

II.

TILL FRÅGAN OM RÄTTEN
OCH SAMHÄLLET

SVAR TILL PROFESSOR THYRÉN

AV

A. V. LUNDSTEDT

Professor i civilrätt vid Uppsala Universitet



UPPSALA 1921

APPELBERGS BOKTRYCKERI AKTIEBOLAG

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

TILL LÄSAREN.

Ingen, som haft tillfälle att något sysselsätta sig med vetenskapen, torde hava kunnat undgå att genomträngas av en stundom hart när förlamande känsla av hur oerhört begränsat det område är, inom vilket satserna äro annat än hypoteser och kunna verifieras med en tillförlitlighet, jämförlig med den varmed man exempelvis påstår, att 2×2 är = 4. Varje verklig vetenskapsman skall, när han befinner sig utanför detta begränsade område, veta att själv betrakta och inför andra behandla de satser, han med än så mycken skarpsinnighet kunnat uppställa, sådana som de äro, d. v. s. såsom blott hypoteser. Men när han å andra sidan befinner sig just på det där lilla området och rör sig med resonnemang, vilkas riktighet enligt tänkandets lagar icke kan bestridas eller betvivlas, då handlar han högst ovetenskapligt, om han icke framställer dessa ovillkorligt giltiga resonnemang såsom havande denna karaktär, utan såsom om de blott möjligen, med en högre eller lägre grad av sannolikhet, kunde vara hållbara, såsom om de blott hade hypotetisk giltighet. Av denna maxim har i varje fall jag låtit mig ledas, när jag i min "Principinledning etc." riktat en kritik mot den härskande straffrättens grundåskådningar. När man enligt min mening med fullkomligt bindande skäl kan visa upp dessa åskådningars orimlighet såsom stående i rak strid mot förnuftet, har jag i min "Principinledning" ansett det vara ur vetenskaplig synpunkt av största vikt, att just precis utsäga detta och icke något helt annat, såsom att den kritiserade "åsiktens riktighet torde kunna betvivlas" eller dylikt. Naturligtvis har jag i mina utredningar kunnat begå misstag. Men sådant måste påvisas, innan man får beskylla mig vare sig för självförhävelse eller för överdrifter. Till dato står emellertid hela min argumentering fullkom-

ligt ovederlagd. Detta torde med all önskvärd tydlighet framgå av nedanstående framställning, som behandlar det enda försök, som hittills förekommit, till bemötande av min kritik. Av den nyssnämnda maximen har jag naturligtvis även i denna framställning låtit leda mig. Också här har sålunda den intresserade läsaren att icke helt meningslöst ställa frågan så: om jag använt starka ord och hårda omdömen. Utan han måste fråga sig, om detta kan sägas vara händelsen med hänsyn tagen till den oerhörda sak, som, enligt all den argumentering varå mina uttalanden grundas, dessa gälla. Man har att söka avgöra, huruvida jag använt för starka ord och fällt för hårda omdömen, d. v. s. om jag gjort mig skyldig till överdrifter. Härvid erinras läsaren särskilt om att vid studiet av avslutningskapitlet fullständig ledning i förevarande avseende blott kan erhållas genom verklig kännedom om föregående delar av detta arbete.

Upsala i maj 1921.

V. Lundstedt.

Inledning.

I min våren 1920 utgivna "Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar" angav jag skälen till att jag ansett mig såsom inledning till mina obligationsrättsliga föreläsningar böra framlägga en kritik av den härskande straffrätten. Det är mig naturligtvis synnerligen angeläget att snarast möjligt i mina tryckta föreläsningar komma in på mitt egentliga ämne, obligationsrätten. Å andra sidan framgår det emellertid tydligt av de inledande orden i min "Principinledning", att om den straffrättsliga kritik, som jag där givit, icke i det väsentliga vore riktig, så vore därmed också fastslaget, att de metoder, efter vilka jag numera arbetar inom min vetenskap, vore oriktiga, och jag skulle således icke vara befogad att inom obligationsrätten fortsätta på den inslagna vägen. Men icke nog härmed; i själva verket skulle en väsentlig del av det föreläsningsarbete inom just obligationsrätten, som jag nedlagt under de senaste åren, vara alldeles förfelat. Nu föreligger emellertid som bekant från en kriminalist, prof. THYRÉN, ett angrepp av allra våldsammaste slag emot min ifrågavarande bok. Visserligen tror jag icke, att den, som verkligen bemödar sig att med kritisk blick jämföra våra skrifter, min "Principinl." och prof. THYRÉNS skrift, "Den moderna straffrättens grundåskådningar", vari han meddelar sina s. k. "Anmärkningar vid prof. Lundstedts skrift 'En Principinledning etc.'"¹ skall känna sig övertygad om att prof. THYRÉN har rätt och att min kritik varit obefogad. Men inom den svenska juristvärlden är det så

¹ Denna skrift utkom såsom ett s. k. rektorsprogram vid prof. Fr. Bööks installation den 29 sept. 1920, men har även utgivits i separattyck.

ytterst få, vilka vilja och framför allt kunna på sådant sätt granska denna skriftväxling. Det kunde därför befaras, att prof. THYRÉNS stora rykte som straffrättslärare i förening med icke blott våldsamheten i angreppet utan jämväl och i synnerhet de underbara metoder, genom vilka han vilseleder läsaren angående innehållet i min bok, skulle kunna åtminstone för de närmaste åren draga den stora mängden av läsare över på hans sida. Visserligen har jag redan i en replik på en i Svensk Juristtidning intagen del av hans angrepp tillbakavisat denna del av detsamma, ävensom i dagspressen belyst arten av hans metoder genom att framhålla några särskilt signifikativa exempel på hans tillvägagångssätt. Och prof. HÄGERSTRÖM har i en rättsfilosofisk uppsats i Svensk Juristtidning på ett sätt, som av den, vilken är något skolad i logiken, måste inses vara fullständigt bindande, visat upp ohållbarheten i hela den grund, å vilken prof. THYRÉN bygger sina läror. Prof. HÄGERSTRÖM har i denna uppsats också tagit ståndpunkt till min framställning på de väsentligaste punkterna och därvid helt och hållet ställt sig på min sida, en sak som ju f. ö. bort vara tämligen självklar med hänsyn till det sätt, varpå jag i min bok åberopat honom såsom stöd för mina egna teorier. Då emellertid prof. HÄGERSTRÖMS skrift, såsom jag nyss antydde, icke är så lätt att helt och hållet förstå för andra än logiskt något tränade hjärnor och, efter vad jag framhållit, det är av den allra eminentaste betydelse för de juris studerande, att de erhålla klar insikt om huruvida min kritik av straffrättens grundåskådningar varit befogad eller icke, har jag känt mitt ansvar emot studenterna kräva, att jag framlägger en mera fullständig granskning av den polemik, som prof. THYRÉN fört mot min "Principinledning". Såsom jag närmare utför i slutet av detta arbete fullföljer jag med detsamma jämväl ett samhälleligt intresse av betydande valör. — De metoder, som prof. THYRÉN sett sig nödsakad begagna för att giva sitt angrepp ett yttre sken av befogenhet, äro tyvärr av den art, att jag

nödgas på ett i vetenskapliga polemiker eljest icke brukligt sätt utföra en del resonnemanng synnerligen detaljerat och citera både mig själv och honom mycket utförligt, på det att alla försök att fortsätta med dessa metoder för vantolkning av min straffrättsliga principundersökning för framtiden måste vara dömda att misslyckas.

Det väsentliga i min bok, det som har omedelbar betydelse för en framställning av obligationsrätten, utgöres av det negativa: kritiken av den härskande straffrättens konstruktioner. Dessutom har jag emellertid å s. 21—39 givit en huvudsakligen positiv utredning, vari jag framlägger, såsom jag kallar det i rubriken, "Riktlinjer för en icke skolastisk uppfattning om straffets sociala funktion". Varför jag över huvud medtagit denna utredning, har jag antytt med följande ord å sid. 21:

"Det göres ofta inom rättsvetenskapen — särskilt i den muntliga diskussionen — gällande, att en blott 'nedrivande' kritik icke har mycket värde. Kritikern måste även kunna 'sätta annat i stället', om han vill bliva beaktad. För egen del är jag av den uppfattningen, att rättsvetenskapen icke under några omständigheter bör fortsätta att bygga på förutsättningar, som påvisats vara falska. Emellertid kan man på nu ifrågavarande område icke rätt gärna ha blicken klar för det osanna och överkliga i den nuvarande straffrättsvetenskapens ståndpunkt utan att se åtminstone huvuddragen av de linjer, som den teoretiska utvecklingen måste komma att följa".

Den positiva framställningen har sålunda ingen omedelbar betydelse för obligationsrätten. Den har blott tillkommit för att undanröjda den antyddna invändningen emot betydelsen av min kritik, vilken invändning visserligen är obefogad, men vilken jag fruktade, att man eljest skulle ha försökt att slå mynt av.

Allt nog; jag skall nu i det följande först visa, att prof. THYRENS angrepp mot min kritik i själva verket lämnar denna fullkomligt oantastad. Därefter skall jag gent emot honom hävda min positiva uppfattning, angående straffets ändamål ur sociala synpunkter.

Thyréns kritik av min *kritik* av straffrättsdogmatiken.

Jag kan här lämpligen inleda framställningen med dryftandet av följande spörsmål: kan man verkligen, såsom THYRÉN (s. 12 ff.) i likhet med andra kriminalister gör, tala om en statens rätt att straffa, d. v. s. såsom rättssubjekt emot varandra ställa å ena sidan staten, å andra sidan den enskilda individen? Därefter upptager jag omedelbart frågan om rättsstridighetsbegreppets användbarhet.

Frågan om statens rätt att straffa individen, d. v. s. frågan om staten såsom rättssubjekt gent emot individen såsom sådant subjekt.

a. Liksom den härskande lärans övriga representanter är THYRÉN synnerligen angelägen att utforska rättsgrunden för statens straffrätt emot individen. "Det vore", säger han, s. 12,

"en upprörande cynism att härpå endast svara, att det är rättsgrund nog, att lidandet är nyttigt för samhället. Samhället får alldeles icke utan vidare använda individen såsom medel."

En verklig rättsgrund tror han sig emellertid giva, när han dekreterar:

"Straffet riktas mot denne individ för att motverka en i individens egen vilja liggande fara: om denna fara icke kan motverkas annat än genom att tillfoga individen ett lidande, så måste han vara skyldig att underkasta sig lidandet; i varje fall ett lidande, som, enligt den i samhället rådande rättsåskådningen, icke står i disproportion till faran".

Men varför skulle detta mera vara straffets rättsgrund än exempelvis samhällsnyttans ofrånkomliga krav på straffet?

THYRÉN menar uppenbarligen med rättsgrund detsamma som rättfärdighetsgrund, d. v. s. att rättsmedvetandet i samhället skulle kräva gärningsmannens bestraffande på grund av hans "rättsstridiga", samhällsfarliga vilja, m. a. o. därför att han ur rättsmedvetandets synpunkt kan sägas ha gjort något orätt, att skuld kan läggas honom till last. Erinras må därom att det i detta sammanhang ju ej alls kan vara fråga om orätt i betydelsen av stridighet mot rättsnormen, eftersom fråga är om rättsgrunden just till rättsnormen. Det är emellertid uppenbarligen alldeles oriktigt att på ifrågavarande sätt tala om straffets rättsgrund. En person straffas nämligen fullkomligt oberoende av om det kan visas, att han på detta sätt begått något, som enligt rättsmedvetandet är orätt. Det ligger nämligen icke någon rimlighet i att såsom allmän regel påstå att en person ur rättsmedvetandets synpunkt begår en orätt, därför att han begått ett brott. Orätt eller skuld i denna mening kan blott läggas honom till last, om han överskridit sin plikt. Dylikt är emellertid något rent subjektivt (se härom min "Principinl.", s. 51 ff.) och kan därför icke influera på straffbarheten, fastän det har betydelse för straffmätningen (a. a. s. 76). Jag behöver i dylikt avseende blott hänvisa till vad HÄGERSTRÖM i Svensk Juristt. 1920, s. 327, yttrar i sin kritik av HAGSTRÖMER:

"Det märkvärdiga här är, att fallet är ganska kvistigt från *rättsmedvetandets* synpunkt, såvitt straffet överhuvud skall rättfärdigas med begreppen skuld — samhällsfara — straff. Antag, att brottslingen är illa upplyst i avseende å sina verkliga plikter. Han har levat i en miljö, där ex. stöld och bedrägeri betraktas som en rätt för att icke säga en plikt. Kan verkligen efter det allmänna rättsmedvetandet läggas honom *'till last'* (Hagströmer sid. 33), att han icke behärskat sina brottsliga böjelser? Att besvara frågan är omöjligt, därför att rättsmedvetandet rör sig utan styrsel mellan två poler: objektiv plikt att lyda rättens bud och pliktens beroende av vars och ens moraliska övertygelse eller åtminstone möjligheten av att skaffa sig den riktiga övertygelsen. För övrigt: tillmåter sig verkligen det fria rättsmedvetandet utan tvekan

att förklara en person, som låt oss säga i det allmännas intresse oskadliggör en allmänfarlig person, som ej med straff kan åtkommas, om detta sker genom en straffbelagd handling, för *skyldig i dess egen mening*? En straffrättsdomare, som skulle följa Hagströmers framställning av ett med de ifrågavarande begreppen fritt sig rörande rättsmedvetande såsom uppbärande straffrätten och därför att lägga till grund vid dess tolkning, skulle enligt principen in dubio pro reo i sådant fall frikänna. Det är klart, att den rättsföreställning, som med de ifrågavarande begreppen rättfärdigar straffet, betecknar ett av bakomliggande psykiska krafter förslavat rättsmedvetande. I dessa krafter, själva oberörda av idéerna om skuld — gottgörelseskyldighet, är då straffrättens bestämmande princip att finna, *icke* i rättsmedvetandet såsom sådant“.

Det är gent emot HAGSTRÖMER, som detta utvecklats, men det har uppenbarligen samma giltighet gent emot THYRÉN. Denne vill emellertid ytterligare belysa uppfattningen om statens rätt att straffa genom att likställa förhållandet med det
 “som gör, att jag, för att rädda mitt eget liv, är berättigad att, om så är nödigt, taga dens liv, som hotar mig“. (THYRÉN s. 13).

Detta uttalande är av mycket stor betydelse såsom bevis på haltlösheten i THYRÉNS argumentation. Såsom HÄGERSTRÖM gör uppmärksam på, faller det synnerligen skarpt i ögonen, att THYRÉN, när han skall använda nödvärnsargumentet opererar med en nödvärnsrätt, som ingalunda är beroende på de förutsättningar, vilka eljest alltid måste uppställas för nödvärnsrätten, nämligen att angreppet är obefogat, eller, såsom det kallas, rättsstridigt. När THYRÉN nu här opererar med en med hänsyn till angreppets befogenhet fullkomligt gränslös nödvärnsrätt, så sker detta naturligtvis därför, att argumentet vore odugligt, om han fattade nödvärnsrätten i egentlig, begränsad mening: det är nämligen uppenbart att nödvärnsrätt kunde vara rättsgrund till statens straffrätt mot individen blott under förutsättning, att denna nödvärnsrätt restriktionslöst vore för handen, d. v. s. hade giltighet också mot ett befogat, här — eftersom vi ju icke resonnera med straffnormen såsom *fait accompli* utan just fråga efter dennas grund — moraliskt befogat angrepp. Att med en på detta sätt obegränsad nöd-

värnsrätt grunda straffrätten måste ju redan a priori anses oriktigt, försåvitt nämligen den faktiskt gällande nödvärnsrätten måste — och att detta är händelsen är ju höjt över all diskussion — begränsas till att gälla blott vissa angrepp, de s. k. rättsstridiga. Då måste den naturligtvis även ur moralisk synpunkt — ju den enda som här kommer ifråga, enär vi ju skola motivera rättsnormen — vara begränsad på motsvarande sätt, d. v. s. blott gälla de moraliskt obefogade angreppen. Också här ber jag att få återropa HÄGERSTRÖMS framställning, a. st. s. 329:

“Det brukar ju starkt framhållas, att nödvärnsrätt i *juridisk* mening inträder blott gentemot ett *'rättsstridigt'* angrepp. Än mera är det ur *rättsmedvetandets* synpunkt, varom här är fråga, omöjligt, att nödvärnsrätt skulle föreligga annat än vid ett verkligen obefogat angrepp. (Det är naturligtvis detta förhållande, som juridiskt begränsar den till att gälla det *'rättsstridiga'* angreppet.) Men under sådana förhållanden är det ju tydligt, att brottslingens *'mot rättsordningen riktade angrepp'* måste vara moraliskt sett obefogat, för att nödvärnsrätt gentemot den inträdande samhällsfaran skall från statens sida efter rättsmedvetandet inträda. Men huru kan detta påstås, om följandet av rättsordningens bud skulle i visst fall vara moraliskt indifferent eller till och med förkastligt? Fallet är synnerligen intressant. Thyrén har otvivelaktigt en mera vidsynt blick på frågan: verkligen rätt eller orätt? ställd vid ett brott. Denna vidsyntare blick delar han i själva verket med det fritt dömande rättsmedvetandet. Men i och med att bandet mellan brottet och det verkligt orätta blir avklippt, är också det statens allmänna rätt att straffa begrundande rättsmedvetandets livsnerv avskuren. Man måste då i varje fall avgöra, att denne individ i denna situation icke varit moraliskt befogad till den brottsliga handlingen, för att statens rätt att straffa skall kunna påstås. Någon allmän sådan rätt ges det då icke, *såvitt man icke med Thyrén vill proklamera en gränslös nödvärnsrätt*. — Åter framkommer det, att det rättsmedvetande, som rättfärdigar statens straffande verksamhet, och dymedelst influerar den samma, är så att säga enögt. Vad kan skälet vara, om icke att andra krafter här äro med i spelet, med vilka rättsmedvetandet icke kan mäta sig?”

Det särskilt intressanta beträffande THYRÉNS argumenteringskonst är att han naturligtvis lika litet som varje annan

kriminalist proklamerar en gränslös nödvärnsrätt i förhållandet mellan enskilda i annat fall än att denna nödvärnsrätt skall åberopas såsom analogisk grund för statens straffrätt mot individen.

b. Det är emellertid på den punkt, som nu sysselsätter oss, ingalunda nog med de oriktigheter, som jag nu uppvisat. Det svåraste och, efter vad jag kan se, ödesdigraste tankefelet är det, som jag påtalat i min bok s. 44 f. med dessa ord:

“När man nu säger, att straffet riktar sig mot brottslingens samhällsfarlighet, så förbiser man en sak, som med logisk nödvändighet utsluter ett dylikt betraktelsesätt. Vad man förbiser är detta, att genom den kraft, som utströmmar från den genom konsekvent efterföljd upprätthållna strafflagen, brottslingarne icke längre äro samhällsfarliga. Det förhåller sig nämligen så, att själva strafflagen genom sin effektivitet verkar en sådan motvikt i det hela mot samhällsmedlemmarnes impulser till begående av brott, att den enskilde brottslingens exempel icke har någon farlig makt. Därför kan det icke vara riktigt att säga, att brottslingen straffas för att motväga en samhällsfara, som skulle ha inträtt genom hans handling såsom utgörande ett smittosamt exempel för andra. I stället för att det skulle vara det enskilda straffet, som vore till för att motverka en genom det ifrågavarande brottet inträdd samhällsfara, förhåller det sig tvärtom så, att den samhällsfara, som skulle utspringa från brottslingarne, blivit inhiberad genom strafflagens av straffet i allmänhet upprätthållna kraft. Antag t. ex. att färdandet över en vägbro kan vara mycket riskabelt på grund av felande broräcke. Effektivt sådant anbringas. Därmed är ju faran vid färdandet undanröjd. Icke kan man väl därefter med någon reda i tankarne påstå, att, när exempelvis en åkare nattetid färdas fram, genom broräcket faran vid hans färdande undanrödjes. Genom broräckets existens hade ju denna fara aldrig uppstått och kunde alltså icke heller undanrödjas“.

Härtill svarar nu THYRÉN, s. 31 ff., följande:

“Denna märkliga slutledning skulle, såsom sådan, vara begriplig, om förf. vågat att såsom premiss uppställa den paradoxen, att 'den kraft, som utströmmar från strafflagen', *utan vidare* upphäver samhällsfarligheten hos brottet. Men då han icke kunnat undgå att finna den alldeles uppenbara orimligheten härav, insmugglar han i begreppet strafflag det verkliga — ådömda och verkställda — straffet genom sådana

uttryck som 'genom konsekvent efterföljd', 'genom sin effektivitet', 'straffet i allmänhet' såsom motsats till 'det enskilda straffet' o. s. v. D. v. s. strafflagen får sin kraft *under förutsättning*, att varje särskild överträdelse därav belägges med straff. Det är dessa konkreta straff, från vilka i verkligheten den kraft kommer, som visserligen uppenbarar sig i normen — och detta förhållande gäller alldeles lika väl, om man vill fatta denna verkan såsom i främsta rummet avskräckande eller i främsta rummet (eller endast) moralbildande etc., och lärar föga ändras därav, att man sammanfattar de enskilda straffen under uttrycket 'straffet i allmänhet'. *En enda tydlig underlåtenhet* — utan begriplig anledning — att tillämpa straffbudet, skulle i de allra flesta fall genast märkbart rubba strafflagens auktoritet: samhällsindividerna skulle icke gärna kunna tolka detta på annat sätt — åtminstone om fallet passerat till den högsta dömande instansen — än att samhället numera icke toge detta straffbud på allvar. Ett nytt straffbud eller ett straffbud, som faktiskt aldrig överträtts, får sin kraft genom bestraffandet av överträdelser utav de andra straffbuden. Men ett straffbud, som, låt vara blott en enda gång, öppet negligeras av samhället själv, fattas just därför såsom icke längre ett uttryck av samhällets vilja. — Förf:s exempel med broräcket synes, såsom hans exempel över huvud, enkom valt för att visa oriktigheten av hans egen åsikt. Om broräcket uppsattes $\frac{1}{1}$ 1910, sitter till $\frac{1}{1}$ 1920 och under denna tid en åkare i månaden färdas nattetid över bron, så neutraliserar den $\frac{1}{1}$ 1910 företagna handlingen faran för var och en av dessa åkare under nämnda tid. Men om straffbudet utfärdas $\frac{1}{1}$ 1910 och upphäves $\frac{1}{1}$ 1920, så upphäver denna $\frac{1}{1}$ 1910 företagna handling alldeles icke faran av de överträdelser, som ske en gång i månaden. Tvärtom kräves för varje ny överträdelse en ny reaktion av samhället. Det är icke på åkaren man skall tänka, utan på skadegörare, som en gång i månaden bryta bort en stolpe från räcket och därmed för varje gång nödvändigöra en lagning. — I koncentrerad form är förf:s resonnemannang av följande beskaffenhet: *Straffet tager bort samhällsfarligheten: alltså riktar det sig — 'med logisk nödvändighet' — icke mot samhällsfarligheten, ty samhällsfarligheten finnes ju icke, eftersom straffet tager bort den.* Emellertid talar förf. sida upp och sida ned om logik, skarp-sinne, tankereda, begreppsförvirring, oförnuft m. m., som om han vore alldeles särskilt rustad av naturen att bedöma dylikt⁶.

Trots slutorden i detta uttalande ser jag mig tyvärr nödsakad alldeles bestämt påstå, att THYRÉN här blottat en högst beklaglig oreda i sina tankar. Jag är emellertid glad att själv

slippa framlägga argumentationen för detta mitt påstående, i det jag på denna punkt blott behöver hänvisa till HÄGERSTRÖMS, såvitt jag kan finna, absolut ofrånkomliga och sålunda avgörande bevisföring, a. st. s. 330—334. HÄGERSTRÖM berör härvid också kontroversen mellan mig och THYRÉN och framhåller, att jag har "i sak rätt, fast framställningssättet är otydligt och alltför koncentrerat". Reservationen torde bero därpå, att jag talar om strafflagens kraft utan att pointera, att det är den allmänna vetenskapen eller övertygelsen om denna, som omedelbart verkar. Att min framställning måste bliva mycket kortfattad på denna punkt hade jag inledningsvis framhållit. Jag räknade med att det exempel angående broräcket, varmed jag ville illustrera tankegången och som jag icke trodde kunna felaktigt uppfattas, skulle undanrödja allt missförstånd angående min verkliga mening. Dräpande har HÄGERSTRÖM nu påvisat, vilket rent otroligt missförstånd THYRÉN emellertid här gjort sig skyldig till. "Särskilt måste man", säger han, a. st. s. 333 n. 1,

"opponera mot Thyréns anmärkning mot bilden med broräcket — strafflagen eller riktigare vetenskapen om dess kraft —, som en gång uppsatt undanröjer faran för åkaren — faran för samhället i avseende å brottslingsinflytandet. 'Det är icke på åkaren, man skall tänka utan på skadegörare, som en gång i månaden bryta bort en stolpe från broräcket och därmed för varje gång nödvändigöra en lagning'. *Strafflagens* kraft att verka avskräckande skulle taga skada genom den särskilda överträdelsen. D. v. s. åklagarmakt och domarmakt, som ju allena ha med *strafflagens* uppehållande att skaffa, bli genom varje brott liksom bragta ur fattningen? Genom mutförsök?"

Men för THYRÉN står detta exempel "såsom enkom valt för att visa oriktigheten i förf:s (min) egen åsikt"! Föreligger *mala fides* eller har THYRÉN verkligen icke av mitt exempel begripit, att pendangen till skadegöraren, som tar bort en stolpe från broräcket, icke förnuftigtvis kan utgöras av brottslingen utan måste vara den ansvarslöse åklagaren, som icke åtalade, eller den ansvarslöse domaren, som icke tillämpade lagen, och vilka därför måste avsättas? Och vad är det för

mening i THYRÉNS tal om att jag "i begreppet strafflag insmugglar det verkliga — ådömda och verkställda — straffet?" Vad jag opponerar mot på denna punkt är ju det språng i tankegången, vartill THYRÉN gör sig skyldig, när han omedelbart rycker fram till straffet i det särskilda fallet och frågar efter dess syftemål. Han glömmer ju därvid alldeles bort ett förhållande av den allra eminentaste betydelse, nämligen att det gällande straffbudet såsom sådant har en verkan, att denna verkan helt enkelt är så betydande, att om straffbuden icke funnes till, så funnes icke heller något samhälle och att denna verkan är sådan, att det ej finns rum för en det enskilda straffets uppgift att motverka brottets farlighet. Denna betydelse erhåller strafflagen genom det allmänna medvetandet om dess existens såsom gällande rätt. Den allra enklaste reflexion måste leda till insikt om att det enskilda straffet blott är ett led i hela straffsystemet, en nödvändig följd av strafflagen såsom gällande rätt, varvid frånvaro av straff blott och bart har den betydelsen, att strafflagen icke längre har karaktär av gällande rätt och sålunda icke längre kan utföra sin funktion att möjliggöra en samhällsordning genom att hålla brotten inom tillbörliga gränser. Ty klart är att detta är strafflagens och icke det enskilda straffets uppgift. Också om man ställde sig på avskräckningsteoriens ståndpunkt, vore det ju uppenbart, att A icke kunde avhållas från en viss handling, genom sin vetskap om att B redan straffats för dylik, utan genom sitt medvetande om att A själv komme att straffas, det vill säga genom sitt medvetande om att hans handling faller in under strafflagen. Om sålunda, vare sig man ur generalpreventiv synpunkt anser straffet moralbildande eller avskräckande, det enskilda straffet absolut nödvändigt i första hand måste ha denna uppgift att i sin mån "effektuera strafflagen", och, med hänsyn till dennas absoluta nödvändighet för samhället, det enskilda straffets tillvaro därmed givetvis måste vara fullständigt motiverat, så blir det en rent sekundär

fråga, om man tilläventyrs kan forma straffet sådant, att det ur ytterligare någon synpunkt blir gagneligt vare sig för samhället eller enskilda. Men alldeles orimligt är det att tillägga det enskilda straffet den uppgiften att utgöra en reaktion mot brottslingens farlighet för samhället. Ty på undanrödjande av denna farlighet siktar strafflagen med sitt straffsystem. Skulle detta mål ej vara fullt tillfredsställande uppnått, så får strafflagen förbättras. THYRÉNS resonnemang ingår emellertid i hans principer för en strafflagsreform. Han måste sålunda räkna med en tillfredsställande strafflag. En dylik undanröjer brottslingarnes samhällsfarlighet, vadan det är orimligt att det enskilda straffet på något sätt skulle kunna såsom avskräckningsmedel rikta sig mot en samhällsfara, som utsprunge från brottslingen personligen eller såsom exempel för andra. Men, som redan antytt, man begriper lättast den bristande logiken i THYRÉNS resonnemang, om man blott tänker sig ett visst fall under (den visserligen oriktiga) hypotesen, att straffets sociala funktion vore att avskräcka. Antag att ett fartyg förliser och en sjöman räddar sig upp på en obebodd ö och sedan efter en 20-årig levnad därstädes påträffas och återföres till sitt hemland. Skall man nu säga, att han låter avskräcka sig från att begå ett brott genom de straffade brott han erinrade sig ha läst eller hört talas om i sin ungdom? Har han alldeles glömt bort dessa fall, skulle han väl vara en mycket farlig individ, som det vore bäst att ha inom lås och bom, tills man hunnit underhålla honom med underrättelser om diverse straffexekutioner, ehuru han nog fick sitta inspärrad betydligt längre än han satt på sin ö, innan han på detta sätt blivit avskräckt från alla strafflagens brott och sålunda fullständigt ofarlig. Naturligtvis är det medvetandet om att handlingarne äro straffbelagda, om att straff på grund härav hotar, som verkar, lika gott vare sig fråga är om moralbildning eller avskräckning, och detta medvetande finnes till alldeles oberoende av den konkreta vetskapen om straffen. Inte behöver

man väl ha sett en hynda valpa eller hört talas om ett visst sådant fall för att veta, att hon föder levande ungar och icke lägger ägg!¹ Detta är närmare utfört innebörden av vad jag velat säga i de rader, som THYRÉN på angivet sätt kritiserat. Tankegången i denna THYRÉNS kritik kan sammanfattas så: emedan utan bestraffning brottslingarne genom sitt exempel skulle vara farliga, så är det deras bestraffande, som undanrödjer faran. Detta resonnemang kan verka bestickande genom sin till synes slående enkelhet. Icke förty är det oriktigt. Ty, såsom HÄGERSTRÖM a. st. s. 332 f. påvisat, kan saken stå så

“att båda delarna — bestraffningen och undanröjandet av faran — äro gemensamma verkningar av en och samma orsak. Med det enas frånvaro är då också det andra borta. Ty fattas endera, så betyder det, att orsaken i det hela icke längre verkar, då naturligen det andra icke heller inträder. Så är i vårt fall också förhållandet. Den allmänna åskådningen hos statsorganen, att en straffregel har kraft, undanröjer genom att en gång ha framträtt för samhällsmedlemmarna såsom otvivelaktig, den exempelfara, som annars skulle utgå från brottslingarna. Man vet därmed, långt innan brott blivit bestraffade, att de skola bli det. Men alldeles samma statsorganens åskådning gör nu också straffets reguliära inträde till en nödvändighet. Man ledes här lätt vilse, särskilt om man förbiser det sistnämnda, och resonerar om samhällets straffande verksamhet, alldeles som om “samhället” vore en fritt handlande person, som en gång för vissa ändamåls skull beslutit sig för att straffa och sedan för *samma ändamåls skull* verkligen realiserade sitt beslut. Saken står icke så. Ty i och med att en stiftad strafflag, såsom det naturliga är, framträtt som gällande rätt, uppehålls den av åklagarmakt och domarmakt på grund av trycket, som en sådan idé utövar — d. v. s. av plikt känsla eller av fruktan för reaktioner från de krafterns sida, som verka för uppehållandet av en gång gällande rätt såsom sådan. Detta mäktiga tryck kan visserligen föreställningen om en slags olämplighet mer eller mindre starkt motväga. Men därför uppehålls icke lagen omvänt på grund av de rättsuppehållande organens föreställning om dess lämplighet”.

¹ Denna framställning återfinnes i min bok “Förbudsfrågan ur rättslig synpunkt”. Jag har emellertid där talat om det enskilda straffets “uppgift att effektuera strafflagen”, ett mindre lämpligt uttryck, eftersom strafflagens giltighet innesluter detta, att den har kraft, sålunda verkställs genom straffet, och straffet icke verkställs för något socialt ändamåls skull utan blott och bart därför att lagen gäller.

Genom denna klara analys framträder särskilt skarpt, hur man våldför sig på verkligheten, när man såsom THYRÉN skiljer ut straffet *in concreto* och talar om dess uppgift i samhället. Till sist anför jag här HÄGERSTRÖMS avslutning av sin kritik av THYRÉN på denna punkt:

“Alltså: i och med att en strafflag är stiftad och än mera i och med att en stadgad laglydig rättstillämpning inträtt, är exempelfaran från brottslingarna undanröjd, så långt den överhuvud låter sig undanröja genom avskräckning¹. Och lagstiftaren stiftar icke lagen, såvitt han överhuvud har klart för sig saksammanhanget och såvitt generalprevention är syftet, för att den i varje fall inträdande exempelfaran från brottslingarna må undanröjas genom de särskilda straffen — än mindre för att det särskilda straffet må undanröja exempelfaran från den särskilda brottslingen. Utan det sker, för att *lagens inträdande i det gällande rättssystemet* må så mycket som möjligt hämma brottets fördärvbringande inflytande på andra. Därför är det oriktigt, att straffet skulle vara att rättfärdiga såsom en för andras avskräckning nödig påföljd på brottet såsom en fara, som faller bort först med straffet. Skulle sålunda det straffrätten uppehållande rättsmedvetandet på detta sätt rättfärdiga straffet, framträder åter, att det gäller ett av andra krafter förbländat rättsmedvetande — vadan dessa krafter äro de verkligt bestämmande“.

c. Om nu detta rättsmedvetandets krav på reaktion mot orätten, gottgörelse av skuld, icke kan betraktas såsom straffets rättsgrund, så frågar man: vad skulle då kunna utgöra sådan grund? Härpå svaras att straffet icke alls har någon rättsgrund i den mening, som man efterforskar, d. v. s. att brottet bestraffas ingalunda därför att det skulle utgöra en inre isolerad rättfärdighetsgrund till straffet. Det är över huvud meningslöst att uppställa denna fråga. Alldeles lika litet, som man kan tala om någon rättsgrund till att man exempelvis kläder på sig, när man stiger upp ur sin säng om morgnarna, kan man tala om någon rättsgrund till samhällets bestraffning av brott, märk väl i meningen att samhället är befogat

¹ HÄGERSTRÖM ställer sig i sitt ifrågavarande resonemang på THYRÉNS utgångspunkt, att straffet skulle prevenera genom avskräckning. Själv har emellertid H. uppfattningen att straffets sociala funktion är moralbildande; se Sv. J. T. s. 336 ff. och nedan i annat sammanhang.

att hålla sig med en straffrätt. Båda sakerna sker för att förebygga vissa fruktansvärda konsekvenser, i förra fallet den enskildes ohälsa och död, i senare fallet samhällets. Det be-lyses emellertid positivt, om jag säger, att det för juridiken är lika meningslöst att fråga efter straffets rättsgrund som efter rättsgrunden till det nuvarande samhället. Juristen har blott att räkna med samhällets existens som ett ofrånkomligt faktum. Därmed är saken också för straffets del klar, ty samhället betingas med absolut nödvändighet av en straffrätts-ordning. Det är alltså ingalunda fråga om någon rättfärdig-hetsgrund för statens rätt att straffa: utan detta i varje civili-serat samhälle existerande förhållande, att staten konsekvent bestraffar vissa handlingar är helt enkelt ett resultat av samma krafter, som frambragt detta samhälle, och en nödvändig be-tingning för dess fortvaro. Men givetvis är det icke blott så, att samhällsnyttans krav på detta allmänna sätt ligger bakom förekomsten av en strafflag, utan det är naturligtvis även detta krav, som reglerar det närmare utförandet av detaljerna i lagen, låt vara att vad samhällsnyttan kräver här i viss grad motverkas av en verklighetsfrånvänd begreppsjurispru-dens, som gör vad den kan för att skymma lagstiftarens blick med sina tomma konstruktioner, kretsande kring detta rena fantom, straffets rättsgrund, med dess korrelater rättsbud, rättsstridighet och rättsplikt. THYRÉN invänder häremot, att detta sätt att se på saken är en upprörande cynism (s. 12) och (s. 33)

“den rena cynismen: ’du hänges, på det att hästar ej må stjälas!’ Enligt samma princip borde Dreyfus sitta kvar på sin ö, såvida sam-hällsnyttan krävde, att rättskipningens misstag hölles doft“.

THYRÉN förbiser här, att vad som under givna förhållanden i straffavseende skulle kunna uppfattas såsom cyniskt naturligt-vis vore samhällsskadligt och sålunda icke dirigerat av sam-hällsnyttans krav. Med samhällsnyttan kan det aldrig vara förenligt att avsiktligt tillfoga en person ett strafflidande, som

är större än vad som oundgängligen kräves med hänsyn till det intresse för det allmänna, varav straffet föranledes. Samhällsnyttan kräver tvärtom, att ett lidande icke får rättsligen påläggas någon, såvida det varken kan visas vara nyttigt för honom själv eller behövt för sociala ändamål. Att vid bestraffningen vissa billighetshänsyn tagas till brottslingen är också såsom HÄGERSTRÖM framhåver, a. st. s. 334,

“självt blott uttryck för det allmänna intresset av, att straffen icke tilltagas högre än vad som synes oundgängligen nödigt. Ty lidandet är ju alltid som sådant ett ont och dess inskränkande i avseende å brottslingen blir alltid i ett av humanitet besjäladt samhälle ett allmänt intresse, som kommer att vägas mot andra sådana“.

Av vad som sagts torde inses, hur radikalt oförmögen att begripa saken THYRÉN måste vara, när han kan taga sig för att tillbakavisa min uppfattning såsom “den rena cynismen“. Naturligtvis är det cyniskt, om exempelvis en läkare passar på att under patientens bedövning i och för en öronoperation amputera hans ben. Men alldeles samma handling, amputerandet av benen, blir i högsta grad moraliskt erkännansvärd, om kallbrand uppkommit i benen och handlingen var absolut nödvändig för att rädda den amputerades liv. Om samhället i sitt livsintresse kräver bestraffning av de kriminaliserade handlingarne, så kan det icke rimligtvis betecknas såsom cynism att med detta krav motivera straffet. Särdeles korttänkt förefaller THYRÉNS försök att motbevisa mig med Dreyfus-exemplet. I detta avseende kan jag också hänvisa till HÄGERSTRÖM, som a. st. s. 335 framhåller, att THYRÉNS slutsats

“är väl hastig. *Det* räknas väl ändock bland de allra högsta gemensamma värdena — att man blir trygg för det svårartade lidande, som straff i allmänhet innebär, trygg därför, såvitt man icke *verkligen* överbevisas om att ha begått en handling, som det för andra världens skull är nödvändigt att belägga med straff. Hemlighållandet av rättskipningens misstag kan efter det allmänna värderingssättet knappt någonsin på samma sätt vara nödigt som utestängande av godtycke från rättskipningen. Det är *därför*, som här rättsmedvetandet reagerar så starkt. Men för övrigt:

om verkligen i ett visst fall ett samhälles bestånd som kultursamhälle såsom vid viss upprorsfara skulle anses kräva inspärrande eller nedskjutande av 'skyldiga' och 'oskyldiga' om vartannat (på grund av omöjheten att använda reguljär rättskipning), så går rättsmedvetandet med sitt hävdande av individen som självändamål helt säkert utan motstånd i selen. Det är att betvivla, att 'justitia' själv vågar ställa den devisen: vivat justitia, pereat mundus!"

I detta citat böra vi nu särskilt lägga märke till denna passus: "Det är *därför*, som här rättsmedvetandet reagerar så starkt". Betydelsen av densamma förstår man först, när man tagit del av HÄGERSTRÖMS föregående framställning. Han har nämligen påvisat, att, när man tror sig lystra till rättsmedvetandet, så är det i själva verket helt andra krafter, som man låter sig dirigeras av, nämligen samhällsnyttan eller, såsom HÄGERSTRÖM uttrycker det, det allmänna intresset att få skydd för de gemensamma värden, som gälla enligt den förhärskande värdesättningen i samhället (a. st. s. 334). Dessa krafter framtinga föreställningen om straffets nödvändighet, en föreställning som för rättsmedvetandets vidskepliga betraktelsesätt blir en föreställning om att straffet är rättvist på den grund, att brottslingen anses ha överträtt en plikt, en pliktvidrighet riktad mot samhället, som sålunda har rätt emot brottslingen till satisfaktion i form av bestraffning. Att straffet på detta sätt betraktat ingalunda kan vara rättvist har förut visats. Men att likväl föreställningen om dess rättvisa håller sig så starkt uppe i det allmänna medvetandet visar å ena sidan behovet av att betrakta straffet såsom ett riktigt förfarande från samhällets sida, å andra sidan att våra föreställningar om dess rättvisa i verkligheten regleras av det, som för samhället självt är nyttigt och nödigt, hur mycket än det allmänna medvetandet må inkläda sin föreställning om rättvisan i en skolastisk begreppsdräkt.

