskation som avser visst penningbelopp, t. ex. den brottsliga vinningen eller viss straffskatt, stå varandra närmare än de olika konfiskationsformerna; jfr *Stjernberg* s. 56 f. och *Bergendal*, *Straffrätt*, s. 627 f.

²⁴ *Exner*, *Theorie*, s. 229, s. 205. Så ock *Donnedieu de Vabres*, *Traité*, s. 409.

siva momentet sätter sin prägel på straffet jämväl i moderna rättssystem, medan skyddsåtgärderna framträda såsom former av ren prevention och profylax, kan ju likväl den ovan återgivna teleologiska begreppsbestämningen anses tillfredsställande efter vidtagna retuscheringar. De tidigare verkställda undersökningarna av straffets generalpreventiva verkningar torde giva ledning för besvarandet av detta spörsmål. Resultaten av dessa undersökningar skola med en betydlig förenkling här rekapituleras.

Till själva förhandenvaron av en såvitt möjligt effektivt och likformigt uppehållen normordning anknyta sig generalpreventiva verkningar av moraltbildande och direkt avskräckande art. För dessa verkningars uppnående torde den egenskap hos straffet i viss mån böra understrykas, som består i det avsiktliga tillfogandet av ett såsom rättvis vdergällning uppfattat lidande. Det är emellertid väl att märka, att denna rent repressiva karaktär hos straffet hänförde sig till straffhotets framträdande i lagen, alltså in abstracto. Likväl kan icke förnekas, att den individualpreventiva förbättrande eller oskadliggörande uppgiften hos straffet ligger latent redan i straffhotet, i det medborgarna genom detsamma i betydlig omfattning erhålla varaktiga impulser i positivt värdebildande eller negativt brottsämmande riktning, utan vilka måhända hos dem asociala tendenser skulle utveckla sig och taga överhand. Dessutom förtjänar framhållas, att redan straffhotet, genom att av lagstiftaren utformas väsentligt olika för olika grader av samhällsfarlig intensitet hos den brottsliga viljan, giver uttryck för den personlighetsdifferentiering som är utmärkande för all individualprevention.²⁵

I själva straffdomen blandas straffets generalpreventiva och individualpreventiva funktion med varandra; sakerförklaring för brottet och straffs ådömande skola i det allmänna föreställningssättet giva eftertryck åt strafflagens auktoritet och för den enskilde brottslingen utgöra ett vä-

²⁵ Jfr ovan s. 19 f. Vi återkomma till denna individualpreventiva aspekt på brottsbeskrivningarna och brottsbegreppet i arbetets senare del.

sentligt korrigering moment, vilket mången gång är så betydelsefullt, att straffets exekverande blir onödigt.

Vad till sist angår straffets exekverande utmärkes detta i en modern och human rättsordning av individualpreventiva strävanden. Det ur generalpreventiv synpunkt nödvändiga allvaret i reaktionen torde vad frihetsstraffen beträffar ytterst sällan behöva understrykas så kraftigt, att ett självständigt syfte att tillfoga delinkventen ett lidande sätter sin prägel på verkställigheten. Bortsett från de mycket korta rena detentionsformerna av frihetsstraff, utgör frihetsförlusten rent faktiskt för genomsnittsdelinkventen ett allvarligt lidande, särskilt i förening med de därefter inträdande konventionella sanktionerna.

Frågar man sig nu, i vad mån de utvecklade principerna för de traditionella straffens uppgifter och sätt att fungera äro för samma reaktionsformer säregna, skall man finna, att så gott som alla de heterogena element, som ligga inneslutna i straffet, återfinnas i de typiska skyddsåtgärder, vilka doktrin och strafflagar vägrat beteckna som straff. Skillnaden mellan de båda grupperna är från vår synpunkt allenast relativ: kvantiteten av de skilda generalpreventiva och specialpreventiva strävandena på de successiva stadierna av reaktionernas konkretisering är olika, men detta gäller icke blott förhållandet mellan straff och skyddsåtgärder utan också, ja stundom än mera, förhållandet mellan olika varianter inom dessa båda grupper av reaktioner.²⁶

Det sagda avsåg i främsta rummet de skyddsåtgärder, vilka komma ifråga som reaktion allenast i anledning av ett begånget brott, d. v. s. vid sidan av eller i stället för straff; i likhet med straffen hava dessa åtgärder sin grund i strafflagen och utgöra ur generalpreventiv synpunkt en med straffen samordnad grupp sanktioner, vilka garantera strafflagens upprätthållande. Men vår huvudtes gäller också de s. k. förvaltningsrättsliga skyddsåtgärderna, vilka

²⁶ Att berörda skillnad är allenast kvantitativ betonas av *Delaquis* i IKV 17 s. 113 f. Att motsvarande differenser finnas ifråga om olika straffarter är ovedersägligt; sålunda söker *Donnedieu de Vabres* a. a. s. 285 f. genomföra en klassifikation av straffen efter deras sociala uppgift.

kunna användas i anledning av en individs samhällsskadliga uppträdande i något avseende, som väl icke utgör en i lag straffbelagd handling men tarvar ett effektivt ingripande mot individen på grund av dennes farlighet för allmän ordning och säkerhet. Ett erkännande av den principiella överensstämmelsen mellan straff och skyddsåtgärder av denna typ medför givetvis vittgående teoretiska och praktiska konsekvenser och motiverar därför en mera utförlig undersökning av de förvaltningsrättsliga skyddsåtgärdernas uppgifter och sätt att fungera. För att icke spränga ramen för vår framställning i detta kapitel få några antydningar om dessa åtgärders natur här anses till fyllest för genomförandet av jämförelsen mellan straff och skyddsåtgärder.²⁷

En omständighet, som ganska ofta förbises eller undervärderas av teorien men är för praktikens män välbekant, är att de förvaltningsrättsliga skyddsåtgärderna äga en icke föraktlig generalpreventiv effekt. Redan förhandenvaron i lag och administrativ praxis av ifrågavarande tvångsmedel verkar hämmande på vissa berörda personkategorier i deras självsvåld och benägenhet att hängiva sig åt ett med rättsordningen och samhällsändamålet oförenligt levnadssätt. Härigenom minskas givetvis den konkreta faran jämväl för brotts begående i anslutning till den bekämpade livsföringen, varför man med visst fog kan tala om en dubbel generalpreventiv effekt hos de berörda reaktionsformerna. Härvid förbise vi visserligen ej, att med dessa åtgärder i stor utsträckning avses individer, vilka på grund av sin ungdom eller sin särart i psykiskt avseende icke äro mottagliga på samma sätt²⁸ som genomsnittsmedborgaren för den moralbildande och direkt avskräckande verkan, som kan utövas

²⁷ Den rättssystematiska betydelsen av det i texten sagda behandlas närmare nedan s. 198 f. Vi hava också tidigare sökt påvisa, att ett samband mellan de olika åtgärderna föreligger även på det sätt, att de vanliga positivrättsliga indikationerna för ett förvaltningsrättsligt ingripande hos oss i regel grundas på faran för brottsliga handlingars begående i fortsättningen; se härom *Agge* i FT 1938 s. 188 f.

²⁸ D. v. s. genom den abstrakta föreställningen om normerna och följderna av deras överträdande; i stället kräves här individuell påverkan i syfte att söka bibringa den felande lagenliga handlingsvanor eller åtminstone egen erfarenhet in concreto av samhällsordningens makt och krav på individen.

av lagens förbudsnormer och de ingripanden som hota vid bristande anpassning efter de uppställda handlingsmönstren, men erfarenheten torde icke jäva påståendet, att den lagliga möjligheten till tvångsingripanden på grund av asocial livsföring i många fall avhåller vederbörande från en dylik livsförings mera markanta yttringar. Visserligen måste det medgivas, att denna effekt icke ligger på samma plan som den allmänna kriminaliseringen av vissa gärningstyper, i det att den synes äga betydelse endast för vissa begränsade personkategorier, och såsom vid all motivbildning på medvetna vägar förutsättes här en föregående kännedom hos den enskilde individen av lagstiftningens innebörd, en kännedom som oftast vunnits genom tidigare försök från samhällets sida att korrigera hans livsföring. Å andra sidan bör framhållas, att den ifrågavarande lagstiftningen likväl indirekt äger betydelse för en större krets individer än dem som hotas av ingrepp enligt densamma. Den skyddslagstiftning som här avses är knappast, såsom i utländsk doktrin stundom påstås,²⁹ etiskt indifferent; tvärtom påverkas allmänhetens uppfattning om den livsföring lagen vill motarbeta i ganska hög grad genom de nu ifrågavarande tvångsmedlens förhandenvaro. Den härigenom alstrade konventionella reaktionen mot de asociala företeelserna påverkar måhända endast i mindre grad den typiskt asociale själv, men den sätter onekligen en viss prägel på uppfattningssättet hos individer, vilka i endast ringa grad förete den personliga typfarligheten, så att dessa åtminstone undvika aso-

