

Katedralen

Tre texter om straffrätt

Petter Asp

Claes Lernestedt

Magnus Ulväng

HD

IUSTUS FÖRLAG

Juridikbok se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

Katedralen

Katedralen

– tre texter om straffrätt

Petter Asp Claes Lernestedt
Magnus Ulväng

IUSTUS FÖRLAG

Approved by SISU

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2009

ISBN 978-91-7678-723-6

Omslag: John Persson

Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form

Tryck: Edita, Västerås 2009

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

INNEHÅLL

Förord	7
PETTER ASP	
Vem dömer? – en text om straffrättens roller och funktioner	11
CLAES LERNESTEDT	
Upplösta kroppar, upplösta sinnen: medverkansläran och bortom	49
MAGNUS ULVÄNG	
Om straffrätt och principer	149
Käll- och litteraturförteckning	263

FÖRORD

Denna bok innehåller tre texter om straffrätt. Den kan – även om texterna har en brokig tillkomsthistoria – sägas vara en produkt av ett mer eller mindre formaliserat samarbete författarna emellan, ett samarbete som går utöver boken.

Bokens namn är *Katedralen*. Titeln anspelar på ett, inte minst i samband med strafflagstiftningsprojekt, inte sällan använt uttryck:

De stora katedralbyggenas tid är förbi.

Titeln kan ses som en antydning om en möjlig alternativ metafor, enligt vilken straffrätten kan ses som ett (redan existerande) byggnadsverk vars fortbestånd i längden förutsätter *såväl* ett ambitiöst men varsam underhåll *som* en viss respekt för basala principer om hållfasthet. Titeln kan emellertid också, och lika gärna, ses som en metafor för straffrätten som ett ideologiskt system eller för det förhållandet att straffrätten är en byggnad bland flera – låt vara inte oviktig – i stads- eller samhällslivet.

De tre texterna har olika karaktär och de är olika långa. För den som läser boken bör det emellertid vara tydligt att det också finns flera gemensamma nämnare, bl.a. att texterna syftar till både diagnos och reflektion över straffrättens tillstånd och rörelseriktning, att de alla berör olika typer av utmaningar som straffrätten står inför och att de alla bottenar i en känsla av att det som vi ser som den pågående utvecklingen framkallar något slags klåda eller skavande ...

En av de ursprungliga tankarna – som inte har övergivits – var också att texterna skulle fokusera mera på det allmänna än på det enskilda och inte väja för, utan tvärtom ta sig an, de stora frågorna och linjerna. Boken innehåller följaktligen rätt litet om sådant som

kan betecknas som detaljer, och mycket om sådant som är stort (och ibland också ospecificerat). Den som vill kan säkert beskylla oss för att vara alltför generella – och för bristande precision. Vi är emellertid inte övertygade om att detta är ett problem. Det stora förutsätter ett annat slags inställningar på objektivet än det lilla, och det förhållandet att dessa texter fokuserar på det stora betyder naturligtvis inte att inte andra texter bör skrivas med helt andra inställningar.

På ett övergripande plan är texterna också avsedda som inlägg i den kriminalpolitiska debatt som alltför ofta skrivs med versaler. Vi hoppas och tror att det finns utrymme för ett kriminalpolitiskt samtal bortom löpsedelstekniken.

Såväl projektet som texterna har diskuterats vid högst informella, ibland dagslånga, sammankomster längs axeln Stockholm–Uppsala, således både norr och söder om Luthagesplanaden. Också om projektet är kollektivt är ansvaret för de enskilda bidragen individuellt; var och en står således för sin text.

Det finns knappast behov av någon utförlig presentation av de olika texterna.

I den inledande texten behandlar Petter Asp ett antal övergripande frågor om såväl straffrättens berättelser som samtalet om straffrätten. Uppsatsen – som tar sin utgångspunkt i en filmnovell av Hjalmar Bergman (men också i pågående forskning om debatten om sexualbrotten) – ställer betydligt fler frågor än den ger svar och uppsatsens ärende kan sägas vara att försvara gråskalan, det eftertänksamma samtalet och ödmjukheten.

Claes Lernerstedt behandlar i sin text förskjutningar i fråga om medverkansansvarets praktik och ideologi. Han kopplar dessa förskjutningar till större och mer generella straffrättspolitiska rörelser.

I bokens avslutande text diskuterar Magnus Ulväng vilken roll principer spelar i ett straffrättsligt systemtänkande. Utgångspunkten i uppsatsen är att principer i många avseenden är en form av regler och att de inom normativa system spelar en lika viktig roll som andra regler när man hanterar konkreta problem. I uppsatsen ställs frågan om det finns anledning att misstänka att principernas betydelse i viss utsträckning har kommit att förminska samt vilka konsekvenser en sådan utveckling i så fall har.

Boken avslutas med en gemensam litteraturförteckning samt med författarpresentationer.

Ett varmt tack riktas till dels Eva Thorell på Iustus förlag som tålmodigt inväntat manuskriptet och därefter gjort bok av det, dels till

Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning för ett generöst tryckningsbidrag.

I sammanhanget bör vidare nämnas att texterna springer ur ett antologiprojekt som ursprungligen var betydligt bredare – framför allt vad gäller antalet deltagare – men som kom att krympa under hand. Kanske bör i sammanhanget påpekas – för tydlighets skull – att föreliggande volym inte gör några anspråk på fullständighet, eller på att vara en i någon bemärkelse ”fullständig” diagnos: det finns många andra saker att beröra, och många andra infallsvinklar att inta, vid en behandling av problem i dagens straffrätt.

Mellansverige den 20 januari 2009

Petter Asp Claes Lernestedt Magnus Ulväng

PETTER ASP

VEM DÖMER?

– en text om straffrättens roller och funktioner

Rubriken till denna text utgörs av en fråga: Vem dömer? Det är naturligtvis en fråga som har ställts av många, men i förevarande sammanhang är frågan relevant i första hand därför att den utgör titeln på såväl undertecknads installationsföreläsning (vid ett annat universitet än det vid vilket jag numera verkar) som en av Hjalmar Bergmans filmnoveller.¹

I installationsföreläsningen valde jag att återberätta huvuddragen i nämnda novell på mitt alldeles eget sätt,² och till det gav jag några korta kommentarer som jag hoppades skulle säga någonting om min syn på straffrätten och på straffrättsvetenskapen och dess berättelser och uppgifter.

Om jag nämner att föreläsningen var ungefär 15 minuter lång behöver knappast tilläggas att framställningen var fragmentarisk och antydande till sin karaktär. Föreläsningen tog emellertid upp ett antal

¹ Filmnovellen skrevs i början av år 1921 och finns tillgänglig bl.a. i Samlade skrifter, volym XXVIII, utgiven av Johannes Edfeldt år 1958. Den finns också tillgänglig på Internet i den av Stina Bergman utgivna samlingen Film. Adressen är: <http://runeberg.org/hjbfilm/>. Novellen har filmats år 1922 i regi av Victor Sjöström. Noga taget är det kanske mer korrekt att säga att fråga var om en filmnovell som sedermera – och omarbetad – också publicerades. Se närmare Werner 1987 s. 50 ff.

² Jag gör inte anspråk på att troget ha återspeglat novellen i sin helhet. Man kan snarast säga att jag – låt vara med inte obetydlig trohet mot (stora delar av) originalet – har klippt ut och arrangerat ett kollage som någorlunda väl passar mina syften. Se t.ex. Wirmark 2002 s. 251 ff. för en något mindre "instrumentalistisk" analys av novellen.

teman som jag länge velat skriva utförligare om – och som rör grundläggande frågor om synen på straffrätten och dess funktioner. Jag har därför funnit det lämpligt att i detta sammanhang återge den installationsföreläsning jag skulle ha hållit om jag hade haft ungefär fem gånger så lång tid till mitt förfogande.

Man skulle kunna säga att texten handlar om samtalet om straffrätten, om straffrättens berättelser och om synen på dessa berättelser. Däremot kan man egentligen inte säga att den handlar om sexualbrotten.

Jag återkommer emellertid genomgående till exempel hämtade från debatten om sexualbrotten. Detta beror bl.a. på att jag för närvarande arbetar med ett projekt med denna inriktning,³ men också på att den straffrättsliga debatten varit särskilt intensiv på detta område och på flera sätt illustrerar de frågor jag vill ställa. Den som påstår att debatten om straffrätten på senare tid i mångt och mycket varit en debatt om sexualbrotten, har åtminstone delvis rätt.

Föreläsningen var på många sätt återhållen och antydande och den föreliggande texten kan säkert fortfarande karaktäriseras på detta sätt. Att rubriken innehåller ett frågetecken implicerar således inte att texten innehåller särskilt många svar. Tvärtom kan texten sägas vara skriven med en frågande och undrande (man kanske kunde säga förundrad) känsla liggandes över alla andra. Om det inte funnes andra påtagliga nackdelar med termen skulle det vara näraliggande, och helt korrekt, att tala om en essä.

Bitvis väljer jag emellertid att vara övertydlig (och ibland kanske på gränsen till banal).

Den som vill kan naturligtvis också kalla texten för ilsken. Det är den – bitvis. I små, små delar är den är arg ungefär på samma sätt som Wiehes 80-talstolkningar av Dylan.⁴ Texten är kanske också – åtminstone i sina bästa stunder – litet svart-vit och överdriven. Men den saknar inte verklighetsförankring och det svart-vita kan försvaras just därför att svart-vitheten genomgående syftar till att försvara gråskalan, som i många fall kan översättas till en hållning som bäst beskrivs med ordet *ödmjukhet*. (Det ligger naturligtvis inget motsägsfullt i att med emfas och bestämt hävda värdet av ödmjukhet,

³ Projektet går under namnet Sexualbrotten – dogmatik, debatt och teori och finansieras i här relevanta delar av Riksbankens Jubileumsfond. Projektet bedrivs i samverkan med jur. dr Kerstin Berglund vars forskning finansieras av Brottsofferfonden.

⁴ Mikael Wiehe, *De ensligas allé*, Amalthea 1982.

lika litet som det ligger något motsägelsefullt i att vara obarmhärtigt intolerant gentemot intolerans.)

Jag återkommer till allt detta, men det är nu tid att byta miljö:

Vi befinner oss i någon form av medeltida stadsmiljö och i handlingens centrum har vi det äkta paret fru Ursula och mäster Anton Bildskärare. Vi får veta att Fru Ursula är tvingad till äktenskapet, att hon hatar sin betydligt äldre man och är närmast äcklad över hans fysiska närmanden. Fru Ursula är förälskad i den unge Bertrand, som är son till borgmästaren. Borgmästaren är i sin tur en av Mäster Antons bästa vänner och dessutom hans granne. Mäster Anton känner till de möten som fru Ursula och Bertrand har, men han anar ingenting av deras innebörd.

En dag skall borgmästaren kalla Mäster Anton till en kvällsbägar på rådhuskällaren och han tittar därför – genom ett fönster – ut i den trädgård som ligger mellan deras hus. Han ser där sin son sittande, läsandes vid fru Ursulas fötter och det hela ser väl egentligen ganska sött ut. Men det söta och väna byts nu snabbt ut mot något med en mer uttalat köttlig innebörd. Borgmästaren får se hur fru Ursulas hand glider ned till sonens huvud och hur den smeksamt begravs i hans hår. Borgmästaren får också se hur sonen omfamnar fru Ursulas knän och kysser hennes kjortel. Borgmästaren hinner precis avbryta de två innan Mäster Anton kommer instolpande i trädgården. Därigenom undviker han skandal den här gången och snart är borgmästaren tillsammans med mäster Anton på väg mot rådhuskällaren.

På rådhuskällaren samma kväll träder en munk fram till borgmästaren och berättar en historia som alla – inklusive Mäster Anton – lyssnar till med uppspärrade ögon. Munken berättar för borgmästaren att han säljer skönhetsmedel, salvor, elixir, läkande örter och gifter. Han berättar också att han har visat sina varor för en av stadens fruar och att hon då skall ha bett honom att fylla en ihålig ring med pulver från en av de flaskor som bär tecknet av en dödskalle på glaset.

Borgmästaren förstår vem frun är, och han förstår också att Mäster Anton börjar förstå att det är fru Ursula som munken talar om. Borgmästaren hinner tänka att han bör ingripa, men det är redan försent. Han får se hur Mäster Anton griper tag i munken och skriker åt honom att han är ute och får med lögnen.

Mäster Anton väddar nu till sina dryckesbröder. Finns det verkligen någon som inte förstår att munken ljuger? När ingen får ur sig ett ord till svar, så bjuder Mäster Anton med dem alla hem till sig. De skall med egna ögon få bevittna fru Ursulas oskuld.

När de kommer till Mäster Antons hus går han genom förstugan och in mot salen. Han ger tecken åt sina följeslagare att vänta i förstugan och där blir alltså borgmästaren, liksom resten av hopen.

När det har gått några minuter bestämmer sig borgmästaren för att bryta in i salen och där hittar de Mäster Anton liggande död på golvet och över honom står fru Ursula och Bertrand, borgmästarens egen son. Någon hittar dessutom en halvfull bägare med märken av läppar vid randen. Borgmästaren konfronterar naturligtvis Fru Ursula, men hon bedyrar att hon är oskyldig. Då kräver borgmästaren att hon skall tömma bägaren som ett test på hennes oskuld. Hon vägrar emellertid. I det läget stiger istället Bertrand fram och griper bägaren. Bertrand vill antingen ha en oskyldig Ursula eller själv förgås. Men innan han hinner börja dricka sliter Fru Ursula bägaren ifrån honom och slänger den in i eldstaden. Och det innebär förstås att facit är skrivet:

”Äldermannen i S:t Lucasgillet, den värdige och vänsälle mäster Anton, är död, mördad av sin hustru.”

Om vi följer Borgmästaren och fru Ursula – som nu är hårt hållen av knektar – ut ur huset får vi se att ryktet snabbt har spritt sig. Borgmästaren och fru Ursula möts av skenet från hundratala lyktor, facklor och bloss.

”Och varje lykta, varje bloss, varje fackla bäres av en upprörd, rasande, förblindad människa, som med ropande, vidöppen mun kräver hämnd. Det ohyggliga dådet skall straffas.”

Straffrättsliga frågor är naturligtvis – precis på sätt som illustreras av det ovanstående – i allmänhet enkla.

Denna slutsats bekräftas av de oräkneliga dagspressartiklar, löpsedlar, nyhetsvinjetter och säkra debattstämmor som följer oss genom livet och tillser att vi formas till välinformerade medborgare.

Straffrätten är emellertid inte bara lätt i allmänhet, utan i kvadrat och på flera plan.

Straffrätten är lätt på sakfrågeplanet, när det gäller bevisfrågan – dvs. att helt enkelt bedöma vad som har hänt. Alla vet naturligtvis, åtminstone i stora drag, vad som skett när en brottmålsprocess aktualiseras.

Vi kan t.ex. veta:

- att den chaufför som har påkommit med narkotika i lastrummet ljuger när hon påstår att den placerats där utan hennes vetenskap,

liksom vi kan veta

- att våldtäktsmannen ljuger när han invänder att han visserligen haft samlag med målsäganden men att hon var lika villig som han.

Vi vet nästan lika mycket och tvärsäkert också när det gäller andra brottstyper, men i det här sammanhanget skulle det nog kunna sägas vara missvisande att gå förbi just dessa exempel.

Valet av exempel är dock mindre viktigt; det är *enkelheten* som är det centrala.

Emellanåt – men det är något ovanligare – kan vi också vara mer eller mindre säkra på motsatsen, dvs. att den tilltalade är oskyldig och därmed utsatt för ett övergrepp å rättsväsendets sida. Detta kan vara fallet exempelvis om den tilltalade har en inte obetydlig social status och offret tillhör en grupp som i ett eller annat avseende har låg social status (som t.ex. kriminella och prostituerade).

Rör det sig om ett sexualbrott kan det t.ex. stå klart att offret har ångrat sig i efterhand och ljuger för att hon mår dåligt av att konfronteras med sitt beteende. Hon har kanske, som det har uttryckts i en debattartikel av fyra åklagare, bara en känsla av att ha vaknat i fel säng.⁵

Inte sällan vet vi så mycket mer och bättre än domstolen – som riskerar att bli förledd av att faktiskt lyssna till både den tilltalades och målsägandens berättelser och dessutom måste konfronteras med en massa förvirrande bevisning – att det ter sig nödvändigt att förena sig i ett kvällstidningskopplat upprop som klargör vad åklagaren eller domstolen måste komma fram till.

⁵ Hillegren m.fl. 2007.

I detta hänseende har inte minst Aftonbladet gjort stora insatser:

”De tidigare fällande domarna ledde till en häftig debatt i Sverige. Efter den friande hovrättsdomen krävde 201 617 av Aftonbladets läsare att målet skulle tas upp på nytt.”

Bildtext: ”Aftonbladets reportrar överlämnar namnunderskrifterna till riksåklagarens kansli.”⁶

Straffrätten är ofta lätt också på rättsfrågeplanet. Alla som kan läsa och skriva (och kanske även de som inte kan) vet naturligtvis också hur ett händelseförlopp bör bedömas straffrättsligt.

Vi känner helt enkelt igen bekanta företeelser när vi möter dem. En stöld är en stöld är en stöld, på samma sätt som en elefant är en elefant är en elefant.⁷ Komplexitet är något som finns i teorin, men knappast i praktiken. Vem har någon gång tvivlat på vilket ord som bör användas för att beteckna ett jättelikt grått djur, med betar, snabel och flaxande öron?

Det är inte bara i Hollywoodfilm som rollerna är tydliga. Att straffrättslig lagstiftning och teoribildning möjligen skiljer både på olika typer av däggdjur och olika typer av elefanter är naturligtvis inget att bry sig om.

Straffrätten är lätt också på ett rättspolitiskt plan. Om rätten på ett eller annat sätt inte är vad vi vill att den skall vara, så är det regelmässigt en smal sak att avgöra vad som bör gälla, dvs. på vilket sätt lagstiftningen bör ändras.

Det sagda gäller när målet är att göra lagstiftningen godtagbar från moralisk synpunkt. Moralfrågor är ju nästan alltid enkla – inte minst i kontroversiella och omdebatterade frågor.

Det sagda gäller emellertid också om målet med förändringen är att uppnå vissa konkreta effekter, t.ex. att minska brottsligheten. Det förhållandet att kriminologer och rättssociologer menar att det här kan vara svåra saker⁸ behöver vi knappast bry oss om; det har vi bl.a.

⁶ Aftonbladet den 30 mars 2004.

⁷ Jfr t.ex. Ashworth & von Hirsch 1997 s. 187 ff.

⁸ Se t.ex. SOU 1986:15 s. 27 ff., vari det presenteras en bild som i allt väsentligt fortfarande är representativ. Se även SOU 2008:85 s. 255 ff.

den sittande statsministerns TV-utsända ord på.⁹

Det är viktigt att komma ihåg att det är skillnad på att konstruera broar eller stora hus (som slott och katedraler) – vid dylik verksamhet är kunskap och eftertanke naturligtvis helt essentiellt; felkonstruktioner kostar både *pengar*, *lidande* och, i värsta fall, *människoliv* – och att konstruera straffrättssystemet (som givetvis både kan och bör och kan vara precis som vi tycker att det skall vara).

Vi befinner oss i någon form av medeltida stadsmiljö och i handlingens centrum har vi det äkta paret fru Ursula och mäster Anton Bildskärare.

Fru Ursulas man har gått till rådhuskällaren och hon har inte fått lov att följa med. Det får hon aldrig, men det är inget hon är ledsen över.

Fru Ursula är både varm och kall inombords. Hon är varm efter ett sammanträffande i trädgården med borgmästarens son. Och hon är kall och förtvivlad över att deras kärlek är omöjlig. Hon är bunden till en man som hon knutits till med våld och som hon i bästa fall känner avsmak inför.

I det här tillståndet får hon besök av en liten munk som säljer olika varor. Det är örter, det är elixir och det är gifter. Hon tvekar visserligen, men till sist plockar hon fram en ihålig ring och ber munken att fylla den med pulver från en burk vars tecken är en dödskalle.

Litet senare på kvällen kommer Mäster Anton hem från rådhuskällaren. Han går som vanligt fåfängt bort till salens spegel samtidigt som han säger någonting till henne över axeln. Hon har litet svårt att höra honom, men hon förstår snart att han faktiskt ber henne om någonting att dricka. Hon går då bort till skänken och blandar honom en dryck som hon smakar på. När hon ser att han fortfarande står med ryggen mot henne, drar hon ringen av sitt finger och tömmer innehållet i bägaren.

Fru Ursula har inte mer än hunnit tömma innehållet i bägaren när hon ser hur Mäster Anton plötsligt rycker till, hur han vänder sig om och rusar emot henne. Men innan han hinner komma henne nära, vacklar han tillbaka, slår ut med armarna och faller samman mot väggen.

⁹ Inför valet 2006 menade Reinfeldt – när en utfrågare tog upp resultaten av den samlade kriminologiska forskningen – att det kanske är de svenska kriminologerna det är fel på. Se t.ex. Aftonbladets artikel om utfrågningen, Det är fel på kriminologerna, publicerad den 13 september 2006.

Hon förstår att han är död. Hon tänker tillbaka och hon minns den dag, då mäster Anton tog henne mot hennes vilja och hon kan inte se annat än att Gud har befriat henne både från lidandet och från brottet. Hans vrede har drabbat mäster Anton och hon har ingen skuld och ingen del i hans död. Det är inte utan att man skulle kunna tala om rättvisa.

