

## Principerna för custodia honesta.<sup>1)</sup>

Av jur. stud. ARNOLD SÖLVÉN.

Den vetenskapliga diskussionen kring *custodia honesta* återspeglar skarpt den motsättning mellan subjektiv och objektiv straffteori, vars utjämning bildar straffrättens dogmhistoriska centralproblem. I sin moderna gestaltning utgör ju också straffarten den hitintills kanske radikalaste utformningen av individualiseringsprincipen, i det att analysen av det subjektiva brottsrekvisitet här drivits över på det individuetiska området till en etisk kvalitetsprövning av sinnelag och motiv såsom kausala psykiska faktorer. Den fråga det gäller är om och, i så fall, i vad avseende och i vilken mån straffet kan och bör utformas med hänsyn till den etiska kvaliteten av gärningsmannens sinnelag och motiv.

Gällande Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1870) upptar i § 20. följande stadgande:

»Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft<sup>2)</sup> gestattet, darf auf Zuchthaus nur dann erkannt werden, wenn festgestellt wird, dass die strafbar befundene Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist.«

Vid alla brott, där dylikt alternativt straffbeläggande är tillåtet — en del politiska förbrytelser — fordras sålunda

---

<sup>1)</sup> Föreliggande uppsats återger i sammandragen form en vid professor Wetters straffrättsseminarium ventilerad uppsats. Av utrymmesskäl måste här uteslutas såväl en inledande undersökning av de straffrättsliga motiv- och sinnelagsbegreppen som en översikt över *custodia honesta*-problemet behandlings i litteraturen.

<sup>2)</sup> *custodia honesta*.

enligt § 20 ett fastställande av huruvida den straffbara handlingen är framsprungen ur ett vanärande sinnelag (ehrlose Gesinnung). Fastställes det, att handlingen icke framgått ur ett dylikt sinnelag, kan endast dömas till Festungshaft. (Vid motsatt resultat av bedömandet kan domaren ådöma tukthus — och med den legislativa grundtanke, som uppbär stadgandet, överensstämmer naturligtvis, att han även gör det — men har enligt paragrafens formulering även i detta fall möjlighet att döma till Festungshaft). Den legislativa grundtanke, som är uttryckt i Str. G. B. § 20, är även upptagen i den gällande norska strafflagen (1902) och där principiellt genomförd för hela brottsområdet, i det att denna strafflags hefte (*custodia honesta*) enligt § 24 kan generellt ådömas i stället för det ordinära frihetsstraffet, fængsel, därest särskilda omständigheter göra det antagligt, att handlingen icke är framsprungen ur ett »fordærvet sindelag«. På motsvarande sätt göra de flesta strafflagar, vilka upptaga *custodia honesta*, straffartens ådömande beroende av sinnelagets etiska kvalitet. Den svenska strafflagskommissionens Förslag till strafflag, Allmänna delen (1923) ansluter till samma princip; förslaget utesluter från tillämpningen av *custodia honesta* den, »som genom brottet ådagalagt ett oärligt eller eljest ohederligt sinnelag« (9 kap. 3 §). Straffarten, som i förslaget benämnes arrest, är enligt motiven (s. 252) »avsedd endast för brott, som icke i någon mån kunna anses innesluta ett vanhederligt element, . . . för sådana brottslingar, vilkas brott icke framsprungit ur ett vanhedrande sinnelag utan antingen äro etiskt färglösa eller rent av härflutit ur ideella motiv«, och »bör icke innefatta någon etisk förkastelsedom över gärningen«.

Med modärn rättsåskådning låter det sig icke förena att över huvud lämna det etiska värdedömet obeaktat inom straffrätten. Icke ens från sträng allmänpreventionsståndpunkt torde kravet på ett legislativt beaktande av sinnelagets etiska kvalitet avvisas, i vad det avser straffmättets

nyanserande. Det är först vid utsträckandet av detta krav att avse även valet av straffart meningarna gå isär. Ett principiellt ställningstagande till *custodia honesta* är emellertid härvid beroende av, huruvida för fastställandet av det subjektiva moment, om vars legislativa beaktande är fråga — sinnelagets etiska kvalitet — en enhetlig och allmän-giltig norm kan uppvisas.

Att såsom *Allfeld*<sup>1)</sup> förlägga det primära etiska bedömandet till motiven och låta dessas hederlighet eller ohederlighet, oberoende av sinnelagets beskaffenhet, bli normerande för valet av straffart, synes mig uppenbart oriktigt. Med *Allfelds* anslutning till definitionen av motivet såsom föreställning kan det över huvud aldrig bli tal om ett isolerat bedömande av motivet ur etisk synpunkt. Föreställningen saknar i sig varje förhållande till sedliga normer. Etiskt karakteriseras motivet först genom en jämförelse med individens allmänna, konstanta viljeriktning. Om man i likhet med *Allfeld* fränkänner denna, alltså sinnelaget, all normerande betydelse för motivvärderingen, återstår att förklara, varpå man sedan har att grunda denna. För övrigt kan det in casu vara förenat med utomordentliga svårigheter att fastställa en handlings motiv, särskilt med hänsyn därtill, att det aldrig är fråga om ett enhetligt utan om en serie motiv, vilkas inbördes kausala funktion undandrar sig mänskligt bedömande.

Såsom endast episodiskt, för det konkreta brottet speciellt verksamt kausalitetsmoment kan motivet över huvud icke göras till föremål för en isolerad sedlig värdering. Objekt för en sådan värdering kan endast vara gärningsmannens sinnelag, hans konstanta, i förhållande till »den allmänna etiska åskådningen« bestämda viljeriktning. Endast ytterst sällan låter sig en brottslings motivläge klarläggas omedelbart; i de flesta fall kan det framkonstrueras endast

---

<sup>1)</sup> *Philipp Allfeld*, Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform IX, Leipzig 1909.

ur karaktär och miljö. Det förefaller, som *Mayers*<sup>1)</sup> psykologiska klarsyn på denna punkt svikit honom, då han vill göra gällande, att en omedelbar motivprövning för domaren ställer sig lättare än ett bedömande av karaktären, emedan motiven i motsats till karaktären falla inom gärningsmannens medvetande. Det är svårt att inse, varför detta förhållande skulle vara ägnat att underlätta motivens utforskande. Det synes tvärtom ägnat att i hög grad försvåra detta. Just det faktum, att gärningsmannen, och han ensam, »känner» sina motiv, möjliggör ju en skärpt självkontroll å hans sida under brottsutredningen, i vilken hans starkaste intresse ofta nog är de faktiska motivens hemlighållande.