²⁹ Se t. ex. *Exner* a. a. s. 229 och *H. Mayer* s. 36; jfr *Wetter* i NTfS 1914 s. 9 f. Med den i texten hävdade meningen överensstämmer i viss mån uttalandena hos *Hafer* I s. 252 och *Thélin* s. 55 f. samt *Dahn* i DJZ 1934 sp. 828 f. och *Wolf* i ZStrW 54 s. 544 f. Den kritiserade meningen synes förbise, att etiseringen i straffrätten icke så mycket beror på straffets väsen som på urvalet av vissa i strafflagen uppräknade handlingstyper såsom absolut förbjudna; jfr *Thyrén* i *Revue internationale* 2 (1924) s. 30. Det är alltså icke i detta sammanhang fråga om den rent positivrättsliga »infamie du droit» som fransk doktrin sätter i motsats till en »infamie du fait», varför en hänvisning till det rent yttre faktum, att de flesta lagar medvetet undvika alla menliga värdesättningar i samband med skyddsåtgärder icke har avgörande betydelse, lika litet som den omständigheten att äreröriga påföljder enligt de flesta lagar, ej inträda vid ett stort antal brott hindra de sociala reaktionernas inträde; härom ovan s. 129 f.

cialitetens yttre manifestationer; exempel på en dylik höjning av de någorlunda välanpassade men icke helt klanderfria medborgarnas moral torde kunna anföras från alkoholistlagstiftningens verkningskrets.

Är det nu anförda riktigt, råder också den likheten mellan strafflagstiftning och annan social skyddslagstiftning, att det måste vara av betydelse, att reglerna om samhällsmaktens rätt till ingrepp i den enskildes frihet såvitt möjligt kommer i samklang med den rådande uppfattningen om en viss livsförings fördärvlighet,³⁰ om de i lagen uppställda indikationernas grava beskaffenhet och om de föreskrivna tvångsreaktionernas rimlighet i förhållande till den i individens attityd uttryckta samhällsfarans art och aktualitet.³¹ Drives den profylaktiska tanken så långt att man, i enlighet med dess teoretiskt sett riktiga krav,³² ingriper med kraftigare tvång redan innan asocialiteten tagit yttre manifestationer, eller reagerar fullt radikalt trots manifestationens obetydlighet, uppkommer icke blott en konflikt med frihet och rättssäkerhet såsom sociala egenvärden, utan skapas också en divergens mellan lagstiftningens allmänna intentioner och medborgarnas vilja till frivillig anpassning efter dessa. Det är säkerligen ett ödesdigert misstag när samhället väl i överensstämmelse med rättssäkerhetsprinciperna på strafflagens område hävdar grundsatsen »nullum crimen, nulla poena sine lege» i dess olika konsekvenser,³³

³⁰ Då vi tidigare i detta arbete diskuterat moralbildningen genom strafflagen och förutsättningarna härför, har det endast varit fråga om de allmänna värderingarna beträffande bestämda handlingar. Att dylika värdeomdömen dock äro vanliga och möjliga även beträffande en viss förkastlig livsföring som sådan visar den praktiska erfarenheten; måhända är en sådan moralbildning synnerligen näraliggande just därför att allmänhetens värdeomdömen gärna anknyta sig till person mera än till abstrakt handlingstyp.

³¹ Dessa begrepp, som innesluta såväl allmänna som rent individuella faktorer, skola, under jämförelse med motsvarande element i brottsbegreppen, närmare behandlas i arbetets senare del.

³² Se ovan s. 18 f.

³³ Ovan s. 93 f. hava dessa konsekvenser främst hänförts dels till grunderna för tvångsåtgärder dels till deras mått. När det gäller det administrativa frihetsberövandet bör i lika hög grad beskaffenheten hos det beslutande organet och procederet i ärendet observeras, enär förvaltningsprocessen icke är utformad med de rättssäkerhetsgarantier, som traditionellt utmärka straffprocessen.

men samtidigt tolererar en social lagstiftning, där indikationerna för ett ingripande uttryckas i rena blankettstadganden, avsedda att utfyllas av administrativa myndigheter, allra helst som de förvaltningsrättsliga skyddsåtgärdernas varaktighet ofta göres relativt obestämd och icke ställes under judiciell kontroll. Även i svensk lagstiftning kunna dylika principiella inkonsekvenser påpekas.³⁴ Det sagda leder fram till hävdandet av en principiell likhet mellan straff och skyddsåtgärder jämväl i avseende å den betydelsefulla frågan om reaktionens proportionerande efter data, vilka ligga i det förflutna eller närvarande, icke blott efter framtidsprognosen. Naturligen måste det sålunda etablerade sambandet mellan reaktionen och den asociales hittillsvarande uppförande uppfattas på ett annat sätt än förhållandet mellan brott och straff. Skyddsåtgärdernas övervägande individualpreventiva uppgift ställer prognosen för framtiden såsom översta princip för reaktionens bestämmande icke blott in concreto — såtillvida råder överensstämmelse med modern uppfattning på straffmätningens område³⁵ — utan även in abstracto, d. v. s. för lagbestämmelserna i ämnet såsom sådana. Den nyssnämnda hänsynen till de s. k. rättvisesynpunkterna och proportioneringskraven betyder endast vissa yttersta gränser för det preventiva tvångets användande. Huru de sagda grundsatserna skola beaktas vid indikationernas utformande skall längre fram diskuteras, likaså vilka rättssäkerhetsgarantier som i övrigt kunna förordas vid de olika skyddsåtgärdernas utformande i svensk rätt.

Vad därefter angår det specialpreventiva verkningssättet hos skyddsåtgärderna, dominerar detta givetvis både ifråga om reglerna för proceduren³⁶ vid åtgärdernas beslutande och

³⁴ Jfr *Strahl* i 17. NJM (1937) s. 87 f. Vi erinra här t. ex. om det helt obestämda frihetsberövandet enligt 73 § i 1918 års fattigvårdslag och om det bristfälliga rättsskyddet vid förfarandet mot vanartad ungdom enligt 31 § i 1924 års barnavårdslag; härom se *SOU* 1939: 25 s. 131, s. 7.

³⁵ Härom närmare ovan s. 161 f.

³⁶ En väsentlig del av domstolens uppgift måste i dessa fall vara att kontrollera utredningens fullständighet i fråga om den lämpliga behandlingen av den brottslige och prognosen för hans framtida uppförande. I detta syfte

för deras verkställande. Ehuru därvidlag en viss olikhet av tekniska skäl måste föreligga i förhållande till straffprocessens struktur och straffdomens utformning, torde emellertid de generalpreventiva synpunkter, som på dessa stadier av strafflagens konkretiserande göra sig gällande, icke vara utan betydelse jämväl för skyddsåtgärdernas del, så framt man över huvud är villig biträda den åsikt vi här hävdad om den generalpreventiva effekten av de ifrågavarande skyddsåtgärdernas förekomst i lagstiftningen. Den stora likheten mellan modern straffverkställighet och genomförandet av de frihetsinskränkande skyddsåtgärderna är icke allenast av faktisk art utan tvärtom betingad av de strävanden, som alltmer kommit att dominera den nutida penologien, även om den ordinära straffverkställigheten icke på långt när befriats från varje inslag av affliktion såsom självändamål. Ur ändamålssynpunkt föreligger sålunda icke någon väsentligare skillnad mellan straff och skyddsåtgärder på verkställighetsstadiet. Återanpassning³⁷ och oskadliggörande³⁸

måste särskilda medel stå domstolen till buds i form av rätt och plikt att söka bistånd av andra myndigheter än de judiciella. Bevisrätten kan icke heller förbliva oberörd, när förfarandets huvudsyfte är något annat än ett blott fastställande av ett historiskt förlopp. Dessa olika synpunkter inverka naturligen på frågan om domstolens lämplighet såsom beslutande organ i fråga om vissa skyddsåtgärder; detta spörsmål kan icke besvaras generellt utan endast särskilt för varje rättssystem och varje reaktionstyp.

³⁷ Detta syfte är det som ur specialpreventiv synpunkt dominerar jämväl sådana straffformer som kortvariga frihetsstraff och bötesstraff. Den appell till självuppföstran och aktsamhet, som genom dessa straff riktas till tillfällighetsförbrytaren och den vårdslöse medborgaren, kan vara av stor effekt och bör utnyttjas även i behandlingen av ungdomliga förbrytare som ett komplement till de i nutiden ofta överskattade uppfostrande åtgärderna av mera långvarig karaktär, vare sig dessa äro detentiva eller ej. Jfr *Foerster* s. 83 f., *Schaffstein* i DS 4 (1937) s. 79 f., *Kohlrausch* i ZStrW 56 s. 459 f. samt *Peters* ibid. s. 505 f.

