

Kampen mod straffen

Af professor, dr. jur. et phil. ALF ROSS

1. *Kravet om afskaffelse af straf som kriminalpolitisk program.*

Jeg føler trang til indledningsvis at gøre en bemærkning om min kompetence til at skrive denne afhandling. Dens genstand er et kriminalpolitisk program, der under devisen „afskaffelse af straf“ kræver vidtgående ændringer i det kriminalretlige reaktionssystem. Man kan med en vis ret sige, at jeg, der er uden såvel kriminologisk uddannelse som praktisk erfaring på dette område, savner de nødvendige forudsætninger for at beskæftige mig med en sådan sag. Men også kun med en vis ret. Det omtalte program hviler, som ethvert andet handleprogram, på en teori, og denne teori kan, som enhver anden teori, gøres til genstand for analyse og kritik ud fra logiske og videnskabsteoretiske synspunkter uafhængige af specifik sagkundskab. Hvis fx teorien involverer visse anskuelser i det filosofiske spørgsmål om determinisme ctr. indeterminisme, må disse anskuelser og deres relevans for det kriminalpolitiske program kunne analyseres og kritiseres i lys af almindelig filosofisk indsigt. Hvis argumentationen hviler på logisk uholdbare slutninger må dette kunne påvises. Hvis de begreber, der benyttes, er uklare, tvetydige, tomme eller modsigende må også sådanne mangler kunne påpeges. Også en vurdering i lys af moralske principper må kunne foretages uden speciel sagkundskab. Og endelig må det vel også være en ikke-kriminalist tilladt at tage stilling til empirisk betingede anskuelser forsåvidt disse mere hviler på almene end på specifik kriminologiske erfaringer. Jeg har til hensigt i denne afhandling at holde mig indenfor de således afstukne grænser.

Programmet går som sagt ud på, at straf bør afskaffes¹⁾. Men da man ikke nærmere definerer dette begreb, er det ikke uden videre klart, hvad der menes. Olof Kinberg, fx, kræver straf afskaffet, men går dog samtidig ind for at tidsbestemt indespærring i et fængsel stadig skal forekomme blandt de kriminalretlige reaktioner.²⁾ Det er derfor nødvendigt at søge afklaret, hvad der menes med „straf“.

Såvel i lovgivningen som i doktrinen sondres der indenfor det kriminalretlige reaktionssystem mellem „straf“ og „andre retsfølger“, men det er ikke altid klart, hvorvidt en bestemt foranstaltning skal henregnes til den ene eller anden gruppe. Således

¹⁾ Og naturligvis ikke, som Olof Kinberg, „Punishment or Impunity“, *Acta Psychiatrica et Neurologica*, vol. 21 (1946), 429 f., 437, siger på afskaffelse af begrebet straf. Begreber lader sig ikke sådan udrydde.

²⁾ Kinberg, *a. st.*, 437, 438.

henregnes fx ungdomsfængsel i Danmark blandt straffene, medens den tilsvarende foranstaltning i Norge ikke betragtes på denne måde.³⁾ Efter min mening vil det være mest i overensstemmelse med almindelig sprogbrug, og mest relevant for en principdebat om straffens berettigelse, at afgrænse strafbegrebet gennem disse to mærker: (1) Straffen tilsigter at påføre den straffede en *lidelse*; og (2) straffen er udtryk for en *misbilligelse* af den handling, der straffes for. Herefter falder udenfor strafbegrebet:

(a) Forholdsregler der tilsigter lidelse, men ikke er udtryk for misbilligelse. Prototyper er den „betingning“ af reflekser, der finder sted i forsøg med dyr. Ved at administrere lyst og ulyst (fx føde, elektriske chok) dirigeres dyrets adfærd. Tilsvarende kan også gøres med mennesker;

(b) Forholdsregler der giver udtryk for misbilligelse, men ikke tilsigter at påføre lidelse. Når dette udtryk tages i vid betydning som omfattende også ubehag og ulyst af forskellige grader er sådanne forholdsregler utænkelige. Misbilligelsen — der når den udtrykkes overfor vedkommende kaldes *bebrejdelse* — rummer nemlig i sig selv en attitude af fjendtlighed, der indenfor et bredt spektrum kan variere fra kølig afstandtagen til håndgribelig aggression og derfor af den den rettes mod opleves som noget ubehageligt.⁴⁾ Vi må derfor indskrænke denne rubrik til at angå foranstaltninger, der er udtryk for misbilligelse, men ikke tilsigter at påføre nogen yderligere lidelse ud over den der ligger i bebrejdelsen selv. Foranstaltninger af denne art forekommer i praksis i form af irettesættelse, advarsel, offentlig fordømmelse, o. lign., men er ikke af større betydning for kriminalretten;

(c) Forholdsregler der hverken tilsigter at påføre lidelse eller at give udtryk for misbilligelse. Herunder falder foranstaltninger med opdragende, kurativt eller uskadeliggørende formål. De træffes i samme ånd som den, hvori lægen behandler sin patient. Bebrejdelser er udelukket, og der *tilsigtes* ikke påført lidelse — hvilket naturligvis (som enhver der har været hos tandlæge ved!) ikke udelukker, at behandlingen medfører lidelse. Og således er det da også på det kriminalistiske område. Sålænge videnskaben ikke har opfundet piller, stråler eller lignende der kan kurere kriminelle tilbøjeligheder, vil de foranstaltninger, der her er tale om, som regel kræve frihedsberøvelse for længere, eventuelt ubestemt tid.

³⁾ Stephan Hurwitz, *Den danske kriminalret. Almindelig del* (1952), 619—20.

⁴⁾ Jfr. min (endnu ikke offentliggjorte) afhandling „Skyld, ansvar, straf“, punkt 5.

Det fremgår af litteraturen, at de kriminalister, der som Kinberg, ønsker straf afskaffet, i første række tænker sig, at de kriminalretlige reaktioner skal bestå i sådanne opdragende, kurative og uskadeliggørende foranstaltninger som omtalt under (c). Forbrydelse betragtes af dem fortrinsvis i samme lys som sygdom, d. v. s. som et fænomen der kræver diagnose og behandling baseret på teori om sygdommens art og årsager, en behandling der alene tilsigter helbredelse, ikke lidelse eller dadel. Men man vil ikke afvise, at det herudover kan blive nødvendigt at anvende også foranstaltninger som omtalt under (a), altså følelseskold administration af lidelse (bøde, fængsel) som handlingsdirigerende middel, hvor kurativ behandling ikke er indiceret. Derimod må det i fortsættelse af programmets bærende ideer sikkert antages, at foranstaltninger som omtalt under (b) vil blive afvist.

Det fremgår heraf, at det er *straffen som misbilligelse, ikke straffen som lidelse* man vil til livs. Det er vigtigt at betone dette, om programmet ikke skal misforstås. „Afskaffelse af straf“ kunne lyde, som om forbryderne kunne se en sorgfri fremtid i møde. Dette er så langt fra tilfældet. Tilsigtede lidelse skal stadig kunne doseres, og de kurative foranstaltninger vil ofte faktisk være mere ubehagelige end regulær straf. Forholdet er snarere lige modsat: når reaktionen ikke rummer nogen misbilligelse, er den ikke betinget af skyld, og en væsentlig skranke for samfundets reaktion bortfaldet. Når dommeren (jeg mener hermed den, der dømmes skyldig) erstattes med manipulatoren og terapeuten, når kriminalretten baseres på at behandle borgerne som mus eller som patienter uden ansvar, åbnes der for perspektiver, der snarere end noget forbryderparadis lader én ane diktaturstatens mekaniske og grænseløse magt over individet.

Opgaven vil være først at give et kort referat af, hvad programmet går ud på, og hvorledes det begrundes. Der findes naturligvis ingen autoritativ formulering. Det drejer sig om en tankeretning, der har sit udgangspunkt i den af Lombroso, Garofalo og Ferri grundlagte såkaldte positive kriminologiske skole (1878). I tidens løb har synspunkterne i nogen grad ændret sig og varianter er opstået. Jeg finder det imidlertid ikke umagen værd at studere doktrinens historiske udvikling⁵⁾, men vil i stedet for studere den, som den i nyeste tid foreligger hos to typiske og fremstående repræsentanter: svenskeren Olof Kinberg og englænderinden Barbara Wootton.

Det næste skridt vil være analytisk at udestillere tankegangens bærende elementer, hvorefter turen kommer til en kritisk vurdering.

⁵⁾ Se herom Marc Ancel, „L'évolution de la notion de défense sociale“, *Festskrift tillägnad Karl Schlyter* 1949, 32 f.

Derimod vil Karl Menninger, *The Crime of Punishment* (New York 1968), ikke blive taget i betragtning. Sammenlignet med Barbara Wootton's indtrængende analyser og videnskabsteoretisk vel-skolede tænkning er Menningers bog et overfladisk og retorisk indlæg og forbavsende dilettantisk, når det kommer til spørgsmål af principiel og grundlæggende karakter.

For en stor del indeholder bogen en sviende kritik af amerikansk fængselsvæsen og kriminalretspleje. Det er emner, som det ligger udenfor min kompetence at udtale mig om. Kritikken munder ud i bogens centrale tanke: Det hele kriminalvæsen baseret på kravet om gengældende straf er én stor forbrydelse begået af samfundet overfor de lovovertrædere, der mere eller mindre tilfældigt er blevet hængende i retsapparatets net. Straf skal afskaffes, men — "certainly the abolition of punishment does not mean the omission or curtailment of penalties; quite the contrary. Penalties should be greater and surer and quicker in coming. I favor stricter penalties for many offenses, and more swift and certain assessment of them". (S. 202).

Altså: ikke *punishment*, men *penalty*. Hvad er forskellen? Den kan ikke ligge i kravene om strength, sikkerhed og hurtighed; disse vedrører ikke reaktionens natur, men dens udmåling og processuelle gennemførelse. Forfatteren søger ved forskellige eksempler at illustrere forskellen mellem de to begreber, men er, på dette helt centrale punkt, ikke i stand til at sige, hvori den består. Men der kan næppe være tvivl om, at det, der foresvæver ham, er, at medens "punishment" rummer en moralsk misbilligelse er "penalty" en følelseskold reaktion dikteret af nødvendigheden af, at samfundet forsvarer sig mod overgreb. Dette stemmer godt med hans afvisning af "justice" som grundlag for straf — hvilket dog ikke forhindrer ham i at karakterisere "penalization" som "equitable" og "just" (203).

Menningers bog har størst interesse derved, at den så levende illustrerer den naive, ukritiske scientificisme, der kendetegner så mange af denne retnings tilhængere. Han betoner *the scientific position*. Hans arbejde er skrevet "from the standpoint of one whose life has been spent in scientific work" (4). Common sense og juridisk tænkning afvises som fordomsfulde og skolastiske. Grundlaget skal være "behavioral science", herunder kriminologi, de øvrige sociale videnskaber og psykiatri (5, 17) — vel at mærke "the utterly new psychiatry" for hvilken Menninger øjensynlig er bannefører, medens kollegerne i *American Psychiatric Association* ("earnest, honest, hard-working, simplistic fellows") stadig er fanget i middelalderlig nonsens og overtro (118 f.). På dette grundlag mener Menninger at kunne hævde, at hans fordømmelse af straf ikke er "a sentimental conviction. It is a logical conclusion drawn from scientific experience" (204). Hans tankeverden er altså uforstyrret af den grundsætning, der er almindeligt anerkendt i moderne videnskabsteori: Fra logisk-indikativiske (teoretiske) præmisser kan der logisk kun drages slutninger, der selv er indikativiske. Ingen videnskabelig erkendelse kan alene (d. v. s. uden at forbindes med værdiudsagn) afgive grundlag for opstilling af et handlingsprogram.

Hvad er det så for sandheder Menninger udvikler med krav om videnskabelig begrundelse og autoritet? Bortset fra velkendte freudianske betragtninger over forbrydelse og straf, vrimler bogen af meninger og påstande, for hvilke der ikke gives, og muligvis ikke kan gives, nogen videnskabelig begrundelse, og som ihvertfald

falder ganske udenfor det område, der er forfatterens faggebet. Det drejer sig fx om kriminalsystemets generalpræventive virkning, der kort afvises som nonsens (108, 133). Eller om spørgsmålet om kriminalsystemets justifikation, om sygdoms betydning for den kriminalretlige reaktion, om sygdomsbegrebets afgrænsning, og om afvejning af hensynet til samfundets sikkerhed overfor hensynet til individets retssikkerhed — altsammen spørgsmål der ikke kan afgøres ved simpel påberåbelse af „videnskab“. Det er åbenbart, at Menninger udtaler sig om disse spørgsmål på linie med andre borgere, og det kan da heller ikke undre, at han til begrundelse for „penalization“ påberåber sig — common sense (68).

Løvrigt må den metode, der følges af denne videnskabens forkæmper, forbavse. Hans argumentation bygger på en række „case“-beretninger, kriminaltilfælde eller sygdomsberetninger. De gengives i anekdotisk form uden det fjerneste forsøg på ad statistisk eller anden vej at anføre noget til støtte for, i hvilket omfang disse tilfælde kan betragtes som repræsentative for noget alment, og ikke blot som kuriøse specialfald. Dokumentationen er ofte spinkel. Forfatteren viger endda ikke tilbage for til illustration af en påstand at anføre et tilfælde som „was reported to me by the chaplain of a penal institution“ (110).

På dansk foreligger ingen mere indgående behandling af emnet. Synspunkter i programmets ånd findes i Louis le Maire's afhandling *Kampen mod Straffen*, optaget i hans bog med samme titel (1952).