Väsentligt lättare ställer sig bedömandet av karaktär och sinnelag. Hållpunkter för ett sådant bedömande erbjuda brottets egen natur, sättet för dess utförande, gärningsmannens antecedentia, hans allmänna vandel, vittnenas utsagor och icke minst domarens eget omedelbara intryck av den brottsliges person.

Också om sålunda erkännes, att principiellt endast sinnelaget kan av domaren göras till föremål för en självständig etisk värdering — och att motiven i etiskt avseende karakteriseras först i relation till och i mån av egenskapen av symptom på detsamma — så är därmed visserligen fastställt objektet men ingenting utsagt angående normen för en dylik värdering. *Van Calker*<sup>2)</sup> söker denna norm i »den allmänna etiska åskådningen inom rättsgemenskapen». Vanärande sinnelag betyder alltså enligt honom — då »ära» här endast kan komma i betraktande i den betydelse den tillkommer varje medlem av rättsgemenskapen, som på grund av ett mot rättsliga och sedliga normer svarande

<sup>1)</sup> *M. E. Mayer*, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, Leipzig 1901.

<sup>2)</sup> *Van Calker*, Strafrecht und Ethik, Leipzig 1897, och Die Bestimmung der Strafart nach der Gesinnung, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil III.

personligt förhållande åtnjuter social aktning — en i brottet manifesterad konstant viljeriktning, ägnad att ådraga gärningsmannen de i rättsgemenskapen ingående individernas missaktning. Härvid kan man emellertid icke stanna. Då *van Calker* uppställer »den allmänna etiska åskådningen» såsom norm, förutsätter han just det, som skulle uppvisas: allmängiltiga etiska värdeomdömen.

De etiska värdeomdömenas relativitet framträder särskilt skarpt i förhållandet mellan olika kulturskeden. Med den sociala och kulturella utvecklingen omgestaltas även de etiska begreppen. Varje sedlig värdering är bunden vid härskande, av den bestående samhälls- och kulturformen bestämda etiska åskådningar. Ingenting bekräftar detta tydligare än straffrättens egen utvecklingshistoria.

Men även inom en och samma kulturepok och en och samma kulturkrets är det omöjligt att fastställa några absoluta etiska värderingar. Även här framträda dessa värderingar såsom en avspeglning av sociala och kulturella fakta. Särskilt tydligt avteckna sig divergenserna i det moderna samhället med dess av individualismen och industrialismen i samverkan utformade struktur, dess på alla områden skärpta idé- och intresse-motsättningar. Med eminent styrka göra sig dessa motsättningar gällande på det politiska området — det karakteristiska tillämpningsområdet för en *custodia honesta*. En värdering ur etisk synpunkt av den politiske förbrytarens sinnelag måste ofrånkomligt influeras av domarens egen politiska åskådning, utslagsgivande blir dennes egen värdering av de genom brottet angripna intressena. *Guckenheimer*<sup>1)</sup> har förebragt en rad belysande och ovedersägligt övertygande rättsfall ur tysk praxis från såväl den gamla överhellsstatens som den unga folkstatens tid. Man kan inte avfärda kritiken därmed, att faran för en differentiering efter politiska synpunkter vore begränsad till politiskt upprörda skeden. Det

<sup>1)</sup> *Ed. Guckenheimer, Der Begriff der ehrlösen Gesinnung im Strafrecht. Hamburg 1921.*

är ju först då frågan blir på allvar aktuell! Och det vittnar om en tyvärr endast alltför ogrundad tilltro till den mänskliga förmågan av självövertvinnelse att inbilla sig, att ens under normala politiska förhållanden domaren vore mäktig ett lidelsefritt bedömande av en politisk förbrytares sedliga valör. På motsvarande sätt saknas även med avseende å andra, principiellt inom tillämpningsområdet för en *custodia honesta* fallande brottsgrupper (t. ex. dödande på begäran, hädelse, duell) möjlighet till en enhetlig etisk värdering. Även här är domaren bunden av sin subjektiva värdering, vare sig denna i det särskilda fallet bestämmes av religiösa eller konventionellt-moraliska synpunkter. Att med *Thyrén*<sup>1)</sup> normera bedömandet efter gärningsmannens genom brottet manifesterade egoism resp. altruism skulle — även förutsatt en enhetlig uppfattning om vad som *in casu* vore att anse som altruism — konsekvent leda till att en »altruist« kunde utan att fränkännas etisk oklanderlighet angripa de vitalaste samhällsintressen. Att här söka en kompromiss i *Liepmanns*<sup>2)</sup> »avvägning« av det hävdade med det angripna intresset och den sålunda bestämda intressedivergensens subjektiva avspegling i gärningsmannens medvetande är ogörligt. Efter vilken måttstock skall denna »objektiva« avvägning ske? Efter »den allmänna etiska åskådningen«? Vad är den allmänna etiska åskådningen? Cirkeln sluter sig, vi äro tillbaka vid den ursprungliga frågeställningen.

Insikten om att vi sakna varje enhetlig, allmängiltig norm för en etisk värdering av sinnelaget, att en dylik värdering i allmänhet och beträffande de typiska — politiska — brotten i synnerhet måste bli subjektivt färgad och rättstillämpningen inom det ifrågakommande brottsområdet därmed oenhetlig och godtycklig, leder nödvändigt till ett avvisande av den etiska kvaliteten såsom principiell synpunkt för en särbestraffning av hithörande brott.

<sup>1)</sup> Principerna för en strafflagsreform, Lund 1910.

<sup>2)</sup> *Moritz Liepmann*, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900.

Men även förutsatt en enhetlig värderingsnorm skulle en undantagsreglering av de brottsgrupper, det här gäller, ur denna synpunkt möta allvarliga betänkligheter. En differentiering av förbrytarna med hänsyn till deras sedliga valör betyder just ur sedlig synpunkt ett ödesdigert missgrepp, i det att därigenom — alldeles oavsett graden av samhällsfarlighet — åt en minoritet ofrånkomligt förlänas rentav en moralisk utmärkelse, medan massan av förbrytare utlämnas åt en moralisk lynchjustice. Med den moderna deterministiska uppfattningen av brottets väsen står en dylik differentiering icke i samklang. Och den betyder även ett kriminalpolitiskt missgrepp: den brottsliges upprättelse och återinträdande i samhället måste möta väsentligt större svårigheter, därest hans gärning uttryckligen sättes i samband med etisk mindervärdighet och straffdomen därmed gives karaktären av förkastelsedom också över hans sedliga människa.