Men nu bryter borgmästaren och folket in. Och de kväljer guds dom och anklagar henne. Borgmästaren kräver att hon skall tömma resten av bägaren. Men eftersom hon förstår att hon – hur hon än gör – kommer att betraktas som skyldig, så vägrar hon. Då ser hon hur Bertrand griper bägaren för att själv pröva huruvida hans käresta är skyldig. I panik rycker hon då snabbt bägaren från honom och slänger den i förtvivlan in i elden.

När hon av knektarna förs ut ur huset är hopen på henne och hon står nästan utan skydd. Men nu räddas hon av att munken träder fram och berättar slutet på den berättelse som han tidigare påbörjat på rådhuskällaren, dvs. just den berättelse som Mäster Anton avbröt. Och kärnbudskapet i hans avslutning är att pulvret som han gav till fru Ursula, inte var gift. Munken har, i sin vishet, förstått vad giftet skall användas till och bytt ut det mot ett annat och ofarligt pulver:

"Vad hon än må ha brutit genom trolöshet och en ond vilja – saker till mästarens död är hon icke."

Straffrätt är inte lätt. Straffrätten är inte lätt på sakfrågeplanet – åtminstone inte alltid. Detta faktum är banalt, men av flera skäl ofta svårt att acceptera. Skälen till våra svårigheter att acceptera våra tillkortakommanden är sannolikt flera. Det är följaktligen inte särskilt svårt att förstå varför vi stretar emot, skruvar på och värjer oss.

Ett skäl till att vi har svårt att förlika oss med de problem vi möter på sakfrågeplanet kan måhända vara den häpnadsväckande tekniska utveckling som samhället genomgått de senaste decennierna.

Vi må kunna åka till månen, konstruera vapen som med närmast klinisk precision kan användas för att på stora avstånd bomba militära anläggningar (eller daghem), skapa elektroniska produkter (datorer, mp3-spelare, mobiltelefoner etc.) som ofta är mer häpnadsväckande vad gäller kapacitet än användbarhet, men vi har fortfarande – trots

att framsteg görs också på denna nivå¹⁰ – ibland och under ogynnsamma förutsättningar väldigt svårt att med säkerhet kunna få kännedom om vad som hände igår.

I en värld av fantasieggande teknik – som på många sätt kan ses som uttryck för människans förmåga till kontroll över naturen – känns det inte nödvändigtvis tillfredsställande vare sig att betona vikten av högst mänskliga (och ofta mödosamma) åtgärder på förundersökningsstadiet¹¹ eller att, sist och slutligen, tvingas konstatera att den skenbart enkla frågan ”vad hände?” inte låter sig besvaras med någon större grad av säkerhet.¹²

Vi lever ju i det 21:a århundradet.

Ett annat, och kanske viktigare skäl, skulle kunna vara att vi ofta, inte minst i straffrättsliga sammanhang, känner att det är angeläget att slå fast vad som har hänt.

I en situation där ord står mot ord och det i övrigt bara finns indicier, där vi antingen (och antagligen) har att göra med en person som utsatts för någon typ av övergrepp och en person är ansvarig för detta övergrepp *eller* (men ofta mindre sannolikt) med en person som (medvetet eller omedvetet) felaktigt utpekar en annan person som skyldig till ett övergrepp, är det naturligtvis inte särskilt tillfredsställande att behöva lämna saken oavgjord.¹³

Man kan uttrycka det så att vi inte sällan står inför en situation där endera av två personer kommer att fara illa och det, dessutom, i regel på ett oförtjänt sätt.

Det sagda kan uttryckas på så sätt att straffrätten innefattar maktutövning i åtminstone två riktningar och på två ganska väsensskilda sätt.

Straffrätten innefattar en direkt och närmast fysisk maktutövning mot den misstänkte eller tilltalade. Denne kan – allt ytterst med våld – inför processen häktas och utsättas för en lång rad andra

¹⁰ Jfr t.ex. utvecklingen av DNA-bevisning. I den kontexten bör man – också om det framstår som banalt – erinra om att DNA ensamt inte visar annat än att ett spår efter en viss person befunnit sig på en viss plats.

¹¹ Se t.ex. SOU 1996:185 s. 396 f.

¹² En frikännande dom innebär visserligen att den tilltalade bör betraktas som oskyldig, men den innebär naturligtvis inte att domstolen tar ställning *emot* åklagarens gärningspåstående. Jfr t.ex. Högsta domstolens avgörande i NJA 2004 s. 231.

¹³ Det sagda är inte på något sätt avsett att implicera att två oförenliga berättelser inte båda kan vara i någon mening sanna.

tvångsmedel. Han (eller hon) kan också efter en fällande dom berövas sin frihet under mycket lång tid.

Den grymhet som ligger i detta bör inte tappas bort.

Det tycks mig, och det har andra framhållit före mig, vara befogat att fråga sig om det i den mänskliga samfärdseln egentligen finns några motsvarigheter till denna medvetna och institutionaliserade brutalitet.¹⁴

Ett nekande svar på den ställda frågan behöver inte nödvändigtvis leda fram till en abolitionistisk hållning, men det borde kanske i någon utsträckning dämpa vår entusiasm inför bestraffandet? Skälen till eftertänksamhet kunde kanske underbyggas med hänvisning till det förhållandet att våra vanligaste bestraffningsmetoder – med bortseende från att det i detta fall är staten som agerar *med stöd av rätten* – bäst låter sig beskrivas i termer av påtagligt straffvärda brott?

Straffrätten innefattar också en mindre tydlig maktutövning som utövas genom de berättelser den ger uttryck för och auktoriserar. Berättelserna skapas bl.a. genom lagstiftningen (genom lagstiftningen får vi en auktoritativt målad bild av samhällets värdemässiga sammanhang) och genom rättstillämpningen (genom rättstillämpningen får vi både en auktoritativt målad bild av ett konkret händelseförlopp och en statligt sanktionerad värdering av detsamma), men också, och inte minst, genom medias rapportering av brottsutredning, brottmålsprocess och av den avslutande domen.¹⁵

Makten över berättelsen är följaktligen också ett slags makt, vilket blir särskilt tydligt när det gäller historieskrivningen kring krigsförbrytelser. Det är inte för intet som ifrågasättanden, omtolkningar etc. gällande förintelsen leder till både ilska och debatt.¹⁶

Litet vid sidan av bör här kanske framhållas att en berättelse knappast fullt ut kan förstås om man läser den utan varje hänsynstagande till berättarens anspråk och ambitioner. Som framgår senare skulle jag

¹⁴ Det är tydligt att det är lätt det är för filmskapare, författare och andra som skall gestalta mänsklighet, att beröra genom att skildra den som skall bestraffas såsom en människa (t.ex. skildra när en dömd person tar farväl av nära och kära för att avtjäna ett fängelsestraff). Det är också tydligt att reaktionerna på utdömda straff (både i media och i vardagliga möten) inte sällan blir helt andra när den som döms tillhör en socialgrupp som normalt inte hamnar i fängelse; det är som att vi plötsligt förstår att ett år är en ganska lång tid.

¹⁵ Jfr här t.ex. Claes Lernestedt, 2003 s. 33 ff. för en annorlunda vinklad berättelse om berättelserna.

¹⁶ Det sagda betyder inte att jag tror att det är klokt att använda kriminaliseringsinstrumentet annat än för riktigt grova övertramp (jfr s.k. hate speech).

vilja ställa frågan om vi ibland inte tror för mycket och för starkt på straffrättens berättarröst: kanske borde vi ibland lyssna mindre noga till vad den säger?

Låt oss emellertid nu återgå till huvudspåret.

För att vi skall känna otillfredsställelse inför tanken på att lämna något oavgjort behöver det inte nödvändigtvis vara fråga om en situation där berättelserna om målsäganden och den tilltalade står emot varandra. Liknande känslor kan mycket väl uppstå i andra situationer. Vi kan sålunda tänka på fall där berättelsen om målsäganden visserligen redan är skriven i sten, men där det inte låter sig avgöras vem av två tänkbara gärningsmän som är skyldig till ett allvarligt brott.

I sammanhanget kan hänvisas till det s.k. Lindomefallet¹⁷ och den därmed sammanhängande problematiken som, i offentligt tryck, har beskrivits på följande sätt:

”Problematiken kan sammanfattningsvis sägas gälla situationer där man vet att två eller flera personer befunnit sig vid brottsplatsen men där det inte kan utredas huruvida brottet begåtts av dem båda tillsammans eller av endast en av dem och den andre således är helt oskyldig. För att en sådan situation skall uppstå fordras i och för sig inte att de misstänkta skyller på varandra. Även av andra skäl, t.ex. att de misstänkta tiger och tillräcklig bevisning i övrigt saknas, kan bevisläget vara sådant att det inte kan klarläggas vem av två eller flera personer som begått ett visst brott.

...

Det bör redan inledningsvis framhållas att Lindome-problematiken i grunden hänger samman med möjligheterna att i efterhand fastställa vad som hänt t.ex. på en brottsplats. Problemet i Lindomefallet är, med andra ord, att ingen utomstående med säkerhet kan slå fast vad som egentligen hände i den mördade mannens hus. Det kan inte uteslutas att det förhöll sig så att en av de misstänkta dödade mannen utan varje inblandning från den andre, dvs. att en av dem var helt oskyldig.”¹⁸

Det finns många sätt att beskriva problematiken, men påtvingad oklarhet i en situation där vi strävar mot klarhet ingår i dem alla.

¹⁷ Se RH 1991:51.

¹⁸ Se prop. 2000/01:85 s. 339 ff.

Det framstår följaktligen av flera skäl, och på flera sätt, som högst naturligt att vi ibland har svårt att acceptera den situation vi ställs inför.

Svårigheterna att acceptera våra kunskapsmässiga tillkortakommanden blir emellertid knappast mindre av att en möjlig sanning ofta redan har trumpetats ut upprepade gånger i högljudda medier. I dylika fall möter vi inte sällan ett slags berättelsernas kollision som bygger på att medierna redan innan det rättsliga avgörandet har förmedlat en tydlig bild av skeendet.

Mediernas bild förmedlas naturligtvis inte alltid (men heller inte särskilt sällan) genom en uttrycklig berättelse, utan genom antydningar, frågor, bilder och citat. Inte sällan ligger det emellertid implicit i upplägget att ett brott har begåtts och att de tilltalade är skyldiga. Det är förvisso svårt att skriva om brottmålsprocessen både abstrakt och konkret och samtidigt vara – i den här avsedda meningen – förutsättningslös,¹⁹ men det är också svårt att tro att medierna i det här avseendet verkligen försöker att göra sitt bästa. (Om så är fallet är det svårt att finna det bästa bra nog.)

Det sagda får till följd att den som skall acceptera att vi, till följd av osäkerhet på sakfrågeplanet, inte faller till ansvar ofta måste göra detta i strid med en mer eller mindre fixerad bild av händelseförloppet, som medvetet eller omedvetet formats av braskande löpsedlar och nyhetsinslag.²⁰

Detta är naturligtvis inte lätt.

Alla som växt upp på sjuttioalet och därmed först har "fötts in" i den officiella svenska hållningen till vad som skulle kunna kallas narkotikafrågan, och därefter konfronterats med problematiserande texter om densamma vet hur svårt det kan vara att godta att det överhuvudtaget kan finnas ett annat perspektiv på en fråga.²¹

¹⁹ Se Lindblom 2000 s. 233 f. angående ett slags enkel – men inte desto mindre vanlig – "argumentationsmiss" (Lindbloms terminologi).

²⁰ Det skiner antagligen igenom att jag inte sällan blir ledsen av mediernas sätt att hantera straffrättsliga frågor. Det beror inte på någon allmän mediafientlighet; tvärtom tror jag att den som menar att mediernas granskning (av makten etc.) är viktig, har särskilt starka skäl att vara kritisk mot det som sker.

²¹ Den som har möjlighet kan t.ex. lyssna till Magnus Lintons sommarprogram den 26 juli år 2001. I övrigt kan hänvisas till följande uttalande (apropå Latinamerikansk legaliseringsdebatt): "Från ett svensk perspektiv – det vill säga i ett land där en lokal version av kriget mot knarket under 80- o 90-talen blev en sorts del av den svenska folksjälens – kan den övriga världens legaliseringsdebatt förefalla obegriplig." (Magnus Linton, Rik mans drog, OBS 070202).

Det sagda gäller kanske särskilt om man beaktar att brottmålsprocessen, bl.a. till följd av regler om bevisbörda och beviskrav, ofrånkomligen kommer att ge den tilltalades berättelse ett visst försprång i relation till målsägandens.²² Detta förhållande innebär i kombination med vad jag ovan kallat berättelsernas kollision att vi inte bara skall förmå oss:

- att acceptera en berättelse som går på tvärs med den vi har fått oss till livs via media, *utan också*
- att acceptera en berättelse som i de flesta fall går på tvärs med sannolikheten.

Den som vill generalisera skulle kunna säga att det vid frikännande domar nästan alltid framstår som osannolikt att det varit på något annat sätt än det som åklagaren påstått. Likväl läggs *den* berättelsen – ändå och trots allt – inte att till grund för domen. Domstolarna dömer alltså ofta i konflikt med såväl den allmänt spridda berättelsen som sannolikheten.

Det är föga förvånande att detta emellanåt – och alldeles särskilt i ett debattklimat som åtminstone inte alltid gynnar nyanser och eftertänksamhet – kan leda till upprördhet.

Nyckelordet borde rimligen vara ödmjukhet.

Ödmjukhet inför vår bristande förmåga.

Ödmjukhet inför svårigheterna, komplexiteten och de motstridiga intressen som gör sig gällande.

Ödmjukhet inför den uppenbara risken att ta (och att ha) fel.

I Bergmans novell illustreras problematiken på ett enkelt men vackert sätt.

Från borgmästarens, eller för den delen från den unge Bertrands, synvinkel framstår det – fram till den tidpunkt då munken träder

²² Se t.ex. Conaghan 2005 s. 146.

fram – som fullständigt orimligt att dra någon annan slutsats än att fru Ursula har giftmördat sin make; vi kan ty oss till munkens (oavslutade) berättelse på krogen, till det faktum att Mäster Anton gått in levande i ett rum där fru Ursula väntat och några minuter senare hittats död på samma plats, till det förhållandet att fru Ursula vägrat att själv tömma bägaren samt till att hon senare, när Bertrand varit på väg att tömma bägaren, kastat den in i eldstaden. Utifrån denna berättelse är det långt ifrån orimligt att påstå att eventuella tvivel om fru Ursulas skuld är blott teoretiska.

Från fru Ursulas synpunkt framstår saken, åtminstone till en början, på ett helt annat sätt: Mäster Anton – den man som genom våld och tvång håller henne vid sin sida – har som av Guds försyn fallit ned död innan hon hunnit besudla sina händer.

Och det faktum att munkens hörande – skillnaden mellan oavslutad och avslutad berättelse – förändrar bilden så påtagligt, illustrerar på ett närmast övertydligt sätt vikten av bevisningens robusthet.²³

Vår bild av verkligheten förändras i takt med att hela rummet lyses upp.

För den som önskar koppla samhällets ingreppsbefogenheter till utförda gärningar och till ett slags moraliskt grundad bedömning av dessa, och det är som bekant en mycket vanlig lösning, måste det sagda hanteras på något sätt.

Ödmjukhet präglar nu inte alltid debatten.

Det visar sig bl.a. i vad man skulle kunna kalla modalitetsstrukturen – *är* är vanligare än *skulle kunna vara*, och *är* används emellanåt på ett sätt som vittnar om allt annat än ödmjukhet. Beträffande ett uppmärksammat våldtäktsmål – där sakfrågan var av central betydelse – har sålunda (och apropå i vilken riktning frågorna bör ställas under rättegången) skrivits:

”Det *är* de som har gjort fel, inte hon”²⁴

²³ Se angående robusthet t.ex. Lindell m.fl. 2005 s. 412 ff.

²⁴ Wennstam 2007.

Det visar sig också i återkommande försök att angripa personen (eller personerna bakom en viss ståndpunkt). Här skall blott anges två exempel som på flera sätt rör sig på olika nivåer. Det vore emellertid enkelt att återge åtskilliga fler:

”Just det Mr Noll Koll!”²⁵

”Justitieråden förstår sig definitivt inte på den nya sexuallagen.”²⁶

Montaigne spetsar naturligtvis till det när han säger att ”bara dårar är säkra och trosvissa” – det är vi väl alla emellanåt (inte minst i debattens hetta)? Men i viktiga samtal om svåra frågor kunde man kanske få önska sig ett något mildare klimat? Det förhållandet att frågorna är viktiga och svåra är inte ett gott skäl att undergräva det goda samtalet kring dem.

Ett samtal förutsätter inte undfallenhet och försiktighet, men något av ett intresse för att lyssna också till den andre. Jämför t.ex. ett avsnitt av SVT:s båda program Debatt respektive Beckman, Ohlson & Can, och du förstår ungefär vad jag vill säga.

Det man skulle kunna kalla för *sakfrågans problematik* har på senare tid varit föremål för åtskilliga ganska ingående debatter, bl.a. med utgångspunkt i JK:s s.k. rättssäkerhetsprojekt.²⁷ Även om man kan diskutera vad som kan utläsas av de totala fall som tas upp till bedömning²⁸ – och oberoende av om man kan skriva under på de förslag som läggs fram – sätter projektet på ett välkommet sätt fokus på det mänsklighetens predikament som ligger däri, att vi många gånger

²⁵ Samuelsson 2007.

²⁶ Leijonhufvud 2006.

²⁷ Felaktigt dömda, Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt, 2006. Jag har tidigare skrivit en text i anslutning till detta projekt som delvis återanvänds här, se Asp 2007 s. 9 ff.

²⁸ Det finns många andra tänkbara förklaringar till att antalet resningsärenden avseende domar på långa fängelsestraff har ökat. En av de mest uppenbara är att respekten för och statusen hos domstolarna har minskat samtidigt som granskningen av domstolarnas verksamhet i olika typer av media har intensifierats (det är knappast någon slump att flera av fallen är journalistdrivna). Vidare ligger tyngdpunkten i rapporten på att förbättra processen (i vid mening) i syfte att förebygga fel (inte i att tvärsäkert slå fast huruvida problemen har blivit större än tidigare).

måste ta ställning till vad som skett, *trots att* underlaget för bedömningen är sådant att man får ha ganska stor tilltro till sin egen förmåga för att vara beredd att säga att några tvärsäkra slutsatser kan dras.

Med beaktande bl.a. av vardagliga erfarenheter och de epistemologiska problem och osäkerhetsfaktorer som inte sällan gör sig gällande är det näraliggande att utgå ifrån att vi inte vet – begreppet vet syftar här på något som kan beskrivas med orden ”sann tro” – på långt när så mycket som vi tror oss veta.

Vidare säger oss erfarenheten att verkligheten många gånger överträffar dikten; det som framstår som en orimlig förklaring till ett händelseförlopp är inte sällan sant. Munkar med oavslutade berättelser finns inte i alla sammanhang och också där de finns måste deras berättelser värderas.

Själva utgångspunkten är alltså allt annat än lätthanterlig.

Jag har därför svårt att bli upprörd när Justitiekanslern sticker ut hakan och säger att det sitter oskyldigt dömda personer i våra fängelser.²⁹

På individnivå är det förvisso ofta svårt att med säkerhet ange att någon har blivit oskyldigt dömd.

Den som påstår detta, utan att befinna sig i en kunskapsmässigt privilegierad situation, uppvisar ofta ett slags omvänd bristande ödmjukhet. (”Tja, inte vet jag” är en utmärkt lokution som rimligen borde kunna komma till användning oftare, särskilt hos den som inte har annat än mediarapportering att bygga sin uppfattning på.)

Det framstår emellertid som smått verklighetsfrämmande att, på systemnivå, utgå från att inga felbedömningar (i den lätt oegentliga betydelsen att domstolen funnit en person skyldig, som i själva verket är oskyldig) gjorts i detta avseende. Och har sådana felbedömningar gjorts kan sägas att personen är oskyldigt dömd (också om han eller hon inte nödvändigtvis är felaktigt dömd). Felbedömningen blir i det enskilda fallet inte lättare att svälja av att domen är, eller kan vara, formellt korrekt eller av att det fanns goda skäl att komma till det slut som domstolen gjorde till sitt.

²⁹ Se t.ex. Lambertz 2006.

I brottmålsprocessen är utgångspunkten att rimliga tvivel skall komma den tilltalade till godo. Detta framgår indirekt bl.a. av Europakonventionens artikel 6.2³⁰ och uttryckligen av t.ex. praxis från Högsta domstolen.³¹

Detta säger oss emellertid inte särskilt mycket eftersom frågan om vad som utgör ”rimligt tvivel” inte kan ges något preciserat svar.³²

Skall man vara realistisk är det näraliggande att fråga sig om inte ”utom rimligt tvivel” närmast utgör en, i det dagliga domstolarbetet, upparbetad nivå för när bevisningen skall anses tillräcklig (varvid nivån kan variera både mellan olika typer av brottmål och mellan olika domare och domstolar). Nivån lär man sig bl.a. genom att läsa domar och genom att närvara, iakttä, diskutera och härma.