2. Ferri's „positive“ kriminologi er en moralfilosofisk teori om statens ret til at straffe.

Det vil være hensigtsmæssigt, som baggrund for forståelsen af de moderne forfattere, kort at opridse tankegangen i Ferri's positive kriminologi.

Ferri selv fremhævede, at det der karakteriserer den positive skole er dens metode. Den vil studere forbrydelse og straf, ikke som juridiske fænomener, men ved hjælp af naturvidenskaberens metode, iagttagelse og eksperiment. Den vil derfor hente inspiration fra antropologi, psykologi, statistik og sociologi.⁶⁾ Men uanset denne naturvidenskabelige principerklæring var det hovedproblem, hvormed Ferri beskæftigede sig, det gamle moralfilosofiske problem om statens *ret* til at straffe.⁷⁾ Hans grundtanke er, at denne ret ikke (som den klassiske skole ville det) kan udledes af en moralsk skyld eller ansvar hos forbryderen; for et sådant ansvar forudsætter en fri vilje, der på videnskabeligt

⁶⁾ Henri Ferri, *La Sociologie criminelle* (1893), 7.

⁷⁾ A. st., 261: „La raisonnement habituel qui sert au sens commun, à la philosophie traditionnelle et à l'école criminelle classique pour justifier la punibilité de l'homme a raison des crimes qu'il commet, se réduit à ceci: L'homme est donné de libre arbitre, de liberté morale, il peut vouloir le bien ou le mal; et partant, s'il choisit de faire le mal, il en est coupable et doit en être puni“. Jfr. 290 f.

grundlag må afvises som en illusion.⁸⁾ Retten til at straffe må udledes af menneskets naturlige eksistensbetingelser, nærmere bestemt ethvert levende væsens kamp for at eksistere og forsvare sig mod angreb.⁹⁾ På dette grundlag udvikles begrebet social ansvarlighed betinget blot af den kendsgerning, at mennesker lever i samfund og uafhængig af fri vilje, moralsk ansvar og skyld: „Voilà comme l'école positiviste au critérium, contesté et indéfini, de la responsabilité *morale*, comme raison et fondement du droit de punir, substitute le critérium positif et précis de la responsabilité *sociale* ou juridique, comme raison et fondement du droit de défense sociale des honnêtes gens contre les criminels.“¹⁰⁾

Set ud fra vor tids forudsætninger må man undre sig over, at Ferri kunne mene ved hjælp af en naturvidenskabelig metode baseret på iagttagelse og eksperiment at kunne nå frem til at opstille en moralsk handlenorm, normen om statens ret til at straffe. Set i historiens lys bliver denne kendsgerning mindre gådefuld. Ferri's positive kriminologi var i virkeligheden lige så lidt ren naturvidenskab som August Comte's positivisme, hvoraf den var inspireret. Begge var en metafysisk-naturretlig moralteori baseret på den antagelse, at den moralske norm fremgår umiddelbart af virkeligheden selv som udtryk for dennes immanente tendenser. Af det faktum, at levende væsener forsvare sig mod angreb, fremgår at de også har moralsk ret dertil. Den skildring, jeg andetsteds¹¹⁾ har givet af den franske sociologiske positivisme som kamoufleret naturret, passer i ét og alt også på Ferri's kriminologiske positivisme.

Ferri summerede selv sin lære i tre grundteser stillet i modsætning til den klassiske skoles postulater.¹²⁾

(1) Først, som nævnt, tesen at den fri vilje, postuleret af den klassiske skole som forudsætningen for moralsk ansvar, som påvist af den positive fysio-psykologi er en illusion.

(2) Dernæst den tese, at forbryderen på grund af organiske og psykiske anomaliteter, arvede eller erhvervede, er en speciel varietet af den menneskelige slægt, en tese der stilles i modsætning til den klassiske skoles tro på, at forbryderen er udrustet med forestillinger og følelser som andre mennesker; og

(3) den påstand, at forbrydelser blomstrer, tiltager, aftager eller forsvinder som følge af ganske andre årsager end idømmelse af straf, en opfattelse der stilles i modsætning til den klassiske

⁸⁾ A. st., 262 f.

⁹⁾ A. st., 291, 293.

¹⁰⁾ A. st., 427, jfr. 330, 342, 344, 347, 419.

¹¹⁾ Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis (1933), 245 f.

¹²⁾ Ferri, a. st., 22.

skoles tro på, at straffens principale virkning er at modvirke, at forbrydelsernes antal øges.

På dette grundlag opstillede Ferri et reformprogram, hvis grundtanke var, at den kriminalretlige reaktion måtte skifte karakter. Den skulle ikke længere være straf (læs: misbilligende reaktion) betinget af skyld og udmålt i forhold til skylden, men social sanktion betinget af forbryderens farlighed og udmålt i forhold til denne farlighed. Tilregnelighed er en illusion. Der er principielt ingen forskel på straf og sikkerhedsforanstaltninger. Det er læren om straffen som *difesa sociale*.

3. Kinberg en epigon uden egen tankekraft.

Kinberg følger i det væsentlige Ferri. Også for ham står angrebet på forestillingen om tilregnelighed, skyld, og ansvar i centrum. Også han følger den tanke, at tilregnelighed forudsætter en metafysisk fri vilje og er en illusion, fordi det er videnskabeligt godtgjort, at en sådan fri vilje ikke findes — Ferris tese (1). Han hævder, at den moderne strafferets tilregnelighedsbegreb går tilbage til Pufendorff og gennem ham har rødder tilbage i Aristoteles og kristendommen. Alle forsøg på at opstille et empirisk tilregnelighedsbegreb stemples som mislykkede, idet de enten er intetsigende eller leder til uantagelige resultater.¹⁴⁾

Han slutter sig videre til den positive skoles lære om reaktionens begrundelse og funktion. Dens opgave er at forsvare samfundet overfor det angreb, der ligger i forbrydelsen. Reaktionen skal udformes under hensyn til forbryderens farlighed. Da tilregnelighed er en illusion, bortfalder den principielle sondring mellem straf og sikkerhedsforanstaltninger.¹⁵⁾ Derfor har regler om straffrihed på grund af manglende tilregnelighed ingen berettigelse. Alle må behandles ens. Det kan ske på to måder. Enten må også de såkaldt utilregnelige, herunder også de sindssyge, underkastes straf; eller også må man helt afskaffe straf. Det første vil sikkert af de fleste blive opfattet som tilbagefald i barbari. Resultatet må derfor blive det sidste: ingen straffes, men enhver undergives den behandling, som bedst tjener almenvellet og hans eget vel. Da de fleste forbrydere er anormale personer,

¹³⁾ A. st., 407, 408, 429 f., 433.

¹⁴⁾ Olof Kinberg, *Aktuella kriminalitetsproblem i psykologisk belysning* (1930), 32 f., 38, 45, 47, 53 f., 56. Kinberg har skrevet en stor mængde afhandlinger, men den her citerede bog er hans hovedværk. *Basic Problems of Criminology* (1930) og *Les problèmes fondamentaux de la criminologie* (1960) er simple oversættelser heraf med ændret titel.

¹⁵⁾ A. st., 65 f., 68.

udviklingshæmmede eller med biologiske læsioner — jfr. Ferri's tese (2) om forbrydermennesket — vil reaktionen i de fleste tilfælde antage karakter af kur og pleje, men det udelukkes ikke, at den i et vist mindre antal tilfælde kan bestå i tilføjelse af lidelse (fængsel eller bøde).¹⁶⁾ Det er, som allerede fremhævet under punkt 1, straffen som misbilligelse, ikke straffen som lidelse der ønskes afskaffet. Troen på at reaktion, der tilsigter lidelse, kan begrænses til relativt få tilfælde betinges af den ringe vægt Kinberg tillægger generalpræventive hensyn, jfr. Ferri's tese (3).¹⁷⁾

Kun på ét punkt går Kinberg sine egne veje — men med lidet held. Han siger, at det ville være en anstødssten, om den naturvidenskabeligt baserede positive kriminologi skulle medføre en svækkelse af folks moralske ansvarsfølelse. Her ligger et problem, siges det, som positivismen ikke har søgt at løse, men er gået uden om.¹⁸⁾ Kinberg vil nu tage det op. Han gør en skarp sondring mellem *tilregnelighed* (også kaldet *imputation*) og *ansvarlighed* (i den engelske udgave kaldet *responsibility*). Medens det første begreb forkastes som metafysisk nonsens, forsvares derimod begrebet om moralsk ansvarlighed. Det hævdes, at pligtfølelsen og ansvarsfølelsen er empiriske kendsgerninger, der ikke lader sig fornægte, og i tilslutning til Fauconnet udvikles der en lære herom.¹⁹⁾

Det er forbavsende at se, hvorledes en epigon uden egen tankekraft er i stand til, uden selv at opdage det, i en tankebygning at indføjede elementer, der på den mest skrigende måde står i modstrid til den oprindelige bygnings bærende fundamenter.

For det første er det ikke rigtigt, at den positive skole forbigik det af Kinberg rejste problem. Det var jo, som det fremgår af omtalen af Ferri under punkt 2, et centralt punkt i skolens lære, at moralsk ansvarlighed er et meningsløst begreb, fordi det forudsætter en fri vilje, der ikke eksisterer. Man forandrer naturligvis ikke noget heri ved at sondre mellem tilregnelighed (*imputability*) og ansvarlighed (*responsibility*). Begge udtryk dækker samme begreb: de psykiske betingelser der må være opfyldt for, at en gerningsmand kan drages til ansvar, retligt eller moralsk, for sin gerning. Den klassiske skoles svar er, at denne betingelse består i, at gerningsmanden har handlet af fri vilje. Hvis man, som positivismen, benægter, at en sådan findes og mener, at hermed bortfalder tanken om retlig tilregnelighed (ansvarlig-

¹⁶⁾ Kinberg i note 1 *a. st.*, 436—37, 439.

¹⁷⁾ Se især Olof Kinberg, „Om den s.k. allmänpreventionen“, *SJT* 1953, 449 f., jfr. ndf. under punkt 9.

¹⁸⁾ Kinberg i note 14 *a. st.*, 143.

¹⁹⁾ *A. st.*, 144 f.

hed), må samme konsekvens gælde også for tanken om moralsk ansvarlighed (tilregnelighed). Kinbergs antagelse af den sidste står derfor i modstrid med hans forkastelse af den første.

For det andet, hvis først man med Kinberg accepterer tanken om et moralsk ansvar, melder uundgåeligt det spørgsmål sig: hvilke handlinger er jeg ansvarlig for og under hvilke betingelser? Man kommer ikke uden om, at den moralske bedømmelse anerkender undskyldninger under henvisning til psykiske omstændigheder, der fritager for ansvar. Man siger „du må ikke bebrejde ham noget, for han vidste ikke, hvad han gjorde; ... for han kunne ikke gøre for det; ... for det stod ikke i hans magt at handle anderledes“. Og hermed er vi tilbage i tilregneligheds-spørgsmålet. Hvorledes skal disse undskyldningsudtryk tages? Henviser de til en (metafysisk) fri vilje, eller kan de forstås på anden måde?

Det kan måske ikke undre, at Kinberg tankeløst gentager det stereotype nonsens, at straffen, ifølge den klassiske skoles teori, ikke skulle tjene noget praktisk handlingsdirigerende formål, men iværksættes alene for at opfylde et metafysisk, teologisk krav om soning af skyld.²⁰⁾ Dog, kunne man ikke have forventet, at denne elev af Ferri havde bemærket, at denne i sin 3. tese (ovf. punkt 2) stiller den positive skoles lære i modsætning til den klassiske skoles tro på, at straffens principale virkning er at modvirke, at forbrydelsernes antal øges?

4. *Barbara Woolton kræver ophævelse af såvel tilregnelse som tilregnelighed som betingelse for domfældelse.*

I England har diskussionen omkring tilregnelighedsproblemet gennem lang tid haft karakter af kritik af de berømte *M'Naghten Rules* formuleret af House of Lords i 1843. Ifølge disse anses en mand for ansvarlig for sine handlinger, medmindre han har handlet „under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing, or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong“. Kun sindslidelse, der har angrebet forstanden, anerkendes herefter som diskulperende. Kritikken er traditionelt

²⁰⁾ *SJT* 1929, 229, hvor Kinberg skildrer den klassiske doktrin således: „Straffet är sålunda till för att fylla ett metafysisk, teologisk krav på sonande, sanktion. Däremot saknar det praktiske psykologiska syftet. Det bortser sålunda alldeles från eventuella psykologiska eller andra verkningar på den straffade själv och på samhället. Straffet skal utkrävas *quia peccatum*, icke, såsom den utilitaristiska doktrinen fordrar, *ne peccetur*“. Jfr. hertil mine (endnu ikke offentliggjorte) afhandlinger „Skyld, ansvar, straf“, punkt 6, „Straffens formål“, punkt 5, og „Er skyld og ansvar uforenelige med determinisme?“, punkt 9.

gået ud på, at dette kriterium er for groft og snævert. Det bør forfines og udvides til også at omfatte tilfælde, i hvilke sindslidelsen har angrebet følelses- og viljeslivet på en sådan måde, at den handlende, skønt han godt vidste, hvad han gjorde, var ude af stand til at lade være dermed.²¹⁾ Man har altså krævet større vægt lagt på sondringen mellem tilregnelige og utilregnelige og kriteriet forskudt således, at flere personer fritages for domfældelse. Denne kritik førte i 1957 til indførelse af begrebet „formindsket tilregnelighed“. Ved Homicide Act s. 2 blev det bestemt, at hvis den anklagedes tilregnelighed var i væsentlig grad nedsat på grund af mental abnormitet, kan han kun dømmes for manddrab, hvis maksimale straf er fængsel på livstid, ikke for mord der medførte dødsstraf.²²⁾

Men der findes også en moderne retning, der lige modsat gør gældende, at en sondring på psykisk grundlag mellem tilregnelige og utilregnelige er uigennemførlig og formålsløs. Tilregnelighedskriteriet skal simpelthen falde bort som betingelse for domfældelse, og den kriminalistiske reaktion i hvert enkelt tilfælde fastsættes uden hensyn til skyld, men alene i betragtning af, hvad der i det givne tilfælde vil give størst chance for at forhindre gentagelse. Det traditionelle system baseret på straf som gengældelse for skyld skal, siges det, erstattes med et system udformet som en præventiv social hygiejne.