³⁸ Dessa oskadliggörande åtgärder äro alla av mer eller mindre partiell natur, bortsett från dödsstraff och absolut internering. I mera begränsade former förekomma de exempelvis på förmögenhetsingreppens område dels i form av konfiskation eller förlust av närings- eller yrkesrättigheter, dels i form av penningssstraff av sådan stränghet, att en yrkesförbrytare rent faktiskt sättes ur stånd att för framtiden eller för avsevärd tid bedriva samma olagliga lukrativa förvärv som hittills. I nutiden tilldraga sig också sådana ingrepp mot den samhällsfarliges person intresse, vilka utan att beröva honom friheten dock oskadliggöra honom i visst avseende, t. ex. kastration och sterilisering. Om nu alla dessa åtgärder betecknas som straff eller rena skyddsåtgärder kan synas likgiltigt; emellertid intaga de positiva straff-

äro de huvudsakliga strävandena för de olika typerna av åtgärder, vare sig dessa rubriceras som straff eller skyddsåtgärder. Att denna överensstämmelse måste få betydelsefulla konsekvenser för verkställighetens organisation och former är tydligt och skall längre fram närmare utvecklas.

Hävdar man på sätt ovan skett den åsikten, att straff och skyddsåtgärder icke äro väsensskilda arter av samhällseliga tvångsåtgärder utan tvärtom nära besläktade och med varandra intimt sammanhängande former av reaktion mot i huvudsak enahanda samhällsönd, uppstår med nödvändighet frågan, huruvida begreppen över huvud böra behållas eller slopas för att lämna plats för en mera omfattande kategori av samhällseliga åtgärder, förslagsvis betecknade som sanktioner.³⁹

De främmande lagar och lagförslag, vilka i principiell anslutning till specialpreventiva tankeriktningar försökt en dylik radikal omläggning av straffrättssystematiken, kännetecknas av den betydelsefulla begränsningen, att icke alla samhällets tvångsingripanden i anledning av individernas asocialitet reglerats i ett enhetligt sanktionssystem. Tvärtom hava de flesta av dessa lagverk⁴⁰ bibehållit sin penala karaktär och förutsätta i regel såsom indikation för sanktionernas tillgripande, att vissa bestämda handlingar — be-

lagarna mycket olika ståndpunkt i dessa frågor, varför problemet icke saknar praktiska aspekter av rent juridisk art. Jfr *H. Mayer* s. 136 f. samt *Mezger* i *DS* 1 (1934) s. 125 f., s. 145 f.

³⁹ Jfr *Schlyter* i *JFFT* 1937 s. 30 f. Termen sanktion har av *Ferri*, *Progetto*, s. 86 f., införts i straffrätten i en mångfald betydelser. I dess mest vidsträckt mening använder *Ferri* ordet i följande uttalande: »La parola sanzione — che si sostituisce perciò a quella tradizionale di pena — ha appunto questo significato essa esprime il fatto costante ed universale in ogni ordine di fenomeni fisici, biologici e sociali, di una reazione corrispondente ad una azione». Emellertid använder *Ferri* av lätt insedda skäl termen i allmänhet i den mera begränsade betydelsen av social sanktion och speciellt i betydelsen av »sanzione sociali coercitive» i motsats till »sanzioni sociali remunerative», men det synes svårare att förstå, varför *Ferri* utskiljer »sanzioni penali» ur den allmänna gruppen ifråga och ställer dem i motsats till »sanzioni di diritto amministrativo», när det dock enligt hans mening i båda fallen gäller »gli autori di fatti che offendono le condizioni sociali di vita giuridica»; jfr nedan not 43. I dansk teori användes den gemensamma termen »Rets-haandhaevelsesmidler» för straff och skyddsåtgärder; så *Krabbe* s. 119 f.

⁴⁰ I vad mån den ryska rätten avviker från detta omdöme, se nedan not 46 och 47.

tecknade som brott — begåtts av den mot vilken åtgärden riktas. Den grupp av skyddsåtgärder som vi ovan betecknat såsom förvaltningsrättsliga faller därmed till större eller mindre delen utanför det straffrättsliga sanktionssystemet. Härigenom minskas visserligen värdet av den större eller mindre enhetlighet som vunnits på det rent straffrättsliga området, i det kompetenskonflikter mellan de båda reaktionssystemen kunna undvikas endast med formella vidlyftigheter till skada för den rationella behandlingen av det särskilda fallet.⁴¹ Emellertid bör man å andra sidan icke förbise, att ett konsekvent fullföljande av den här hävdade enhetstanken skulle medföra lagtekniska svårigheter av ännu allvarligare slag än de nyssnämnda, varför lagarnas kompromisslösningar icke dikteras enbart av hänsynen till motsatta straffteoretiska åskådningar utan även av praktiska skäl. Varken de ledande strafflagarna⁴² eller ens Ferris

⁴¹ Alldeles särskilt framträda de praktiska olägenheterna av denna dualism, då förhållandet är det, att olika myndigheter och olika rättsmedelsinstanser handhava de olika reaktionerna; i ett senare avsnitt av arbetet skall behandlas frågan hur i olika situationer dualismens svåraste konsekvenser undvikas genom s. k. enspårighet och övergång från ett reaktionsområde till ett annat under behandlingens lopp; jfr ock nedan s. 215.

⁴² Den *norska* SL skiljer sedan år 1929 uttryckligen mellan straff och »sikringsmidler» enligt 39 a och 39 b §§, sedan regeln om förvaringsstraff för farliga återfallsförbrytare i lagens 65 § upphävts; jfr *Skeie* i SvJT 1931 s. 238 f. Den *danska* SL behandlar i 6. kap. straffarterna, i 8. kap. de särskilda åtgärderna »Arbejdshus og Sikkerhedsforvaring», vilka sägas träda i stället för straff, samt i 9. kap. »Andre Retsfølger af den strafbare Handling», vilken rubrik är vilseledande såtillvida, att lagens 75 § om »Varetægt» icke nödvändigt förutsätter att en till sin typ eller in concreto straffbar gärning begåtts; jfr nedan not 45 samt *Krabbe* s. 119 f. och s. 163. I *tysk* rätt har strafflagens tämligen föråldrade straffsystem genom lag av år 1933 kompletterats med 42 a — 42 n §§, vilka behandla de från straffen skilda »Massregeln der Sicherung und Besserung»; härom de ovan i not 38 citerade förf. ävensom *Exner* i ZStrW 53 s. 629 f. Att detta skarpa åtskiljande av reaktionsformerna och därmed sammanhängande s. k. tvåspårighet är avsett att bibehållas i en reformerad straffrätt har tidigare påpekats; jfr ovan s. 61 f. not 103, *Klee* i DS 6 (1939) s. 132 f. samt *Schoetensack* i Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts s. 90 f. Sistnämnda förf. liksom *Rietzsch* i Das kommende deutsche Strafrecht. I, s. 150 f., anser med rätta att den formella skillnaden mellan »Sicherung, Heilung und Besserung» icke kan upprätthållas. Den *schweiziska* strafflagen skiljer mellan å ena sidan straff och å den andra »sichernde und andere Massnahmen» i art. 42 f., därvid följande en linje som städse försvarats av *Stooss*, t. ex. i SchwZ 44 s. 261 f. Till gruppen »sichernde Massnahmen» räknas strängt taget endast förvaring av vaneförbrytare i art. 42, såframt man ej vill dit hänföra förvaring av helt otillräkneliga eller förminskat tillräkneliga jämlikt art. 14. Till gruppen »andere

epokgörande förslag⁴³ hava sökt utföra denna enhets-tanke och förvandla strafflagen till en lag om brottsprofilax. Visserligen finnas exempel därpå, att lagstiftaren jämte sanktioner i anledning av vad strafflagen uttryckligen karakteriserar som brott i samma lag upptager regler om skyddsåtgärder mot personer som, utan att hava begått brott i nyssnämnda mening, på något sätt ådagalagt en

Massnahmen» räknas »Erziehung Liederlicher und Arbeitsscheuer zur Arbeit» och »Behandlung von Gewohnheitstrinkern und Rauschgiftkranken» i art. 43—45, om vi bortse från åtgärder mot ungdomliga förbrytare. Jfr *Klee* a. a. och *Agge* i SvJT 1938 s. 601 f. Den franska strafflagen innehåller endast reaktioner i form av straff, ehuru särskilda straffformer såsom »relégation» och »interdiction du séjour» närmast hava karaktären av särskilda skydds-åtgärder. I art. 274 talas om intagande efter utståndet straff för bettleri och vagabondage i »dépôt de mendicité». I strafflagsförslaget av år 1934 skiljes mellan »peines» och »mesures de sûreté», vilka enligt art. 68 och 69 äro »privatives de liberté», »restrictives de liberté» eller blott »d'ordre patrimonial»; de frihetsberövande åtgärderna äro »l'internement dans un maison de santé», »la relégation» och »le placement dans un dépôt de mendicité». På motsvarande sätt äro den *polska* och den *italienska* strafflagen uppställda efter dualistiska principer. Den sistnämnda lagen skiljer sålunda mellan »pene» och »misure amministrative di sicurezza», vartill kommer gruppen »sanzioni civili» som enligt Ferris förebild behandlas såsom en reaktion mot brottet. Säkerhetsåtgärderna äro antingen »personali» eller »patrimoniali», och inom den första gruppen skiljes mellan sådana åtgärder som äro och sådana som icke äro »detentive». Till den ryska lagen återkomma vi nedan not 46.