I detta sammanhang kan det måhända också finnas skäl att fråga sig hur lokutionen egentligen skall förstås (eller, annorlunda uttryckt, vad bestämmningen ”rimligt” egentligen relaterar till).³³

En möjlig – och antagligen härskande – tolkning av lokutionen är att den ger uttryck för tanken att man skall skilja ut det som är ”orimligt” i betydelsen ”teoretiskt möjligt men praktiskt uteslutet”. Syftet skulle således vara att klargöra att det för en fällande dom fordras frånvaro av ”från praktisk synpunkt beaktansvärda tvivel” (eller omvänt: att endast tvivel som är från praktisk synpunkt beaktansvärda skall beaktas som skäl för en frikännande dom).

Man kan emellertid fråga sig om inte en annan tolkning – enligt vilken lokutionen närmast ger uttryck för tanken att man skall skilja ut sådana tvivel som är ”orimliga” i betydelsen ”så vanliga att deras beaktande skulle leda till alltför många frikännande domar” – är väl så näraliggande. Poängen med lokutionen skulle, under en sådan läsning, närmast vara att klargöra att endast sådana tvivel skall beaktas som, med hänsyn till rimliga effektivitetskrav, kan tillåtas ha betydelse.

Att den senare förståelsen inte är orimlig framstår – och detta sägs inte som kritik utan som ett konstaterande – som tydligt om man beaktar följande uttalande:

”Domen kommer inte att gå till historien, eftersom utgången blev den här. Det hade den gjort med en annan utgång. Om åtalet hade ogillats även i hovrätten skulle det ha lett till ännu större bevisproblem i den

³⁰ Se t.ex. Asbjørn Strandbakken 2003 s. 340 ff.

³¹ Se t.ex. NJA 1980 s. 725.

³² Jfr t.ex. Fitger, kommentaren till 35:1.

³³ Se numera också Lambertz 2009 s. 2 ff.

här typen av mål; vad skulle då någonsin vara tillräcklig bevisning i sexualbrottmål?”³⁴

I sammanhanget kan också hänvisas till Madeleine Leijonhufvud som på frågan om vår våldtäktslagstiftning är rättssäker uttalade:

”En totalt rättssäker våldtäktslagstiftning skulle vi ha om det inte gick att fälla om det inte fanns några vittnen, likaså naturligtvis när det gäller sexualbrott mot barn. Jag tror inte att det finns någon som på allvar vill hävda det.”³⁵

Jag vill här inte gå in i en diskussion kring beviskrav och rättssäkerhet, men vi bör nog åtminstone i bakhuvudet ha med oss tanken att en realistisk syn på straffrättssystemet måste bygga på insikten att rättssäkerheten inte är – och heller aldrig kan vara – fullständig. Däremot kan och bör man ständigt ställa frågan hur vi skall balansera de båda intressen som kan benämnas rättssäkerhet och effektivitet. Att ytterlighetspunkterna (dvs. att tillmäta varje aldrig så litet tvivel betydelse eller, och än tydligare, att bortse också från uppenbara och starka tvivel) är uteslutna gör det naturligtvis inte frågeställningen – att välja eller söka finna den grad av säkerhet som skall krävas – särskilt mycket enklare.

Frågan bör självfallet inte formuleras så att den gäller huruvida man (medvetet och för att uppnå de effekter man nu eftersträvar) bör kunna bestraffa oskyldiga, utan den gäller snarare vilka risker för felaktiga domar som man bör tillåta sig att bygga in i straffprocessen.³⁶

Vid en diskussion som om säkerhet och sakfrågor bör måhända hållas i minnet att man kan vara säker på högst olikartade saker. Och

³⁴ Johansson 2007.

³⁵ Leijonhufvud, TV4 den 13 februari 2008.

³⁶ Medan frågan om man (medvetet) bör kunna bestraffa oskyldiga är tämligen okontroversiell bland debattörer som är värda att ta på allvar är det tydligt att det vid konstruktion av systemet numera finns en större benägenhet att ta risker i syfte att effektivisera; jfr t.ex. förslagen och diskussionerna om (i) utvidgat förverkande, (ii) ägaransvar i trafiken, (iii) retroaktivitet gällande preskriptionstider (iv) den s.k. luckan gällande psykan svar samt (v) grooming. I samtliga fall handlar det egentligen om att ganska grundläggande rättssäkerhetsprinciper är satta under tryck.

kanske borde man fråga sig om det inte är det en sak att vara säker på att man tvivlar – och en helt annan att vara säker på att man har rätt. Det kan också finnas också anledning att ställa frågan, om inte det förhåller sig så att de skäl som duger som grund för att anföra tvivel långt ifrån alltid duger som skäl för att tro något. Påståendet att en omständighet under vissa förutsättningar kan berättiga tvivel samtidigt som det inte kan tillmätas något egentligt bevisvärde är kanske inte alldeles orimligt?

Problematiken kompliceras – det ligger underförstått i vad som ovan sagts – ytterligare av att brottsoffer har ett fullt legitimt intresse av att övergrepp leder till lagföring. I sammanhanget kan t.ex. hänvisas till en kommentar som fällt i debatten kring den reform av 6 kap. brottsbalken som gjordes 2005:

”När Tumbafallet avgjordes i HD ansågs bevisningen inte räcka till att visa att kvinnan verkligen var i hjälplöst tillstånd. Expertutlåtandet om hennes alkoholnivå under natten, baserat på blodprov taget dagen därpå, avfärdas som otillräckligt. Kvinnan kanske bara var rejält berusad och ’hämninglös’.

Männens handlande bär ’spår av hänsynslöshet’, men det räcker enligt HD inte för att handlandet ska vara brottsligt. Kvinnan har ’inte kunnat redovisa annat än minnesfragment’, medan männen ’samstämmigt berättat om vad som utspelade sig’ i lägenheten, och ’deras berättelser skall därför läggas till grund för bedömningen’.

Detta sätt att resonera ifråga om bevisningen är den prejudicerande betydelsen av domen. För att kunna hävda sig som brottsoffer vid en ord-mot-ord-bedömning måste man kunna minnas vad som hände. Kvinnor som sexuellt utnyttjas när de faktiskt befinner sig i hjälplöst tillstånd och som därför inte kommer ihåg och kan berätta, har därmed inte något skydd om det inte finns teknisk bevisning om hennes tillstånd. Mannens berättelse läggs då till grund för domstolens bedömning. Är det flera män och stämmer deras berättelser överens är bevisläget ännu klarare. Förslaget till ändring av sexualbrottsregleringen är i den här delen ett rent slag i luften.

Om det går att bevisa att en kvinna som utnyttjats sexuellt av flera män varit i hjälplöst tillstånd, och om det går att bevisa att männen insåg detta, så ska männens brott kallas grov våldtäkt. Men vad hjälper det, om det i praktiken inte går att bevisa?

HD:s dom skapar ett Moment 22 och lagförslaget gör inget för att ändra detta. Är en kvinna medvetlös eller redlöst berusad när hon utnyttjas sexuellt minns hon inget efteråt, och minns hon inget efteråt kan männen inte dömas om de berättar att hon visst var med på det hela. Det som oroar – och stöter – i HD:s dom är oviljan att se verkligheten. Det faktum att männen inbjöd kompisar och en taxichaufför att delta i utnyttjandet ses varken som ett tillräckligt bevis för hjälplöshet eller för att männen insett detta. Inte heller ser HD att den formulerar ett Moment 22.³⁷

Författarnas text pekar enligt min mening helt korrekt (och delvis indirekt) mot det dilemma som vi står inför när det gäller konkreta brott där ord står mot ord.

Å ena sidan är det otillfredsställande att fälla personer till ansvar på ett underlag som är så svagt att vi knappast – i ord mot ord-situationer finns sällan säkra sätt att avgöra vem av två personer som talar sanning – kan påstå att det är styrkt vad som har hänt. (Kanske borde man därför fråga sig om det är alldeles orimligt att man "[f]ör att kunna hävda sig som brottsoffer *vid en ord-mot-ord-bedömning* måste ... kunna minnas vad som hände" (min kursivering) eller att "mannens berättelse läggs ... till grund för domstolens bedömning" om kvinnan "inte kommer ihåg och kan berätta" och det därtill saknas "teknisk bevisning om hennes tillstånd".)

Å andra sidan leder krav på ett allt för starkt underlag till att många (riktigare vore egentligen att säga: ännu fler) som faktiskt blivit utsatta för övergrepp kommer att få se förövaren frikänd, ofta efter en lång och plågsam domstolsprocess, eller se åklagaren besluta om att inte väcka åtal med hänvisning till att brott ej kan styrkas.

Ett godtagande av (existensen av) denna konflikt, som – vare sig vi vill eller inte – är en konflikt som måste hanteras, betyder inte med automatik ett godtagande av beskrivningen av situationen som ett slags Moment 22. Att en person inte minns något av den ifråga-

³⁷ Diesen & Leijonhufvud 2004.

varande händelsen är naturligtvis inget som implicerar icke-övergrepp (tvärtom), och det är därmed inte heller något som ger upphov till den läsning, cirkel, paradox – eller vad man nu vill kalla det – som begreppet konnoterar. Inte heller tycks det vara särskilt konstruktivt att förneka *vare sig* att teknisk bevisning och annan stödbevisning, i vissa avseenden och under vissa förutsättningar, kan ha avgörande betydelse för möjligheterna att fälla till ansvar *eller* att det under vissa omständigheter kan vara svårt att styrka ett åtal.

Dessa reservationer skall emellertid inte skymma det centrala: att det i grunden finns konflikt som vi måste hantera. Ibland sägs att målsäganden rimligen inte kan ha något intresse av att oskyldiga fälls till ansvar och att motsättningen mellan målsägande och tilltalad är konstruerad. Detta är i någon utsträckning riktigt, men det bör samtidigt stå klart att målsäganden i många fall – till skillnad från domstolen, och till skillnad från pressen och allmänheten – vet både vem gärningsmannen är och vad som har skett. Någon ren konstruktion är det således inte fråga om.

Som antytts ovan finns det goda skäl att åter besöka vår lilla stad:

Mäster Antons lik placerades i en kista i Vårfruklostrets kyrka, framför altaret och framför den Kristusbild som han själv snidat. Under den första natten skall ett under ha skett. Blod lär skall ha sipprat fram från kristusbildens panna och det sägs att det pågick så länge som fru Ursula ännu inte ångrat sitt hat. Händelsen skapade oro i staden, vilket i sin tur föranledde borgmästaren att samla stadens äldermän i rådhuset för överläggningar. När det under dessa möten berättades om undret som skett i Vårfruklostrets kyrka beslöts – efter inte obetydligt kollektivt tryck – om gudsdom och eldsprov. När fru Ursula underrättades om beslutet vägrade hon att genomgå provet frivilligt:

”Mellan mig och mäster Anton är dom redan fälld och till min förmån. Ty höll han mig fången, sedan han tagit mig mot min vilja, och plågade mig med en förhatlig kärlek. Men då min förtvivlan var som störst, fällde Gud domen, i det han lät honom dö inför mina ögon utan någon min förvållan eller skuld.”

Stadens män höll emellertid fast vid sitt beslut, liksom fru Ursula vid sitt. Fram träder då Bertrand och säger:

"Plåga inte längre fru Ursula. Jag vill vid korset svära på hennes oskuld och genom att begå eldprovet fria eller fälla oss båda."

I väntan på eldprovet förtärs fru Ursula av tvivel och oro, för om hon skulle ha del i mäster Antons död, då skulle Bertrand förgås i lågorna. Om sin oro samtalar hon med munken:

"I veten väl att jag önskade min husbondes död. Kan viljan allena döda? ... I veten väl, fader, att jag hatade min husbonde. Förvisso hatar jag honom ännu för all den skada och ofröjd, han berett mig. Så sägen: kan hatet allena döda?"

Munken besvarar frågorna nekande, men fru Ursula är fortsatt utan ro. Hon vandrar av och an i rummet och minnar sig sitt sista möte med maken. Hon tänker på hur han klivit in i rummet, hur han gått bort till en plats en bit bort och där bett henne om dryck. Hon går nu själv den sträcka han gick den kvällen och ställer sig på samma ställe där han stått, alldeles framför spegeln. Då faller himlen ned över fru Ursula. Ty nu ser hon i spegeln att munken, som tydligtvis känner ett behov av att svalka sin strupe, går fram till skänken där fru Ursula stått den mörka kvällen. Hon ser hur han lyfter kruset och fyller sin bägere.

"Och vid samma spegel hade Mäster Anton stått och vid samma skänk fru Ursula, då hon tömde giftet i bägaren. När hon nu ser och förstår, att hennes onda vilja och anslag blivit mästaren uppenbarade, och att skräcken och sorgen vållat hans död, blir hennes skräck ej mindre än hans."

Straffrätten är inte lätt. Vad gäller sakfrågan får vi nu, efter att ha fått den skrämmande hopens rop på hämnd konfronterad med munkens berättelse, se hur fru Ursula – som tidigare gått från svart till vitt – blir gråtonad, precis som de flesta av de verklighetens figurer vi kallar människor.

Trots att vi är i litteraturen och i ett rum där ingen av de medverkande har intresse av att dölja något för oss, är det närmast omöjligt att med säkerhet slå fast vad som har skett.

I en novell om novellen framhåller Elena Balzamo att det finns

tre olika förklaringar planterade i texten (varav åtminstone två skulle kunna ses som allvarligt menade hypoteser i en brottmålskontext):

”Varför dör mästern Anton? Bergman antyder tre möjliga förklaringar:

- I. Slumpen: hans död vållas av helt naturliga skäl (samma dag får han två hjärtbesvär, vilket understryks nog av författaren) – i så fall har hustrun ingen skuld.
- II. Själamordet: mästern Anton dör av hjärtattack, men denna kroppssjukdom är följden av en fatal sinnesrörelse. Han är ju underrättad om hustruns mordiska planer, han vägrar att tro på dem – och plötsligt ser han i spegeln att hon håller på att blanda giften i drycken. ...
- III. Nemesis divina: Gud upprättar rättvisan genom att straffa maken och samtidigt hindrar han hustrun från att begå ett brott.”³⁸

Det bör noteras att flera av de mest uppmärksammade och omdebatterade straffrättsliga målen på senare år – exempelvis Tumbafallet och målet angående de s.k. Stureplansprofilerna – har avgjorts genom bedömningar på sakfrågeplanet. Möjligen finns skäl att fundera över om inte detta borde påverka debatten?

Straffrätt är inte lätt på rättsfrågeplanet heller. Åtminstone inte alltid.

Det skall inte förnekas att åtskillig tid i domstol går åt till att hantera ganska enkla fall av exempelvis misshandel, narkotikabrott och rattfylleri. Att det enkla dominerar – och hamnar i domstol oftare inom straffrätten än inom civilrätten – är helt naturligt och hänger samman med att straffrättens funktion inte primärt är lösa tvister, utan i stället att konsekvent lagföra personer som begått brott.

Man skulle kunna uttrycka det så att den åklagare som inte tar det enkla till domstol begår tjänstefel, medan det partsombud som strävar efter att ta den enkla tvisten till domstol i regel (och alldeles

³⁸ Balzamo 2000 s. 42.

oberoende av om enkelheten går i en för klienten positiv eller negativ riktning) gör sin klient en otjänst. Det fordras skäl för att man skall vilja tvista om det uppenbara.

Mängdfallens dominans får emellertid inte skymma komplexiteten i det övriga. Dessutom finns det åtskillig oupptäckt komplexitet i det föregivet enkla.

Också här bjuder novellen på goda och illustrativa exempel. På rättsfrågeplanet är komplexiteten kanske till och med större än vad Bergman och Bergmanforskarna tycks ha föreställt sig.

Bergman har uppenbarligen inte tänkt tanken att fru Ursula, genom att börja blanda en förgiftad brygd till Mäster Anton, skulle kunna ha gjort sig skyldig till något slags försöksbrott.

Om bedömningen görs enligt nutida svensk rätt kan man försiktigtvis säga att försöksansvar i vart fall knappast är uteslutet.³⁹ Jag måste emellertid erkänna att jag – särskilt med beaktande av att novellen saknar mer exakta tidsangivelser – inte har brytt mig om att ta reda på hur det förhöll sig i den medeltida stad där berättelsen utspelar sig.

Att munken genom sitt handlande räddar fru Ursula från ett nutida förberedelseansvar synes vara ganska entydigt, vilket kan sägas illustrera skillnaden mellan de olika farerekvisiten i 23 kap. 1 § och 23 kap. 2 § brottsbalken.

En annan dogmatisk fråga som mer eller mindre slätas över är frågan om fru Ursula kan göras ansvarig för Mäster Antons död om han har dött till följd av att han chockats när han sett att hon blandat honom en giftbägare. I Bergmanlitteraturen tycks man, som ovan framgått, inte tveka: Om Mäster Anton har dött av chocken,

”då är kvinnan [fru Ursula] en mörderska”.⁴⁰

Min enkla bedömning är nog – framför allt med hänvisning till principer och krav rörande gärningens oaktsamhet⁴¹ – mer eller mindre helt omvänd. Jag tänkte inte närmare motivera detta utan nöjer mig med att konstatera att Bergman i det här avseendet – dvs. att han förmedlar en inte helt nöjaktig, eller åtminstone förenklad, bild av straffrättens innebörd – knappast skiljer sig särskilt mycket från vare

³⁹ Jfr t.ex. NJA 1985 s. 544 och NJA 1992 s. 679.

⁴⁰ Se Balzamo 2000 s. 42.

⁴¹ Se Jareborg 2001 s. 211 ff.

sig Hollywoodproduktioner eller från standardjournalistik, låt vara att det ibland finns skäl att betrakta gradskillnader som artskillnader.

Fru Ursula står i salen med borgmästaren framför sig. Han befäller henne att tömma den bägare som hon tänkt använda för att förgifta sin make. Hon inser att hon vare sig hon tömmer den eller ej kommer att hållas ansvarig för Mäster Antons död.

"Och förvisso hade hon även tömt den, om icke hennes stolthet stått henne bi, och om icke samvetet fört hennes talan.

Vem dömer – ?

Framför henne står herr borgmästaren, hotfull och hög, sträng och vis. Han är lagen och domen. Vad vet han om hennes skuld eller oskuld? Intet. Eller de värdiga och bistra män, som omgiva henne på alla sidor, bisittare i rätten, rannsakare och domare – vad veta de? Eller packet som börjar larma vid husets port? Eller herr Bertrand själv, som älskar henne och misstror henne? Vad veta de?

Vem dömer?

Guds dom var fälld. Och de kvalde Guds dom.

Så mände hon väl döma själv och betyga sin oskuld.

Jag tror inte att straffrätten kan vara allt. Jag tror inte att straffrätten bör upphöjas. Jag tror inte heller att straffrätten kan tillåtas vara vare sig den enda eller slutliga *berättelsen* om, eller den enda eller slutliga *måttstocken* för, mänskligt handlande. Jag tror kort sagt att man bör betrakta straffrättens anspråk på världen som begränsade. Straffrätten är inte allt.

I novellen är det tydligt att den samhälleliga rättvisan hela tiden är närvarande, men den utgör bara en nivå av flera. Fru Ursulas efter hand inledda funderingar om skuld och ansvar går i riktning både inåt – till hennes eget samvete, till kritisk moralisk reflektion – och uppåt, mot gud och högre makter. Och berättelsen öppnar också upp för tanken att vissa faktorer kan vara relevanta i vissa sammanhang, men inte i andra.

Exempelvis kan det faktum att äktenskapet varit ofrivilligt och närmast beskrivs i termer av våldtäkt kanske inte tillmätas någon betydelse när det gäller rättvisan på samhällelig nivå, men det hindrar inte att det kan ha betydelse på andra plan.

Rättvisan framställs vidare (och därmed) på flera sätt, som det har uttryckts, ”som bristfällig och otillräcklig”. Det gäller både såtillvida att den första domen – den som avkunnas till följd av munkens berättelse – ifrågasätts och prövas genom en gudsdom, men också såtillvida att rättvisan liksom dess bilder och berättelser är kuperade: för fru Ursula är det tydligt att varken borgmästaren, Bertrand eller packet som larmar vid husets port egentligen kan döma på ett rättvist sätt:

”Vad veta de om hennes skuld och oskuld?”

Är det i alla delar främmande att tänka sig att detsamma i viss utsträckning gäller utanför novellen? Att straffrätten inte är alltid är allt?

En dylik utgångspunkt löser naturligtvis i sig ingenting.

De konflikter som ovan har skisserats kommer i grunden att finnas kvar.

Valet av utgångspunkt kan emellertid kanske påverka konflikternas styrka och betydelse. Man skulle kunna uttrycka det så att utsagor alltid är kontextberoende och att man inte kan förstå innebörden av vad som sägs om man inte tar hänsyn både till *varför* något sägs och till *de förutsättningar* under vilka något sägs.

Kanske är det här man kan finna sig en väg framåt genom den snåriga vegetationen?

Låt oss börja med att slå fast att de straffrättsliga berättelserna i många fall ses som viktiga.

Oerhört viktiga.

Lika uppenbart är att de tar plats på ett sätt som är nästan omöjligt att värja sig emot. Den som tvivlar kan roa sig med att gå igenom några normaldagars förstasidor och programvinjetter. Straffrätten kan kanske inte mäta sig med Melodifestivalen eller den för tillfället populäraste dokusåpan, men den ligger inte långt därefter.⁴²

⁴² Och där Melodifestivalen i första hand utgör ofarlig förströelse av sockervaddskaraktär utgör straffrättsunderhållningen – liksom mycken annan ”infotainment” – ett slags infektion av ett samtal som bör föras på allvar.

Straffrätt är med andra ord – trots att ganska få av oss utsätts för annat än bagatellartade brott – väldigt mycket vardag. Livet finns naturligtvis också utanför medierna, men knappast utan dem; berättelsen om brottet – fiktiv eller dokumentär – är en del av livet.