Blandt denne gruppe af kritikere indtager Lady Barbara Wootton en ledende stilling. Af retsfilosofen H. L. A. Hart betegnes hun som “by far the best informed, most trenchant and influential advocate of these new ideas . . . whose powerful work on the subject of criminal responsibility has done much to change and, in my opinion, to raise, the whole level of discussion”.²³⁾

Wootton's angreb retter sig mod begrebet *mens rea*, som hun mener bør forsvinde som meningsløst eller ihvertfald irrelevant. Engelsk strafferet er, som bekendt, opbygget på grundlag af begreberne *actus reus* og *mens rea*, svarende ret så nøje til, hvad vi kalder henholdsvis den objektivt retstridige handling og de psykiske skyldbetingelser, d. v. s. tilregnelse (forsæt, uagtsomhed) og tilregnelighed (psykisk normalitet). Hendes lære går altså ud

²¹⁾ Se fx *Royal Commission on Capital Punishment 1949—53 Report* (1953) § 289 f.; *Model Penal Code* (The American Law Institute, 1956), Tentative Draft No. 4, art. 2, Sec. 4.01; Barbara Wootton, *Social Science and Social Pathology* (1959), 231, med omtale af det af *British Medical Association* udarbejdede reformforslag; *Freedom and Responsibility*, by Herbert Morris (1961), ch. VIII, *Legal Insanity*.

²²⁾ Se herom, Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law* (1963), 59 f., 85 f.; H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* (1968) 245 f.

²³⁾ Hart, *a. st.*, 193.

på intet mindre end, at spørgsmål såvel om tilregnelighed som om tilregnelighed skal lades ude af betragtning som betingelser for domfældelse (skyldig-kendelsen, normalt afsagt af nævninge), medens de derimod vil være at tage i betragtning som omstændigheder der er medbestemmende for arten af den kriminalretlige reaktion, der vil være at bringe i anvendelse i et foreliggende tilfælde.

Tilregnelighedsproblemet er mest udførligt behandlet i forfatterindens store værk *Social Science and Social Pathology* (1959), medens en mindre detaljeret fremstilling findes i *Crime and the Criminal Law* (1963), der gengiver fire "Hamlyn Lectures" holdt det år.

Argumentationen bygger på to hovedsynspunkter. De udgør dog ikke argumenter af en vis vægt, der kan adderes. Hvis de er holdbare er hvert af dem for sig konklusivt. Når de begge anføres må det være *ex abundante cautela*: hvis læseren ikke overbevises af det ene, kan det andet måske gøre sin virkning.

Det første synspunkt er det, at det simpelthen er *umuligt* — hvis man vil lade utilregneligheden strække sig videre end bestemt ved M'Naghten reglernes snævre, rent intellektualistiske kriterium — at opstille et meningsfuldt og praktisk anvendeligt kriterium. I så fald bliver spørgsmålet, om hans følelses- og viljesliv på grund af sindslidelse var således desorganiseret, at han var ude af stand til at handle anderledes end han gjorde; eller, kan også siges, om han handlede af fri vilje, eller blev drevet af en uimodståelig impuls. Vi ved, at han faktisk ikke modstod en tilskyndelse. Spørgsmålet er, om det ikke var muligt for ham at modstå den. Men det er et spørgsmål, der ligger udenfor erkendelsens grænser, og hvis man stiller et sådant spørgsmål til dommer, nævninger, eller psykiatriske eksperter, spørger man om noget, de i virkeligheden ikke kan svare på.²⁴⁾

Det indgår som element i den traditionelle tilregnelighedslære, at den intellektuelle eller emotionelle afvigelsestilstand skal skyldes sindslidelse — dette ord taget i vid forstand som omfattende ikke blot sindssyge i snævrere forstand (lunatics, insanes), men alle der i en eller anden hensende ikke er i besiddelse af fuld åndelig sundhed. Den tanke, at enhver sygdom der er årsag til en afvigende adfærd også undskylder den, er, siger hun, dybt rodfæstet i vor tids ideer om ansvarlighed.²⁵⁾ Derfor begynder hun med en analyse af begreberne "mental health" og "mental illness".

Dette kapitel er virkelig fængslende læsning. Traditionelle anskuelser hviler, siges det, på det postulat, at sindslidelse, på sam-

²⁴⁾ Wootton, i note 22 *a. st.*, 73—74.

²⁵⁾ *Social Science etc.*, 208.

me måde som legemlig sygdom, er et objektivt fænomen i den forstand, at forekomsten af en sygdom principielt lader sig diagnosticere gennem kendetegn, hvis tilstedeværelse eller ikke-tilstedeværelse lader sig fastslå af eksperter ved videnskabelig iagttagelse uafhængig af subjektive værdidomme og moralske idealer.²⁶⁾ Hun hævder heroverfor, at dette er umuligt. Det sker på grundlag af en gennemgang af ikke mindre end 29 forskellige definitioner af "mental health" hentet fra litteraturen. Et gennemgående motiv i disse definitioner er, at åndelig sundhed identificeres med evne til at leve lykkeligt, med styrke og fuld udfoldelse af alle anlæg, med indre integration og ydre tilpasning, således at såvel indre som ydre konflikter undgås. Det er ikke vanskeligt, som allerede Kingsley Davis²⁷⁾ har gjort det, at påvise, at disse definitioner, mere eller mindre åbent eller fordækt, implicerer vurderinger og kulturelle idealer.²⁸⁾ Tilpasning — jamen til hvad? Hvad der var mangel på tilpasning i nazityskland er måske åndelig sundhed og styrke hos os; og hvad der er mangel på tilpasning i det amerikanske konkurrencesamfund er måske sund livsudfoldelse på en sydhavsø. Udfoldelse af anlæg — ja, men der findes vel også anlæg der tilhører sjælens natside, og hvis udfoldelse ikke anerkendes som sundhed. Det er især den disciplin, der kaldes „mental hygiejne“, der har udnyttet begrebet om åndelig sundhed. "Disguising its valuational system... as rational advice based on science, it can conveniently praise and condemn under the aegis of the medico-authoritarian mantle."²⁹⁾

På tilsvarende måde er „sindslidelse“ ofte kun betegnelse for, at der lægges en adfærd for dagen, der er i strid med anerkendte sociale normer. Det gælder ihvertfald de mildere tilfælde. „Mentalt syg“ er en plakat, der hæftes på en person, blot fordi det på den ene eller anden måde ikke er lykkedes for ham at leve op til de sociale omgivelser forventninger. Den, der i særlig grad er mistænksom, irriterabel, humørsyg eller aggressiv, sendes til læge for at blive behandlet. Han anses for syg og derfor ikke ansvarlig. Men i disse tilfælde findes der ikke anden indikation for sygdommen end den adfærd, den anses som årsag til. Men det vil altså sige, at adfæren bliver sin egen undskyldning. Hermed undergraves ansvarlighedsbegrebet. "For if illness excuses bad temper, and if a man is only known to be ill by reason of his temper, the same logic may be used to absolve him of respon-

²⁶⁾ *A. st.*, 207.

²⁷⁾ Kingsley Davis, "Mental Hygiene and the Class Structure", *Psychiatry* (February 1938).

²⁸⁾ *Social Science etc.*, 216 f.

²⁹⁾ *A. st.*, 217.

sibility for other forms of behaviour which are classified as anti-social".³⁰⁾

Den tanke, at det er umuligt at opstille et acceptabelt tilregnelighedskriterium, uddybes i det følgende kapitel, i hvilken en række definitionsforsøg gennemgås og forkastes. Kritikken hviler gennemgående enten på det just omtalte synspunkt, at argumentet for ansvarsfrihed er cirkulært, altså tomt, fordi der ikke er anden indikation for sygdom end den normstridige adfærd selv; eller også på det synspunkt, at sygdomskriteriet ikke afgiver noget holdepunkt for den antagelse, at tilskyndelsen har været uimodståelig. Tag fx kleptomani. Når rige folk stjæler ting, de ikke har brug for, forekommer handlingen os uforståelig, fordi den synes at savne ethvert motiv eller ihvertfald ethvert rationelt motiv. Udover adfærden selv er der ingen anden indikation for den diskulperende sygdom, og der er intet holdepunkt for, at den rige mands kleptomanske trang skulle være mere uimodståelig end den fattige mands trang til et måltid mad eller en pakke cigaretter.³¹⁾

Interessant er afvisningen af begrebet "medical crime" defineret som forbrydelser, der skyldes faktorer i personligheden, der lader sig erkende og behandle med medicinske midler. Sygdom bliver efter denne opfattelse alt, hvad en læge kan behandle. Altså som læge, med medicinske midler. Men når disse ikke længere er begrænset til brug af medicin, kirurgiske indgreb og andre mod legemet rettede behandlinger, men omfatter også psykoterapi i form af samtale, mental rådgivning, psykoanalyse, m. m., bliver begrebet ganske udflydende. Moralsk formaning hos en præst og psykoterapeutisk behandling hos en læge er begge former for verbale kommunikationer, og lægens kompetence kan ikke være nogen grund til at fritage for den påvirkning, der tilsigtes gennem straffen.³²⁾

Det essentielle i de noget vidtløftige betragtninger i *Social Science* and *Social Pathology* kommer skarpere frem i den enklere fremstilling i *Crime and the Criminal Law*. Det springende punkt, siges det, er at påvise forskellen mellem „han modstod ikke impulsen“, og „han kunne ikke modstå impulsen“.

But neither medical nor any other science can ever hope to prove whether a man who does not desist his impulses does not do so because he cannot or because he will not. The propositions of science are by definition subject to empirical validation; but since it is not possible to get inside another man's skin, no objective criterion which can distinguish between "he did not" and "he could not" is conceivable.³³⁾

³⁰⁾ *A. st.*, 225—26.

³¹⁾ *A. st.*, 233—35.

³²⁾ *A. st.*, 240—44.

³³⁾ *Crime etc.*, 74.

Hun omtaler et andet argument for tilregnelighedsbegrebets umulighed, ja, simpelthen for dets meningsløshed, som hun dog ikke vil gøre til sit. Det er det deterministiske fremført fx af Eliot Slator³⁴) og J. E. Macdonald³⁵) — og, kan vi tilføje, af Olof Kinberg og den positive skole (Ferri). Det går som bekendt ud på, at tilregnelighed forudsætter en metafysisk fri vilje, der må afvises som en fantasiforestilling uforenelig med videnskabelig determinisme. Hun benægter i og for sig ikke tankens rigtighed, men er, i modsætning til den filosofisk uskyldige Kinberg, klar over, at determinismen ikke er nogen bevislig naturvidenskabelig sandhed, men en højst omdiskutabel filosofisk hypotese.³⁶)

Afvisningen af tilregnelighedsbegrebet betyder dog ikke, at gerningsmandens psykiske habitus er uden al kriminalretlig relevans. Den er uden betydning for hans ansvar og domfældelse, men ikke for valget af den behandling han skal underkastes som den, der mest effektivt vil afholde ham fra nye overtrædelser:

The psychiatrist to whom it falls to advise as to the probable response of an offender to medical treatment no doubt has his own opinion as to the man's responsibility or capacity for self-control; and doubtless also those opinions are a factor in his judgment as to the outlook for medical treatment, or as to the probability that the offence will be repeated. But these are, and must remain, matters of opinion, "incapable", in Lord Parker's words, "of scientific proof."³⁷)

Barbara Wootton's andet hovedsynspunkt er, at tilregnelighedsbegrebet — hvad enten det nu er meningsfuldt eller meningsløst, praktisk anvendeligt eller ej — ihvertfald er irrelevant for en rationel kriminalpolitik. Hun mener, man simpelthen skal gå uden om (bypass) determinismeproblemet og lade tilregnelighedsbegrebet svæve i luften som noget, der ihvertfald ikke kommer kriminalister ved. Hendes argumentation til støtte herfor er lidet artikuleret og indskrænker sig til den nærmest som selvfølgelig ansete forudsætning, at kriminalrettens formål er at afværge forbrydelser, altså prævention, ikke at straffe skyld, altså retribution.³⁸)

Forfatterindens angreb på den side af *mens rea* begrebet, der angår tilregnelsen (forsæt, uagtsomhed), forekommer kun i den lille bog med forelæsningerne.

³⁴) "The M'Naghten Rules and Modern Concepts of Responsibility", *British Medical Journal* (September 1954).

³⁵) "The Concept of Responsibility", *Journal of Mental Science* (Juli 1955).

³⁶) *Social Science etc.*, 247.

³⁷) *Crime etc.*, 77.

³⁸) *Social Science etc.*, 247; *Crime etc.*, 40 f.

Først bemærkes, at i denne del af *mens rea*-kritikken forekommer intet om, at det skulle være umuligt at erkende de psykologiske tilstande, som her kommer på tale. Det forudsættes tværtimod at være muligt og relevant for den kriminalretlige reaktions udformning.