⁴³ Jfr ovan not 39 samt *Ferri*, Progetto, s. 16 f., där det dock framhålles, att enhetliga regler för sanktionerna hava den fördelen, att de »sottraggono le così dette misure di sicurezza all' arbitrio del potere amministrativo per sottoporle alle garanzie giurisdizionali come qualsiasi altra forma di sanzione». Ferris förslag är i sin helhet ett intressant vittnesbörd om en viss tveksamhet hos den moderna individualpreventiva skolan att förverkliga sina egna ideal, särskilt sitt enhetliga sanktionsbegrepp, och om de lagtekniska svårigheterna att undvika begreppen brott och straff såsom centrala begrepp för preventionsrättens uppbyggnad. Visserligen uppställas inledningsvis hos *Ferri* a. a. s. 5 som mål för den föreslagna lagen: »Dirigere ed adattare le disposizioni di legge al delinquente anziché al delitto». Men omedelbart där-efter framhålles: »Ciò non esclude che si debba tener conto, necessariamente, del fatto delittuoso obbiettivo, sia come condizione giuridica preliminare, perchè sia applicabile una disposizione di legge relativa ad un fatto proibito e si mettano in movimento gli ingranaggi della giustizia penale, sia come indice della maggiore o minore pericolosità del suo autore.» Samma eftergift åt ett på straff och brott grundat betraktelsesätt återfinnes i lagutkastets art. 20 vid definitionen av begreppet farlighet: »Il grado della pericolosità si determina secondo la gravità e modalità del fatto delittuoso, i motivi determinanti e la personalità del delinquente». Med rätta hävdar den sovjetryska doktrinen, att denna s. k. dosering av samhällsreaktionen är inkonsekvent från rent individualpreventiva utgångspunkter och oförenlig med ett enhetligt sanktionsbegrepp; härom nedan not 47. Om Ferris sanktionssystem i allmänhet se *Jacobsen* i NTfS 1928 s. 281 f.

samhällsfarlig inriktning och därför böra underkastas preventiva ingrepp av tvångskaraktär.⁴⁴ Syftet med dylika strafflagsregler är i allmänhet, t. ex. i dansk och schweizisk rätt,⁴⁵ allenast att giva laglig hemul åt provisoriska åtgärder i anledning av en överhängande fara för vissa bestämda straffbara rättskränkningar, t. ex. våldsförbrytelser. I dessa fall brytes knappast den vedertagna straffssystematiken sönder på samma sätt som skulle vara fallet, därest samtliga förekommande tvångsmedel sammanfördes till gemensam behandling och i konsekvens härmed samtliga uppförandetyper som indicera sanktionernas tillgripande likställdes och erhöles den karaktär, som hittills tillkommit strafflagarnas brottskatalog. Ytterst torde de lagtekniska svårigheter en sådan fusion vållar bero mindre på den olikartade beskaffenheten av de sanktioner som statueras för det ena eller andra fallet än snarare på den mångskiftande arten av de mänskliga attityder, vilka lagstiftaren tager som indikation på den samhällsfarlighet, som sanktionerna skola neutralisera. Det ligger i sakens natur, att man här icke kan behärska den glidande skalan av indikationer ända från vissa markerade momentana handlingar över perdurerande uppförandetyper fram till rena psykologiska tillstånd med

⁴⁴ Däremot kan det icke gärna ifrågakomma att i en strafflag mera ingående behandla sådana rent preventiva eller profylaktiska åtgärder, som sakna egentlig tvångskaraktär; jfr nedan s. 214.

⁴⁵ I *danska* SL 75 § likaväl som i *schweiziska* strafflagen art. 57 utgör »varetaget» resp. »Sicherheitshaft» den strängaste åtgärd rätten kan besluta för att hindra begåendet av visst brott, varmed den omhändertagne hotat. I den förstnämnda lagen gäller det endast hot mot person eller hot om viss allmänfarlig handling, medan det i den senare lagen gäller hot om brott över huvud. Av den danska lagens avfattning framgår, att hotet i och för sig kan vara straffbart (enligt 266 §), varför åtgärden ofta har karaktären av straffrättslig reaktion i egentlig mening. Av den schweiziska lagens straffbud för hot (art. 180) framgår, att läget är ungefär detsamma i denna lag. Däremot föreligger den märklige skillnaden mellan de båda lagarnas regler om »skyddshäkte», att den schweiziska lagen genom frihetsberövandets begränsning till en mycket kort, absolut maximitid markerar dess rent provisoriska karaktär, medan den danska lagen via reglerna om »varetaget» vill lösa ett mera vidsträckt problem, nämligen om förvaring av farliga våldsvärkare, både tillräkneliga och otillräkneliga. Kvarhållandet kan nämligen sägas vara på obestämd tid, men genom att lägga beslutanderätten till domstol och stadga judiciell omprövning av kvarhållandet med vissa mellanrum har lagen försett institutet med nödiga rättssäkerhetsgarantier.

hjälp av en och samma lagstiftningsmetod. I samma mån som man dessutom vill hävda individens intresse av rätts-säkerhet genom att knyta samhällets ingripanden mot den enskilde till bestämda, i lag uttryckta faktiska förutsättningar, ökas de olikheter, som redan från början vidlåda de skilda indikationstyperna. En sammansmältning av reaktionsformerna har knappast försökts i någon faktiskt tillämpad strafflag, ehuru måste medgivas, att den sovjetryska straffrätten gått ganska långt i denna riktning.⁴⁶ De därvid vunna erfarenheterna belysa också de ovan påpekade, nästan olösliga svårigheter som uppstå, när man söker sammanföra samtliga tvångsreaktioner mot individerna och dessa reaktioners förutsättningar i en enda lag.

⁴⁶ Medan 1922 års ryska straffrätt ännu begagnar termen straff, har 1926 års lag (här citeras såsom ledande lagen för RSFSR i *Patouillet's* edition) övergått till ett neutralt sanktionsbegrepp och indelar reaktionerna i »mesures de défense social de caractère juridico-correctionnel» och »mesures de défense sociale de caractère médico-pédagogique». Så långt är den individualpreventiva enhetstanken förverkligad, om vi bortse från den eftergift åt äldre straffrättsliga föreställningar som ligger däri, att den förstnämnda typen av reaktioner enligt art. 11 och 12 ej får användas på otillräkneliga och underåriga personer, samt däri, att art. 13 uppställer nödvärn och intressekollision såsom grunder för rättstridighetens bortfallande. Att *Ferris* förslag stått modell är påtagligt; angående förhållandet mellan detta förslag och de politiska åskådningarna hos socialismen, se *Maurach* s. 146 f. Emellertid föreligga i den ryska lagen åtskilliga modifikationer i den rena preventionsrättens system, nämligen i avseende å förutsättningarna för ingripande med nämnda sanktioner. Medan 1919 års s. k. grundsatser för en sovjetrisk straffrätt förkastade tanken på ett angivande i lag av vissa förbjudna handlingar och nöjde sig med ett rent materiellt deliktsbegrepp, vars blankokaraktär lade allt i den proletäre domarens hand, beteckna 1922 och 1926 års lagstiftningar ett återfall i äldre systematik och rättsåskådning, i det att lagarna ifråga innehålla en avdelning om de förbjudna handlingarna, vilka stundom betecknas som brott. I känslan av att denna metod betyder ett avsteg från principerna för den kommunistiska statens skyddande, vilket i 1926 års lag art. 1 angives vara straffrättens ändamål, har man emellertid uttryckligen förklarat, dels i art. 6 att de särskilda brottsbeskrivningarna äro av underordnad betydelse och att den materiella samhällsfarligheten hos gärningen ensamt avgörande för dennas rättstridighet, dels i art. 7 att reaktionerna i lagen kunna användas mot personer, som begått en dylik samhällsfarlig gärning eller som eljest visat sin farlighet »par leurs attaches avec un milieu dangereux ou par leur passé». Att denna dualism vid uppläggnigen av själva indikationssystemet och därmed sammanhängande dosering av reaktionsmättet i lagen redan tidigt ansetts oförenlig med den kommunistiska uppfattningen av straffrätten, som ju är ett provisorium och ett klasskampsmedel, är tydligt, och detta har i sin mån säkerligen medverkat till den extrajudiciella straffrättskipningens framväxt, särskilt på det politiska området; jfr härom *Brück* i SvJT 1935 s. 85 f. samt *Zaitzeff* i ZStrW 51 s. 1 f. och *Freund* ibid. s. 301 f.