Dessa skenföreställningar angående straffets grund, varigenom de verkliga faktorerna undanskymmas, hava sin grund i det naturrättsliga betraktelsesättet, enligt vilket samhället

uppställes såsom ett rättssubjekt gent emot individen såsom ett annat rättssubjekt. Härom skriver nu HÄGERSTRÖM a. st. s. 334 f.:

“Att nu rättsmedvetandet av sådana intressen förslavas, det beror naturligen därav, att själva den synpunkt, från vilken det ser saken: samhället *kontra* individen såsom ett slags var för sig absoluta storheter med sina avgränsade rättssfärer icke låter sig upprätthålla gent emot det verkliga livet. *Genom* samhället lever individen. I dess mäktiga skydd allena kan han realisera sina intressen, som utan hänsyn till det samma bli tomma metafysiska rättigheter. Ja, i dess mäktiga skydd är det han utvecklar sig till en individ med intressen, som sträcka sig utöver den omedelbara tillfredsställelsen av de mest primitiva behoven. Därför blir det en fullkomligt haltlös abstraktion, då man talar om individens rätt gent emot samhället. Men omvänt blir det lika haltöst, då man talar om en samhällets rätt mot individen. Samhället är ju i dess högsta form staten ingenting annat än en för livets värden nödvändig organisation av individerna, uppbyggen av ett helt regelsystem — rättsordningen — som i sin tur utformas efter de värden, som för individerna samfällt anses äga betydelse. Om en viss klass' intressen skulle bli ensidigt tillgodosedda, så betyder detta, att andra klasser icke på samma sätt ingå i samhället självt. Det är klart, att om denna organisation icke kunde bruka de särskilda individerna såsom medel för de ändamål, varav den är uppbyggen, skulle den icke ett ögonblick kunna bestå. Kunde exempelvis de värnpliktige icke av hänsyn till individens karaktär av självändamål gent emot staten vid krigsutbrott skickas ut för att offras på dess altare, så kunde den ej heller bestå. När nu rättsmedvetandet med sina verklighetsfrånvända synpunkter skall söka rättfärdiga straffet trots dess nödvändighet för samhället med sådana naturrättsliga kategorier som skuld till skada genom viljan — reparationsskyldighet, så misslyckas det logiskt sett. Men livets tryck är dock så starkt, att det tror sig lyckas“.

Till undvikande så mycket som möjligt av missförstånd torde det vara lämpligt att något beröra frågan, varför nu rättsmedvetandet, d. v. s. det allmänna föreställningssättet, ser verkligheten så helt annorlunda än den är. I bakgrunden är det naturligtvis uråldriga religiösa och vidskepliga föreställningar, som ligga och verka. Långt ifrån att upptäcka den irrationella grunden för dessa föreställningar har rättsvetenskapen

tvärtom utgått från dem såsom sakligt befogade. På detta sätt ha falska föreställningar kommit att tjäna som vetenskapliga förutsättningar. Man får emellertid ingalunda genomgående betrakta detta såsom något ont. Sålunda får man icke bortse från betydelsen därav, att de rättsliga spörsmålen, därigenom att rättsvetenskapen anslutit sig till de gängse, låt vara falska, åskådningarna bland folken, fått en mera konkret yttre gestalt och på så sätt blivit lättfattligare. Särskilt viktig är en erinran om att dylika föreställningar, vilka under samhällets utveckling sedan årtusenden tillbaka gjort sig gällande och kanske varit nödvändiga för att hålla nere allehanda antisociala tendenser, icke skulle haft den tillräckliga kraften, om de icke behandlats såsom rättsföreställningar. Hade icke staten på detta sätt blivit förgudad såsom den blivit, är det sålunda alldeles icke säkert, att den haft makt att hävda sig såsom en ordningsprincip o. s. v. Hade icke den naturrättsliga idéen om individernas såsom sådana absoluta rätt mot varandra och mot staten funnits, så hade icke den för samhället oerhört viktiga betydelsen av hänsynen till individernas intressen kunnat göra sig gällande. Franska revolutionen erbjuder i detta senare avseende ett eklatant exempel. Det tredje ståndet utgjorde här den enda klass, som var i stånd att uppbära ett livsdugligt samhälle med hänsyn till de nya produktionsförhållandena. Det kunde emellertid göra sig gällande endast genom att stödja sig på allehanda vidskepliga i naturrätten grundade föreställningar, om att människorna i sig själva bure på vissa eviga, mystiska krafter, som gäve dem rätt att fordra frihet, jämlikhet och broderskap. Men i samma grad, som upplysningen stiger och det direkta samhällsintresset kan göra sig starkare gällande på grund av den allt större och större komplikationen i de enskildas beroende av samhället, i samma grad förlora sådana hjälpmedel sin betydelse. Och man kan väl säga, att i nutiden ha de abstrakta rättsidéerna över huvud på intet sätt samma betydelse som förr. Man be-

höver ju i detta avseende endast tänka på att den modärna socialismen, stödd på MARX, åtminstone i princip förkastar allt åberopande av naturliga rättigheter och i stället motiverar sina krav med dessas betydelse för det hela. Vad liberalismen angår, så har den ju också fått ett helt annat kynne genom insikten i den sociala nyttans och dess fordringars motstridighet mot genomförandet av de ursprungliga liberala idéerna om rätten till fri företagbarhet etc. Och att under inga omständigheter den juridiska vetenskapen om den vill behålla namnet av vetenskap bör utgå ifrån oriktiga föreställningssätt, det är väl något, som borde vara allmänt erkänt.

Kan rättsstridighetsbegreppet på något sätt försvaras?

Vi lämna nu frågan om straffrättens motivering och räkna blott med det bestående straffsystemet såsom ett *fait accompli*. I enlighet med den härskande läran uppställer nu THYRÉN kravet på att en handling skall vara rättsstridig för att kunna bestraffas. Man kan uttrycka det så, att rättsstridigheten anses utgöra en betingelse för straffbarheten, så att någon straffbarhet icke föreligger utanför rättsstridighetens gränser. Om därvid rättsstridigheten skall gälla viljan eller handlingen kan ju vara likgiltigt, eftersom man allmänt är ense om, att faktiskt viljan såsom sådan icke bestraffas, utan att härför kräves viljans omsättning i handling. Jag skall nu visa, att all grund saknas för uppställande av detta begrepp.

a. Med handlingens rättsstridighet menar man, att den är stridande mot något rättens bud (se t. ex. THYRÉN a. a. s. 16; Principerna för en strafflagsreform II, s. 125). Nu är det emellertid klart, att ett rättsbud såsom sådant icke kan gälla för annan än den, som mottagit budet och att det sålunda måste anses obefintligt gent emot en person, som saknar vetskapen om dess existens. Detta har naturligtvis THYRÉN aldrig kunnat bestrida. Ja, han uttrycker sig t. o. m. å s. 13 på ett sätt, som

synes stå i överensstämmelse med det sagda. Nu är det emellertid en erkänd sak, att en person i allmänhet straffas alldeles oberoende av, om det kan visas, att han haft kännedom om det tillämpliga straffbudet eller icke, och detta lika mycket vare sig den bristande vetskapen kan tillräknas honom såsom försummelse eller icke. (Så även THYRÉN, s. 30.) Redan av det sagda borde klart och tydligt kunna inses att — vilken glädje man än i övrigt möjligen skulle kunna ha av rättsstridighetsbegreppet — någon verklig användning av detsamma för bestämmande av straffbarhetsområdet kan aldrig komma ifråga¹. Naturligtvis kan emot mig på denna punkt icke — såsom dock i en offentlig diskussion gjorts egendomligt nog av en framstående kriminalist — invändas att stundom vissa straffbud för sin tillämpning kunna kräva den tilltalades kännedom, resp. culposa ovetskap om innehållet.

b. Också om man emellertid ställde sig på den absurda ståndpunkten, att straffbudets tillämpning förutsatte den tilltalades kunskap om budet, vore det lätt att visa upp, hur gagnlöst det vore att operera med rättsstridighetsbegreppet, när det gäller bedömande av en handlings straffbarhet. Handlingen skulle ju strida mot ett rättsligt bud för att vara straffbar. Men vad innebär detta, om icke att det motsatta handlandet är av rättsordningen fordrat. Men det är ju klart, såsom jag säger i min bok s. 13 f., att såvitt verkligen rättsordningen fordrar, så uppträder den i och med detsamma såsom en makt; såsom sådan makt kan den dock icke framträda utan att giva effekt åt sin fordran genom någon vid överträdelse knuten rättslig reaktion. Och hur skulle man över huvud taget kunna avgöra, att en fordran föreligger från rättsordningens sida, om icke någon rättslig effekt följde av dess överträdande. Det kan väl icke ur den blotta formuleringen i lagen slutas till att ett verkligt krav från rättsord-

¹ Se min Principinledning s. 11 f. och HÄGERSTRÖM a. st. s. 339.

ningens sida föreligger, om icke någon rättslig effekt följer på dess åsidosättande. Därav följer att avgörandet av frågan, om en handling är rättsstridig eller icke i och för sig är fullkomligt betydelselöst när det gäller dragandet av gränsen mellan straffbar och icke straffbar handling. För att avgöra, om en handling är rättsstridig, måste man ju redan veta, huruvida den är straffbar. Man kan icke använda den metoden, att man bestämmer en handlingens straffbarhet i visst fall genom att konstatera, att handlingen är rättsstridig med hänsyn tagen till andra rättsområden. Ty därför att en handling är belagd med en slags reaktion, behöver den naturligtvis icke vara belagd med en annan.

Men f. ö. vilket annat rättsområde skulle kunna komma ifråga? Såvitt jag kan se, så gott som uteslutande skadeståndsrätten! D. v. s. man skulle genom rättsstridighetsbegreppets uppställande blott vinna en straffbarheten begränsande norm av innehåll, att straffbarheten förutsatte, att handlingen medförde skadeståndsförpliktelse. Häremot är emellertid följande att säga. 1. När det gäller rättsverkningar av en handling, vars straffbarhet är ifråga, ställer det sig faktiskt så, att man först konstaterar straffbarhet eller icke och därefter bedömer skadeståndsfrågan. Visserligen är det icke alltid så, att bristande straffbarhet också leder till frihet från förpliktelsen att gälda skadestånd. Men detta sammanhänger ju därmed, att för straffbarhet vanligen förutsättes *dolus*, under det att det för skadeståndsskyldighet är tillräckligt med *culpa*. Med sitt rättsstridighetsbegrepp avser man emellertid handlingen rent objektivt betraktad, d. v. s. med bortseende från *dolus* och *culpa*. Och man torde få mycket svårt att — om man går utanför kontraktsbrotten — finna en sålunda ur objektiv synpunkt betraktad handling, vilken skulle fylla det objektiva rekvisitet för en skadeståndsförpliktande handling men icke för en straffbar sådan. Och kan man finna en dylik handling, så måste detta bero på en lucka i strafflagen.

Ty det torde väl icke kunna bestridas, att vad som, culpost utfört, drager skadeståndsförpliktelse med sig, det bör åtminstone enligt all sund rättsuppfattning betraktas såsom ett brott, om det utföres i *dolus*, uppsåtet att skada. 2. Även om så vore, att straffbarhet begränsades av skadeståndsskyldighet, måste det givetvis vara enklare och rimligare — än att indraga detta rättsstridighetsbegrepp, vars gränser icke kan bestämmas annorlunda än genom de reaktiva rättsföljderna — att blott se saken så, att, när samhället icke ens vill belägga en handling med skadestånd, den mildare reaktionen, så vill den ännu mindre reagera mot handlingen med straff, som naturligtvis, principiellt sett, måste uppfattas som en svårare reaktion. Men detta sakförhållande kan ju inte ha någonting att skaffa med frågan om handlingens stridighet mot rättsbud såsom betingning för dess straffbarhet. 3. Till sist bör man inte heller förglömma, att ostridigt en mängd handlingar kunna medföra straffbarhet, utan att det alls kan bli tal om någon skadeståndsreaktion (eller ö. h. t. någon annan rättslig reaktion). Jag erinrar i detta avseende om brotten mot sedligheten och religionen, vissa majestäts- och förräderibrott, försöksbrotten, inbrottet, resande av livsfarligt vapen o. s. v.

Av vad som nu sagts måste framgå, att rättsstridighet, försåvitt angår frågan om en handlingens straffbarhet, icke kan innebära något annat än att den är belagd med straffreaktion, sålunda straffbar. Det är sålunda ofrånkomligt, att både THYRÉN och hans meningsfränder röra sig i en *cirkulus vitiosus*, när de såsom förutsättning för en handlingens straffbarhet uppställa kravet, att den måste vara rättsstridig: handlingens straffbarhet förutsätter dess — straffbarhet!

Talet om brottet såsom ett mot rättsordningen riktat angrepp har föranlett den gängse uppfattningen, att brottet alltid vore ett mot samhället riktat angrepp (jfr THYRÉN exempelvis a. a. s. 9). Naturligtvis kan exempelvis ett bedrägeribrott såsom sådant, d. v. s. handlingen såsom sådan, oberoende av

dess kriminalisering, utföras under sådana omständigheter, att det ej kan vara tal om att samhället tillfogas någon som helst skada. Om nu en person utför ett sådant bedrägeribrott utan att vare sig veta eller böra veta, att hans handling vore straffbar, så behöver han ju ej alls ha haft någon slags tanke på att skada samhället. Men därmed förfaller ju alldeles möjligheten att anlägga detta betraktelsesätt: angrepp mot samhället. Ty det är ju, efter vad THYRÉN lär, blott såsom uttryck för en samhällsfarlig vilja, som ett dylikt angrepp får karaktären av brott. Denna oriktiga uppfattning, att brottet till sitt väsen vore ett mot samhället riktat angrepp, har naturligtvis uppkommit därigenom, att handlingens rättsstridighet (stridighet mot rättsordningen) uppställts såsom förutsättning för dess straffbarhet: då brottet är stridande emot rättsordningen och denna ju är en samhällets ordning, så angriper brottet samhället självt. — Min ifrågavarande tankegång har jag i annat sammanhang och därför i andra ordalag utvecklat å s. 34 n. 1 i min "Principinl." Jag har därvid inskjutit följande ord:

"Omedvetet framträder hos den härskande läran dess oriktighet på denna punkt däri, att man ju bland brotten nödgas utgallra allmänfarliga sådana. Uppställandet av en dylik kategori måste ju förutsätta, att mängden av brott *in casu* icke äro allmänfarliga, vilket är detsamma som att de icke äro — samhällsfarliga".

Utän att alls beröra min argumentering på denna punkt avtrycker nu THYRÉN (s. 9 n. 1) endast dessa ord jämte inledningen till det, varmed jag förklarar anledningen till den THYRÉNSKA begreppsförvirringen. På detta sätt låter han inför en lättrogen allmänhet påskina, att jag icke hade något sakligt att komma med utan blott ville rida på ord. Genom att i detta stympade skick återgiva vad jag sagt torde det också ha lyckats THYRÉN att för okritiska läsare dölja det meningslösa i hans eget tillvägagångssätt att söka gendriva mig med ett resonnemang, som uttryckligen bygger just på det,

som jag visat vara kardinalfelet i hela straffrättsskolastiken, nämligen att brotten "angripa rättsordningen"¹. — Jag påvisade nyss, hur man rörde sig i en fullkomlig cirkel, när man trodde sig genom rättsstridighetskravet kunna bidra till bestämmande av straffbarheten. Denna sak kan också uttryckas så, att man låter rättsfaktum förutsätta rättsföljden. Det är ju enligt det föregående blott genom rättsföljden (den rättsliga reaktionen), som en handling kan betecknas som rättsstridig. Vad den straffrättsligt betydelsefulla rättsstridigheten angår, kan det, också enligt det föregående, blott vara genom sin kriminalisering, som en handling kan betraktas som rättsstridig. Men då säger ju satsen, att rättsstridigheten utgör förutsättning för straffbarhet, ingenting annat än att straffbarheten utgör förutsättning för straffbarhet. Just detta att man låter rättsfaktumets innehåll bestämmas av dess rättsföljd framträder särskilt tydligt i betraktelsen av brottet såsom till sitt väsen varande ett angrepp mot samhället. Dit kommer man ju genom att anse brottet "angripa rättsordningen". Men därmed är ju rättsföljden, att brottet faller under strafflagen, förutsatt — när man tror sig förutsättningslöst bedöma brottets väsen!!

c. En alldeles särskild betydelse inom den straffrättsliga dogmatiken tillmåter man sitt rättsstridighetsbegrepp, när det gäller att komma till rätta med de s. k. intressekollisioner, varigenom en handling icke blir straffbar, fastän den bokstavligen faller inom ramen för ett straffbud. Man förklarar nu denna straffrihet genom att för straffbarhet kräva icke blott lagstridighet utan även rättsstridighet. Straffriheten beror då — t. ex. vid dödande i nödvärn eller vid straffri ärekränkning — på att handlingen icke varit rättsstridig. I själva verket kan detta såsom ju framgår av det redan sagda icke utgöra den allra minsta förklaring till straffriheten. Rättsstri-

¹ Han bygger nämligen a. st. uttryckligen på att varje brott "angriper rättsordningen och genom rubbande av dess auktoritet skapar en fara för samhället".

dighet kan ju icke betyda något annat än straffbarhet och blir därför vid sidan av detta begrepp blott ett intetsägande ord. Icke heller kan det visas ett enda fall, i vilket man i själva verket med hjälp av rättsstridighetsbegreppet löst frågan om straffbarhet eller straffrihet, utan regelbundet är det med hjälp av reella synpunkter, som man sökt lotsa sig fram, och alltefter det vunna resultatet — straffrihet eller straffbarhet — sätter man sedan etiketten: icke rättsstridig, resp. rättsstridig. Jag har utfört denna sak på 5 sidor i min bok. Att jag gjort detta har sin grund däri, *att* rättsstridighetsbegreppet just i detta sammanhang spelar en dominerande roll inom straffrättsdogmatiken, *att* — ehuru den kritik, som jag förut i mitt arbete riktat mot rättsstridighetsbegreppets användning, visserligen måste göra det oanvändbart också här — den muntliga diskussionen före utkomsten av min bok gjorde det klart för mig, att detta likväl icke skulle ha insetts av skolastikens män och *att* jag därför, om jag ej påvisade det meningslösa i rättsstridighetsbegreppets användning såsom pendang till begreppet lagstridighet, med all sannolikhet kunde vänta mig, att man gjorde ett stort nummer av en invändning om att man i alla fall icke i nu ifrågavarande sammanhang skulle kunna undvara rättsstridighetsbegreppet. På min framställning i ämnet har nu THYRÉN riktat ett hejdundrande goddag-yxskafsvär. För att ovederhäftigheten i hans polemik skall framgå fullt tydligt, är det nödvändigt, att jag först *in extenso* meddelar min utredning på denna punkt, s. 69—73:

“Förut har jag visat, att en handlings rättsstridighet icke kan betyda något annat, än att den har en viss menlig rättspåföljd, vilken utgöres av straff, försåvitt fråga är om straffrätt. Då rättsstridighet sålunda blott och bart är en omskrivning för straffbarhet, innebär det förra allenast ett fullkomligt intetsägande ord, vid sidan av begreppet straffbarhet. Den förtjänst man plägar tillskriva den nordiska rättsdoktrinen (representerad av GOOS, GETZ, TORP och THYRÉN) att med särskild konsekvens ha hävdad nödvändigheten att för straffbarhet vid sidan av handlingens 'strafflagstridighet' såsom en därifrån skild förutsättning upp-

ställa handlingens rättsstridighet är sålunda, för att använda ett mildt uttryck, av mycket tvelaktigt värde. Det är naturligtvis icke annat än rent skolastiskt nonsens att exempelvis påstå, att skarprättaren, när han exekverar straffet, handlar i strid mot strafflagens bud mot mord, men likväl icke skall straffas, enär han icke handlat rättsstridigt. Är det icke förunderligt, att samhället som nu har intresse av den där brottslingens avrättning och därför gjort upp med bödeln, att han skall verkställa densamma, är det icke förunderligt, synes man mena, att icke samhället nu hotar bödeln med dödsstraff, om han på avtalat sätt tillgodoser dess intresse? Ett så enastående underligt fenomen måste naturligtvis ha en enastående skarpsinnig förklaring, och efter oändliga diskussioner lyckas det slutligen den nordiska rättsdoktrinen att giva denna förklaring genom att uppställa ett särskilt brottsrekvisit, handlingens rättsstridighet. Jag ser emellertid saken på rakt motsatt sätt. Mig vore det i högsta grad förunderligt, om samhället skulle vilja straffa bödeln, enär han utfört sitt åliggande. Har man sitt förnuft i behåll, så inser man, att rätta sättet att befrämja en handling icke är att belägga den med straff. Då sålunda bödelns bestraffning skulle kunna erhålla sin förklaring endast och allenast under det givetvis obefogade antagandet, att samhället styrdes av i patologisk mening idiotiska krafter, behöver hans straffrihet naturligtvis ingen särskild förklaring. Den följer helt enkelt därav, att förnuftiga människor icke kunna ha stiftat en lag, som kriminaliserade hans handling. M. a. o. denna kan enligt sakens natur icke vara 'lagstridig'; alltså — vilket är detsamma — icke heller straffbar; och alltså — vilket åter igen är detsamma — icke heller rättsstridig. Och på fullt jämförligt sätt förhåller det sig i alla de fall, där rättsskolastiken förklarar en 'handlings straffbarhet falla bort på grund av bristande rättsstridighet'. Det enkla och klara förhållandet är, att samhället naturligtvis icke förfar så vettvilligt, att det med straff belägger handlingar, som det antingen direkt önskar se utförda eller i varje fall icke vill av hänsyn till samhällsnyttans krav förhindra. En mera öppen och lättfattlig förklaring kan givetvis icke erhållas; en ytterligare 'utredning' på denna punkt är alldeles meningslös. Men varför inses detta icke av rättsvetenskapen? Varför ser sig exempelvis den nordiska rättsdoktrinen nödsakad att undanskymma klarheten i detta obestridliga förhållande genom att inkläda sina tankar i denna skolastiska begreppsdräkt, läran om rättsstridigheten? På dessa frågor kan jag ej finna något annat svar, än att straffrättsdoktrinen, såsom något självklart utgår från, att i strafflagen, sådan den är bokstavligen skriven, fixeras rättsplikter eller

befallningar. Man frågar sig sålunda, när spørgsmålet om en handlingstraffbarhet skall bedömas, om densamma faller inom lagformuleringens döda bokstäver eller icke. Emellertid går det nu icke att bortresonnera, att åsidosättandet av dessa 'rättsplikter' eller överträdandet av dessa 'befallningar' — trots förhandenvaro av tillräknelighet — icke alltid kan få anses straffbart. Med insikten härom — vilken naturligtvis beror därpå, att också den mest förbenade skolastik i realiteten icke verkningsfullt kan undertrycka ett sådant samhällsnyttans intresse, varom här är fråga — står man inför det synnerligen kitsliga problemet, hur det kan vara möjligt, att en handling, som är fixerad i strafflagen såsom straffbar och sålunda 'strafflagstridig', likväl icke alltid är straffbar. Detta till synes orimliga problem erhåller emellertid sin lösning därigenom, att man såsom förutsättning för straffbarhet vid sidan av det, som framgår av handlingens 'lagstridighet', uppställer ett särskilt rättsstridighetsrekvisit. Det är sålunda att märka, att det är samhällsnyttans egna intressen, som framdrivit detta skolastiska begrepp, men i detta sammanhang ännu viktigare att märka, att det har nödvändiggjorts genom skolastiken i själva utgångspunkten, enligt vilken 'strafflagstridighet' kan föreligga utan handlingens straffbarhet.

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

Emot riktigheten i att sålunda utan alla slags konstruktioner låta ett straffbuds verkliga innehåll trots dess ordalydelse begränsas, så att det ej får skjuta utöver vad som täckes av syftet med hänsyn till samhällsnyttan av dess kriminalisering kan naturligtvis ingenting invändas, för såvitt man icke ger sig till att bestrida, att strafflagen verkligen tillkommit med samhällsnyttan såsom åtminstone ett syfte och att detta syfte bör läggas till grund för lagtolkningen i stället för de med hänsyn till sin realiserbarhet rent chimäriska syften, som lagstiftaren på grund av en från verkligheten bortvänd skolastisk jurisprudens möjligen kan ha haft. Det förhåller sig nämligen på följande sätt. Av skäl, som i det

föregående framhävts, är det absolut nödvändigt, att samhället kriminaliserar en mängd positiva och negativa handlingar, vilkas absoluta otillåtlighet av hänsyn till samhällsnyttan måste inpräglas i det allmänna föreställningssättet. Idealiskt hade ju varit, om därvid dessa handlingar på ett exakt sätt hade kunnat fixeras. Av lätt begripliga skäl ligger emellertid detta ideal på det hela taget mycket långt utanför möjligheternas gränser. Hur fullständigt man än söker formulera ett brottsrekvisit, skola alltid sådana situationer kunna tänkas uppkomma, att det icke är förenligt med samhällsnyttan att prevenera mot handlingen i dessa situationer genom dess kriminalisering. Beträffande vissa handlingar (exempelvis stöld) har man enligt sakens natur kunnat komma brottsrekvisitets exakta formulering vida närmare än beträffande andra (exempelvis ärekränkning). En lagstiftare kan också på grund av erfarenhetskänedom, förutseende blick och formuleringsskicklighet uppnå bättre resultat i förevarande avseende än en annan, men idealet har aldrig någon nått, och det torde heller aldrig kunna nås.

Den osäkerhet, som enligt det sagda i högre eller lägre grad måste vidlåda straffrättskipningen, kan givetvis icke tagas till intäkt emot detta bestämda förkastande av det s. k. rättsstridighetsrekvisitet, av det enkla skälet, att man genom dettas uppställande icke på något sätt kan bana vägen för en minskning i osäkerheten ifråga. Ty, märk väl, uppställandet av rättsstridighetsbegreppet är i själva verket blott ett försök att på basen av den här kritiserade straffrättsståndpunkten finna ett uttryckssätt för de fall, då en handling icke är straffbar, trots det att det formellt lagliga brottsrekvisitet är förhanden. Denna företeelse måste man nu förklara så, att i dylika fall icke någon verklig rättspliktsöverträdelse i straffrättslig mening ägt rum, sålunda ingen rättsstridighet skett, fastän detta å andra sidan tycks framgå av det formulerade straffbudet. Vad det emellertid i verkligheten gäller är blott att finna principer, som man kan använda vid bedömande av den frågan, om straff i ett visst fall, å vilket straffbudet rent formellt sett är tillämpligt, står i överensstämmelse med samhällets syfte med lagen ifråga eller icke. Härvid bör naturligtvis — såvida man över huvud taget håller fast vid realiserbara syften — ingen annan princip kunna komma ifråga än den, som hämtar sitt innehåll från samhällsnyttan. Saken är ju i själva verket så synnerligen enkel: fastän de i en strafflag av samhället åsyftade handlingarne icke på långt när kunna fullständigt beskrivas, har samhället icke något annat val än att hålla sig med en på detta sätt ofullkomlig strafflag, vilken naturligtvis därför icke kan gälla alla dessa av straffbudens formu-

leringar täckta handlingar utan i görligaste mån får begränsas till de i lagen åsyftade handlingarne. Läger man så härtill, att dessa uppenbarligen äro de inom ett straffbuds formulering fallande handlingar, vilka det vid tidpunkten för bedömandet ligger i samhällets intresse att förhindra, och vilka sålunda icke äro vare sig direkt samhällsnyttiga eller i allt fall ur samhällsnyttans synpunkt oskadliga, står man inför den lättfattliga och klara verkligheten, som man gjort allt vad man kunnat för att undanskymma med sina teoretiska spetsfundigheter“.

THYRÉN inleder nu, s. 41, sin antikritik med att förklara, att jag här närmast vill sätta i gång en ordtvist. Hur därmed förhåller sig torde för den, som möjligen i likhet med THYRÉN missförstått hela framställningen, bli klart i det följande. Till en början nöjer jag mig med att citera HÄGERSTRÖM, som a. st. s. 341 n. 1 gentemot THYRÉNS ifrågavarande försök att blanda bort korten säger: “Denna sista fråga (frågan om den straffbara handlingen är rättsstridig i den mening som ordet fattas) är naturligen icke blott terminologisk utan berör straffrättsvetenskapens grundförutsättningar och leder över till principspörsmål rörande rättens natur i det hela“.

Belysande för den omsorg och ansvarskänsla varmed THYRÉN handlat är vidare hans påstående, att jag “dekreterar, att rättsstridig, då det gäller straffrätt, skall betyda detsamma som straffbar“, till bevis för vilket påstående han citerar den andra punkten i min ovan avtryckta framställning: “Då rättsstridighet sålunda blott och bart etc.“ Härtill är nu att märka, att jag ju förut i två skilda sammanhang (s. 10—15; s. 51—57) med stöd av HÄGERSTRÖMS forskningar mycket ingående sökt utreda, att begreppet rättsstridighet aldrig kan ha någon annan betydelse än denna, att handlingen är belagd med rättslig reaktion — såvitt rör straffrätten sålunda är straffbar — och att begreppets användning därför är fullkomligt meningslöst. Men inte nog härmed, utan omedelbart före den punkt, som THYRÉN citerat, har jag, som synes här ovan, uttryckligen hänvisat till vad jag om saken förut yttrat. Härom låtsas emellertid ingenting, utan för THYRÉN blir det hela endast

att jag "dekreterar", att rättsstridighet är lika med straffbar, en sak, som THYRÉN till yttermera visso ytterligare understryker å s. 42 och s. 43. Visserligen kan THYRÉN härvid icke läggas bristande konsekvens till last, utan hans ifrågavarande handlingssätt står i bästa överensstämmelse med den genomgående tendensen i hela hans stridsskrift att icke på någon enda punkt göra ens en ansats till att sakligt bemöta mina utredningar om oanvändbarheten av begreppen rättsstridighet, förbudsnorm och rättsplikt. Dessa utredningar bilda det väsentliga i min straffrättskritik. THYRÉN riktar nu mot denna en polemik av den underbara beskaffenhet, att utredningarna i fråga i själva verket icke alls beröras. Sådana polemiska konststycken kunna blott åstadkommas genom anlitande av metoder, vilkas karaktäriserande jag överlämnar åt läsaren. I föreliggande fall består metoden däri, att motståndarens framställning, den må innefatta en hur klar och utförlig bevisföring som helst, återgives såsom om den hade karaktären av godtyckliga påståenden. Jag beder läsaren för ett ögonblick söka sätta sig in uti de känslor, varav en anständig människa måste besjålas inför en polemik av THYRÉNS nu ifrågavarande art.

Härefter skall jag nu punkt för punkt visa upp karaktären i fortsättningen av THYRÉNS anmärkningar mot mina här ovan avtryckta ord. Det heter först, att

"varje förf. må använda orden i den mening, han behagar, och får taga risken att missförstås, om han använder dem på ovanligt, oklart eller etymologiskt oriktigt sätt. Emellertid vore det nog ett rätt besynnerligt språkbruk att, jämlikt förf:s dekret säga, att en rättsstridig handling förlorade sin rättsstridighet, i och med det att den, exempelvis genom preskription, förlorade sin straffbarhet, eller (i svensk straffrätt) att viss utomlands begången handling bleve rättsstridig först i det ögonblick, Konungen eventuellt förordnade om åtal. Förf:s absoluta likställande av rättsstridig (för vad angår straffrätt) med straffbar är därför under inga förhållanden att rekommendera som terminologi. Snarare kunde ju sättas i fråga att fatta ordet rättsstridig så, att det inneslöte hela brottsbegreppet, således brottets både objektiva och subjektiva sida (då således "rättsstridig" icke skulle få användas om ett dråp, begånget

av sinnessjuk m. m.). Även detta vore emellertid en oklok terminologi, ty för nämnda fall har man just orden *brott*, *brottslig*, vilka det är onödigt att dubblera med ordet rättsstridig; å andra sidan kräver (varom förf. icke har någon aning; jfr. ned.) straffrättsvetenskapen absolut en särskild beteckning för handling, som *objektivt* (om ock icke subjektivt), fyller brottsbegreppet. På goda grunder har man därför sedan länge vant sig vid det språkbruk att under ordet rättsstridig (rechtswidrig etc.), såvitt det rör straffrätt, förstå just detta: en handling, som uppfyller vad som *objektivt* fordras för ett brott, vare sig den icke fyller eller den fyller den subjektiva fordran; alltså t. ex. ett vådadråp, dråp begånget av sinnessjuk etc. lika väl som ett dråp begånget av tillräknelig person. Efter detta vanliga språkbruk kan man sålunda skilja mellan följande typer: 1) en handling innebär angrepp på ett samhällsintresse men är dock icke rättsstridig utan *rättsenlig* (i det angreppet uppväges av ett kolliderande intresse, t. ex. dödande i nödvärn); 2) en handling är *rättsstridig* (∴ angreppet uppväges icke av ett kolliderande intresse) men dock icke brottslig (t. ex. vådadråp, dråp av sinnessjuk); 3) en handling är *brottslig* (och därmed naturligen rättsstridig) men icke straffbar (t. ex. ett preskriberat brott); 4) en handling är *straffbar* (och därmed naturligen brottslig)⁶.

Detta är ren sofistisk från början till slut, såvida icke THYRÉN vill ha sagt, att han själv i sina skrifter icke får uppfattas efter vad han säger, enär detta blott vore en sammanställning av tomma ord, som än kunde ha den ena och än den andra betydelsen. Jag hade emellertid förutsatt, att THYRÉN icke begagnade rättsstridigheten såsom ett tomt ord, som man kunde använda efter behag, utan att han liksom HAGSTRÖMER och andra med detta begrepp ville utmärka, såsom han också själv ofta uttryckt det, en handlings stridighet mot rättsordningen. Det är med denna utgångspunkt, som jag först visat, att rättsstridighetsbegreppet helt enkelt är orimligt (s. 10 ff. 151 ff.). Att man icke kan ha någon glädje av ett orimligt begrepp vare sig inom straffrätten eller någon annan disciplin är ju klart. Vill man inlägga en förnuftig mening i det blir det liktydigt med straffbarhet och sålunda meningslöst att använda vid sidan av detta ord. Jag

har nu i de ovan avtryckta sidorna försökt visa, att när sålunda rättsstridighetsbegreppet måste avvisas, så förlorar i verkligheten icke ens straffrättskolastiken i sina deduceringar något härigenom, enär den just, trots sin falska tro att begreppet hade en självständig reell betydelse, i själva verket just använder detsamma blott såsom ett fullkomligt tomt och betydelselöst ord, en etikett som man sätter på en handling, först sedan man kommit till en viss uppfattning angående dess rättsliga betydelse. Hela THYRÉNS nu citerade framställning är ju genomgående blott ett rikhaltigt bevis för att jag här träffat just pricken. Han avslöjar ju själv hela rättsstridighetsläran som en terminologisk fråga. Handlingens stridighet mot förbudsnormen spelar för honom nu icke den allra minsta roll. Hux flux har det nu helt enkelt blivit fråga om ett språkbruk, som varje författare kan få använda efter behag. Summan av kardemumman är följande. För det första bör en handling, som med hänsyn till sin karaktär borde vara straffbar, men som på grund av vissa alldeles utanför handlingens subjektiva och objektiva sida liggande rent formella moment blir straffri — en sådan handling bör kallas för rättsstridig, fastän den icke är straffbar. Vidare bör en handling, sedan man klarat ut, att den objektivt sett — alltså oberoende av om *dolus* (resp. *culpa*) funnits eller om den handlande varit tillräknelig — fyller brottsrekvisitet, kallas för rättsstridig, ty "straffrättsvetenskapen kräver absolut en särskild beteckning för" sådan handling. Detta är allt, som innehålles i de citerade orden. Men därmed måste väl också indirekt vara erkänt, att jag har rätt i min här ovan avtryckta framställning, när jag påvisar, att rättsstridighetsbegreppet icke kan spela den allra minsta roll och faktiskt, d. v. s. i sakligt hänseende, icke heller på allra minsta sätt utnyttjas inom den härskande läran. Har man väl medgivit, att "rättsstridighet" blott användes på grund av straffrättsvetenskapens behov av beteckningar, så kan man väl icke komma ifrån

att rättsstridigheten såsom begrepp saklöst skulle kunna slopas. Vad angår dess bibehållande såsom ett benämning ord är ju likaledes klart, att det saklöst bör kunna utbytas mot något annat. Ett sådant utbyte måste t. o. m. — inom det värde, som nu en blott terminologisk fråga kan ha — vara önskvärt, alldenstund, efter vad det föregående giver vid handen, "rättsstridighet" saknar rim och reson i annan mening än straffbarhet. T. o. m. "abrakadabra" vore icke en orimligare benämning, för att nu icke tala om ordet "rättsenlig" för de icke straffbara fallen, varigenom då kunde utmärkas, att rättsordningen icke reagerade mot handlingen, fastän denna till det yttre bure den straffbara handlingens prägel. — Men vad skall man f. ö. säga om en person, som, när man med klara och bindande skäl utrett, att en av hörnstenarna i hans pråliga lärobyggnad utgöres av ett tomt och meningslöst ord, försvarar sig med att det är väl ingenting att föra väsen om, eftersom det ju i själva verket blott är fråga om ett ord!! — Ehuru det ur saklig synpunkt meningslösa i hela detta THYRÉNS ordsvall klart och tydligt torde framgå av vad jag redan sagt, kan jag likväl icke underlåta att påtala det försåtliga i hans exempel på straffbarhetens bortfallande genom preskription eller dess beroende av konungens förordnande om åtal. Exempelen äro naturligtvis avsedda för den breda publiken. Denna måste ju inse orimligheten i att icke vilja medgiva, att handlingarne här vore rättsstridiga, fastän de icke vore straffbara. Där finge man se, med vilka orimliga idéer jag kommer! Men denna publik bör upplysas om, att när jag utdömde rättsstridighetsbegreppet, så var det icke för att utdöma ett moraliskt klanderord utan för att undanrödja en fundamental begreppsförvirring. Just därför att det för mig icke alls gäller att finna blott ett ord att beteckna eller karaktärisera en handling med, träffas jag ju i sak icke alls av denna THYRÉNS manöver. För mig gäller det ju att avgöra, om rättsstridigheten såsom verkligen varande något nämligen såsom

innebärande en handlings stridighet mot rättsnorm, måste förefinnas för att det allmänna brottsrekvisitet skall vara fyllt. Vad jag i detta avseende framlägger bemötes av THYRÉN med att det icke passar för fall av preskription eller för fall av utomlands begången handling, vars åtalsmässighet berodde på konungens förordnande. Vad skulle THYRÉN säga, om hans framställning av det allmänna brottsrekvisitet betraktades såsom oriktig, därför att brottet kunde preskriberas eller amnesti utfärdas! Det är emellertid mycket värre än så med THYRÉNS försåtlighet, ty min ståndpunkt angående rättsstridigheten kan ju icke av någon vettig människa jävas ens för sådana exceptionella fall: jag anser ju, att rättsstridighetsbegreppet lika litet är tillämpligt på den straffbara handlingen, och det är minst sagt ett grovt och oförsvarligt missförstånd, som THYRÉN gjort sig skyldig till, när han låter mig "dekrettera", "att en rättsstridig handling förlorade sin rättsstridighet" om exempelvis åtalet preskriberades. Jag bekämpar ju rättsstridighetsbegreppet över hela linjen.

Emellertid fortsätter nu THYRÉN på följande sätt, s. 43:

"Om nu förf. finner det orimligt, att en handling, som är så beskaffad, att lagen stadgar straff, därest den sker uppsåtligen, säges strida mot rätten, även då den sker ouppsåtligen, så må detta vara hans ensak; för min del finner jag det icke orimligt. Men värre är, att han således föreställer sig, att den objektivt rättsstridiga handlingen skulle sakna rättsverkan. Hade förf. känt straffrättens elementer, skulle väl någon *casus* ha fallit honom in, som kunde gjort honom betänksam. Exempelvis borde han tänkt på det fall, att någon angripes av en sinnessjuk och fråga uppstår om nödvärnshandling. Den sinnessjukes handling kan absolut icke betraktas = en rättsenlig handling. Ej sällan behandlas den i nödvärnsavseende, både i teori och i lag, rentav lika med en brottslig handling; och i annat fall måste dock en annan reaktion däremot medgivas än emot den rättsenliga handlingen. Enligt vanlig terminologi säger man nu, såsom ovan utfört, att ifrågavarande handling, ehuru icke brottslig, dock är rättsstridig och såsom sådan framkallar vissa verkningar till skillnad från en rättsenlig handling".