Hendes tese går ud på, at gerningsmandens psykiske indstilling overfor gerningen, der beskrives gennem begreber som forsæt, uagtsomhed og hændelse, er kriminalretlig irrelevanter for domfældelse (conviction), men ikke for reaktionsansættelse (sentence). Hendes argumentation herfor udledes af den forudsætning, at kriminalretssystemets formål er prævention, ikke retribution:

If, however, the primary function of the courts is conceived as the prevention of forbidden acts, there is little cause to be disturbed by the multiplication of offences of strict liability. If the law says that certain things are not to be done, it is illogical to confine this prohibition to occasions on which they are done from malice aforethought; for at least the material consequences of an action, and the reasons for prohibiting it, are the same whether it is the result of sinister malicious plotting, of negligence or of sheer accident. A man is equally dead and his relatives equally bereaved whether he was stabbed or run over by a drunken motorist or by an incompetent one; and the inconvenience caused by the loss of your bicycle is unaffected by the question whether or no the youth who removed it had the intention of putting it back, if in fact he had not done so at the time of his arrest.³⁹⁾

Som det heraf vil ses sidestilles ikke blot uagtsomhed, men også det rene uheld med forsæt.⁴⁰⁾

De psykiske omstændigheder tilregnelselæren beskæftiger sig med får derimod betydning, når man, efter at den anklagede er kendt ansvarlig for handlingen (fordi han er den, der objektivt har begået den), skal træffe bestemmelse om de kriminalretlige følger:

At a later stage, that is to say, after what is now known as a conviction, the presence or absence of guilty intention is all-important for its effect on the appropriate measures to be taken to prevent a recurrence of the forbidden act. The prevention of accidental deaths presents different problems from those involved in the prevention of wilful murders. The results of the actions of the careless, the mistaken, the wicked and the merely unfortunate may be indistinguishable from one another. But each case calls for a different treatment.⁴¹⁾

³⁹⁾ *Crime etc.*, 51.

⁴⁰⁾ Således også *a. st.*, 52: "If the object of the criminal law is to prevent the occurrence of socially damaging actions, it would be absurd to turn a blind eye to those which were due to carelessness, negligence or even accident". Overfor disse klare udtalelser kan det ikke komme i betragtning, at forfatterinden nogle steder på de følgende sider alene taler om uagtsomhed.

⁴¹⁾ *Crime etc.*, 52—53.

5. *Afskaffelse af tilregnelseskravet: Barbara Wootton's argumentation er et åbenbart non sequitur og strider mod sund fornuft.*

Når jeg nu vender mig til den opgave at udestillere og vurdere de bærende tankekonstruktioner i de omtalte kriminalistiske programmer, vil jeg begynde med at betragte Barbara Wootton's angreb på tilregnelseslæren, altså hendes krav om, at uagtsomhed og hændeligt uheld sidestilles med forsæt hvad domfældelse angår. Tankegangen vedrørende denne side af *mens rea*-kritikken er betydelig mindre kompliceret end den, der angår tilregnelighedsproblemet.

Hendes argumentation er ganske enkel. Den går ud på, at når det er det kriminalretlige systems opgave så effektivt som muligt at modvirke de handlinger, der kriminaliseres — og ikke gengælde skyld med straf — så er der ingen grund til at begrænse reaktionen til tilfælde, i hvilke der foreligger skyld i form af forsæt. Heller ikke den skadelidtes interesser taler for at begrænse reaktionen. Skaden for ham er den samme, og ønsket om at bekæmpe den lige stort, hvad enten den er sket under den ene eller anden psykiske konstellation i gerningsmandens sind. "If the object of the criminal law is to prevent the occurrence of socially damaging actions, it would be absurd to turn a blind eye to those which were due to carelessness, negligence or even accident".⁴²⁾

Skematisk kan tankegangen præciseres i denne slutning:

- (1) Kriminallovgivningens formål er at modvirke foretagelse af sådanne handlinger, der kriminaliseres (fordi de anses for socialt skadelige);
- (2) Set fra skadelidtes side er interessen i, at sådanne handlinger ikke foretages den samme uanset tilregnelsesomstændighederne i gerningsmandens sind;
- (3) En lovgivning, der sletter tilregnelseskravet, vil virke mere effektivt prævenierende end én, der opretholder dette krav;
- (4) Altså bør tilregnelseskravet som betingelse for kriminalretlig reaktion slettes.

Hvad er hertil at bemærke?

ad (1): Intet, jeg kan fuldtud tiltræde denne præmis. Jeg har kun det at tilføje, at hvis den, som hos forfatterinden, hævdes med den polemiske betoning at straffelovningens formål *ikke* er gengældelse af skyld, så hviler den på en misforståelse. Det er der nemlig aldrig nogen, der har hævdet. De såkaldte gengældelsesteorier angår ikke straffelovgivningens formål (dens tilsigtede virkninger), men den moralske begrundelse for, at en

⁴²⁾ *Crime etc.*, 52. Se også citater ovf. ved note 39.

bestemt person idømmes straf, og for straffens art og størrelse. Gengældelsesteoriernes mening er, at skyldkravet er et hensyn, der moralsk begrænser statens ret til at forfølge præventive formål. Jeg har udførligt udviklet denne tankegang andetsteds.⁴³⁾ Da den desuden ikke er relevant i denne sammenhæng, er der ikke anledning til at uddybe den nærmere. Jeg accepterer blankt præmis (1): Straffelovgivningens formål, eller ihvertfald dens typiske hovedformål, er at modvirke foretagelse af de kriminaliserede handlinger.

ad (2): Denne præmis er anfægtelig, men det er dog ikke her ræsonnementets afgørende fejl ligger.

Den er anfægtelig, fordi det er en vildfarelse at mene, at en handling kan beskrives objektivt som et rent fysikalsk hændelsesforløb, altså uden at inddrage psykiske momenter i beskrivelsen. Der er øjensynlig forskel på om *A*, som led i en leg, kaster en sten i retning af *B* for at han skal gribe den; eller om han, under en demonstration, kaster den mod en politibetjent for at slå ham ned. Men denne forskel kan ikke beskrives rent fysikalsk-objektivt. Hvis man lader alt, hvad der kan kaldes intention, mening, hensigt, ude af betragtning, indskrænker *A*'s „handling“ sig til nogle muskelkontraktioner og visse armbevægelser. Men på dette grundlag er det ikke muligt at skelne mellem, hvad der er leg, og hvad der er aggression. Sondringen mellem handlingen selv og dens psykiske ledsageomstændigheder er en kunstig og umulig abstraktion. Handlingen opleves umiddelbart som havende en bestemt „sense“ og bliver først i og hermed en handling af en bestemt type, fx et kast i leg eller et angreb i kamp.⁴⁴⁾

Det er da også klart, at dersom stenen i leg ved et uheld rammer *B* og sårer ham, da er den overlast, han har lidt, ikke den samme, som hvis han rammes under et overfald. Og det gælder uanset, om den legemlige læsion er den samme. Selv en hund reagerer anderledes på et spark end på en uheldig fodbevægelse. Overfaldet medfører en psykisk overlast og lidelse, der ikke forekommer ved det hændelige uheld. Der er derfor større interesse i at modvirke overfald end uheld.

Denne anfægtelighed medfører dog ikke tankegangens totale ugyldighed. For selv om det indrømmes, at der som her hævdet er en relevant forskel mellem forsæt og det hændelige, kan det stadig gøres gældende, at der dog ligefuldt er en vis interesse i også at forhindre hændelige skader, og at dette er nok til at bære konklusionen.

ad (3): Denne præmis er, tror jeg, tvivlsom. Spørgsmålet om, hvorledes et kriminalretligt system uden tilregnelseskrav ville

⁴³⁾ De ovf. i note 20 nævnte afhandlinger.

⁴⁴⁾ Franz From, *Om oplevelse af andres adfærd* (1953), 82.

virke, hører jo til de spørgsmål vi ikke ved noget sikkert om, men er henvist til at besvare på grundlag af gisninger baseret i hypoteser.

Det er vel nok temmelig sikkert, at en kriminallovgivning baseret på strikte ansvar umiddelbart ville bevirke en øget præventiv effekt. Bevidstheden om, at såvel uagtsomhed som uheld vil medføre kriminel tiltale, vil sikkert bevirke, at man i højere grad end under den bestående retstilstand vil skærpe sin agtpågivenhed og i den grad det er muligt søge at undgå situationer, der mere end andre rummer risiko for, at man kan blive årsag til hændelige skader. Det vil vel fx nok være klogere at gå eller tage toget fremfor at cykle eller køre bil.

På den anden side er det muligt, efter min mening endog sandsynligt, at en sådan ordning i det lange løb ville svække straffelovgivningens generalpræventive virkning. Som det med styrke er gjort gældende, især i skandinavisk teori, beror denne virkning i første række på reaktionssystemets evne til at bestyrke og forme befolkningens moralske attituder af misbilligelse overfor kriminaliserede handlinger. Og som særlig Ekelöf⁴⁵) har fremhævet det, er denne igen afhængig af, at straffen af befolkningen opfattes som retfærdig, og det vil igen sige, at straffen rammer den skyldige og står i rimeligt forhold til hans skyld. Og denne betingelse ville jo ikke være opfyldt under en retstilstand, hvor det ville afhænge af det rene lykketræf, om man ville blive udsat for kriminel tiltale og muligvis idømt en eller anden form for lidelse eller kur.

ad (4): Dette er en slutning, hvis urigtighed råber til himlene. Den forudsætter, om den skulle være holdbar, den slutningsregel, at om en agent ønsker at realisere et vist formål (en tilsigtet, interessebestemt virkning), må han også være indstillet på at bringe ethvert middel i anvendelse, der er egnet til at fremme dette formål. Det er naturligvis ikke tilfældet. To slags faktorer må tages i betragtning, der kan medføre, at agenten ikke er villig til at benytte sig af et tjenligt middel. For det første andre egeninteresser. Det tjenlige middel kan udover at befordre formålet have for agenten uønskkelige efter- eller sidevirkninger, der må bringes i modregning overfor interessen i at realisere formålet, på samme måde som medicin kan have skadelige bivirkninger, der overvejer dets gavnlige (thalidomid!). For det andet restriktive hensyn, især af moralsk karakter, der i modstrid med egeninteressen anerkendes og tages i betragtning af agenten. Barbara Wootton ræsonnerer, som om der kun var ét formål i verden, og som om intet andet tæller end interessen i at virkeliggøre det.

⁴⁵) Per Olof Ekelöf, *Straffet, skadeståndet och vitet* (1942), 35, jfr. *TjR* 1968, 129.

Hun kunne ligeså godt have sagt: Brandpolitiets opgave er at træffe effektive foranstaltninger til bekæmpelse og forebyggelse af ildebrande. Forbud mod anvendelse af brandbare materialer i bygninger og krav om, at to huse aldrig må ligge hinanden nærmere end 100 m, er tjenlige foranstaltninger i dette øjemed og bør derfor gennemføres.

Det skulle ikke være svært at indse, at tungtvejende modhensyn taler imod at gøre det strafferetlige ansvar strikte, altså ubetinget af tilregnelser. Man behøver blot et øjeblik at forestille sig tilværelsen, hvis enhver uagtsomhed og ethvert hændeligt uheld skulle give anledning til politiaktion og anklage under forudsætning af, at samme handling efter nugældende regler er kriminaliseret som forsættelig. Enhver hændelig tingsbeskadigelse måtte påtales som ødelæggelse eller hærværk. Enhver hændelig krænkelse af en andens legeme (stød, puf, beskadigelse) ville falde under reglerne om legemsbeskadigelse. Enhver der under nogen omstændighed fandtes i besiddelse af tyvekoster måtte tiltales for hæleri, o. s. v. Det er klart, at en sådan tilværelse ville være utålelig, og at stærke modhensyn kan anføres overfor en ensidig gennemførelse af præventionsinteressen, nemlig hensynet til individets retssikkerhed og autonomi, hans interesse i at vide, at han ikke er prisgivet et lunefuldt retsmaskineri, men at straf eller anden retsfølge normalt kun vil ramme ham under betingelser, han selv er herre over. Reglen om, at kun overtrædelser, der kan tilregnes en person, medfører kriminalretlig reaktion giver hver og en den bevidsthed, at hans skæbne overfor det straffende samfundsmaskineri afhænger af ham selv, hans egen vilje og karakter, og ikke af tilfældet. Han ved, at hvis han kan holde fast ved vilje og bestræbelse efter ikke at overtræde loven, er han sikker mod kriminalistiske indgreb. Det kan være, at denne bestræbelse ikke lykkes. Men den er i alle tilfælde meningsfuld og støttet af den opmuntrende viden, at hvis den lykkes, er belønningen sikkerhed for ikke at rammes af straf. Tilregnelserkravet er betingelsen for, at individet kan planlægge sit liv med det mål for øje at holde sig fri af straffeloven.⁴⁶⁾

Hart, der også har kritiseret Barbara Wootton for hendes krav om tilregnelserbetingelsens afskaffelse, er efter min mening for lemfældig i sin kritik. Han synes at forudsætte, at hændelige uheld, hvis Barbara Wootton's program blev ført ud i livet, kun vil medføre kriminalretlige reaktioner, hvis omstændighederne indicerer, at en eller anden form for behandling, medicinsk eller pønalt, er påkrævet; og han regner med, at påtalemyndigheden

⁴⁶⁾ H. L. A. Hart har udførligt udviklet dette synspunkt, se fx *Punishment and Responsibility* (1968), 44 f.

vil lægge et rimeligt mål af sund fornuft for dagen.⁴⁷⁾ Jeg kan imidlertid ikke se, hvorledes der, når man inddrager det helt hændelige under det kriminaliseredes område, kan blive plads for nogensomhelst betragtning over, om en reaktion er indiceret, og i så fald hvilken. Gerningsmanden er jo på ingen måde impliceret med sin person og karakter. Skal den tilsigtede præventive effekt opnås, må reglen simpelthen være, at der ubetinget og automatisk doseres en portion straffelidelse.