Först genom det gradvisa utmönstrandet av de på rättsstatsidéerna baserade kraven på att de brottsliga gärningarna, d. v. s. indikationerna på samhällsfarlighet, någorlunda fullständigt angivas i lagen har det varit möjligt att sammanföra åtgärderna mot de farliga tillstånden med åtgärderna mot den i handling manifesterade farligheten.⁴⁷ Även andra lagstiftningsexperiment som bygga på samma grundidé hava utfallit mindre lyckligt.⁴⁸

Men också bortsett från de svårigheter, som vållas av indikationernas heterogena natur — ett problem som vi från andra utgångspunkter skola behandla i det näst följande kapitlet — synes ett sammanförande av reglerna för de hithörande rättsliga tvångsmedlen föga ägnat att under-

⁴⁷ Detta är nämligen fallet i det av *Krylenko* avgivna, av *Pasjukanis* inspirerade lagförslaget av år 1930, som vi berört ovan s. 63 not 113. Icke blott i det ovan i texten behandlade avseendet skiljer sig förslaget från gällande rätt utan även beträffande reaktionernas arter och innebörd. De medicopedagogiska åtgärderna förläggas till stor del utom strafflagens område. De repressiva reaktionerna intaga ett mera framträdande rum än tidigare och indelas i likhet med de samhällsfarliga gärningarna i två grupper, nämligen vad *Maurach* s. 190 betecknar som »Massnahmen der Klassenunterdrückung» och »Massnahmen zwangserzieherischen Natur». De olika åtgärdernas utformning erbjuder åtskilligt av intresse men skall här ej behandlas. Vi hava blott att påvisa förslagets konstruktion beträffande reaktionssystemets uppbyggnad och vilja endast tillägga, att förslaget strängt taget brutit med de individualpreventiva principerna om sanktionssystemets enhet, i det lagen göres uteslutande till politisk repressionsordning och lämnar de verkligt profylaktiska och återanpassande åtgärderna till reglering i annan ordning. Såsom ovan s. 63 not 113 påpekats, torde förslaget icke komma att ligga till grund för en ny rysk strafflag.

⁴⁸ Särskilt märkes den år 1936 antagna *kubanska Código de defensa social*; om denna, se ZStrW 58 s. 694 f. och Monatsschrift 28 s. 336 f., s. 387. Lagen som i övrigt bygger på begreppen brott och straff skiljer visserligen på predeliktuell och postdeliktuell samhällsfara, »estado peligroso», men utformar detta begrepp enhetligt för båda grupperna av fall, varför också de förekommande skyddsåtgärderna bliva tämligen enhetliga för de fall att brott begåtts och de fall då så ej är händelsen. På grund av oklarheter i lagens uppställning och innehåll synes densamma, trots många beaktansvärda nyheter, icke hava satts i kraft av statsmakterna. I detta sammanhang bör ock nämnas en *spansk* lag av 1933 om behandlingen av samhällsfarliga personer, vilken lag bygger på ett sammanförande av åtgärder mot såväl för brott dömda som andra asociala individer; härom *de Asia* i Monatsschrift 25 s. 86 f. Det egenartade i denna lag, vilket skiljer densamma från vissa latinsk-amerikanska förslag och lagar, är att man tillskapat en självständig preventionsrätt, som icke fogats vid den allmänna strafflagen; man har m. a. o. haft sinne för de stora svårigheter ur lagteknisk synpunkt, som ett verkligt sammanarbetande av dessa olika materior måste innebära, såsom vi ock funnit vid studiet av den ryska rätten.

lätta lagstiftningens reda och klarhet, då ju givetvis de skilda sanktionerna till själva sitt innehåll och sin formella gestaltning äro ganska olika, avsedda som de äro för ett antal kända människotyper och dessutom för en föga analyserad rest av individer, om vilka man egentligen icke vet eller rent av vill veta mera än att de begått förbjudna handlingar av de mest skilda slag. Särskilt förtjänar också framhållas olikheterna hos de skilda former av sanktioner som rikta sig mot medborgarnas ekonomiska frihetssfär. Icke blott förutsättningarna för de särskilda förmögenhetsingreppen äro högst divergerande, exempelvis för bötesstraff, skadestånd⁴⁹ och obrukbargörande av brottsredskap, utan också de exekutiva tvångsmedel, som i sin tur garantera dessa ingrepps förverkligande, måste av praktiska skäl förete betydande olikheter för de skilda fallen.

Resultatet av de överbäganden vi ovan i korthet sökt återgiva torde alltså kunna formuleras så, att den teoretiska och begreppsmässiga likheten mellan de olika reaktionsarter, som pläga benämnas straff och skyddsåtgärder, ingalunda tvingar till en praktisk kriminalpolitisk eller juridisk systematik i den totala unifieringens tecken. Tvärtom giva komparativa studier och praktiska erfarenheter vid handen, att en uppdelning av sanktionerna hava åtskilliga skäl för sig. Att man därvid icke utan vidare har att acceptera den traditionella indelningen i straff och skyddsåtgärder, varav endast de förstnämnda reaktionerna räknas till det straffrättsliga området i egentlig mening, är ställt utom debatt. Vår analys av begreppen straff och skyddsåtgärder har visat att dessa termer beteckna åtgärder, som med hänsyn till sitt ändamål äro nära befryndade. Den gruppindelning,

⁴⁹ Att skadeståndet här medräknas såsom straffrättslig sanktion efter mönster från *Ferri*, *Progetto*, s. 87 f., ävensom den gällande italienska strafflagen art. 185 f. kan med fog försvaras med en hänvisning till skadeståndstvängets betydelsefulla general- och individualpreventiva effekt, särskilt i fråga om culpösa handlingar, där straffhotet vanligen saknas; se närmare *Thyrén*, *Principerna*. I, s. 28 f., *Ussing*, *Erstatningsret*, s. 9 f., *Lundstedt* i *TfR* 1923 s. 94 f., *Popp-Madsen*, *Bod*, s. 253 f., samt *Agge* i *SvJT* 1936 s. 244. Vi återkomma i följande kapitel till konsekvenserna för reaktionssystemets del av detta uppfattningssätt beträffande skadeståndet.

som kan och säkerligen bör genomföras, motiveras främst av lagtekniska skäl och hänsynen till reda och klarhet i det omfattande rättsområde, som bildas av reglerna om samhällets ingripande mot asocialiteten i dess skiftande former.

Vid ett försök att återgiva strukturen av ett reaktions-system, byggt på de här framställda åsikterna, måste man städse hålla i minnet, att gruppindelningen icke kan ske med utgångspunkt från brottsbegreppet av skäl som tidigare utvecklats.⁵⁰ Först sedan man bestämt vilka reaktioner som skola betecknas som straff, kan man bestämma vilka åtgärder som kunna anses utgöra rättsföljderna av brott och alltså över huvud höra hemma i det straffrättsliga sammanhanget. Detta förhållande leder därtill, att vi i det följande alltjämt hava att taga tillbörlig hänsyn jämväl till sådana samhällsreaktioner, som hittills under utredningens gång helt allmänt kallats för förvaltningsrättsliga tvångs-medel eller reaktioner.

III. Predeliktueella och postdeliktueella reaktioner.

Svaret på frågan huru systematiskt sett de olika reaktionsformerna skola fördelas på skilda grupper har utfallit ganska varierande i moderna lagar och kan icke givas generellt utan blott efter en undersökning av positivrättslig och praktisk art rörande de olika åtgärdernas innebörd och huvudsyfte i ett visst givet rättssystem. Vissa allmänna riktlinjer böra dock redan här uppdragas med ledning av den analys vi ovan sökt verkställa av de generalpreventiva och individualpreventiva funktionernas förhållande till varandra på reaktionssystemets område.