Den föregående kritiken har alltså givit till resultat ett principiellt underkännande av det etiska värdeomdömet såsom norm för valet av straffart. *De lege ferenda* utmynnar följaktligen denna kritik för svensk rätts vidkommande i ett avvisande av varje *custodia honesta* av den principiella karaktär, arresten givits i strafflagskommissionens förslag till strafflag. I motiven ävensom i *Thyréns* för förslaget programmatiska framställning i Principerna för en strafflagsreform och i inledningen till Utkast till strafflag, Allmänna delen göres tillämpningen av arreststraffet direkt beroende av en etisk värdering av gärningsmannens sinnelag. Arresten är avsedd

»för sådana brottslingar, vilkas brott icke framsprungit ur ett vanhedrande sinnelag utan antingen äro etiskt färglösa eller rent av härflutit ur ideella motiv. Även i dylika fall innefattar gärningen visserligen ett angrepp på ett intresse, som åtminstone från den bestående rättsordningens synpunkt ansetts förtjäna straffskydd. Staten måste därför reagera mot angreppet och reagera med desto strängare straff, ju större samhällsfarlighet angreppet utvisar. Men detta straff bör icke innefatta någon etisk

förkastelse dom över gärningen. Att i dylika fall använda samma straffart som för brott, vilka framsprungit ur ett fördärvat eller rentav ärelöst sinnelag, innebär ur individualpreventiv synpunkt en oriktig och orättvis behandling av brottslingen. Ur allmänpreventiv synpunkt är förfarandet lika förkastligt. Det verkar förvirrande på den allmänna rättsuppfattningen genom att utjämna motsatsförhållandet mellan den hederlige och den ohederlige; därigenom förlorar straffet lätteligen något av sin inneboende förmåga att i fall, då så är önskvärt, stämpla den dömda såsom förbrytare«.

I kommissionens lagförslag, avdelningen om bestämmande av straff och skyddsåtgärd, 9. kap., § 3 har principen för arreststraffets tillämpning föreslagits erhålla följande legala uttryck:

»Till arrest enligt denna lag må den ej dömas, som genom brottet ådagalagt ett oärligt eller eljest ohederligt sinnelag.«<sup>1)</sup>

Någon tolkning av uttrycket »oärligt eller eljest ohederligt sinnelag« ger förslaget icke. Att kommissionen skulle vågat ge sig i kast med den ännu av lagstiftare såväl som av teoretiker olösta uppgiften att ge en »begreppsbestäm-

<sup>1)</sup> Vad man vid en jämförelse med Str. G. B. § 20 närmast fäster sig vid är, att förslaget tagit avstånd från den fakultativa princip, som är grundläggande för den tyska strafflagens reglering av *custodia honesta*. Enligt Str. G. B. § 20 göres ju tillämpningen av Festungshaft icke, såsom i förslaget arrest, beroende av ett positivt fastställande av gärningsmannens icke vanärande sinnelag utan kan enligt paragrafens formulering efter omständigheterna *in casu* inträda även vid brott, framsprungna ur ett såsom vanärande fastställt sinnelag. Det svenska förslaget ansluter i stället till den princip, som ligger till grund för det tyska strafflagsutkastets 1919 reglering av straffarten och i utkastets § 107, mom. 2 erhållit följande avfattning:

»Wo das Gesetz Einschliessung und eine andere Freiheitsstrafe zur Wahl stellt, darf das Gericht auf Einschliessung nur erkennen, wenn die Tat nicht auf ehrloser Gesinnung beruht.«

Den förvanskning av straffartens principiella karaktär, som ligger i möjligheten till fakultativ tillämpning av *custodia honesta* även vid fall av vanärande sinnelag, är här förebyggd. Då det svenska förslaget härutinnan ansluter till utkastet, betecknar detta följaktligen, från kommissionens utgångspunkter, ett konsekvent genomförande av den princip, på vilken man byggt arreststraffet.



ning« hade ju varit otänkbart. Men obilligt hade det inte varit att begära, att man åtminstone sökt ge några allmänna riktlinjer och hållpunkter för bedömandet av gärningsmannens »oärlighet« eller »ohederlighet«. Troligen har man inför omöjligheten av en definition resignerat i den stilla förhoppningen, att detta förhållande icke komme att utesluta, att domaren i det särskilda fallet skall kunna bilda sig en ganska bestämd uppfattning om den anklagades sedliga halt. Hurupass grundad denna optimism i själva verket är, visar bäst *Guckenheimers* ovan nämnda undersökning av tillämpningen av Str. G. B. § 20 i tysk praxis, av vilken framgår, att i fullkomligt analoga fall av politiska förbrytelser frågan om gärningsmannens sedliga valör besvarats helt olika alltefter domarens personliga politiska ståndpunkt och värdering av angreppsobjektet.

Så mycket framgår dock av förslaget, att kommissionen med kravet på »ett icke oärligt eller eljest ohederligt sinne-lag« icke förstår *Thyréns* fordran på »en i juridisk mening fläckfri karaktär«, alltså icke från arrestens tillämpning utesluter inculpater, vilka förut varit dömda till ordinärt frihetsstraff. I motsats till *Thyrén*, som i en dylik begränsning ser rentav förutsättningen för att arresten skall kunna fullfölja sitt syfte »att på allvar åstadkomma ett icke vanhedrande frihetsstraff«, har kommissionen »funnit det innebära onödig stränghet att uppställa ett dylikt villkor. Därav att brottslingen förut undergått straff av nämnda art kan man icke draga några bestämda slutsatser angående motiven till det nya brottet, utan dessa böra prövas i varje särskilt fall«. Kommissionens ståndpunkt är otvivelaktigt den riktiga, dess motivering för densamma däremot mindre träffande. Bortsett från det oegentliga att här tala om de slutsatser angående motiven till det senare brottet, vartill den tidigare brottsligheten kan eller icke kan föranleda, bör det framhållas, att denna tidigare brottslighet ingalunda kan fränkännas betydelse för ett senare brottsfalls bedömande. I samma mån den kan anses symptomatisk i

förhållande till gärningsmannens sinnelag, måste den tvärtom tillmätas den största betydelse för »den etiska värderingen«. Att den å andra sidan icke a priori utesluter tillämpningen av *custodia honesta*, grundar sig naturligtvis därpå, att den — såsom t. ex. ifråga om affektbrott, nödbrott o. d. — i många fall saknar symptomatisk betydelse.<sup>1)</sup>