Man søger uvilkårligt efter omstændigheder, der i nogen grad kan forklare, at en forsker som Barbara Woolton har kunnet gøre sig skyldig i en så urimelig fejlslutning. Jeg tror, man kan pege på to vrangforestillinger, der kan have været medvirkende. Den ene er den, at hvis gengældelse af brøde ikke er straffens *formål*, har den ingen plads i strafferetsfilosofien. Denne misforståelse er igen en følge af, at den strafferetlige principdebat i nyere tid blandt kriminalister har været indstillet på at drøfte de grundlæggende kriminalpolitiske problemer under titlen „straffens formål“. Men denne model er aldeles utilfredsstillende som referensramme for kriminalpolitikken forskelligartede grundproblemer.⁴⁸⁾ Den anden vrangforestilling, jeg sigter til, går ud på, at hvis skyld (tilregnelser og tilregnelighed) skal tillægges strafferetlig relevans, kan det kun ske med en begrundelse, der forudsætter, at menneskets vilje er fri i metafysisk forstand, d. v. s. ikke underkastet årsagslovmæssighed. Hvis man mener at måtte afvise indeterminismen, mener man derfor også at måtte afvise al tale om skyld som metafysisk blændværk. Det er rigtigt, at skyldkravet ofte er blevet begrundet på den omtalte måde. Men heraf følger naturligvis ikke, at det skulle være udelukket at give en anden og bedre, fuldtud rationel og empirisk begrundelse for kravet.

Hvis jeg skal være ærlig, må jeg sige, at Barbara Woolton's lære om afskaffelse af tilregnelserkravet som kriminalistisk program forekommer mig så teoretisk dårligt begrundet og praktisk så åbenbart uantagelig, at jeg ikke ville have fundet den omtale værd, om ikke den var fremsat af en forfatter Hart har karakteriseret i vendinger som citeret ovenfor ved note 23.

6. *Det deterministiske argument, at moralsk ansvar er en meningsløs idé, er så urimeligt, at ingen nogensinde for alvor har troet derpå.*

Medens Barbara Woolton's angreb på tilregnelserkravet må betegnes som en „specialitet“, som hun vistnok er ene om at ser-

⁴⁷⁾ Hart, *a. st.*, 206.

⁴⁸⁾ Se nærmere min (endnu ikke offentliggjorte) afhandling, „Straffens formål“.

vere, hører derimod kravet om tilregnelighedskriteriets elimination til det modernistiske reformprograms stående menu. I fortsættelse af den positive skoles synspunkter er det i stigende grad, blandt kriminologer, psykiatere, psykologer, læger, pædagoger, sociologer og andre eksperter med naturvidenskabelig skoling og aspirationer, blevet *en vogue* at anse forestillingen om moralsk skyld, og de deraf afledte forestillinger om ansvar, tilregnelighed og straf (som misbilligelse), for metafysiske ideer, der er ufornelige med, eller i bedste fald irrelevante for, en renlinet naturvidenskabelig tankegang.

Et bærende element i denne indstilling er determinismeargumentet. Det er ovenfor under punkterne 2 og 3 omtalt, hvilken central rolle dette argument har spillet for den positive skole, herunder Olof Kinberg. Med afvisning af den klassiske skoles tro på en metafysisk viljesfrihed mente man også at have gjort det af med ideerne om skyld og tilregnelighed. Straffen er ikke betinget af og skal ikke stå i forhold til en moralsk-retlig skyld hos forbryderen, men er samfundets selvforsvar mod angreb. Argumenter af lignende art baseret i „videnskabelig determinisme“ spiller stadig en fremtrædende rolle såvel i den kriminalistiske som i den moralfilosofiske litteratur.⁴⁹⁾

Det er derfor påkrævet at tage determinismeargumentet op til nærmere efterprøvelse. Man kan nemlig ikke komme uden om det ved at hævde, at metafysisk-filosofiske problemer ikke kan være af betydning for den praktiske kriminalpolitik. Selvom dette måtte være rigtig (og det tror jeg), kommer man dermed ikke uden om, at filosofiske spekulationer af den omtalte art, omend i ufordøjet og misforstået servering, faktisk spiller en betydelig rolle i argumentationen og meningsdannelsen. Selvom det måtte være rigtigt, at der ikke kan gives nogen holdbar formulering af en filosofisk determinisme, der ville stille sig hindrende i vejen for begreber som skyld, tilregnelighed og straf, udelukker dette ikke, at misforståelser skaber skinproblemer og leder på afveje. Vi må derfor tage tankegangen nærmere i øjesyn.

⁴⁹⁾ Tanken har rødder langt tilbage i moralfilosofiens historie, se fx Spinoza, der i sin *Etik* (bog 4, teorem 51 og 63) lærte, at indignation er af det onde og ikke bør diktere straffen. I et moderne filosofisk symposium udtalte adskillige af deltagerne sig i samme retning, fx John Hospers: "Someone commits a crime and is punished by the state; 'he deserved it', we say self-righteously — as if we were moral and he immoral, when in fact we are lucky and he is unlucky — forgetting that there, but for the grace of God and a fortunate early environment, go we", *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*, ed by Sidney Hook (Originaludgave 1958), 127. På lignende måde Paul Edwards, *a. st.*, 104 f. Fra den strafferetlige litteratur kan nævnes Franz von Liszt og mange andre, se herom Stephan Hurwitz, *Den danske kriminalret. Almindelig del* (1952), 106.

Som omtalt stillede Ferri sit postulat om, at den fri vilje er en illusion, op i modsætning til den klassiske skoles postulat om viljesfriheden. Da den klassiske skoles lære om moralsk skyld og tilregnelighed var begrundet netop i dette postulat, mente han, ved at afvise dette, tillige at have gjort det af med tilregnelighedsbegrebet. Argumentets logiske struktur kan beskrives således:

Den klassiske skole sagde:

- (1) Moralsk ansvar (og dermed al moral overhovedet) forudsætter, at mennesket har en fri vilje;
- (2) Mennesket har en fri vilje;
- (3) Altså er moralsk ansvar muligt.

Den positive skole benægtede præmis (2). Den anså det for videnskabeligt bevist, at menneskets vilje som alle andre fænomener underligger årsagsloven. Og kom følgelig til den konklusion, at moralsk ansvar ikke har nogen mening. Herimod kan fremføres to indvendinger.

For det første, at det er for letvindt at tro, at determinismen er „videnskabeligt bevist“. Det er i vore dage almindeligt erkendt, at den deterministiske tese, hvorledes den nu end nærmere skal formuleres, ikke er en empirisk sætning og hverken kan definitivt bekræftes, eller afkræftes, ad erfaringens vej. Den udtrykker ikke, som en naturlov, en vis iagttagelig lovmæssig sammenhæng mellem fænomener; men postulerer — om den skal kunne bære konklusionen — at alle fænomener, den menneskelige vilje inclusive, undtagelsesfrit og under alle omstændigheder underligger årsagsmæssig lovbestedthed. Og det er en påstand, der efter sit indhold rækker ud over enhver endelig erfarings grænser.⁵⁰⁾ Striden mellem determinisme og indeterminisme kan ingenlunde anses for udkæmpet. Den moderne atomfysik har blæst nyt liv i den, og der er endda dem, der mener, at det er godtgjort, at der findes atomare fænomener, der principielt unddrager sig enhver lovmæssighed.⁵¹⁾ Striden fortsætter, og anstrengelserne bør, tror jeg, foreløbig nok så meget rette sig mod at finde ud af, hvorledes der kan gives en meningsfuld interpretation af de to teser, som mod at afgøre hvilken af dem, der er den sande. Givet er, at vi ihvertfald må stange en pæl gennem den naive tro på, at determinismen er „naturvidenskabeligt bevist“.

For det andet — og det er i mine øjne det væsentlige, så længe determinismestriden blusser videre — at den positive skoles slut-

⁵⁰⁾ Jfr. fx Sir W. Davis Ross, *Foundations of Ethics* (1939), 213, 218.

⁵¹⁾ Således fx Bohr, Heisenberg og Born — modsat Einstein, Plank, Schrödinger m. fl., se Percy W. Bridgman "Determinism in Modern Science" i *Determinism and Freedom* ed. by Sidney Hook (1958), 43 f.

ning, negationen af moralens mulighed, kun er mulig fordi man fortsat fastholder den klassiske skoles udgangspunkt, præmis (1): at moralsk ansvar forudsætter, at mennesket er i besiddelse af en fri vilje i betydning af en vilje, der ikke (eller ikke under alle omstændigheder) underligger årsagsloven. Eller, kan vi også sige, det postulat, at om den deterministiske tese er sand, da er al tale om moral og moralsk ansvarlighed meningsløs.

Men dette postulat er efter min og mange andres⁵²⁾ mening urigtigt. En fyldestgørende argumentation til støtte herfor vil udkræve præciserende interpretation af determinismens meningsindhold og logisk analyse af dens implikationer. Det falder ud over, hvad jeg kan påtage mig i denne sammenhæng. Her må jeg nøjes med at anføre en betragtning, der i nogen grad kan sandsynliggøre min opfattelses rigtighed.

Men først vil det være hensigtsmæssigt at præcisere dens indhold. Når jeg bestrider, at moralsk ansvar forudsætter indeterministisk viljesfrihed, ligger heri ikke nogen benægtelse af, at moralsk ansvar forudsætter en frihedstilstand i en vis forstand, nemlig hvad man kunne kalde frihed som *handlefrihed*. Alle er enige om, at moralsk ansvar forudsætter, at det i en vis forstand havde stået i den skyldiges magt, at handle anderledes end han gjorde. Han er ansvarlig, hvis han kunne have gjort det rigtige, og det vil sige, at han ville have gjort det, om han havde villet det med tilstrækkelig styrke, om han med alvor havde gjort sig sin pligt klar og bestræbt sig på at opfylde den. Han er ansvarsfri, hvis han ikke kunne have handlet anderledes, og det vil sige, hvis der forelå sådanne ydre eller indre tvingende omstændigheder, som gjorde al viljesmæssig anspændelse virkningsløs. Derfor er den, der handler i febevildelse eller under en uimodståelig impuls' tvang ansvarsfri.

Herom er som sagt alle enige. Det striden står om er, hvorvidt moralsk ansvar ud over sådan handlefrihed forudsætter frihed i en anden og dybere forstand, egentlig *viljesfrihed*. De, der hævder dette, gør gældende, at moralsk ansvar må være udelukket

⁵²⁾ Kompatibilismen, d. v. s. foreneligheden af determinisme og moral, har en lang tradition bag sig. Lad mig i flæng nævne: Hobbes, Locke, Hume, Höffding, Jodl, Westermarck, Heymans, Ayer, Schlick, Stevenson. Fra det i forrige note nævnte samleværk kan nævnes Blanchard, Brandt, Ducasse, Pap og Hook. — Det skal ikke nægtes, at også den modsatte opfattelse har og har haft fremragende tilhængere blandt filosoffer og jurister. Det er dog beskæmmende, at adskillige nyere nordiske forfattere fremfører denne opfattelse, som var den nærmest en selvfølgelighed og tilsyneladende uden anelse om den omfattende litteratur i emnet, se fx Frede Castberg, *Forelæsninger over retsfilosofi* (1965), 115 f.; Johs. Andenæs, *Avhandlingar og foredrag* (1962), 72 og 158 f.; Per Augdahl i *TfR* 1920, 359; Ernst Kallenberg i *SJT* 1949, 2; Tore Strömberg i *Theoria* 1957, 75.

også i tilfælde af, at den skyldige kunne have gjort det rigtige (altså ville have gjort det, om han havde villet det), nemlig hvis hans mangelfulde vilje ikke er andet end det årsagsbestemte produkt af arvelige anlæg, milieu, og livshistorie. Moralsk ansvar forudsætter ikke blot, at man kunne have *handlet* anderledes, men også at man kunne have *villet* anderledes. Antager man med determinismen, at dette er udelukket, følger heraf, at al tale om moral og moralsk ansvarlighed er meningsløs.

Lad os kalde den doktrin, at moralsk ansvar er uforenelig med determinisme, for inkompatibilisme. Og den slutning, at moralsk ansvar er en umulighed, for moralnihilisme.⁵³⁾ Det vil da ses, at moralnihilisme forudsætter en kombination af determinisme og inkompatibilisme. Det er da også netop denne kombination, der foreligger i den positive skole og dens moderne forlængelse.

Den betragtning jeg vil indskrænke mig til at gøre gældende går ud på, at moralnihilismen er et filosofisk spekulativt produkt, hvis urimelighed er så indlysende, at der aldrig er nogen, der for alvor har accepteret denne tese, selv ikke de filosoffer, der med varme har forsvaret den i deres bøger. Den kan sammenlignes med den filosofiske subjektivismes lære om at omverdenen blot er et skin og i virkeligheden kun eksisterer i min oplevelse (*esse est percipi* — man fortæller om en filosofiprofessor fra svunden tid, der yndede at stille kandidaten det spørgsmål, om der i eksaminationslokalet fandtes andre personer end kandidaten selv, og lod ham dumpe, hvis han svarede ja). Lige så lidt som jeg tror på, at nogen filosof i sit liv for alvor har tvivlet på omverdenens realitet, lige så lidt tror jeg, at Ferri, Kinberg, eller nogen anden „positivist“ for alvor i deres liv har forkastet moral og moralsk ansvarlighed som meningsløs tale. Har disse mennesker aldrig følt moralsk indignation og vrede og i gerning givet udtryk herfor; har de aldrig reageret med irritation og bebrejdelser, når man krænkede dem; har de aldrig bebrejdet sig selv noget og følt et ansvars tyngde — kort sagt, har de aldrig reageret som andre mennesker?