Kampen mot de asociala handlingssätten och attityderna hos medborgarna i samhället bör i lag och rättstillämpning föras på dubbla fronter, dels i form av ett angrepp genom reaktioner som betecknas som straff mot vissa gärningsty-

⁵⁰ Se ovan s. 181 f.

per,⁵¹ vilka utmärkas med termen brott, dels genom brottsprofylaktiska åtgärder mot de mera karakteristiska människotyper som den kriminologiska forskningen i viss utsträckning lyckats kartlägga. Om kampen föres på det senare planet, ställas de olika yttringarna av individernas asocialitet — deras gärningar — i bakgrunden, men de sakna icke alldeles betydelse av skäl som vi tidigare sökt närmare utveckla.⁵² Vad angår kampen mot vissa för samhällslivet skadliga gärningstyper, kan den sägas i huvudsak vara motiverad av det faktum att vår kunskap om brottets etiologi och profylax är ofullständig och otillräcklig för en skyddslagstiftning.⁵³ Så länge individerna i samhället icke äro restlöst sorterade ur kriminalbiologisk och sociologisk synpunkt måste man nämligen räkna med att brott begås av medborgare, som icke förete eller i varje fall dittills företett de mer eller mindre kända och av lagen typiserade dragen av asocialitet och missanpassning utan närmast framträda som onyanserade genomsnittsindivider, vilka i lika hög grad som välanpassade medborgare torde vara mottagliga för strafflagens motiverande kraft. Att så är fallet beror också i ganska hög grad på beskaffenheten av rättsordningens förbudsnormer, vilka på vissa områden icke kunna vädja till en hos genomsnittsindividen redan förefintlig moralisk känsla utan såsom rena ordningsbud måste med hot om samhälleligt tvång inskräpas hos alla och envar.⁵⁴ På sätt tidigare utvecklats fyller strafflagen genom sin kombination av begreppen brott och straff för den nu berörda stora massan av individer en icke oväsentlig generalpreventiv funktion, som troligen icke på lika effektivt sätt och för alla gärningstyper kan utövas av en individualpreventivt upplagd skyddslagstiftning. Härmed hava vi icke velat vindicera någon alltför dominerande ställning åt de generalpreventiva synpunkterna. Tvärtom hålla vi allttjämt före,

⁵¹ En närmare undersökning av vad som inlägges i begreppen gärning och gärningstyp skall verkställas i nästföljande kapitel.

⁵² Se ovan s. 193 f.

⁵³ Här om närmare ovan s. 2 f.

⁵⁴ Se ovan s. 89 f.

att strafflagens allmänna verkningar icke kunna med viss-
het beräknas och sålunda icke få av lagstiftaren överskattas.
Det med hänsyn till gärningstypen bestämda straffet är
alltså icke heller ett idealiskt kampmedel mot brottsligheten
utan närmast en nödfallsutväg, och straffet bör genom fort-
satt vetenskaplig och praktisk forskning rörande brottslig-
heten, d. v. s. sociala missanpassningens väsen, orsaker och
motverkande, kunna begränsas till sin faktiska använd-
ning.⁵⁵ Straffhotet såsom brottsprevenerande faktor kan
dock icke under överskådlig tid undvaras.

Av det sagda följer, att strafflagens kamp mot vissa gär-
ningstyper måste gå hand i hand med användandet av lämp-
liga skyddsåtgärder för vissa människotyper. Strafflagens
brottsbeskrivningar fylla på så sätt en dubbel funktion:
vissa gärningars ställande under sanktion i lagen påverka
medborgarnas värdeliv och handlingssätt, varjämte dessa
gärningarnas begående i förening med vissa subjektiva för-
hållanden i ett flertal fall utgöra tillräckliga indikationer på
den sociala missanpassning hos den brottsliga individen,
vilket fenomen vi pläga kalla samhällsfarlighet. De straff-
rättsdogmatiska konsekvenserna av denna uppfattning äro
synnerligen betydelsefulla och utgöra ett i doktrinen ganska
outrett kapitel; vi skola i det följande ägna dessa frågor nå-
gon uppmärksamhet.⁵⁶ Då så gott som varje i strafflagen
angivet brott⁵⁷ kan utgöra en dylik indikation, synes det
vara lagstiftningsekonomiskt och ur rättssäkerhetssynpunkt
välmotiverat att mer eller mindre generellt tillägga brotts-
typerna denna funktion av indikationer för skyddsåtgärders
tillgripande. Då man emellertid icke — trots att den indi-
vidualpreventiva synpunkten dominerar — kan bortse från

⁵⁵ Jfr *Schlyter*, Avfolka fängelserna, s. 10 f., jfr ovan s. 1 f.

⁵⁶ Härom nästföljande kapitel.

⁵⁷ Vi bortse här från de s. k. polisförseelsernas område men ock från svårigheten att draga en fast gräns mellan detta område och de egentliga brot-
tens; detta problem kommer i arbetets senare avsnitt upprepade gånger att
sysselsätta oss. Praktiskt sett spelar denna gränsbestämning mindre roll för
den i texten behandlade frågan, då de särskilda subjektiva förutsättningarna
för skyddsåtgärds tillgripande oftast saknas i de fall, att en bagatellförseelse
och intet annat ligger vederbörande till last.

det faktum, att ett brott begåtts och utgör en viktig indikation för reaktionen mot individen, måste dessa åtgärder regleras i ett straffrättsligt sammanhang och det synes icke möta något hinder att med hänsyn till den släktskap med straffet, som vi utförligt sökt uppvisa hos ifrågavarande åtgärder, ställa dem i paritet med straffet såsom reaktion mot själva de brottsliga gärningarna. Som gemensam beteckning på dessa grupper av åtgärder kan i brist på någon bättre term användas det stundom förekommande uttrycket *postdeliktueella reaktioner*. Härmed vill man framhäva det typiska draget, att de komma till användning efter ett konstaterat brott, men till undanröjande av missförstånd bör påpekas, att reaktionens samband med brottet ej är av enbart temporär natur. Termen är visserligen ett adekvat uttryck för bakomliggande tanken såtillvida, som reaktionen icke ålägges en grund av brottet såsom isolerat faktum eller i anledning av detsamma; dess tillgripande motiveras av den genom brottets begående aktualiserade samhällsfaran, som genom olika åtgärder skall neutraliseras. Brottet utgör emellertid i alla hithörande fall den dominerande, stundom ensamt tillräckliga indikationen för ingripandet; i annat fall hör åtgärden icke till de postdeliktueella reaktionerna såsom nedan skall närmare utvecklas.

Vi finna sålunda att strafflagen bör uppbyggas så, att den stämplar vissa otillåtna gärningstyper som brott och ställer dem under hotet av vissa tämligen objektiva bestämda sanktioner,⁵⁸ som alltså bära betecknas som straff, men samtidigt skapar möjlighet för domstolarna att i anledning av brottet såsom indikation på nyssnämnda farlighet bestämma reaktionen in concreto i huvudsak efter gärningsmannens personlighet. Medlen härför kunna bestå antingen i individuellt bestämda straff inom en straffskala, som in abstracto täcker åtskilliga variationer av gärnings-

⁵⁸ Angående det utrymme straffsatserna in abstracto lämnar åt subjektiva variationer av brottet in concreto, se ovan s. 97 f. och s. 161 f., samt *Anossow* i *Monatsschrift* 25 s. 200 f.

mannatyper, ehuru den bestämts med hänsyn till brotts-
typen och avsetts för de onyanserade genomsnittsindi-
viderna, eller skyddsåtgärder, som icke rymmas inom
denna skala utan taga hänsyn till att gärningsmannens per-
son alltför mycket avviker från nämnda genomsnitt. Straff
och skyddsåtgärder bliva sålunda på ett vidsträckt område
parallella reaktionsformer, och det synes naturligast, att
de också i lagen sammanföras såsom olika arter av samma
sanktionsbegrepp; det blir sedan den positiva rättens upp-
gift att i varje särskilt fall avgöra, om den objektiva eller den
subjektiva anknytningspunkten dominerar och om därmed
åtgärden bör i lagen betecknas och behandlas som straff
eller skyddsåtgärd.⁵⁹

Detta särskiljande av straff och skyddsåtgärder även in-
om den enhetliga gruppen postdeliktueella reaktioner torde
vara erforderligt av samma praktiska och lagtekniska skäl
som vi ovan åberopat mot reaktionssystemets uppbyggnad
på ett enhetligt sanktionsbegrepp. Men vi upprepa även
här, att detta särskiljande är påkallat uteslutande av yttre
hänsyn och ingalunda av någon inre olikhet, allra minst av
teleologisk art, mellan straff och skyddsåtgärder; om detta
sista påstående krävde vissa modifikationer, när det gällde
förhållandet mellan straff och den vidsträcktare grupp
skyddsåtgärder, som omfattar jämväl de förvaltningsrätts-
liga reaktionerna,⁶⁰ måste mindre tvekan om dess riktighet
råda, när nu frågan är om de straffrättsliga, postdeliktueella
skyddsåtgärder.

Vi vilja också betona, att ur den uppdelning av de straff-
rättsliga reaktionerna som här förordats inga som helst

⁵⁹ Svaret på denna fråga är nämligen icke alltid på förhand givet, då ju de
moderna strävandena i straffmätning och straffverkställighet åstadkommit
jämväl straffets anpassning efter den brottsliga personliga förhållanden
och prognosen för hans framtida uppförande; jfr ovan s. 161 f. och s. 167 f.
ävensom *Simonen* i NKÅ 1937 s. 1 f.