Såsom synes vill THYRÉN här giva sin framställning sken

av en saklig anmärkning mot min kritik. Sista punkten visar emellertid att THYRÉN måste inse, att också här kan hela rättsstridighetsbegreppet endast ha terminologisk betydelse: det är enligt vanlig terminologi, som handlingen ifråga säges vara rättsstridig. Och det är ju också uppenbart att det här icke alls är fråga om någon verklig användning av betraktelsesättet: handlingens stridighet mot rättsordningen. När THYRÉN för att — i strid med sig själv — söka visa den sakliga betydelsen av sitt resonnemang, argumenterar med att den sinnessjukes handling absolut icke kunde betraktas = rättsenlig, så säger detta i själva verket inte ett dugg. Det vilar på en ren *petitio principii*. Ty kan man inte använda rättsstridighetsbegreppet, så kan man naturligtvis av alldeles motsvarande skäl icke heller ha någon användning för begreppet rättsenlighet. I detta begrepp kan ej rimligtvis inläggas något annat, än att handlingen icke är straffbar och blir sålunda fullkomligt onyttjbart: dess användning förutsätter ju att man redan klarat ut straffbarhetsprincipen. — Men vad är meningen med att emot min framställning kasta fram ett sådant fall som nödvärnsrätten, framkallad av den sinnessjukes handling. I all rimlighets namn, varför behöver denna handling karaktäriseras såsom rättsstridig, för att motivera nödvärnsrätten? Saken ligger väl rätt och slätt så, att sinnessjukdomen blott spelar den roll, att den sinnessjuka icke faller under strafflagen. Däremot blir hans angrepp mot annan av sådan art, att denne äger nödvärnsrätt mot detsamma lika väl som mot ett angrepp av en tillräknelig. Ty en sak är, att bestraffning av en sinnessjuk är ur samhällsnyttans synpunkt fullständigt meningslös; en annan sak är, att samhället har intresse av att freda sina medlemmar mot faran från sinnessjuka personer lika väl som, ja mycket mera än från tillräkneliga. Detta intresse tillgodoses bl. a. genom den enskildes nödvärnsrätt mot den sinnessjuka. Vad i all rimlighets namn spelar det härvid för roll, att den sinnessjukes handling säges strida

emot rättsordningen? Icke bidrager väl detta på allra minsta sätt till förklaring av den enskildes nödvärnsrätt mot sådana handlingar. Denna motiveras naturligtvis uteslutande av samhällets intresse av att dess medlemmar skola få själva skydda sig mot dessa farliga individer, i den mån skyddet icke utövas direkt genom statens försorg. Staten är ju på ett alldeles särskilt sätt inställd på att värna sina medlemmar från faran av sinnessjukas angrepp. Därmed sammanhänger att också den enskilda nödvärnsrätten mot dem, såsom nyss antyddes, måste vara given under vida enklare yttre förutsättningar än mot tillräkneliga. Om skolastikens män vilja kalla den sinnessjukes ifrågavarande handlingar för rättsstridiga, så må de ju roa sig därmed. Men varje vettig människa skall småningom inse, att denna rättsstridighetsformel icke har det minsta grund att skaffa med grunden till nödvärnsrätten mot den sinnessjuke, utan att denna uteslutande har sin *raison d'être* i förnuftiga synpunkter, nämligen i det allmännas intresse av att medlemmarna i samhället själva få skydda sig mot dessa farliga individer, så länge de icke omhändertagits av därför inrättade offentliga eller enskilda anstalter.

THYRÉN fortsätter sin polemik sålunda:

”Då nu förf. utmönstrar *ordet* rättsstridig, vilket enligt honom ingenting annat betyder och ingenting annat får betyda, än straffbar, hur uttrycker han för sin del *saken*: att för straffbarhet bl. a. fordras, att inga kolliderande intressen göra angreppet på samhällsintresset rättsenligt? Han finner, så vitt man kan se, den saken så självklar, att den rakt icke behöver och icke får omtalas. Och självklar är den visserligen i det exempel, som förf. tager som utgångspunkt för sina reflexioner: skarprättaren berövar uppsåtligen en människa livet och straffas dock icke (s. 69). Som vanligt betyder förf. denna självklarhet — alldeles som om någon hade bestritt den — med tio gånger fler och hundra gånger starkare ord än som för ändamålet hade behövts: 'har man sitt förnuft i behåll, så inser man' . . . 'förnuftiga människor kunna icke ha stiftat en lag som . . .' 'då sålunda bödelns *bestraffning* skulle kunna erhålla sin förklaring endast och allenast under det givetvis obefogade antagandet, att samhället styrdes av i patologisk mening idiotiska

krafter, behöver hans *straffrihet* naturligtvis ingen särskild förklaring' o. s. v. (s. 70). — Men med någon insikt i ämnet hade förf. icke haft svårt att finna exempel, som icke äro fullt lika självklara. Förf. kan ju ändra sitt eget exempel därhän, att det icke gäller en skarprättare i bokstavlig mening utan en förf. *A*, som blivit angripen av en alldeles undermålig kritiker *X*, vilken *A* ämnar nedgöra i en antikritik. Emellertid får *A* av *X*:s läkare den upplysning, att *X*:s sinnestillstånd är sådant, att, om han behandlas efter förtjänst, han med säkerhet kan antagas bli sinnessjuk, kanske ljuta döden. Likväl utger *A* sin kritik och effekten inträder. Eller kan förf. tänka på avgränsningen mellan det i krig tillåtna och det otillåtna dödandet. Eller på förtalsbrottet, vilket icke skulle kunna på användbart sätt framställas i doktrinen utan ett ingående systematiserande och avvägande av de mångahanda intressen — politiska, judiciella, journalistiska, ekonomiska, vetenskapliga, litterära, konstnärliga o. s. v. — som kunna inverka så, att de göra angreppet rättsenligt, och vilkas frånvaro sålunda betyder, att handlingen blir rättsstridig. [Exempelvis FOLKARDS bekanta arbete kan rekommenderas förf., därest han, mot förmodan, skulle "taga hänsyn till den straffrättsliga litteraturen", innan han nästa gång nedriver "den härskande straffrättsvetenskapen".] Detsamma gäller — mer eller mindre starkt framträdande — om alla brott och att hava klart uppfattat och generaliserat denna tanke, överhuvud att hava betraktat förhållandet ur synpunkten av intressekollision är — med eller utan förf:s tillåtelse — i icke ringa grad en förtjänst hos den nordiska rättsdoktrinen“.

Detta är ju dels stridande mot sanningen, dels vilseledande. Vad jag utmönstrar är ju icke "ordet" rättsstridig utan hela denna falska men dominerande åskådning, i vilken straffbarheten säges förutsätta handlingens stridighet mot ett rättsbud, en åskådning av ödesdiger betydelse icke blott för straffrättsvetenskapen utan för juridiken över huvud. Därvid har jag påvisat, att i verkligheten blir rättsstridigheten för skolestiken — trots dennas alla försäkringar i motsatt riktning — blott en tom skylt för något, som i sak visar sig icke kunna ha något med denna falska åskådning att skaffa, nämligen behovet av, såsom jag uttrycker det, "principer som etc. (se s. 33 här ovan)... samhällsnyttan". Av detta gör nu THYRÉN denna förvrängning — för att använda ett mildare uttryck än

saken förtjänar — som framgår av frågan och svaret i de två första punkterna i hans citerade ord. Detta går igen i slutet av citatet, där mig ånyo gives ett falskt sken av att vilja bestrida den straffrättsliga betydelsen av ett ingående systematiserande och avvägande av de mångahanda intressen, som kunna kollidera, när fråga uppstår om en handlings straffbarhet. Att jag någonsin sagt något, som tyder på en sådan tanke, har THYRÉN helt och hållet gripit ur luften. Av mina nyss citerade ord måste vid allra ringaste eftertanke inses, att en systematisk behandling av intressekollisionerna står i bästa överensstämmelse med vad jag menar, alldenstund en princip, "som hämtar sitt innehåll från samhällsnyttan" enligt sitt begrepp måste kräva skydd för — såsom HÄGERSTRÖM uttrycker det (se ovan s. 21) — "de gemensamma värden, som gälla enligt den förhärskande värdesättningen i samhället". Att man i själva verket alltid för att *in casu* kunna fastställa samhällsnyttans krav måste företaga en avvägning mot varandra av kolliderande värdesynpunkter eller, om man så vill, intressen, och att denna avvägning väl i allmänhet är av så enkel beskaffenhet, att den sker nästan omärkligt, men att den stundom — såsom exempelvis ifråga om förtalsbrottet — kan kräva mycket djupa reflexioner, allt detta borde ju nästan varje normalt funtad människa kunna begripa. För THYRÉN har det emellertid varit fullkomligt obegripligt. Detta är så mycket betänkligare, som jag på annat ställe i min bok (s. 48 f.) talat om den prövningsfrihet med hänsyn till en handlings önskvärdhet ur samhällsnyttans synpunkt, som tillkommer domaren, när han har att avgöra "spörsmålet om — såsom det så vilseledande och oriktigt uttryckes — handlingen är rättsstridig eller icke". Att jag icke i min kritik av rättsstridighetsbegreppet indragit en undersökning, i vad mån den härskande läran tilläventyrs i sin systematisering av intressekollisionerna invecklade sig i skolastiska begreppsförvirringar torde den, som verkligen läst min bok och så-

lunda insett syftet med densamma, lätt kunna förstå. Jag hade så mycket mindre anledning härtill, som man just inom den svenska rättslitteraturen här finner ett arbete, där förf. framlagt en alldeles utomordentligt förtjänstfull undersökning till utrönande av straffbudens verkliga innehåll med hänsyn till samhällsnyttans krav och det på ett område, där intressekollisionsavvägningen enligt sakens natur erhåller större betydelse än inom andra områden. Jag syftar på BJERRE, Rättsstridighetsrekvisitet vid förtalsförbrytelse. Till tolkning av 16: 7 och 8 Str. L. genomgås här och avvägas de kollisioner, som kunna uppstå mellan å ena sidan det allmännas intresse av att dess medlemmar bibehållas vid oförkränkt ära och å andra sidan sanningsintresset, det statsliga och kommunala livets intressen, det ekonomiska livets intressen, kulturella intressen och intressen av enskild natur. Att detta BJERRES arbete måste vara mig ganska väl bekant, kan THYRÉN ej ha svävat i okunnighet om. Därav förstår man också, vilken perfiditet det innesluter, när THYRÉN i den där noten rekommenderar mig att läsa ett — f. ö. av BJERRE ofta åberopat — arbete av FOLKARD, för att jag skulle få en föreställning om betydelsen av intressekollisionsavvägningen vid förtalsbrottet.

Av vad jag nu sagt, torde kunna inses hur grundligt THYRÉN tager miste, när han kritiserar min behandling av skarprättarfallet. Vad som borde vara självklart, men som THYRÉN kanske ännu icke förstått, det är, att skarprättarens strafffrihet beror därpå, att han icke alls överträtt något straffbud, och ingalunda därpå, att hans handling vore "ett givet angrepp på ett samhällsintresse", som emellertid "förlorat sin rättsstridighet d. v. s. . . sin egenskap av att strida mot rättsordningen", enär annat intresse "kräver, att angreppet får äga rum". (Citaten från THYRÉNS allmänna framställning om rättsstridigheten, Principerna för en strafflagsreform, II, s. 125; att THYRÉN där icke har skarprättarexemplet utan anför aganderätten innebär ju icke någon olikhet i sak). Det självklara

i och för sig däri, att skarprättaren icke skall bestraffas, har naturligtvis aldrig varit min avsikt att framhålla, utan det självklara i att han ej faller under något straffbud. Man förvånar sig emellertid över det exempel angående kritikern X och antikritikern A, som THYRÉN valt för att på denna punkt korrigera mig. A:s straffrihet synes i detta fall vara nästan lika självklar som skarprättarens. Och den uppmärksamme läsaren torde därför fråga sig, varför icke THYRÉN ställer exemplet så, att han låter A bemänga sin s. k. antikritik mot X med grova smädelser, sofismer, förvrängningar och försåtligheter av allehanda slag. Exemplet kunde då verkligen ha erhållit ett visst intresse.

Det kanske grövsta tillvägagångssättet på denna punkt sparrar emellertid THYRÉN till slutet. Han avtrycker först de båda sista punkterna i min framställning: "Saken är ju etc. (se s. 33 f. här ovan) . . . spetsfundigheter". Därefter heter det:

"Denna fras — 'handlingar som icke äro vare sig direkt samhällsnyttiga eller i allt fall ur samhällsnyttans synpunkt oskadliga' — vilken, om den icke omtolkas just i form av intressekollision, är det rena godtycket och i alla händelser icke säger det ringaste utöver sistnämnda formulering — skall således utgöra den *klara verklighet*, gentemot vilken intressekollisionsformuleringen är *teoretiska spetsfundigheter*. — Huru förhåller sig den "enkla och klara verklighet", att straffbudsformuleringen skall begränsas till *icke oskadliga handlingar*, till förf:s uttalanden s. 27, där skillnaden mellan moralens och strafflagens inverkan på plikt känslan så uttryckes, att den senare — bortsett från '*objektivt fixerbara förhållanden*' — binder plikt känslan 'utan hänsyn till det individuella fallet'? Här skulle nog läsaren varit tacksam, om förf:s polemik mot den nordiska rättsdoktrinen givit honom tid att närmare utveckla sin mening. Jfr förf:s så ofta upprepade sats, att straffnormen bestämmer de '*absolut otillåtliga handlingarne*'."

Härtill behöver emellertid blott sägas, att de efter mig anförda orden ju omedelbart föregåtts av de båda punkter, som, efter vad jag nyss framhöll, otvetydigt visa, att intressekollisionsformuleringen icke på allra minsta sätt blivit föremål för min kritik och att den klara verklighet, som jag

konstaterar, består däri, att man, så snart tvivel angående straffbarhetsfrågan uppstår, har att, utan inskjutande av den reellt underlag saknande konstruktionen om rättsstridighetsrekvisitet, fritt från alla skolastiska omsvep, omedelbart ställa spörsmålet så: vad kräves i dylika situationer i straffbarhetsavseende av samhällsnyttan, d. v. s. den förhärskande värderingen av olika nu ifrågakommande samhällsintressen? Denna på klar verklighet vilande frågeställning är det, som man sökt undanskymma med sina teoretiska spetsfundigheter. Denna kapitala förväxling angående föremålet för min ifrågavarande kritik synes mig så mycket mindre möjlig att ursäktas, som jag meddelat hela min framställning på denna punkt under rubriken "Rättsstridighet och lagstridighet". Icke behöver man väl anses ha särskilt stora anspråk på god vilja hos en läsare för att undanbedja sig sådana vantolkningar, som THYRÉN här gjort sig skyldig till. Också har förväxlingen ifråga påtalats av HÄGERSTRÖM s. 341 n. 1.

Vad den sista delen av citatet från THYRÉN angår, visas därav blott, att han icke mäktat att i det hela sätta sig in i min principundersökning. Men det borde väl ändå inte vara så svårt att förstå, att, eftersom straffnormen ovillkorligen för att kunna fullgöra sin funktion måste gälla handlingarne såsom sådana utan hänsyn till motivläget i det enskilda fallet, handlingstyperna eller, såsom jag också uttryckt det, de absolut otillåtliga handlingarna, så måste ju också vid utrönandet av straffbarheten intresseavvägningen ske med hänsyn till spörsmålet, vad samhällsnyttan kräver — icke i just denna nu *in concreto* föreliggande situation — utan i dylika situationer, d. v. s. den föreliggande situationen, sedd med abstrahering bl. a. från det i fallet förhandenvarande individuella motivläget.

Sedan jag sålunda sökt sprida ljus över arten av THYRÉNS angrepp på denna punkt, skall jag nu utan särskilt hänsynstagande till hans framställningar ytterligare belysa själva denna

fråga om rättsstridigheten såsom särskilt brottsrekvisit och en slags pendang till lagstridighet. De synpunkter, som äro bestämmande för straffrättsvetenskapen, när den här laborerar med rättsstridighetsbegreppet torde nu i själva verket vara följande. Dagligen utföras handlingar vilka hemfalla under straffbudens formulering men likväl icke kunna bestraffas. Det är uppenbart, att, när åtal efter dylika straffbud föreligger, en direkt lagtillämpning icke kommer ifråga. Det blir tvärtom för domaren nödvändigt att använda oskrivna rättsregler, utbildade genom rättsdoktrinen och rättspraxis i ömsedig påverkan på varandra. Men nu uppstår den kinkiga frågan: hur kan dylikt komma att gälla såsom rätt? eller m. a. o., den oskrivna rätten måste naturligtvis för att gälla såsom rättsordning verkligen ha någon auktoritet, och vad är nu auktoriten i denna oskrivna rätt? Jo, menar man, auktoriten hos rätten, den skrivna såväl som den oskrivna, kan blott hävdas därigenom, att de handlingar, som skola bestraffas, visas vara stridande mot rättsliga bud från statens sida. Vad som faller utanför ramen av dessa bud har icke kriminaliserats, vare sig det faller inom eller utom den skrivna lagparagrafen. Att en dylik åskådning utpräglats just inom straffrätten sammanhänger därmed, att man här mera än eljest är angelägen om att förhindra domarens godtycklighet, att han själv får bestämma över gränserna för straffbarheten. När nu dessa rättsliga bud överensstämmer med lagparagrafens formulering, så kan man ju helt enkelt åberopa denna, lagstiftarens direkta bud. Men, när man måste gå utanför lagparagrafen och sålunda tillämpa oskriven rätt, vilket bud, vilken befallning skall nu kunna åberopas? Det finns ju nu ingen bjudande, befallande person. Här ligger svårigheten, men man klarar sig undan densamma på följande sätt: man gör rätten själv — utan att kunna påvisa någon viss person, som bjuder — till den bjudande auktoriteten.

I verkligheten ligger saken så, att de rättskällor, som här utnyttjas, på intet sätt kunna betraktas såsom havande auktori-

tativ grund i verklig mening. Dessa rättskällor äro: rättsdoktrinen, rättspraxis och domarens mening om det individuella fallets läge. Att beträffande dessa tala om några auktoritativa bud låter sig naturligtvis ej göra. Men då man icke kan tänka sig saken på annat sätt, än att en auktoritativt bjudande kraft ligger bakom, så sätter man sig över verkligheten och dekretar, att det i rättskipningen alltid tillämpas bud och befallningar av en bjudande auktoritet, som i fråga om den oskrivna rätten blott kan bli något rent mystiskt, rätten själv, vilken såsom sådan bjuder och befaller. I samband härmed bör emellertid betonas, att det vid närmare eftersinnande visar sig vara lika mystiskt att överhuvudtaget, också när fråga är endast om den skrivna rätten, operera med antagandet, att i rättsordningen ingår något, som skulle kunna kallas för bud eller befallningar. Jag ber att i detta avseende få hänvisa till HÄGERSTRÖM, som härom a. st. s. 339 f. uttalar följande:

“Men viktigare än allt är frågan om, huruvida det med hänsyn till kravet på en *person* eller *personlighet*, som bjuder, för möjligheten av ett bud, *verkligen finns några som helst* rättsbud. Man säger, att det är 'samhällsviljan' eller 'rättsordningen', som förbjuder och befaller i rätten. Denna person efterlyses. Är det här i Sverige konungen? Knappast ensam. Ty riksdagen är ju med vid lagstiftningen. Konungen och riksdagen tillsammans? Det skulle sålunda vara konungens och riksdagsmännens samfällda bud, givna i lagstiftningsakten, som brottslingen måste överträda. Men om dessa dö eller frånträda sitt mandat, straffas man ju likafullt. Är det då den närvarande konungen och de närvarande riksdagsmännen, som tillsammans alltjämt förbjuda och befalla i rätten? Riksdagsmännen, även när riksdag ej är samlad? Sannerligen måtte icke deras juridiska insikter vara överväldigande. Men kanske den där efterlysta bjudande samhällsviljan är att fatta efter orden såsom den enhetliga viljan hos alla samhällsmedlemmar? Brottslingarna inbegripna? Ännu vidare gående fordringar på juridiska insikter måste ställas. Man miss-tänker, att den där 'samhällsviljan' är lika metafysisk som den rätt individen har som självändamål. — Det verkliga förhållandet är naturligen, att rättsreglerna faktiskt verka i det modärna samhället genom en komplex av psykiska krafter däri. Ex. en efter faktiskt rådande rättsregler tillkommen 'lagstiftningsakt' skapar ny rätt. De därtill enligt likaledes

rådande rättsregler bestämda personerna ex. domarna tillämpa den. Här verkar dels det ömsesidiga trycket, dels också den allmänna plikt känslan emot det allmänna samhället organiserande och de särskilda organernas verksamhet reglerande rättssystemet. Det är naturligtvis orimligt att behandla denna rättsreglernas kraft såsom en verklig vilja, som påbjöde det eller det handlandet, förbjöde annat. Visst verka alltid hos *lagstiftaren* vissa samhällliga intressen — även klassintressen komma med — och därför kan man naturligen vid varje lagtolkning fråga efter det intresse, som framdrivit lagen. Men detta bakom rätten liggande intresse är ju blott ett hos de med kraften att sätta ny rätt utrustade personerna verksamt motiv som omöjligt kan betraktas som en särskild bjudande person. (Det närmare utförandet givet i min skrift: Är gällande rätt uttryck av vilja? Festskr. f. Norström). — Men förutsätter då icke straffrätten själv, d. v. s. här strafflagstiftaren och de strafflagen tillämpande statsorganen, att det ges en bjudande samhällsvilja, som den förre låter träda i aktion och vars bud måste överträdas, för att straff skall inträda? Förmodligen, eftersom straffrättsvetenskapen gör samma förutsättning. Varur har detta verklighetsfrånvända antagande uppstått? När man vet, att rättsmedvetandet alltid är benäget att rättfärdiga straffet liksom andra rättsreaktioner med någon 'skuld' och vidare vet, att uppfattningen är ett arv från gamla tider, då straffet såsom vedergällning hade sitt rättfärdigande direkt i själva den *otillbörliga* eller *otillåtna* handlingen eller underlåtelsen, har man ju en antaglig förklaringsgrund. Om det straffas, så vet man, att detta beror av en i samhället upprätthållen ordning. Alltså straffar samhället, som därvid blir en enhetlig vilja på grund av ordningens enhetlighet och en makt över samhällsmedlemmarna på grund av ordningens makt. Härvid försiggår en antropomorfiering att jämföra med den primitiva benägenheten att personifiera farliga naturkrafter. Naturligtvis verka här residua från tider, då verkligen icke en rättsordnings kraft förde med sig straff, utan särskild person efter sitt behag straffade olydnad mot honom. Men såvitt nu överhuvud själva det yttre handlandet är av betydelse för straffbarheten, måste också en viss handling eller underlåtelse enligt samhällets mening vara verkligt otillbörlig och därmed handlingen vara förbjuden, resp. det underlåtna handlandet befallt av samhällsviljan, för att straffbarhet skall inträda. Om detta är upphovet till idén om samhällsviljans eller rättsordningens bud såsom betingning för en handling eller en underlåtelses straffbarhet, så är också det fullkomligt realitetslösa antagandet till sin rot naturrättsligt. Och om straffrättsvetenskapen själv upptager

denna idé, betyder det, att den själv rör sig med ett naturrättsligt föreställningssätt“.

Naturligtvis gör det icke någon skillnad, allteftersom man resonnerar med tanke på en konstitutionell stat eller enväldstat. Också i den senare blir ju den givna lagen i verkligheten oberoende av härskarens person. Men när vetenskapen nu under generationer levat sig in i dessa föreställningar om rätten såsom bestående i "statsviljans" uttryckta bud och befallningar, så vill den icke böja sig för de sakliga skälen emot deras riktighet. Ansatt på de olika hållpunkterna för sin åskådning, har man intet annat att göra än att söka rädda sig undan genom att inskjuta begreppet om rätten såsom själv varande en vilja, som bjuder och befäller, en åskådning full av mystik och vidskepelse. Alldeles särskilt starkt framträder behovet av en sådan vidskeplig föreställning, när det gäller förklaringen till auktoriteten hos den oskrivna rätten, den rätt som blott träder i dagen genom rättsdoktrinen och rättspraxis, därför nämligen, att man här icke ens skenbart kan påvisa någon person, från vilken budet kommer. Och allra nödvändigast blir denna vidskepliga syn — så vitt man över huvud taget rör sig med tanken på rättsbud — på straffrättens område, enär man med densamma tror sig erhålla garantier mot domarnes godtycke.

Men hur förhåller det sig då i verkligheten med det, som man kallar handlingens rättsstridighet, dess egenskap att strida mot ett rättsligt bud, såsom objektivt rekvisit för dess straffbarhet? Av allt som i detta avseende redan sagts är det ju uppenbart, att det alldeles icke kan vara fråga om att undersöka, huruvida handlingen innebär överträdelse av ett bud. Det gäller i stället att söka bestämma frågan om en handlingstraffbarhet med begagnande av de vanliga metoderna för fastställande av vad som är gällande rätt. Dessa metoder kunna i sin tur bestämmas genom användning av följande fyra synpunkter.

1. Lagstiftarens historiskt fastställda mening, som dock aldrig kan vara tillräcklig redan av dessa skäl, dels att han icke alltid verkligen har haft någon mening i det avseende, som är i fråga, och dels att man icke, i den mån han haft någon mening, med säkerhet kan utleta den.

2. Lagens förnuftiga mening. Härmed avses det sätt, varpå lagen måste tolkas, för att samhällsnyttan skall bli så mycket som möjligt tillgodosedd. Härtill hör emellertid också, att man tar hänsyn till den rättsövertygelse, som faktiskt har utbildat sig i samhället. I samband härmed bör även erinras om nödvändigheten ur samhällsnyttans synpunkt av samstämmighet mellan de olika lagarne.

3. Jurisprudensen förvärvar sig alltid en viss auktoritet på grund därav, att den anses på ett särskilt sätt sitta inne med dels allmän lagkunskap och dels en kvalificerad förmåga att överblicka de sociala intressen, som här kunna komma ifråga och väga dem mot varandra, varvid emellertid den härskande sociala värderingen av intressena enligt sakens natur måste bli bestämmande för jurisprudensens undersökningar.

4. Rättspraxis.

Alla dessa moment samverka till att bestämma, vad som kallas för gällande rätt. Och det är med användande av dessa, som det objektiva brottsrekvisitet måste fastställas. För en sådan vidskeplighet som konstruktionen om handlingens rättsstridighet finnes inom rättsvetenskapen intet rum och ännu mindre finnes där något behov av sådant, om med rättsvetenskap åsyftas, vad den bör vara, en framställning av rätten såsom reglerande det levande livet i samhället, och icke åsyftas en verklighetsfrånvärd jurisprudens, i vilken de tomma abstrakta begreppen måste uppställas, enär blott därigenom ett skenbart försvar kan åstadkommas för dessa skolastiska rättsdogmer, vilka på grund av den vidskeplighet, varå de vila, måste vara högst skygga för det ljus, som livets verklighet hotar att utstråla över dem.

d. Som jag förut visat upp, kan den härskande läran i allmänhet icke göra någon verklig användning av sitt rättsstridighetsbegrepp. Detta följer naturligtvis därav, att begreppet är fullkomligt intetsägande och därför meningslöst. När man emellertid understundom tyvärr söker faktiskt utnyttja begreppet, måste man ju befinna sig på en oriktig väg, som därför också leder till oantagliga konsekvenser. Detta finner man tydligt vid behandlingen av den negativa handlingens, underlåtenhetens, straffbarhet. För så vitt man antager, att denna, där den ej är uttryckligen fastställd i lag, blott kan föreligga, om den rättfärdigas genom en plikt till sådant positivt handlande, som förebygger viss skadlig effekt, är antagandet mera oskyldigt, ehuru det är fullkomligt meningslöst av följande skäl. 1. Såsom jag förut visat, har ett dylikt antagande icke något att göra med rättsstridighet såsom betingning för straffbarhet utan blott med förhållandet mellan skadeståndsskyldighet och straffbarhet. 2. Det måste ju, efter vad jag likaledes påvisat, i allmänhet redan för skadeståndsskyldighet förutsättas en handling, som ur objektiv synpunkt bildar ett brottsrekvisit. 3. Klart är ju även, att den omständigheten, att en handling är belagd med skadeståndsreaktion, icke kan utgöra förklaringsgrunden till att den, objektivt sett, måste vara straffbar. Avgörandet av den frågan, om straffbarhet bör inträda, i ett fall, där man visste, att skadeståndsplikt förelåg, tarvar naturligtvis ett särskilt ingående på frågan om det — alldeles bortsett från hur det ställer sig i skadeståndsavseende — finns någon förnuftig grund att straffa. — THYRÉN vill nu till motivering av underlåtenhetens straffbarhet införa en viss intensitet hos den där särskilda rättsplikten till positivt handlande. Detta skulle nu, efter vad jag utrett angående rättsstridighets- och rättspliktsbegreppen, innebära, att straffbarheten förutsatte en viss högggradig skadeståndsreaktion. Men det är klart att något sådant icke kan vara THYRÉNS mening, utan att kravet på pliktintensiteten såsom förutsättning för straffbarhet i själva

verket icke innebär något annat, än det rent meningslösa att den på handlingen följande rättsliga reaktionen bör vara av straffets kraftiga art, d. v. s. att straff inträder, när straff bör inträda. Det enda, som står kvar av rättspliktsmotiveringen för underlåtenhetens straffbarhet, blir sålunda det fullkomligt betydelselösa, att en handling icke skall straffas, som, förutsatt att skada uppkommit, icke ens medför skadeståndsskyldighet.

Det nu anförda emot denna rättspliktsmotivering för underlåtenhetens straffbarhet är emellertid oväsentligt i jämförelse med att man söker verkligen använda den gängse satsen om överträdandet av en rättslig plikt såsom förutsättning för straffbarhet. Dylikt kan emellertid blott ske på ett sådant sätt, att uppenbart oriktiga konsekvenser uppstå. Man nöjer sig nämligen icke med att på antydde mera oskyldiga sätt förklara, att straffbarheten förutsätter åsidosättandet av en plikt att genom positiv handling förebygga viss skadlig effekt, utan man dekreterar, att denna positiva handling skall utgöra en plikt alldeles utan hänsyn till om densamma är ägnad att förebygga sådan effekt. En dylik uppfattning är icke blott meningslös, utan den är positivt oriktig, enär följsatserna bliva sådana, att straffbarheten i själva verket göres beroende av omständigheter, vilka av det sunda förnuftet icke kunna anses ha något slags samband med handlingens straffbarhet och vilkas betydelse för denna blott kan motiveras med den rena godtyckligheten. Det är detta, som jag velat betona med min kritik av den vanliga läran om underlåtenhetens straffbarhet (se min bok s. 16 ff.). Dennas oriktighet tror jag mig ha klart och tydligt uppvisat i anslutning till bedrägeribrottet, där man ju med den gängse läran måste komma till det kuriösa resultatet, att underlåtenhetens straffbarhet måste förutsätta, att man åsidosatt en rättslig plikt att upplysa om något, vilken plikt uppstått alldeles utan hänsyn till om förtigandet är ägnat att vilseleda (framkalla *error*). Härom har jag yttrat följande, s. 17:

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

Såsom jag strax därefter visat, blir konsekvensen lika uppenbart orimlig, exempelvis då fråga uppstår om straff för underlåtenhet att rädda ur dödsfara: underlåtenheten att genom en eller ett par sekunders handling (t. ex. utkastandet av en lina åt en drunknande) rädda en persons liv skulle betraktas som mord eller dråp, om man hade en civilrättslig vårdnadsplikt gent emot honom, eljest bliva straffritt. I antagandet av dylika förutsättningar för underlåtenhetens straffbarhet, en civilrättslig upplysningsplikt, vårdnadsplikt o. s. v., alldeles utan hänsyn till om den pliktiga handlingen förebygger den skadliga effekten, ligger just en fullkomligt godtycklig användning av rättsstridighetsbegreppet. Det är som sagt detta, som jag i min “Principinledning“ velat framhäva i min kritik av läran om den negativa handlingens straffbarhet. THYRÉN har försiktigtvis underlåtit att gå in på denna sak och i stället utnyttjat konstgreppet att prata förbi densamma (jfr hans skrift s. 37—39). Emellertid behöver ju den där straffbarheten motiverande rättsplikten enligt THYRÉN, s. 37, icke vara särskilt stadgad i lagen, utan kan

“härledas ur t. ex. en sådan allmän rättsgrundsats, som att den, som uppsåtligen framkallat en fara, är skyldig att neutralisera densamma,

där så behövs, genom positivt ingripande (läkaren, som opererat, är skyldig företaga efterbehandling o. s. v.)“.

I dylika fall kan visserligen icke någon med hänsyn till rättsföljderna på detta sätt godtycklig användning göras av rättspliktsförutsättningen, ty plikten måste ju här vara tillkommen allenast med hänsyn till förebyggande av effekten. Men uppenbarligen är pliktvidrighets- eller rättsstridighetskonstruktionen här lika tom och meningslös som i de andra fallen. Ty tillvaron av den där allmännare rättsgrundsatsen kan ju absolut icke betyda något annat än att underlåtenheten efter den allmänna rättsåskådningen är belagd på en gång med skadestånd (under förutsättning av ersättbar skada) och straff. Skulle den blott betyda, att den negativa handlingen vore belagd med skadestånd, så kan därpå enligt det föregående icke grundas någon straffbarhet.

Jag återgår emellertid till förutsättningarna av de förut berörda, enligt THYRÉN särskilt i lagen stadgade plikterna. När saken här, såsom naturligtvis ofta är händelsen, ligger så, att bestraffning exempelvis av underlåtelse att rädda ur livsfara blott får ifrågakomma, därest en vårdnadsplikt åsidosatts, så beror detta naturligtvis ingalunda på att den straffbara underlåtelserna måste utgöra överträdelse av en plikt att positivt handla, utan det måste bero därpå, att det just i en dylik situation förefinnes en förnuftig grund att straffa. Utan att på något sätt ha ingått på detaljer har jag sökt belysa denna grund i min "Principinl." s. 40 f., där jag yttrar följande:

"Tager man blott den självfallet riktiga utgångspunkten, att straffrätten liksom all rätt tillgodoser samhällsnyttans intressen, giver sig förklaringen av sig själv till att den negativa handlingen — trots dess s. k. kausalbundenhet med en effekt, som, ifall handlingen vore positiv, skulle leda till straff — mestadels icke är straffbar. Jag har förut erinrat om att straffrätten tillgodoser intresset av ett ordnat samliv mellan samhällsindividerna. Men denna ordning kunde tänkas bli olidligt sträng och snäv. Detta får ej ske, ty vid sidan av samhällets krav på ett ordnat samliv står dess krav på en viss med hänsyn till det allmännas

bästa avvägd rörelse- och handlingsfrihet för samhällsmedlemmarne. Hur det i detta avseende skulle ställa sig, om den negativa handlingen i straffbarhetsavseende likställdes med den positiva är lätt att föreställa sig. En god del av mångas livstid skulle få åtgå till utförande av positiva handlingar för att avvärja sådant, som skulle betecknas som brottsliga effekter. Av det sagda följer helt enkelt, att den negativa handlingens straffbarhet begränsas av samhällskravet på den nyssnämnda rörelse- och handlingsfriheten. Denna regel kan närmare bestämmas så, att man inte bör tvingas att till andras förmån företaga handlingar, som innebära ett verkligt tillbakasettande av egna intressen för andras väl i annat fall, än då man åtagit sig en sådan handling. I sistnämnda fall är det dock alltid fråga om ett tillgodoseende av eget intresse genom åtagandet, låt vara t. o. m. att detta intresse skulle vara benefikt. Ty vid allt åtagande gäller det en prestation till vilken man måste binda sig för erhållandet av en viss fördel, låt vara att denna fördel skulle vara blott tillfredsställelsen av ett altruistiskt intresse. Underlåter man då att fullgöra åtagandet, så betyder detta, att man tillgodoser sitt eget intresse på andras bekostnad. Därav följer att fullgörandet av åtagandet icke är en verklig uppoffring. Även i de fall, då man talar om den negativa handlingens straffbarhet på den grund, att man själv skapat en viss situation, gäller den positiva handling, som samhället önskar, endast en kompensation för de intressen man tillgodosett vid skapandet av situationen. Om däremot en handling från en persons sida till förmån för en annan eller flera andra icke kräver någon nämnvärd uppoffring utan bevisligen underlåtes antingen av blott och bart indifferens eller rent av med avsikten att skada, så är det rent orimligt att behandla straffbarheten i ett sådant fall efter andra principer, än då man av vårdslöshet eller med avsikt företager en positiv handling med samma slags effekt“.

När jag av dessa skäl ansett att det kan finnas en förnuftig grund för att bestraffa t. ex. underlåtelserna att rädda ur livsfara, icke blott då räddningshandlingen skulle ha utgjort en "rättslig plikt", utan även då det icke kostar någon som helst uppoffring att företaga densamma, så torde nog böra märkas, att den vidare beviskyldigheten icke vilar å mig utan å mina motståndare. Ty av allt vad jag utrett angående rättsstridighets- och rättspliktsbegreppets fullkomliga oduglighet, måste framgå, att också i de fall, då det är riktigt att be-

gränsa underlåtelsens straffbarhet till fall, i vilka t. ex. vårdnadsplikt förefinnes, grunden till straffbarheten uteslutande ligger däri, att det just i sådana situationer är förnuftigt ur samhällsnyttans synpunkt att straffa. Då man sålunda icke kan ha någon annan grund för straffbarheten att åberopa än dess förnuftighet ur samhällsnyttans synpunkt, så är det ju ganska tydligt, att man ej kan vederlägga min argumentering på annat sätt än genom att visa, att den strider mot vad som förnuftigtvis måste krävas av samhällsnyttan. I detta avseende har THYRÉN blott kunnat åvägabringa följande uttalande, s. 36:

“Praktiskt sett, stöter det alltid på stora, ofta på oöverbärliga svårigheter att, mot inculpatens bestridande, fastslå, att hans underlåtenhet varit *uppsåtlig*. Då ett likställande med positiv handling således lätt skulle leda därtill, att — om man ej ville hjälpa sig med betänkliga presumtioner — blott den åtkommes med straffbudet, som vore nog uppriktig att erkänna sitt uppsåt, kan man förstå, att den uppfattningen sedan urminnes tider rotat sig i rättsåskådningen att i princip lämna underlåtenheten straffri“.

Härom bör sägas följande. Alldeles givet är, att den negativa handlingens bestraffande icke får leda till någon särskild rättsosäkerhet. Vore detta händelsen, d. v. s. skulle den negativa handlingens straffbarhet i princip kräva, att man, såsom THYRÉN antyder, finge i utredningsavseende hjälpa sig med presumtioner av den betänkliga art, att man eljest av hänsyn till rättssäkerheten icke skulle kunna nöja sig med dem i en straffprocessuell rättegång, så vore därmed en klart giltig grund given för att avvisa min uppfattning angående utsträckningen av den negativa handlingens straffbarhet. Premissen är emellertid alldeles oriktig. Vad som i bevisningsavseende kräves angående en tilltalads uppsåt, d. v. s. hur mycket som skall vara utrett för att domaren skall erhålla en med hänsyn till samhällsnyttans krav på rättssäkerhet tillräckligt grundad övertygelse om den tilltalades skuld för att kunna fälla honom till ansvar, är en sak helt och hållet för sig. På vad som i detta avseende måste krävas, får naturligtvis icke den allra

minsta rubbning göras. Detta har emellertid principiellt ingenting att skaffa med särskilt den negativa handlingens — d. v. s. såsom motsättning till den positiva handlingen — straffbarhet. Och naturligtvis har jag icke heller någonsin ifrågasatt, att den negativa handlingen skulle kunna bestraffas utan det nyss antydda måttet av utredning. Att sådant utredningsmått ej skulle kunna åstadkommas med negativ handling torde ingen våga påstå. I själva verket ligger saken så, att, om man gentemot den negativa handlingens straffbarhet i de fall, då dylik enligt det föregående bör ifrågakomma, åberopar bevisningssvårigheterna, så fordrar konsekvensen, att man av samma skäl avvisade den positiva handlingens straffbarhet. Ty naturligtvis kan första punkten i citatet efter THYRÉN ordagrant användas med samma fog beträffande positiv handling. Det går alldeles icke att såsom princip driva, att ovissheten angående alternativet *dolus* eller *culpa* vore ur rättssäkerhetens synpunkt mindre betydande vid den positiva handlingen än vid den ifrågavarande negativa. Man behöver ju endast tänka på de relativt ofta förekommande fall, i vilka man på grund av bristande bevisning angående uppsåtet nödgas döma en person blott för vållande, resp. frikänna honom, och häremot ställa underlåtenhet att förekomma s. k. brottslig effekt, begången av person, om vilken det kan visas, dels att han innerligt önskat denna effekts inträdande, dels ock att han insett, att han varit i den situationen, att han med en icke nämnvärd uppoffring kunnat förebygga densamma. Över huvud taget behöver man ju blott hålla fast, att frågan om uppsåtet vid positiv handling i en oändlig mängd fall måste avgöras uteslutande efter omständigheter som ligga alldeles utanför själva handlingen, för att tvingas inse, att det vore det rena godtycket att göra denna principiella skillnad mellan positiv och negativ handling. Och på alldeles samma sätt, som man i förra fallet vid bristfällig utredning får betrakta handlingen som *culpos* och döma eller frikänna, allt-

eftersom ansvar för *culpa* stadgats eller icke, så får man även förfara vid den negativa handlingen. Men också om man alldeles bortser från den nu utredda grundlösheten i THYRÉNS invändning mot min ståndpunkt, måste ju densamma förefalla rent meningslös. Den drabbar ju i lika hög grad den av mig angripna läran, som ju ostridigt antager straffbarhet av negativ handling, om blott denna innebure åsidosättande av en plikt. Kanske skulle THYRÉN vilja göra gällande att uppsåtet att skada vore lättare att utreda, därför att en dylik plikt åsidosatts. Jag efterlyser emellertid logiken i ett sådant betraktelsesätt. Snarare kunde kanske tvärtom sägas, att det fordras mera av utredning för att tillvita en person, som står i pliktförhållande till annan, ont uppsåt mot denne än en person som icke står i sådant förhållande. När THYRÉN säger sig med hänsyn till svårigheterna att fastställa uppsåtet vid negativ handling kunna förstå gångna tiders rättsuppfattning att lämna underlåtenheten straffri, så har han för ögonblicket alldeles glömt bort sin straffrättshistoria. Med denna i minnet borde han nämligen kunna begripa, att, när våra förfäder icke bestraffade underlåtenheten, så berodde det helt enkelt på grova talionsföreställningar, efterträdda av vedergällningsåsikter, vilka till den grad hållit i sig, att man alltjämt för att kunna tillgodose det mest trängande behovet av den negativa handlingens straffbarhet sett sig nödsakad att fingera eller kanske riktigare hopkonstruera något fullkomligt överkligt och orimligt, ett orsaksförhållande mellan underlåtenheten och en inträffad skadlig effekt. Jag skall nu något granska THYRÉNS ställning till denna konstruktion.