Naturligvis har de det. Helt pudsigt er det, når selve deres forkastelse af den moralske indignation antager karakter af — moralsk indignation. Efter at Hospers har slået fast, at determinismen udelukker moralsk forargelse, og at vi gode borgere, der ikke er kommet i strid med loven bør huske, at dette ikke skyldes, at vi er moralsk bedre end forbryderne, men at vi har været *heldige*, fortsætter han således: "There is one possible

⁵³⁾ Ordet „moralnihilisme“ er naturligvis ikke taget i den betydning, hvori det ofte anvendes som betegnelse for Uppsalafilosofiens lære om moralske udsagns ateoretiske karakter.

practical advantage in remembering this. It may prevent us (unless we are compulsive blamers) from indulging in righteous indignation and committing the sin of spiritual pride, thanking God that we are not as this publican here."⁵⁴) Hvilket altså vil sige, at amoralisten Hospers stempler en vis holdning som synd og takker Gud for, at han ikke er som dem, der takker Gud for, at de ikke er som denne tolder.⁵⁵)

7. *Det pragmatiske argument, at straffens præventive formål gør tilregnelighed irrelevant, er en vildfarelse udsprungen af begrebsforvirring.*

Barbara Wootton er, som tidligere omtalt, for *sophisticated* til at mene, at determinismen er bevist, og meningsløsheden af begreber som moralsk ansvar og strafferetlig tilregnelighed dermed godtgjort. Men man behøver, siger hun, heller ikke at tage stilling til denne filosofiske strid. Det afgørende er, at tilregnelighedsbegrebet, hvad enten det har mening eller ej, ihvertfald er irrelevant for den kriminalistiske debat. For, hvis straffens formål er prævention, og ikke gengældelse, er der ingen anledning til at gøre tilregnelighed til en betingelse for straf. "For this purpose it is unnecessary to ask whether an offender is, or is not, a free agent, or a responsible person in the sense that he could, if he wished, have done otherwise than he did".⁵⁶) Det vil dog ikke sige, at gerningsmandens psykiske habitus er uden al betydning. Domfældelse (conviction) skal ske uden at skele til nogen tilregnelighed, men ved den efterfølgende fastsættelse af den kriminalretlige følge (sentence) vil en bedømmelse af gerningsmandens psyke være relevant. Forfatterinden skildrer den fremtidige kriminalproces således:

The legal process for determining who has in fact committed certain actions would continue as at present; but once the facts had been established, the only question to be asked about delinquent persons would be: what is the most hopeful way of preventing such behaviour in future? In criminal procedure the ageold conflict between the claims of punishment and of reformation would thus be finally settled in favour of the latter.⁵⁷)

Altså: Når straffens formål er prævention, er der ingen anledning til at gøre tilregnelighed til en betingelse for domfæl-

⁵⁴) *Determinism and Freedom in an Age of Modern Science*, ed. by Sidney Hook (1958), 126—27, (Collier edition, 138).

⁵⁵) Jfr. min (endnu ikke offentliggjorte) afhandling „Er skyld og ansvar uforenelige med determinisme?“, punkt 7, hvor jeg nærmere har demonstreret den modsigelse, der ligger i Ingemar Hedenius' tilsvarende tese.

⁵⁶) *Social Science etc.*, 247.

⁵⁷) *A. st.*, 251.

delse. Denne slutning er en kortslutning, der øjensynlig stillende forudsætter flere præmisser. Eksplicit kan den formuleres således:

- (1) Kriminallovgivningens formål er prævention, ikke gengældelse;
- (2) Kriminallovgivningen bør udformes under hensyntagen til sit formål og alene til dette;
- (3) Det kriminalretlige system bør derfor udformes og fungere alene med præventive formål for øje, og ikke for at give udtryk for moralsk misbilligelse;
- (4) Tilregnelighedskravet har kun mening som betingelse for en moralsk misbilligelse;
- (5) Tilregnelighedskravet bør derfor elimineres som ubegrundet.

Den fundamentale fejl i denne slutning fremgår straks af præmis (1). Den deri indeholdte modstilling af „prævention“ og „gengældelse“ som to tænkelige formål for kriminallovgivningen, er meningsløs. Som jeg udførligt har begrundet det andetsteds, hviler den på en sammenblanding af forskellige spørgsmål og en misforståelse af de klassiske gengældelsesteorier.⁵⁸⁾ Det er en helt urimelig antagelse, at gengældelse skulle være formålet, altså den interessebestemte, tilsigtede virkning, for kriminallovgivningen. Klassiske gengældelsesteoretikere som Kant og Binding har da heller aldrig hævdet noget sådant. Det problem, de har beskæftiget sig med, var det moralfilosofiske spørgsmål om statens moralske ret til at underkaste det enkelte menneske straffens lidelse, ofte de sværeste indgreb i hans frihed, legemlige integritet, ja selve livet. Det var ikke straffelovgivningens tilsigtede virkninger de spurgte efter, men straffedommens moralske begrundelse (også kaldet straffens retsgrund). Og deres lære gik ud på, at ikke sociale nyttehensyn, men alene det forhold, at et individ har forbrudt sig (d. v. s. på skyldig måde krænket loven), kan retfærdiggøre, at han straffes. Kravet om brøde — d. v. s. gerningsmandsforhold + skyld betinget af tilregnelighed og tilregnelighed — er altså et restriktivt moralsk hensyn, der begrænser og betinger statens ret til at benytte straffelidelse til fremme af sociale formål (prævention). Det udelukker straf af ikke-gerningsmænd (gidsler) og straf af uskyldige gerningsmænd, uanset om sådan straf måtte være effektiv ud fra præventive nyttehensyn.

Man er derfor fra begyndelsen kommet ind på et galt spor ved at stille „prævention“ og „gengældelse“ op overfor hinanden

⁵⁸⁾ Jfr. ovf. ved noterne 43 og 20 og i de sidstnævnte note nævnte afhandlinger.

som alternativer. Og man kører videre ind i fejltagelsernes land, når man herfra slutter, at hvis formålet er prævention (hvad ingen vil benægte), så må dermed al tale om skyld, tilregnelighed, misbilligelse, og gengældelse, være udelukket.

Dette er fundamentalt forkert — og her er vi ved et hovedpunkt i denne debat — fordi *misbilligelse* (der, når der gives udtryk for den overfor den anklagede, kaldes *bebrejdelse*) *selv er en adfærdsreaktion med handlingsdirigerende (præventiv) funktion.*⁵⁹) I misbilligelse og bebrejdelse lægges der en mere eller mindre kølig afstandtagende, uvenlig eller rent ud fjendtlig holdning for dagen overfor den skyldige. Reaktionen kan variere i styrke indenfor en vid skala, der spænder fra mild bebrøvelse og op til hvidglødende vrede og indignation, der kan slå ud i voldelig aggression (lynchning). I alle tilfælde virker misbilligelsen som en handlingsdirigerende faktor, fordi den opleves af den ramte som et ubehag, et onde, en lidelse. Herudover vil den i mange tilfælde, især når den udgår fra personer med autoritet eller kollektivt fra det omgivende sociale milieu (samfundet), virke på den måde, at fordømmelsen accepteres af den ramte, optages i hans egen moralbevidsthed, og derved kommer til at medbestemme hans fremtidige adfærd, ikke blot af frygt for et onde, men også af respekt for det, der anses for ret og rigtigt.

Straf opleves i vort nuværende samfund som udtryk for misbilligelse fra omgivelsernes side, der stempler den straffede på en måde, en moralsk neutral kur ikke gør det. Der kan ikke være tvivl om, at straffens moralske stigma er af stor betydning for straffesystemets præventive virkning, såvel den afskrækkende som den moraldannende. For mange mennesker virker sikkert den med straffen forbundne skam og infami mere afskrækkende end selve straffelidelsen, eller ihvertfald som et højst følbart tillæg til denne. Straffen, selv ikke en bøde, opleves ikke som blot en afgift man betaler for at begå overtrædelse — på lignende måde som man betaler entré for at gå i Tivoli. Men ganske særlig må straffens moralsk censurerende karakter antages at være af betydning for dens moralstimulerende og moraldannende funktion. I nordisk straffeteori er det med styrke blevet gjort gældende, at straffens generalpræventive virkning i første række afhænger af dens evne til at cementere og eventuelt forme den moralitet, der er levende blandt samfundets medlemmer. Med „moralitet“ kan man i denne sammenhæng tænke såvel på vurderinger og attituder, der umiddelbart er af moralsk karakter

⁵⁹) Jfr. min (endnu ikke offentliggjorte) afhandling „Skyld, ansvar og straf“, punkt 5, og afhandlingen „Er skyld og ansvar uforenelige med determinisme?“, punkterne 2, 3 og 9 (ligeledes endnu ikke offentliggjort).

og direkte angår en vis adfærd, fx. mord, tyveri (den materielle retsbevidsthed); som på en indstilling af respekt for loven fordi den nu engang er landets lov og uafhængig af, om dens krav (fuldtud) stemmer med ens direkte moralske vurderinger (den formelle retsbevidsthed). Hvis dette, som jeg tror, er rigtigt, vil det sige, at straffesystemets moralske aspekt, straffens karakter af moralsk misbilligelse, via den moralpåvirkende effekt er af afgørende betydning for systemets generalpræventive funktion.

Denne højst nyttige effekt er det man ifølge Barbara Wootton's og ligesindedes kriminalteori skal give afkald på, ved at afmoralisere kriminalsystemet og lade en moralsk neutral „kur“ fortrænge straf (som misbilligelse). Hvorfor? Med hvilken begrundelse? Der er ikke anført noget rationelt, praktisk argument til støtte herfor, alene den oplagte urimelighed og fejlslutning, at dersom straffesystemets formål er præventivt, altså handlingsdirigerende, er der ikke plads i det for nogen moralsk misbilligelse — altså netop den reaktion, der efter sit inderste væsen og mening er en handlingsdirigerende faktor!

Barbara Wootton kan ihvertfald ikke fornægte det faktum, at straffedommen i dag faktisk intenderer at være og faktisk opleves som udtryk for moralsk misbilligelse.⁶⁰) Der er næppe grund til at tro, at dette forhold vil ændre sig i en overskuelig fremtid. Jeg mener endvidere at have begrundet den påstand, at nogen sådan ændring heller ikke er ønskelig, vurderet ud fra straffelovgivningens præventive formål. De følgende ræsonnementer sker derfor ud fra den forudsætning, at straffedommen har karakter af en moralsk censur.

Når dette står fast falder dermed Barbara Wootton's argumentation for, at der ikke er plads for noget tilregnelighedskrav i det kriminalistiske system, til jorden. Den positive begrundelse for et tilregnelighedskriterium der er afgørende for, om den kriminalretlige reaktion skal have karakter af (misbilligende) straf, eller (neutral) kur, eller sikkerhedsforanstaltning, kan gives ud fra to forskellige synspunkter.

For det første: Skal straffedommen af befolkningen opleves som en moralsk misbilligelse af gerningsmanden og have den moralafficerende effekt som omtalt, er det nødvendigt at loven tager sådanne undskyldende omstændigheder i betragtning, der efter gængs moralopfattelse udelukker moralsk ansvar, og altså misbilligelse. Gjorde loven ikke det, beordrede den dommeren til forskelsløst at dømme børn og psykisk abnorme til straf på linie med normale voksne individer, ville kriminalsystemet i befolk-

⁶⁰) Dette implicerer ikke, at straffedommeren ved afsigelse af sin dom behøver at føle og/eller tilkendegive nogen misbilligelse. Såvidt jeg ved, er det i angelsaksisk retspleje dog ikke usædvanligt, at dette sker.

ningens øjne komme til at stå som manifestation af en brutal magtvilje, og ikke som eksponent af samfundets moralsk funderede krav og moralske misbilligelse af deres tilsidesættelse. Systemet ville herved tabe sit greb i befolkningens moralitet og miste en væsentlig del af sin generalpræventive effekt. Samtidig ville den afskrækkende virkning antagelig styrkes noget, fordi den chance, der under den bestående orden findes for at unddrage sig straf og anden følge under foregivende af forbigående utilregnelighed (chock, drømmeagtig tilstand, hashrus, o. lign.), ville forsvinde. Men den præventive gevinst på denne konto må anses for ubetydelig i forhold til tabet på konto af straffens moralafficerende virkning. Dette synspunkt fører altså til, at det ville være *uklogt, formålsirrationelt* at afskaffe tilregnelighedskriteriet og dermed sondringen mellem straf og andre foranstaltninger.

For det andet: Lovgiveren, og vi der søger at vejlede ham ved at udvikle en begrundet kriminalpolitisk teori, er også selv mennesker med moralske anskuelser, der stiller visse krav til vore handlinger — og da ikke mindst til dem, der består i at lovgive om, under hvilke betingelser vore medmennesker (eller vi selv!) skal dømmes til straf, altså en behandling, der på én gang er lidelse og misbilligelse. Også vi accepterer specielt den moralske anskuelse (antager jeg da), at der er psykiske omstændigheder, der udelukker moralsk ansvarlighed. Forsåvidt vi gør det, føres vi ud fra dette synspunkt til en anden begrundelse for bevarelse af et tilregnelighedskriterium: At afskaffe det ville føre til *moralisk uforsvarlige, uretfærdige* domfældelser.