Lika litet som förslaget uppställer någon norm för fastställandet av gärningsmannens »icke oärliga eller eljest ohederliga sinnelag»<sup>2)</sup> — alltså ger vid handen, huruvida för bedömandet skall vara normerande omgivningens värdering, den brottslikes eget pliktmedvetande eller eventuellt någon annan måttstock — lika litet anger det, efter vilka positiva synpunkter, man har att bestämma den värdering

<sup>1)</sup> Det sagda gäller även om kommissionens motivering för den föreslagna regleringen av det fall, att vid brottskonkurrens något av de sammanträffande brotten är av natur att kunna föranleda arrest. I förslagets 11. kap. § 2 stadgas för detta fall, att därest av de övriga brotten något är i lagen belagt med straffarbete eller fängelse och ej enligt lag kan straffas med arrest eller med böter, arrest ej må ådömas såsom gemensamt straff, i överensstämmelse varmed i 12. kap. § 3:2 för fall av sammanträffande av arreststraff med förut ådömt men ännu ej till fullo undergånget omedelbart fängelsestraff resp. omedelbart fängelse med förut ådömd men ej till fullo undergången arrest stadgas, att det sammanlagda straffet skall — som regel — utgöra fängelse. Vilken motivering man än vill ge en enhetlig reglering av dessa fall, principiellt ohållbar är den av kommissionen presterade, att brottslingen genom det ordinära brottet »visat en sinnesbeskaffenhet av sådan art, att därav väl motiveras» det sammanlagda straffets utmätande i resp. arreststraffets förvandling till fängelse; att förbrytaren genom att ha gjort sig »skyldig till ett brott, för vilket han funnits förtjäna fängelse och icke arrest... icke kan sägas vara till hela sin sinnesbeskaffenhet av den moraliskt oförvitliga beskaffenhet, som ensam motiverar användandet av arreststraff». Presumtioner som dessa sakna varje grund. Alla slutsatser måste i detta fall grundas uteslutande på bedömandet *in casu* av sinnelagets andel i det ifrågavarande ordinära brottet.

<sup>2)</sup> Språkligt sett ter sig kommissionens ordval mindre lyckat, då det mindre för tanken på den etiska kvaliteten av det sinnelag, varur brottet framsprungit, än på sättet för brottsförverkligandet. Ur principiell synpunkt hade »oklanderligt», »icke förkastligt» eller »icke vanhederligt sinnelag» varit en adekvatare terminologi.

utöver fastställandet av »ett icke oärligt eller eljest ohederligt sinnelag«, som för tillämpningen av arrest erfordras. Ty det är ju icke så, att redan detta fastställande är tillfyllest. Det är att märka, att ehuru kommissionen tagit avstånd från den fakultativa princip, varpå Str. G. B. § 20 bygger och enligt vilken domaren även vid fastställt vanärande sinnelag har möjlighet att ådöma endast Festungshaft, domaren enligt kommissionens förslag, enligt avfattningen av 9:3, har möjlighet att å andra sidan fakultativt ådöma ordinärt frihetsstraff även för brott av fastställt »icke oärligt eller eljest ohederligt sinnelag«. För sitt val kommer domaren härvid att sakna varje legal vägledning.

»Beträffande arrestens användningsområde med hänsyn till de särskilda brottsarterna«, heter det i motiven »intaga både det förberedande utkastet och kommissionens förslag den ståndpunkten, att arrest skall kunna användas endast i särskilda fall, som finnas utsatta i strafflagens speciella del. Man har sålunda icke följt den norska strafflagens föredöme att medgiva domaren rätt att vid vilket brott som helst utbyta det ordinära frihetsstraffet mot arrest, om blott det allmänna villkoret angående hederligt sinnelag är uppfyllt. Visserligen är det tänkbart, att även ett i regel så vanhedrande brott som t. ex. stöld kan begås av ideella motiv, men att i dylikt fall använda arreststraff skulle dock så föga harmoniera med nämnda brotts vanliga karaktär, att arrestens egenskap av *custodia honesta* komme att inför den allmänna åskådningen förvanskas . . . Kommissionen vill dock i detta sammanhang såsom sin mening uttala, att arrestens användning ingalunda bör inskränkas till politiska brott eller ens till åsiktsförbrytelser, utan bör utvidgas till alla brott, som i typiska fall äro av den natur, att brottets begående icke behöver ådagalägga ett ohederligt sinnelag. Då emellertid jämväl förbrytelser, vid vilka man i regel är berättigad att presumera ett hederligt sinnelag, undantagsvis kunna härflyta ur ohederliga motiv . . . bör arrest aldrig uppställas såsom ensam straffart, utan endast alternativt med vanligt frihetsstraff.«

På denna motivering grundar sig stadgandet i lagförslagets 7. kap., § 4, första stycket.

»Arrest kan i särskilda fall, som i lagen äro utsatta, ådömas i stället för straffarbete eller omedelbart fängelse.«

Från kommissionens egen principiella ståndpunkt be-tecknar denna begränsning av användningsområdet en iögonenfallande inkonsekvens. Genom arrestens begränsning till vissa legalt fixerade brottstyper, på det sätt kommissionen föreslår, förfuskas arrestens egen idé, som ju är att utforma ett straff, vilket för sin tillämpning vore uteslutande beroende av den etiska kvaliteten av gärningsmannens sinnelag såsom sådant, alldeles oavsett i vilken objektivt samhällsfarlig riktning det producerat sig.

Kommissionen erkänner möjligheten av hederligt sinnelag vid icke-typiska brott likaväl som möjligheten av ohederligt sinnelag vid typiska brott. Den har emellertid dragit konsekvensen av endast det senare erkännandet och med hänsyn därtill aldrig uppställt arresten såsom ensam straffart utan genomgående endast alternativt med ordinärt frihetsstraff. D. v. s. det ankommer i sista hand även i typiska fall icke på presumptionen utan på domarens omedelbara prövning av det konkreta brottsfallet. Men vad har man under sådana förhållanden vunnit med presumptionen? Vad beträffar de typiska brotten givetvis ingenting. Det gäller ju med avseende å dem ingenting annat än vad även presumptionen förutan men med en generellt genomförd alternativitet skulle gälla. Presumptionen måste alltså få sin förklaring icke ur synpunkten av de brott, den gäller, utan ur synpunkten av dem, den icke gäller, och vi äro alltså hänvisade att här anlägga samma synpunkt, vilket är detsamma som att till granskning uppta kommissionens sats, att genom åt domaren lämnad »rätt att vid vilket brott som helst utbyta det ordinära frihetsstraffet mot arrest . . . dennas egenskap av *custodia honesta* komme att inför den allmänna åskådningen förvanskas«.