Å s. 43 i min bok har jag, visserligen kortfattat, men såvitt jag kan finna ovedersägligt, påvisat, att konstruktionen måste vara oriktig och bero på en falsk slutledning, vilken jag likaledes påvisat. Jag skall nu *in extenso* anföra THYRÉNS övermodiga försök att vederlägga mina enkla och tydliga ord. Han skriver, s. 34—36:

“För att begripliggöra beskaffenheten av förf:s kritik på denna punkt nämner jag först följande om den framställning av underlåtenhetens kausalitet, varemot förf. riktar sig. — Antag två krafter, k_1 och k_2 , som neutralisera varandra. Om k_1 vore ensam, skulle faktum f_1 uppstå. Då nu k_1 neutraliseras av k_2 , uppstår (genom andra krafter, som här lämnas åsido) faktum f_2 i stället för f_1 . I en sådan situation säger man, och måste man säga, inom straffrätten, att k_2 är (en) orsak till f_2 . Ty sättes k_2 , så uppstår f_2 ; bortfaller k_2 , så bortfaller f_2 — förutsatt naturligen, att allt annat lämnas oförändrat. Om nu $f_1 =$ det faktum, att X , som fallit i vattnet, räddas; $f_2 =$ att X drunknar; $k_1 =$ personen M , som vill och kan rädda X , om M får sköta sig själv; $k_2 =$ personen A , som slår armarna kring M och hindrar hans räddande handling — så är således A orsak till X :s död. — Den kausalitet, varpå det i straffrätten kommer an, rör emellertid icke personen såsom sådan, utan hans viljefarlighet. Det är denna, som måste underkastas nämnda kausalitetsprov. Om sålunda exemplet ändras därhän, att A ensam är närvarande, då X faller i vattnet, $k_1 =$ de egenskaper (kroppsstyrka etc.) och förutsättningar, som göra det möjligt för A att rädda X och $k_2 =$ den viljefarlighet, som gör, att A icke begagnar dessa möjligheter utan låter X drunkna, så är k_2 (= A :s viljefarlighet), *i alldeles samma mening* som i förra exemplet, orsak till X :s död. Vill man förneka orsakskvaliteten här, så måste man förneka den där. X :s död inträder, då A :s viljefarlighet sättes, och bortfaller, då A :s viljefarlighet bortfaller; om annat är icke fråga. Faktiskt prövar man saken genom att tänka sig en person med normalt social-etisk vilja, *men i övrigt alldeles lika med A* i A :s ställe; m. a. o. genom att förändra viljebeskaffenheten men ingenting annat. Beror X :s död på förändringen, så föreligger kausaliteten. — Om man nu anser eller icke anser, att detta förhållande rätteligen kan så uttryckas, att A :s underlåtenhet är orsak till X :s död, är en ren tvist om ord. Obestriddigt är i varje fall, att A :s viljefarlighet, på vilken hans underlåtenhet beror, är kausal. 'Det är härvid likgiltigt, huruvida det i brottslingens själ försiggår någon kamp (mellan ett antisocialt element, som avhåller, och ett socialt element, som driver till handling). Även om det icke kan vara minsta tal om någon sådan kamp (exempelvis uti fall av 'omedveten vårdslöshet'), så måste A :s antisociala beskaffenhet hava *någon* orsak (ärfällig degeneration, dålig uppfostran eller något annat). Dessa orsaker, närmare eller fjärrare, kända eller okända, utgöra tillsammans tagna det positiva moment, som vid A :s underlåtenhet framkallar skadan.' (*Princ.* II, 16). — Häremot anför förf. följande: 'Tag och eliminera bort A all-

deles; då falla ju också dessa 'kausala' moment bort, men *X* död inträffar lika fullt. Eller förflytta *A* 100 mil från olyckstillfället, då existera ju alla av THYRÉN antydda 'kausala' moment, men ingen människa vill väl betrakta dem som orsak till *X*' död, och det var ju detta orsaksförhållande som skulle bevisas' (sid. 43). — Att ännu en gång upprepa det lika gamla som puerila argumentet om *A*:s förflyttande (som på sin tid plägade formuleras i frågan: 'förorsakades Cæsars död därav, att kejsar Justinianus icke räddade honom?') vittnar mera om fastheten i förf:s föresats att 'icke taga hänsyn till den straffrättsliga litteraturen' än om hans förmåga att följa en begreppsanalys. Frågan gäller, huruvida *A*:s *viljefarlighet* är kausal; det är den allena, som skall elimineras. Att eliminera *A*:s person i sin helhet, och därmed den möjlighet till räddning, som förelåg, är detsamma, som att i förstnämnda exemplet eliminera *både A och M* och därigenom tro sig bevisa, att *A*:s *viljefarlighet* icke heller i det fallet är kausal till *X*:s död“.

I min av THYRÉN avtryckta argumentering gör jag ju tvenne operationer. Jag eliminerar först bort *A*. och därmed också naturligtvis hans antisocialitet: effekten inträder likafullt. Jag exemplifierar därefter, att *A*:s antisocialitet med sina orsaker mycket väl kan vara förhanden, utan att någon människa kunde falla på idén att den skulle utgöra orsak till *X*:s död. Att argumentet vore "lika gammalt som puerilt" får väl inte spela någon roll, när det ju ändock är lika bindande som $2 \times 2 = 4$, ett argument som väl f. ö. är både äldre och puerilare. THYRÉN säger, att det allenast är *A*:s *viljefarlighet*, som skall elimineras, efter som det blott är fråga om dennas kausalitet. Jag frågar: kan en viss faktor sägas verkligen förorsaka en viss effekt, trots det att denna effekt inträffar fastän faktoren i fråga (låt vara tillsammans med något annat) borttagits och sålunda icke kunnat verka? En vanlig dödlig svarar naturligtvis nej, men THYRÉN, som ju är känd som trollkarl, har väl ett annat svar i beredskap. THYRÉNS resonnemang verkar kanske bestickande för den, som inte bemödar sig att gå till botten med frågan. Men tror man verkligen, att det är riktigt, då måste ju förhåxning vara med i spelet, eftersom det för en sund hjärna måste vara lika visst som att $2 \times 2 = 4$, att *X*

drunknar, ingalunda därför, att A är eller blivit antisocial, utan uteslutande därför, att han fallit i vattnet och kväves av detta.

Men som sagt, låter man blott THYRÉN hållas, så låter hans resonnemang nog så bra, därför nämligen att han hos mången, kanske rent av också hos sig själv, betvingar tankeförmågan genom sina många vilseledande ord. Jag skall nu visa detta. Kontentan i THYRÉNS resonnemang är ju följande. Om A icke haft viljefarlighet, så hade han räddat X, som således ej drunknat. Men vari ligger då den viljefarlighet, som av THYRÉN avses? Jo, uppenbarligen består den däri, att A icke utför räddningshandling, sålunda i underlåtenhet att göra det, som skulle ha följt av social-etisk vilja. Ty, märk väl, det kan naturligtvis icke alls vara fråga om några positiva utslag av viljefarlighet, t. ex. att A slår armarne i kors eller lugnt sätter sig på stranden och med ett cyniskt leende följer X:s kamp för livet. Utan tvivel är sålunda THYRÉNS mening den, att viljefarligheten bleve att anse såsom kausal, blott i den mån underlåtenheten att företaga räddningshandlingen följer av densamma. Detta sägs ju f. ö. nästan direkt av THYRÉN: "Obestriddigt är i varje fall att A:s viljefarlighet, på vilken hans underlåtenhet beror, är kausal". Därmed är emellertid saken fullt klar, och man torde kunna begripa, vem det är, THYRÉN eller jag, som saknar förmåga att följa en begreppsanalys. Ty det sagda giver vid handen, att A:s viljefarlighet såsom "orsak" till X:s död i själva verket icke kan vara något annat än blott och bart den rena negationen av hans social-etiska vilja. D. v. s. när det heter, att X skulle ha räddats, om A icke haft viljefarlighet, så är därmed i sak icke sagt något annat, än att X skulle ha räddats, om A haft social-etisk vilja, d. v. s. att förhandenvaro av A:s social-etiska vilja skulle ha blivit verklig orsak till A:s räddning. Men därmed är icke sagt det allra minsta till stöd för att A:s viljefarlighet, som ju icke är något annat än negationen av social-

etisk vilja, vore orsak till X:s död. Men det är en dylik felaktig slutledning, som THYRÉN gör. Han förvillas därav, att A varit i den situation, att han genom sitt ingripande skulle kunna ha hindrat X:s död. Han drager av kausalsammanhanget mellan ett visst tänkt faktum (social-etisk vilja) och dess nyttiga effekt (räddning) slutsatsen att negationen av detta faktum (frånvaron av social-etisk vilja, d. v. s. viljefarlighet) orsakar negationen av den ifrågavarande effekten (frånvaro av räddning, alltså död). För en sådan falsk slutledning varnade jag i min bok omedelbart efter det av THYRÉN s. k. "lika gamla som puerila argumentet", en varning, om vars existens THYRÉN emellertid ej ens gjort en antydning. Kanske skulle THYRÉN vilja göra gällande, att den av mig påtalade slutledningen icke alls vore falsk. Det får i så fall bli hans ensak. För reflekterande hjärnor i allmänhet måste nämligen av det rena intet alltid förbli intet. Den blott och bart rena negationen av ett faktum, av en verklighet, kan icke innebära något annat än obefintligheten av detta faktum, sålunda det rena intet. Därav följer att av viljefarligheten, som ju icke är något annat än blott och bart den rena negationen av det positiva faktumet social-etisk vilja, icke kan produceras något och alltså icke kan komma något positivt, en verklighet: *ex nihilo nihil*. Men nu förhåller det sig så, att, under det att viljefarligheten blott och bart är den rena negationen av en verklighet, alltså det rena intet, så är drunknandet, ehuru en negation av faktumet räddning, ingalunda blott och bart den rena negationen av detta faktum, utan det utgör självt ett positivt faktum, en verklighet. I förbiseende härav bottnar i yttersta hand, synes det, den härskande lärans missförstånd. Beaktar man åter det sålunda förbisedda torde orimligheten klart och tydligt framstå i att påstå A:s viljefarlighet vara orsak till X:s död. — Hela denna argumentation för ohållbarheten i konstruktionen av den negativa handlingens kausalitet är väl inte mera invecklad, än att den bör kunna förstås av alla dem,

som intressera sig för kontroversen mellan THYRÉN och mig. Emellertid vill jag icke underlåta att andraga ett exempel, varigenom THYRÉNS resonnemang kanske än mera ohöjlt framstår i sin groteska dager. En person reflekterar på att giva utlopp åt sin förstörelselusta genom att spränga en byggnad i luften. (Exemplet kan naturligtvis varieras i det oändliga.) I sista minuten behärskar han sig och byggnaden förblir stående. Enligt THYRÉNS resonnemang skall man nu säga, att den där persons ändrade sinnesbeskaffenhet är orsak till att byggnaden finnes. Det är stora ting, som man i all tysthet kan gå ikring och uträtta, om man får sätta tilltro till THYRÉN. Exemplet är fullkomligt analogt med det förut behandlade. Att den "kausala" sinnesbeskaffenheten nu är god, men i förra fallet var ond, gör naturligtvis intet vare sig till eller ifrån. I båda fallen är det fråga om den rena negationens kausalitet; i förra fallet om den rena negationen av en god sinnesbeskaffenhet, i senare fallet av en dålig. Att den förra negationen lättare skulle kunna vara kausal än den senare, ligger naturligtvis ingen mening i att påstå.

Utav det absoluta intet kan icke någon verklighet härledas. Detta är den sats, som jag urgerar och som THYRÉN i själva verket bekämpar. X drunknar, därför att han fallit i vattnet och kväves av detta, men alldeles icke därför att A saknar social-etisk vilja. Ofrånkomligheten i detta solklara förhållande söker THYRÉN dölja också genom följande analogi: A:s antisocialitet tager sig uttryck däri, att han slår armarna om en tredje person M, som vill och kan, om han får sköta sig själv, rädda X. Här, menar THYRÉN nu, kan väl ingen våga bestrida A:s kausalitet i förhållande till X:s; men förnekade man orsakskvaliteten i förra fallet, så måste man även göra det i detta fall. Härom behöver emellertid blott sägas följande. A är i själva verket ej heller i senare fallet kausal till X:s död, ty hans handling har i förhållande till denna (såvitt man här vill införa något orsakssammanhang) blott

åstadkommit den rena negationen av M:s räddningshandling; alltså det rena intet; *ex nihilo nihil*. För fullständighetens skull må emellertid dessutom beaktas, att den av THYRÉN framförda analogin är haltande, ty i förra fallet innebär ju A:s viljefarlighet rätt och slätt frånvaro av vilja att rädda, alltså den rena negationen av social-etisk vilja. I senare fallet innebär A:s viljefarlighet icke blott negationen av social-etisk vilja utan dessutom det positiva, tillvaro av vilja att hämma verkningarna av M:s social-etiska vilja.

Till sist bör man icke lämna alldeles obeaktad en egenomlighet i THYRÉNS framställning, som är nog så signifikativ. Han framhåller först på två olika ställen, att det är fråga om kausalitet "inom straffrätten", "den kausalitet, varpå det i straffrätten kommer an". Vad är meningen därmed? Gälla andra orsakslagar inom straffrätten än inom andra vetenskapsområden? THYRÉN går emellertid därefter oförmärkt över i att framställa den negativa handlingens kausalitet såsom objektivt, d. v. s. ur alla synpunkter gällande. Är meningen den att först leda blicken bort från det orimliga i hela konstruktionen genom att göra den där inskränkningen till straffrätten, såsom om konstruktionen vore en speciellt straffrättslig nödvändighet, och därefter, sedan den reflekterandes motvilja mot begreppets antagande blivit undanröjd, bringa honom till begreppets antagande såsom ett verkligt vetenskapligt begrepp?

Skolastici, vilka sett sig nödsakade medgiva denna konstruktions ohållbarhet såsom stridande mot sunt förnuft, ha i den muntliga diskussionen med mig tillgripit den reträtten, att det kunde ju göra detsamma, om man här talade om kausalitet eller icke, att det sålunda blott vore en strid om ord. Härom torde emellertid böra sägas följande. Alldeles oavsett om saken kan påvisas ha omedelbart praktisk betydelse eller icke, måste det vara av vikt att kullkasta en fullkomligt ovetenskaplig teori, som uppträder med anspråk att gälla som veten-

skap. Eller kan det försvaras, att en man, när en osanning inom hans vetenskap avslöjas, stiger fram och förklarar: visserligen har vår tés visats innebära en osanning, men det hade varit bättre, om detta icke visats, enär vetenskapen har för avsikt att framhärda på denna osanningslinje, så länge Ni icke också visar upp de menliga konsekvenserna av ett sådant framhårdande? Den mannen saknar all aning om vetenskapens av dess egen uppgift med nödvändighet bestämda metoder och är förty ingen vetenskapsman. Men nu förhåller det sig dessutom så, att denna teori om den negativa handlingens kausalitet är ytterligt signifikativ för och sammanhänger med hela det tänkesätt, som behärskar den THYRÉNSKA straffrätts-åskådningen. Också vill THYRÉN själv ju ingalunda, såsom av hans framställning framgår, göra denna sak till en ordstrid. Är det så, att man utgår från rättsstridigheten såsom betingning för straffbarhet, så är också vedergällningsprincipen den både historiskt och psykologiskt grundläggande tanken och då är teorien om den negativa handlingens kausalitet i all sin ovetenskaplighet endast ett uttryck för det ovetenskapliga i själva grundläggningen. Ävenledes har jag visat upp i min bok, s. 46 f., att denna på ren fiktion vilande konstruktion blir fullständigt meningslös, så snart man tillägnat sig en mera förnuftig uppfattning om straffets sociala funktion. Jag hade också redan i min bok, s. 41 f. och s. 46, antytt, att denna falska konstruktion i sin mån bidragit till uppställandet av pliktförutsättningen för den negativa handlingens straffbarhet med de betänkliga praktiska konsekvenser, som efter vad jag förut visat följt av denna förutsättnings uppställande.

Å s. 40 f. i sin skrift råkar THYRÉN i ovisshet, huruvida min uppfattning angående den negativa handlingens straffbarhet blott framställdes *de lege ferenda* eller om jag, otroligt nog, rent av ansåge den överensstämmande med gällande rätt. Genom denna frågeställning visar THYRÉN blott, att hela sammanhanget gått honom spårlöst förbi. Vad som är gällande

rätt är något, som beror på andra faktorer än blott den förnuftiga tolkningen av lagen. Särskilt spelar rättspraxis en mycket stor roll. Vad jag vill ha sagt är följande. Den för gällande rätt bestämda rättspraxis har utbildats på grund av en oriktig tolkning av lagen, en feltolkning, som har sin grund i användningen av rättsstridighetsbegreppet. Jag får här erinra om att gällande rätt bestämmas genom de metoder, vilka jag förut antytt, d. v. s. icke blott genom fastställande av lagstiftarens historiskt givna mening och lagens ur samhällsnyttans synpunkt framgående förnuftiga mening utan bl. a. även genom jurisprudensen, som naturligtvis övar stort inflytande på rättspraxis. Om därvid jurisprudensen rör sig med konstruktioner, som icke ha stöd i verkligheten, så kan naturligtvis gällande rätt komma att bliva något helt annat, än vad den skulle ha blivit, i fall jurisprudensen kunnat frigöra sig från sina överkliga konstruktioner och använt en förnuftig lagtolkning. Lagen kunde mycket väl ha varit densamma och likväl den gällande rätten ha blivit en annan. Nu har jag velat visa, att i den mån gällande rätt begränsar den negativa handlingens straffbarhet till fall av pliktöverträdelse, har detta blivit gällande rätt genom jurisprudensens feltolkning av lagen. Det är väl detta, som föranlett THYRENS tvivelaktighet angående min mening.

e. Till sist måste jag något beröra anledningen till att jurisprudensen på detta sätt framhärdar i operationer med ett så fullkomligt innehållslöst begrepp som rättsstridigheten. Anledningen härtill finner man emellertid genast, så snart man betänker, att i varje straffrättslig framställning regelmässigt ingår ett särskilt kapitel om straffets rättsgrund. Så heter det exempelvis hos HAGSTRÖMER, Svensk straffrätt I s. 35, att

“straffet finner sitt berättigande inför vårt rättsmedvetande i brottslingens *skuld*. Denne bär ansvaret för uppkomsten av den fara för rättsordningen, som ligger i hans rättsstridiga viljebeskaffenhet, och är förty skyldig att underkasta sig vad som för undanrödjandet av denna fara är erforderligt“.

Bakom detta resonnemang ligger uppkonstruerandet av

“en allmän grundsats, som genomgår rätten. Det är den grundsatsen, att det åligger den, genom vars skuld något för annans rättsligen skyddade intresse menligt förhållande inträtt, en skyldighet att utjämna detta, således att göra eller lida vad som erfordras härför“ (HAGSTRÖMER s. 33 f.).

För att straffet enligt den vanliga, härskande åskådningen skall vara rättfärdigat inför vårt rättsmedvetande, måste sålunda brottslingen för oss framstå såsom bärande skuld i moralisk mening. För sådan skuld fordras emellertid, att han har gjort något orätt, vilket i sin tur innebär, att han handlat emot sina plikter. Plikter mot vem? Svaret är givet. Det är ju staten som straffar, det är sålunda statens rätt att straffa, som skall grundas. Och för att staten skall ha rättslig grund att straffa, måste brottslingens skuld bestå däri, att han kränkt sin plikt mot staten, d. v. s. en plikt, som är fastställd av staten själv, så att den av staten själv behandlas såsom plikt. Plikten måste strida mot statens bud, sålunda rättsbud. Därigenom blir den ifrågavarande pliktvidrigheten en rättsvidrighet, väl att skilja från den blott moraliska pliktvidrigheten. Eftersom emellertid nu pliktbegreppet innesluter begreppet om ett krav mot den förpliktade för den, mot vilken plikten riktar sig, så har den på statens bud grundade plikten blivit en statens egen fordran mot samhällsmedlemmarne, som i händelse av pliktkränkning tager sig uttryck i statens rätt till satisfaktion, statens rätt att straffa (se HÄGERSTRÖM, Till frågan om den objektiva rättens begrepp, s. 153, särskilt not 3).

Till undvikande av all oklarhet på denna punkt måste särskilt framhåvas, att det är den nu härskande straffrättsdoktrinen, vilken på detta konstruerade sätt betraktar saken. Att den absoluta vedergällningsprincipen, ur vilken den nuvarande straffrätten historiskt har uppkommit, i brottet såg en pliktvidrig handling, borde ju egentligen ha varit en sak alldeles för sig. Här låg saken så, att det var den pliktvidriga handlingen såsom sådan, vilken i denna sin egenskap enligt

naturordningen krävde straffet såsom sin ovillkorliga påföljd. Det är klart, att med en dylik åskådning straffet självt icke hade något ändamål, som rättfärdigade detsamma, utan att det blott motiverades av handlingens pliktvidrighet, som sålunda var den enda anledningen till straffet. När sedan efter en mera förnuftig åskådning de relativa straffteorierna började göra sig gällande och straffet ansågs böra ske för fullföljande av ett nyttigt utanför straffet självt liggande ändamål, så släppte man likväl icke pliktvidrighetskravet. Man var till den grad invand i föreställningen om detta krav, att man trodde det vara något i sakens natur liggande. Och när det sålunda postulerade kravet nu med de nya teorierna skulle närmare motiveras, så var det ju icke svårt att finna "rättsgrunden". Resonnemanget blir summariskt följande. Genom straffet tillfogar ju samhället brottslingen ett ont. Brottslingen utnyttjas sålunda såsom medel för syften, nyttiga för andra än honom själv. Detta vore stridande mot rättsmedvetandets uppfattning, såvida icke brottslingen hade skuld i rättsmedvetandets mening till uppkomsten av den situation, som påkallat straffet. Men skuld betyder att man gjort något orätt, d. v. s. överträtt ett bud och sålunda handlat pliktvidrigt eller, eftersom fråga vore om statens bud, rättsstridigt. Därmed har pliktvidrigheten eller, såsom det i allmänhet uttryckes, rättsstridigheten blivit ett nödvändigt begrepp också i den moderna straffrättsåskådningen.

Att det är ett arv från den rena vedergällningsståndpunkten kan naturligtvis icke förnekas av den anledning, att denna betraktar den rättsstridiga handlingen i dess yttre karaktär såsom rättfärdigande straffet, under det att man låter viljans rättsstridighet spela denna roll i de relativa straffteorierna. Såvitt överhuvudtaget rättsstridighetsbegreppet här införes, har det sin enda *raison d'être* i försöket att rättfärdiga straffet genom den föreställningen, att brottslingen har kränkt en plikt, närmare bestämt en av staten fastställd plikt. Därför blir också

THYRÉNS hånfulla anmärkning, s. 29 f., att jag förväxlat frågan om straffets omfång med frågan om dess rättsgrund uppenbart oriktig och alldeles meningslös, annat än som en sofistisk lek med ord. Ty om rättsstridigheten bestämmer straffets omfång, så är den också med nödvändighet straffets rättsgrund. Lika obegriplig är den hänvisning THYRÉN i detta sammanhang gör till delar av HAGSTRÖMERS framställning, som jag icke citerat. Först bör härvid märkas att jag blott exempelvis citerade vissa sidor hos HAGSTRÖMER. Vidare att också de delar, till vilka jag icke hänvisade, blott äro ytterligare belägg för befogenheten i min straffrättskritik, varom man kan övertyga sig genom att läsa HÄGERSTRÖMS framställning i Sv. Juristt. s. 327, i huvudsak avtryckt här ovan s. 9 f. — Till synes oförmögen att fasthålla sina egna utgångspunkter kommer THYRÉN i detta sammanhang med följande reflexion, s. 30:

“Men förf. nöjer sig icke med att vederlägga de till större eller mindre del inbillade motståndare, som i rättsbudsöverträdelsen finna straffets rättsgrund; han förnekar även den *verkliga* rättsgrunden för preventionsstraffet, nämligen den i den brottliga handlingen liggande samhällsfaran“.

Jag bortser från den ovan s. 12 ff. utagerade frågan om THYRÉNS misstag angående förhållandet mellan straffet och brottsfarligheten. Det intressanta i de nu citerade orden ligger i det sätt varpå THYRÉN vilseleder läsaren. Han låter skenbart en motsättning uppkomma mellan “rättsbudsöverträdelse“ såsom straffets rättsgrund och “samhällsfarlighet“ såsom sådan grund. Är det i god tro, som THYRÉN förbiser, att straffrättsdoktrinen, såvitt fråga är om straffets rättsgrund, kräver, att samhällsfarligheten beror på brottslingens rättsstridiga vilja? Man behöver ju blott beakta nyss här ovan efter HAGSTRÖMER citerade uttalanden. Vad THYRÉN angår, har han visserligen i sin skrift mot mig på tal om straffets rättsgrund å s. 12 f. och s. 33 f. omsorgsfullt undvikit att för egen del direkt använda ordet rättsstridighet, men han misstar sig, om han tror sig

därmed kunna lura någon. Vad vore meningen med hävdandet av rättsstridighetsrekvisitet såsom integrerande moment i varje brottsrekvisit, om samhällsfarligheten utan hänsyn till rättsstridighet skulle utgöra straffets rättsgrund? Och det är ju en käpphäst, som THYRÉN rider på genom alla sin "Principer för en strafflagsreform", att brottet vore ett angrepp mot rättsordningen och att häri låge samhällsfaran, något som han oförsiktigt nog icke heller i förevarande skrift kunnat låta bli att omtala, s. 9 n. 1. Men f. ö., vad vore meningen med att, såsom THYRÉN gör, avhåna min teori såsom en "ren offerdjursteori" (s. 33 och jfr s. 12), om icke därför att jag bestrider, att straffet på allra minsta sätt vore motiverat av brottet såsom en pliktvidrighet, rättsbudsöverträdelse? Vore icke detta tankegången, så bleve hela resonnemanget å s. 12 icke något annat än tomt prat i luften. Här framhålles ju den "upprörande cynismen" i att, såsom jag gör, motivera straffet med samhällsnyttans krav. "Samhället får alldeles icke använda individen såsom medel", utan straffet har sin rättsgrund såsom reaktion mot "en i individens egen vilja liggande fara"; det är denna, som gör honom "skyldig att underkasta sig straffet". Detta resonnemang saknade ju varje spår av förnuft, om THYRÉN icke menade alldeles detsamma som HAGSTRÖMER (se citatet ovan s. 67), att straffet motiverades av brottslingens "skuld", hans "ansvar för uppkomsten av den fara för rättsordningen, som ligger i hans rättsstridiga viljebeskaffenhet". Tappar man hux flux bort rättsstridighetskravet här, så stode man ju ofelbart inför den där "cyniska offerdjursteorien." F. ö. säger ju THYRÉN själv nästan omedelbart efteråt (s. 13 jfr med noten därst.), att samhällsfarligheten i viljan bl. a. konstateras därigenom, att individen känt (resp. bort känna) straffbudet och sålunda visat "olydnad mot samhällsviljan". Att THYRÉN på annat ställe, Princ. I, s. 33 f., bestrider, att skuld i moralisk mening får läggas till grund för straffbarhet, hjälper icke. Man kan icke undslippa kritik blott av den an-

ledning att man samtidigt gjort sig till talesman för flera varandra diametralt motsatta ståndpunkter. Och det torde vara ofrånkomligt, att, om straffet av hänsyn till att brottslingen icke skall få lida som ett offerdjur måste ha en särskild rättsgrund och denna befinnes vara den samhällsfarlighet i brottslingens vilja, som lett till olydnad mot samhällsviljan, så är det blott rent nonsens att vilja taga avstånd från åsikten, att straffet har sin rättsgrund i brottslingens skuld. Men det är så typiskt detta just för THYRÉN att komma med "moderna" inslag (här en konsekvens av viljans ofrihet) utan att begripa, att därigenom blott bringas ytterligare oreda i den skolastiska lärobyggnad, som han i övrigt tagit sin tillflykt till.

Jag konstaterar härefter på denna punkt följande. Det har ådagalagts, att både THYRÉN och den övriga straffrättsdoktrinen finner straffet blott vara motiverat av den i brottslingens rättsstridiga vilja liggande samhällsfarligheten. För att paralysera min kritik proklamerar THYRÉN å s. 30 helt obesvärat raka motsatsen. I enlighet härmed söker han å s. 12 och s. 13 blanda bort korten genom allehanda talesätt. Först avstår han försiktigtvis från bruket av ordet rättsstridighet i uttalanden, vilka icke kunna uppfattas annat än som fullkomligt innehållslösa fraser eller riktigare veritabelt goddag—yxskafsprat, därest THYRÉNS mening verkligen vore, att rättsstridigheten icke vore det, som det komme an på. Därefter utnyttjar han (s. 13) analogi från den privata nödvärnsrätten utan att taga den allra minsta hänsyn till rättsstridighetskravet. (Angående det oförsvärliga häri, se ovan s. 10 ff.) För att emellertid något så när ha ryggen fri heter det till sist, att olydnad mot samhällsviljan involverar samhällsfarlig vilja. Detta sammelsurium finnes ju i och för sig icke någon anledning att dröja vid. Men saken har här liksom vid THYRÉNS polemik mot mig i det hela även en annan sida. Det finns i vårt land så ytterst få, vilka ha förutsättningar att kunna verkligen genomskåda

ihålligheten, försåtligheten eller motsägningarna i THYRÉNS tvärsäkra fraser. Mängden av läsare skulle taga all denna gallimatias för kontant, om icke dess rätta halt påvisades.

Jag har härmed visat, att begreppet rättsstridighet varken kan eller får användas inom straffrätten, ja att det i själva verket är något som inte finnes till i verkligheten. Visserligen icke fullt medvetet THYRÉN, som ju bygger hela sin straffrättslära på rättsstridighetsläran såsom en av hörnstenarne, men andra, vilka begripit, att min kritik är ofrånkomlig, ha sökt göra gällande, att det likväl i sak icke spelade någon roll, om man trots dess oförnuftighet bibehölle begreppet, när det nu en gång vunnit sådant fotfäste. Det vore strängt taget blott en terminologisk fråga. Härom är emellertid att säga följande. Jag har redan påvisat, hur begreppets användning lett till ohållbara konsekvenser i avseende å den negativa handlingens straffbarhet. Vidare måste jag erinra om vad jag nyss uttalat angående motsvarande invändning mot mitt uppvisande av den negativa handlingens bristande kausalitet. Denna ovetenskapliga syn på straffrätten, som tagit sig uttryck i rättsstridighetsläran, har naturligtvis haft de mest vittgående verkningar. Med denna oriktiga, fundamentala lära som utgångspunkt har det ju blivit absolut omöjligt att kunna erhålla en riktig uppfattning om straffets verkliga funktion i samhället. Vad detta betyder torde framgå av mitt i den positiva delen av min "Principinledning" gjorda försök att framställa en riktigare uppfattning av straffets sociala funktion. Jag hänvisar till de konsekvenser, som jag där antytt å s. 74 ff. Särskilt är det ju uppenbart, att man, när det gäller ny strafflagstiftning, måste ha, minst sagt, det allra största intresse av vad som verkligen är straffets funktion. Sålunda borde den, som läst min skrift "Förbudsfrågan ur rättslig synpunkt" kunna inse, att THYRÉN aldrig skulle kunna ha hållit sitt famösa förbuds-

tal i riksdagen om han haft blicken klar för straffets samhälleliga uppgift, och att överhuvud taget det oerhörda arbete, som redan från statsmakternas sida nedlagts å förbudssaken, med insikt i denna fråga skulle ha inbesparats. Hur en strafflag numera skulle komma att se ut om rättsvetenskapen lyckades frigöra sig från alla dessa verklighetsfrånhända dogmer, som sammanhånga med rättsstridighetsläran, det är icke gott att förutsäga. Visserligen har jag ju ofta framhållit, att i både lagstiftning och rättsskipning samhällsnyttans krav enligt sakens natur genomgående måste tränga sig fram trots allt det motstånd från rättsvetenskapens sida, som därvid är att övervinna. Men det sker blott successivt och ofta först sedan den praktiska erfarenheten blottat oförnuftigheten i de skolastiska lärorna. På detta sätt kommer emellertid rättsvetenskapen helt och hållet i efterhand. Mindre betänkligt vore väl detta, om den då omedelbart låte leda sig av en av samhällsnyttans krav dirigerad lagstiftning och rättspraxis. Men detta är ingalunda händelsen. Ty i allt det, som sammanhänger med rättsstridighetsläran, låter jurisprudence omedelbart leda sig av dessa oförnuftiga och vidskepliga föreställningar, som sedan sekler bibehållits i ett oupplyst folkmedvetande. I stället för att på ett förnuftigt sätt utnyttja de i praktiken utvunna resultaten gäller det för denna verklighetsfrånvända rättsvetenskap att söka inpressa dem i sin skolastiska begreppsdräkt. Mot den nuvarande straffrättsvetenskapen kan sålunda i förevarande avseende tvenne anmärkningar göras. Dels kommer den i stället för att taga ledningen av rättens utveckling i efterhand i förhållande till lagstiftning och rättspraxis. Dels låter den icke ens dessa krafter ostörda få gagna samhället genom tillgodoseende av dettas krav utan den försöker ideligen förkväva dem genom att pressa in de sig mödosamt framarbetande resultaten under i en skolastisk begreppsdräkt insvepta satsar.

Thyréns kritik av mitt försök till *positiv* straffteori.

Denna kritik fördelar sig på två olika rubriker: "Straffets ändamål" (THYRÉNS skrift s. 24—29) och "Förf:s resultat" (s. 45—50). Jag skall behandla den i samma ordning¹.

"Straffets ändamål."

Härunder ha vi att beakta följande punkter.

a. THYRÉN är synnerligen angelägen att framställa min åskådning såsom en ny och försämrad upplaga av BAUERS s. k. varningsteori, varvid särskilt betonas, att denna är 100 år gammal (s. 23, 24 och 54). Om nu verkligen likhet skulle råda mellan BAUERS satser och de av mig uttalade, så hade detta naturligtvis icke den allra minsta betydelse i det hänseende, som av THYRÉN avses, nämligen såsom bevis för att den av mig framställda åskådningen, betraktad i sin helhet, icke vore ny. Allt hänger ju på arten av den motivering, som gives. Ingen skulle väl vilja förringa värdet av THYRÉNS straffteori redan av det skäl, att den väsentligen liknar PLATONS (ang. denne se t. ex. v. BAR, Geschichte der Strafrechts-theorien), låt vara att THYRÉNS föredöme levde för mer än 2,000 år sedan. Nu visar det sig emellertid, att det endast möjligen skulle kunna vara vissa rent ytliga likheter, kanske i ordvalet

¹ Ifrågavarande delar i THYRÉNS skrift utgöra huvudsakligen det, som han före dennas utgivande publicerade i Svensk Juristt. 1920, s. 219—227, och varpå jag svarade a. st. s. 275—285. Då jag anser det av en viss vikt, att det hela samlas på ett ställe, bemöter jag nu i det följande THYRÉN, såsom om min replik i Sv. Juristt. icke funnits. Delvis har jag emellertid ordagrant avtryckt den.

på ett eller annat ställe, som skulle kunna förleda någon att sätta min uppfattning i samband med BAUERS. I verkligheten hör BAUERS lära till samma grupp av straffteorier, som jag gjort till min uppgift att bekämpa. Till det väsentligaste i min bok hör just den del, i vilken jag försöker få bort från den moderna straffrätten de naturrättsliga elementer, som mer eller mindre förstuckat finnas där och som särskilt ta sig uttryck i den uppfattningen, att straffbudet skapade en rättsplikt att icke begå ett brott och att dettas väsen sålunda utgjordes av en pliktöverträdelse eller, såsom det hos BAUER uttryckes, en lagstridig eller rättsstridig handling i uppfattningen, att brottslingen straffades *quia peccatum est*.

I avseende å den av THYRÉN förmenta likheten mellan BAUERS lära och min får jag sålunda först understryka, att BAUER är en utpräglad naturrättslärare med hela den naturrättsliga apparaten (se hans Warnungstheorie, Göttingen 1830, s. 2 ff.). — Jag skall därefter anställa en jämförelse mellan BAUERS och min åsikt i avseende å strafflagens ändamål, brottets väsen och straffets rättvisa.

1. Om strafflagens ändamål säger BAUER a. a. s. 38:

“Die warnende Stimme des Gesetzgebers will, durch die Vorstellung des, mit der Handlung verknüpften Strafübels, dem Menschen, ausser den Beweggründen der Sittlichkeit, des Rechts, der Religion und der Ehre, noch einen wichtigen Abrathungsgrund mehr geben, und ihm dadurch die pflichtmässige Beherrschung seiner sinnlichen Antriebe erleichtern“.

D. v. s. strafflagen tjänar även här liksom hos FEUERBACH såsom avskräckningsgrund, ehuru BAUER icke, av skäl som jag här icke behöver gå in på, använder det uttrycket. Men vidare framträder såsom ett väsentligt moment i strafflagens ändamål hos BAUER undervisningssyftet. Han säger s. 40:

“Endlich werden die Bürger durch die gesetzliche Warnung von der Gefährlichkeit und bürgerlichen Strafwürdigkeit der Handlungen bestimmter unterrichtet, und über die Grösse des daran geknüpften

Uebels belehrt“. (Alla spärningar här liksom i de följande citaten gjorda efter BAUER).

Det är sålunda om handlingens *bürgerliche Strafwürdigkeit*, som strafflagen skall undervisa människorna. Vad BAUER därmed förstår finner man på annat ställe. Härvid bör emellertid först märkas, att straffmättet för BAUER utgör graden av en handling straffvärdighet. Och han betonar starkt, att straffmättet skall bestämmas oberoende av strafflagens ändamål, se exempelvis s. 127. Att BAUER därvid fattar "straffvärdighet" såsom bestämd av den eviga rättvisan, vedergällningens rättvisa, framgår av exempelvis s. 129 f.:

“Zugleich entspricht eine solche Strafgesetzgebung, welche das Strafmass blos von der Strafwürdigkeit, und nicht von besonderen Zwecken entnimmt, weit mehr den Anforderungen der Gerechtigkeit. — Trifft dann den Uebertreter, welcher sich nicht hat warnen lassen, die gesetzliche Strafe, so hat solche, in ihrer Vollstreckung, zugleich die Natur einer angemessenen Vergeltung und Abbüßung der strafwürdigen That, und es drückt sich darin mehr die Idee der Gerechtigkeit aus, welche nicht blos verlangt, dass die Strafdrohung aus Notwendigkeit hervorgehe, sondern auch dass den Thäter ein, dem Grade der Strafwürdigkeit seines Verbrechens möglichst angemessenes, Uebel treffe“.

Därav förstår man vad det är för slags undervisning, som strafflagen enligt BAUER har att meddela. Det är vedergällningens naturrätt. Människorna böra få klart för sig, att deras handlingar såsom onda äro värda ett visst straff.

Min teori bekämpar för det första avskräckningen såsom straffets ändamål (se min bok, s. 22 och s. 30 med motivering å s. 23—29). Vidare bekämpar den alla naturrättsliga vedergällningsföreställningar. Jag har ju framför allt lagt an på att bekämpa begreppet om en objektiv plikt, som skulle överträdas (se min bok s. 10—15 och s. 51—57). Dessutom har jag ju särskilt upptagit vedergällningens idé till behandling, sökt visa upp dess oriktighet såsom bottnande i en psykologisk cirkel, framhållit att idéen inneslutit ett riktigt moment i den mån nämligen densamma hävdade effektens betydelse,

och påvisat det ödesdigra missförstånd, som satt sin prägel särskilt på THYRÉNS straffrättslära därigenom, att han — i stället för att låta effektens betydelse komma i fullkomlig samklang med straffets ur förnuftiga synpunkter framgående sociala funktion — låter effektens betydelse bero på en oförnuftig, sedan gamla tider kvarlevande vedergällningsidé (s. 22 f., s. 34—38). Positivt går min teori ut på att strafflagen har till uppgift, att själv skapa en i samhället allmän plikt känsla i avseende å de kriminaliserade handlingarne (s. 24—30, s. 38 f.), något som BAUER icke haft den avlägsnaste tanke på. Det som väl föranlett THYRÉN till hans fundamentala missuppfattning är sannolikt det, att enligt BAUER strafflagen såsom en *Abrathungsgrund* skall understödja människans oberoende av straffagen förefintliga moraliska "förnuft" gent emot sinnligheten. Var och en som bemödar sig att studera mitt arbete måste finna, att denna BAUERS tanke står i allra skarpaste motsats till min teori.

2. Brottets begrepp enligt BAUER framgår av följande, s. 86:

"Verbrechen im weiteren Sinn (delictum) ist eine, durch Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung (oder eine strafgesetzwidrige Handlung, oder die Uebertretung eines Strafgesetzes). — Das wesentliche Merkmal des Begriffs eines Verbrechens besteht in der Strafgesetzwidrigkeit der Handlung".

Härmed bör jämföras s. 84, där brottet betecknas såsom en *rechtwidrige Handlung* och såsom en *Rechtsverletzung*. Det är just tanken på brottet såsom till sitt väsen bestående i brytandet av ett lagbud, som jag på denna punkt framför allt bekämpat. BAUERS "varnande" strafflag är ju icke något annat än den av mig bekämpade förbudsnormen (se min bok s. 10 ff.).

3. Om straffets rättvisa heter det hos BAUER, s. 77:

"Die Fällung des Strafurtheils ist ein blosser Act der Gerechtigkeit. Der Richter spricht dasselbe wenn alle Bedingungen der Anwendbarkeit des Strafgesetzes vorhanden sind, unbekümmert um die nützlichen oder schädlichen Folgen, welche dessen Vollziehung haben kann, blos weil das Strafgesetz übertreten ist".