Man kan förvisso i tidningen Advokaten läsa en skadeståndsrättslig programförklaring av Mårten Schultz som delvis antyder annat:

”Det är en seriöst menad vetenskaplig förklaring av ett rättsområde som kommit att växa till att bli ett av rättsordningens mest dynamiska och intressanta, vars moderna utveckling varit dramatisk och som mer och mer tagit över straffrättens funktion av att tillhandahålla ’juridiska berättelser’ för allmänheten.”⁴³

Med all respekt – både för uttalandet som sådant och för Schultz ambitioner⁴⁴ – vill jag (i något beklagande ton) påstå att han har tvärfel: Straffrätten har, tyvärr, aldrig på ett tydligare sätt än nu upprätthållit tätt positionen vad gäller distributionen av juridiska berättelser. Viktigare än denna tvekamp disciplinerna emellan är emellertid att Schultz, såvitt kan förstås helt i linje med vad jag försöker säga, framhåller betydelsen av just berättelsen.

Straffrätten är inte allt.

Ovan har fokuserats på den straffrättsliga berättelsens vikt och viktighet. Innan vi återvänder dit kan det finnas skäl att ta ytterligare ett steg tillbaka och betrakta straffrätten i ett rent instrumentellt perspektiv. (Det sagda implicerar inte att berättelsen inte kan ingå som ett element i det instrumentella.) Låt oss alltså anlägga ett perspektiv där det handlar om att straffrätten skall leda till resultat – exempelvis i form av minskad (eller icke-ökande) brottslighet.

Inte heller i detta perspektiv är straffrätten allt.

Det är emellertid tydligt att straffrätten också här uppfattas som viktig. Detta framgår av åtskilliga inlägg i den centrala kriminal-

⁴³ Schultz 2007.

⁴⁴ Artikeln innefattar en plädering för betydelsen av rättvisa som jag i mångt och mycket sympatiserar med. Jag tror själv att man för straffrättens del skulle kunna tala om en mycket grundläggande princip som skulle kunna benämnas principen om rättvis bestraffning och som ligger betydligt djupare än vad vi vill tro. Se Asp 2007 s. 72 not 15; temat utvecklas i Asp 2008.

politiska debatten, men det framgår också mer indirekt där det i olika sammanhang talas om behovet av eller nödvändigheten av straffrättslig reglering. I sammanhanget kan exempelvis hänvisas till EG-domstolens banbrytande avgörande i den s.k. miljödomen, C-176/03, i vilken EG-domstolen slog fast att EG har straffrättslig kompetens eftersom harmoniserade straffbestämmelser ansågs vara "absolut nödvändiga för att bekämpa allvarliga hot mot miljön".⁴⁵ Jag har sagt det tidigare och säger det igen: med hänsyn till vad vi vet om straffrättens effekter är det inte alldeles lätt att övertyga sig själv om att en harmonisering (som regelmässigt bygger på en redan existerande lagstiftning) kan anses vara "absolut nödvändig".

Samtidigt som retoriken kring straffrättsanvändningen spelar på det instrumentella – genom straffrätten skall man "skydda", "komma till rätta med" och "bekämpa" – är det mycket svårt att finna stöd för tro på att straffrätten är allt, eller ens särskilt betydelsefull.

Detta har betonats av många och jag skall här inte göra annat än att peka på att det mesta – inte minst kriminologisk forskning – tyder på att det finns åtskilligt annat än straffhot som i mer betydande omfattning påverkar huruvida någon kommer att begå brott.

En någorlunda rimlig sammanfattning av vad vi tror oss veta är att existensen av ett straffsystem och en fungerande ordningsmakt har en inte obetydlig effekt (detta visar bl.a. erfarenheter från samhällen där ordningsmakten helt "upphör", t.ex. under ockupation) men att det inte kan förväntas annat än högst marginella resultat av förändringar (t.ex. skärpta straff) inom ett existerande straffsystem.⁴⁶

För den som vill "komma till rätta" med brottsligheten finns därför goda skäl att fokusera inte så mycket på straffrätten utan på andra politikområden av betydelse för brottsligheten. Med Nils Jareborgs terminologi⁴⁷ skulle man kunna säga att det är viktigare att diskutera kriminalpolitik än att diskutera straffrättspolitik (den politik som tar sikte på just straffrätten).

Straffrätten kommer inte att lösa problemet.

Samtidigt går det naturligtvis inte att förneka att straffrätten på åtminstone ett sätt är helt avgörande för brottsutvecklingen. Straffrätten är formellt sett brottskonstituerande; utan kriminalisering har

⁴⁵ Se C-176/03 Kommissionen mot rådet, REG 2005 s. I-7879, se särskilt punkt 48.

⁴⁶ Se ovan not 8.

⁴⁷ Nils Jareborg 1995 s. 22.

vi överhuvudtaget ingen brottslighet. Dessutom korrelerar den registrerade förekomsten av viss brottslighet (t.ex. rattfylleri) häpnadsväckande väl med upp- och nedgångar i polisens kontrollinsatser. Det finns med andra ord – och trots vad som ovan sagts – mycket goda möjligheter att förbättra statistiken genom lagstiftningsåtgärder. Detta sägs inte med avsikt att övertyga någon om att det är en god idé att definiera bort eller blunda för förekommande brottslighet; däremot finns det skäl att hålla dylika faktorer i minne när man studerar brottsutvecklingen.

Straffrätten är inte allt.

Straffrättens berättelser är sneda och vinda, och eftersom de inte kan göras raka bör man godta snedheten åtminstone som utgångspunkt.

Snedhet är ett slags möjlig metafor.

Man skulle också kunna uttrycka det så att straffrättens berättelse är en berättelse som på goda grunder är kuperad och begränsad, och att den ibland gör halt trots att det finns goda skäl att inte vara neutral i förhållande till det som har hänt (eller som man tror har hänt).

Detta tror jag är viktigt. Och en anledning till att jag tror att det är viktigt att inte se straffrättens berättelser som de enda eller slutliga är att en sådan syn tenderar att ge straffrätten funktioner som den är illa anpassad att uppfylla. Det tenderar också att ge straffrätten funktioner vars uppfyllande förutsätter att vi åsidosätter andra och mer grundläggande moraliska värden.

Man kan uttrycka det sagda genom att säga att straffrätten snarast bör ses som den yttersta och elementära basen i en normativ samhällsordning; inte som den första och främsta måttstocken för mänskligt handlande och heller inte som den institution som skall förse oss med allsidiga, uppbyggliga och verklighetsspeglande berättelser.

Litet provocativt skulle man kunna säga att det kanske inte alltid bör ses som ett problem om den straffrättsliga prövningen får otillfredsställande resultat.

Detta måste naturligtvis utvecklas, och jag skall här göra det i två punkter.

Den rättsliga regleringen skapar i sig berättelser om hur vi värderar saker och ting.

Det faktum att vi vid bedömningen av huruvida något utgör en våldtäkt utgår ifrån en normalform som innefattar samlag berättar något om vår värdering av olika former av sexuella handlingar (låt vara att jag tror att det är alltför förenklat att kritisera regleringen på den grunden att brotten "definieras utifrån en traditionell syn på manlig heterosexualitet").⁴⁸

På motsvarande sätt skapade den av Sexualbrottsutredningen föreslagna regleringen av våldtäkt – där hänsyn skulle tas till "den tvingades handlande före övergreppet" – en berättelse om sexualitetens och våldtäktens normer.⁴⁹

Lika tydligt är att den nuvarande lagstiftningens reglering av sexualbrott mot barn skapar något slag berättelse om tonårssexualitet (låt vara att jag kan ha svårt att känna igen mig i den berättelse som förmedlas; som berättelse innebär den ju att varje form av sexuell umgänge med en person under femton år – åtminstone i grunden –

⁴⁸ Andersson Lund 2004 s. 128. Se också Asp, Grader av kränkning – våldtäkt eller sexuellt tvång? Juridisk tidskrift 2008-09 s. 79 ff.

⁴⁹ Se SOU 1976:9 s. 136: "I lagtexten har särskilt angivits att den tvingades handlande före övergreppet kan motivera att gärningen hänförs till den lindrigaste brottstypen. Här åsyftas fall där den som blivit föremål för övergrepp mer eller mindre medvetet uppmuntrat till sexuella närmanden. Att så varit fallet behöver emellertid inte alltid medföra att brottet skall anses som mindre grovt. Andra faktorer kan föranleda annan bedömning." Jfr även kritiken i t.ex. Leif Bylund 1976 och i Kvinnobulletinen nr 2-3 1976. I sammanhanget kan framhållas att det för mig är en icke-fråga huruvida också den som varit aldrig så uppmuntrande, haft aldrig så mycket sex med gärningsmannen etc. kan våldtas på ett aldrig så straffvärt sätt på samma sätt som det är uppenbart att det har funnits en helt annan, och i många avseenden överslätande, attityd mot och syn på sexuella övergrepp i nära relationer. Det är emellertid inte detsamma som att säga att det är självklart att parternas relation inte under några omständigheter kan ha betydelse för t.ex. straffvärdebedömningen. Exempelvis är det inte självklart att "främlingsskap", allt annat lika, inte kan öka graden av integritetsintrång. Jfr även Wertheimer 2003 s. 156, exemplet Sleep: "A and B have been dating for a month and have just begun having sex. On this occasion they had 'wonderful' sex the night before. B, who has been sound asleep, awakens to find A on top of her. A says 'Good morning'. B smiles back and says 'Good Morning'." Även om man inte godtar Wertheimers tentativa slutsats, "that the surprise intercourse in **Sleep** may be morally permissible and should not be legally impermissible, if A were to withdraw if B should object" visar exemplet att frågan huruvida man kan säga att det som har varit alltid är irrelevant, inte nödvändigtvis är helt enkel. Också om man menar att A bör vara att bestraffa, kan hävdas att kontexten (dvs. i det här fallet vad som föregick samlaget) rimligen måste ges viss betydelse vid bedömningen av brottets svårhet (frågan gäller ju hur detta fall skall bedömas i relation till andra "Sleep"-fall). Återigen finns skäl att betona vikten av gräskalan och komplexiteten.

är att bedöma som en våldtäkt; tänk t.ex. på tonårskärlek där flickan är 16 och pojken är 14).

Som berättelse om våra synder är emellertid den straffrättsliga lagstiftningen kuperad.

Den är kuperad i så måtto att den till följd av helt medvetna val å lagstiftarens sida inte tar hänsyn till allt som egentligen är, eller kan vara, relevant för en nyanserad och allsidig bedömning av en situation.

Straffrätt är juridik och ett kännetecken för nästan all juridik är att den är medvetet dekontextualiserad, dvs. den bygger på att man avskärmar vissa faktorer som rättsligt relevanta medan andra irrelevanta görs.⁵⁰ Fördelningen av faktorer i den ena eller andra gruppen kan alltid diskuteras men rätten – särskilt inte straffrätten där intresset av förutsebarhet hålls högt – kan inte ha som utgångspunkt att allt skall beaktas.

En rättvis bedömning av en gärning kan kanske inte göras utan att man tar hänsyn till gärningsmannens *hela* situation, men en sådan allomfattande bedömning är illa avpassad för att kunna hanteras i en rättsprocess – där främlingar som möts vid ett enstaka tillfälle spelar huvudrollerna och där påtagliga tidsmässiga begränsningar gör sig gällande.⁵¹ Man skulle kunna uttrycka det så att straffrätten medvetet söker undvika att ta ställning till (med Nicola Lacey's ord) "broader notions of social justice".⁵²

Den straffrättsliga lagstiftningen är kuperad också såtillvida att den, på grund av att den utgör statens yttersta maktmedel (eller ett av de yttersta maktmedlen; det kan diskuteras om inte straffrätten på senare tid har fått konkurrens av andra sanktionsformer som kan vara väl så ingripande) och har en påtagligt destruktiv karaktär (den skapar nytt lidande men inte särskilt mycket gott), är högst fragmentarisk i relation till klassen av "oönskat beteende". En lista på företeelser som är oönskade och på intet sätt moraliskt indifferentia men samtidigt icke-kriminaliserade kan göras lång; översitteri, ryggradslöshet, svek, hänsynslöshet är några exempel på beteenden som bara under vissa och ganska speciella förutsättningar är frågor som kan hanteras inom ramen för straffrätten.

⁵⁰ Se t.ex. Strömholm 1991 s. 161 och Asp 1999 s. 89 ff. (med vidare hänvisningar).

⁵¹ Jfr t.ex. von Hirsch & Ashworth 2005 s. 62 ff. som för en diskussion om i vilken utsträckning "social deprivation" bör kunna beaktas i förmildrande riktning vid straffvärdebedömning och straffmätning.

⁵² Lacey 1995 s. 14.

Kriminalisering är – skulle man kunna säga – inte bara en fråga om straffvärde.⁵³

Det kan emellertid ifrågasättas om inte proportionalitetsaspekter kan sägas tala för att påtagligt straffvärde bör ses som en stark kriminaliseringsgrund; poängen skulle vara att de rättsviseaspekter som i svensk rätt har betonats under de senaste decennierna – men egentligen alltid har legat bakom straffrättsligt tänkande – gör det omöjligt att hantera kriminaliseringsfrågan (som rör gränsen mellan klander och icke-klander) på ett sätt som helt skiljer sig från påföljdsfrågan (som rör gradering av klander); icke klander kan ju mycket väl ses som den lägsta graden av klander.⁵⁴ Denna tanke har antagligen ett inte obetydligt släktskap med idén att ultima ratio-principen är en princip som talar för kriminalisering, dvs. att principens innebörd är ”att ’i yttersta fall’ dvs. vid höga straffvärden, tar straffvärdeprincipen över”.⁵⁵ Det sagda kan också uttryckas på följande sätt: om, och bara om, en gärning har påtagligt straffvärde innebär detta i sig tillräckliga skäl för kriminalisering.

Det sagda betyder att den straffrättsliga lagstiftningens berättelser bör betraktas som begränsat kuperade. Längre än så – dvs. att kalla dem icke-kuperade – kan man emellertid inte gå. Och det synes heller inte finnas skäl att sträva efter en förändring i denna riktning.

I sammanhanget kan noteras att det i novellen tydligt antyds både en orsak till fru Ursulas (försök till) gärning och ett slags kollektivets ansvar.

I novellens andra stycke får vi veta att fru Ursula tagits till äkta av en man som hon hatar och att hon redan vid bröllopet ”anropa[t] den Allsmäktige och b[ett] den Barmhärtige” om att ”ändra hennes hug eller ock befria henne genom döden”. När mästern Anton faller samman försöker fru Ursula förstå vad som har skett och ser då tillbaka:

⁵³ Jfr t.ex. Asp 2005 s. 50 ff. Se även de halvofficiella kriminaliseringsprinciper som åklagarutredningen föreslog och som senare både har godtagits av riksdagen och har haft viss betydelse i lagstiftningssammanhang, SOU 1992:61 s. 111.

⁵⁴ Se Asp, 2005 s. 37 och 2005a s. 348. Detta är något annat än att säga att det övergripande syftet med straffsystemet och med kriminalisering (vilket måste anses vara allmänpreventivt) i viss utsträckning bör slå igenom på påföljdsbestämningsnivå (låt vara att också denna tanke handlar om att det finns vissa samband mellan straffsystemets olika nivåer). Tankar om att det på olika sätt bör finnas ett samband mellan straffrättssystemets olika nivåer har uttryckts bl.a. av Löfmarck, se t.ex. 1987 s. 412 f., och Wennberg 1994 s. 331 f.

⁵⁵ Se Jareborg 2003 s. 102.

Fru Ursula minns sin bröllopsdag med förtvivlan. Hon minns hur ärbara fruar och värdiga män förde de båda samman och gjorde ett par av dem. Och hon minns hur hon bett om ett tecken och ett under. Hon minns sina böner om befrielse. Och hon ser att Han, nu när hon fallit för frestelsen, befriat henne både från lidandet och brottet.

För den jämviktsrubbnings som ligger i det ofrivilliga äktenskapet – och som slutligen leder fru Ursula till handling – är de ärbara fruarna och värdiga männen åtminstone delvis ansvariga.⁵⁶ Att gärningar har följder genom generationer och att gärningar har orsaker har Bergman illustrerat på annat håll.

Det kan därför finnas skäl att framhålla att straffrättens avskalade karaktär inte bara innebär att det finns skadliga gärningar som inte är straffbelagda, utan också att gärningsmannen – när han eller hon väl får ansvara – ensam står ansvarig för ett händelseförlopp som det åtminstone emellanåt skulle kunna kännas angeläget att se i ett större perspektiv.

Enligt principen om att underlåtenhet kan påverka människor psykiskt, under förutsättning av att det finns förväntan på beteende, kan naturligtvis också lagstiftarens beteende tänkas påverka människor på olika sätt.

Jareborg som har utvecklat principen i ett helt annat sammanhang – i relation till bedrägeribrottet – beskriver det hela på följande sätt:

”Villfarelse kan, som förut nämnts, även uppväckas genom underlåtenhet. En underlåtenhet – eller rättare: att A inte gör något – kan vara lika motiverande som en A:s handling för B, när han kommer att acceptera ett påstående som sant Om B räknar med att A skall göra x under vissa omständigheter ... och A inte gör x, så kommer B att tro att det inte fanns anledning för A att utföra handlingen och således att ifrågasvarande omständigheter ej förelåg.”⁵⁷

Förutsättningen för direkt psykisk påverkan genom underlåtenhet är förväntan på visst agerande (förväntan på rationellt beteende, förväntan på utlovat beteende etc.). Psykisk påverkan kan innebära att man

⁵⁶ Elena Balzamo 2000 s. 46.

⁵⁷ Jareborg 1986 s. 195.

får den andre *att tro något* (för bedrägeribrottets del tro något felaktigt), men påverkan kan naturligtvis vara av annat slag, t.ex. påverkan som får den andre att känna något (t.ex. besvikelse). Det centrala i förevarande sammanhang är att vi – under vissa givna förutsättningar – kan uttrycka oss genom underlåtenhet.

Det sagda betyder att den berättelse vi kan konstruera utifrån lagstiftarens underlåtenhet att kriminalisera i stor utsträckning *är beroende av våra förväntningar*.

Om vi tar som utgångspunkt – och ständigt bekräftar – en bild enligt vilken gäller:

att lagstiftaren har kriminaliserat allt som kan karaktäriseras om en kränkning,

att lagstiftaren inte kan uttrycka sitt stöd för en utsatt grupp på annat sätt än genom kriminalisering,

att icke kriminalisering är detsamma som ett underkännande av en problembild,

då kommer vi också att finna snart sagt varje beslut om icke-kriminalisering problematiskt, eftersom lagstiftarens underlåtenhet ger uttryck för ett tydligt budskap som riktar sig mot en utsatt grupp. Kanske kan detta budskap – denna frånvaro av support – i sig ses som kriminaliseringsrelevant skada?

Tendenser till detta sätt att resonera går att finna bl.a. i debatten kring kriminalisering av barnpornografi under senare delen av 1990-talet: Vi måste visa barnen att vi oreserverat står på deras sida. Jag påstår inte att en dylik utgångspunkt är oriktig eller verklighetsfrämmande, men jag vill starkt ifrågasätta om den inte leder vilse.

Den straffrättsliga berättelse som kommer ut ur en *brottmålsprocess* är kuperad också i den meningen att berättelsen bygger på givna förutsättningar, av vilka de viktigaste har att göra med reglerna om beviskrav och bevisbörda. Brottmålsprocessen kan sägas ta sin utgångspunkt i principen *in dubio pro reo* (oskuldspresumtionen), och om också man kan diskutera var den nivå skall ligga där åklagaren kan anses ha uppfyllt sin bevisbörda, är det otänkbart, om inte annat därför att den har starkt stöd i Europakonventionen och andra reglering-

ar av mänskliga rättigheter, att frånga denna utgångspunkt.⁵⁸ Detta betyder att resultatet av en straffrättslig prövning, den straffrättsliga berättelse som produceras av brottmålsprocessen, inte nödvändigtvis är särskilt uppbygglig eller rättvisande.

Enkelt uttryckt: utrymmet för att frikänna den som är skyldig är stort och det kan till och med sägas förutsättas att domstolarna i relativt stor utsträckning skall komma till resultat som är felaktiga (i den meningen att domstolarna bygger bedömningen på ett händelseförlopp som inte har inträffat).

Det sagda innebär inte ett förnekande av att man ibland – eller inte sällan – måste ta ställning till konflikter på ett bristfälligt underlag, men väl en erinran om att straffrättsliga ställningstaganden är särskilda.

Den bild som jag här ger av den straffrättsliga berättelsen såsom i flera avseenden kuperad kan rimligen inte vara kontroversiell; jag skulle närmast – och åter igen – vilja tala om den som något ytterst grundläggande och banalt.

Bilden har emellertid vissa konsekvenser som – åtminstone om man ser närmare på den straffrättsliga diskursen – framstår som kontroversiella.

Den första och viktigaste konsekvensen är att straffrätten aldrig får betraktas som den enda eller ens primära formen för kommunikation av vare sig skuld och ansvar eller stöd och empati. Straffrätten är inte allt. Och den kan heller inte förväntas vara den samhällsliga institution som förser oss med allsidiga, uppbyggliga och verklighets- speglade berättelser.

Vi behöver i relation till den utsatte, den tilltalade (och till gärningsmannen) också andra och mer nyanserade verktyg för det moraliska samtalet.