Vad betyder i detta sammanhang »förvanskas«? Det hade inte varit ur vägen, att kommissionen på denna punkt motiverat sin motivering. Skall uttrycket vara liktydigt med att genom arrestens utsträckning till även icke-typiska brott den sociala honnören för gärningsmannens

förnäma sinnelag skulle bli mindre stram? Dess värde skulle alltså vara beroende av snävheten av de gränser, lagen genom sina presumtioner uppdragit, av dess exceptionalitet i denna mening. Det synes mig dock vittna om en alltför ogrundad tilltro till lagbudets förmåga att såsom sådant — oberoende av dess effektuerande i praxis — påverka den allmänna åskådningen. För denna är upprätthållandet av arrestens karaktär av *custodia honesta* naturligtvis betingat av exceptionalitet i tillämpningen. Att faktiskt frekvensen av detta straff kommer att bli starkare vid de typiska brotten, är ju ingen anledning att fastlåsa det vid dessa brott, utan tvärtom, vill det synas, i allra högsta grad en anledning att icke göra det.

Det är icke i en generell alternativitet, faran för arrestens förvanskning ligger, utan tvärtom i begränsningen till särskilda brottstyper.<sup>1)</sup> Genom en dylik begränsning avskäras möjligheterna till individualisering. I den allmänna åskådningen träder den individuella brottslingen i bakgrunden för brottstypen, som kommer att såsom sådan intaga en privilegierad, ja idealiserad särställning.

Ur allmänpreventiv synpunkt vore detta förhållande ägnat att väcka de allvarligaste betänkligheter, allvarligare ju flera brottstyper man läte presumtionen omfatta. Det måste nödvändigt förläna den i straffbudet uttryckta samhällsvärderingen en vagare karaktär och leda till att straffbudet förlorar i sin allmänpreventiva effektivitet och blir ur stånd att fullfölja sin uppgift att markera graden av det sociala ogillandet och ge konsistens åt de moraliska föreställningar, som bestämma detta ogillande. Långt ifrån att förringas genom en hänvisning till den särställning, de typiska brotten intaga, kommer faran av en sådan avtrubning av straffets allmänpreventiva verkningsförmåga

<sup>1)</sup> Bortsett från den ödesdigra förvanskning som låge i presumtionens utsträckande — i enlighet med förslaget — att utöver brott, som härflutit ur »ideella motiv«, omfatta även vad kommissionen kallar »etiskt färglösa« brott, alltså flertalet rent culposa förbrytelser.

att genom en dylik hänvisning endast ytterligare framhävas. Ty det är ju ingalunda så, att samhällsfarligheten vid dessa brott är av lägre grad än med avseende å brott i allmänhet. (Det är att märka, att arrest enligt förslaget kan utdömas på livstid). Om man nu, såsom med arreststraffet åsyftas, vill tillskapa ett straff, där det gäller att förena hänsynstagandet till gärningsmannens sedliga valör med de allmänpreventiva hänsynen till ett stämplande av handlingstypens samhällsfarlighet, borde det vara givet, att varje legal presumtion angående brottsartens typiska särställning — uttryckt genom en till brottsbeskrivningen knuten regel om arrest såsom alternativ till det strängare ordinära frihetsstraffet — måste verka försvagande på straffbudets manifestation av det sociala ogillandet och därmed på dess förmåga att motverka mot det skyddade intresset riktade brottsimpulser.

»Har man genom införandet av en *custodia honesta*«, heter det i motiven, »berett möjlighet att vid straffets bestämmande göra en skarp skillnad mellan, å ena sidan, brott, som icke framsprungit ur ett ohederligt sinnelag, och, å andra sidan, den stora huvudmassan av brott, som härflutit ur moraliskt förkastliga motiv, finnes ingen anledning att uppdelat det för sistnämnda brott avsedda ordinära frihetsstraffet i två delvis jämnlöpande arter. Såsom skäl för en dylik anordning plägar anföras, att densamma möjliggör en noggrannare individualisering av straffet efter brottens och brottslingarnas olika natur; genom att utdöma ett kortvarigt frihetsstraff i en strängare straffart kan domstolen stämpla ett visst fall såsom särskilt vanhederligt och omvänt genom att använda den mildare straffarten förklara, att ett lindrigare fall föreligger. Ett dylikt resonemang kan hava sitt berättigande med avseende på straffsystem, som icke uppställa en *custodia honesta*«.

Förslaget slopar alltså den tidigare parallellismen straffarbete-fängelse med motivering, att den relativa *custodia honesta*, ett härvid ådömt fängelsestraff innebure, i och med arrestens införande komme att sakna kriminalpolitisk betydelse. Argumenteringen låter bestickande, men är ohållbar. Med förslagets begränsning av användningsområdet för arrest kommer för en mängd, kanske flertalet av de brott,

vid vilka nu tack vare parallellismen mellan straffarbete och fängelse en efter moraliska synpunkter individualiserad strafftillämpning är möjlig, en dylik individualisering att bortfalla. Slopandet av det gällande systemet hade varit berättigat endast under förutsättning av en generellt tillåten alternativ tillämpning av arreststraffet.

Från kommissionens ståndpunkt till *custodia honesta* är den konsekventa regleringen av användningsområdet den av norska strafflagen genomförda: en hela brottsområdet omfattande alternativitet.

\*

Det senaste tyska strafflagsutkastet (1925) upptager i § 71 följande stadgande:

»An Stelle von Zuchthaus und Gefängnis tritt Einschliessung von gleicher Dauer, wenn der ausschlagende Beweggrund des Täters darin bestand, dass er sich zu der Tat auf Grund seiner sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung verpflichtet hielt.«

Einschliessung inträder alltså genomgående i stället för tukthus och fängelse i de fall, då den för gärningsmannen utslagsgivande bevekelsegrunden bestått däri, att han på grund av sin sedliga, religiösa eller politiska övertygelse ansåg sig förpliktad till gärningen. Straffartens tillämpning göres alltså icke — såsom f. n. ifråga om Festungshaft — beroende av den nödvändigt subjektiva etiska värderingen av gärningsmannens sinnelag utan av ett objektivt fastställbart psykologiskt läge. Övertygelseförbrytaren — heter det i motiven — skiljer sig som skarpt markerad typ från de vanliga förbrytarna. Dessa kunna överbevisas om sin brottslighet, ofta genom brottens egen logik. Tjuven eftersträvar för egen del den äganderätt, som han angriper hos en annan, förfalskaren vill åt de förfalskade handlingarna förskaffa samma offentliga förtroende, som han genom sin förfalskning rubbar; båda bejaka principiellt de angripna intressenas skyddsvärdighet och positiva straffskydd och ha följdriktigt ingen anledning att beklaga sig om detta straffskydd också vänder sig mot

dem själva. Den vanlige förbrytaren står i motsägelse till sig själv; som företrädare för hans eget bättre jag är det staten i straffdomen träder emot honom. Övertygelseförbrytaren åter kan icke vederläggas utifrån sig själv, han representerar en från den härskande rättsåskådningen avvikande övertygelse. Staten må med all kraft bekämpa honom såsom sin motståndare, den kan icke stämpla och vilja förbättra honom såsom sedligt undermålig. Gentemot de ordinära frihetsstraffen karakteriseras *Einschliessung* därav, att den icke fullföljer något som helst förbättringssyfte.