Vidare säger han å s. 84:

“Die von ihm begangene Rechtsverletzung hat nur die rechtliche Folge, dass er sich die entsprechende Behandlung (den Entschädigungszwang und die Bestrafung) gefallen lassen muss. Wenn daher die grosse Gefährlichkeit eines Verbrechens die Androhung lebenslänglicher Freiheitsstrafe, oder der Lebensstrafe nothwendig macht, so wird er durch deren Zuerkennung und Zufügung nicht verletzt“.

Att BAUER häri ville ha inlagt, att brottet bör betecknas såsom en inre isolerad rättfärdighetsgrund till straffet kan så mycket mindre betvivlas, som han å s. 75 uttryckligen säger, att straffet förhåller sig till brottet (sc. såsom överträdelse av straffbud), som verkan till orsaken. I vanliga kompendier över straffteoriernas historia plägar ju också BAUERS åsikt om straffets förhållande till brottet utmärkas med orden *quia peccatum est*. Oriktigheten i att på detta sätt anse straffet vara en rättsföljd av brottet såsom en inre, rättvis grund, rättfärdighetsgrund, till straffet genomgår hela min framställning (se särskilt s. 30—34) och har av mig upprepade gånger uttryckligen betonats (s. 30, 46 f., 65).

Av vad jag nu anfört framgår, såvitt jag kan se, att en absolut motsats råder mellan BAUERS och min teori i avseende å strafflagens ändamål, brottets väsen och straffets rättvisa, och att det sålunda icke finnes rum för någon slags verklig likhet mellan våra åsikter. Då THYRÉN väl icke kan vara alldeles okunnig om den BAUERSKA teoriens allmänna grunddrag, kan man väl icke förklara detta meningslösa indragande av BAUERS uppfattning på annat sätt, än att THYRÉN trots all sin storordighet i själva verket saknar varje kännedom om det som han givit sig till att kritisera. Det utgör sålunda blott ett nytt bevis till mängden av de föregående för att han totalt saknat vare sig förmåga eller vilja att sätta sig in i min undersökning. Allt, vart enda ord, som THYRÉN nu enligt det följande behagat framkasta emot min straffteori, tyder på samma bristfällighet hos honom, i den mån det icke utgör

bevis för svagheter av ännu betänkligare art, något som jag överlåter till läsaren att döma om.

b. Efter sitt underliga tal om BAUER såsom min förebild meddelar THYRÉN följande angående själva kardinalpunkten i min positiva straffteori, frågan huruvida straffets allmänpreventiva verkan är avskräckande eller moralbildande:

“Förf. tager såsom sin utgångspunkt att visa — eller rättare sagt att *påstå* — att straffet icke verkar avskräckande. Varför icke? Därom lämnar s. 22 följande besked: 'I mycket primitiva samhällen kan straffet nog ha sin mission att fylla såsom avskräckningsmedel, men det är såsom sådant medel, efter vad som framgår icke blott av psykologiska vittnesbörd utan jämväl av historisk erfarenhet, absolut ändamålslost för folk med högre moralisk reflexion'. — Man tror knappt sina ögon, då man finner, att förf. med denna på måfå utslungade fras anser sig hava avfört frågan om avskräckningen. Föreställningen, att straffet övar en avskräckande verkan, hör således till de 'rena fiktioner', på vilka den 'vanliga straffrättsvetenskapen' vilar. Och beviset för denna sällsamma sats? Förf:s 'psykologiska vittnesbörd' och hans 'historiska erfarenhet'. Punkt och slut“.

Vad THYRÉN med dessa ord låtit komma sig till last, är av så kvalificerad art, att man till en början icke vill tro, att han verkligen sagt, vad han sagt. Hur pinsamt det än för mången måste bli att här övertygas om arten av THYRÉNS handlingsätt, nödgas jag likväl enträget bedja läsaren att ägna noggrann uppmärksamhet åt vad jag i förevarande avseende har att säga.

Å den av THYRÉN citerade sid. 22 i min bok utför jag ingenting angående det nutida straffets icke-avskräckande funktion. Å s. 22 inleder jag blott min framställning av denna fråga genom att förutskicka den anmärkningen, att straffet såsom sådant — d. v. s. det sporadiska straffet, straffet tänkt utan tillvaro av strafflag, straffet i mycket primitiva samhällen, d. v. s. hos vildarne — blott skulle verka avskräckande och därför icke hade någon mission att fylla för folk med högre moralisk reflexion. I fortsättningen å s. 22—23

utvecklar jag närmare, att straffets betydelse i kultursamhället måste sammanhånga med det bud, som påbjudit straffet. Först därefter går jag in på den av THYRÉN icke ens med ett ord antydda huvudutredningen och söker å s. 23—30 visa, att straffets funktion måste vara att skänka kraft åt straffbudet såsom dirigerande en allmän plikt känsla att icke företaga den straffbelagda handlingen, en uppgift så betydande att i jämförelse därmed straffets avskräckande verkan åtminstone såvitt fråga är om de grövre brottstyperna, knappast förtjänar att ens nämnas. Men det är icke nog härmed. Min argumentering inskränker sig ingalunda till dessa sju sidor. Jag stöder mig nämligen beträffande pliktidéen och dess släktskap med medvetenhetsläget hos en befallningsmottagare på HÄGERSTRÖMS arbete "Till den objektiva rättens begrepp", vilket jag hänvisar till på tre ställen, å s. 25 och s. 28 i min bok. I min ifrågavarande utredning för att straffets sociala funktion icke är avskräckande utan moralbildande har jag nedlagt ett ofantligt arbete för att kunna tillgodogöra mig HÄGERSTRÖMS både tryckta och otryckta, fullkomligt nyskapande tankar och idéer om rätten och samhället. Det är denna utredning, som THYRÉN avhånar genom att på angivet sätt citera mig (märk hans ord: "Därom lämnar s. 22 följande besked" och "Punkt och slut") och med jämväl dessa rena osanningar, att jag icke visar utan blott påstår och att jag "anser mig med en på måfå utslungad fras hava avfört frågan om avskräckningen". Han låtsar helt enkelt, som om jag icke alls lagt fram någon argumentering. Hans egna uttryckssätt äro ju sådana, att det tyvärr icke kan finnas allra minsta tvivel om att det varit hans avsikt att inbilla läsaren, att jag såsom bevisning i det centralaste och mest omdebatterade av de spörsmål, jag behandlat — spörsmålet angående straffets funktion i det nuvarande kultursamhället — skulle ha, i stället för den mestadels mycket koncist skrivna motivering, som jag givit å s. 23—30 med hänvisningar till HÄGERSTRÖMS anf. arb., nöjt mig med

det uttalande, varmed jag såsom en å s. 22 förutskickad inledande anmärkning velat avvisa användningen i civiliserade länder av det för vildarne passande sporadiska, d. v. s. icke av något straffbud reglerade straffet. Till yttermera visso talar THYRÉN längre ned å s. 24 om min utredning såsom "det nakna påståendet" och s. 25 passar han på att ytterligare misskreditera mig för läsaren på liknande sätt. Allt detta gör att, hur otroligt det än kan förefalla, den möjligheten likväl icke är utesluten, att THYRÉN i sin kritik gått så fabulöst lätt-sinnigt till väga, att han icke lagt märke till dessa sju sidor i min bok, å vilka man finner huvudutredningen för min positiva teori. Visserligen skulle redan med konstaterandet av ett sådant ansvarslöst handlingssätt hans kritik mot mig i sin helhet falla till marken såsom ett monstrum av ovederhäftighet. Men denna karaktär försvinner naturligtvis inte därigenom, att han skulle verkligen ha läst min utredning och sålunda medvetet utfört sin mot sanningen stridande citerings-handling. Hur man än vill se THYRÉNS motiv i detta fall, hur man än tänker sig de olika möjligheterna i detsamma, är det uppenbart, att hans tillvägagångssätt saknar motstycke i den vetenskapliga kritikens hittillsvarande historia och att ensamt detta fall bör vara mycket mer än tillräckligt för att beröva honom all slags auktoritet som vetenskapsman.

c. THYRÉN talar också i sitt angrepp på min positiva framställning upprepade gånger om att min teori icke kan stå i överensstämmelse med den moderna straffrätten, alldeles som om jag velat framställa alla goda eller dåliga, mer eller mindre av juridisk skolastik påverkade grunder, som bestämt vare sig den moderna eller den äldre straffrätten. Min avsikt har ju, såsom jag uttryckligen framhöll i de första sidorna av min bok, varit att visa upp de godtyckliga konstruktionerna och skolastiken inom straffrättsvetenskapen samt framställa det syfte med straffet, som ur samhällsnyttans synpunkt bör läggas till grund både vid strafflagstiftning och strafflagstillämpning,

det senare naturligtvis endast i den mån det med hänsyn till lagbudens avfattning är möjligt. Endast så till vida har jag haft att taga hänsyn till den positiva straffrätten, att jag sett efter, vad det är för en socialt nyttig verkan, som strafflagen faktiskt har haft eller har, låt vara att denna verkan i viss grad motarbetats genom allehanda naturrättsliga mer eller mindre vidskepliga föreställningar, som mängt sig in såsom bestämmande grunder för straffrätten.

d. Såsom jag förut närmare påvisat, har samhället genom sin strafflag ordnat det så, att den enskilde brottslingens person i allmänhet icke kan utgöra någon fara för samhället. Emellertid kunna vissa personer vare sig de begått kriminaliserade handlingar eller icke stundom visas vara farliga för det allmännas väl. En sådan samhällsfarlighet kan indiceras genom begåendet av ett brott, så att gärningsmannen på grund av omständigheterna vid dettas begående kan befaras upprepa samma slags brott eller begå andra ogärningar. Utgående från den av mig hävdade uppfattningen om straffets moralbildande funktion, har jag betonat det nödvändiga i att också i dylika fall vid straffets bestämmande blott taga hänsyn till storheten av det sociala värde, som genom brottet medelbarligen angripits, men icke alls till den från brottslingens person utspringande faran. De skyddsåtgärder mot brottslingen, som kunna föranledas av denna fara måste erhålla rent administrativ karaktär och få på intet sätt förväxlas med straff (s. 63 ff.). Det är brottslingar, som på detta sätt visas farliga, vilka jag betecknat såsom vaneförbrytare (kroniska brottslingar). Samtliga andra brottslingar, vilka icke kunna tilläggas sådan samhällsfarlighet och sålunda över huvud taget icke på grund av ådagalagd brottslighet — med hänsyn till strafflagens faktiska kraft att verka prevenerande — kunna betraktas såsom samhällsfarliga, har jag i brist på ett bättre ord betecknat såsom akuta. Något tvivel angående min mening med denna gruppering kan omöjligen uppstå för dem, som läst min framställ-

ning å s. 63 ff., till vilken jag hänvisat å s. 44, det ställe där jag talar om akuta brott och vaneförbrytelser. Man märke sålunda, att det icke alls varit fråga om att göra någon systematisk indelning av brottslingarne utan blott och bart detta att med hänsyn till en viss fråga, frågan om en brottslings samhällsfarlighet, betona vaneförbrytarnes särställning i jämförelse med övriga brottslingar, vilka jag utan att på något sätt därmed vilja närmare karakterisera dem, blott för enkelhetens skull rent formellt betecknat såsom akuta, ett ord som ju också låter synnerligen väl försvara sig såsom motsättning till vaneförbrytare eller kroniska brottslingar. Det torde därför svårligen kunna betraktas annat än som ett meningslöst ordsvall, när THYRÉN, s. 26 f., presterar följande:

“Då förf. ingenstades närmare bestämmer, vad han menar med akuta förbrytare och med vaneförbrytare, men det emellertid är uppenbart av det sagda, att hela massan av brottslingar skall uttömmas genom indelningen i nämnda två grupper, så får man närmast den uppfattningen, att det blott är de i inskränktaste mening akuta brottslingarne (= sådana, där *verkligen* ingen fara hotar från brottslingens egen person), för vilka han vill uppställa en ren allmänprevention, och man frågar sig, vad han menar med att lancera en ny och revolutionerande straffteori, som är beräknad att gälla endast för denna försvinnande minoritet av brottslingar. Men gåtan löses, när man kommer till s. 63 ff. Det visar sig nämligen här, att förf. alldeles icke för egen del menar, att någon individualprevention skall ingå i straffet för dem han kallar vaneförbrytare: han anmärker detta såsom ett fel i den 'gängse straffrätten'. Individualpreventionen mot vaneförbrytare bör vara en ren skyddsåtgärd och 'icke på något sätt hava straffkaraktär' men bör 'föregås av ett verkligt straff' (s. 64). Vill man nu icke förutsätta den orimlighet hos förf., att han skulle vilja underkasta hela det överväldigande flertalet av brottslingar — dem som icke äro akuta i ovannämnda inskränktaste mening — en *dubbelbehandling* med både straff och skyddsåtgärd, så får han anses med 'vaneförbrytare' ha åsyftat de utpräglade kroniska fall av upprepade interaktion, för vilka en dylik internering (vare sig man vill låta den föregås av straff eller icke) rimligen skulle kunna sättas i fråga. En mycket ringa del av brottslingarne äro verkligt 'akuta', utvisa ingen viljefarlighet (skulle sålunda kunna lämnas straffria utan risk för att *de* härigenom

uppmuntrades till att begå nya brott). Ett annat mycket litet antal utgöres av så svåra kroniska brottslingar, att de kunna ifrågasättas till internering (i stället för eller jämte straff). Om hela den återstående huvudmassan — antagligen 95 % eller mer av de individer, som begå mera allvarliga brott — ger förf. intet annat besked, än att individual-prevention icke får förekomma i straffet. Skall han tagas på orden, måste de således samtliga *paribus ceteris* beläggas med alldeles samma straff som den mest akute brottsling (såvida, som sagt, han icke vill belägga dem samtliga med en extra skyddsåtgärd, efter straffet). Ville han försöka med ett genomsnittsstraff, sådant den nuvarande straffrätten skulle använda för ett mellanläge, så är obehövt att anmärka, att detta bleve orimligt högt för de lindrigaste och orimligt lågt för de svåraste fallen“.

Men det är ej nog med det meningslösa i hela harangen. Den tyder också på en medveten vilja att snedvrida mitt resonemang. Ty det finns ju intet spår till förnuft i att å ena sidan inse, att jag med akuta brottslingar åsyftar alla andra än vaneförbrytarne och å andra sidan i samma andetag tro, att jag med de förra åsyftar en “försvinnande minoritet av brottslingar“, alldeles såsom om vaneförbrytarne självfallet skulle vara i stor majoritet. Och är det *fair play* att låta, som om jag talade i gåtor, vilka händelsevis fingo sin lösning i ett senare sammanhang, när jag uttryckligen hänvisar till detta senare sammanhang, som är av den art, att THYRÉN själv tvingas erkänna, att jag med vaneförbrytare blott kan avse ett mycket litet antal brottslingar? Slutledningen kan ju ett barn draga, nämligen att jag med akuta brottslingar avser den stora massan av förbrytare. Den värsta bristen i THYRÉNS resonemang ligger emellertid däri, att han genomgående förutsätter just det som visats (se ovan s. 12 ff.) vara ett rent fantom i hans straffrättslära, nämligen att det enskilda straffet riktade sig mot brottslingens samhällsfarlighet. Det är just och blott oriktigheten i en sådan syn på saken, som jag i det av THYRÉN påtalade sammanhanget söker visa upp, och jag erhåller då till svar, att jag beträffande den stora massan av

brottslingar icke "ger annat besked än att individualprevention etc. (se föreg. sida) . . . svåraste fallen". Dessa ur saklig synpunkt innehållslösa ordflöden synes THYRÉN ha låtit strömma enkom för att giva en skarpare relief åt sina beskyllningar, att jag skulle förirra mig i motsägelser. Han fortsätter nämligen sålunda:

"Nu måste emellertid tilläggas, att förf. genom en plötslig volt slutar med att uppställa ett slags subjektiv straffmätning, varmed han kanske tror sig hava avhjälpt bristen. Utgående från strafflagens — förmedelst de reguljärt inträdande straffen — norminskräpande verkan, härleder han därur en hos samhällsmedlemmarne uppkommande, 'vissa handlingstyper absolut avböjande pliktkänsla i dess intima förbindelse med föreställningen om ett lidande såsom den reguljära påföljden av brottet' (s. 31). — Denna 'pliktkänsla i avseende på det ogillade handlandet' (s. 30) kommer till stånd 'med fullständigt bortseende från brottslingens egen moraliska situation vid handlingstillfället. Om möjligen brottslingen kunnat förena handlingen med sitt eget samvete eller icke, spelar ingen roll. Häri framträder den ifrågavarande pliktkänslans bundenhet vid vissa handlingstyper såsom sådana, d. v. s. utan beaktande av det individuella moraliska läget' (s. 31). Härav borde väl närmast följa, att medlet för väckande av denna pliktkänsla, nämligen straffet, bleve oberoende av brottslingens 'moraliska situation', som 'ingen roll spelar'. Men *medlet* för känslans väckande förvandlar sig helt oförhappandes till *objekt* för känslans reaktion och det ovan anförda korrigeras (s. 76) därhän, att det gäller blott straffbarheten, icke straffmätningen. Efter det förf. anmärkt, att tillfälligtvis förhandenvarande moraliska motiv icke få utesluta handlingens straffbarhet, fortsätter han nämligen: 'Å andra sidan är det lika viktigt att i moraliskt avseende olika motivlägen verkligen föranleda olika straff. Ty det är givet, att pliktkänslan icke kan och icke heller bör reagera med samma styrka gent emot handlingar, som själva ha individuell moralisk motivering. De moraliskt goda momenten i handlingen måste naturligtvis motverka det moraliska fördömandet av densamma'. — Förf., som börjat med att förklara straffet för ett medel att — via strafflagen — framkalla en pliktkänsla, slutar sålunda med att bestämma straffet efter styrkan av denna pliktkänslas reaktion mot den brottsliga handlingen. Han börjar med ett slags allmänprevention och slutar med ett slags vedergällning — visserligen en vedergällningsteori med den specifika tillsatsen, att den pliktkänsla, vars krav på reaktion måste till-

fredställas och bestämma straffets utmätning, själv skapas av straffet. Bortsett från att förf. kanske här försummat ett gott tillfälle att konstatera en av de 'cirklar', som han *con amore* uppspårar litet över allt i den 'vanliga rättsvetenskapen', har han icke märkt eller i varje fall icke gjort något som helst för att avhjälpa den egendomliga motsägelse, vari hela denna svängning in på vedergällningsprincipen kommer till den regel, som han själv sid. 78 uppställer såsom en av hans teoris 'betydelsefulla konsekvenser', nämligen, att den gamla uppfattningen om straffet såsom en rättsföljd, som brottslingen på grund av sin moraliska beskaffenhet förtjänar, utrotas. Straffet skall utmätas efter den moraliska beskaffenheten av brottslingens motivläge (s. 76) och just detta tillvägagångssätt skall utrota uppfattningen, att straffet är något, som brottslingen på grund av sin moraliska beskaffenhet förtjänar (s. 79). Man skall straffa den mera moraliska brottslingen lindrigare och den mindre moraliska brottslingen strängare för att klargöra för publiken, att straffet ingenting har med brottslingens moral att göra. Begripe det den som kan! — Emellertid, om man än bortser från de motsägelser, vari förf:s moraliska straffmätning står till hans uttalanden i övrigt etc.“

Ur vetenskaplig synpunkt kan det naturligtvis ej vara behöfligt att offra något tankearbete på att utreda befängdheterna i detta *compositum*, där det ena missförståndet (eller hur det nu skall betecknas) hopats på det andra. När jag trots detta särskilt framhäver några synpunkter, riktar jag mig därför såsom på många andra punkter i denna skrift mindre till rättsvetenskapligt bildade personer än till den rättspolitiskt intresserade allmänheten, vilken kanske eljest skulle kunna duperas av den tvärsäkerhet i framställningen, som THYRÉN icke nekar sig, fastän han synbarligen icke begripit ett smack av det, som han tagit sig för att "kritisera“.

Jag har i min bok å s. 31 f., jfd med s. 27, påvisat, att den kraft i samhället, som håller brottet nere icke kan vara något annat än den av strafflagen alstrade allmänna moraliska föreställningen, att vissa handlingar, de kriminaliserade, äro absolut otillåtliga, d. v. s. att de icke — bortsett från vissa objektivet fixerbara förhållanden, exempelvis krig i fråga om dödande — under någon förevändning, icke ens av de vack-

raste motiver få utföras. I motsatt fall skulle en allmän osäkerhet uppstå, i det en medborgare tillätes försvara sitt mot strafflagen stridande handlingssätt med den motiveringen, en annan medborgare sitt liknande handlande med en annan. Den ene skulle på ett sofistiskt sätt intala sig, att just i hans fall märktes icke plikt känslan tala emot handlingen, en annan skulle låta leda sig av ett obestriddigen förhandenvarande vackert, altruistiskt motiv för att begå handlingen (t. ex. doktor Glas' mordhandling, en fattig mans stöld icke för egen utan ännu fattigares räkning o. s. v.). Det är ju lätt att begripa, att ett sådant sakernas tillstånd ur allmän synpunkt icke kunde tolereras, utan att den plikt känsla mot brott, som samhället kräver, måste ha denna karaktär av ofrånkomlighet, att den måste rikta sig mot handlingstypen och att sålunda brottslingens moraliska situation vid handlingstillfället icke får spela någon roll utan att, såsom jag också uttrycker det, "den s. k. orätta handlingen i sin allmänna karaktär avböjes absolut" (s. 31). Allt detta har jag nu å s. 75 f. erinrat om för att samtidigt göra det uttalande å s. 76, som THYRÉN andragit. Jag har på en gång talat dels om en vissa handlingstyper avböjande plikt känsla, d. v. s. om en absolut plikt känsla, som måste finnas till oberoende av det individuella moraliska motivläget, och dels därom att plikt känslans grad av reaktion måste bli beroende av brottslingens motiver. Jag frågar nu: finns det någon rättsinnig människa, som skulle kunna påstå, att jag här gjort mig skyldig till logiska volter, motsägelser eller cirkelbevis? Och vad sägs om THYRÉNS försök att hos läsaren misskreditera min framställning genom att låta "det ovan anförda" av mig "korrigeras därhän etc."?

Här förekommer emellertid också en av de allra värsta "gubbarna" i hela THYRÉNS s. k. polemik mot mig. Av mitt nyssberörda uttalande om att plikt känslans grad av reaktion blir beroende av brottslingens motiver har THYRÉN dragit den

befängda slutsatsen, att av mig såsom straffmått skulle åsyftas graden av de laglydiga medborgarnes vedergällningsreaktion, vadan jag trots allt "svängt in på vedergällningsprincipen" eller (såsom han uttrycker det i Svensk juristtidning 1920, s. 221) "sakligen slutat i den rena vedergällningsteorien". Ingen som läst min bok, borde kunna sväva i okunnighet om, att jag med plikt känslans reaktion mot en handling icke kan mena något annat än, såsom jag å s. 31 uttrycker det, en persons avböjande av den i hans fantasi givna möjligheten att själv utföra sådan handling, varom fråga är. Se f. ö. hela framställningen å s. 24—34 i min bok. Naturligtvis kan nu ingen förnuftig människa vilja sätta likhetstecken mellan den laglydige medborgarens motvilja mot att begå en handling och en persons lust att hämnas på den som begår den.

Det är påtagligt, att hela sista delen av citatet från THYRÉN ("Bortsett från etc. . . den som kan!") innebär en ytterst tarvlig sofistisk. Det blir här nödvändigt att jag anför hela sammanhanget i min bok å s. 78 f., där jag såsom den fjärde beaktansvärda konsekvensen av min straffrättsliga uppfattning uttalar följande:

"Det är av den allra största vikt, att inom rättsvetenskapen och — i den mest intima förbindelse därmed — inom sfären för domarnes, exekutionsmyndigheternas och fångvårdens verksamhet den gamla uppfattningen om straffet såsom en rättsföljd, som brottslingen på grund av sin moraliska beskaffenhet förtjänar, utrotas. Från det allmänna medvetandet lär den visserligen icke, åtminstone icke inom överskådlig framtid kunna utrotas; men den kan där i betydande grad motverkas. Endast om straffet ses såsom ett lidande, vilket måste läggas å brottslingen i det allmännas livsintresse, kan det under närvarande förhållanden oundvikliga nedtryckandet av brottslingen till en pariakast undvikas. Det är av ofantlig vikt, att statens organer genom en riktig uppfattning av straffet föra det allmännas sätt att reagera mot brott in i den riktiga strömfåran, så att reaktionen blir ett stämplande av handlingen, icke den handlande personen såsom ett ont. D. v. s. det gäller att *föra reaktionen mot brottslingen över till en reaktion mot motsvarande tendenser hos de reagerande eller eljest brottet*

bedömande personerna själva. Detta sker just genom att straffet i det allmänna medvetandet inpräglas vara ett lidande, som hör ihop med betingelserna för en samhällsordning. Härmed ersättes den på samma gång fördärvbringande och ofta fullkomligt vilseledande stämplingen av brottslingen som en omoralisk person av en plikt-känsla gent emot den handling, vars oundvikliga påföljd är strafflidandet“.

Kan någon läsare nu undgå att finna, att THYRÉN här i själva verket har på ett mycket grovt sätt snedvridit saken? Det gäller att åstadkomma en ändring i det rådande förhållandet, att brottslingen nedtryckes till en pariakast. Jag angiver på ett fullkomligt otvetydigt sätt, att denna ändring åstadkommes därigenom, att straffet i det allmänna medvetandet inpräglas vara ett lidande, som måste läggas å brottslingen, icke därför att han på grund av sin moraliska beskaffenhet förtjänar det, utan i det allmännas livsintresse, därför att det hör ihop med betingelserna för en samhällsordning. Var har jag på något sätt sagt, att syftet ifråga åstadkommes genom att straffet utmättes med hänsyn till brottslingens moraliska motivläge? Var har jag på något sätt sagt, att man skall “straffa den mera moraliska brottslingen lindrigare och den mindre moraliska brottslingen strängare för att klargöra för publiken, att straffet ingenting har med brottslingens moral att göra?” Om ett bolag igångsättes i vinstsyfte, skall man då, eftersom skattebetalning för rörelsen blir nödvändig, säga att bolaget skördar sin vinst icke genom rörelsen utan genom att betala skatterna? Det är dylik logik, som THYRÉN här måste förnedra sig till, för att inför allmänheten kunna framställa min undersökning i av honom önskad dager.

“Förf:s resultat.“

Under denna rubrik har THYRÉN mot mig riktat följande anmärkningar, som i det föregående icke blivit direkt vederlagda.

a. Jag har å s. 74 f. såsom en konsekvens av min uppfattning, enligt vilken huvudvikten lägges vid straffnormens moraliska inflytande på samhället, framhållit, att det icke går för sig att stifta strafflagar, vilka mötas av motsatta moraliska krafter från en viss klass eller vissa befolkningslager, och exemplifierat detta med Åkarps-, strejk-, preventiv- och totalförbudslagar. THYRÉN anmärker nu, s. 45 f., att dylikt

“många gånger före förf. framhållits, men varför förf:s straffteori skulle särskilt garantera däremot, är icke lätt att förstå. En lagstiftare, som t. ex. i straffet ser framför allt ett avskräckningsmedel, bör väl *snarare* säga sig, att avskräckningen svårligen kan betvinga en stark moralisk övertygelse, än en lagstiftare, som ser straffets väsen i dess moralbildande förmåga och sålunda just kunde frestas att söka övervinna en viss grupps moraliska åskådning genom sina straffnormers suggestion. Det hade passat bättre, om förf. försett sin teori med ett *cave* på denna punkt. I alla händelser lär hans lagstiftare icke kunna anses mera garanterad mot ett dylikt misstag, än någon annan“.

Detta yttrande är slående såtillvida som det visar sanningen av vad jag så ofta framhållit, att THYRÉN totalt saknat förmåga att fatta min tankegång i det hela och därmed också att se ohållbarheten i sin egen lärobyggnad. Eljest tycker man, att han åtminstone för ett ögonblick bort besinna sig inför bilden av avskräckningslagstiftaren, som tvingas retirera inför de motsatta moraliska krafterna. Ty hade straffet verkligen framför allt en avskräckande funktion, så är det ju alldeles givet, att det såsom avskräckningsmedel skulle kunna fungera alldeles oberoende av mötande motsatt moralisk åskådning, om blott straffen i varje fall gjordes tillräckligt fasansfulla. Hela resonemanget hos THYRÉN måste f. ö. te sig fullkomligt meningslöst för dem, som studerat sig in i min framställning. Jag har ju många gånger just såsom en nödvändig konsekvens av min åsikt framhållit, att, därest motsatta moraliska krafter komma med i spelet, blir straffnormen dels kraftlös, dels vållar den en uppresning mot samhället inom den miljö, där de motsatta moraliska krafterna härska, dels erhåller den just genom sin

kraftlöshet en högst samhällsdemoraliserande effekt, därigenom att den verkar hämmande på andra straffnormers förmåga att dirigera det allmänna handlingssättet i av dem berörda hänseenden (se min bok s. 25 och s. 29; jfr s. 35 och s. 76; närmare finnes saken utförd i min "Förbudsfrågan ur rättslig synpunkt" s. 24—30, s. 38 ff.). Det inses, hur mycket THYRÉN begripit av det hela, när han nu tror, att det moralbildande straffets lagstiftare skulle "frestas etc. . . suggestion". Efter det sagda behöver jag blott hänvisa till den av THYRÉN kritiserade framställningen å s. 74 f. i min bok. Emellertid saknar man icke heller i detta sammanhang ett av THYRÉNS vanliga trics. Han tillägger nämligen:

"Visserligen är förf. när det kommer till stycket, ganska blygsam i sin tilltro till strafflagens moralbildande kraft. Han anför såsom exempel, för vilka han varnar, bl. a. straffbestämmelser i sammanhang med spritförbud. Han förklarar härom, i en samtidigt utkommen uppsats i tidskriften Tiden (1920, n:r 1, s. 7), att frågan, huruvida totalförbudet, infört inom en överskådlig framtid, kan tänkas verkligen rycka den allmänna moralen med sig, 'vid någon liten eftertanke' måste besvaras med nej".

Först och främst hade detta uttalande bort komma THYRÉN att inse det meningslösa i hans föregående anmärkning. Men värre är, att han borde ha förstått att, när man talar om straffets moralbildande uppgift, så kan det enligt sakens egen natur icke vara fråga om alstrandet och uppehållandet av någon djupare inre moral utan blott av ett minimum av samhällsmoral, det mått som är absolut nödvändigt i ett ordnat samhälle. Att straffets moralbildande uppgift i nu antydd mening måste betraktas såsom synnerligen blygsam innebär naturligtvis icke, att straffets sociala moralbildande funktion hade en betydelse av blygsam art, eftersom denna funktion dock är en nödvändig betingelse för samhällets existens. Naturligtvis är THYRÉN icke heller så dum, att han verkligen tror, att min teori försvagas därav, att enligt densamma totalförbudet icke kan genomföras. — Till sist giver han sig i detta sammanhang in på en vantolkning av mina uttalanden i "Tiden"

angående folkomröstning i förbudsfrågan. Han följer därvid och gör gemensam sak med en för sin ovederhäftighet av mig upprepade gånger varnad person, en viss Englund. Ett närmare ingående på saken är här överflödigt, alldenstund jag kan hänvisa till min nyssnämnda skrift, Förbudsfrågan ur rättslig synpunkt, s. 31—36. (Ang. Englund se a. a. s. 76 ff.)

b. Såsom framgår av det föregående är det ju av största vikt, att det individuella motivläget, brottslingens moraliska situation vid handlingstillfället, icke får spela någon roll för frågan straffbarhet eller icke, men väl för frågan om straffets storlek. Sedan jag betonat detta, fortsätter jag å s. 76 f.:

“Från nu antydda fall av blott straffmildring måste emellertid strängt skiljas sådana fall, i vilka de moraliska motiven för handlingen icke äro av individuell natur, utan framgå av inom samhällsklasser eller samhällsgrupper rådande intressen, fall i vilka sålunda hela partier av samhället verkligen gilla handlingen. Här är det givetvis icke möjligt att genom straffnormer och deras effektivering inprägla pliktkänsla i avseende å handlingen hos det stora flertalet samhällsmedlemmar. Därav följer, att handlingens bestraffande i dylika fall icke allenast är överflödigt utan dessutom också medför ett särskilt ont. Straffet har nämligen nu en samhällsdemoraliserande verkan genom att i allmänhet nedsätta strafflagens auktoritet. Därför böra icke sådana handlingar bestraffas, som visserligen innebära angrepp på andras person och egendom men framgå av sådana situationer, som exempelvis föreligga vid vissa strejktillfällen, då det är uppenbart, att de strejkandes allmänna moraliska medvetande reagerar mot särskilda åtgöranden från klasskamraters sida (strejkbrytare). Naturligtvis måste till förebyggande av våldshandlingar, vilka ju alltid äro ett ont, nödiga skyddsåtgärder vidtagas från samhällets sida. Dessa skyddsåtgärder böra emellertid icke på något sätt erhålla karaktär av straff“.

Trogen sin gamla vana stryker nu THYRÉN min motivering och låter tydligt påskina, att jag utan någon motivering blott förklarar, att “sådana handlingar icke böra bestraffas etc. . . . karaktär av straff“, vartill han genmäler, s. 47:

“M. a. o. förutsatt nämnda 'allmänna moraliska medvetande' hos de strejkande, är strejkbrytaren såtillvida fågelfri, att den strejkande, som lyckas slå ihjäl honom, är straffri; däremot är den strejkande utsatt för

skyddsåtgärd, 'som dock icke på något sätt bör erhålla karaktär av straff', om hans uppsåt kommer i dagen, innan det verkställts och medan det sålunda kan förebyggas. Framtidens Amaltheamän äro sålunda under alla förhållanden säkra för straff, men dessutom även för andra obehag från statens sida, såvitt de blott utföra sitt uppsåt utan att förut låta märka det. För en utomstående kan det också här synas dunkelt, varför denna konsekvens skulle nödvändigt följa av förf:s princip, men det kan vara av intresse, att han själv vill hava den inräknad bland de 'verkliga och betydelsefulla resultaten'."

Genom att här konstruera fram en mening, som jag aldrig har på minsta sätt givit uttryck åt, nämligen att skyddsåtgärd mot de strejkande blott skulle komma ifråga, om deras uppsåt kommer i dagen, innan det verkställts, får han min teori att här framstå såsom särdeles opraktisk. I själva verket är emellertid saken ju den, att jag icke alls yttrat mig om vad för slags skyddsåtgärder, som skola vidtagas eller om de närmare förutsättningarna för dessa åtgärder. Det är endast användningen av vanligt straff, som jag ansett böra avböjas av skäl, som THYRÉN tyckt vara bäst att icke låtsas om. Sedan THYRÉN emellertid på detta sätt diktat upp en konsekvens av min princip, är det ju icke underligt, att det synes honom dunkelt, varför den "skulle nödvändigt följa av förf:s princip". Detta dunkel angående innebörden av min princip, vari THYRÉN ju genomgående svävar, tack vare hans underlåtenhet att taga hänsyn till vad jag sagt i min bok, kommer honom emellertid såtillvida väl till pass, att han i sina slutord kan finna lämplig anslutning till sin inledningsvis (s. 6 f.) gjorda nobla insinuation mot mig för politiskt lycksökeri.

c. Å s. 47 f. söker THYRÉN genom en utsökt vilseledande sammanställning av mina uttalanden ingiva läsaren föreställningen, att min åskådning är orimlig. Den av mig å s. 77 f. hävdade begränsningen i psykiatriens inflytande på straffrätts-skipningen skall så tillgå, refererar han,

"att straffrihet endast inträder i de fall, där den 'psykiska situationen' hos den handlande 'är så främmande för samhällsmedlemmarna i allmän-

het, att de icke ens kunna känna några tendenser till ett handlande, bestämt av sådana motiver, som i fallet föreligga'. — Men är 'tendensen till handlande av i fallet föreliggande motiver icke något för samhällsmedlemmarne i gemen främmande' (således t. ex. en sinnessjuk person, som överfaller annan för att bemäktiga sig hans egendom; en sinnessjuk man, som av förklarlig svartsjuka dödar sin hustru o. s. v.), så skall straff inträda“.

Det missförstånd, som framgår av THYRÉNS i parentesen gjorda slutledning, låter sig svårligen förklara. Ty det är ju dock tydligt nog, att, om sådana motiver som vinningslystnad och förklarlig svartsjuka i sin allmänhet tagna visst icke äro för människorna i gemen främmande, så kunna de dock vara det i den individuella form, som de ha hos en sinnessjuk person genom sin förbindelse med hans av sjukdomen föranledda föreställningsvärld. Av min utredning framgår ju otvetydigt, att en person icke bör straffas, om han lider av sinnessjukdom i den betydelsen, att hans motiver icke äro tänkbara såsom möjliga för andra människor i allmänhet. Dock undantager jag från straffbefriande "sinnessjukdom" den motivlägets abnormitet, som har sin bakgrund i det förhållande, att den "sinnessjukes" viljeliv till skillnad från samhällsmedlemmarnes i gemen icke berörts av den eljest allmänna så att säga moralförstärkning, som åstadkommits genom den kraft, som generation efter generation utströmmat från strafflagen. Hur svårt det är för THYRÉN att på denna punkt kunna förstå mig framgår av fortsättningen, i vilken han säger:

"Förf:s insikt i frågans psykiatriska sida belyses av fortsättningen (s. 78), där, åtminstone så som han uttrycker sig, han synes anse, att den anormalitet, som icke framträtt i själva handlingens motivläge, endast kan bestå i 'abnorm brist på sociala känslor'".

Det heter å s. 78 i min bok:

"Den enskilde förbrytaren må hur mycket som helst framträda såsom abnorm genom fullständig frånvaro av plikt-känsla eller allmänt sociala känslor; hans själsläge är dock sådant, att det visst icke är något för den normale samhällsmedlemmen främmande, ehuru hos denne de brotts-

liga tendenserna undertryckas genom moraliska faktorer. Psykiatrien bör därför regleras av det allmänna medvetandets sätt att reagera och har endast till uppgift att, där tvivel kan finnas, söka fastställa, huruvida själsläget vid handlingen var sådant, att det allmänna, om det haft full insikt i saken, icke skulle ha reagerat. D. v. s. psykiatern får icke ställa frågan så: är den handlande i abnormt på sociala känslor? Utan han bör ställa den så: finns det ingen fara för att ett sådant motivläge som den handlandes skulle kunna bli det bestämmande också för åtskilliga andra samhällsmedlemmar, om gärningen icke bestraffades? En ledning vid svaret på den frågan erhålles i det allmännas sätt att förhålla sig gent emot handlingen ifråga vid tillräcklig kunskap om sakläget. Man må ej förlora ur sikte, att vad som gör, att den grövre brottsligheten i den allmänna föreställningen framträder såsom något 'abnormt', det är just den särskilt starka allmänna plikt känsla emot de grövre brotten, som fostrats genom det reguljära stränga bestraffandet av grova brottslingar. Men det är ingalunda säkert, att icke bortfallandet av straff i vanlig mening för dessa 'abnorma' skulle förändra situationen, så att abnormiteten komme att falla bort och deras handlingar måste betraktas såsom mera 'normala' företeelser“.

Den slutsats, THYRÉN dragit av mina ord, är omöjlig att förstå. Jag har ju blott velat betona, att den abnorma frånavarön av sociala känslor icke i och för sig får betraktas såsom straffbefriande sinnessjukdom, fastän den är abnorm, ty abnormiteten kan bero på att strafflagen gjort en viss social plikt känsla till det normala.

d. Å s. 48 säger THYRÉN följande:

“Förf:s teori skall vidare, enligt vad han synes mena, hava förmågan att om icke utrota så dock i betydande grad motverka uppfattningen, att brottslingen på grund av sin *moraliska beskaffenhet förtjänar* straffet och därigenom förekomma det eljest 'oundvikliga nedtryckandet av brottslingen till en pariakast' (s. 79). Bortsett från det underliga förhållande, vari detta, såsom ovan (s. 28) anmärkt, kommer till förf:s yttrande (s. 76) om den subjektiva straffmätningen, har förf. ännu tydligare än i föregående fall konstruerat en *lucus a non lucendo*. Just i samma mån samhällsmedlemmarna genomsyras av uppfattningen, att strafflagen är tillkommen för moralens skull och skapar den 'kraftigaste moraliska faktorn' (sid. 24), måste det ju ligga nära till hands — ja, i själva verket vara oundvikligt — att i brotten se de mest omoraliska företeelserna

och i brottslingen den *par excellence* omoraliske mannen, vida mer omoralisk än den ohederlige person, som förstår att slingra sig straffri genom lagparagraferna. Med förf:s teori förvandlad till allmän uppfattning skall brottslingen svårligen någonsin undgå denna stämpel i annat fall, än då det alldeles uttryckligen framgår av omständigheterna, att hans gärning betingats av moraliska motiver“.