Straffrätten bör inte – jag är frestad att skriva får inte – utgöra den slutliga måttstocken för vad en människa skall, får eller bör göra. Det finns åtskilliga situationer där man bör avstå från att göra det som är straffrättsligt tillåtet och det är långt ifrån uteslutet med en moralisk förpliktelse att begå brott. Och också om bedömningen från straffrättslig synpunkt är klar, finns det andra, och för straffrätten irrelevanta, faktorer som måste kunna diskuteras och hanteras.

Den straffrättsliga rättvisan berör bara det *samhälleligt institutio-*

⁵⁸ Jfr emellertid Nestius 2007 som både i rubriken och i löptexten talar om att "[d]et är dags för omvänd bevisordning".

naliserade samtalet om skuld och ansvar. Detta samtal är på många sätt fyrkantigt och formellt. Om det utgör det enda samtalet är vi erbarmligt fattiga.

På motsvarande sätt finns skäl att betona att straffrätten är kuperad också vad gäller berättelsen om målsäganden och om hans eller hennes situation. Framför allt i ett brottsofferperspektiv finns det anledning att med enfass värja mot ett synsätt där brottmålsprocessens berättelser ges en exklusiv ställning. Tvärtom bör konsekvent betonas att straffrättens berättelser bygger på ett orättvist underlag och därför inte bör ses som det för målsäganden mest centrala, att förväntningarna på fällande dom bör vara lågt ställda osv.

Frågan förtjänar att ställas om inte den enskilt största otjänst vi kan göra de personer som utsätts för brott, är att underblåsa en bild av att den straffrättsliga berättelsen är allt och att en frikännande dom innebär förlust både av värdighet och samhälleligt stöd.

Detta sker bl.a. när vi faller in i ett synsätt där brottmålsprocessen ses som ett spel med vinnare och förlorare och hejarklackar på båda sidor. Om vi väljer att tillägga varje frikännande dom, betydelsen av en förlust ökar värdet av de ofrånkomliga skador som vart och vartannat brottsoffer lider till följd av sin medverkan i brottmålsprocessen.

Tilläggas bör kanske att den ovan diskuterade bilden av brottmålsprocessen också påverkar den straffrättsliga diskursens utseende (åtminstone i den utsträckning den direkt eller indirekt är processanknuten). För att göra det hela övertydligt: en domstol som skriver om sakfrågan i ett komplicerat mål kommer att pröva (ifrågasätta) målsägandens berättelse upp till den nivå då brottet kan anses styrkt, samtidigt som den kommer att godta den tilltalades berättelse så länge den inte är så osannolik att den kan lämnas utan avseende.

Det är inte märkligt om många brottsoffer upplever att de utsätts för ytterligare kränkningar i processen och denna upplevelse förstärks om vi ger felaktiga förväntningar på brottmålsprocessen.

Det tycks mig finnas goda skäl att göra skillnad på de berättelser som uppstår genom utfärdande av generella normer och de som uppstår genom bedömningar av det enskilda. Detta gäller särskilt när bedömningen av det enskilda bygger är beroende av osäkerhet om vad som inträffat. Det gäller i mindre utsträckning när det i bedömningen av det enskilda ingår en precisering av generella normer.

Det är och förblir en väsentlig skillnad på att å ena sidan säga att det inte är kriminaliserat att göra x och att, å den andra, säga att det i ett enskilt fall inte är styrkt att den tilltalade gjort x. Jag är därför fortfarande förundrad över att NJA 1996 s. 418 inte väckt mer uppmärksamhet. I relation till åtskilliga andra fall – där inte jag, men många andra vet vad som har hänt – tydliggjorde detta avgörande påtagliga brister i det rättsliga integritetsskyddet; det stod efter rättsfallet klart att uppenbart straffvärda handlingar, vilka närmast kan beskrivas i termer av ”användande av en sovande person för sexuella ändamål utan annat än flyktig beröring” inte var kriminaliserade.

Summa summarum: Straffrätt är inte allt. Rätten är inte allt. Detta är ett tema som återkommer i Bergmans författarskap. Som doktor Lesage uttrycker det i Herr von Hancken:

”Rätten kunna vi icke åberopa oss på. Men finns det då icke något högre än rätten?”

Samma grundmening men uttryckt med andra ord och än tydligare fokuserande på rättens normativa funktion finner vi i Clownen Jac:

”Rätt är rätt, naturligtvis, men är det alltid rätt att handla rätt?”

Det är frestande att avsluta denna text med något slags sammanfattning, och även om en sammanfattning förenklar och därmed fördunklar har jag fallit för frestelsen.

Det jag har velat säga är egentligen inte annat än att livet och verkligheten och frågor om skuld och ansvar är ganska komplexa små saker. Novellen illustrerar tydligt att det finns flera sätt att beskriva ett händelseförlopp och inte ens den allvetande författaren ger oss något säkert svar på vad som egentligen har hänt.

Vi får t.ex. hopens uppretade korståg mot fru Ursula konfronterat med insikten om att Mäster Anton faktiskt aldrig drack ur bägaren, och vi får korståget konfronterat med det faktum att bägaren inte heller innehöll gift. När vi har kommit till ro med den insikten får vi den snart konfronterad med fru Ursulas upptäckt att Mäster Anton

i spegeln har sett hur hon har blandat gift i bägaren. Och därigenom ser vi också möjligheten att hon faktiskt har orsakat hans död. Och bakom den här väven ger Bergman också tydliga anvisningar om att Mäster Anton kan ha dött en helt naturlig död. Och samtidigt vet vi hela tiden att fru Ursula verkligen velat döda sin man.

Med andra ord: Fru Ursula hinner med att vara både svart och vit och grå innan berättelsen är slut, och allt det här skiljer sig på väsentliga punkter från nästan alla de straffrättsliga berättelser som dagligen sköljer över oss.

Man skulle kunna säga att själva poängen med dessa utflykter har varit att framhålla att gråskalan behöver försvaras. Och det inte bara på det sättet att vi bör vara ödmjuka inför de rent kunskapsmässiga svårigheterna som vi ställs inför, utan också på så vis att man kan försvara och stå upp för annat än enkla lösningar och ensidiga perspektiv.

Enkla exempel är att en människa kan vara både brottsoffer och gärningsman, att domskäl kan vara usla samtidigt som utgången kan vara riktig, att man kan hävda den enskildes ansvar för sina gärningar samtidigt som man inte förnekar att samhällseliga faktorer starkt påverkar brottslighetens omfattning, att man kan se problem både med bristande effektivitet och bristande rättssäkerhet osv. Man bör i sammanhanget inte blunda för det faktum att borgmästaren hade goda skäl att gripa fru Ursula. Samtalet om straffrätten tillåter emellertid sällan några nyanser.

Frågan är emellertid om vi kan stanna där.

Poängen har också varit att fråga om debatten kanske handlar om andra saker än vi vill tro och kanske ytterst om straffrätten som medel både för tvång och berättande. Jag är själv benägen att tro att åtskilliga av de konflikter som visar sig i debatten om rätten egentligen inte bottnar i en oenighet på ytnivå, utan rör betydligt mer grundläggande frågor om straffrättens funktioner och berättelser.

Kanske kunde denna text ses som en inbjudan till ett samtal om dessa frågor.

CLAES LERNESTEDT

UPPLÖSTA KROPPAR, UPPLÖSTA SINNEN: MEDVERKANSLÄRAN OCH BORTOM

”Det är en mycket djup distinktion. Skillnaden är mycket stor mellan en människosyn och en moral som säger vad man *får* göra och en moral som säger vad man *får ha lust* att göra.”¹

”Vi ska vinna kriget mot terrorismen, sade Bush. Vi kommer inte att särskilja dem som utfört dåden från dem som planerat attentaten, fortsatte Bush som var klädd i en svart kostym och mörkblå slips ... Vi skiljer inte heller på attentatsmännen och dem som hyst dem hos sig.”²

”Samla sig män tillhopa, och sätta sig upp emot Konungens, eller thes befallningshafvares bud; tå straffes upphovsmannen, som förr är sagdt, och af the andra miste, efter lott, hvar tijonde man lif sitt, och plichten the öfrige hvartera med fyratijo par spö ...”³

¹ Nørretranders, Märk världen, s. 325.

² Dagens Nyheter, 2001-09-12.

³ 1734 års lag, MB 6:2 (rörande myteri).

1 ALLMÄN INLEDNING. MEDVERKANSLÄRAN ...

I begynnelsen var gruppen. Troligen, i alla fall, även om vi inte kan veta alldeles säkert. Medan *Rousseau*, *Locke* och andra författare, i framhållandet av samhällsföredraget som startpunkten för det som vi må kalla för det mänskliga samhället, torgförde idén om människorna som fram till fördraget enskilda atomer, avskilda från varandra (inte så avskilda, dock, att de inte ofta hamnade i strid med varandra, på ett sätt som enligt *Hobbes* ledde till att livet blev "solitary, poor, nasty, brutish and short"),⁴ tänker man nog i dag snarare på människan – den nutida såväl som den dåtida – som ett socialt, förhandlande, politiskt djur,⁵ vilket redan "från början" av nödvändighet, bland annat för att kunna kompensera för en relativ fysisk svaghet i förhållande till många andra arter, levde och agerade i grupper, sammanslutningar och därmed närmast oundvikligen i olika slags maktkoalitioner- och hierarkier.⁶ Gruppen måste, sammanfattat, redan "från början" ha varit en utmärkt framträdande entitet.

Avsevärt närmare vår tid vägledde ett av gruppbaseade idéer präglad tänkande länge också utformningen av det vars motsvarighet vi i dag tänker på som *straffrätt*. Så var fallet i den förkristna tiden i Sverige, och så fortsatte sakerna under en relativt lång tid att betraktas också efter landets kristnande, under bägge dessa perioder inom ramen för det som med en samlingsbeteckning brukar kallas för *ättesamhället*. I detta samhälle handlade det inte (bara) om individer som efter behov lierade sig med och mot varandra: tanken på gruppen som den relevanta sociala enheten gick betydligt djupare än så. Om en medlem av ätten A orsakade en medlem av ätten B objektiv skada så fanns det, oavsett om skadan orsakats uppsåtligt, oaktsamt eller av ren (icke-culpabel) olyckshändelse, en rätt för den kränkta ätten att hämnas mot vilken som helst person (eller i vart fall vilken som helst mansperson, bör kanske sägas) tillhörig ätten A. Icke-individella entiteter var vad som stod mot varandra.

⁴ Tilläggas till citatet bör kanske att t.ex. *Locke* hade en mer positiv bild än *Hobbes* i fråga om läget i naturtillståndet. Detta kan nog i sin tur till stor del förklaras av att *Hobbes* i grunden argumenterade för en stark, i många avseenden oinskränkt makt för den styrande, medan *Locke* snarast strävade efter att begränsa denna makt.

⁵ Uttrycket "zoon politiko'n" kommer från *Aristoteles*, *Politiken* I. En innebördsmässigt mer korrekt översättning än "politiskt djur" är "social varelse" eller "samhällsvarelse". Se t.ex. *Liedman*, *Att se sig själv i andra*, s. 71.

⁶ Av intresse är t.ex. *Harcourt & de Waal* (red.), *Coalitions and Alliances in Humans and other Animals*, samt *de Waal*, *Good Natured*.

På bland annat två sätt kan hämnden sägas ha varit "blind". (1) Ätten, inte personen i fråga, sågs i allt väsentligt som angripare eller skadeorsakare. (2) Det vi i dag tänker på som en (personlig) klandervärdhetsdimension existerade inte. Den enda del av dagens brottsbegrepp som kan sägas ha existerat var ett rudimentärt krav på brottsbeskrivningsenlighet, emellanåt knappt ens det. Också på ett tredje sätt kunde hämnden sägas vara "blind" i relationen mellan berörda ätter: det saknades någon styrande föreställning om att orätt nummer två skulle anses ha "kvitterat" orätt nummer ett.⁷ Det torde i stället ha betraktats som att den egna orätt nummer ett *inte* (i vart fall inte "formellt") togs in i värderingen när det skulle diskuteras motåtgärder i anledning av den andra ättens orätt nummer två. Hämnden kunde därigenom fortsätta att slå som ett flipperspel mellan ätterna. Endast ojämlika styrkeförhållanden och/eller tillräckligt stark räds-la för blodshämnd (och därmed sammankopplad beredvillighet att exempelvis erbjuda respektive ta emot bot) kunde rimligen få en ände på den enskilda fejden.⁸ Under nämnda förhållanden fanns det givetvis utmärkt grogrund för starka "vi mot dom"-känslor i relationer mellan grupper, förstärkande *både* ett över tid varierande men alltid existerande "vi" *och* ett än mer varierande men likaledes alltid existerande "dom".

Ett intressant exempel på *dels* kollektivt ansvar, *dels* det faktum att ingen som dödades fick ligga ogill (hedern krävde någon reaktion), var det rätt udda institut – i vissa landskapslagar och landslagarna, samt även så sent som i 1734 års lag – som kallades *dulgadråp*: dråp där förövaren inte upptäcktes. Det ålåg i sådana fall det härad, den by eller dylikt på vars område dråpet hade ägt rum att skaffa fram förövaren. Lyckades detta inte gemenskapen fick man betala böter, oftast till konung och till den dödes efterlevande. Exempelvis stadgades i 1734 års Misgjerningsbalk, 17:1: "Finnes man eller qvinna å landet dräpen, och varder ej någor lagliga til dråpet vunnen inom natt och åhr, eller skiälige therföre misstænckt; så ska Häradet efter mantalet böta för thet dugladråp hundrade daler: Tage halft Konungen, och halft målsäganden".⁹

⁷ Inte heller boten kunde nog i detta hänseende ses som en "kvittering", snarare som ett möjligt sätt att i förväg köpa sig fri från motpartens hämndaktion. Erik Anners, *Svensk straffrättshistoria*, s. 5.

⁸ Ivar Strahl konstaterar att seden att hämnas "icke hade sitt upphov i önskan att giva eftertryck åt regler för den mänskliga sammanlevnaden". Strahl, *Urvecklingen av den svenska skadeståndsrätten*, s. 876.

⁹ Se också t.ex. Magnus Erikssons landslag, Dråpamålsbalken I, XXIX.

I takt med att tiden gick – och med central assistens av potenta ideologiska verktyg från kyrkan, närmare bestämt den i kristendomen framträdande *skuldtanken* – avtog dock successivt dominansen hos ovan nämnda föreställningar rörande agens, ansvarighet och rättfärdighet, för att ersättas av andra och mer nyanserade sådana. En dylik förändring hade att göra med synen på *kollektivet*, gruppen, som den straffrättsligt (eller, rättare, vad vi i dag tänker på som straffrättsligt) relevanta entiteten. En annan förändring hade att göra med synen på *effekten*, resultatet, av en gärning som den för bestämmande av motreaktion enda betydelsefulla faktorn. Efterhand började statsmakt och kyrka, i större eller mindre samverkan, att på olika sätt söka få stopp på den gruppbaseade hämnden. Bilden lanserades av *en* objektiv förövare, vars mest betydelsefulla egenskap i sammanhanget var den av *person*, inte av beståndsdel i den större entiteten ätten. Vidare lanserades i fråga om denne specifike förövare, denna individ, att det skulle spela avgörande roll för straffbarhet (inledningsvis, *mutatis mutandis*, för målsägandens rätt till hämnd eller bot) vilken subjektiv täckning förövaren haft vid gärningens företagande. Många torde hävda att det var först härigenom något uppkom som förtjänar att kallas straffrätt: med *dels* bytet av formell entitet, *dels* framväxande och successivt alltmer elaborerade krav i termer av (det vi i dag tänker på som) skuld som en nödvändig förutsättning för rättmätig reaktion.¹⁰

I sinom tid blev det också vanligare med straffbarhet för en persons *ambitioner* att åstadkomma viss effekt, även om den de facto, av någon orsak, inte lyckades åstadkomma den. I ett straffrättsystem som dagens svenska, vilket officiellt bekänner sig till en huvudsakligen ”objektiv” försöksideologi (liksom straffrättsideologi över huvud taget, i bemärkelsen att ond vilja inte skall kunna leda till ansvar om den inte också manifesterar sig i en skadlig eller farlig gärning), ser vi med skuldtankens introducerande uppkomsten av den ideologiska mylla som i sinom tid genererar systematisk bestraffning av försök till brott.¹¹ Som vi skall märka längre fram spelar själva ambitionen att åstadkomma något (eller ambitionen att något ”skall åstadkommas”,

¹⁰ Bytet av entitet är väl kanske i någon utsträckning också en förutsättning för skuldtankens genomslag.

¹¹ Även inom den ”subjektivering” som försöksbesträffning i *sig* kan sägas innebära finns ”subjektiva” och ”objektiva” riktningar. Om objektiv och subjektiv försöksideologi, se t.ex. Jareborg, Straffrättsideologiska fragment, s. 114 ff. samt Ashworth, Criminal Attempts. Försök berörs något mer i avsnitt 6 nedan.

önskan att något skall ske) en central roll inte bara i fråga om exempelvis försök, förberedelse och stämpling utan också i fråga om medverkansläran (och då inte minst dagens diskussion kring den): det kan ju nämligen vara så att B åstadkommer något (brottsligt), och A *vill* att just detta skall åstadkommas, men A själv åstadkommer det inte alls, eller "åstadkommer det" (eller är med och "åstadkommer det") endast på vad som framstår som ett språkligt rätt krystat sätt.

Samtliga hittills nämnda utvecklingstendenser tog lång tid: mödorna förenade med att modifiera (eller kanske snarare byta) åskådning lär i både ideologin och praktiken ha varit rätt stora. Ett antal stadganden illustrerar på ett fascinerande sätt den i olika frågor varierande långa brytningstiden. Så ett exempel från Östgöotalagen, på temat "du får fortfarande hämnas, men du måste hämnas på rätt *person*" (underförstått inte på valfri medlem av förövarens ätt):

"Nu får man ej hämnas på en annan än den som gjort gärningen, hämnas man så, då bryter man konungs edsöre".¹²

Hur uttrycket "gjort gärningen" tolkades vid denna tid lämnas här osagt. Längre nedan blir dock sådana frågor – när bör någon i varierande bemärkelser anses ha "gjort det", "utfört gärningen", "åstadkommit" något och så vidare – viktiga att behandla: rättsligt som språkligt, dogmatiskt som ideologiskt är i dag gräzonen för svar bred, så ock tillgängligt spann för det juridiska beslutsfattandet.

Straffrätten utvecklas inte i ett vakuum. Genererande den typ av utvecklingstendenser som här har berörts, inom det område som dagens betraktare skulle klassificera som straffrätt, var på det allmänna, samhälleliga planet ett allt starkare framhållande av *individen* som meningsfull entitet. Från att tidigare ha tänkts på och definierats främst som en del av sina varierande grupper och relationer (vi erinrar oss exempelvis uppdelningen i adel, präster, borgare och bönder), skulle nu individen ses som en *an sich* viktig entitet, på många sätt den viktigaste av dem alla. I den utveckling som straffrätten tog genom och efter upplysningen och exempelvis den franska revolutionen 1789 fördes individen, just i sin egenskap av individ och avskalad mycket av tillhörighet och kontext, allt starkare fram som *den* relevanta enheten att hantera. Varken samhälle (när lagarna utformades) eller den dömande Justitia (när lagarna tillämpades) skulle – enligt vad som sedermera kom att utvecklas och förfinas i likhets-, blindhets-, opar-

¹² Östgöotalagen, Edsöresbalken 2:2.

tiskhets- och neutralitetsideal – tillåtas ”se” så mycket av individen, förutom på ett styrt och förhållandevis grunt sätt. Individen skulle, som ett skydd mot orättvis och partisk behandling, inför straffrättens ögon ”befrias” från många av de samhörigheter som (i vart fall enligt nyare socialvetenskapliga betraktelsesätt) i mycket har format den till vad den är. Tas utgångspunkt i en någorlunda djupt förstådd skuldtanke framstår detta måhända som i viss utsträckning paradoxalt: samtidigt som på ett sätt fokus sattes på individen, på individuell skuldprövning, skulle individen skalas av mycket av det som måste ha präglat den.¹³

Rättsligt och straffrättsligt har fokuseringen på den ”atomistiska”, relativt avskalade individen fört med sig mycket gott i förhållande till hur sakerna gjordes dessförinnan. Där finns emellertid också en del svårigheter och frågetecken. Det har därför i fråga om varierande rätts- och samhällsområden från olika håll hävdats att *vägen framåt*, mot det (ännu) bättre, faktiskt i vissa bemärkelser måste leda *bakåt*, mot gruppen igen. Exempelvis har fokuseringen på en ”atomistisk” individbild kritiserats av företrädare för olika strukturella perspektiv. I vad specifikt rör straffrätten kan det då hävdas att individen, även om den kanske inte i så hög utsträckning bör ses som en *del* av sina sammanhang (man accepterar alltså helt och fullt den nya *entiteten* som sådan), utan fortfarande mycket just som en individ (både – givetvis – som entitet och i fråga om ansvar), i vart fall på vissa sätt bör ses som *en produkt* av dessa sammanhang (sin omgivning, sin kontext, sin historia), och därigenom som *styrd* eller i vart fall *påverkad* av dem på sätt som måste tillåtas influera utformning och tillämpning av straffrätten, vid såväl klandervärdebedömningar som annat, på såväl förövarsida som offersida.¹⁴ Även den kritik som på engelska med ett samlingsnamn brukar kallas ”communitarian”, likaledes betonande betydelsen av gruppen, gemenskapen, för den enskilde, har som måltavla bilden av en avkontextualiserad och ”atomistisk” individ. Även

¹³ Utvecklingen kunde dock också möjligen beskrivas i termer av en dubbel – och därmed bara delvis paradoxal – flykt från gruppptillhörigheten. För det första genom själva bytet av relevant fysisk entitet, från grupp till enskild individ, för det andra genom att det ”grunda” förhållningssättet motiverades bland annat med att gruppptillhörighet annars skulle påverka på icke önskvärda sätt: idealet i denna del är ett slags ”minsta gemensamma nämnare”-individ. Vad som då ändå kan kallas för en paradox är just att (den individuella) skuldtanken görs *alltför* grund, så schabloniserad att den i viss utsträckning är närmast fikcionaliserad.