Att straffarten icke för sin tillämpning är beroende av en etisk värdering av gärningsmannens sinnelag utan av ett rent kriminalpsykologiskt fastställande, betonas även av *Radbruch*<sup>1)</sup>. Han betraktar övertygelseförbrytaren såsom en kriminalpsykologisk typ, lika iögonenfallande som tillfällighets- eller vaneförbrytaren. Det är därför icke ur synpunkten av någon hans etiska särbeskaffenhet, som övertygelseförbrytaren skall bli föremål för en särskild behandling, utan ur rent kriminalpolitisk synpunkt, den nämligen, att vissa straffändamål såsom mot honom ojämliga måste utmönstras. Övertygelseförbrytaren kan man måhända övertyga om ett bättre men aldrig »förbättra». Förbättring likaväl som vedergällning förutsätter, framhåller *Radbruch*, en sedlig överlägsenhet hos den straffande staten gentemot den brottslige, men övertygelseförbrytaren vare sig tarvar förbättring eller förskyller vedergällning. Han är en oliktankande, som kan vederläggas eller icke vederläggas, en motståndare till den bestående sedliga, religiösa eller politiska ordningen, vilken dennas väktare väl må i självhävdelsens intresse bekämpa men icke egenrättfärdigt underkasta sina förbättrings- eller vedergällningsnormer.

Särbehandlingen av övertygelseförbrytarna måste emellertid, utvecklar *Radbruch* vidare, strängt hållas inom sina

<sup>1)</sup> Der Überzeugungsverbrecher, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XLIV, s. 34 ff.



gränser. Visserligen bör den utsträckas att utöver de politiska förbrytarna avse även förbrytare av sedlig eller religiös övertygelse. Men å andra sidan vidkännes begreppet övertygelseförbrytare en bestämd avgränsning genom fordran på en pliktövertygelse, verksam såsom utslagsgivande motiv. En gentemot härskande värderingar och rättsföreställningar tillkämpad och fasthållen övertygelse är icke ett stundens verk utan resultatet av allvarligt arbete och en stark karaktär. Konflikten mellan rättsbud och övertygelse får relevans, endast där den senare framstår såsom en pliktövertygelse av utslagsgivande motivkraft.

Det är nu enligt min uppfattning utmed denna linje, vi ha att söka en lösning av problemet. Icke ur etisk utan ur kriminalpolitisk synpunkt är det, som en särbestraffning av övertygelseförbrytarna låter sig motiveras. Avgörande är insikten om det ordinära frihetsstraffets kriminalpolitiska ineffektivitet i fråga om hithörande brottslingskategorier. Med den i brottet manifesterade sedliga, religiösa eller politiska övertygelsens subjektiva pliktkaraktär har domaren att räkna, icke såsom objekt för en sedlig värdering utan såsom kriminalpsykologiskt faktum.

Vid fastställandet av en handlingens pliktkaraktär begränsar sig bedömandet till en given konkret brottsituation och dess psykologiska avspegling hos gärningsmannen. Utom en bestämd precisering av materialet för domstolens prövning betyder detta framför allt, att för själva denna prövning inga andra normer behöva läggas till grund än de, som redan nu gälla för tillräknandet. I och med det etiska värdeomdömet åter införes i bedömandet en helt ny princip. Ehuru redan den omständigheten, att vid en etisk värdering av gärningsmannen domaren inte kan begränsa sig till den konkreta brottsituationen utan måste utsträcka bedömandet till brottslingens sedliga människa över huvud — d. v. s. till ett material, som praktiskt taget undandrar sig varje begränsning — är ägnad att fränkänna det etiska värdeomdömet straffrättslig betydelse, är denna

omständighet icke i första hand utslagsgivande. Utslagsgivande är den vunna insikten om det etiska värdeomdörets nödvändiga subjektivitet. Det är visserligen sant, att även för den psykologiska analys, som fastställandet av en handlings plikt-karaktär förutsätter, domaren saknar vetenskapliga normer och är hänvisad till analogislut utifrån sitt eget själsliv. Men detta gäller ju ö. h. fastställandet av det subjektiva rekvisitet. Det rör sig dock här inte — såsom ifråga om det etiska värdeomdömet — om knäsättandet av en ny utan om vidareutveckling av en hävdvunnen och obestridd straffrättslig princip, objektiv, så långt en psykologisk metod ö. h. kan tillerkännas objektivitet. Att den, just såsom hänförande sig till psykologiska förhållanden, måste umbära den exakthet som anses tillkomma t. ex. en naturvetenskaplig princip, utesluter inte, att den kan vara kriminalpolitiskt tjänlig.

Fastställandet av en handlings plikt-karaktär innebär rekonstruktionen av en viss psykologisk situation och ett visst i denna utlöpande psykologiskt förlopp, bestämt utifrån gärningsmannens speciella psykologiska förutsättningar. Analysens objekt låter sig alltså bestämma utan relation till det analyserande subjektet. Antingen föreligger det en pliktsituation, eller föreligger det icke en sådan situation. Att analysen kan ge olika svar på frågan alltefter de analyserande subjektens temperament etc., visar endast metodens nödvändiga ofullkomlighet. Vid den etiska värderingen åter är objektet brottslingens sedliga människa, d. v. s. kan icke bestämmas utan relation till sedliga normer, vilket åter, eftersom vi sakna objektiva värdeomdömen, är det samma som relation till det värderande subjektets sedliga åskådning. Brottslingen är icke antingen god eller dålig. Värderingarnas antal är lika med antalet värderande<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Ett belysande exempel kan hämtas från passionsbrotten. Det passionella momentet tänkes utgöra straffnedsättningsgrund. Vilket är härvid för domaren lättast att bedöma: det passionella momentets (ex. svartsjuka) existens eller brottslingens sedliga beskaffenhet?