De to forskellige begrundelser modsiger naturligvis ikke hinanden. De er samvirkende motiver. De betyder, at en vis handlemåde bedømmes som både klog og moralsk påkrævet.

Står det således fast, at et tilregnelighedskriterium er påkrævet, er det ikke dermed sagt *hvilket*. Hvad man kan kalde den almindelige moralbevidsthed er nemlig på dette punkt højst uartikuleret. Udelukkelse af moralsk ansvar finder udtryk i gængse vendinger som fx. disse: „Han kunne ikke gøre for det“, „han gjorde det ikke med vilje“, der udelukker ansvar for hændelig, og muligvis også uagtsom forårsagelse, og altså vedrører tilregnelighedskravet, der ikke drøftes i denne sammenhæng. Tilregnelighedskravet kommer til udtryk i vendinger som „han vidste ikke, hvad han gjorde“, „han var helt ude af sig selv“, „han gjorde det ikke af egen fri vilje“, „det var sygdommen, ikke ham der gjorde det“, „han var offer for en uimodståelig impuls“. Det er imidlertid alt andet end klart, hvad der er den nærmere mening med udtalelser som disse. De synes at pege på psykiske omstændigheder, der udelukker enten *indsigt* i den begåede handlingens natur (børn, åndssvage, afsindige med vrangforestillinger);

eller som ophæver eller formindsker *evnen til på normal måde at kontrollere og beherske impulser* (narkomaner) „rasende“ (afsindige, folk i indre og ydre tvangssituationer).

Under disse forhold er det en påtrængende opgave for filosoffer og kriminalister at analysere disse udtryk for at finde frem til deres mening og så udtrykke denne i formler, der er acceptable for den juridiske teknik. Denne analyse bør imidlertid være af ikke blot konstaterende, men også af kritisk vurderende art. Vi kan ikke acceptere vore spontane eller indoktrinerede moralske ættiluder som åbenbaringer af evige sandheder. Vi må tro, at den moralitet, der vokser frem i et samfund og opleves af individerne som selvgyldige krav, i virkeligheden (d. v. s. uden at det er bevidst) dirigeres af behov og interesser. Det er derfor moralkritikkens opgave i analyse og kritisk refleksion at tage den positive, oplevede moralitet op til efterprøvelse, for at finde ud af, hvilke hensyn der har drevet den frem, og hvorledes den må vurderes i lys af bevidst accepterede vurderingsprincipper. Kort sagt, vi må forsøge at rationalisere vor oplevede moral. Og specielt vort oplevede moralske tilregnelighedskriterium, eller måske snarere de tilløb dertil, vi er i besiddelse af.

Men det er en opgave, der falder udenfor denne afhandlings tema. Det går på om et tilregnelighedskriterium overhovedet bør bibeholdes eller ej, ikke, i bekræftende fald, på dets nærmere formulering.

8. *Umulighedsargumentet hviler på overspændte krav til den erkendelse moral og jura må bygge på.*

Ovenfor under punkt 3 har jeg omtalt det argument hos Barbara Wootton, at tilregnelighedskravet må opgives simpelthen fordi det — såsnart man går ud over M'Naghten reglerne snævre, rent forstandsmæssige kriterium — ikke er muligt at opstille et meningsfuldt og praktisk anvendeligt kriterium. Som jeg bemærkede allerede i den sammenhæng, finder jeg, at forfatterindens udredninger herom, især hendes betragtninger over begreberne mental sundhed og sygdom og deres relevans for kriminalretten, er interessant og tankevækkende læsning. Jeg gad fx. vide, hvad egentlig det danske retslægerråd mener, når det som autoritativ expertinstans om en person udtaler, at han har sadistiske tilbøjeligheder uden at disse dog kan betegnes som sygelige. Hvad menes der med at karakterisere en tilbøjelighed som sygelig, og hvorledes konstateres det i givet tilfælde, om sygdom foreligger eller ej? Kan man ved iagttagelse på basis af expertmæssig sagkundskab objektivt konstatere, om en person på nogen måde er åndelig syg — på lignende måde som man kan fastslå, om han lider af tuberkulose eller nogen anden erkende-

lig legemlig sygdom? Hvis Retslægerrådet med at kalde en tilbøjelighed for sygelig blot mener, at den gør sig gældende med større styrke end hos folk som flest, er jeg bange for, at min egen tilbøjelighed for filosofi også må betegnes som sygelig. Med hvilken relevans? Hvilken moralsk eller strafferetlig relevans knytter der sig til selve det statistiske faktum, at en person i en vis henseende er anderledes end folk som flest?

Det spørgsmål vi her skal beskæftige os med er imidlertid, om hendes betragtninger, uanset deres interesse i sig selv, er egnede til at bære den konklusion, at tilregnelighedskravet må elimineres. Svaret må blive benægtende.

Umulighedsargumentet må på forhånd vække forundring. Hvorledes kan man tilråde at opgive en sondring med den begrundelse, at den er umulig at foretage? Det ville da være vrøvl at fraråde en mand at hoppe over Rundetårn med den begrundelse, at det er umuligt. Det er jo dog et faktum, at vi i praksis som den nu foregår, sondrer mellem tilregnelige og utilregnelige personer; og da denne sondring dog ikke sker ved lodtrækning eller andet lykkektræf, må den i en vis forstand være mulig.

Det viser sig da også, at forfatterinden tænker på umulighed i en vis snævrere betydning, nemlig at det ikke er muligt at formulere tilregnelighedskriteriet således, at eksperter på objektivt, videnskabeligt grundlag, og uden indblanding af mere eller mindre subjektive vurderinger, kan besvare det spørgsmål, om en bestemt person i en bestemt situation var tilregnelig eller ej. De spørgsmål, der i praksis stilles til de sagkyndige, er disse i virkeligheden ikke i stand til at svare på med videnskabelig autoritet.

Hendes argumentation herfor er øjensynlig opbygget med en sådan udvidelse af M'Naghten reglerne for øje som foreslået af *British Medical Association*. Herefter skal utilregnelighed — ud over de tilfælde i hvilke den handlende ikke vidste, hvad han gjorde — anerkendes, når disse to betingelser er opfyldt: (1) den anklagede begik handlingen under indflydelse af en sådan emotionel forstyrrelse, at han ikke besad den fornødne magt til at afholde sig selv fra at begå den; og (2) at denne forstyrrelse var resultatet af en mental sygdom. I overensstemmelse hermed falder hendes argumentation i to dele: (1) det er umuligt objektivt at fastslå, om en impuls var uimodståelig eller blot, som kendsgerningerne udviser, faktisk ikke blev modstået; og (2) det er umuligt objektivt at fastslå om en person lider af mental sygdom eller ej.

Lad os tage det sidste argument først, for det er lettest at komme om ved. Det rammer nemlig kun et tilregnelighedskriterium der, som det er omtalt, inkorporerer kravet om mental sygdom i sig, men er irrelevant for rent psykologisk formulerede kriterier. Når man ser bort fra det foreslåede kriteriums histo-

riske baggrund i M'Naghten reglerne, er det svært at forstå, hvorfor betingelse (2) skal knyttes til betingelse (1). Hvis en person handlede under tvang af en uimodståelig impuls, kan det så ikke være lige meget om denne tilstand var resultatet af mental sygdom eller ej? Ja, er det endda ikke snarere sådan, at vi anser personen for mentalt syg, *fordi* han handlede under en uimodståelig impuls' tvang? D. v. s., at tvangen er kriterium for sygdom, og sygdom ikke årsag til tvangen?

Tilbage står det første af argumenterne, det der går ud på, at det er umuligt at fastslå om en impuls var uimodståelig eller ej. Til støtte herfor anfører forfatterinden, som citeret ovf., den almene erkendelsesteoretiske betragtning, at sådan indsigt ligger ud over det empirisk mulige, fordi det ikke er muligt at krybe ind i en anden mands skind. Denne betragtning skyder over målet. Hvis den var rigtig, ville den betyde, at det er udelukket overhovedet at tillægge noget psykologisk forhold nogen moralsk eller retlig relevans. Den forhindrer da heller ikke forfatterinden i selv, i anden sammenhæng, at acceptere muligheden af indsigt i andre personers psyke. Hun accepterer jo de klassiske M'Naghten regler, der forudsætter indsigt i den anklagedes forstandsmæssige status. Og hun anerkender, at anklagedes mentale forhold, specielt endda hans "capacity for self-control", må tages i betragtning, når man efter domfældelsen skal tage stilling til, hvilken behandling der skal bringes i anvendelse. Det siges, at den rådgivende psykiater "no doubt has his own opinion as to the man's responsibility or capacity for self-control". Men, tilføjes det, "these are and must remain, matters of opinion 'incapable', in Lord Parker's words, 'of scientific proof'."⁶¹) Så er evnen til selvkontrol altså dog noget psykiateren har en mening om. Og denne mening kan vel ikke være det rene gætteværk uden al empirisk fundering.

Sådan fundering findes da efter min mening også. Blot tror jeg, at problemet skal formuleres noget anderledes. Det er sikkert ikke muligt at godtgøre, at en impuls er absolut uimodståelig, altså uovervindelig ganske uanset, hvilke modstående bevægende kræfter, der mobiliseres mod den. En person, der efter helt modig kamp bukker under for sit begær efter at ryge eller drikke, vil måske sige, at hans begær var uimodståeligt, og vi andre vil måske efter vor almindelige erfaring om lignende tilstande give ham medhold heri. Men dette udelukker ikke, at samme person i samme situation kunne have overvundet sit begær, hvis han var blevet tilbudt en million kroner for at udskyde tilfredsstillelsen en begrænset tid; eller hvis han var blevet truet med sikker, øjeblikkelig og voldsom lidelse, hvis han gav

⁶¹) *Crime etc.*, 77.

efter. Psykiaterne oplyser, at der er få sindssyge, der ville begå en forbrydelse, medens en politibetjent overvågede dem.⁶²⁾

Den uimodståelighed af en impuls, der skal kunne begrunde utilregnelighed, må derfor fortolkes på en eller anden måde som betinget, relativ. Måske noget i retning af, at impulsen efter almindelig erfaring skal være af en sådan styrke, at den normalt ikke lader sig overvinde, hverken ved moralske appeller (formaninger, selvformaninger, bebrejdelser, selvbebrejdelser); eller ved trusler om sanktioner, der ikke er sikre, øjeblikkelige og voldsomme; eller af frygt for handlingens skadelige eftervirkning i forhold til agentens egne interesser. Og herom har man utvivlsomt empirisk viden, omend af mere eller mindre sikker natur. Den hviler i alle tilfælde på iagttagelser af, om de omtalte motivationer under visse typiske omstændigheder normalt har vist sig virkningsløse. Man ved fx. med stor sikkerhed, at begæret efter narkotika hos en person, der gennem længere tid har været forfalden til brug af midler med tilvænningsvirkning, er i denne forstand uimodståeligt. I andre tilfælde er erfaringsgrundlaget mindre sikkert og hviler mere på den trænedes eksperter rutinerede skøn end på objektive kriterier og objektivt påviselige data. Forsåvidt har Barbara Wootton ret: Utilregnelighed kan i mange tilfælde ikke konstateres med videnskabelig objektivitet, på samme måde som man kan påvise forekomst af kræft. Men dette forhold bør ikke forskrække hverken moralfilosoffen eller juristen. For de må vide, at dette så langt fra er noget for tilregnelighedsbegrebet særegent, men tværtimod de normale vilkår for moralsk og juridisk bedømmelse og behandling af mennesker. At sondre er nødvendigt — også selvom sondringen ofte ikke er skarp, men beror på skøn og munder ud i grænsezoner, hvor alle skel fortaber sig.

Mangel af forståelse for uimodståelighedskriteriets relativitet har medført, at man er tilbøjelig til at antage uimodståelighed, blot fordi en impuls pånøder sig automatisk, men under omstændigheder, hvor ingen modvirkende kræfter gør sig gældende. Således fx. i tilfælde af posthypnotisk suggestion⁶³⁾. Der indføres

⁶²⁾ "There are few cases of mental disease, except cases of advanced dementia, in which the patient is so completely dominated by his symptoms that he is uninfluenced in his behaviour by motives such as self esteem, fear of consequences, social sentiments, and a sense of duty, which regulate the behaviour of normal persons... An insane person who might otherwise commit an offence, might certainly refrain from doing so because a policeman is looking on..." Angus MacNiven (Physician Superintendent, Glasgow Royal Mental Hospital) i *Mental Abnormality and Crime* ed. by L. Radzinowicz and J. W. C. Turner (1944), 52 and 53.

⁶³⁾ Fx Paul Edwards i *Determinism and Freedom* ed. by Sidney Hook (1958), 106 (Collier edition, 118).

her i den suggereredes psyke en impuls, der forekommer som en tvang, fordi den ikke er rationelt begrundet i den suggereredes interesser og behov. Til gengæld er der i de typiske forsøgsanordninger heller ingen modstående motivationer til ikke at foretage handlingen, og der er derfor ikke grundlag for at kalde den uimodståelig. Noget lignende gælder kleptomani. Den riges trang til at stjæle forekommer os „unormal“, „sygelig“. Men der er ingen holdepunkter for, at den skulle være mere uimodståelig end den fattiges „normale“ trang til at berige sig.⁶⁴⁾

9. *Teorien om forbrydermennesket og undervurderingen af straffens generalpræventive virkning er støttemotiver i kampen mod straffen.*

I det foregående har jeg beskæftiget mig med de tre piller hvorpå det kritiserede kriminalpolitiske program hviler, nemlig determinismeargumentet, den misopfattelse, at prævention og misbilligelse er alternative formål for straffen, og umulighedsargumentet; og har søgt at vise, at ingen af dem er i stand til at bære bygningen. Tilbage er at omtale et par støtdebuer af mindre central betydning. Det er troen på forbrydermennesket og den dermed forbundne undervurdering af kriminalsistemets generalpræventive effekt.