Härtill är att märka, att jag har anfört skäl för att min teori måste ha den ifrågavarande förmågan. Detta skäl står att läsa i min bok å s. 78 f., som avtryckts här ovan s. 89 f. Som vanligt har THYRÉN uraktlåtit att fästa avseende vid min argumentering. I stället för att försöka sig på en motbevisning blandar han bort korten för läsaren. Innehållet i min teori på denna punkt kan sägas vara följande. I den mån alla vedergällningsföreställningar undanrödjas och i den mån den uppfattningen sprides, att strafflidandet lägges å brottslingen icke för att han moraliskt förtjänar straffet utan i det allmännas livsintresse, som med straffet tillgodoses på det sätt, att därigenom hos medlemmarne i gemen inpräglas plikt känsla mot handlingen, i samma mån måste med logisk nödvändighet det bli icke den handlande personen utan handlingen, som stämplas såsom ett ont. Ty plikt känsla mot en brottslings handling kan, såsom jag å s. 30 f. i min bok framhållit, icke innebära något annat, än att en person, som sätter sig in i brottslingens egen situation vid handlingstillfället, reagerar emot den möjlighet till handlande, som sålunda i fantasien uppställs för honom själv. Konsekvensen av min teori måste sålunda ovedersägligen bli, att den hittillsvarande reaktionen mot brottslingen föres över till en reaktion mot motsvarande tendenser hos de reagerande själva. THYRÉNS ifrågavarande missförstånd är ju f. ö. besläktat med den där rysliga "gubben" han gjorde, när han trodde, att plikt känslans reaktion mot ett brott var detsamma som en vedergällningsreaktion mot brottslingen (se ovan s. 88 f.). Men om THYRÉN på den punkt, som nu sysselsätter oss, också verkligen tror, att han framställt en

befogad invändning, d. v. s. att min teori t. o. m. mera än hans egen skulle vara ägnad att stämpla brottslingen såsom omoralisk, då måtte det allt vara bra rörigt ställt i hans hjärna. THYRÉN håller ju styvt på, att straffet alltjämt måste influeras av sedan gamla tider kvarlevande vedergällningsidéer. Han anser, att brottslingen har gjort ett angrepp mot samhällsordningen och sålunda överträtt en rättslig plikt. Enligt THYRÉN är brottslingens viljebeskaffenhet av den art, att han är skyldig att underkasta sig strafflidandet. Brottslingen förtjänar sålunda straffet, som bl. a. också skall avskräcka honom själv från upprepning av sitt brott. Trots alla dylika omständigheter, som enligt THYRÉNS uppfattning äro förknippade med straffet, skulle brottslingen med denna mindre vara moraliskt stämplad än med min teori, som THYRÉN aldrig tröttnat på att utdöma som en offerdjursteori, av den grund att den helt "cyniskt" låter samhällsnyttans krav på straffet vara tillräckligt utan att alls fråga efter om brottslingen är en sådan individ, att samhället bör anses ha rätt att tillfoga honom lidande, om straffet sålunda är rättvist i rättsmedvetandets mening. Bortser man från det löjliga i att här tala om cynism, så har THYRÉN alldeles fullkomligt rätt, när han på detta sätt karakteriserar min teori som en offerdjursteori. Men därmed bör ju också med min teori varje moraliskt stämplande av brottslingen *in amplissima forma* vara undanröjt: han omstrålas ju på sitt sätt av martyrglorian. Ett enda ord, "moralbildning" såsom strafflagens funktion, kommer emellertid nu THYRÉN att besinningslöst, utan det minsta spår till reflexion över detta ords närmare innebörd, till den grad kasta om hela sin syn på min teori, att han från att ha utdömt den som offerdjursteori nu helt frankt gör gällande raka motsatsen, nämligen att den är ägnad att stämpla brottslingen såsom den *par excellence* omoraliske mannen. Jag har svårt att verkligen föreställa mig en sådan hopplös oreda i en professorshjärna, ehuru beläggen

för dylik äro legio i THYRÉNS bok, om man ansåge sig kunna uteslutande anlägga intellektuella synpunkter på densamma.

e. Å s. 48 f. berör THYRÉN min teori om behandlingen av vaneförbrytaren. Efter en del reflexioner, vilka i sak ej alls beröra min åsikt, framställer han denna å s. 49 på följande sätt:

“Den oförbätterlige brödkakesnattaren, vilken förf. omtalar s. 64, skall således, i humanitetens namn, visserligen icke beläggas med åtskilliga års straffarbete, men i stället få ett mindre straff och sedan, utan hänsyn till det föreliggande brottets ringhet, interneras för obestämd tid, eventuellt för livstid“.

Jag har å s. 64 sagt (märk att kursiveringarne från min bok äro gjorda redan i denna):

“Vad som behöves är närmast intet annat än en lagligt reglerad internering för längre eller kortare tid med iakttagande av att varje slags lidande för objektet hålles fullständigt utanför syftmålet med en dylik internering och att det lidande, som trots detta interneringen väl i allmänhet faktiskt måste innebära, inskränkes till det allra minsta möjliga. Detta vill framför allt säga, att den internerade inom de av interneringen själv nödvändigt uppdragna skrankorna bör få tillgodonjuta fullständig frihet“.

Uppenbarligen är ju min tendens att så mycket, som möjligt är, borttaga lidandemomentet från nödiga skyddsåtgärder gent emot vaneförbrytaren. Om sålunda en person för tillgrepp minst 4:de gången, i stället för att dömas till straffarbete exempelvis 4 år, dömes till böter eller ett minimum av fängelse eller straffarbete och därefter på av mig antytt sätt interneras för 4 år, kanske blott 2 eller 3 år, allt i enlighet med fastställda bestämmelser, så tror jag nog, att man utan att missbruka ordet kan säga, att detta sker i humanitetens namn. Gives då också lagligen reglerad möjlighet för dessa svaga människor, att, om de så vilja, få stanna utöver den fastställda tiden i stället för att — såsom ju bland dessa kategorier ofta förekommer — gå ut och förnya tillgreppet i medvetet syfte att därigenom ånyo skaffa sig husrum och dagligt bröd, då vågar jag påstå, att också detta sker i humanitetens

namn. Den, som läst min framställning, bör kunna inse, att vad jag vill ha sagt är blott och bart detta, att den särskilda behandling, som det till samhällets skydd mot vaneförbrytaren visar sig behöfligt att underkasta denne, absolut icke får lov att förväxlas med straff och därför i högsta tänkbara grad bör vara fri från lidande. Hur långt samhället bör gå till sitt skyddande mot honom är ett socialt spørsmål för sig, som jag givetvis lämnat fullkomligt öppet. När denna fråga en gång inom lagstiftningen utredes, är det ju möjligt, att det skall visa sig, att interneringsåtgärden mot exempelvis vanetjuven stundom av hänsyn till samhällsnyttan (som givetvis i tillbörlig grad beaktar det enskildas intresse) bör bliva långvarigare än den strafftid, vartill han enligt nu gällande rätt skulle dömas. Även kan det hända, att man likaledes i samhällsnyttans intresse skulle finna interneringsmöjlighet befogad mot exempelvis en vanetjuv, utan att han just vid tillfället begått något direkt kriminellt. Dylikt skulle väl emellertid icke rimligtvis kunna läggas min uppfattning till last. Till det goda, jag här allenast syftar åt — borttagande av ett lidande, som är absolut ändamålslost — hade blott ytterligare kommit något, som visat sig eftersträvansvärt. Från min sida har det emellertid aldrig varit fråga om att vaneförbrytaren i verkligheten skulle behandlas annat än mildare och således icke hårdare än efter nuvarande straffrätt, vilket senare givetvis kunde bliva fallet, om interneringen finge ske på obestämd tid. Genom särskild kursivering hade jag därför i min bok avböjt all tanke på internering för vare sig obestämd tid eller livstid. THYRÉN polemiserar emellertid sarkastiskt mot min uppfattning, som dels antydes gå ut på "en till tiden obestämd men under alla förhållanden långvarig internering" (s. 48) och dels säges gälla internering "för obestämd tid, eventuellt för livstid". Har det skett medvetet eller har det berott på en för en man i hans ställning oförklarligt grov vårdslöshet?

f. THYRÉN anser det å s. 49 f. vara fullkomligen oförståeligt, varför min straffteori

“skall kräva, att straffet kopplas till effekten i stället för till norm-överträdelsen. Varför skulle icke överhuvud det reguljära inträdandet av straffet såsom följd redan av varje mot straffnormen stridande, i handling — med eller utan effekt — manifesterad vilja hava den inskräpande verkan? Härom ger förf. endast följande besked: 'Försökshandlingens karaktär av otillåtlighet är ju i själva verket i det allmänna föreställningssättet inpräglad redan genom det fullbordade brottets straffbarhet' (s. 37). Men detta är ju det rena godtycket: båda handlingarna strida mot normen; bådas bestraffande måste följaktligen inskräpa normens betydelse: varför skall den ena upptagas och den andra kvarlätas? Allt principiellt skiljande mellan en viljefarlig handling med och utan effekt måste i sista hand vila på vedergällning“.

Här måste man ju i bästa fall tvivla på, att THYRÉN verkligen läst min bok eller gjort mera än bläddrat några sidor i den. Å s. 34 f. i min bok heter det nämligen, sedan jag erinrat om förklaringen till den av mig absolut förkastade vedergällningsidéens uppkomst:

“Emellertid har vedergällningsidéen en särskild betydelse genom den vikt, som den verkliga effekten enligt denna föreställning erhåller för frågan om straffbarhet och för straffmätningen. Detta, att effekten spelar en sådan roll i vedergällningsidéen, får verklig social betydelse på grund av den omständigheten, att en handlings absoluta otillåtlighet — såsom människan nu en gång är skapad till sin psykologiska läggning — ej kan inpräglas i det allmänna medvetandet utan att hänföras på sociala värden, som genom handlingen angripas eller sättas i fara. Därför måste i första hand vissa sociala värdens okränkbarhet inpräglas, vilket föranleder straffets beroende av effekten, d. v. s. av ett socialt värdes faktiska kränkning, och ej av den blotta sinnesbeskaffenheten i avseende å detsamma. Det sagda undanrödjer ett missförstånd, som i särskilt hög grad satt sin prägel på THYRÉNS framställning av straffrätten, nämligen att effektens betydelse inom straffrätten väsentligen berodde på en oförnuftig, sedan gamla tider kvarlevande vedergällningsidé. Just i den mån denna idé hävdar effektens betydelse, är den tvärtom synnerligen förnuftig och fullgör — trots sin oförnuftighet i övrigt — en verklig social funktion“.

Ytterligare utvecklar jag denna tankegång i samband med försökets straffbarhet å s. 37 f.:

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

Min förklaring till effektens betydelse är dessutom alldeles analog med de synpunkter, jag å s. 47 f. utvecklat för att motivera, att underlåtenheten blott kan straffas, om den positiva handling, som underlåtit, verkligen skulle ha hindrat skadlig effekt och sålunda räddat ett visst socialt värde. Skulle den blotta, manifesterade viljan straffas, så skulle uppmärksamheten icke riktas på det sociala värdet självt, eftersom intet sådant blivit kränkt. Straffet skulle i dylika fall bliva ändamålslost, i ty att det icke kunde fullgöra sin funktion att i det allmänna medvetandet inpräglade vissa handlingars absoluta

otillåtlighet. En psykologisk förutsättning härför är nämligen, att straffet följer å en handling, som haft effekt, d. v. s. angripit ett socialt värde eller satt sådant i en påtaglig fara. Varför nämner THYRÉN nu inte ett ord om min argumentering? Varför dekreterar han utan vidare — d. v. s. utan att på något sätt åtminstone låtsa om min argumentering för effektens betydelse, när han nu ej ville bemöta den — att det måste vara fråga om vedergällningsprincip? Och vad är det för mening i att i detta sammanhang från min bok begagna ett citat, som giver svar på något helt annat än det, varom THYRÉN säger sig vilja veta besked? Kunna f. ö. de ordalag, med vilka THYRÉN använder detta citat, i förening med hans underlåtenhet att låtsa om min verkliga argumentering betraktas som annat än den rena lögnen?

g. Jag har å s. 9 och 67 framhållit svårigheten i att finna en hållbar motivering för ett avvisande av ententens krav på att få tyske exkejsaren och vissa tyska tjänstemän ställda till ansvar, så länge man blott grundade satsen "intet straff utan strafflag" på vissa i rättssäkerhetens krav grundade synpunkter. Denna svårighet har givit mig anledning å s. 58—60 påvisa, att satsen ifråga genom en riktig uppfattning om straffets sociala funktion erhåller ett nytt underlag, som giver den absolut allmängiltighet och sålunda gör den tillämplig jämväl i internationella situationer av berörda slag. Härom säger nu THYRÉN s. 50, att jag icke kommit

"att tänka på det enkla sätt att kringgå satsen 'intet straff utan strafflag' — om den icke hade bättre grund än den av honom erbjudna — att man skapar en norm samtidigt med straffets påläggande, eller dessförinnan, men i varje fall *efter* det att den beträffande handlingen blivit begången. Ingenting hindrar ju, att denna norm sedan blir bestående och något fall av tillämpningen skall väl vara det första".

Invändningen är fullkomligt meningslös, om man tager någon hänsyn till vad jag sagt i min bok. Det är nämligen, såsom jag så ofta pointerat, också å den av THYRÉN anförda s. 60,

först genom straffets regelrätta följande på brottet, som strafflidandet kommer att framstå såsom något till gärningen med naturlags nödvändighet knutet. Först därmed inträder det avböjande i allmänna medvetandet av gärningen såsom absolut otillåtlig, som det är strafflagens uppgift att framkalla. Om straff följer på en handling, som vid tillfället ännu icke var kriminaliserad, är det ju fullkomligt uteslutet att detta straff skulle kunna uppfattas såsom regelrätt följande på handlingen och att strafflidandet skulle kunna framstå såsom något till densamma med naturlags nödvändighet knutet. Därav följer att straffet i dylikt fall icke skulle kunna fullgöra den funktion, som den enligt min framställning bör ha, utan tvärtom, såsom en fullkomligt godtycklig reaktion, utöva verkningar i motsatt riktning. Om THYRÉN verkligen icke inser detta, måste det ju bero på att den verkliga innebörden i min teori är honom främmande.

Till frågan om straffets sociala funktion.

Innan jag övergår till avslutningen av mitt mellanhavande med prof. THYRÉN och därmed av mina straffrättsliga undersökningar, vill jag här för fullständighetens skull komplettera min i "Principinledningen" givna framställning av min positiva straffrättsuppfattning. Med avsikt hade jag gjort denna framställning rätt koncis. Följden har emellertid blivit en mängd missuppfattningar icke blott å prof. THYRÉNS sida utan även å andra håll i olika slags diskussioner. Jag hoppas med nedanstående, som till en del återgiver, vad jag yttrat i "Förbudsfrågan ur rättslig synpunkt", kunna undanrödja dessa missuppfattningar av min åsikt. — Jag har icke bestritt, att fruktan för strafflidandet, alltså straffets avskräckande verkan, kan spela en viss roll såsom motiv för avhållning från brott. Men denna roll är, när fråga är om brott i allmänhet, särskilt den allmänna strafflagens brott, vid sidan av den brottsprevenande verkan, som grundar sig på straffnormens förmåga att dirigera den allmänna moralen emot brottsimpulserna, av så fullständigt underordnad betydelse, att, om denna senare verkan fölle bort för strafflagen i gemen, det ovillkorligen måste ställa sig så, som om alls ingen strafflag funnes, det vill säga att samhällsordningen skulle varda upplöst i sin motsats, anarki och förvildning. Med andra ord straffets avskräckande verkan — en reflexverkan, fallande fullkomligt utanför straffets sociala funktion och följande uteslutande av det rent faktiska, i och för sig ingalunda avsedda förhållandet, att straffet för att fullfölja sitt syfte att uppamma denna maximerade plikt känslöbetoning mot brottet, måste vara ett lidande för brottslingen

— är för ett försvinnande fåtal individer av betydelse men ur social synpunkt ytterst underordnad. Allt detta framgår i själva verket av s. 21—30 i min bok. Jag skall emellertid nu försöka göra bevisföringen mera genomskinlig.

Vad som gör att man har så svårt att verkligen fatta den absolut underordnade betydelsen av straffet såsom avskräckningsmedel, är att man stirrar sig blind på det självklara förhållandet, att givetvis alla, vilka icke av andra faktorer skulle avhållas från ett visst brott, likväl så gott som undantagslöst skulle låta sig avskräckas av ett omedelbart, det vill säga med given konsekvens hotande straff. En yrkestjuv lika litet som förstagångstjuven utför brottet i polisens eller andra farliga vittnens närvaro. Brottslingen söker sig naturligtvis ett sådant tillfälle, att han tror sig skola kunna undgå upptäckt och straff. Det är därigenom som fruktan för straffet klart nog icke vid tillfället för brottets begående kan spela någon större roll som motvikt mot detsamma. Emellertid äro nu vissa brott — särskilt bland dem, som hava karaktären av politiförseelser eller disciplinarbrott — av den beskaffenhet, att det mestadels icke gives några tillfällen, då man med någon säkerhet kan tro sig utföra dem utan upptäckt med ty åtföljande åtal och straff. Jag erinrar om lagar angående tid för öppethållande av butiker, tid och plats för utförande av visst arbete, förseelser mot ordningsstadgan för rikets städer o. s. v. Vidare bör här erinras om sådant som värnpliktsvägran. En dylik handling kan ju på grund av rullföringen så gott som aldrig undgå upptäckt. Den vägrande tages ju regelmässigt med våld och tvingas att både avtjäna straffet och fullgöra värnplikten. Det är nu alldeles klart att alla dylika brott helt och hållet komma i en klass för sig, när fråga är om att bestämma straffets verkan. I den mån eventuellt förhandenvarande mot straffbuden gående moraliska krafter icke äro av den styrka, att de uppväga fruktan för straffet, har detta här obestriddligen avskräckande verkan, ehuru man också får komma i håg, att, just därför att på grund av

denna verkan straffbuden allmänneligen efterföljas, desamma småningom — om de icke gjort det redan från början — gripa fatt i moralen och dirigera denna mot handlingarne, så att efter hand avskräckningsverkan försvinner. Skulle emellertid de mot straffbudet gående moraliska krafterna nå högre styrka än den nu förutsatta, kan straffet naturligtvis icke fullgöra sin avskräckningsfunktion ens i dessa fall, trots brottens specifika art ur upptäcktssynpunkt. Detta förhållande skall jag i slutet av detta kapitel närmare beröra. Här vill jag nu blott pointera, att jag i min principundersökning naturligtvis icke hade den allra minsta anledning att taga någon särskild hänsyn till denna speciella brottskategori; och att jag nu gjort det har blott skett för att undanrödja det missförstånd angående min straffteori, som brotten ifråga bland icke blott lekmän utan även jurister framkallat.

Lämna vi nu denna speciella brottskategori alldeles åsido, så är det ju klart, att när ett brott utföres — det må vara fråga om mord, rån, stöld, förfalskning, eller vilket brott som helst — brottslingen naturligtvis mycket ofta söker sig ett sådant tillfälle, att han tror sig skola kunna undgå upptäckt och straff. Att detta beror på fruktan för straffet är självklart. Frågan är emellertid, om denna fruktan ytterligare har någon brottsdämpande verkan, och vilken betydelse som skall kunna tillmätas densamma ur social synpunkt. För att svara härpå måste en fiktion göras, nämligen att brottsimpulserna ej hämmades av andra krafter än straffskräcken. Framför allt tänka vi oss sålunda moralinstinkten mot brottet borta. Det är nu givet, att så gott som alla människor i ett samhälle av sin egoism skulle drivas mot åtminstone något brott. Den rena indifferentismen skulle representeras av en handfull människor, vilka vi naturligtvis kunna lämna ur räkningen. Den högsta tänkbara prevenerande verkan av straffskräcken skulle sålunda bli den, att alla människor i samhället visserligen avhölls från att begå brott i ur upptäcktssynpunkt

riskfulla situationer, men att de därför uppsökte eller avvaktade de brottstillfällena, då de trodde sig fullt säkra för upptäckt och straff. Jag skall senare (s. 111) visa, att fruktan för straffet allmänneligen icke kunde ha på långt när ens denna verkan. Men låt oss tillsvidare förutsätta densamma. Hur mycket vore väl samhället betjänt med den? Ju mindre given straffkonsekvensen tedde sig för en individ, ju svagare bleve denna straffets hämmande verkan för honom, och den reducerades till noll vid det tillfälle, då han icke längre ansåge sig behöva räkna med upptäckt av sitt planerade brott. Dylika tillfällen skulle naturligtvis förr eller senare och upprepade gånger under ett liv yppa sig för alla individer i ett land. Det är därför som samhället måste åstadkomma brottslighetens nedtryckande genom något helt annat. Detta andra måste vara den allmänna plikt känslan eller moralinstinkten mot brottet. Detta självklara förhållande kan väl icke någon människa på allvar vilja bestrida. Att det måste förhålla sig så är lika givet som det faktum, att människor i allmänhet ingalunda ofelbart begå exempelvis stöld, förskingring eller bedrägeri, så snart de erhållit ett ur upptäcktssynpunkt fullkomligt riskfritt tillfälle till en dylik handling. Vid någon liten reflexion måste inses, att det blott vore ett ytterst litet fåtal, som icke skulle hållas tillbaka just av sin plikt känsla emot brottet. Hur erhåller emellertid denna allmänna plikt känsla konsistens? För att få svar på den frågan, måste man betrakta det psykologiska sammanhanget i allmänhet vid uppkomsten av en plikt känsla. Härom heter det i min bok, s. 25 ff., följande:

“Visserligen har den, som känner sig förpliktad, också en föreställning om, att handlingen är något, som skall eller bör ske, utan att därvid någon yttre, handlingen påbjudande makt framträder¹. Plikt känslan förutsätter därför en slags självbefallning. Men det förhåller sig med plikt budet, som med varje annat bud, att det icke får den tillbörliga kraften, om icke den förbjudna handlingen anses ovillkorligt draga med sig

¹ Se *Hägerström* a. a. s. 81 ff.

ett visst lidande för subjektet. Det förhåller sig nämligen så, att denna känsla av avböjande av ett visst handlande, som pliktkänslan från sin negativa sida utgör, alltid är otillräcklig, såvida icke förut handlingens fördärvbringande karaktär för individen själv stått klar. Först denna erfarenhet skänker avböjandet av handlingen en viss fasthet. Skulle handlingen tvärtom framstå såsom välgörande för individen, skulle den där känslan av avböjande alltid motvägas av hänsyn till individens egna värden på ett sådant sätt, att den icke kunde ernå tillräcklig fasthet i själen, hur mycket man än kände sig stå under trycket av pliktens bud. — Det torde f. ö. också förhålla sig så, att handlingar, vilka reguljärt framträda såsom skadliga för oss själva, föra med sig en känsla av direkt avböjande, fastän ursprungligen icke något som helst förbud mot dessa handlingar förelegat. Man är van vid att avböja dem för deras fördärvbringande följder. Därav uppstår så småningom ett omedelbart avböjande av dem, så snart de komma upp i medvetandet, också om därstädes den skadliga effekten icke framträtt. Och det är klart, att ju större den skada är, som skulle träffa mig genom handlingen, desto lättare uppstår en sådan känsla av omedelbart avböjande. Därtill kan sedan föreställningen, att handlingen är något, som bör undvikas, knyta sig såsom ett psykologiskt hjälpmedel för upprätthållandet av den avböjande känslan. Därmed ha vi framför oss en plikt-känsla, uppkommen sekundärt ur handlingens följder. Så har t. ex. känslan av kyskhetsplikt uppkommit ur de, särskilt för kvinnan men även för mannen, menliga följderna av det illegitima könsumgänget. — De på en handling följande reaktionerna — bortsett alltså från de nyss antydda naturliga följderna — kunna vara av mångahanda slag. De kunna vara rent moraliska — samvetsagg; eller religiösa — fruktan för religiösa straff; eller juridiska — straffet i juridisk mening. Av alla dessa reaktioner, som skänka pliktkänslan konsistens, är det juridiska straffet den viktigaste. Därmed tävlar möjligen fruktan för religiösa straff på sådana utvecklingsstadier, då religionen själv har juridisk karaktär. Såsom exempel kunna nämnas den mosaiska lagstiftningen och den äldre romerska religiositeten. Men i förhållande till de rent moraliska reaktionerna är det juridiska straffet överlägset därigenom, att det dels icke lämnar rum för möjligheten, att man med allehanda sofistisk intalar sig trygghet mot reaktionen i det särskilda fallet, och dels icke heller lämnar tillfälle till att med hänsyn till ur vissa synpunkter kanske nog så behjärtansvärda omständigheter i det föreliggande individuella fallet (t. ex. Hjalmar Söderbergs doktor Glas) betrakta reaktionen såsom bort-

fallande, fastän handlingen ur andra, allmänna synpunkter ter sig såsom pliktvidrig. Det juridiska straffet binder plikt känslan fast vid ett visst bestämt handlande utan hänsyn till det individuella fallet. Att t. ex. begå stöld eller döda en människa (bortsett från sådant som krig och liknande objektivt fixerbara förhållanden) känner man sig sålunda under alla omständigheter förpliktad att undvika. Men denna plikt känsla skulle icke ha funnits med samma ofrånkomlighet, om den endast blivit dirigerad av moralen, även den religiöst färgade, enär denna har sin tyngdpunkt på det enskilda fallet och den därvid uppstående känslan för det rätta.“

Att det emellertid är just denna ofrånkomlighet hos plikt känslan emot ett brott, som är något för samhället absolut nödvändigt inses kanske lättast, om man blott vill fråga sig: hur ställer det sig i allmänhet med den praktiska efterlevnaden av sådana moralregler, som icke blivit straffsanktionerade? Vill någon försöka bestrida, att alla garantier här saknas för att icke hart när varje människa upprepade gånger under sitt liv skall överträda sådana regler? Finns det någon slags jämförelse mellan frekvensen av å ena sidan lögnen eller bedragandet utanför strafflagens område, å andra sidan den kriminaliserade förfalskningen eller bedrägeriet såsom brott? Gör man blott dessa enkla reflexioner, nödgas man i anledning av det nu sagda medgiva, att gent emot moraliska handlingar av sådan art som de kriminaliserade måste samhället lita just till straffreaktionen för att åstadkomma den tillräckliga fastheten i den allmänna plikt känslan mot brottet. Härav måste väl åter nödvändigt följa, att straffet ovillkorligen måste såsom social funktion ha just detta att dirigera moralen mot brottet. Å s. 27—30 i min bok har jag vidare på en annan väg, genom en undersökning av förhållandet mellan straff och bud (befallning) efter det vanliga medvetandet, visat, att det i samhället verkligen existerar en av strafflagen betingad allmän plikt känsla och att vi i denna plikt känsla ha strafflagens mest betydande verkan. Den intresserade hänvisas till denna utredning, som jag här av utrymmesskäl icke avtrycker. Här

skall jag nu i stället ytterligare på ett tredje sätt visa, hur grundligt man tager miste, när man tror, att det är fruktan för straffet, som i allmänhet avhåller människorna från att begå brott. Jag supponerade förut, att straffskräcken — om icke andra krafter verkade mot brottsimpulserna — skulle avhålla folk från att begå brott i ur upptäcktssynpunkt riskfulla situationer. Som jag emellertid antydde, var detta att tillmäta straffets avskräckande verkan en alldeles för stor betydelse. Just ifråga om de mera betydande brotten är situationen mycket ofta den och kan tänkas för alla människor bliva den, att all möjlighet är utesluten att reflektera över följderna av en handling. Varje reflexion tränges tillbaka av omständigheterna vid handlingstillfället och kraften i den handlandes lidelser. Det må vara fråga om ingrodde eller uppbrusande hat- eller hämndkänslor eller andra lidelser; under ett långt liv skola inga människor vara säkra om frihet från dem. Men sådana instinktmässiga reaktioner mot andra leda till böjelse för brottslig handling, där varje klart dömande reflexion över handlingens följder blir utesluten. Det är här fråga om undermedvetna krafter, som driva en människa till brottsliga handlingar. Dessa krafter äro sålunda alldeles obundna av förnuftet och kunna därför icke motverkas ens av fruktan för ett omedelbart, med nödvändighet förestående straff, ty sådan avskräckande verkan förutsätter det, som just här är uteslutet, reflexion över följderna av handlingen. Dessa undermedvetna krafter för brottet kunna endast och allenast motverkas av reflexionslöst verkande krafter mot brottet. Dessa krafter äro den av strafflagen alstrade spontana, omedvetna avskyn för eller moralinstinkten mot brottet.

Med det sist sagda har jag förts över till en sak, som det till undvikande av missförstånd angående min åsikt är synnerligen viktigt att betona, nämligen arten av den plikt-känsla, som strafflagen alstrar. Denna s. a. s. lagplikt har såtillvida beröringspunkter med plikt-känslan i djupare moralisk mening,

som denna senare genom den förra hindras från att gilla sådana handlingar, som av "lagplikten" förkastas. Ex.: man brinner av begär att ekonomiskt hjälpa en av svält nästan döende familj men underlåter trots bristen på egna penningmedel att för ändamålet på olaglig väg tillskansa sig sådana. Men att de båda pliktkänslorna i grunden skilja sig åt, förstår man därav, att man genom efterföljd av den genom strafflagen alstrade pliktkänslan mot brottet icke på något sätt imputerar sig själv någon särskild moralisk beskaffenhet, egenskapen av *bonus vir*, och ej heller tillräknas sådan av andra.

Den i detta sammanhang betydelsefullaste skillnaden rör emellertid mindre arten än styrkan i de båda slagen av pliktkänslor. "Lagplikten" dominerande betydelse ur samhällelig synpunkt beror på det socialt psykiska inflytande, som åstadkommes genom påverkan av samhällsmedlemmarnas moraliska känslor på varandra. Bortser man från nytillkomna straffbud, i avseende å vilka pliktkänslorna till stor del uppstå genom ett medvetet reflekterande över straffhotet mot en handling, och ser man på brotten i gemen, så ligger det reflekterade medvetandet över straffhotet långt tillbaka i tiden. Det har fullgjort sin funktion också för kommande tider, till vilka de oreflekterade pliktkänslorna fortplantats generation efter generation, ständigt växande i styrka genom det tryck, som de under en generation levande individernas pliktkänslor utövat på varandra. Att man fäst sådan vikt vid straffets avskräckande verkan torde bl. a. bero på ett förbiseende just av styrkan hos denna "lagplikt", som uppkommer genom trycket utifrån, det socialt psykiska inflytandet. Det förhåller sig emellertid så, att pliktkänslan släpper sig lös på ett särskilt sätt, när den framträder såsom en reaktion mot en för en själv blott i fantasien given handling, d. v. s. när man står såsom en själv icke intresserad betraktare av andras handlingssätt. Skulle däremot fråga vara om att personen själv stode inför handlingen, då får pliktkänslan emot densamma naturligtvis icke

fria tyglar, då framträder reaktionen i en form, där den motverkas av allehanda hänsyn till personens egna intressen av att handlingen utföres. Det är därför, som för varje enskild individ brottsimpulserna ingalunda i någon betydande mån kunna hämmas genom en medvetet reagerande plikt-känsla hos honom själv. Det är i stället just denna hos omgivningen utbredda och ohindrat reagerande plikt-känsla, som för den enskilde vid hans eget omedelbart förestående handlande på suggestionens väg åstadkommer den där oreflekterade moralinstinkten, "så-dant får man absolut inte göra", mot handlingen. Och det är detta omgivningens suggestiva tryck, som utgör den förnämsta hämningen mot brottsimpulserna. Detta den ifrågavarande plikt-känslans sätt att verka förklarar också det förhållandet, att man icke personligen vid det särskilda tillfället kanske direkt kan konstatera någon personlig avsky för den brottsliga handling, det gäller. Det sociala trycket kan här verka så, att icke ens möjligheten att företaga handlingen kommer upp såsom en verklig faktor att räkna med i medvetandet. Varje impuls därtill förkväves av det överallt omgivande sociala trycket¹.

Av vad jag sagt måste ha framgått, att vad som i allmänhet avhåller folk från att begå brott är moralinstinkten mot brottet, att denna allmänt förhandenvarande instinkt icke lämnar rum för någon mera betydande avskräckande verkan av straffet, att denna moralinstinkt alstrats av strafflagen och att alstrandet av dylik sålunda måste vara straffets egentliga sociala funktion. Det är emellertid icke nog med att straffets avskräckande verkan ur social synpunkt är fullkomligt underordnad vid sidan av dess moralbildande funktion. Med bortseende alltjämt från den här i början avsondrade, ur upptäcktssynpunkt speciella brottskategorien, måste sägas, att man inom straffrätten icke alls har att taga någon som helst sär-

¹ Särskilt för ovanstående psykologiska iakttagelser står jag i tacksamhets-skuld till prof. AXEL HÄGERSTRÖM.

skild hänsyn till straffet ur avskräckningssynpunkt. I den relativt ringa mån straffet såsom avskräckningsmedel prevererar, är denna verkan naturligtvis nyttig för samhället. Men nu är det ju så, att straffet också för att kunna gripa fatt i moralen måste vara ett lidande, men ett lidande som står i viss proportion till de sociala värden, som genom brottet medelbarligen angripas eller kränkas; det blir större ju större värden, som stå på spel, och en högre grad av fasthet i plikt-känslan därför blir erforderlig. Det lidande, som straffet sålunda med hänsyn till sin moralbildningsfunktion utgör, måste vara det enda avskräckningsmedel, som samhället får kosta på sig gent emot mer eller mindre pliktlösa individer. Ty om särskild hänsyn toges till avskräckningssynpunkt, så skulle proportionen mellan straffet och det sociala värdet mer eller mindre avsevärt rubbas. I motsvarande grad skulle straffet småningom förlora sin kontakt med den allmänna moralen, och det lilla, som kunde vinnas genom ett starkare betonande av avskräckningsmomentet, skulle på längden mångdubbelt förloras genom den allmänna plikt-känslans förslappande. Ty denna är beroende på den allmänna uppfattningen om straffets rättvisa, vilken i sin tur regleras av den allmänna uppfattningen om riktigheten i proportionen mellan straffet och det sociala värde, som kränkts genom brottet. Dylik åter förutsätter, att straffet hålles inom den för samhällsnyttans tillgodoseende nödiga gränsen. I sista hand är sålunda vad samhällsnyttan fordrar i avseende å strafflidandets styrka utslags-givande för frågan om den allmänna moralens medryckande. Det har sitt intresse att beakta detta. Ty förut har ju visats upp det faktiska förhållandet, att samhällsnyttans tillgodoseende i avseende å brottets nedtryckande i första hand just måste vara beroende på att straffet kan gripa fatt i den allmänna moralen. Härmed ha vi alltså också funnit en nödvändig och därför av sig själv given relation mellan de båda faktorerna, å ena sidan samhällsnyttans krav på straffets ut-

formande med hänsyn till syftet att nedtrycka brottsligheten och å andra sidan straffets moralbildande uppgift. Hänsynen till samhällsnyttans krav är något, som ingen, som vare sig stiftar eller tillämpar lag, oaktat all från verkligheten bortvänd begreppsjurisprudens kan undgå att — låt vara omedvetet — i sin lagstiftning eller rättsskipning bestämman sig av. Därav följer att trots alla dogmatiska framställningar om straffet såsom avskräckningsmedel, straffet icke blott numera utan allt sedan kultursamhällets existens faktiskt fullgör den sociala funktionen att skapa en fast, allmän moral mot brottet. — Att detta i allmänhet icke medvetet inses, beror naturligtvis till mycket stor del på rättsdogmatiken med dess oriktiga straffteorier. Det är emellertid icke blott de olika straffteorierna, som verka förvillande på det allmänna omdömet angående straffets uppgift i samhället och förleda till avskräckningstanken. Till dennas psykologiska förklaring bidraga jämväl vissa yttre omständigheter, särskilt vad jag förut framhållit, nämligen att det omedelbart, såsom given konsekvens av handlingen, hotande straffets förmåga att avskräcka från brottet är så påtaglig, att man icke alls märker, att en annan faktor, moralinstinkten mot brottet, redan gjort denna avskräckning för de flesta människor överflödigt och att sålunda det omedelbart hotande straffet medelst avskräckningen blott avhåller fåtalet av individer, vilka sakna denna pliktökänsla eller moralinstinkt mot brottet. I detta sammanhang bör jag emellertid icke underlåta att framhäva ett moment, som kanske ytterligare skulle kunna bidra till läsarens övertygelse om det oriktiga i att tillägga straffet uppgiften att avskräcka människor från brott. I den mån straffet som blott avskräckningsmedel verkligen spelar någon roll, vad är det måne som i realiteten framför allt gör straffet avskräckande? Är det väl själva strafflidandet? Säkerligen kan detta icke förmodas; så mycket mindre som det torde vara otvivelaktigt, att straffets avskräckande preventionsverkan minskas, ju grövre brottstypen är

och sålunda det hotande strafflidandet blir värre. Det förnämsta momentet i avskräckningen ligger helt säkert icke i det fysiska lidandet utan på det moraliska området. Vad man framför allt fruktar är att på detta skamliga sätt råka i kollision med rättvisan. Det är den sociala uteslutningen med följande förlust av heder och ära, som man rädes för. Att detta moment utgör ett så betydande inslag i avskräckningen beror naturligtvis därpå, att det finns en så stark allmän moral mot brottet, vilket i sin tur efter vad som ovan sagts om ineffektiviteten för det allmänna av de blott moraliska reaktionerna måste bero på den sociala funktion, som straffet fullgjort genom att gripa fatt i och dirigera den allmänna moralen mot brottet.

Till utgångspunkt för min positiva undersökning har jag å s. 21 i min "Principinledning" tagit hypotesen, att med en gång all straffrätt i ett samhälle upphörde, och såsom en självklar konsekvens framhållit, att samhällsordningen rent av skulle upplösas i sin motsats anarki och förvildning. THYRÉN fogar härtill å s. 24 f. följande anmärkning:

"Man tycker, att denna fantasibild borde övertygat förf., även om han förut tvivlat, om den väg, varpå närmast (och med all reservation för en parallell verkan på moralbildningen) upplösningen skulle ske: att tusentals individer, som förut en och annan gång begått allvarligare brott i trots av strafflagens existens, skulle, numera utan fruktan för straff men precis lika moraliska eller omoraliska som förut, vid varje tillfälle, där de icke fruktade omedelbar hämnd, begå stöld, våldtäkt, rån eller annat; att andra tusental, vilka förut stått labila, nätt och jämt låtit av fruktan för straff avhålla sig från brott, skulle numera, i den mån denna fruktan bortföle, begå allt flera sådana. Men långt ifrån! Det är just denna bild, som intuitivt bibringar förf. den 'djupa' insikten, att avskräckningen är 'absolut ändamålslös'".

Efter vad jag här ovan utvecklat är det överflödigt att upptaga dessa reflexioner till motbevisning. De kompromettera ju fullkomligt sin *auctor*, som med dem ådagalägger icke blott ånyo sin ideligen dokumenterade oförmåga att sätta sig

in i annan persons tankegång utan jämväl en ytlighet i inom hans eget vetenskapsområde fallande resonneming, som torde få anses rent häpnadsväckande och slå alla tänkbara rekord i den vägen. Jag har därför egentligen medtagit detta citat blott av intresse för parentesen angående moralbildningen. Vad menas därmed? Skulle THYRÉN kunna anse, att straffet har moralbildande verkan? I jakande fall måste det väl då vara fråga om en fullkomligt bagatellartad verkan, eftersom han faktiskt icke låtit den spela den allra minsta roll i sin straffrättsliga åskådning? Alldeles icke! I Sv. J. T. 1920 s. 220 försöker han dräpa mig med följande uttalande:

“Ingen förnekar och ingen har veterligen någonsin förnekat, att strafflagen är en moralbildande faktor; det har fastmera jämt och ständigt på det uttryckligaste framhållits, icke minst i den moderna straffrättslitteraturen (för min del se t. ex. *Straffr. Allm. Gr.* s. 12 ff.). Men en helt annan fråga är, om denna funktion kan uppställas såsom straffets princip och därtill enda princip“.