Det skall visserligen inte förnekas, att det *in casu* ofta kan befaras, att en på prövningen av brottsmotivens plikt-karaktär inriktad psykologisk analys måste på grund av pliktbetoningens subjektivitet mer eller mindre influeras av domarens egen sedliga åskådning och subjektiva värdering av det angripna intresset. Sätillvida synes mig *Radbruchs* isolering av de båda principerna dogmatisk. Denna ofullkomlighet vidlåder emellertid varje straffrättslig norm, hänförande sig till det subjektiva rekvisitets prövning. Avgörande är, att vi här verkligen ha en principiellt enhetlig norm för övertygelsebrottens särbehandling. Invändningen, att resultatet av en efter densamma utförd motivprövning i viss mån kan komma att *in casu* nyanseras efter etiska värdesynpunkter, är icke av styrka att motivera dess avvisande<sup>1)</sup>.

Att domstolens prövning vid fastställandet av den brottsliga handlingens plikt-karaktär begränsar sig till den konkreta brottsituationen, är icke entydigt med, att den begränsar sig till motiven. En ändamålsföreställning t. ex. saknar i sig pliktbetoning. Först genom en jämförelse med gärningsmannens konstanta viljeriktning och i mån av dess anslutning till denna kan motivet tilläggas plikt-karaktär. Gärningen måste framstå som ett av pliktmedvetandet krävt, konsekvent fullföljande av en av gärningsmannens sedliga, religiösa eller politiska sinnelag uppburen

<sup>1)</sup> Det bör ju inses, att denna fara för bedömandets nyansering efter etiska synpunkter icke inneslutes i själva den hävdade principen. Den omständigheten, att gärningsmannens person och handlingssätt faktiskt blir föremål för samhällsmedlemmarnes sedliga värdering, kan — lika litet som det förhållandet, att det pliktenliga handlandet just såsom pliktenligt för gärningsmannen framstår såsom ett etiskt krav — tas till intäkt för ett avvisande av denna princip. Innan det pliktenliga handlandet kan göras till föremål för någon som helst värdering, måste ju en pliktsituation vara konstaterad. Det är detta konstaterande, och endast detta, det enligt principen kommer an på. Men ett dylikt konstaterande är uteslutande en psykologisk fråga och lämnar intet spelrum för etiska värderingar.

övertygelse. Först genom en dylik utsträckning av analysen klargöres den psykologiska bakgrunden tillfyllest att låta brottet framstå såsom den »inre nödvändighet«, det plikt-enliga handlandet utgör.

Ehuru självfallet, må framhållas, att det skall vara fråga om en pliktövertygelse av utslagsgivande motivkraft. I motivkretsen för även den ädlaste handling ingår ju ofta ett mer eller mindre verksamt egoistiskt bimotoiv (föreställningen om en med handlingsresultatet förenad lustkänsla: tillfredsställd äregirighet, fåfänga etc.). Utslagsgivande blir pliktmotivet i förhållande till lustmotiv av denna art — d. v. s. sig icke till pliktuppfyllelsen såsom sådan hänförande lustföreställningar — då först det är i stånd att bestämma gärningsmannen till brottet.

I kravet på en sedlig, religiös eller politisk övertygelse synes mig böra inläggas en fordran på principiell social syftning hos den brottsliga handlingen. Gärningsmannen skall ha velat densamma såsom medel för ett socialt mål. Utanför övertygelseförbrytarnas kategori faller sålunda den rent asociale likaväl som den principiellt antisociale brottslingen. Angreppsobjekt för ett övertygelsebrott kunna principiellt endast vara historiskt, av bestående samhällsform och härskande rättsåskådning betingade institutioner. Det skulle strida mot rättsordningens egen princip att under tillämpningsområdet för en *custodia honesta*<sup>1)</sup> inbegripa även brott, till sin natur oförenliga med icke endast den konkreta samhällsformen utan över huvud med varje organiserad form av mänsklig sammanlevnad (mord, tjuvnad, bedrägeri o. d.). Då varje legal presumtion måste sakna adekvans, synes mig dock icke en begränsning av brottsområdet kunna legislativt förordas.

Med den dimensionering, begreppet pliktövertygelse här fått vidkännas, synes det mig som princip för tillämpningen

<sup>1)</sup> Här och i det följande använt i betydelsen av en i verkställighetsavseende mildare särbestraffning av övertygelsebrotten.

av *custodia honesta* fullt användbart. I motsats till det etiska värdeomdömet uppfyller det i denna egenskap de anspråk på enhetlighet och allmängiltighet, man måste ställa på en fruktbar kriminalpolitisk norm. Vi understryka det: det rör sig här icke om en subjektiv värdering av etiska kvaliteter utan om ett objektivet fastställande av en psykologisk situation.

En *custodia honesta* efter denna norm betyder vidare icke en differentiering av förbrytarna efter sedlig valör. Den påtrycker icke massan av brottslingar vanhederlighetens stigma, lika litet som den för övertygelseförbrytaren betyder en social honnör för sedlig oförvillighet. Samhället har genom en *custodia honesta*-dom över huvud icke tagit ställning till gärningsmannens sedliga människa.

Vad vi emellertid framför allt vunnit med denna norm är en rationell begränsning av användningsområdet för *custodia honesta*. Redan den positiva formuleringen är härvid betydelsefull. I förhållande till brott, ådagaläggande ett »icke oärligt eller eljest ohederligt sinnelag«, innebär ju redan formuleringen brott, ådagaläggande ett »hederligt sinnelag«, en viktig begränsning. Med kravet på en pliktövertygelse såsom utslagsgivande brottsmotiv förtränges användningsområdet ytterligare. *Custodia honesta* får, så normerad, karaktären av exceptionell straffart.

Denna exceptionalitet i tillämpningen synes mig åter av särskild betydelse, därför att den är ägnad att försvaga de invändningar mot övertygelsebrottens särbestraffning, som från allmänpreventionshåll obestriddigt låta sig anföras. Det är ju, som ovan framhållits, ingalunda så, att samhällsfarligheten vid dessa brott — ur den konkreta rättsordningens synpunkt — i allmänhet är av lägre grad än vid vanliga brott. Med tillämpningsområdet för *custodia honesta* reduceras emellertid även faran för det försvagande av straffets allmänpreventiva verkningsförmåga, som, enligt vad likaledes i det föregående påvisats, kunde följa av straffartens legalt presumerade tillämplighet vid endast vissa

brottstyper. Med begränsningen till brott, framgångna ur en pliktövertygelse — och med en generellt genomförd alternativitet — reduceras den till ett minimum. Endast med avseende å den, vars eget pliktmedvetande drivit honom i konflikt med rättsordningen, kan *custodia honesta* ifrågakomma. Men mot honom hade det ordinära straffhotet icke kunnat fullfölja någon preventiv funktion.