Teorien om forbrydermennesket blev udviklet af Lombroso og, som det fremgår af fremstillingen ovenfor under punkt 2, overtaget af Ferri. En af hans grundlæggende teser gik netop ud på, at forbryderen ikke er udrustet med forestillinger og følelser som andre mennesker, men på grund af organiske og psykiske anormaliteter udgør en speciel varietet af den menneskelige slægt. I mindre udpræget formulering genfindes dette syn hos Kinberg. Han mener, at flertallet af forbrydere er voksne problembørn, hvis de da ikke ligefrem er mere eller mindre dybt abnorme eller syge mennesker.⁶⁵⁾ De forekommer fortrinsvis blandt individer med biologiske læsioner, især hjernelæsioner, og blandt dem hvis udvikling er blevet hæmmet på grund af arvelige anlæg eller sygdomme.⁶⁶⁾

Det er klart, at jo mere man nærmer sig det synspunkt, at forbryderen typisk er en organisk og mentalt abnorm person, des mere vil man stimuleres til den indstilling, at det kriminelle reaktionssystem bør udformes med helbredelse eller uskadeliggørelse uden moralsk censur for øje. Samtidig disponerer dette synspunkt til en undervurdering af systemets generalpræventive

⁶⁴⁾ *Social Science etc.*, 233—35.

⁶⁵⁾ *SJT* 1943, 829.

⁶⁶⁾ I note 1 *a. st.*, 442.

virkning. Således også hos Kinberg, der har anført en række synspunkter for afsvækkelse af troen på almenpræventionen.⁶⁷⁾ Men jo mere man koncentrerer kriminalpolitikken omkring det mål at bekæmpe recidiv, og fortrinsvis med kurative midler, des mindre anledning har man til at tillægge det nogen betydning, at straffedommen fremtræder som udtryk for samfundets misbilligelse af forbryderen. På denne måde går der en linje fra Lombroso's teori om forbrydermennesket og op til den kriminalpolitiske skole, der vil afskaffe tilregnelighed og straf.

Det falder udenfor min kompetence på egen hånd at tage stilling til teorien om forbryderen som en specifik, patologisk præget type. Men det må være mig tilladt at henvise til, at denne opfattelse ofte bestrides af moderne kriminologer. Som vidne kan jeg føre selveste Lady Barbara Wootton. Hun vender sig mod stereotyperne "the criminal" eller "the delinquent" og den deri implicerede tro på, at hvis vi bare ser tilstrækkeligt grundigt efter, så vil vi opdage at alle, der er straffet for overtrædelse af straffeloven fremviser visse karakteristika, især i nedarvede egenskaber, der adskiller dem fra resten af befolkningen.⁶⁸⁾ Hun hævder, at tilsyneladende dokumentation herfor skyldes statistisk-metodologiske fejlkilder. "The further it [criminological research] is carried and the greater the refinement of the methods of investigation used, the more closely does any group of miscellaneous criminals appear to resemble the population at large".⁶⁹⁾

Medens Barbara Wootton således ikke deler anskuelsen om forbrydernes specifikke karakter, anlægger hun derimod, ligesom Kinberg, et højest skeptisk syn på kriminalsystemet's generalpræventive virkning. Men hendes betragtninger til støtte herfor taber deres vægt, fordi hun øjensynlig er ukendt med teorien om straffens moralafficerende effekt. Hun taler kun om den mulige afskrækkende ("deterrent") virkning på potentielle forbrydere, og anfører at en sådan virkning forudsætter, at forbryderen forud for sin forbrydelse anstiller kalkulationer over strafrisikoen, hvilket kun kan tænkes at ske i de færreste tilfælde. Hun mener, at vi "are almost totally ignorant of the deterrent effect on potential offenders", og at det af den grund vil være fornuftigt at give individualpræventive hensyn prioritet fremfor generalpræventive, såfremt de kolliderer med disse.⁷⁰⁾

⁶⁷⁾ *SJT* 1953, 449. I note 1 *a. st.*, 440, siger han: "The thesis of the deterrent or moral-building action of the Penal Law in itself is a pure assertion unsupported by evidence." Dette er urigtigt, jfr. Johs. Andersen's i note 71 citerede afhandlinger.

⁶⁸⁾ *Crime etc.*, 11, 17.

⁶⁹⁾ *A. st.*, 17—18 og den udførlige dokumentation i *Social Science etc.*, 301 f.

⁷⁰⁾ *Crime etc.*, 101, jfr. *Social Science etc.*, 252, 336.

De anførte betragtninger om den fornødne kalkulation rammer ikke straffens moralafficerende virkning. Og det er ikke rigtigt, at vi faktisk ingenting ved om generalpræventionens betydning. Jeg kan herom henviser til flere afhandlinger af Johs. Andersen, der på overbevisende måde har peget på iagttagelser og undersøgelser, der tillader os med rimelig sikkerhed at drage slutninger om generalpræventionens eksistens.⁷¹⁾ Heroverfor forekommer også Kinberg's argumenter uden vægt. Det tør vel også siges, at det i dag er den overvejende mening blandt nordiske jurister og kriminalister, at straffens almenpræventive virkning, især som vane- og moraldannende, er en vigtig ting, der på ingen måde må negligeres i kriminalpolitikken.

10. *Resumé.*

Jeg mener i denne afhandling at have godtgjort, at grundtankekerne i den „kamp mod straffen“, der tog sit udgangspunkt i den positive kriminologiske skole, og som stadig har mange tilhængere, især blandt naturvidenskabeligt orienterede eksperter af forskellig art, er uholdbare. Det drejer sig om

(1) den vildfarelse, at moralsk misbilligelse, og straf som udtryk herfor, skulle være uforenelig med videnskabelig tænkning på deterministisk basis, en vildfarelse der skyldes ufordøjet filosofi;

(2) den vildfarelse, at moralsk misbilligelse, og straf som udtryk herfor, skulle være irrelevant når det antages at straffesystemets formål er prævention, en vildfarelse der udspringer af den begrebsforvirrende opfattelse at „prævention“ og „gengældelse“ er alternative formuleringer af straffens formål; og

(3) den vildfarelse, at det skulle være umuligt at formulere og praktisk arbejde med et tilregnelighedskriterium, en vildfarelse der har sin rod i overspændte krav til den erkendelse moral og jura må bygge på.

Men hermed er det naturligvis ikke godtgjort, at det kriminalistiske program, der udtrykkes i kravet om afskaffelse af straf, er forfejlet. Et program kan være godt selv om den begrundelse man har givet for det er dårlig. Men hvis der er hold i de tanker, jeg har fremført, må det være berettiget at forvente en fornyet kriminalistisk principdebat. Og i denne debat bør juristerne ikke lade sig imponere af arrogante „naturvidenskabelige“ påstande om, at moralsk indignation, ansvar, og tilregnelighed er fordomme, der ikke hører hjemme i den fagre ny verden. Og de bør — indtil medicinerne har opfundet effektive antikriminalitets-

⁷¹⁾ „Straff og almenprevensjon“, *TfR* 1966, 1 f.; „Almenprevensjon, illusjon eller realitet?“, *Afhandlinger og foredrag* (1962), 109 f.

pillen — holde fast ved, at det er moralske kræfter, der cementerer samfundet, og derfor den kriminallovgivningen må søge mobiliseret i kampen mod forbrydelsen. Men disse kræfter negligeres eller neutraliseres i samme omfang som forbrydelse identificeres med sygdom. Man møder en bekendt og hører han skal indlægges. Der er noget galt med nyrerne og måske også komplikationer med stofskiftet. Man trøster ham; lægerne er jo så dygtige i vore dage. På tilsvarende måde i Kinberg's og Barbara Wootton's fagre ny kriminalverden: Nu skal han igen „indlægges“, jo, der er vrøvl med noget underslæb, og måske også komplikationer med falsk, og man trøster ham igen, for de er jo så flinke.

Juristerne bør også holde fast ved en moralsk-retlig tanke, der som sådan naturligvis ligger udenfor den medicinske sagkunds-kabs kompetence. Og det er den tanke, som ingen har formuleret med større styrke end Goos: Kravet om skyld, ansvar, tilregnelighed, er borgerens Magna Charta overfor statsmagten. For dette krav ikke blot begrunder, men også begrænser statens ret til at straffe. Hvis dette krav slettes, er individet grænseløst hjemfalden til samfundets tvangsomsorg gennem tidsubestemte behandlinger. Goos troede — ligesom så mange andre — at skyld og ansvar forudsætter en fri vilje i indeterministisk forstand, og lærte derfor at viljesfriheden er et postulat man må klamre sig til „med selvopholdelsesdriftens styrke“. „At fastholde dette postulat er en livsbetingelse for samfundet, når det ikke vil opgive alle de erobringer for en retlig betrygget tilværelse i samfundet for sine medlemmer, som det har kostet mange kampe at vinde. Opgives det, er skråplanet for tilbageskridt til barbariet betrådt, og det vil ubønhørligt medføre tidligere eller senere alle sine værste konsekvenser.“⁷²⁾ Vi kan slette troen på nødvendigheden af viljesfrihedens postulat. Tilbage bliver kravet i retssikkerhedens navn om, at voksne og tilregnelige personer straffes — og ikke prisgives en ubegrænset terapi.

Den ideologi, der ligger bag deisen om „kampen mod straffen“ har i betydelig grad præget den kriminalistiske debat, især i Sverige. Dens indflydelse kulminerede måske i den betænkning om en „skyddslag“ — og altså ikke en straffelov — der i 1956 under Karl Schlyters formandsskab blev afgivet af „strafflagberedningen“⁷³⁾. Ved lovreformen i 1962 blev denne sprogbrug dog ikke fulgt. Der spores, så vidt jeg kan skønne, fra forskelligt hold en tendens til at reagere mod den terapeutiske ideologi og

⁷²⁾ C. Goos, *Den almindelige retslære II* (1892), 618, jfr. 519 f., 610 f.; Alf Ross, *Virkelighed og gyldighed i retslæren* (1934), 339 f.

⁷³⁾ *Skyddslag. Strafflagberedningens slutbetänkande*. SOK 1956: 55.

dens udslag i tidsubestemte, frihedsberøvende domme. Jeg står ingenlunde alene med min skepsis.

Det er velkendt at i Sverige har allerede tidligere forfattere som Lundstedt⁷⁴), Olivecrona⁷⁵) og Ekelöf⁷⁶), i overensstemmelse med deres syn på straffens moraldannende virkning advaret mod at eliminere straffen som udtryk for moralsk misbilligelse og slette skellene mellem tilregnelige og utilregnelige, mellem fængsel og sygehus. I Danmark har Stephan Hurwitz taget klar afstand fra den opfattelse "which compares or even identifies criminality with disease, and the reaction on the part of criminal law with medical treatment."⁷⁷) Han mener at en principiel afvejning af de to modstående grundbetragtninger næppe er mulig med krav på objektiv, videnskabelig gyldighed, men fremholder ud fra praktiske, kriminalpolitiske overvejelser at det, ihvertfald hvad angår forbrydelser af mere oprørende type, er ganske urealistisk at give afkald på at anvende (misbilligende) straffeforanstaltninger eller på at betegne dem som sådanne.⁷⁸) I Norge har Andenæs betonet, at behandling kun i begrænset omfang kan træde i stedet for straf, og peget på det retssikkerhedsproblem, der herved opstår.⁷⁹)

I de senere år har de tidsubestemte domme i stigende grad tiltrukket sig offentlighedens opmærksomhed; og de nyeste tendenser i den kriminalistiske litteratur synes at vende sig imod denne reaktionstype og den behandlingsideologi den udspringer af.⁸⁰)

Alf Ross.

⁷⁴) V. Lundstedt, *Principinledning* (1920), 77; *Till frågan om rätten och samhället* (1921), 94 f.

⁷⁵) Karl Olivecrona, „Straffets vara eller icke vara“, *SJT* 1951, 575 f.

⁷⁶) Per Olof Ekelöf, *Straffet, skadeståndet och vitet* (1942), 66; „Om rätt och moral“, *SJT* 1948, 275 f., 281.

⁷⁷) „Criminality and Pathology“, *Acta Psychiatrica et Neurologica* (1946), 375 f.

⁷⁸) „Om afskaffelse af straf“, *Festskrift tillägnad Karl Schlyter* (1949), 216 ff. Se også *Den danske kriminalret. Almindelig del* (4. udg.), § 13.

⁷⁹) Johs. Andenæs, *Almindelig strafferett* (1956), 86 f., 88.

⁸⁰) Se fx Inkeri Anttila, „Konservativ och radikal kriminalpolitik i Norden“, *NTfK* 1967, 237 f., 239, 243; Erik Christensen, „Skyld og straf“ i Stig Jørgensen m. fl., *Skyld og ansvar* (1967), 79 f., 96; E. Hoeck-Gradenwitz, „Kriminalpolitik ud fra socialpsykologiske synspunkter“, *NTfK* 1968, 40 f., 43, 45, 47, 51; Alvar Nelson, „Rättssäkerheten och individen“ i antologien *Brott och straff* (1966), 34 f.