¹⁴ Se översiktligt härom t.ex. Lernestedt, *Likhet inför lagen*, samt dens., *Dit och tillbaka igen* (kommande).

här hävdas att denna bild är felaktig som verklighetsbeskrivning *och* (i många fall också) som agenda för utformning av statsmaktens förhållningssätt i allehanda frågor: i extremfallet hävdas det att gruppen och gruppens intressen *qua grupp* måste värnas, oftare dock att värnandet bör ske för de gruppen tillhöriga individernas skull.¹⁵ Om för straffrättens räkning betydelsen hos strukturella perspektiv är någorlunda jämnt fördelad mellan kriminaliseringsfrågor och frågor hänförliga till straffrättens allmänna del (tillskrivande av ansvar, påföljdssystem), får betydelsen hos kommunitarianismen sägas vara relativt sett något större för kriminaliseringsfrågor.¹⁶

Inom parentes kan väl redan här sägas (temat berörs längre fram) att svensk straffrättspolitik i dag verkar uppvisa tilltagande drag av en *mindre* lyckad variant av majoritets-”kommunitarianistiskt” tänkande i bred bemärkelse, tillika av en *mindre* lyckad rörelse bakåt: ett ”Vi” som skall värnas kräver ju med nödvändighet ett ”icke-vi”, och ett ”icke-vi” kan lätt transformeras till ett ”Dom”, i extremfallet även till ett slags ”Det”, reducerat i fråga om mänskliga egenskaper.¹⁷ De tendenser som i dag kan ses i fråga om förhållningssätt kring straffrätt kan nog, i vart fall i fråga om riksdagspolitiken, beskrivas som en drift att distansera sig från lagöverträdarna: tankemässigt, emotionellt och

¹⁵ Intressanta i sammanhanget är separations- och autonomisträvanden hos olika folkgrupper inom (exempelvis) nationalstater. Samhörigheten med ens ”folk”, som en grundläggande del av ens egen identitet, menas då vara så viktig att någon form av självstyre, en egen stat e.d., behövs. Bland annat exemplet Quebec i Canada visar att det heller inte behöver vara fråga om befolkningsgrupper som kan ses som svårigen ”förstryckta” i någon bemärkelse som normalt läggs in i ordet. Något om kommunitarianism och straffrätt, se Lernerstedt, Liberalen, straffrätten och samhällsgemenskapen. Jfr också, på bredare teman kring fenomenet nationalism o.d., Anderson, *Imagined Communities*, och Tamir, *Liberal Nationalism*.

¹⁶ Begreppets mångtydighet försvårar mer långtgående slutsatser. Se, för vissa ansatser i kommunitarianistisk riktning, Nicola Lacey, *State Punishment*. Kanhända kunde också Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, i brist på bättre kategori ses som i vart fall besläktad. Lika väl som ett kommunitarianistiskt synsätt kan användas för att argumentera för *majoritetens* rätt att bestämma (t ex det straffbelagda området av gärningar) kan det i princip användas för att argumentera för minoritetsgruppers rätt att bestämma över sig själva. Se ngt i Lernerstedt, Liberalen, straffrätten och samhällsgemenskapen. Rörande motsättningar mellan minoritetsgruppens respektive de i gruppen ingående individernas intressen, se t.ex. Eisenberg & Spinner-Halev (red.), *Minorities Within Minorities*.

¹⁷ Jfr Jareborg & Zila, *Straffrättens påföljdslära*, s. 91: ”Det är viktigt att slå vakt om en självkritisk straffrätt och motverka en moralism, som bidrar till att göra en skillnad mellan Oss och Dem – brottslingarna – vilka Vi kan behandla som något annat än medmänniskor. Den sistnämnda inställningen är inte bara omoralisk, den är också hycklande. Det finns ingen människa som inte har begått brott, låt vara att de flestas brottslighet är bagatellartad, och för några kanske till och med inskränker sig till trafikbrott.”

rättsligt. Ju större distansering som åstadkoms till den andre, ju mer reducerad den görs i fråga om egenskaper, desto färre spärrar finns det, generellt sett, mot att hantera den kallt och elakt. Det sagda lär i någon mån kunna påverka också det huvudsakliga studieobjektet här: medverkanslärans hantering i senare praxis.

Låt oss nu emellertid börja sikta in oss mer specifikt i fråga om den i straffrätten långt drivna idén om *individen*. Fokus läggs i denna framställning på endast ett, av flera möjliga, problemområden ur ett straffrättsligt individ- kontra grupperspektiv: hanteringen av fleras deltagande i brott. Som en ingrediens i den både ideologiskt och praktiskt rätt långt drivna individfokuseringen är de enskilda straffbuden i princip skrivna (och tänkta) för det fallet att en enskild, ensam individ skall prövas för brott. Fleras deltagande i och vid brott aktualiserar då intressanta frågor av både teknisk och ideologisk art, bland annat frågan huruvida vägen framåt delvis leder – och bör leda – bakåt.

En generell utgångspunkt för dagens straffrätt är alltså att straffansvar är individbaserat: var och en skall – som huvudregel – svara för det och endast det som den själv gjort, inte för vad någon annan må ha gjort:¹⁸ det i grunden kollektiva ansvarets tid tänks vara förbi. Som en komplikation framstår det då att människor, som vi vet, tenderar att samagera: några kan göra något tillsammans, någon kan hjälpa någon annan att göra något eller befinna sig i närheten av någon annan som gör något. I den utsträckning som straffrätt då aktualiseras befinner vi oss i, eller i närheten av, tillämpning av det som kallas *medverkansläran*.

Även i medverkansläran får det emellertid sägas vara grundtanken att var och en skall svara endast för det som just *den* har gjort, liksom för den subjektiva täckning som just *den* har haft i relation till vad som objektivt må ha inträffat (eller inte inträffat fast det borde ha gjort det). Personer, individer, skall därför i den straffrättsliga ansvarsbedömningen separeras från varandra: de får i princip, som utgångspunkt, inte bedömas i klump.

Ytterligare en utgångspunkt för medverkansläran, en utgångspunkt som åtminstone intuitivt (och åtminstone för mig, bör tilläggas) framstår som i det närmaste oantastbar, är att när vi separerar de i något

¹⁸ Här finns givetvis en hel del undantag. Exempel på tydliga sådana är ansvarig utgivares ansvar för innehållet i tryckt skrift, föräldrars ansvar för sina barn i vissa hänseenden (se BrB 23:6 st. 2, ett stadgande som jag dock aldrig sett tillämpat) samt ansvar för vad som begås inom ramen för juridiska personers verksamhet.

visst förlopp inblandade personerna från varandra finns det också goda skäl att göra skillnad mellan dem med hjälp av kategorisering efter olika *roller*: det bör moraliskt sett (som huvudregel och i standardfallet) göras rätt klar skillnad mellan – ungefär – den som har gjort saken i fråga, någon som har hjälpt den att göra saken (men inte själv gjort saken), och någon som har fått den att göra saken (men inte själv gjort saken). I äldre rätt har emellanåt funnits långtgående formella uppdelningar efter roll, med varierande konsekvenser. I exempelvis Västgötalagen gjordes i fråga om dråp en uppdelning mellan sannbaneman (den som utfört själva gärningen), hållbaneman (den som hållit i offret), närvaromän (vilka ”varit med dråparen ... och visat fiendskap eller vrede emot den dräpne, dock utan att med råd eller gerning hjälpa till sjelfva dråpet”) och rådbaneman (som inte behövde ha varit närvarande vid dråpet, men som anstiftade eller gav råd till gärningsmannen). Sannbanemannen straffades här strängare än övriga.¹⁹

Jag vill inte hävda att i straffrätten sådant skillnadsgörande nödvändigtvis måste åstadkommas genom att olika personer formligt *rubriceras* på olika sätt, att de *kallas* för olika saker. Skillnad kan ju exempelvis också göras genom att respektive persons agerande åsätts olika straffvärde, allt efter graden av klandervärdhet, och kanske finns där ytterligare andra möjligheter till sällning och strukturering.²⁰ För mig står dock klart att sådana skillnader bör göras, inte minst för att vi annars gör dem *ändå*, och om de ändå görs bör de göras så strukturerat och transparent som möjligt. Men i detta slags grundläggande frågor kan meningarna, som vi skall märka, vara delade. En svårighet i sammanhanget, analytiskt skild från men praktiskt sammanhängande med uppdelning i roller och kategorier, är också, när väl sådana i och för sig har konstruerats (som i svensk rätt i dag gärningsman, anstiftare, medhjälpare), att bestämma vad som skall kvala in i respektive kategori. Bägge frågeställningar behandlas mer utförligt längre fram.

Min framställning tar sin utgångspunkt i vad som under senare år har diskuterats och diagnostiserats i termer av vissa förändringar

¹⁹ För historiska översikter, se SOU 1996:185, s. 207 ff. och (särskilt) Hoflund, Medverkan till brott. Citatet i texten kommer från Collin-Schlyter, Samling av Sveriges Gamla Lagar I, Westgöta-Lagen, s. 363, såsom hos Hoflund, a.a. s. 11.

²⁰ Noteras kan att exempelvis vare sig dansk eller norsk rätt arbetar med någon (formell) rolluppdelning. En kort översikt över vissa andra rättssystem ges i SOU 1996:185 s. 211–212. För en jämförelse mellan Skandinavien, Österrike och Tyskland i fråga om medverkansmodeller, se Hamdorf, Beteiligungsmodelle im Strafrecht.

eller förskjutningar i tillämpningen av medverkansläran, förskjutningar vilka – i den utsträckning diagnosen är korrekt – får sägas gå stick i stäv med många av de ovan berörda individbaserade utgångspunkterna. Ett antal rättsfall är vad som i diskussionen främst har framhållits som exponenter för förändringarna. Man må ha olika uppfattning om vilken vikt dessa specifika rättsfall bör ges vid ett fastslående av vad som i dag är gällande rätt på området (ges de stor vikt kunde detta mer entydigt berättiga tal i termer av ”en utveckling” eller ”ändringar”).²¹ Oavsett hur det förhåller sig med detta menar jag att det åtminstone *ideologiskt* i dag går att iakttä tendenser och förskjutningar av intresse. De försiggår delvis outtalat, mellan rader, och behöver bland annat därför lyftas fram och diskuteras. Det rör sig om förskjutningar i riktning mot att tilltalade i allt högre grad inte bara rättsligt bedöms, utan också kanske i någon djupare bemärkelse börjar *tänkas på*, som mer av ett kollektiv, mer av en klump, på sätt som i vissa bemärkelser igen närmar sig ättesamhällets sätt att betrakta skadegörande handlingar. En första tongivande skillnad är dock då att det i dag inte är den andra ätten utan statsmakten som representerar det ”Vi” som utkräver vedergällning, en andra att det inte är ätten utan en på annat sätt formerad, mer tillfällig grupp av personer som hålls ansvarig, en tredje att i dag personers subjektiva inställning kan ges en avsevärd betydelse, något som på vissa sätt – kanske något paradoxalt – bereder väg för en återgång till ett mer kollektivt betraktelsesätt.

Hopklumpningen av individerna rör i dag nämligen *både* vad som objektivt sett må ha skett *och* de tilltalades mentala inställning till det. För att en sådan hopklumpning skall kunna möjliggöras krävs en uppluckring, emellanåt närmast en upplösning, av de individuella kropparna och sinnena. I jämförelse med vad dagens straffrätt annars och generellt anses (böra) kräva i fråga om *personlig* klandervärdhet, individualisering och därmed nödvändigen viss separation av människor från varandra (något som också förutsätter klara regler för hur de får relateras och kopplas till varandra), tycks de förskjutningar i tänkandet som här skall diskuteras medge en sänkning av kraven för ådömande av straffansvar respektive tillskrivande av viss roll. Inte sällan har från svenskt håll riktats både förskräckta och hånfulla blickar mot USA: talar vi medverkanslära menas exempelvis den i USA sedan länge fängslade svenskan Annika Östberg ha fällts och ådömts påföljd

²¹ Se 4.1 nedan för brasklappar och diskussion.

utifrån en bisarr syn på medverkan ("hon var ju bara där, hon *gjorde* ju ingenting"). Även George Bushs ord i inledningscitaten ovan, efter flygplansangreppen mot World Trade Center år 2001, har raljerats över (i vissa straffrättskretsar går nämnda citat under namnet "Bushs medverkanslära"). Läsaren må under resans gång – på temat glashus och sten, även om jag inte vill trycka särskilt hårt på detta – fundera över den utsträckning i vilken det som svensk må vara berättigat att just i fråga om medverkanslärans tillämpning kritisera sakernas tillstånd "over there".

Min framställning tar som sagt i rätt hög utsträckning avstamp i en utveckling vilken menas kunna iakttas i *rättspraxis*, bestående i en alltmer frimodigt repressiv tolkning av ett lagrum som i sig har varit i allt relevant oförändrat sedan slutet av 1940-talet. Stadgandet och dess förarbeten har också alltsedan ikraftträdandet givit formellt *utrymme* för frimodiga tolkningar (inklusive en hel del av dem som görs i dag). I här aktuella hänseenden förvaltade dock domstolarna, fram till ungefär början av nittioalet, detta tolkningsutrymme eller spelrum med relativt sett större försiktighet. Därefter har någonting hänt, delvis oklart varför (möjliga förklaringar diskuteras i avsnitt 5 och 6 nedan). Den ökade frimodigheten har successivt fått allt mer kritisk uppmärksamhet, främst i doktrinen. Kritiken verkar dock än så länge inte ha påverkat praxis särskilt mycket i tillbakahållande eller uppstramande riktning: andra och starka viljor tycks dra åt andra håll.

Min framställning har flera syften. Ett är att beskriva relevanta lagrum och den utveckling som skett. Detta har dock gjorts både ingående och initierat av andra,²² varför ambitionen här är att hålla dessa delar förhållandevis komprimerade (i jämförelse med vad som egentligen skulle behövas). Vad jag i stället vill fokusera relativt sett mer på – och där torgförs kanske åtminstone något färskare varor – är nämnda *ideologiska* sida: frågan vilka ideologiska förändringar, bland annat i riktning bort från tidigare nämnda ideal av individuellt ansvar, som på olika sätt hör samman med utvecklingen. Det är min uppfattning att utvecklingen av medverkansläran, om det skall diskuteras vilken taktik som bör användas för att komma till rätta med rådande läge (för det fall, givetvis, man skulle finna rådande läge otillfredsställande), måste betraktas inte bara ur ett dogmatiskt och

²² Se i not 59 nedan anmärkta arbeten.

rättssäkerhetsorienterat perspektiv, inte heller bara avgränsat till medverkansläran. Där behövs också andra, mer övergripande perspektiv. Två lämpliga parallella nivåer av betraktande:

(1) Utvecklingen bör nalkas och diskuteras som något *inom* själva medverkansläran. Även här kan faktiskt iakttas parallella skeenden: *Dels* finns eller upplevs det finnas mer ”praktiska” behov, kanske främst – bryskt sammanfattat – det av att kunna fälla tillräckligt många, och tillräckligt strängt, i fall där det annars (bland annat på grund av bevisvärigheter) riskerar uppstå olika slags oönskat missnöje. *Dels* finns ett slags modifierad medverkansideologi. Den är delvis sprungen ur de praktiska behoven men har successivt allt mer börjat stå på egna ben, och den påverkar dömandet (och tänkandet) också där nämnda praktiska behov inte upplevs finnas.

(2) Vi behöver gå bortom medverkan för bredare perspektiv. Tendenserna i medverkanspraxis kan nämligen förstås också som en logisk och integrerad del av större förändringar i vårt tänkande kring dels straffrättslig värdering av mänsklig agens, dels straffrättsanvändning, över huvud taget. Dessa större förändringar var i rullning redan innan förskjutningarna i fråga om medverkansläran tog fart. De förra har snarast fungerat som ett slags ideologisk grundriktning vilken medfört att man i (bland annat) tillämpningen av medverkansläran både fått lust att, och sett sig *berättigad* att, inta den mer frimodigt represiva hållningen.

Jag vill dock låta framställningen börja i medverkansläran och dess tillämpning i praxis. De tendenser eller förändringar som här skall behandlas, och för vilka det ofta – rätt eller fel – hävdas att det så kallade *Lindomefallet* hade rollen av ett slags utlösande faktor (fallet berörs mer längre fram), innehåller följande huvudkomponenter:

- a) ett minskat fokus på vad var och en av flera (möjligen) inblandade faktiskt har ”gjort”, utfört, i den yttre världen, samt ett ökat fokus på den deltagande personens inställning till vad som sker;
- b) en ökad benägenhet att döma personer i gärningsmannaskap i stället för som medhjälpare eller anstiftare (man tycks i dag behöva ha åstadkommit allt mindre för att i slutändan, på ett eller annat sätt, klassificeras som ”gärningsman”); samt

- c) en ökad benägenhet att döma personer för medhjälp i stället för att fria dem, något som innebär att området för det över huvud taget straffbara vidgas.

Med tanke på det centrala lagrummets – BrB 23:4 – utformning och de rätt ålderstigna förarbetenas knapphet i många hänseenden, är det knappast möjligt att helt generellt uttala att den beskrivna utvecklingen skulle ”stå i strid med” dem bägge (jämför dock vad som sägs i avsnitt 5 rörande legalitetshänsyn). Huruvida utvecklingen är förenlig med stadgandet och dess förarbeten kan i dag knappast heller sägas vara den för framtiden mest centrala frågan. Denna fråga måste i stället vara vad – om något – som borde göras för att *förändra* läget, och förändring kan ju ske även genom lagändring (och därmed också ”förarbetsändring”). Förarbetena till BrB 23:4 har för övrigt vid det här laget utsatts för närmast exegetisk uppmärksamhet: där finns knappast så mycket mer att hämta.

Enligt min mening *är* den berörda utvecklingen i flera hänseenden problematisk. Denna åsikt är utbredd i forskarvärlden, men också inte minst hos försvararkollegiet. Vid samtal med brottmålsadvokater har jag under senare år inte sällan hört skämtet – med en bitande biton av allvar – att det inte längre finns anledning att förordna olika försvarare för olika personer i ett mål där flera står tilltalade för en påstått gemensam aktivitet: låt dem alla få samma försvarare, sägs det, eftersom det i ansvarsfrågan ändå inte längre görs någon individuell prövning värd namnet.

Tågordningen för resten av framställningen: I avsnitt 2 redogörs för hur relevanta regler kom till. Något kort sägs också om rättsläget enligt äldre rätt samt *varför* de ändringar ansågs behöva genomföras vilka resulterade i dagens BrB 23:4. I avsnitt 3 behandlas relevanta huvuddrag i medverkanslärans tillämpning fram till den punkt där utvecklingen enligt min mening började ge sig in på tveksamma vägar. Vissa menar Lindomefallet ha varit ett slags utlösande faktor för detta; oavsett hur det må förhålla sig med det används fallet i min framställning som en tidsmarkör. I avsnitt 4 behandlas *dels* ett par rättsfall som diskussionsunderlag i fråga om den ”frimodiga” utvecklingen, *dels* några HD-avgöranden som har satt vissa gränser för framtida frimodighet. I avsnitt 5 diskuteras först i vilken utsträckning ett upplevt behov av modifieringar av medverkanslärans tillämpning har sin grund i förändringar i *verkligheten* respektive i hur vi *uppfattar* och *relaterar till* densamma. Därefter diskuteras möjliga sätt att modifiera

situationen. I avsnitt 6 anläggs bredare straffrättspolitiska perspektiv. Det är enligt min mening högst rimligt att läsa förskjutningarna i fråga om medverkanspraxis som en tidsspegel, som en integrerad del av en pågående straffrättspolitisk utveckling. Avsnitt 7 avslutar.

Mot slutet återvänder jag på olika sätt till frågan hur föreställningen om individens primat i straffrätten bör appliceras på (från åklagaren påstått) kollektiva aktiviteter. Åsikter från forskarhåll är ju inte bäst bara för att de kommer från forskarhåll. Vidare har ju försvararkollegiet ett naturligt intresse av att det är svårt att fälla deras klienter. Kan idén om individen som mest – eller enda – relevanta entitet i straffrätten ha dragits för långt, och de tendenser i praxis som i dag går att iakttä delvis *ha* poänger? Är kritiken mot utvecklingen baserad på orealistiska förhoppningar om att kunna, och för det moraliska berättigandet av bestraffningen *behöva*, särskilja individer åt närmast som hade var och en av dem agerat ensam?