Å det av THYRÉN anvisade stället säger han bl. a. följande:

“Visserligen är straffbestämmelsen, till sin form, närmast en befallning till domaren och den exekutiva makten att låta brottet, såsom rättsfaktum, följas av straffet såsom rättsverkan. Men det är ett stort missförstånd att — kanske med det argument, att *'strafflagen icke är en katekes'* — vilja inskränka dess betydelse till nämnda formella moment. Strafflagen *är* verkligen en 'katekes', i den mening, att den underrättar samhällsmedlemmarna om, vilka handlingar samhället anser särskilt samhällsfarliga och förkastliga, och ävenså, genom olika straffbarhet, om den grad av samhällsfarlighet, som det tillmäter dessa olika handlingar. En tendens uppstår därför i samhället att mäta samhällsfarligheten efter straffbarheten och att betrakta en handling, som icke är belagd med något som helst straff, såsom i varje fall mindre samhällsfarlig än de straffbara — såvida icke för strafffriheten, resp. det för handlingen fastställda straffkvantum någon annan förklaringsgrund (t. ex. glömska eller förbiseende av lagstiftaren) i det särskilda fallet med lätthet låter sig utfinna. Men vid dylikt förhållande ligger den slutsats för samhällsmedlemmarna icke långt borta, att vad samhället icke straffar, det är icke straffvärt, d. v. s. icke av samhället ansett såsom samhällsfarligt;

därifrån och till att anse handlingen såsom formligen tillåten är steget icke långt.“

Härtill bör ytterligare märkas, vad han till en liknande framställning i "Principerna för en strafflagsreform", I, fogar å s. 21 därst.:

“Lagstiftaren har således i hög grad i sin makt att reglera den sedliga nivån i samhället genom den straffrättsliga: om t. ex. varje handla oärliga handlingar, som stå på gränsen till bedrägeribrott — bestickning i affärsuppställningar, falska realisationer o. s. v. — från att hava varit straffria förklaras straffbara, så kan man vara övertygad, att de snart, hur allmänna de må hava varit, bliva relativt sällsynta.“

HÄGERSTRÖM påpekar överensstämmelsen mellan dylika THYRENS uttalanden och min åskådning, som dock säges i "utförandet med hänsyn till den psykologiska klarläggningen av sammanhangen gå mer på djupet". "Skulle en sådan åskådning", säger han, a. st. s. 337 f.,

“verkligen vara riktig, så leder det därefter, att man just i den anförda verkan av straffrätten har att söka dess största betydelse ur synpunkten av den allmänna sociala värdesättningen. Är den riktig, så måste också bortfallandet av straff för viss gärning, låt oss säga mord, ha den fördärliga verkan med sig att frågan om dess förkastlighet i varje fall lämnades åt det efter omständigheterna fritt dömande samvetet. D. v. s. gärningen skulle hölt säkert med hänsyn till samvetets tänjbarhet och intressenas kraft, där icke fasta, ofrånkomliga principer trycka på det, bli relativt allmän. Det kan ej blott vara så, att kriminaliseringen av viss gärning gör den relativt sällsynt genom det moraliska trycket, utan omvänt måste då också bortfallandet av kriminaliseringen, om intressen för handlingen överhuvud finnas, genom tryckets bortfallande göra handlingen relativt allmän. Men vilka följder av strafflagens kraft med hänsyn till den i brottslingarna personligen ligande faran kunna mäta sig med en sådan verkan av densamma i avseende å dess betydelse för samhällsvärdena? Här gäller det ju ett reglerande av det allmänna handlingssättet i samhället. Nu ligger det i öppen dag, att en sådan reglering, om den överhuvud inträder med strafflagen, icke kan inställa sig blott och bart med, att en handling vilken som helst belägges med ett straff vilket som helst. Icke kan man väl tro, att kriminaliseringen av, låt oss säga varje samtal utomhus

eller beläggandet av snatteri med dödsstraff, mord med böter skulle ha den nämnda moraliska verkan under nutida förhållanden. — Men om så är, kan man fråga: varför skulle man nu icke i en strafflagsreform — i likhet med LUNDSTEDT — lägga just detta straffrättens sätt att verka till grund såsom det principiella medvetna syftet och i *första* hand där- efter bestämma både kriminaliseringens omfång och straffets karaktär?“

Det bör icke lämnas opåttalt, att THYRÉN velat försvara sig mot mig genom att åberopa sina uttalanden om straffets moralbildande verkan. Ty hur mycket betyda i realiteten dessa uttalanden, gjorda av honom? Svar: de äro för hans lära absolut betydelselösa och för honom själv ytterst komprometterande. Att helt lösligt i sina framställningar slunga in detta, att strafflagen har en sådan oerhört moralbildande verkan, utan att låta vetenskapen härom spela den allra minsta roll i utredningen om straffets uppgift i samhället, tyder ju på en för en vetenskapsman ytterst betänklilig brist i avseende å vilja att söka komma de verkliga sammanhangen på spåren. Denna brist står naturligtvis i samband med den genomgående halsstarrigheten hos honom att trots bevisen för deras oriktighet likväl icke vilja uppgiva de utgångspunkter, som han en gång intagit. Utgår man såsom THYRÉN ifrån fantomet samhällsvilja och dess förbud och befallningar och i enlighet därmed förklarar brottet såsom en olydnad mot samhällsviljan, ett överträdande av en rättsplikt, ett rättsstridigt handlande, då nödgas man ju fortsätta på konstruktionernas väg och betrakta straffet ur synpunkten av statens rätt att straffa den olydige, den skuldfulle, som överträtt sin rättsplikt. Därigenom träder det enskilda straffet i förgrunden såsom en "berättigad" reaktion emot faran i den enskilde brottslingens person och hans dåliga exempel för andra. Med en dylik åskådning är det absolut oförenligt att kunna urgera straffets moralbildande funktion. Man bör därför också beakta, att THYRÉN, när han talar om straffets moralbildande verkan, tvingas att tänka icke på det enskilda straffet utan

på strafflagen och straffbuden. Hade THYRÉN sålunda verkligen begagnat sin insikt, att strafflagen vore en katekes, så hade han måst uppgiva hela sin allmänna straffteori, som ju blott bygger på efterforskningar angående det enskilda straffets uppgift, totalt förbiseende, att dylika forskningar äro meningslösa, av den anledning att det enskilda straffet ur samhällig synpunkt i första hand icke kan spela roll såsom annat än blott och bart en konsekvens av strafflagen och att problemet därför måste ställas så: vad är strafflagens funktion i samhället? Härmed torde förklaringen vara given till detta THYRÉNS fullkomligt meningslösa inslungande i sina teorier av en punkt om strafflagens katekesliknande karaktär. Ett öppet medgivande, att strafflagen hade denna moralbildande funktion skulle ju innebära, att straffet icke motiverades av den straffades skuld, utan att brottslingen behandlades som offerdjur, vilket ju enligt THYRÉN kränker rättsmedvetandet. "D. v. s.", säger HÄGERSTRÖM ironiskt mot honom,

"det skulle kränka detta, att stöld, rån, mord etc. avsiktligt och öppet belades med en viss lidandepåföljd med detta som väsentligt motiv, att det behöves för de högsta, mest betydande av de värden, som samhället skänker — ja, för dettas tillvaro som kultursamhälle?"

Till förekommande av allt missförstånd skall gent emot THYRÉN ytterligare framhållas, att det är fullkomligt förfelat, när han gent emot min åskådning också invänder, att jag förbiser betydelsen av straffets individualisering med hänsyn till den enskilde brottslingens beskaffenhet (Sv. J. T. 1920, s. 220). Saken ställer sig nämligen på följande sätt. Strafflagen måste bestämma sina straff så, att det principiella syftet — moralbildningsfunktionen — tillgodoses. Inom ramen härför kunna allehanda andra samhällsnyttiga hänsyn tagas både i avseende å kriminaliseringens omfång och straffets karaktär (se HÄGERSTRÖM a. st. s. 337 f.). Och inom ramen härför tjänar ju straffet, såsom jag förut framhållit, faktiskt också såsom avskräckningsmedel. Men att särskilt tillgodose ett sådant syfte med

straffet kan ej få komma ifråga, enär därmed det enda absolut nödvändiga, moraltbildningsfunktionen, skulle hämmas (se ovan s. 114). Däremot torde det svårligen kunna tänkas, att någon konflikt behövde uppstå mellan denna funktion och exempelvis möjliga utformningar av straffet i syfte att förbättra brottslingen. Ty är straffet sådant, att det saknar förmåga att gripa fatt i den allmänna moralen, då torde det ej heller i det enskilda fallet vara ägnat att gynnsamt influera på brottslingens moral, ett begrepp som ju här tages i djupare mening.

Den som är villig att utan baktankar sätta sig in i den framställning, jag nu givit, torde bliva nödgad medgiva, åtminstone att straffet ovillkorligen i första hand bör ha till uppgift att alstra och underhålla en allmän moralinstinkt mot brottet och att i jämförelse härmed straffets avskräckningsverkan är av absolut underordnad roll. Därmed är naturligtvis icke sagt, att jag uttömt bevisningen i frågan. Tvärtom kunna ytterligare en mängd bevisgrunder för riktigheten i min uppfattning åstadkommas. En riklig källa erbjuda härvid historiens lärdomar. Det skall icke kunna anföras ett enda fall i civilisationens historia, där lagstiftaren kunnat hålla en handling inom behöriga gränser genom ett straff, som icke förmått uppväcka den moraliska respekten för straffbudet och sålunda blott kunnat verka genom att framkalla fruktan för strafflidandet. Inom vår egen straffrättshistoria ligger det härvid nära till hands att tänka på det nyligen upphävda stadgandet mot lönskaläge. Det blev en död bokstav i vår strafflag och detta blev lagparagrafen därför, att det icke fanns någon människa, som hade respekt för densamma. Visserligen var straffet blott böter, och åtalet krävde särskild förutsättning, men naturligtvis skulle frekvensen av det s. k. illegitima lägersmålet på intet sätt hava hämmats, om åtalsförutsättningen fallit bort och straffet höjts, icke ens om man tagit sig för att söka mota sexualdriften med hot om halshuggning. Om Åkarps- och

preventivlagarne se min skrift "Förbudsfrågan etc." s. 61 ff. Ett särdeles gott läromaterial ha vi i vår alkohollagstiftnings historia. Alltifrån förbudet mot husbehovsbränningen ända fram till restriktionerna under kristiden har vår nykterhetslagstiftning varit sådan, att lagbuden i allmänhet lojalt hava respekterats. Med de starka kristidsrestriktionerna inträdde en fullkomlig anarki inom rusdryckshanteringen, mot vilken uppenbarligen alla medel voro förgäves, så länge lagbudens stränghet fortfor. Man skall av fanatismen vara slagen med fullständig blindhet om man icke förmår inse den enkla förklaringen till dessa förhållanden. Så länge alkoholtillgången successivt minskades men likväl alltid höll sig inom sådana gränser, att i stort sett var och en kunde känna och inse, att här vore icke fråga om onödiga ingrepp i den personliga friheten utan tvärtom blott om nödvändiga inskränkningar i denna, förestavade av den av så gott som alla insedda tanken, att de mångas väl måste gå framför olika individers häremot stridande intressen — så länge ägde det vid lagöverträdelserna knutna straffet förmåga att i det allmänna föreställningssättet inprägla dessas absoluta otillåtlighet. Insikten om att straffet här vore till uteslutande för att rädda vissa sociala värden har lett till det avböjande i allmänna medvetandet av de straffbelagda handlingarna, som kan uttryckas så, att den allmänna plikt-känslan eller den allmänna moralen ryckts med av lagbuden mot dem. Med kristidsrestriktionerna blev frestningen på den allmänna moralen för stark. Bågen spändes så hårt, att den brast. Inom stora lager av befolkningen kändes det nu ej längre som en nödvändig inskränkning i den personliga friheten utan såsom ett ytterst onödigt ingrepp i densamma. Otaliga människor kunde exempelvis icke längre tillfredsställa sin vana att dagligen taga en snaps till maten. Icke kunde väl en dylik vana innebära ett ont emot andra, tänkte man. Det var ju helt och hållet en privatsak, utan vilken man ej ville låta sig nöja. Nu blev det bland dessa människor

ej fråga om plikt känslans medryckande av straffbudet utan tvärtom en moralisk uppresning mot detsamma, som tog sig uttryck i överträdelser. Det gick som det måste gå, när straffet inom stora befolkningslager blott kunde verka såsom avskräckningsmedel utan att kunna gripa fatt i den allmänna moralen. Till förekommande av allt missförstånd framhålles, att jag icke alls yttrar mig om, huruvida alla dessa människor hade rätt i sin uppfattning, att de icke gjorde något "ont" mot samhället, när de möjliggjorde sig ett dagligt bruk av snaps till maten. Jag säger blott, att det var dem omöjligt att fatta, att de gjorde något "ont", och det är därpå det hänger.

Denna tanke, brottsprevenering genom straffet såsom avskräckningsmedel, behärskar trots sin alldeles förbluffande ytlighet, likväl stundom sina bärare till den grad, att de bli alldeles oförmögna att begagna sitt förnuft. Förhållandet träder särskilt tydligt fram vid frågan om dödsstraffets avskaffande. Två faktorer synas därvid, också enligt THYRÉN, vara notoriska, dels att dödsstraffet allmänneligen anses vara ett större ont än livstids frihetsstraff, och dels att det förra icke har större preventionsförmåga än det senare. Men ingen människa synes ha vett att härav draga den enkla slutsatsen: att straffets verkan alltså icke kan vara den att genom injagande av fruktan prevenera från brott. När man nu icke märker den logiska nödvändigheten i denna slutledning utan trots de båda faktorernas förhandenvaro framhärdat i sin kolattro på straffets avskräckningsfunktion, så blir det ju litet svårt att klara ihop en motivering för — den för en "modern kriminalist" absolut nödvändiga — uppfattningen om dödsstraffets obehövlighet. Vad THYRÉN i detta avseende presterar är i sin fullständiga brist på rim och reson så betecknande för rättsdogmatikens sätt att handskas med frågorna, att jag anser mig böra avtrycka följande ur hans "Principerna för en strafflagsreform", I s. 100 f.:

“Överhuvud giver en ingående undersökning alldeles intet bevis för dödsstraffets större avskräckningsförmåga. Visserligen kan det knappt betvivlas, att dödsstraffet för den stora majoriteten av förbrytare, likasom för vår tids människor i allmänhet, framställer sig såsom ett större ont än frihetsstraff och i denna mening besitter större avskräckande kraft: utan minsta tvivel skulle ett sådant experiment som dödsstraff för tjuvnad framkalla ett enormt sjunkande av stöldsiffrorna, helt visst avsevärt större än om livstids inspärning sattes som det generella straffet. Men härav får man icke draga någon förhastad slutsats. Det kommer icke an på, huruvida samtliga tjuvar och försnillare m. fl. skulle föredraga dödsstraff eller livstids frihetsstraff. Den praktiska frågan gäller utslutande, huru de brottslingar, som stå i begrepp att begå med dödsstraff belagda brott, då (men icke vid exekutionen av domen!) påverkas av fruktan för straffet. Och av det statistiska resultatet måste man sluta, att denna fruktan icke påverkar dem väsentligt annorlunda än fruktan för livstids frihetsstraff. I betraktande av dessa brottslingars beskaffenhet är det icke heller så svårt att förstå, varför just för dem nämnda skillnad mellan straffmedlen icke spelar någon praktisk roll. Vanligen begås dessa brott antingen av yrkesmässiga, ytterst förhårdade brottslingar eller på grund av ytterligt upptrivna lidelser. För den förstnämnde förbrytaren har straffet, utav den ena eller andra arten, vanligen långt dessförinnan blivit ett slags yrkesfara, som icke mera bekymrar honom, än det t. ex. bekymrar den vane sjömannen, huruvida det är 30 eller 50 $\frac{0}{0}$ inom hans yrke, som omkomma på havet. Om förbrytaren av passion åter gäller väl oftast, att därest lidelsen så behärskar honom, att fruktan för livstids inspärning icke är nog att avhålla honom, så avhålls han överhuvud icke av någon hänsyn till framtiden: bilden av straffet förmår överhuvud icke göra sig gällande i hans själ gentemot lidelsen.“

Vilken genomträngande psykologisk blick måtte icke finnas hos en person, som tror sig kunna nästan utrota tjuvnadsbrottet genom att belägga det med dödsstraff! Men dessutom; vilken logik och tankeskärpa i det hela! Detta uttalande är verkligen förtjänt av ett närmare beaktande. Huvudmassan av människor avskräckas, säger THYRÉN, mera genom dödsstraff än livstidsstraff. Men just de personer, som stå i begrepp att begå sådana brott, som äro belagda med dödsstraff, de kunna icke avskräckas av dödsstraffet. Varför? Jo, där-

för, enligt THYRÉN, att de antingen äro så förhärdade, att de utan betänkande underkasta sig vilken risk som helst, eller också på grund av sina lidelser icke kunna påverkas av avskräckning. I avseende å dessa personer fullgör straffet sålunda icke sin avskräckningsfunktion. Man bör icke undanhålla allmänheten konsekvensen av denna den store straffrättslärarens åsikt: det måste vara ändamålslost ur generalpreventiv synpunkt att överhuvud kriminalisera sådana handlingar, som hittills belagts med döds- eller livstidsstraff, d. v. s. de allra farligaste brotten!! Denna konsekvens vill han naturligtvis själv ingalunda draga. Vi bortse alltså därifrån och fråga, hur det ställer sig enligt THYRÉN med alla dem, för vilka straffet nu skall ha avskräckande betydelse? Jo, för dessa har dödsstraffet större avskräckande betydelse än livstidsstraffet. Hur skall detta nu kunna gå ihop med hans åsikt, att livstidsstraffet prevenerar lika bra som dödsstraffet i avseende å de grövsta brotten? Någon grund, varför det mindre avskräckande livstidsstraffet skulle vara tillräcklig avskräckningsgrund för folk i allmänhet gent emot ifrågavarande brott, kan dock icke anges. En till sådana brott eggande lidelse, som relativt hindrar "bilden av straffet" att göra sig gällande, kan omedelbart sett gripa lika väl den ene som den andre, såvitt man överhuvud är mäktig av hat- eller hämndkänslor eller självuppehållelsen kräver gärningen. I detta avseende finnes ingen väsentlig åtskillnad mellan olika lidelsefulla individer, om man bortser från den större eller mindre kraften hos de av strafflagen verkade moraliska instinkterna, vilket ju sker hos THYRÉN, som ser straffet blott som avskräckningsmedel. Man bör beakta, att den moraliska känslan, rent för sig tagen, hos en individ ingalunda kan vara en tillräcklig motiv, därför att exempelvis situationer kunna inträda, då det kan anses vara en ren välgärning att avsiktligt döda personer, och därför att inom det fria moraliska omdömet område sofistiken synnerligen lätt gör sig gällande. — Är det över-

huvud så, att straffet verkar avskräckande, så är det fullkomligt obegripligt, att dödsstraffet icke skulle verka starkare preventerande än livstidsstraffet. Den omständigheten, att så icke är fallet, måste ovillkorligen vara ett slående bevis för att straffets väsentliga funktion icke kan vara att verka avhållande såsom avskräckningsmedel utan såsom något annat, vilket efter vad jag visat är — moralbildningsfaktor. F. ö. kan den hopplösa tankeoredan i THYRÉNS framställning på denna punkt väl svårigen förklaras annorlunda än genom det av honom behandlade problemets olöslighet, problemet att förena dessa båda uppfattningar: att straffets uppgift är att avskräcka och att dödsstraffet är obehövt.

För den, som eventuellt icke orkat följa med de resonsemang, som nu förts till bevis för den logiska nödvändigheten att uppgiva alla dessa ytliga tankar om straffet såsom avskräckningsmedel, vill jag schematiskt söka klargöra innebörden av min tankegång genom ett fingerat exempel, avseende brottet stöld, enkel och kvalificerad, inkl. inbrott¹. — Låt oss nu först antaga att bland 3 milj. människor i ett land 10 tusen årligen trots straffbuden mot detta brott skulle sakna plikt känslan mot detsamma och behärskas av sina impulser att begå brottet. Vi antaga vidare, att 50 proc. av dessa 10,000 eller 5,000 avhölles av fruktan för upptäckt och straff. Men 5,000 skulle ej låta sig avskräckas utan begå brottet, vars frekvens sålunda utmärktes av denna siffra. Antag därefter att plikt känslan mot stölden allmänneligen saknades. Exempelvis — för att nu taga en säkerligen mycket för hög siffra — 200,000 människor skulle med hänsyn till sin intressesfär ställa sig indifferent. 2,800,000 skulle dock regleras av sina impulser att begå brottet. 50 proc. av dessa avhölles emellertid av

¹ Det ringare brottet snatteri, där straffet i regeln blott uppgår till låga böter, medtages icke. Själva straffets avskräckande verkan måste ju här under alla omständigheter vara synnerligen reducerad. Angående det i förfarandet inneslutna moraliska avskräckningsmomentet se ovan s. 115 f.

straffskräcken, vilken åter övervunnes av den andra hälften, 1,400,000 människor. Sålunda; måste man för effekten av straffbudet bygga på straffets avskräckande verkan, utmärkes brottsfrekvensen av talet 1,400,000. Fullgör åter straffet sin funktion att allmänneligen maximera pliktkänslan mot brottet, blir talet 5,000. Att siffrorna äro godtyckligt valda har ju ingen betydelse, eftersom det blott gällt att belysa den tankegång, vars riktighet jag sökt ådagalägga i min "Principinledning". Emellertid torde jag kunna göra ganska sannolikt, att dessa siffror på intet sätt ha överdrivits till förmån för min ståndpunkt. Sätt nu först avskräckningsprocenten till 90 eller 99 i stället för 50. Vore pliktkänslan allmänneligen icke stark nog att övervinna brottsimpulserna, utan måste vi bygga på avskräckningen, finge vi likväl en stöldbrottsfrekvens av 280,000 resp. 28,000 såsom motsättning till siffror, vilka ju nu på grund av avskräckningsprocentens höjning reducerades till blott resp. 1,000 och 100. Nu vill någon invända att jag för lågt beräknat siffran för dem som, trots det att strafflagen fullgör sin moralbildande funktion, icke skulle komma att behärskas av pliktkänslan mot stölden, när jag satt denna siffra till blott 10,000 bland 3 miljoner så att säga stöldkapabla människor. Härtill måste emellertid svaras, att, ehuru riktigheten i den av mig hävdade uppfattningen ju på intet sätt skulle rubbas, därigenom att verkligheten tilläventyrs uppvisade en dubbelt eller tre gånger så hög siffra som den av mig använda, denna likväl med all sannolikhet icke torde kunna anses för låg, snarare tvärtom. I bevisföringen härför skall jag för fullständighetens skull indraga ett yttrande, som, efter vad STJERNBERG meddelar i Svensk Juristtidning 1920 s. 5, fällt av den italienske kriminalisten ENRICO FERRI:

"Ett noggrannare studium av brottsligheten visar att om människan icke låter något brott komma sig till last, detta beror på helt andra grunder än fruktan för straff — — — —. Den människa, som av lidelsernas stormar ledes till att besluta ett brott, honom förmår straff-

hotet icke att hålla tillbaka, ty hans lidelsers vulkaniska utbrott hindrar honom att överlägga; eller: han beslutar eller förbereder brottet med överläggning; även då är straffhotet overksam mot honom, ty han har städse hoppet om strafflöshet. Alla brottslingar skola på tillfrågan enstämmigt säga eder, att då de förberedde sitt brott, den kraft, som drev dem därvid varit hoppet att göra det ostraffat. Om de blott i minsta mån hade varit övertygade om att de kunde bliva upptäckta och straffade, skulle de icke ha begått sin gärning.“

I dessa ord ligger såsom allmän regel inneslutet, att fruktan för straffet icke alls spelar någon roll i motivkampen mot brottet hos brottslingarne, jämte slutledningen att denna faktor icke heller spelat någon roll i motivkampen hos dem, som lyckas övervinna brottsimpulsen, utan att dessa avhållits från brottet av helt andra faktorer. Att befogenheten i denna slutledning icke omedelbart kan framgå ur de citerade orden är naturligtvis riktigt. Däremot är det mig fullkomligt uteslutet att kunna följa STJERNBERG, när han menar det vara ett “ödesdigert psykologiskt misstag som ligger bakom en dylik tankegång“. STJERNBERG vill bevisa detta misstag med två skäl. Först och främst räcker det icke med att fråga förbrytarne, utan man måste fråga dem, som frestas att begå brott men avhållit sig därifrån. Det andra skälet formulerar STJERNBERG på följande sätt, a. st. s. 6:

“Det finnes en psykologisk realitet, som den moderna psykologien stundom betecknar med uttrycket 'undermedvetet själsliv'. Att handlingar undertryckas, kan även bero på för den handlande omedvetna hämningar inom detta undermedvetna själsliv, hämningar, som kunna ha sin grund i inflytelser och intryck, vilka påverkat redan länge sedan gångna släktled. Och dessa hämningar kunna visa sin verkan till och med på det sättet, att själva frestelsens medvetna uppkomst över huvud uteblir. Vem borgar oss för, att det icke är otaliga gångna släktleds påverkan genom samhällets straffande myndighet, som ligger bakom det nuvarande rättstillståndet? Är detta fallet, bör ett avslappnande i samhällets reaktion mot förbrytelsen, icke på en gång och genast, utan på otaliga, långsamt verkande, fördolda vägar ådagalägga sin upplösande verkan på rättsordningen.“

Detta synes mig vara en alldeles utmärkt karakterisering av det förhållandet, att straffhotet såsom avskräckningsmedel icke spelar någon roll alls i samhället. STJERNBERG lägger just fram, förefaller det mig, det moment, som i citatet efter FERRI saknades, för att dennes slutledning skulle framstå såsom fullt befogad. Ty det "undermedvetna själsliv", som STJERNBERG alluderar på, kan väl icke vara något annat än just den allmänna spontana pliktkänslan, den allmänna moralinstinkten mot brottet, som genom medvetandet om strafflagens existens allt sedan kultursamhällets början inpräglats hos generation efter generation och som dels genom detta traditionens tryck, dels genom det ömsesidiga tryck som de levande individernas pliktkänslor utöva på varandra blivit en sådan oerhörd makt i samhället. Jag undrar mycket, om STJERNBERG tagit i beaktande det på en handling följande lidandets betydelse, för att den moraliska instinkten mot handlingen skall kunna väckas (se härom ovan s. 108 ff.). Beaktar man icke detta, då inträder mycket lätt det ödesdigra misstaget, att man begränsar straffets psykologiska effekt till fruktan för strafflidandet. Har man emellertid klart för sig — vad jag tror mig hava utrett — att strafflagens uppgift är att skapa och underhålla, underhålla och skapa en allmän spontan, oreflekterad pliktkänsla mot brottet, d. v. s. har man väl klart för sig existensen av denna allmänt förhandenvarande moralinstinkt mot brottet, då kan man icke på detta sätt visa ifrån sig en sådan slutledning, som FERRI gjort. Om fruktan för strafflidandet i stort sett icke spelar någon roll alls för de faktiska brottslingarne, så är det icke tänkbart, att den skulle behärska en hel kategori med brottslingarne sjäsligen beslätade individer, som utan att begå ett visst brott likväl skulle vara i avsaknad av denna moralinstinkt mot detsamma. Ty märk väl att för alla andra icke-brottslingar kunde ju talet om avskräckningen såsom hämmande faktor icke vara träffande, eftersom de äro avhållna redan genom sina pliktkänslor. Naturligtvis finns det bland de män-

niskor, som sakna plikt känslan mot ett brott, också en mycket liten kategori, som likväl av ett eller annat skäl även saknar all slags frestelse att begå det. Ser man nu för enkelhetens skull bort från denna indifferent kategori, för vilken ju avskräckningen a priori icke heller kan spela någon roll, så måste ju resonemanget bliva följande. Utgångspunkten är att fruktan för straffet icke vid brottets begående spelar någon roll i motivkampen inom brottslingen mot brottet. Vad nu först angår denna utgångspunkt, så är naturligtvis icke FERRI den ende kriminalpsykologen, som insett densammars riktighet. Låt vara att iakttagelsen ifråga vid en ytlig betraktelse kan verka förbluffande; man behöver likväl ej ens vara kriminalpsykolog för att fatta dess riktighet. Denna framgår ju av vad som förut utvecklats, att fruktan för strafflidandet allra högst kan ha blott den betydelsen, att den pliktlöse uppsöker eller avvaktar det tillfälle, då han tror sig säker för upptäckt och straff. Därav följer åter att den själsstrid, som inom brottslingen stundom måste utkämpas före brottets begående i allmänhet icke kan bero på fruktan för straffet, utan att det är moraliska hänsyn, som måste övervinnas. Men därmed synes mig saken också fullkomligt klar. De med brottslingarne närbesläktade individer, vilka likväl icke begå något brott, hava i själva verket icke haft en till den grad svagt utbildad plikt känsla som de förra, utan denna har antingen avhållit dem från att uppsöka det riskfria tillfället eller också har, om den ej förmått detta eller en ifrågavarande individ oavsiktligt stått inför ett sådant tillfälle, likväl i det avgörande ögonblicket uppstått en motivkamp, i vilken moralinstinkten (möjligen i förening med straffruktan, se därom nästfölj. not) avgått med segern. I stort sett måste man nog därför kunna räkna med den satsen, att de verkliga pliktlösa kategori sammanfaller med brottslingarnes, låt vara att man naturligtvis här liksom eljest bör vara försiktig med generaliseringar och att modifikationerna ifrån satsen av hänsyn till

psykologiska faktorer, som jag nu icke behöver gå in på, spela större roll vid de ringare än vid de grövre brottstyperna. Av det sagda måste i varje fall vara odiskutabelt, att icke så många som hälften av dem, hos vilka brottsimpulsen skulle ha övertaget över moralinstinkten ifråga, skulle av straffskräcken på längden låta hindra sig ifrån att begå ett brott. Beaktar man nu att i Sverige finnas omkring 3 miljoner stöldkapabla personer och att antalet för stöld sakfällda exempelvis år 1911 och 1912 utgjorde ungefär 1,650, resp. 1,750, så blir det kanske svårt att motivera t. o. m. en så pass hög siffra som 10,000 för att utmärka dem, som under varje år sakna tillräckligt stark plikt känsla mot ett sådant brott som stölden, också om man naturligtvis icke får förbise, att stöldernas antal är betydligt större än de sakfällda stöldernas. Mot de siffror jag använde i mitt abstrakt fingerade exempel torde sålunda i själva verket icke kunna göras någon annan väsentlig anmärkning, än att jag med all sannolikhet satt avskräckningsprocenten alldeles för högt. Ändock giver det ju en förkrossande bild av oriktigheten i den gängse uppfattningen om straffets avskräckande verkan¹.

Såsom jag ovan s. 107 nämnde, skall jag nu till sist något beröra ett förhållande vid den brottskategori, som jag här inledningsvis vidrört, nämligen de brott, som icke eller åtminstone i relativt obetydlig grad erbjuda ur upptäcktssynpunkt

¹ Jag beder att ytterligare få fästa uppmärksamheten därå, att jag med mitt exempel blott helt schematiskt velat belysa tankegången i min uppfattning om straffets sociala funktion. Naturligtvis är jag icke blind för det självklara förhållandet, att fruktan för straffet utöver det sagda sätillvida kan erhålla betydelse, att den kan utgöra ett stöd för en alltför svagt utbildad plikt känsla i motivkampen mot brottet. I dylika fall samverka sålunda denna svagare plikt känsla och fruktan för straffet till brottsämningen. Hur pass ofta sådant sker är givetvis för riktigheten i min teori fullkomligt ligkiltigt, eftersom straffets moralbildande verkan dock också här är nödvändig för ernående av det preventiva syftet. Jag har haft så mycket mindre anledning att i min argumentering taga särskild hänsyn till sådana fall, som, efter vad jag ovan utvecklat, straffets ifrågavarande avskräckande verkan följer av dess redan för moralbildningssyftet nödvändiga egenskap att vara ett lidande.

riskfria handlingstillfällen. Här måste man ju, såsom jag redan framhållit, räkna med straffet såsom avskräckningsmedel. Men jag antydde också, att man ingalunda finge lämna ur sikte kravet på en viss relation mellan straffet och den allmänna moraliska åskådningen inom den miljö, som skulle mera omedelbart beröras av ett ifrågavarande straffbud. Straffet skulle nämligen icke ens i dessa fall kunna prevenera såsom avskräckningsmedel, såvida de moraliska krafterna emot straffbudet erhöle ett visst mått av styrka: om de uppvägte fruktan för strafflidandet. Tag t. ex. ett lagbud sådant som det inför riksdagen år 1905 framlagda, vilket stadgade fängelsestraff för deltagande i s. k. allmänfarliga strejker. I de allra flesta fall skulle ett handlande i strid mot detta straffbud icke kunna undandraga sig upptäckt med ty åtföljande åtal och bestraffning. Likväl skulle en sådan lag bliva föga effektiv. Arbetarne skulle strejka, trots medvetandet om att de icke skulle undgå upptäckt. Men icke nog härmed. En sådan lag kunde befaras sätta hela samhället i gungning. De strejkande skulle dömas till fängelse. De dömda skulle betraktas som martyrer, för vilkas befriande stora delar av landets arbetarbefolkning som en man skulle uppresa sig med ett hot mot samhället, vars konsekvenser icke skulle kunna överskådas. Man märke sålunda olikheten i grunderna för avvisningen å ena sidan av ett straffbud sådant som det nu berörda, och å andra sidan av exempelvis en totalförbudslag. I förra fallet skulle t. o. m. det omedelbart hotande, d. v. s. det på förhand med full säkerhet givna straffet icke kunna ha någon preventerande verkan på grund av de motgående moraliska krafternas styrka, vilka skulle träda i funktion och leda till en inom vissa miljöer allmän uppresning mot samhället. Det är möjligen tänkbart, att det på liknande sätt fast i mindre farliga dimensioner skulle förhålla sig med en förbudslag, d. v. s. att man skulle komma att öppet trotsa densamma. Men, märk väl, det är ju icke alls något sådant, som man behöver åbe-

ropa för oriktigheten i tanken på införandet av en förbudslag. Det är f. ö. naturligtvis högst otroligt, att man allmänt skulle helt öppet i åklagarmaktens eller farliga vittnens närvaro överträda en sådan lag. Men det är höjt över allt tvivel, att den i smyg skulle inom breda befolkningslager allmänligen överträdas, d. v. s. i hoppet om att man skulle undgå upptäckt och straff. Det är här redan denna straffbudets oförmåga att kunna gripa fatt i moralen, som föranleder en dylik lags förkastlighet, något som borde beaktas särskilt av förbudsvännerna, när de göra sina jämförelser med utanför en förbudslag fallande exempel. Om t. ex. ett straffbud föreskriver, att man ej får skylta i butiksfönstren med vissa varor eller att butiker icke få hållas öppna längre än till ett visst klockslag, så komma dessa straffbud att efterlevas, alldeles oberoende av om de kunna alstra en allmän plikt känsla mot dessa handlingar eller icke. Varför? Därför naturligtvis å ena sidan att man, om man bryter mot föreskriften, gemenligen icke kan undgå upptäckt och straff, och å andra sidan att de straffbuden ifråga eventuellt motgående moraliska krafterna icke äro tillräckligt starka för att uppväga det lidande, som därför blir en given följd av överträdelsen.

Av vad nu senast sagts torde också framgå, med vilket fog man såsom invändning emot min uppfattning om orimligheten i att införa straffbud, vilka mötas av motsatta moraliska krafter av viss styrka, åberopat effektiviteten av värnplikts tvånget. Först och främst lämna ju, såsom jag redan nämnt, de lagöverträdelser, som här komma ifråga, icke några ur upptäcktssynpunkt riskfria tillfällen, utan straffet är ju här praktiskt taget alltid en ofrånkomlig påföljd av brottet. Men vidare; vad skulle det väl i allmänhet för den värnpliktige tjäna till att söka undandra sig värnpliktens fullgörande? Här finnas ju direkta tvångsmedel. Staten har ju makt att helt enkelt med våld taga honom och insätta honom i den militära tjänstgöringen. All motsvarighet härtill måste enligt

sakens natur saknas, när fråga är om brott i allmänhet. Man vill emellertid kanske nu invända, att värnpliktslagens effektivitet i alla fall något jävar min syn på införandet av sådant som exempelvis straff för deltagande i allmänfarliga strejker. Också i detta senare fall skulle ju den kriminaliserade handlingen regelmässigt icke kunna undandraga sig upptäckt med ty åtföljande bestraffning. Mellan dessa exempel föreligger emellertid en väsentlig skillnad, beroende på olikhet i arten av de motgående moraliska krafterna. På grund av den starkt utpräglade solidaritetskänslan mellan arbetarna och den därav föranledda styrkan i det ömsesidiga tryck, som arbetarnas antipatiska känslor emot en strejklag komme att utöva på varandra, skulle de emot en sådan gående moraliska krafterna inom hela miljön lätt kunna stegras till en oemotståndlig makt. Helt annorlunda förhåller det sig med värnpliktslagen. Det är i själva verket blott ett litet fåtal, som icke alltjämt regeras av en känsla av plikt att fullgöra värnplikten. Här verka nedärvda traditioner och underlätta straffuppgiften. Värnplikten har blivit den viktigaste species av fosterlandsplikt och har på så sätt lika urgamla anor som fosterlandskärleken. Vilken oerhörd makt i samhället pliktkänslorna bli genom det ömsesidiga tryck på varandra, de utövat generation efter generation har jag ofta betonat. Tar man en grupp värnpliktiga på inryckningsdagen, skall man visserligen finna, att en hel del mer eller mindre motvilligt giva sig av till kasernerna. Och helt säkert finnas bland dessa åtskilliga, vilka besjålas av övertygelsen, att värnplikten är fullkomligt onödig, ja rent av ett ont och att den sålunda icke är inriktad på upprätthållandet av ett socialt värde utan motsatsen. Icke förty behärskas också det stora flertalet dylika människor av en känsla att böra fullgöra sin värnplikt. Det är det överväldigande flertalets på uppfattningen om värnpliktens sociala betydelse grundade pliktkänslor, vilka i förening med traditionens makt öva sitt tryck på ifrågavarande individers känslor, så att de

trots allt känna det som en moralisk skyldighet att respektera värnpliktslagen, fastän själva värnpliktstanken icke ingår i utan tvärtom strider mot deras moral. Att deras pliktkänslor för lagen på detta sätt kunna finnas står i samband därmed, att, ehuru de själva icke anse värnplikten gälla ett socialt värde, de likväl kunna fatta och känna något för att det avgjort stora flertalet så ser på saken. Det är dylikt, som är alldeles uteslutet hos så gott som hela arbetarklassen ifråga om en strejklag, vilken av arbetarna blott skulle kunna uppfattas såsom en utmaning mot dem av samhället, vilket med denna lag i arbetarnas ögon skulle vilja hävda, att arbetarklassens intressen fölle utanför de sociala värdena.

Avslutning.

Härmed står jag inför slutet av min uppgörelse med prof. THYRÉN. Det är ett svart blad ur den svenska rättsvetenskapens historia, som nu upprullats. Jag ställdes inför den hårda nödvändigheten att avslöja den fullkomligt häpnadsväckande haltlösheten i ett mot min straffrättskritik riktat, med de väldigaste gester anlagt angrepp av en person, som hos allmänheten åtnjutit ett mycket stort, rent av enastående anseende just såsom straffrättslig vetenskapsman. Det gällde visserligen å ena sidan att just i medvetandet om min partställning så objektivt som möjligt, d. v. s. genom att blott söka döma på fullt säkra grunder, handhava uppgiften, men å andra sidan också att i sakens intresse skoningslöst gå till verket. I förra avseendet behöver blott sägas, att jag framlagt materialet så pass fullständigt, att läsaren själv må kunna genomgående följa resonnemangen och kontrollera deras riktighet. Varken svek eller överhuvud medveten illvilja har på något sätt influerat min framställning. I denna försäkran kan så mycket mindre ligga någon självförhåvelse, som min motståndare själv samlat materialet emot sig i en så nästan fantastiskt riklig mängd, att det sannerligen vore att "gå över ån efter vatten", om man tillfogade något enda förklenande omdöme angående hans vederhäftighet och tillvägagångssätt, utan att detsamma verkligen grundade sig på dokumenterade fakta. Med hänsyn till denna materialets riklighet har jag naturligtvis icke kunnat vara så fullständig, att jag blottat samtliga detaljer i vad THYRÉN låtit komma sig till last. Men jag har dock redan hunnit beröra de flesta punkterna i hans s. k. antikritik och därvid

visat upp, att var och en av dem blott utgör moment i en vävnad, sammansatt av osanningar, förvrängningar, sofismer och försåtligheter av allehanda slag samt i lindrigaste fall av intellektuella misstag och missförstånd. Om jag icke medtagit precis varenda en av hans "anmärkningar", så beror detta uteslutande därpå, att jag tröttnat på att sitta och handskas med ett material av denna ohyggliga art, så mycket mera motbjudande som det hopsamlats under det falska skenet av lojal, ja rent av vetenskaplig kritik. Det förhåller sig alldeles icke så, att någon enda av dessa icke berörda punkter haft fog för sig. Jag trotsar nämligen vem det vara månne att kunna ur vilken anständig synpunkt som helst försvara någon enda av de anmärkningar, som THYRÉN riktat mot min skrift. Vid närmare eftertanke är dock denna utmaning icke så synnerligen djärv. Det är ju blott några få sidor, som jag icke upptagit till granskning. Jag har så gott som fullständigt behandlat "anmärkningarna" ända fram t. o. m. s. 50 i hans skrift å 53 sidor. Men låt oss f. ö. kasta en blick på den ringa procent av hans angrepp, som jag hittills icke direkt vederlagt. Bortser jag tillsvidare från s. 51—53, torde det blott vara tvenne uttalanden, vilkas ohållbarhet icke uppenbarligen framgår redan av det föregående. Å s. 30 säger THYRÉN:

"Mot förbudsöverträdelsen såsom rättsgrund anmärker förf. med rätta (om ock med för många och framför allt för starka ord), att straff måste inträda, även om det varit personen omöjligt att skaffa sig vetenskap om förbudet. Här låter förf. sin supponerade motståndare ('den härskande läran') giva tappt och repliera på en moralisk plikt (s. 12). När motståndaren drivits till denna punkt, krossar han honom med ett klubbslag: 'för att avgöra om en handling är blott [!] moralisk plikt, måste man ju redan veta, att den icke är straffbar' (s. 14). Därpå har förf. sin 'cirkel' klar. Man bör ju, jämlikt redan avlagda prov, icke ett ögonblick förvåna sig över att enligt förf:s speciella *logik* den möjlighet är *a priori* absolut utesluten, att någonting kunde vara *på en gång* 1) moralisk plikt och 2) juridisk plikt och att inkulpaten kunde känna 1)

men vara okunnig om 2). Förf. förvånas emellertid tydligen själv över skärpan i sin analys och 'sammanfattar' sig i sin vanliga stil: 'Det förhåller sig på alldeles samma abderitiska sätt, som när man inom obligationsrätten' o. s. v. (s. 15).“

Härtill är att säga följande. Å s. 13 i min bok har jag först framhållit, att, när man inom jurisprudence skiljer mellan rättslig plikt och blott moralisk plikt till en handling, så betyder detta, att i förra fallet handlingen är fordrad av rättsordningen, som knyter rättslig reaktion (här straff) vid överträdelse av plikten, under det att sådant ej ifrågakommer vid den moraliska plikten. Därefter säger jag å s. 13 f. (kursiveringarna gjorda redan i min bok):

“Men om den angivna distinktionen mellan blott moralisk plikt och rättsplikt sålunda måste träffa, vad man gemenligen därmed åsyftar, så blir avgörandet av frågan, om något är moralisk plikt eller rättsplikt i och för sig fullkomligt betydelselöst, när det gäller dragandet av gränsen mellan straffbar och icke straffbar handling. För att avgöra, om en handling är blott moralisk plikt, måste man ju redan veta, att den icke är straffbar.“

Härmed vill jag naturligtvis ha sagt, att straffrättslära- ren lika väl som straffrättsdomaren icke kan ha det minsta gagn av den nämnda distinktionen för avgörande av en handlingens straffbarhet. THYRÉN tar emellertid helt enkelt och utesluter de avgörande och kursiverade orden för att därefter fullkomligt meningslöst föra frågan över på inculpatens ansvarighet i avseende å viss handling, som skulle vara möjlig att hävda med den givna utgångspunkten, om han blott vet, att handlingen är moralisk plikt, en sak som i detta sammanhang naturligtvis icke har det allra minsta intresse. För det första bör man här märka den absoluta förvridningen av min framställning genom att utesluta den i mitt resonemang avgörande punkten, vilket i sin tur för THYRÉN möjliggjort försöket att lura läsaren, att fråga vore om något i detta sammanhang så alldeles meningslöst som inculpatens ansvarighet. Det kan väl icke vara troligt, att denna fula manöver har skett bona

fide. För det andra måste också beaktas — något som ävenledes ingalunda framgår av THYRÉNS framställning — att jag å s. 11 f. i min bok uppvisat orimligheten i att en rättsplikt, betraktad såsom en rättsordningens befallning, skulle kunna gälla för en person, som icke mottagit befallningen, d. v. s. icke har någon vetskap om densamma. Därmed följer nödvändigt, att rättsplikt icke heller på detta sätt betraktad kan vara förutsättning för straffbarhet, vilket ju uppenbarligen alltjämt är THYRÉNS ståndpunkt (se också exempelvis s. 53), fastän han naturligtvis icke på minsta sätt kunnat gendriva den enkla och klara logiken i det resonemang, som jag utvecklats å s. 11 f. i min bok med stöd av HÄGERSTRÖM, Den objektiva rättens begrepp, s. 150 f. (se numera även HÄGERSTRÖM i Sv. Juristt. 1920 s. 339). I detta sammanhang är emellertid det viktigaste, att den fräckhet uppenbaras, med vilken THYRÉN inför allmänheten förvridit min framställning.