\*

Den föregående framställningen har avsett att uppställa en rationell norm för tillämpningen av *custodia honesta*. Med påvisandet av en, som vi tro oss ha funnit, objektiv och allmängiltig dylik norm är förutsättningen given för ett principiellt ställningstagande till institutet.

Teoretiskt är för detta ställningstagande i sista hand bestämmande uppfattningen av straffets sociala funktion. En uttömmande diskussion av de straffteoretiska problemställningarna härutinnan skulle emellertid föra för långt och vore säkerligen legislativt skäligen ofruktbar. — Vi inskränka oss till några avslutande, allmänna synpunkter från ståndpunkten av de kriminalistiska principer, som ligga till grund för strafflagskommissionens förslag.

Övertygelsebrottet, sådant det här beskrivits, intar i såväl subjektivt som objektivt hänseende i förhållande till huvudmassan av brott en skarpt markerad särställning. Subjektivt framträder denna dess egenart i det specifikt kvalificerade motivläget, med hänsyn till vilket varje annan individualpreventiv strafffunktion än det rent fysiska oskadliggörandet måste utmönstras såsom ändamålslös. Ett be-  
tvingande av »den brottsliga individualviljan« till anpassning med »samhällsviljan« blir vid varje brott av pliktövertygelse en illusion. Den kriminalpolitiska tankegång, som tar sig uttryck i ett avvisande av *custodia honesta* — särskilt vid politiska brott — på grund av dess individualpreventiva ineffektivitet, vittnar icke om något djupare inträngande i övertygelsebrottens psykologi. För övertygelseförbrytaren

framstår brottet såsom en ovillkorligt fordrad realisation av en från den härskande medvetet avvikande rättsåskådning, uppburen av en rationell och reflekterad social idealism. Varje motiverande psykisk påverkan, varje avskräcknings- eller förbättringssyfte, överhuvud varje korrektiv individualprevention måste i sådant fall anses förfelad. Ratio för den egenartade kriminalpolitiska behandling av övertygelsebrotten, som *custodia honesta* åsyftar att tillgodose, är i själva verket just denna insikt om övertygelseförbrytaren såsom egenartad kriminalpsykologisk typ, i förhållande till vilken samtliga de individualpreventiva syften, det ordinära frihetsstraffet anses fullfölja vid sidan av oskadliggörande, måste utmönstras såsom a priori verkningslösa.

Objektivt framträder övertygelsebrottets särställning ifråga om angreppsobjektet. Det är klart, att en *custodia honesta* icke är motiverad endast av insikten om det ordinarie straffets individualpreventiva ineffektivitet utan därutöver förutsätter en objektiv avgränsning av brottsområdet med hänsyn till angreppsföremålet. Vi tro oss ha i det föregående i allmänhet riktigt angivit den principiella synpunkten härvidlag i och med angreppsobjektens begränsning till historiskt, av bestående samhällsform och härskande rättsåskådning betingade institutioner. Därmed att samhället för själva sin existens erkännes förutsätta rättsordningen, är icke uteslutet, att situationer kunna uppstå — icke minst genom inre motsägelser hos rättsordningen själv — då samhällets faktiska intressen icke sammanfalla med den rättsliga regleringen av dem. I varje fall är det ju obestridligt, att värderingarna av dessa rättsskyddade intressen starkt divergera, starkare i ju högre grad den rättsliga regleringen framstår såsom uttryck för endast bestående, historiskt betingade sociala förhållanden och icke ingår i förutsättningarna för samhällets bestånd såsom rättssamhälle. Såsom ur denna synpunkt typiska övertygelsebrott framträda i främsta rummet de politiska brotten. I allmänhet kan sägas, att i dessa fall brotten mot enskild

man träda i bakgrunden för brott mot allmänheten och mot staten. Som redan framhållits låta sig emellertid inga legala presumtioner uppställa, utan måste jämväl fastställandet av de objektiva förutsättningarna för institutets tillämpning överlätas åt domaren.

Redan med en hänvisning till denna snäva, objektiva avgränsning av tillämpningsområdet torde de invändningar mot en särbehandling av övertygelsebrotten med hänsyn till straffets allmänpreventiva funktion bemötas, vilka oestriddligen ligga nära till hands. Men härtill kommer ytterligare, att straffets individualpreventiva ineffektivitet i detta fall så att säga innesluter dess allmänpreventiva verkningslöshet. Vare sig man förlägger straffets allmänpreventiva funktion till straffbudet såsom sådant eller till straffverkställigheten eller till bådadera, och vare sig man anser denna funktion bestå i avskräckning eller befästande av de socialetiska värderingarna, så måste som gemensam förutsättning uppställas mottagligheten över huvud för motiverande inflytelser. I en pliktsituation saknas denna förutsättning. I pliktmotivets eget begrepp ligger, att det genombryter det komplex av motmotiv och hämmande föreställningar, som straffbud och straffverkställighet skapa. — Vad särskilt beträffar straffbudets allmänpreventiva verkningskraft är dessutom att observera, att denna redan på den grund förblir oförsvagad, att med — som här föreslagits — en generellt genomförd alternativitet straffartens tillämpning reglerades genom ett allmänstraffrättsligt, distributivt stadgande och icke genom till de särskilda brottsbeskrivningarna knutna föreskrifter.

Det ligger i samhällets makt att underkasta övertygelseförbrytaren även den strängaste straffreaktion. Men det gäller att tillse, att denna maktutövning ordnas så, att den icke i sista hand vänder sig mot samhället självt. Där brottets objektiva samhällsfarlighet icke tillåter »die relativistische Haltung der Skepsis«, går samhällets intresse icke utöver en isolering av gärningsmannen. Den spänning



mellan härskande och framträngande sociala idéer, för vilken övertygelsebrottet oftast är en utlösning, bildar rättsutvecklingens starkaste dynamiska kraft. Att till varje pris och med alla medel söka undertrycka denna, där den på någon punkt spränger även de rättsliga fördämningarna, tillhör icke ett samhälle, som i rättsordningen icke längre ser en objektiv manifestation av den sedliga idéen utan resultatet av en ändlös och oemotståndlig historisk utvecklingsprocess.

---