Till tidigare angivna utgångspunkter bör nämligen fogas ytterligare en: det ligger i sakens natur att det inte *kan* vara riktigt samma sak att pröva fleras ansvar som att pröva en persons ansvar (detta även om entiteten "individ" i och för sig accepteras). Där *måste* göras skillnader. Och dessa skillnader *måste* rimligen gå ut på att avkall i viss mån, i vissa bemärkelser, får göras när flera skall prövas. Den korrekta frågan är då knappast *om* avkall får göras, utan snarare *när*, *hur* och *i vilken utsträckning* så får ske. (Kanske är skillnaderna till och med så stora att det är inkorrekt att diskutera problematiken i termer av "avkall" från mallen för bedömning av ensamma tilltalade: kanske är det rimligare att betrakta fleras deltagande som en *egen*, väsensskild företeelse?)

Nå. Frågan när, hur och i vilken utsträckning avkall får göras (låt oss ändå acceptera denna terminologi) torde kunna besvaras olika utifrån ens åsikt i fråga om vilka som är de huvudsakliga problemen med nuvarande situation och nuvarande tillämpning av medverkansläran. Så kan man vara av åsikten att de huvudsakliga problemen har att göra med exempelvis

- a) bristande legalitet, på så sätt att rättstillämpningen sker i strid med (bland annat) BrB 23:4 och därmed också med legalitetsprincipen;
- b) bristande förutsägbarhet, på så sätt att rättstillämpningen är oklar på ett sätt som är menligt för rättssäkerheten;
- c) brister i hanteringen av bevisfrågor, på så sätt att rättstillämp-

- ningen (särskilt då i fråga om vad som skall anses styrkt) inte svarar upp till de krav som bör ställas; eller
- d) det materiella innehållet i gällande rätt, oavsett om det må uppfylla legalitetens, förutsägbarhetens och bevisrättens krav.

Man kan vidare, oavsett vilken av punkterna a–d som betraktas som mest central i fråga om problemens *art*, när det rör sig om *lokalisering* mena att det huvudsakliga problemet har att göra med

- e) graden av *individualisering* av olika (potentiellt) deltagande personer (bevismässigt och/eller rättsligt);
- f) *avgränsning* av det straffbara området, det vill säga gränsen mellan å ena sidan straffbar medverkan, å andra sidan straffritt agerande; eller
- g) *rollfördelning inom* det straffbara området, närmast frågor som rör valet mellan å ena sidan gärningsmannaskap, å andra sidan främjande (anstiftan och medhjälp).

Till skillnad från åtminstone en del kollegor ser jag jämte de mer rättssäkerhets- och klarhetsorienterade problemen (de finns där) också mer moralfilosofiskt anknutna problem som viktiga att ventileras, sådana som har att göra med vår syn på agens, på när man skall anses ”göra”, ”utföra” någon viss sak, respektive annars medverka till den på ett straffvärt sätt. Sådana frågor kan vara aktuella oavsett om den faktiska hanteringen av både bevis- och rättsfrågor kunde sägas uppvisa all önskvärd legalitet, förutsägbarhet och även i övrigt rättssäkerhet. Frågan är då i stället, mer fristående, hur en medverkanslära *borde* se ut. Utgångspunkterna i en sådan diskussion tas inte bara i vad som sägs vara gällande rätt vid aktuell tidpunkt, utan också i andra parametrar. Mina diskussioner har viss tonvikt på hur medverkansläran *borde* se ut (det vill säga d) och på vad som rättsligt *borde* få räknas som gärningsmannaskap (det vill säga främst e och g). Om de tendenser som här berörs skulle växa sig starkare i framtiden, är det min bedömning att på sikt sådana mer fristående ”böra”-problem kan vara lika viktiga att diskutera och hantera som vissa av dagens mer rättssäkerhetsrelaterade problem. Ytterligare ett skäl att betona en materiell ”böra”-dimension är att dagens debatt hittills främst har tagit avstamp i omtanke om förutsägbarhet, rättssäkerhet och legalitet.

Samtliga nämnda aspekter berörs dock i någon utsträckning. De ideologiska och dogmatiska sidorna av ett problemkomplex står ju

också ofta i ett närmare samband med varandra än vad det i förstone må verka. Min förhoppning är att det på varje givet ställe i texten framgår vilket slags problem som främst avhandlas, liksom huruvida de åsikter som förs fram är av *ferenda* eller *lata*-karaktär.

Några inledande begreppsdefinitioner för fortsättningen. Termen "medverkande" används som överbegrepp för samtliga tre i svensk rätt i dag accepterade roller: gärningsman, medhjälpare och anstiftare. Termen "främjare" används som överbegrepp för dem som inte är gärningsmän: medhjälpare och anstiftare.

2 BRB 23:4 OCH DESS FÖREGÅNGARE. OCH BEGREPPET "MEDGÄRNINGSMANNASKAP"

Som en del av straffrättskommitténs (SRK) omfångsrika och i tiden utdragna arbete med förfärdigandet av BrB,²³ i kraft 1965, gicks också reglerna rörande medverkan över. SRK ansåg dessa regler behöva ändras på rätt genomgripande sätt. Resultatet av tankemödan blev främst två stadganden, i dag BrB 23:4 och 23:5. Det första stadgandet, vilket vi främst skall uppehålla oss vid, har i dag följande utseende:

"4 § Ansvar som i denna balk är föreskrivet för viss gärning skall ådömas inte bara den som utfört gärningen utan även annan som främjat denna med råd eller dåd. Detsamma skall gälla beträffande i annan lag eller författning straffbelagd gärning, för vilken fängelse är föreskrivet.

Den som inte är att anse som gärningsman döms, om han har förmått annan till utförandet, för anstiftan av brottet och annars för medhjälp till det.

Varje medverkande bedöms efter det uppsåt eller den oaksamhet som ligger honom till last. Ansvar som är föreskrivet för gärning av syssloman, gäldenär eller annan i särskild ställning skall ådömas även den som tillsammans med honom medverkat till gärningen."²⁴

²³ Se särskilt SOU 1940:20, 1944:69 (där medverkansfrågorna behandlas) och 1953:14. Framtagandet av BrB kan verkligen liknas vid byggandet av en katedral, på ett sätt som för dagens straffrättslige betraktare lär framstå som exotiskt.

²⁴ BrB 23:5, rörande medverkan i mindre mån, lyder i dag: "Har någon förmått att medverka till brott genom tvång, svek eller missbruk av hans ungdom, oförstånd eller beroende ställning eller ock medverkat allenast i mindre mån, må straffet för honom sättas under vad för brottet eljest är stadgat; i ringa fall skall ej dömas till ansvar. Detsamma skall gälla, då då fråga är att ansvar som är stadgat för någon i särskild ställning skall ådömas annan medverkande."

Övergripande kan SRK:s ambition i fråga om medverkan sägas ha varit att ersätta (1) en tidigare rätt rigid reglering, i vilken det som huvudregel för främjares ansvar förutsattes att en gärningsman kunde fällas, och där skillnader på olika sätt – däribland delvis straffskalemässigt – följde med den *formella* roll som viss medverkande tilldelades, med (2) en avsevärt mer flexibel reglering, där *dels* envar deltagare i betydligt högre grad än tidigare gjordes självständigt ansvarig efter sitt (så avskaffades också det tidigare absoluta kravet på uppsåt för straffbart främjande), *dels* betydelsen av tilldelad formell roll reducerades, *dels* gränserna luckrades upp mellan de olika kategorierna av medverkande: rubriceringsfriheten ökade.

Den måhända viktigaste förändringen hade att göra med förutsättningarna för främjarnas, anstiftarens och medhjälparens, straffbarhet. Enligt regleringen i strafflagen (SL) före ikraftträdandet av de av SRK föreslagna ändringarna var dessa två aktörers ansvar konstruerat som långtgående *accessoriskt* till gärningsmannens: för att en person skulle kunna fällas till ansvar för främjande av visst brott var det en förutsättning att någon annan kunde fällas till ansvar som gärningsman. Om det i någon ansvarsförutsättning sprack rörande den som gärningsman prövade personen – i fråga om generell ansvarskapacitet (den var ett barn, led av en tillräckligt allvarlig psykisk störning eller dylikt) eller annars i *någon* del av brottsbegreppet – så att den inte kunde fällas, så var det som utgångspunkt och huvudregel heller inte möjligt att fälla medhjälparen eller anstiftaren till ansvar. De bägge senares ansvar behövde alltså, för att fällande dom skulle kunna meddelas, kunna *härledas* från gärningsmannens straffansvar. Främjandet betraktades som *delaktighet* i annans (gärningsmannens) brott, inte som ett i mer substantiell mening självständigt brott.

En hel del beteenden som utifrån dagens betraktelsesätt lär anses straffvärda föll med denna reglering utanför det möjliga straffbara. För att parera oönskade "luckor" i straffbarhet kompletterades i och för sig i SL det accessoriska betraktelsesättet med ett antal schabloniserade figurer, vilka i vissa typfall möjliggjorde ett kringgående av de rigida utgångspunkterna.²⁵ Det rörde exempelvis vissa varianter av vad som kallas *medelbart* gärningsmannaskap: bland annat om den objektive gärningsmannen inte kunde fällas, men väl ses som ett redskap i en anstiftares händer, var det tillåtet att betrakta anstiftaren som "egentlig" gärningsman och fälla den för brott i gärningsmannaskap.

²⁵ Se här till t.ex. Hagströmer, Svensk straffrätt, s. 280 ff och SOU 1944:69 s. 86 f.

På så sätt kunde någon fällas, trots att detta med ett strikt upprätthållande av accessorietetskravet inte hade kunnat ske. Ett besläktat typfall i vilket det också ansågs berättigat att kringgå accessorietetskravet hade att göra med brott begånget av så kallat *specialsubjekt*: det specifika straffbudet kräver för rekvisitsuppfyllelse att gärningsmannen tillhör någon viss grupp av personer (krigsman, näringsidkare, förmyndare et cetera). Om exempelvis den bokföringspliktige näringsidkaren uppdrar åt (det vill säga anstiftar) någon sin anställd att begå bokföringsbrott i och för näringsidkarens rörelse, så skulle med ett strikt accessoriskt betraktelsesätt varken den anställde eller näringsidkaren kunna straffas för brott: den anställde kan inte bestraffas eftersom *den* inte är näringsidkare (vilket stadgandet kräver för straffbarhet), medan näringsidkaren inte kan bestraffas eftersom det som den har anstiftat till inte är ett brott (som den objektive gärningsmannen – den anställde – kunde begå).

SRK var emellertid av uppfattningen att även med nämnda möjligheter till kringgående en hel del straffvärda fall föll utanför det straffbara området. Vad kommittén därför föreslog (och sedermera fick se genomfört) var att de medverkande i avsevärt högre grad än tidigare skulle frikopplas från varandra, särskilt då främjarna – anstiftaren och medhjälparen – från gärningsmannen. Resultatet blev en betydligt mer *beskuren* accessorietet. Efter ändringarna var det inte längre en förutsättning för främjarens ansvar att någon kunde fällas för brott i gärningsmannaskap, det vill säga att gärningsmannen uppfyllde hela brottsbegreppet. De delar av brottsbegreppet som rör personligt ansvar (skuld, frånvaro av ursäkter), liksom krav i fråga om generell ansvarsförmåga, lämnades nu därhän och gjordes – som huvudregel – till vars och ens ensak (se BrB 23:4 3 st). På detta sätt åstadkoms, för att återknyta till vad som inledningsvis sades om den historiska utvecklingen, möjlighet till en ökad individualisering, eller för all del ”atomisering”, (också) i medverkansreglerna: var och en för sitt. Accessorietet kvarstod dock, och kvarstår i dag, på det sättet att det – som huvudregel, återigen – är en förutsättning för främjarens ansvar att gärningsman åstadkommit en otillåten (brottsbeskrivningsenlig, rättsstridig) gärning.

Detta gärningsmannens brott i dess objektiva utförande är i princip vad som konstituerar *medverkansobjektet*.²⁶ Från detta accepteras

²⁶ För terminologi, se Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 403 ff., samt (utförligt) Carl Erik Herlitz, *Parties to a Crime*.

dock i dag undantag av delvis oklar omfattning, enligt vilka också annan än gärningsman enligt straffbudet kan bidra med rekvisit till konstruktionen av medverkansobjektet (och till och med – i vissa fall – till att göra en annars inte brottslig gärning till brottslig). Rörande spørsmålet hur medverkansobjektet får konstrueras, och än mer specifikt i vilken utsträckning komponenter till det får ”plockas” från annan än gärningsman enligt straffbudet, var SRK inte utförlig. De förhållningsregler som i denna fråga i dag ses som accepterade (i bemärkelsen ”gällande”), och som ändå till rätt stor del härrör från SRK, berörs något i nästa avsnitt.

SRK ville alltså se varje medverkande som självständigt ansvarig för sitt.²⁷ I fråga om rollfördelningen ville man behålla *kategorier-na* gärningsmannaskap, anstiftan och medhjälp, men samtidigt *dels* ge domstolen rätt stor flexibilitet att besluta till vilken kategori det enskilda fallet skulle föras, *dels* minska betydelsen av tilldelad kategoritillhörighet, bland annat på så sätt att, till skillnad från tidigare, straffskalan för brott i gärningsmannaskap skulle gälla fullt ut också för samtliga former av medhjälp och anstiftan, liksom på så sätt att möjligheten till lägre straff på grund av medverkan i mindre mån enligt BrB 23:5 skulle kunna komma inte bara främjare, utan också gärningsman, till godo.

SRK verkar inte ha sett denna utökade flexibilitet som något problematiskt, snarast endast som en fördel. Det är lätt att se kommittén visualiserande framför sig ett mer okomplicerat system, i vilket envar potentiellt straffvärd individ kunde prövas tillfredsställande utifrån just *dess* specifika omständigheter, utan behov av krystade konstruktioner för att nå rimliga resultat i termer av ansvar efter förtjänst. Åtminstone delvis på grund av denna uttryckliga vilja till flexibilitet kvarstår dock, alltsedan ikraftträdandet av (det som i dag är) BrB 23:4, oklarheter i fråga om centrala spørsmål. Studier av praxis ger vid handen att oklarheterna har öppnat upp främst för ytterligare nedtonanden av krav på rigiditet, i en strävan efter *ökad* (möjlighet till) repression. SRK:s huvudambition kan nog snarast sägas ha varit att möjliggöra – genom att avlägsna formella hinder för – en mer ”*rättvis*” repression (även om det senare också gav ett mått av det förra). I fråga om flexibiliseringen bör till SRK:s försvar kanske

²⁷ SOU 1944:69 s. 90. Jfr de äldre teorier som Hagströmer redogör för i Svensk straffrätt, s. 263 ff.

vidare sägas, att den rimligen inte kunde förväntas förutspå sådant som den inflation i tillämpningen av BrB 23:4 vilken i dag har lett till att anstiftans- och medhjälpsfigurerna tycks ha tappat markant i "marknadsvärde".²⁸

Rörande en fråga behöver vi behandla SRK:s anvisningar något ytterligare: vem kan dömas i gärningsmannaskap? I fråga om gränsdragningen mellan å ena sidan gärningsmannaskap, å andra sidan medhjälp och anstiftan, ville ju kommittén som nämnts om inte avskaffa själva kategorierna så i vart fall åstadkomma ett mer flexibelt förhållningssätt än tidigare.²⁹ Man uttalade följande:

"Det har icke ansetts erforderligt att närmare ange vad med gärningsmannaskap skall förstås. Liksom hittills torde det böra överlämnas åt rättstillämpningen att med ledning av de särskilda brottsbeskrivningarna avgöra, huruvida en medverkande handlat på sådant sätt att han bör anses som gärningsman. Vanligen kräves härför, att den medverkande deltagit i utförandet av den brottsliga gärningen. De använda ordalagen medge emellertid, att även annan medverkande bedömes såsom gärningsman där detta ter sig naturligt."³⁰

Den avslutande strofen, "där detta ter sig naturligt", rör alltså fall där någon görs till gärningsman *utan* att ha "deltagit i utförandet av den brottsliga gärningen" (och därmed inte är gärningsman enligt det särskilda straffbudet). SRK:s uttalande har i denna del fått status av bevingat ord med tveksamt renommé. Vad bör kunna läsas ut av det? Av intresse är då först att kommittén i direkt anslutning till "där detta ter sig naturligt" berörde *dels* konverterat gärningsmannaskap, vilket menades även fortsättningsvis böra tillämpas i vissa typfall, *dels* medelbart gärningsmannaskap, vilket med den nya regleringen, menade kommittén, borde ha spelat ut mycket av sin roll: om var och en kan straffas efter sitt (så att exempelvis anstiftaren kan straffas för just anstiftan även om gärningsmannen inte kan straffas alls), saknas behov av figuren.³¹

²⁸ Se nedan avsnitt 4. SRK var i och för sig säkerligen också besjälad av en allmän tidsanda: under ingenjörskonstens tidevarv sågs individens skydd mot statlig maktutövning knappast som den viktigaste ambitionen med en ny reglering. Jfr Kinberg vid 6.3 nedan.

²⁹ SOU 1944:69 s. 92.

³⁰ A.a. s. 92–93.

³¹ Den existerar dock alltså. Det rör sig då om *dels* fall där den objektive förövaren

I fråga om eventuella *övriga* fall där den som inte är gärningsman enligt straffbudet ändå kan ådömas ansvar i gärningsmannaskap, gav SRK inte mer ledning än nämnda strof. I dag, i backspegeln, vet vi att kommitténs kryptiska uttalande anses ha öppnat upp för möjlig gärningsmannarubricering också för den som inte uppfyller alla eller ens något rekvisit i straffbudet, samt för gärningsmannarubricering inte bara enligt straffbudet utan också enligt BrB 23:4 st. 2. Det har öppnats upp för två ”slags” gärningsmannaskap utöver standardfallet (där med standardfallet avses att personen själv uppfyller alla rekvisit för brottet): *dels* ett enligt det specifika straffbudet, där personen i fråga inte uppfyller alla rekvisit men anses ha ”utfört brottet” i samverkan med andra,³² *dels* ett med vagare konturer, där personen görs till gärningsman med stöd av BrB 23:4 2 st: den som inte är gärningsman enligt straffbudet kan vara ”att anse som” gärningsman.

I anslutning till de två senare varianterna bör något kort sägas om begreppet ”medgärningsmannaskap”, vilket i senare års diskussion kommit till flitig användning men trots detta – eller på grund av det – har tenderat att ges varierande innebörder.³³ Lämpligt vore att det (helst lagstiftningsvägen) åstadkommes en auktoritativ definition, något som – i den bästa av världar – kan ge en mer entydig innebörd.³⁴

I framställningen nedan används begreppet medgärningsmannaskap *inte* för fall där envar av flera medverkande själv uppfyller samtliga rekvisit i det särskilda straffstadgandets brottsbeskrivning. Det måste i stället vara fråga om fall där flera personer tillsammans och i samverkan, men inte (alla) var och en för sig, uppfyller samtliga rekvisit i aktuell brottsbeskrivning (samtliga personer måste dock ha den subjektiva inställning som krävs). *Inom* denna grupp kan vi för tydlighets skull skilja mellan tre fall, utifrån den specifika individ som

inte kan straffas och anstiftaren eller medhjälparen i och för sig hade kunnat straffas för anstiftan eller medhjälp, men det ändå anses motiverat att rubricera den som gärningsman, *dels* sådana ”förfäddade” fall där den objektive förövaren i och för sig både kan och skall straffas, men anses böra till viss grad betraktas som ett verktyg. Olika lösningar står till buds, inklusive en konvertering av roller (se nästa avsnitt).

³² Se SOU 1944:69 s. 92 och citatet från SRK strax ovan.

³³ Se t.ex. Leijonhufvud, i Ds 1993:15. Efter Lindome, s. 11 respektive s. 23; Hertlitz, Delaktighet i brott, s. 281; SOU 1996:185 s. 182–183; Wennberg, Tillsammans och i samförstånd, s. 616–618; Holmqvist m.fl., Brottsbalken. En kommentar. Del II., s. 23:61; Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 402.

³⁴ Se härom 5.2 nedan.

skall prövas (i alla tre fallen förutsätts att erforderligt uppsåt finns): (1) den har i samverkan med annan utfört gärningen och därvid själv bidragit med något som har en motsvarighet i brottsbeskrivningen, (2) den har i samverkan med annan utfört gärningen, men själv inte bidragit med något som har en motsvarighet i brottsbeskrivningen, och (3) den har inte i samverkan med annan utfört gärningen, dess egna bidrag saknar motsvarighet i brottsbeskrivningen, men det framstår ändå som naturligt att betrakta den som gärningsman. Samtliga tre varianter faller i dagens diskussion, hos vissa författare, under vad som kallas medgärningsmannaskap. I varianter (1) och (2) ådöms gärningsmannans ansvar enligt det särskilda straffbudet (det uppställs alltså inte något krav på uppfyllande av något brottsrekvisit från viss persons sida för att medgärningsmannans ansvar skall kunna konstrueras enligt straffbudet, såvida det har förelegat "samverkan" och – givetvis – annan eller andra medverkande uppfyller rekvisiten för brottet i fråga). I variant (3) ådöms gärningsmannans ansvar i stället enligt BrB 23:4 st. 2. Terminologiskt vore det lämpligt om termen medgärningsmannaskap kunde reserveras för varianter (1)–(2). Så kommer jag också att använda termen i det följande. Frågan hur det mer utpräglat *borde* vara – under vilka förutsättningar en rubricering som gärningsman *borde* tillåtas i fråga om här aktuella grupper – berörs längre fram.