⁶⁰ Dessa modifikationer hänföra sig till den kvantitativt olika sammansätt-
ningen av individualpreventiva och andra syftemål hos de olika reaktionerna;
se ovan s. 192 f. Ehuru denna olikhet naturligen finnes kvar även i förhållan-
det mellan straff och postdeliktueella skyddsåtgärder, måste densamma likväl
antagas vara väsentligt reducerad i samma mån de båda typerna av reaktio-
ner taga ett brott till anknytningspunkt.

principiella slutsatser få dragas rörande problemet kumulation eller absorption vid konkurrens mellan straff och skyddsåtgärder, om organisationen av detentiva åtgärders verkställande o. s. v., allt spörsmål vilka icke kunna besvaras blott med ledning av en legal etikett utan endast efter kriminalpolitiska och positivrättsliga undersökningar beträffande varje särskild reaktionstyp.

Den här skisserade systematiken på reaktionsformernas område innebär också, att strafflagen såsom brott bör beteckna och med straff belägga sådana gärningstyper, som efter aktuell kriminologisk kunskap kunna begås även av genomsnittsmedborgaren utan att därvid några påtagliga, på annat sätt än genom det ifrågavarande brottet framträdande missanpassningsfenomen av personlig art behöva föreligga. Att kriminalisera vissa handlingssätt eller andra personlighetsyttringar, vid vilka lagstiftaren kan lämna genomsnittsindividen ur räkningen och följaktligen icke heller ordinärt straff någonsin bör komma till användning in concreto, vore icke blott meningslöst utan även förvirrande och ägnat att minska strafflagens allmänfattlighet och reda.⁶¹ Ur denna synvinkel vore onekligen strafflagarna, även sådana av modernt datum, i behov av en granskning i och för utgallrande av åtskilliga handlingstyper av sådan beskaffenhet, att deras kriminalisering ur allmänpreventiv synpunkt är meningslös och i stället särskilda profylaktiska åtgärder av behovet påkallade. Vi erinra om vissa typer av vagabondage,⁶² bettleri,⁶³ sedlighetsbrott,⁶⁴ m. fl. gär-

⁶¹ Att exempelvis i en strafflags speciella del belägga ett visst brott, som utgör ett typiskt utslag av parasitärt levnadssätt, med arbetshus eller vissa slag av sedlighetsbrott med sterilisering eller kastrering eller slutligen — i analogi med denna metod — culpös skadegörelse med skadestånd måste naturligen medföra en betänklig överskådlighet och dessutom ett oriktigt resultat såtillvida, att andra brott än de direkt utvalda också kunna motivera speciella åtgärder av samma slag.

⁶² I svenska lagförslag och i doktrinen har i regel kriminalisering av lösdriveri i dess olika bemärkelser vanligen avböjts; se *SOU 1923: 2* s. 50 f., 62 f., som dock icke helt avböjer tanken på att med straff belägga vissa störande yttringar av sedeslöst leverne men ej levernet som sådant, samt *SOU 1939: 25* Bil. A s. 41, Bil. D s. 40. Särskilt har på senare tid lösdrivarklientlets psykiska beskaffenhet uppmärksamats och behovet av psykiatrisk tillsyn och vård av de omhändertagna framhävts, varmed ytterligare ett skäl

ningar, vilka som regel betingas av patologiska och exceptionella sociala förutsättningar, vilka bättre förekommas genom andra åtgärder än straffrättslig repression eller tvångsåtgärder över huvud taget.

Vid sidan av reaktionssystemets straffrättsliga område, vilket i princip bör omfatta alla postdeliktueella tvångsåtgärder, måste i enlighet med det ovan sagda ställas olika arter av ingripanden, som direkt taga sikte på vissa genom forskning och erfarenhet kartlagda typer av missanpassade

mot företeelsens kriminalisering anförts; jfr *Kimberg* i Sv. läkartidn. 1924 s. 523 f., *Schlyter* i SvJT 1931 s. 322 f. och 1937 s. 784 f. samt *Simonen* i NKÅ 1937 s. 14 f. I viss mån annan mening hos *Nathorst-Böös* i NTfS 1927 s. 96, vilken förf. påyrkar lösdriveriets kriminalisering just med hänvisning bl. a. till den höga siffran av »degenererade (alkoholister, syfilitiker och imbecilla) typer» bland vagabonderna, ett resonement som går i rakt motsatt riktning mot det av oss förda. Om lösdriveriets kriminalisering i utländsk rätt, se *Larsson* i SOU 1939: 26 Bil. G. Att vissa typiska brott ofta utgöra utslag av vagabonderande och parasitärt levnadssätt och motivera särskild arbetsfostrande behandling är en sak för sig; hithörande konflikter lösas antingen genom att åtgärder i denna riktning erhålla placering i strafflagen såsom postdeliktueella reaktioner eller att den predeliktueella lösdrivarbehandlingen får företräde framför den straffrättsliga repressionen; jfr *SOU* 1939: 25 s. 13 f. samt Bil. A s. 21 f.

⁶³ Beträffande bettleri såsom samhällsskadlig eller snarare samhällsbesvärlig företeelse gäller vad ovan utvecklats om lösdriveriet. Dock förefinnes här större anledning att kriminalisera åtskilliga former av företeelsen, därför att medlet för bettleriet kan på ett särskilt sätt framträda såsom kriminellt eller ordningsstörande utan att därmed något annat i strafflagen upptaget brott begåtts, och därför att bettleriet kan komma ifråga såsom näringsfång för personer som icke förete abnorma eller andra subjektiva särdrag eller ock i rent tillfällig form; jfr *SOU* 1923: 2 s. 60 och 1939: 25 s. 10 samt *Larsson* i sist a. bet. Bil. G om utländsk rätt ävensom *Agge* i FT 1938 s. 191 f.

⁶⁴ Vad incestbrotten beträffar har denna synpunkt i svensk rätt vunnit beaktande genom den år 1937 antagna lagregeln i SL 18:2 a; om skälen härför se *SOU* 1935: 68 s. 60 f. I lagens regler om brott som i 18:10 sägs gjordes vid samma tillfälle ingen ändring; om meningslösheten av en kriminalisering av vissa under detta straffbud fallande gärningstyper, se *Lundstedt* i MAK 1933: 1 s. 14 f.; jfr *SOU* 1935: 68 s. 77 f. och *KPr* 1937: 187 s. 86 f. De anförda exemplen kunde fullständigas med likartade, hämtade från SL 14 kap., nämligen vissa arter av barnamord och fosterfördrivning. Då emellertid den psykiska egenarten hos dem som begå dessa brott i regel är av mera tillfällig och övergående art, synas dessa fall mera diskutabla än de i texten anförda. Säkerligen kan också en regel om straffrihet i särskilda fall här vara tillfyllest, på sätt föreslogs i *SOU* 1935: 15 s. 95 f., 160 f.; då det också finnes starka skäl att gå försiktigt fram på ifrågavarande ömtåliga område, synes det år 1938 införda stadgandet i SL 14:28 a utgöra en acceptabel lösning.

individer. Visserligen utgöra dessas personliga egenskaper en latent eller akut fara för störande av allmän ordning och säkerhet, d. v. s. för brottsliga gärningars begående,⁶⁵ men då de yttringar av vederbörandes personlighet, vilka man tager till intäkt för de samhälleliga åtgärderna, icke äro just vissa förkastliga gärningstyper av ovan berörda allmänmänskliga natur, böra ifrågavarande reaktioner hållas skilda från straffrättens sanktioner. Vi använda beteckningen *predeliktue*lla reaktioner för att markera deras oberoende av viss straffbar gärning: en sådan kan visserligen i det särskilda fallet ligga vederbörande till last men tages icke till utgångspunkt för åtgärderna mot den hos brottslingen förhandenvarande samhällsfarligheten. Det sagda strider icke mot våra egna utgångspunkter. Vi hava aldrig föreslagit en gruppindelning uteslutande efter temporära bestämningsgrunder, vilket visserligen beteckningen ifråga närmast antyder.⁶⁶ Då det givetvis jämväl efter ett begånget och icke avstraffat brott kan finnas starka skäl att tillgripa åtgärder, för vilka det begångna brottet alls icke spelar någon roll såsom indikation på den ena eller andra formen av biologisk eller social missanpassning av typiskt slag,⁶⁷ kan sålunda icke på ett rent mekaniskt sätt de konkreta fallen fördelas i grupper uteslutande efter det formella kriteriet, huruvida någon känd brottslighet hos vederbörande väntar på bestraffning. Grupperingen

⁶⁵ Jfr ovan s. 183 f.