THYRÉN uttalar vidare å s. 34:

“I själva verket kan emellertid förf. icke ens med någon konsekvens hålla fast vid denna cyniska samhällsnyttteståndpunkt, då han förnekar brottets samhällsfarlighet även ur samhällspreventiv synpunkt. Ty om brottet alldeles ingen samhällsfara innebär, så måste därav följa, att ingen skada för samhället uppstode, om det lämnades obeivrat. Och är dess beivrande indifferent för samhället, huru kan då hänsyn till samhällsnyttan kräva detta beivrande? Att bygga straffet på samhällsnyttan lär med nödvändighet leda till att i brottet erkänna samhällsfara.”

Man står vid THYRÉNS skrift mot mig stundom tveksam angående alternativet moralisk eller intellektuell bristfällighet. Här torde emellertid alla dylika tvivelsmål vara uteslutna. Ty att han medvetet skulle ha komprometterat sig genom att hyckla en sådan dunderblunder i sin uppfattning angående min straffteori kan icke antagas. Jag har visat, att brottslingarnas farlighet för samhället undanrödjes genom strafflagen såsom gällande rätt. För THYRÉN blir detta, att man kan upphäva strafflagen utan någon risk för samhället!!!

Å s. 51 ff. tager THYRÉN upp mina metoder, vilka sägas förete åtskilliga karakteristiska drag. Det heter först:

“Ett sådant är den oövervinneliga benägenheten för paradoxer — för att, om någon möjlighet finnes och även dessförutan, ställa saken på huvudet. En av dessa paradoxer går igenom hela förf:s framställning. Efter all vanlig uppfattning — man kan väl säga efter allt sunt förnuft — är, utom i mera sällsynta undantagsfall, moralnormen *prius* och straffnormen *posterius*: brottet har varit en i samhället ogillad handling, innan det förklarades för brott och gjordes straffbart. Men förf. måste naturligtvis vända upp och ned på saken. Han nöjer sig ej med den riktiga tanken, att straffsanktionen kan hava kraftigt stärkt moralnormen (varvid BAUER försiktigt stannar). Den *skapar* moralnormen: först strafflagen, sedan moralen. Han synes tro, att lagstiftaren först förståndsmässigt räknar ut, vad som är samhällsnyttigt, därpå kriminaliserar vissa handlingar i överensstämmelse med dessa beräkningar och på så sätt slutligen får moralen till stånd.“

Härtill behöver blott anmärkas, att jag genomgående talat endast om alldeles särskilda moralnormer såsom blivande till genom strafflagen, nämligen sådana som röra den absoluta otillåtligheten av en viss handlingstyp, fullständigt utan hänsyn till den individuella moraliska situationen vid handlingstillfället. Mot bakgrunden av vad jag utvecklat under föregående rubrik här ovan kan THYRÉNS inlägg blott utgöra bevis för hans okunnighet om själva grundragen i min straffteori.

THYRÉN fortsätter emellertid:

“På liknande sätt skall man (s. 22) vara skyldig att tro, vid risk att råka in i en av förf:s fruktansvärda 'cirklar', icke att vedergällningskänslan var ursprunget till straffet, utan tvärtom: 'Blott kriminaliseringen väcker hos det allmänna medvetandet den föreställningen, att det motsatta handlandet är av samhället fordrat. Alltså är straffets karaktär av vedergällning i detta medvetande endast ett följdfenomen av en redan prevenerande verkan genom straffets omedelbara ingrepp i det moraliska föreställningssättet' (s. 23).“

Så här lyder emellertid min framställning, sedan jag avvisat uppfattningen om straffet såsom ren hämnd från samhällets sida:

“Kanske då i stället straffrätten har sin för samhället nödvändiga kraft därigenom att straffet utgör en förtjänt vedergällning? Detta förutsätter emellertid, att i det allmänna medvetandet det uraklättna handlandet framstår ej blott som en så oavvislig plikt, att dess överträdande förtjänar straff, utan även som en av samhället självt verklig fordrad handling, vars underlåtelse samhället därför kan rättvisligen själv vedergälla. Men här återkommer på det psykologiska området samma cirkel, som jag nyss visat vara förhanden på det vetenskapliga. Det allmänna medvetandet kan icke få just denna uppfattning, såvida icke vissa handlingar äro belagda med straff. Ty det är just kriminaliseringen, som inpräglar i detsamma vissa handlingars absoluta plikt-karaktär. Blott kriminaliseringen väcker hos det allmänna medvetandet den föreställningen, att det motsatta handlandet är av samhället fordrat. Alltså är straffets karaktär av vedergällning i detta medvetande endast ett följdfeomen av en redan prevenerande verkan genom straffets omedelbara ingrepp i det moraliska föreställningssättet. Naturligtvis är det härvid hänsyn till den sociala hämndlusten, som skänker åt straffet dess karaktär av förtjänt vedergällning.”

THYRÉNS tillvägagångssätt är ju här ur lojal synpunkt, d. v. s. bortsett från sådana syften som att inför läsaren låta ett falskt sken falla över min framställning, fullkomligt meningslöst. Gillade han icke min åsikt, så hade han ju bort försöka att bemöta min argumentering. I stället skär han bort denna och ersätter den med ett glåpord. Metoden är dock blott hans vanliga: att söka trola bort den verkliga frågan och inför allmänheten giva min framställning ett mindre förmånligt sken.

Vad som därefter följer å s. 51, 52 och början av 53 torde kunna sägas slå alla hittills tänkbara rekord i fräckhet. Han tager sig här till att utnyttja just den av mig påtalade tankeförvirringen inom jurisprudensen för att få korten bortblandade och slå blå dunster i ögonen på en publik, som i det stora hela måste anses sakna förutsättningar att av sig själv upptäcka skojet. Jag skall nu i fyra avdelningar upptaga dessa sofismer till granskning. Det heter först s. 51 f.:

“Ett annat särdeles starkt framträdande drag är oförmågan att skilja på ord och sak — att behandla sina motståndare icke efter vad *de*

menat med sina ord, utan vad förf. menar med samma ord. Rättvisligen bör anmärkas, att detta är en metod, varom förf. tyvärr långt ifrån är ensam. Man dekreterar, att *häst* och *oxe* skola byta namn och fråssar sedan i ovetit över den blinde och döve, som påstår, att oxen har horn men ingen man och bölar men icke gnäggar. Förf. följer receptet på det trognaste; hans broschyr är ett rent praktexemplar av detta species. *Plikt*, förklarar han t. ex., är enligt alla verkliga moral-filosofiska tänkare (s. 12) blott och bart uttryck för en känsla, nämligen 'känslan att vara driven att undvika eller utföra en handling' (s. 51). Då *rättsplikt* allmänligen säges föreligga för individen, i och med det att rättsordningen riktar en befallning till honom — utan varje avseende på om han *känner* sig pliktig — så är denna användning falsk och f. ö. hela ordet rättsplikt förkastligt ('dylik kan nämligen icke tänkas', *ib.*). Men i stället för att nu — efter framhållande av den förmenta olämpligheten av ifrågavarande ord — föreslå ett bättre ord, och sedan hålla sig till sak, är förf. alldeles outtröttlig i sina utgjtelser mot alla dem, som använda ordet rättsplikt, ock kritiserar dem, *som om de med ordet menat detsamma som han* menar med plikt: Så t. ex. förklarar han (s. 16), att konstruktionen av brottet såsom en rättspliktsöverträdelse är en 'mot all verklighet stridande konstruktion'. Varför? Jo, ty (s. 12) det, huruvida en viss känsla är för handen vid det eller det tillfället hos en person, är något så osäkert, att det är fullkomligt absurt att lägga dylikt till grund för bedömandet av, när rättsliga reaktioner skola ske."

Nu är det så att jag i min utredning för hela rättspliktsbegreppets meningslöshet varit nödsakad att behandla det i båda de betydelse, som det har i rättsskolastiken. Därvid har jag först å s. 10—12 berört rättsplikten såsom innebärande, att en handling vore befalld av "statsviljan". Därefter upptager jag å s. 12 f. begreppet såsom en motsättning till och förstärkning av den blott moraliska plikten. Det från s. 12 i min bok hämtade citatet hänför sig till rättsplikten i denna mening. THYRÉN låtsar nu, som om begreppet inom jurisprudensen blott brukades i den förra meningen, trots det att dess användning i den senare meningen förekommer även i den allra modernaste straffrättslitteraturen (se t. ex. STERZELS bok om bedrägeribrottet). F. ö. är det för varje teori, som lägger

till grund rättsstridighet vare sig i blott viljan eller i handlingen såsom rättfärdigande rätten att straffa, omöjligt att icke i begreppet rättsplikt lägga in även betydelsen av en objektivt gällande plikt. I detta avseende hänvisas till HÄGERSTRÖMS behandling av den BINDINGSKA åskådningen (Till den objektiva rättens begrepp; s. 153 med noten å s. 153 f.). Här påvisar HÄGERSTRÖM med exempel, hur man glider över från tanken på en statsviljans befallning till idén om en objektivt gällande plikt. — Innan man lämnar THYRÉNS nu berörda snedvridningsförsök bör en särskild nedrighet i detsamma observeras. Senare hälften av s. 10 ävensom s. 11—15 i min bok har jag ägnat utelutande åt att bevisa ohållbarheten av rättspliktskonstruktionen (inklusive rättsstridighetskonstruktionen). Å s. 16 övergår jag så till en annan oriktig åskådning, som jag säger stå i intim förbindelse med “denna mot all verklighet stridande konstruktion”. THYRÉN söker nu ingiva läsaren skenet av att jag fällt detta omdöme om rättspliktsbegreppet på grundvalen av — icke de fem sidors oomkullkastliga bevisföring, som jag framlagt — utan det några få raders uttalande å s. 12 i min bok som han ryckt loss ur sitt sammanhang och citerat! Är icke detta den rena förfalskningen?

THYRÉN fortsätter emellertid, s. 52:

“Alltså: motståndarnes användning av ordet rättsplikt är falsk, *ty de mena icke* med plikt en känsla, och deras konstruktion är *stridande* mot all verklighet, *ty de mena* med plikt en känsla.“

Om en person tror på något, som vi kunna kalla för a, men det visas upp för honom, att a med logisk nödvändighet skulle föra med sig x, y och z, konsekvenser vilka på grund av sin orimlighet äro absolut oantagliga, så svarar personen ifråga: jag hävdar och har alltid hävdad blott a, icke x, y, z. Det är detta slags svar, som THYRÉN här presterar på min kritik. Kanske framträder arten av hans metod bättre i följande exempel. En person använder om ett visst djur beteckningen oxe, i den tro att djuret verkligen är en oxe. Så på-

visas det för honom, att djuret saknar alla de egenskaper, som utmärka en ox. Personen vidhåller sin ståndpunkt med följande ord: "jag har ju icke alls sagt, att dessa egenskaper äro för handen; jag har blott sagt att det är en ox, och det står jag för."

Omedelbart efteråt heter det hos THYRÉN:

"Vidare: 'Just i fråga om brottslingarne är det därför ofta alldeles extraordinärt orimligt att påstå, att de överträda en plikt, alldenstund de ju ofta antingen alls icke känna sig förpliktade eller åtminstone icke ha någon tillräckligt utbildad plikt-känsla' (sid. 39). — Vem har påstått, att de ha någon plikt-känsla?"

I de ord, som THYRÉN här citerat efter mig, har jag använt ordet plikt i överensstämmelse med den vanliga straffrättsliga terminologien såsom betydande, att något bör göras eller underlåtas. Om nu "börat" faktiskt, såsom jag i min bok s. 51 ff. påvisat med stöd av HÄGERSTRÖMS arbete om den objektiva rättens begrepp, icke kan ha någon betydelse annat än såsom en känsla, så är ju min slutsats i de citerade orden fullkomligt bindande. Var THYRÉN icke nöjd med mina ord, hade han sålunda bort gendriva min på grundval av HÄGERSTRÖMS forskningar gjorda utredning för "börats" egenskap av känslobetoning. Nu frågar han blott fullständigt goddagyxskaffmässigt: vem har påstått att brottslingarne ha någon plikt-känsla? Mitt påstående går ju här ut på att det orimliga i situationen just är, att den härskande straffrättsskolastiken vid användningen av pliktbegreppet helt och hållet åsidosätter den avgörande frågan, om den, på vilken begreppet appliceras, verkligen har någon plikt-känsla.

Till sist säger THYRÉN i detta sammanhang, s. 52 f.:

"Likaså s. 51: det är fullkomligt orimligt, menar förf., att rättsplikt skulle vara given blott därmed, att den i samhället rådande makten har befallt vissa handlingar. Ja, om man med rättsplikt menar detsamma, som förf. med plikt. Men vem gör det? Orimligheten skall bl. a. belysas därav, att det eljest skulle varit 'plikt' för de första kristna 'att svika sin egen religion, därför att dess utövande var 'förbjudet' i romersk lag' (s. 52). Förf. jonglerar på detta sätt oavbrutet med ordet plikt i

de två betydelse: hans egen och hans motståndares. Ingenting är självklarare än att det *icke* var en moralisk plikt för de första kristna att offra till Jupiter och ingenting är självklarare än att det *var* en rättsplikt för dem, om staten, vars undersåtar de voro, direkt befälde dem det; ty rättsplikt betyder *ingenting annat* än just detta faktum.“

Här har THYRÉN fullkomligt lämnat ur sikte konsekvenserna av själva grundvalen för den moderna straffrättsskolastiken, av rättsstridigheten eller rättspliktsöverträdelsen såsom rättfärdighetsgrund till straffet. Med denna grundval följer nämligen, att man med rättsplikt aldrig kan avse blott en statens "befallning" utan alltid jämväl har i sikte det dåliga hos brottslingen, som manifesterat sig i pliktvidrigheten. THYRÉNS resonnemang är sålunda också här av alldeles samma art, som det vilket jag nyss karakteriserade genom exemplet med oxen.

Den kritiske läsaren skall icke kunna undgå att såsom ett genomgående, särskilt utpräglat drag hos THYRÉN i dessa fyra fall lägga märke till hans försåtliga tillvägagångssätt att begagna sig av begreppsförvirringen inom den härskande läran och med stöd av dess bristande konsekvenser framställa min kritik av densamma, såsom om jag hade riktat mig mot andra begrepp, än dem mina motståndare själva använt. Det är ganska givet, att, om man är inkonsekvent, så innebär detta just, att man själv inte har klarhet i konsekvenserna av vad man tänker. Därav framkallas lätt skenet, att kritikern går vid sidan av saken, när han påvisar dessa oförutsedda konsekvenser. Just ur vetenskaplig synpunkt torde det få betraktas såsom något absolut förkastligt att utnyttja ett sådant falskt sken för att undertrycka en saklig kritik.

THYRÉNS sista anmärkning å s. 53 och början av s. 54 rör min uppfattning angående det s. k. ententens utlämningskrav. Härtill behöver jag blott säga, att THYRÉN förbisett, att ett visst lands "lagar", när fråga blott är om deras "tillämpning" av ett annat lands domstolar, naturligtvis icke längre på minsta sätt ha karaktär av verkliga lagar, d. v. s. gällande rätt. Men sådant

förbiseende gör man, när man på äkta skolastiskt sätt icke begriper, att en lag i egenskap av gällande rätt icke kan tänkas skild från sin tillämpning.

Härmed torde jag få anses hava vederlagt samtliga THYRÉNS s. k. "anmärkningar" mot min straffrättskritik. Därvid kan jag emellertid ej stanna. Den fullt rätta bilden av THYRÉNS angrepp får man först genom att också något beakta de extra glåpor och smädelser, i vilkas ram han infogat det hela. Han inleder sin framställning med att utmåla mig såsom halvt högfärdssinnessjuk och insinuera, att jag i min vetenskapliga verksamhet läte mig ledas mindre av sakliga skäl än av för det politiska parti, jag tillhör, behagliga synpunkter, d. v. s. med att framställa mig som en politisk lycksökare av vidrigaste art. Han avslutar sin framställning med att karakterisera mitt arbete såsom ett karnevalsskämt. Till detta är nu att noga märka, att jag i min "Principinledning", alldeles själfvallet f. ö., icke riktat det allra minsta personliga angrepp mot vare sig THYRÉN eller någon annan. Visserligen har jag i min kritik ofta uttalat mycket skarpa omdömen om de av mig bekämpade lärorna. Dyligt har icke varit lätt att undvika för en person, som länge brottats med den skärande motsättningen mellan läror och realiteter inom juridiken och äntligen trott sig ha fått upp ögonen för dessa fiktioner och andra överkligheter, på vilka den härskande straffrättsvetenskapens lärobyggnad enligt hans mening vilar. Men mina hårda omdömen gälla genomgående intet annat än den objektiva orimligheten i de åskådningar, mot vilka jag riktat mig. THYRÉN öppnar emellertid angreppet mot mig genom att söka misskreditera min person. Befogenheten i sina personliga utfall och smädelser söker han stödja genom en blandning av citater från min bok, vilka genom sin stympning blivit fullkomligt odugliga såsom led i en saklig bevisföring. Bl. a. skola de visa min "häpnad över motståndarnes enfald". THYRÉN begår emellertid härvid ett synnerligen grovt misstag.

Om jag häpnat över något, så är det något helt annat, nämligen mina motståndares fullkomliga likgiltighet för om deras läror på avgörande punkter stå i överensstämmelse med den verklighet, som de skola behandla eller icke. En sådan häpnad måste givetvis stegras gent emot en person, som åtagit sig ansvaret för de grundläggande principerna för en strafflagsreform. På honom kan nämligen ställas ett visst krav, att han icke utan vidare blott trampar på i ullstrumporna på vägar, vilkas ohållbarhet på ett fullkomligt ovederläggligt sätt blivit utredd i dessa arbeten av HÄGERSTRÖM, å vilka min "Principinledning" vilar. Också om THYRÉN förut kunnat ursäkta sig med att HÄGERSTRÖMS arbeten varit honom obekanta, så kan denna ursäkt naturligtvis icke gälla för honom i hans angrepp mot min straffrättskritik, som ideligen framhållits grunda sig just på HÄGERSTRÖMS undersökningar. THYRÉNS ansvarslösa likgiltighet på denna punkt kulminerar i hans tillvägagångssätt att nu alltjämt låtsas, som om han icke hade en aning om HÄGERSTRÖMS forskningar och än mindre deras betydelse för min kritik. Blott genom dylikt utmanande hån mot det sanningsökande, som skall prägla vetenskapen, har det blivit honom möjligt att laborera med dessa bevisligen icke existerande faktorer, dessa rena fantomer: samhällsvilja, rättsstridighet, rättsplikt, straffets rättsgrund, brottslingens samhällsfarlighet såsom reaktionsobjekt för det enskilda straffet, underlåtenhetens kausalitet o. s. v. Detta är de spöken, vilkas infångande oavbrutet sysselsätter den moderna straffrättsvetenskapen. Man behöver icke vara en särdeles uppmärksam läsare för att finna att de äro utförligt behandlade i min "Principinledning" och där återopade arbeten av HÄGERSTRÖM. Och ändock har THYRÉN haft panna påstå (s. 5), att jag ingenstädes beskrivit dessa spökens natur och utseende.

Framför allt är det emellertid min självöverskattning, som med de till ett 20-tal uppgående citatstymplingarne skall ådagaläggas. Bland dessa skall jag här blott anföra tvenne, vilka

kunna betraktas såsom särdeles signifikativa för den tendens att förfalska mina uttalanden, som genomgår THYRÉNS hela skrift emot mig. Å s. 3 upplyser THYRÉN allmänheten om att jag sagt mig ha

“kommit till insikt om, att man inom den juridiska vetenskapen allmänt, särskilt på avgörande punkter, arbetar med förutsättningar, vilkas vetenskapliga halt absolut icke kan erkännas, och att man här låter sig dirigeras av en rent skolastisk begreppsjurisprudens. Satserna byggas upp på rena fiktioner och godtyckliga konstruktioner, som sakna allt underlag i verkligheten“.

THYRÉN har emellertid justerat bort dessa föregående ord av avgörande betydelse:

“Genom den inblick professorn i praktisk filosofi i Uppsala AXEL HÄGERSTRÖM sedan åtskilliga år tillbaka låtit mig erhålla i sina rättsfilosofiska och rättsvetenskapliga forskningar har jag kommit till insikt om etc.“ (här följa nu de av THYRÉN citerade satserna; se min bok, s. 5).

För att illustrera min brist på blygsamhet anför THYRÉN, s. 5, att jag bl. a. talat om

“mina av min nya grundsyn föranledda metoder“.

Jag bestrider visst icke att jag använt dessa ord. Emellertid få de en betydelse, diametralt motsatt den av THYRÉN i dem inlagda, om man beaktar, att de blott utgöra slutorden i följande uttalande:

“Som redan antytts står jag för det rättsfilosofiska underlaget till min nuvarande grundsyn på de juridiska frågorna helt och hållet i tacksamhetsskuld till professor AXEL HÄGERSTRÖM. Vad särskilt denna principledning angår, där jag till stor del måst röra mig på ett filosofiskt område, har jag dessutom haft den oskattbara förmånen att erhålla hans hjälp vid tillämpningen av (nu först komma de av THYRÉN citerade orden:) mina av min nya grundsyn föranledda metoder“. (Se min bok, s. 7 n. 1.)

Ett fullständigt intryck av den nobla ton, som genomgår THYRÉNS hela framställning mot mig, kan givetvis blott erhållas genom att man läser skriften i dess helhet. Till de föregående citaten må emellertid här ytterligare ett par läggas. Å s. 6

förekommer följande, såsom han själv kallar det, "inledande anmärkning":

"Den, som haft att göra med ett universitetskansli, torde ha iakttagit, att det med en viss statistisk regelbundenhet plägar till universiteten insändas förkunnelser av någon vetenskapens Messias, som med ett kraftigt ryck kullstörtar en eller annan vetenskaps "skolastiska" byggnad och uppför en ny av egen tillverkning. Oftast gäller det här filosofi, matematik eller astronomi, någon gång samhällsvetenskap incl. rättsvetenskap. Sätillvida saknar fallet icke precedenser. Däremot ligger det hittills alldeles utanför min erfarenhet, att en i tjänst varande professor vid ett europeiskt universitet uppträder i denna skepnad. En och annan verklig Messias har ju under århundradenas lopp uppenbarat sig men, såvilt bekant, i helt andra former".

Å sista sidan heter det:

"Efter en polemik av detta slag känner man ett behov att uppsöka någon mildrande omständighet. . . (Sedan "mildrande omständigheter" anförts heter det:) Men avigsidan av dessa vackra egenskaper är en besinningslöshet och en självöverskattning, som kommit honom att offentliggöra ett opus, där disproportionen mellan hans föresatser och hans förutsättningar nästan skapar en atmosfär av karnevalskämt. — Det kan möjligen vara av någon nytta för förf. och hans gelikar, där sådana finnas, att höra etc."

Förgäves skall man nog icke spana efter en på visst sätt förmildrande omständighet i den handling, som prof. THYRÉN låtit komma sig till last. Åtminstone torde hans tillvägagångsätt kunna förklaras. Min kritik av den moderna straffrättens grundåskådningar gällde ju också THYRÉNS egen pråliga men grundsvaga lärobyggnad. Visserligen stoltserar han å s. 54 med att han ej låtit skrämman sig av min undersökning. Men denna djärvhet kan icke bero på något moraliskt mod. Såsom han i ett obehagat ögonblick själv antyder (ib.), är det nog i verkligheten endast fråga om "vilddjuret", som icke låtit sig tämjas. Detta står ju också i bästa överensstämmelse med min utredning här ovan, som på det mest otvetydiga sätt givit vid han-

den, att han sett sig komplett urståndsatt att på någon enda punkt försvara sig med saklighetens blanka vapen. Det moraliska modet, att uppgiva försvaret för en ohållbar sak, har han uppenbarligen icke varit i besittning av. Det är med all sannolikhet därför, som frestelsen att tillgripa dessa illojala medel blivit honom övermäktig. En sak är emellertid att kunna sätta sig in i prof. THYRÉNS personliga läge; en annan att bedöma, vad som förekommit, ur vetenskaplig synpunkt. Vart skulle det bära hän, om vetenskapen mera allmänt skulle få att kämpa med sådana krafter hos de utövande vetenskapsmännen själva, som prof. THYRÉN låtit fungera i sin skrift mot mig? All tro och heder inom vetenskapens värld skulle försvinna. I stället för att kunna lita på varandras faktiska uppgifter och med stöd av dem granska en undersökning skulle vetenskapsmännen få räkna med primärmaterialets fullständiga förvanskning och därigenom intagas av en skepsis mot varandra, som skulle lägga ett alldeles förlamande tryck på hela vetenskapen och hämma dess utveckling. I stället för att såsom något självklart räkna med varandras åtminstone vilja att komma till klarhet i saken och att utan baktankar sätta sig in i andras meningar, skulle vetenskapsmännen nödgas räkna med möjligheten, att vetenskapliga arbeten icke vore något annat än illvilliga förvrängningsförsök och sofismer, på vilkas sönderrivande först en dyrbar tid måste slösas, innan man kunde ingå i en prövning av den egentliga saken. Dessa antydningar torde vara tillräckliga, för att var och en skall kunna inse, att allt handlingssätt av prof. THYRÉNS art är något, som absolut icke kan tolereras inom den vetenskapliga världen. Vetenskapens uppgift är ju att söka utforska sanningen och bidra till forskningsresultatens spridande. Vart skulle det bära hän, om man såsom vetenskapliga insatser godtog försök, som icke hade något annat syftemål än att med de mest hänsynslösa medel undertrycka just sanningen? — Men saken kvalificeras här på ett alldeles särskilt sätt. Visserligen har prof.

THYRÉN varit tämligen riksbekant för sina trollkonster på olika områden, men på det rent straffrättsvetenskapliga har han dock hittills ingalunda allmänligen varit känd som trollkonstnär. Han har tvärtom hos den stora allmänheten lyckats tillvälla sig ett rent av fenomenalt anseende som vetenskapsman. Tack vare detta har han bl. a. hedrats med förtroendet att för statens räkning utarbeta principerna för en strafflagsreform. Detta anseende har vidare otvivelaktigt bidragit till, att han bekläts med ställningen av *Rector magnificus* vid vårt universitet i Lund. Justitieministern har helt nyligen inför riksdagen trott sig kunna åberopa just hans auktoritet såsom rent av moraliskt stöd för vissa ändringar i strafflagen. Men det är ingalunda nog med detta, offentliga myndigheters, erkännande av honom såsom en stor kraft i god riktning. I en så pass spridd tidning som Göteborgs Handelstidning, ledd av en f. d. professor, under sin vetenskapstid ansedd som besjälad sanningssökare, kunde exempelvis den 5 april d. å. läsas en panegyrisk hyllningsartikel åt THYRÉN, där det bl. a., kanske med anspelning just på hans senaste bravad, försöket att skoja bort min straffrättskritik, heter:

“Man kan kanske vara frestad att ... säga, att han är utrustad med en rent kunglig fräckhet. Men då får man komma ihåg att han aldrig använt denna gudagåva till annat än självförsvar. Han har aldrig i sin offentliga framfart låtit imponera på sig av dryga later eller humbug. Men uppenbarligen hyser han respekt för all verklig duglighet.“

Jag torde hava anfört tillräckligt, för att vilken socialt intresserad person som helst skall kunna inse, att det var ett samhälleligt intresse av mycket stor betydelse, att grunden för prof. THYRÉNS vetenskapliga auktoritet granskades något mera ingående, än som hittills skett. Såsom vetenskaplig auktoritet gör ju en person anspråk på, att hans ord skola gälla, därför att de utgå just ifrån honom. Men för att ha ett sådant anspråk räcker icke ett visst mått av lärdom och intellektuella förutsättningar, utan en absolut nöd-

vändig betingelse härför är redbarheten. Visar en person sig vara till den grad ur stånd att behärska sina passioner, att han i ett vetenskapligt angrepp, som rör det mest fundamentala i hans vetenskap, lämnar åsido all hänsyn till saken och blott överhöljer motståndaren med osanningar och smädelser, så bör naturligtvis ingen som helst tilltro över huvud fästas vid en sådan persons "auktoritativa" uttalanden. För att vara en verklig vetenskapsman fordras med absolut nödvändighet villigheten att utan baktankar sätta sig in i andras meningar.

Härmed har jag förklarat anledningen till att jag i hela dess vidd sökt avslöja bluffen i detta sannolikt alldeles enastående tilltag att söka slå ned en motståndare genom att — hänsynslöst åsidosättande hela hans argumentering och svepande sig i sin pompösa, rikt veckade kriminalisttoga — utan varje verkligt spår till saklig bevisföring blott kasta sig över honom i akt och mening att alldeles bedöva honom med fullständiga batterier av sofismer, förvrängningar, giftigheter och glåpord och därefter förkväva honom med hela den tunga massan av sin s. k. vetenskapliga auktoritet. Vid detta tilltag glömmer emellertid prof. THYRÉN, att sådana Jupitersfasoner icke i längden kunna ha åsyftad verkan, också om han själv för sin personliga del hittills haft en motsatt erfarenhet. Han glömmer, att den vetenskapliga auktoriteten i längden skall kunna uppbäras blott av den, som äger vetenskapsmannens främsta palladium, aktningen för sanningen, och att den, som saknar detta, skall varda vräkt från besittningen av sådan auktoritet.

Ehuru jag i sinom tid kommer att framlägga en samarbeting av mina straffrättsliga skrifter för den utländska publiken, är likväl härmed mitt mellanhavande med prof. THYRÉN från min sida avslutat. Då jag själv alltid kämpat endast med blanka vapen och för framtiden icke har lust att tillägna mig några andra stridsmetoder, kan det ju icke fordras av mig,

att jag vidare skall skifta hugg med en person, vilken ådagalägger den mest cyniska håfullhet gent emot all saklighet och logik och — i stället för att antingen söka med dessa bemöta en vetenskaplig kritik eller också uppgiva försvaret för en ohållbar ståndpunkt — under det falska skenet av auktoritativ överlägsenhet i verkligheten endast lägger sig i försåt för att därifrån utdela dolksting i ryggen. Men f. ö.; man vet aldrig hur pass länge ens korta arbetstid varar. Det gäller att taga vara på den och använda den väl. Och jag tror mig ha viktigare uppgifter i livet än att sitta och riva sönder alla prof. THYRÉNS sofismer, bena upp hans förvrängningar och vräka hans osanningar. En gång måste sådant dock göras. Och nu är det gjort.

Rättelser.

- s. 36 r. 5 nerifrån *står* 151 ff., *läs* 51 ff.
- s. 70 r. 13 uppifrån „ s. 327, i huvudsak avtryckt härovan s. 9 f., *läs* s. 325 ff.,
delvis avtryckt härovan s. 9 f., samt citaten här ovan s. 67 f.
- s. 110 r. 13 nerifrån *står* moraliska, *läs* omoraliska
- s. 120 r. 7 uppifrån „ samhällig, „ samhällelig
- s. 128 r. 1 nerifrån „ rättsordningen, „ rättsordningen etc.
- s. 142 r. 4 „ i citatet *står* huruvida, *läs* 'huruvida

INNEHÅLL.

	Sid.
<i>Till Läsaren</i>	3
Inledning	5
Thyréns kritik av min <i>kritik</i> av straffrättsdogmatiken	8—74
Frågan om statens rätt att straffa individen	8—24
a. Oriktigheten i föreställningarne om en särskild rättsgrund för statens straffrätt, s. 8—12. — b. THYRÉNS försök att emot mig hävda sin åsikt om straffet såsom en reaktion mot brottslingens samhällsfarlighet, s. 12—18. — c. Det fruktlösa i att i brottet söka en inre isolerad rättfärdighetsgrund till statens straffrätt, s. 18—24.	
Kan rättsstridighetsbegreppet på något sätt försvaras?...	24—74
a. Begreppet förkastligt redan av den grund att det skulle förutsätta straffbarhetens beroende av vetskapen om straffbudet, s. 24 f. — b. Begreppet förkastligt, enär, hur det vrides och vändes, man likväl med detsamma aldrig kan komma längre än till det rent meningslösa, att en handling är straffbar, när den är straffbar, s. 25—27. Oriktigheten i åsikten om brottet såsom ett mot samhället riktat angrepp (man låter rättsfaktum förutsätta rättsföljden), s. 27—29. — c. Punkt för punkt visas upp arten i THYRÉNS försök att genom allehanda sofismer och förvrängningar slå ned min kritik av den härskande lärans krav på rättsstridighet såsom särskilt brottsrekvisit vid sidan av lagstridighet, s. 29—46. Därefter belyses ytterligare, vad det är för en verklighet, som man med detta krav söker dölja, s. 46—51. — d. Rättspliktskravet vid underlåtenhetens straffbarhet alltid meningslöst. Ehuru oskyldigt, när plikten anses gälla positiv handling, som förebygger viss skadlig effekt, leder rättspliktskravet till oantagliga konsekvenser, när man låter den positiva handlingen utgöra plikt, utan hänsyn till om handlingen är	

ägnad att förebygga viss skadlig effekt, s. 52—59. Underlåtenhetens kausalitet; THYRÉN som trollkonstnär, s. 59—65. Vikten av att den falska teorien om underlåtenhetens kausalitet kullkastas, s. 65 f. THYRÉNS invändning, att min uppfattning angående underlåtenhetens straffbarhet strider mot gällande rätt, s. 66 f. — e. Anledningen till jurisprudensens operationer med rättsstridighetens innehållslösa begrepp, s. 67—69. THYRÉNS anmärkning, att jag förväxlat frågan om straffets omfång med frågan om dess rättsgrund, s. 70. THYRÉNS försök att trola bort rättsstridigheten såsom enligt hans lära rättsgrund för straffet, s. 70—73. Betydelsen av att rättsstridighetsläran slopas, s. 73 f.

Thyréns kritik av mitt försök till *positiv* straffteori 75—104

“Straffets ändamål” 75—90

a. THYRÉNS beskyllning, att min teori vore en försämrad upplaga av den gamle BAUERS s. k. varningsteori, s. 75—79. — b. THYRÉNS tillvägagångssätt att på själva kardinalpunkten blott citera ett periferiskt uttalande av mig å s. 22 i min “Principinledning”, utan att på något sätt låtsas om min koncist skrivna bevisföring å s. 23—30 därst., s. 80—82. — c. THYRÉNS invändning om den bristande överensstämmelsen mellan min teori och den moderna straffrätten, s. 82—83. — d. THYRÉNS försök att vantolka min användning av uttrycken akuta brottslingar och vaneförbrytare, s. 83—86. Det *compositum* av befängda “missförstånd”, som THYRÉN presterat i anledning av min teori, att graden av den av strafflagen alstrade pliktkänslan mot ett brott måste bli beroende av brottslingens motiver, fastän pliktkänslan finnes till oberoende av den enskilde brottslingens moraliska motivläge, d. v. s. är absolut i den mening, att den gäller handlingstypen, s. 86—90.

“Förf:s resultat” 90—104

a. THYRÉNS kuriösa uppfattning, att avskräckningsteorin vore mera ägnad än min moralbildningsteori, att vid strafflagstiftning taga hänsyn till rådande moraliska föreställningar, s. 91 f. — b. THYRÉNS försök att vanställa min teori

med hänsyn till dess tillämpning å sådant som det s. k. Amaltheadådet, s. 93 f. — c. THYRÉNS försök att inbilla läsaren, att min teori angående begränsningen i psykiatriens inflytande på straffrättsskipningen skulle innebära, att även sinnessjuka personer straffades, s. 94—96. — d. THYRÉN, som gjort ett stort nummer av att min teori borde förkastas såsom en offerdjursteori, enär densamma icke alls frågade efter brottslingens skuld, tappar hux flux bort koncepterna och gör gällande raka motsatsen, nämligen att den är ägnad att stämpla brottslingen såsom den *par excellence* omoraliske mannen, s. 96—99. — e. THYRÉNS försök att vanställa min teori om behandlingen av vane-förbrytare s. 99 f. — f. THYRÉNS citeringssätt till vanställande av min teori om straffets beroende av effekten, d. v. s. av ett socialt värdes faktiska kränkning, och ej av den blotta sinnesbeskaffenheten, s. 101—103. — g. THYRÉNS invändning mot min uppfattning om grunden för satsen "intet straff utan strafflag" s. 103 f.

Till frågan om straffets sociala funktion 105—135

Frågan inledes, varvid det med praktiskt given konsekvens hotande straffets avskräckningsförmåga betonas, i vilket sammanhang kategorien av brott, som icke erbjuda ur upptäcktssynpunkt riskfria handlingstillfällen, tillsvidare avskiljes, s. 105—107. — Huvudbevisningen för att straffet såsom social funktion ovillkorligen måste ha detta, att dirigera den allmänna moralen mot brottet, s. 107—111. — Jämförelse anställes mellan den av strafflagen alstrade moralinstinkten mot brott och plikt känsla i djupare moralisk mening, s. 111—113. — Straffets avskräckningsverkan s. a. s. konsumeras av dess moralbildningsfunktion, s. 113—115. — Innebörden i THYRÉNS handlingssätt att såsom anmärkning emot mig göra gällande sin i tryck uttalade kännedom om strafflagens moralbildande förmåga, s. 116—121. — Antydning om historiens lärdomar, s. 121—123. — Oresonligheten i att med THYRÉNS falska utgångspunkt om straffet såsom avskräckningsmedel urgera dödsstraffets obehövlighet, s. 123—126. — Min åsikt belyses med ett schematiskt exempel, varvid STJERNBERGS uppfattning av ett uttalande av FERRI beröres, s. 126—131.

— Den förut avskilda kategorien av ur upptäcktssynpunkt alltid eller så gott som alltid absolut riskfulla brott upptages, varvid beröras dels olikheterna inbördes mellan en strejklag, värnplikstvänget, och lagar om exempelvis varuskyltning och butikstängning och dels olikheterna mellan dylikt å ena sidan och exempelvis totalförbudet å andra sidan, s. 131—135.

Avslutning 136—153

Först betonas, att huvudmassan av THYRÉNS s. k. anmärkningar i det föregående upptagits till granskning och att var och en av dem visats sakna varje spår till fog, ehuru de ingalunda alltid berott på (intellektuella) missförstånd, s. 136 f. — För att emellertid täcka varje kryphål för både THYRÉN och andra skolastici upptagas därefter samtliga förut icke berörda "anmärkningar". Sålunda påvisas ett med THYRÉNS vanliga citeringsmetoder åstadkommet försök att snedvrída min framställning i en viktig punkt, s. 137—139. THYRÉNS dunderblunder att utlägga min åsikt, såsom om dess konsekvens bleve, att strafflagen kunde upphävas utan fara från brottslingar för samhället, s. 139. THYRÉNS ånyo dokumenterade oförmåga att fatta själva grundtanken i min teori om straffets moralbildande funktion, s. 139 f. Ett nytt snedvridningsförsök med hjälp av den vanliga metoden att icke beakta min argumentering, s. 140 f. THYRÉNS tillvägagångssätt att söka emot mig utnyttja just den av mig påtalade tankeförvirringen inom jurisprudensen, s. 141—145. THYRÉNS anmärkning mot min uppfattning angående det s. k. ententens utlämningskrav, s. 145. — Om de extra glåpord och smädelser, med vilka THYRÉN inramat sitt opus mot mig. Härvid beröres hans ansvarslösa tillvägagångssätt att låtsas, som om han icke hade någon aning om HÄGERSTÖMS epokgörande forskningar, å vilka min "Principinledning" helt och hållet bygger. Ävenledes anföras tvenne signifikativa exempel å hans genomgående tendens att förfälska mina uttalanden, s. 146—148. — Slutord. I dessa framhålles dels vikten ur vetenskaplig och allmänt social

synpunkt av att grunden för THYRÉNS auktoritetsanseende närmare synats i fogarne, och dels skälen för att jag måste betrakta mitt mellanhavande med THYRÉN såsom från min sida avslutat, s. 148—153. — Rättelser s. 154.

delob...
bivir...
inc-
-d...

... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..