⁶⁶ I stället för den sålunda oklara termen *predeliktue*lla reaktioner kan man icke rekommendera det av oss tidigare såsom ett provisorium begagnade uttrycket förvaltningsrättsliga skyddsåtgärder eller reaktioner, då det ingalunda är givet, att dessa åtgärder icke skulle kunna anföras åt en domstol såsom ensamt kompetent organ; så beträffande arbetsanstalt för lösdrivare enligt *SOU 1939: 25* och *Schlyter* i *SvJT* 1937 s. 784 f. och över huvud viss utländsk preventionslagstiftning, t. ex. den spanska lagen av 1933, vars text refereras av *de Asúa* i *Monatsschrift* 25 s. 86 f., jämväl i de delar, som gälla förfarandet inför domstol. Å andra sidan är det tänkbart, att i framtiden viss social myndighet kommer att handhava vad vi ovan betecknat såsom *postdeliktue*lla reaktioner, utan att denna myndighet därför förlorar sin administrativa karaktär och förvandlas till en specialdomstol; härpå skola vi anförä exempel i arbetets senare avsnitt.

⁶⁷ Här om närmare i nästföljande kapitel.

av reaktionsarterna måste ske efter reella anknytnings-synpunkter, vilka dock i regel sammanfalla med de tempo-rära.

De ifrågavarande reaktionerna skilja sig i ett flertal avse-enden lagtekniskt sett från de postdeliktueella åtgärderna. Ehuru ur rättssäkerhetssynpunkt och med hänsyn till den generalpreventiva funktion, som vi ovan velat tillägga jäm-väl den predeliktueella skyddslagstiftningen, bestämda yttre kriterier böra uppställas såsom villkor för de olika tvångs-åtgärdernas tillgripande, äro dock de farliga tillståndén så pass skiftande, att någon gemensam princip för de skilda indikationernas utformande här icke kan uppställas. Gäller det åter de postdeliktueella reaktionerna finnes en dylik ge-mensam systematisk utgångspunkt i brottsbegreppet, vars betydelse städse är densamma, i det ett brotts begående är en konstant återkommande indikation för reaktionernas an-vändande. Det sagda giver också vid handen, att icke all predeliktuell preventionsrätt kan regleras i en gemensam lagstiftning såsom stundom föreslagits.⁶⁸ Säkerligen bör där-för Hellmuth Mayers åsikt biträdas, när han — låt vara från andra utgångspunkter än de här antagna — gör gäl-lande, att idén om en enhetlig preventionsrätt synes »auf-gelöst in eine Anzahl der verschiedensten Rechtszwangs-formen, die jeweils ihr vedschiedenes Ziel und ihre verschie-dene Rechtfertigung haben».⁶⁹ Icke minst blir det för lag-stiftaren en angelägenhet av stor vikt att i praktiken om-sätta denna tankegång och icke söka inpassa behandlingen

⁶⁸ Studerar man exempelvis det bäst genomförda försöket till en enhetlig preventionsrätt, nämligen den ovan i not 48 anmärkta spanska lagen av år 1933, skall man finna, att densamma strängt taget blott giver vissa allmänna riktlinjer för behandlingen av de berörda grupperna av asociala; för lagens tillämpande skulle likväl fordras detaljerade verkställighetslagar, som toge hänsyn dels till klientelets olikartade beskaffenhet och terapeutiska behov, dels till den faktisk utbildade sociala vårdapparaten och dess användbarhet vid olika reformer i avseende å skyddslagstiftningen.

⁶⁹ Se *H. Mayer* s. 159 f., där intressanta uppslag givas för den praktiska utvecklingen och dogmatiska behandlingen av »die Rechtszwangsformen des Personenrechts». Se ock *Hafters* i *SchwZ* 15 s. 262 f. ävensom antydningarna i *SOU* 1939: 25 s. 132 f. beträffande förmyndarskapslagstiftningens användande i det brottsprevenerande arbetets tjänst.

av nya grupper asociala under de regler, som redan kunna finnas men äro tillskapade för andra grupper av individer. Det i varje fall berörda klientelet's säregenheter bör bestämma såväl de materiella som de formella vägar, på vilka uppgifterna skola lösas och samhällets skydd förstärkas. Vid sådant förhållande kan lagstiftaren givetvis icke heller utforma de olika predeliktueella åtgärderna så, att kampen mot vissa mera generellt bestämda gärningstyper kommer att bli ett syfte med den nya lagstiftningen av samma rang som kampen mot den individuella missanpassningen.

Om sålunda på det predeliktueella området det generalpreventiva inslaget träder något i bakgrunden, gör sig i stället ett annat drag, nämligen det rent profylaktiska, mera gällande. Det kan rent av sägas dominera uppbyggnaden av hithörande lagstiftningsprodukter på ett annat sätt som saknar varje motsvarighet på det straffrättsliga området. Avhjälpandet av en predeliktuell missanpassning eller en mera tillfällig samhällsfarlig situation kan i betydlig utsträckning ske genom anvisandet av någon samhällets hjälpåtgärd, utan att behovet av något direkt eller indirekt tvång ännu gjort sig påmint.⁷⁰ Övergången från rena hjälpåtgärder till verkliga tvångsåtgärder måste i hithörande lagar göras successiv och förses med olika grader allt efter behovet beträffande varje särskild typ av individer, som utgöra föremål för samhällets uppmärksamhet. Sålunda bör observeras, att risken för en plötsligen aggraverad eller framträdande samhällsfarlighet är mycket olika beträffande skilda grupper av det asociala klientelet; skillnaden mellan exempelvis å ena sidan sinnessjukas och farliga alkoholisters omhändertagande och å andra sidan behandlingen av arbetsoförmögna bettlare eller i sedligt avseende försummade barn måste bli betydande i avseende å förutsättningarna och formerna för tvångs användande. På motsvarande sätt förhåller det sig med behandlingsformerna, då den av samhället bekämpade faran upphör eller minskas hos de omhändertagna; möj-

⁷⁰ Se *SOU* 1939: 25 s. 14 f. och Bil. A s. 42.

ligheter måste då anvisas av lagstiftaren för tvångets utbytande mot stödjande åtgärder. Att reglerna härom icke gärna kunna göras enhetliga för de predeliktueella reaktionernas hela område synes uppenbart.

Till sist förtjänar anmärkas, att den här verkställda indelningen av reaktionstyperna i postdeliktueella och predeliktueella, varav den förra gruppen bildar det straffrättsliga reaktionssystemet och den senare gruppen sönderfaller i en mångfald av åtgärder, lämpade främst efter de olikartade persontyper som skola bli föremål för samhällets tvång, ingalunda indicerar någon kumulation av åtgärder vid sammanträffande av brott med de situationer, vilka utgöra förutsättningarna för de predeliktueella reaktionernas användning. Tvärtom synes den principiella samhörighet mellan samtliga ifrågavarande former av tvångsåtgärder, vilken samhörighet utgjort ledmotivet för vår framställning i detta kapitel, möjliggöra att de predeliktueella reaktionerna i viss omfattning⁷¹ vikariera för de straffrättsliga och att vid behov en övergång från det ena reaktionssystemet till det andra under procedurens eller verkställighetens gång mycket väl bör kunna förekomma.⁷² Huru dessa spörsmål skola lösas torde emellertid icke böra undersökas i förevarande, mera abstrakta och allmänna sammanhang. Dessa frågor äro i högsta grad av positivrättslig art och jämväl ur kriminalpolitiska synpunkter beroende av speciella faktorer, som påverka deras lösning beträffande varje särskild reaktionstyp och konkurrenssituation.⁷³ I det nu avslutade kapitlet har det

⁷¹ Särskilt bör observeras, att de generalpreventiva synpunkterna här kräva vissa gränser för ensparighetens princip.

⁷² I vad mån redan på domstolsprocedurens stadium en övergång till det predeliktueella sanktionsområdet kan ske och i så fall förmedlas genom den villkorliga domen har hos oss nyligen blivit föremål för delade meningar; se ovan s. 158 f. samt *Göransson* i SOU 1939: 25 s. 129 f.

⁷³ De i texten antydda förhållandena peka också på, att i nutida straffrätt en mängd problem möta vilka framkallas av en ständig återkommande kollision, eller snarare konkurrens, mellan olika samhälleliga reaktionsformer. Att det med vårt betraktelsesätt därvid i främsta rummet gäller en konkurrens mellan behandlingsformerna och mindre en konkurrens mellan indikationerna för ingripandet, d. v. s. brott och därmed likartade handlingssätt är uppenbart; jfr härom *Agge* i JFFT 1936 s. 393 f.

blott gällt att i största allmänhet angiva strukturen av ett reaktionssystem, uppbyggt på den uppfattning vi tidigare i arbetet hävdad rörande straffets och de därmed sammanhängande samhällsreaktionernas ändamål och funktionssätt.