3 FÖRE LINDOME

I nästkommande avsnitt 4 behandlas vad som hänt *efter* Lindome. I innevarande avsnitt behandlas – summariskt – vad som ansågs vara gällande rätt vid tidpunkten för Lindome, med fokus främst på gränsdragningar: mellan dels främjande och straffritt handlande, dels främjande och gärningsmannaskap.

Medhjälp och anstiftan benämns som grupp, tillsammans med försök, stämpling och förberedelse (och underlåtenhet att avslöja brott enligt BrB 23:6), *osjälvtständiga brottsformer*. Existensen av dessa figurer medför att det straffbelagda området i praktiken görs avsevärt mycket större än vad som tycks vara fallet om enbart de speciella straffbuden studeras. Specifikt i fråga om "främjande" kan också redan här sägas att det generellt sett inte krävs särskilt mycket för att ett sådant skall anses vara för handen, och personen därmed inträder i det i princip straffbelagda området. Med dagens mer uppluckrade gränser mellan gärningsmannaskap och främjande, och med en

utveckling där ”objektiva” främjare mer frekvent betraktas som (enligt straffbudet, i medgärningsmannaskap) eller ”anses som” (omvandlas till enligt BrB 23:4 st. 2) gärningsmän, får också de yttre gränserna för straffbarhet relativt sett *ännu* större betydelse än tidigare. Mer står nämligen därigenom på spel för den tilltalade: även om straffet för främjande i och för sig *kan* sättas lika högt som straffet för gärningsmannaskap (straffskalan för främjande följer ju, efter de av SRK initierade ändringarna, straffskalan för aktuell brottstyp), och även om främjaren i visst enskilt och konkret fall i och för sig kan ådömas ett strängare straff än gärningsmannen, så lär gärningsmannarubricering regelmässigt påverka straffmängden i höjande riktning (trots att det inte är tänkt så).³⁵

Anstiftan och medhjälp är, till skillnad från övriga här nämnda osjälvständiga brottsformer, generellt straffbelagda för alla brottsbalksbrott. BrB 23:4 st. 2 tillhandahåller ett slags tågordning för hur medverkandes ansvar skall prövas: i första hand gärningsmannaskap, i andra hand anstiftan, i tredje hand medhjälp (för de två senare med den gemensamma förutsättningen att huvudgärningen har ”främjats”).³⁶

- Ansvar för *anstiftan* enligt BrB 23:4 kräver att man ”förmått” någon till utförandet av gärningen. Det handlar om att genom psykisk påverkan *orsaka* att den andra utfört den. För ansvar krävs därvidlag inte någon övertalning, inte något vilseledande, utan endast att gärningsmannen fått tillräckliga skäl för sitt handlande. Det räcker alltså för anstiftansansvar att man så att säga i någon relevant bemärkelse är tungan på vågen: den andre må redan ”vilja” utföra gärningen i fråga, men kanske ännu inte tillräckligt mycket, den må redan ha bestämt sig för att utföra gärningen, men aktuell påverkan innebär att den begår gärningen vid just den tidpunkt eller just på det sätt som sker. Särskilt mycket behövs alltså inte för anstiftansansvar, men där måste finnas något som rimligen kan betraktas som ett orsakande.³⁷

³⁵ Se avsnitt 4 nedan, där bl.a. diskuteras NJA 2006 s. 535.

³⁶ Se SOU 1996:185 s. 177 och 220.

³⁷ I a.s. 192 uttalas att ”den psykiska påverkan kan bestå i att man förmår någon att besluta sig för att utföra en gärning, men torde även kunna bestå i att man vidmakthåller eller förstärker någons beslut att utföra en gärning”.

- Gränsen mellan straffritt beteende och straffbar *medhjälp* kräver mer utförlig behandling. Först bör begreppet ”främja” något beröras. Utifrån normalt språkbruk låter det snarast som att det för straffbarhet uppställs krav på att vad medhjälparen gör (eller inte gör) de facto måste underlätta för gärningsmannen. I gällande rätt uppställs dock inte detta krav: även vad som i praktiken är ett försvårande eller ett motarbetande utgör ett ”främjande”, såvida *viljan* (här i bemärkelsen tillräckligt uppsåt eller – i förekommande fall – oaktsamhet) finns att i normalspråklig betydelse ”främja”. *Ivar Strahl* motiverar rådande ordning med följande korrekta, men samtidigt rätt ”repressionsvänliga”, uttalande:

”Att medverkanshandlingen skall vara ett främjande betyder inte, att den måste vara till nytta för den med vilken medverkan sker. Det är gärningen som skall främjas och denna, den konkreta tilldragelsen, främjas vad än den gjort som verksamt bidragit till att tilldragelsen blivit sådan den blev. Den som räckt inbrottstjuven ett så dåligt verktyg, att denne efter att ha försökt bryta upp låset med detta måste använda ett annat, har främjat inbrottsstölden sådan denna blev, likaså den som biträtt inbrottstjuven men gjort det så fumligt att låset gått i baklås och måste brytas upp.”³⁸

Det sagda är givetvis sant. Detta till trots framstår det som ett inte alltigenom lämpligt sätt att legitimera bestraffning av den som *ville* främja (i normalspråklig bemärkelse) ett brott, även om insatsen i praktiken fick motsatt effekt. Ur vissa synvinklar måste detta karaktäriseras som en bestraffning av den onda viljan, något som svensk rätt generellt sett sägs vara relativt avvisande till (även om en ständigt pågående dragning i ”subjektivistisk” riktning existerar).³⁹ Besträffning av den misslyckade medhjälparen kan enligt gällande rätt i och för sig motiveras med att oavsett om det fysiska hjälpanDET var någon faktisk hjälp eller ej, så manifesterade själva ambitionen i många fall ändå ett psykiskt stöd till gärningsmannen, *i sig* tillräckligt för medhjälpsansvar. Även bestraffningen av sådant psykiskt stöd borde emellertid, av olika skäl, hållas inom rätt snäva ramar. För fullständighets skull bör kanske tilläggas att i sådana fall där någon *både* faktiskt

³⁸ Strahl, Allmän straffrätt, s. 252–253.

³⁹ Temat berörs av och till i avsnitt 4–6.

motverket *och* velat motverka det inte är aktuellt med medhjälpsansvar.⁴⁰

En andra fråga är hur pass mycket någon över huvud taget behöver ”gripa in” i (vad vi kanske må tillåtas kalla) den yttre verkligheten för att medhjälpsansvar skall aktualiseras. Först bör konstateras att också *underlåtenhet* kan leda till ansvar.⁴¹ Vad därefter gäller aktiv handling är kraven rätt lågt ställda. Minimikravet är dock att agerandet på något sätt, fysiskt eller psykiskt, stöttat gärningsmannen. Redan ur vad som ovan sagts rörande den från det normalspråkliga avvikande innebörden av ”främja” följer att agerandet inte behöver ha *behövts*: även ”onödig” medhjälp är straffbar (exempelvis att någon håller vakt och det i efterhand visar sig att vakthållning inte hade behövts). Vid sådan obehövlig medhjälp krävs dock att gärningsmannen visste om att hjälpen var för handen (så att hjälpen åtminstone fungerade som ett psykiskt stöd): den som både oannonserat och obehövtligt håller vakt för att hjälpa till skall inte straffas.⁴²

Psykiskt stöd kan alltså fungera som medhjälp. I NJA 1963 s. 574 (”rockfallet”), vilket avgörande sedan länge använts i undervisningen för att illustrera bland annat de möjliga *yttre* gränserna för medhjälpsansvar, var det – i alla fall troligen – fråga om sådant stöd. A, B och C ute på promenad mötte en fjärde person. Medan A och B gick fram till den fjärde (som misshandlades och rånades) uppdrogs åt C att hålla A:s rock. C, som mottog och därefter höll rocken, dömdes för medhjälp. De kortfattade domskälen bör nog förstås så att inte endast (eller kanske inte alls) själva rockhållandet, utan i stället snarare vad rockhållande och kvarstannande på platsen *manifesterade* av psykiskt stöd till de två andra, var vad som motiverade medhjälpsansvar.⁴³ C kände de bägge andra. Däremot skall, enligt härskande mening, den som vid en misshandel och utan koppling till gärningsmannen ställer sig och gillande iakttar vad som sker, inte kunna ådömas ansvar för medhjälp.⁴⁴

⁴⁰ Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 407.

⁴¹ Se t.ex. a.a. s. 421–423.

⁴² Detta kanske delvis bör ses som en *förhoppning* från doktrinen sida: utifrån ett subjektivistiskt synsätt saknas anledning att låta bli att straffa. Tilläggas bör kanske att det faktum att visst agerande *varit* en nödvändig förutsättning för brottets förverkligande *inte* automatiskt medför medhjälpsansvar, detta även om uppsåt finns.

⁴³ Detta framgår klart av rådhusrättens domskäl i målet, dock inte av HD:s.

⁴⁴ Se t.ex. Strahl, Allmän straffrätt, s. 281.

Ett annat i undervisning flitigt använt fall, NJA 1984 s. 922 ("ragarbilsfallet"), är möjligen av intresse även för en diskussion kring de yttre gränserna för mera "fysiskt" främjande. Ett antal personer åkte runt på stan i en bil, och siktade några andra personer som de (eller i vart fall vissa av dem) hade eller fick något otalt med. I ett första skede uppmanades föraren att stanna bilen, varefter vissa av passagerarna klev ur och misshandlade några personer ur den andra gruppen. Efter avslutad misshandel klev man tillbaka in i bilen – föraren körde i sinom tid efter de andra – och färden fortsatte. Vid denna tidpunkt fick föraren, enligt HD, senast klart för sig att misshandel hade förövats. I ett andra skede upprepades historien: föraren ombads att stanna bilen, så skedde, och misshandel skedde igen. Bilföraren fälldes i HD för att han vid det andra tillfället, genom att ha stannat bilen, hade medhjälpt till misshandeln. HD konstaterade att föraren, i samband med att han uppmanades att stanna, såg de personer som sedan misshandlades, samt, sammantaget, att han "måste ha insett vad som skulle komma att inträffa, om han stannade bilen" och alltså medverkat uppsåtligt.

Det är inte helt lätt att veta i vilken utsträckning fysiska respektive psykiska komponenter har lagts den tilltalade till last (och därmed lagts till grund för fällande dom). Å ena sidan var ju i och för sig det faktum att bilföraren stannade bilen en *nödvändig* förutsättning för att misshandeln skulle kunna ske: hade han inte stannat, hade väl passagerarna knappast tagit sig ur bilen över huvud taget. Något krav på att medhjälp för att vara straffbar ska ha varit en *nödvändig* betingelse uppställs inte, och att viss betingelse faktiskt *var* *nödvändig* kan knappast regelmässigt medföra att den också skall ses som en (i detta hänseende) tillräcklig sådan. Å andra sidan är bilförarens själva agerande, om det betraktas lite mer fritt från aktuell kontext, så trivialt och " normalt " som en bilförares agerande kan bli (såvida den inte genomför en fängtransport eller liknande): att stanna bilen för att släppa av passagerare som begär att få bli avsläppta. Att motivera en bestraffning av föraren med "fysisk" medhjälp framstår, bland annat därför,⁴⁵ som tvivelaktigt. Möjligen – men här spekulerar jag – har domstolen varit av åsikten att föraren *dels* varit fullt införstådd med

⁴⁵ Rimligen borde HD ha kommenterat det faktum att bilföraren, om han *inte* hade stannat bilen på passagerares begäran om att få lämna den, i princip hade uppfyllt brottsrekvisiten för olaga frihetsberövande, BrB 4:2. Föraren hade väl i och för sig troligen (och rimligen) kunnat undgå ansvar för detta brott, om han fortsatt köra, med hänvisning till rättslig nöd.

vad som skulle hända, *dels* därtill (manifesterat bland annat genom att han stannade bilen) stöttat de misshandlande kamraterna på ett sätt som i och för sig kvalificerar sig som psykisk medhjälp, samtidigt som domstolen dock inte har tyckt sig kunna finna det senare styrkt på ett sätt som skulle göra det möjligt att ange det i domen. Man har därför sett sig föranledd att hänga upp det på det fysiska.⁴⁶

De två berörda avgörandena har, som nämnts, tidigare använts för att illustrera problem kring (den yttre) avgränsningen av straffansvar för medhjälp. I den bästa av världar är fallen fortfarande av intresse, men i en diskussion av hur lite som kan krävas för att någon skall kunna dömas för medhjälp har de måhända, i ljuset av vad som berörs i avsnitt 4, blivit delvis inaktuella. I här berörda fall tycks dock, till skillnad från flera av de avgöranden som nämns i nästa avsnitt, det faktiska händelseförloppet ändå ha ansetts vara ganska väl utrett: rollerna har, åtminstone fysiskt, varit rätt klara. När händelseförloppet inte är lika väl utrett ställer sig sakerna delvis annorlunda, på sätt som kan sätta mer press på domstolen: valet kan i högre grad komma att stå mellan å ena sidan ansvar för alla, å andra sidan ansvar för ingen alls. Denna tråd tas upp igen i avsnitt 4.

I fråga om medhjälp måste också *tidsaspekten* beröras. För att viss gärning ska kunna klassificeras som medhjälp behöver den som huvudregel utföras före eller samtidigt med huvudgärningen. Huvudgärningen får inte vara *avslutad*. Uppmärksammas bör dock att likhetstecken inte kan sättas mellan att huvudgärningen är *fullbordad* och att den är avslutad: ett brott kan avslutas senare än det fullbordas. Detta gäller givetvis vid perdurerande brott, exempelvis människorov, där brottet så att säga fortsätter att begås även efter att det har fullbordats, men också vid andra brottstyper kan en relevant glapp finnas mellan det fullbordade och det avslutade. I ett exempel i litteraturen menas en person kunna fällas för medhjälp till stöld, när den står utanför det hus där inbrott begås och genom ett fönster tar emot i och för sig redan "fullbordat tillgripna" saker.⁴⁷ I fråga om insatser sent i händelseförloppet görs skillnad mellan å ena sidan fall

⁴⁶ Nämnas bör att ytterligare en person åtalades för medhjälp i målet: en passagerare som i det första skedet klev ur bilen, i det andra skedet inte. Denna person friades, då det inte ansågs visat att han på något sätt främjat misshandeln. Här uttalade domstolen, ekande förarbetena, att "en handling, som varken fysiskt eller psykiskt har övat inflytande på brottets tillkomst, inte är att anse som medverkan". Se också Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 407.

⁴⁷ Se också NJA 2006 s. 577.

det sätts lägre än om samma gärning hade rubricerats som medhjälp rätt och slätt.⁵⁰ (3) Med bägge åsikter – här avses då *dels* Jareborgs åsikt, *dels* den åsikt enligt vilken även materiell medhjälp till medhjälp skall formellt rubriceras som medhjälp rätt och slätt – följer problem med att begränsa kedjorna: oavsett hur det må rubriceras, hur många ”materiella led” skall vara straffbelagda? BrB 23:5, rörande medverkan i mindre mån, ger möjlighet till undantag från annars generell straffbarhet. Vidare kan möjligen generella resonemang rörande kausalitet, och kanske hänvisningar till ”livets regel” och så vidare, ge någon hjälp, men samtliga dessa vägar förutsätter måttfullhet hos domstolen i dess utövande av sitt skön, och i dag – inte minst i medverkansfrågor – tycks sådana förhoppningar inte omedelbart lätta att få infriade. Upplägget framstår därför som riskabelt.⁵¹

- När främjaransvar har diskuterats i innevarande avsnitt har det förutsatts att där har funnits något att främja: *medverkansobjektet*. Konstruktionen av medverkansobjektet är inte central för de problem som innevarande framställning främst fokuserar på, men något ytterligare bör ändå sägas. Huvudregeln är att gärningsmannens brott i dess objektiva utförande konstituerar medverkansobjektet, och att det därmed stansar ut de yttre gränserna för vad övriga medverkande kan fällas till ansvar för (medverkan till). Detsamma gäller – som huvudregel – i fråga om gradindelade brott. Vissa rekvisit anses dock kunna ”plockas” från annan än gärningsman: egenskap av specialsubjekt (se ovan avsnitt 2); överskjutande uppsåt (till exempel tillägnelseuppsåt); vissa komponenter av relevans för placering i svårhetsgrad; med mera. I den utsträckning en sådan möjlighet att ”plocka” rekvisit medges vidgas medverkansobjektet, till och med på så sätt att i vissa fall beteende från gärningsmannens sida blir straffbelagt som utan

⁵⁰ Så också Hagströmer, Svensk straffrätt, s. 296–297: ”Men om delaktighet i delaktighet således kan blifva straffbar, måste dock vid bestämmandet af förutsättningarna för och graden af straffbarhet dess egenskap af en blott indirekt delaktighet i hufvudbrottet komma i betraktande. Att i det ena och det andra afseendet helt enkelt likställa densamma med en direkt delaktighet däri vore icke riktigt. Den, som är delaktig i annans delaktighet, måste ju antagas enligt lagens sätt att se saken vara ännu mindre nära, än den andre, till att bära ansvar för hvad som sker, och denna ytterligare minskning i närhet måste anses påkalla enahanda – i form af straffrihet eller strafminskning framträdande – mildare bedömning af handlingen, jämförd med en direkt delaktighetshandling, som kommer denna senare till del i jämförelse med en gärningsmannahandling.”

⁵¹ Av visst intresse i sammanhanget är stadgandet rörande människohandel, BrB 4:1 a, vilket berörs något i avsnitt 6 nedan.

”plockande” hade varit straffritt. Frågan i vilken utsträckning sådant ”plockande” *bör* vara tillåtet berörs vidare i avsnitt 5.

När väl ett medverkansobjekt etablerats skall enligt BrB 23:4 3 st. var och en medverkande hållas ansvarig ”efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last”. Här framträder det självständiga och flexibla ansvar som tillskapades genom SRK:s försorg. Ett tidigt exempel i praxis är NJA 1959 s. 254 (”isotopfallet”). Två personer fälldes där för medhjälp, av grov oaktsamhet, till spridande av gift, trots att någon gärningsman inte kunde fällas (eller knappt ens uppbringas). I tidigare nämnda ”rockfall”, NJA 1963 s. 574, fälldes rockhållaren för medhjälp till misshandel, inte för medhjälp till rån, då han bedömdes ha uppsåt till de andras misshandelsbrott men inte till det olovliga tagandet. Det är även möjligt att spela med uppsåt och oaktsamhet hos olika deltagare, förutsatt att den aktuella objektiva gärningen är straffbelagd som både oaktsamt och uppsåtligt brott (i BrB aktualiseras därvidlag främst kap. 3). I NJA 1996 s. 27, ”Sturecompagniet”, fälldes den person som bar vapnet fram till mordplatsen för oaktsam medhjälp till gärningsmannens uppsåtliga dödande. Medhjälparens brott rubricerades som medhjälp till grovt vållande till annans död.⁵²

• Därmed lämnar vi placering inom medverkansobjektet. De otvivelaktigt accepterade formerna för *gärningsmannaskap* vilka existerade vid tiden för Lindomefallet – här alltså använt som tidsmarkör – var i huvudsak de följande.

- (1) En gärningsman begår ensam brottet och uppfyller själv samtliga rekvisit.
- (2) Medelbart gärningsmannaskap (den objektive gärningsmannen har varit ett verktyg i annans händer).
- (3) Specialsubjekt (exempelvis när den anställde har beordrats av näringsidkaren att begå bokföringsbrott).
- (4) Flera gärningsmän begår tillsammans brottet, men var och en uppfyller själv samtliga rekvisit.
- (5) Flera gärningsmän agerar på i det närmaste samma sätt mot offret (angriparna sparkar exempelvis samtliga mot det liggande offret, de utdelar sparkar mot ungefär samma ställen på kroppen – ingen gör det exempelvis uteslutande mot offrets

⁵² Fallet berörs under 4.2.3 nedan.

fötter – och offret dör, någon spark har i och för sig varit den dödande men det framstår som en slump vem som utdelat denna spark), och de har alla erforderligt uppsåt till effekten (i det här exemplet döden). Samtliga kan dömas för uppsåtligt dödande i gärningsmannaskap. Även om givetvis inte var och en, ”tekniskt” sett, har ”dödat” offret, kan det uttryckas som att samtliga i samverkan har gjort detta.

I variant 2 och 3 konstrueras gärningsmannaskapet med användning av BrB 23:4 st. 2.⁵³ Med varianter 4 och 5 är vi inne i vad som i dag med varierande precision kallas ”medgärningsmannaskap” (se avsnitt 2). Variant 4 bör kanske egentligen inte tillåtas omfattas av begreppet: var och en är en egen, ”vanlig” gärningsman, även om aktiviteten i och för sig har utförts tillsammans och i samverkan med annan. Begreppet fyller där ingen funktion. Variant 5 rör däremot flera deltagare i en gemensam aktivitet, i samverkan, där inte alla, eller kanske inte ens någon, själv uppfyller samtliga rekvisit i brottsbeskrivningen, men där alla ändå döms i gärningsmannaskap enligt det specifika straffbudet, utan användning av möjligheten att ”anse som” enligt BrB 23:4.

I sammanhanget bör nämnas rättsfallet NJA 1980 s. 606. Några personer hade efter samråd beväpnat sig med käppar och gemensamt – och med vad det verkade ungefär lika stor ”arbetsinsats” – misshandlat flera andra personer. Ett första skäl att uppmärksamma fallet är att det väl snarast fick bilda skola som exempel på ett sådant ”snävt” eller ”stramt” medgärningsmannaskap som enligt alla läger bör accepteras i fråga om icke helt specificerade relationer mellan inblandade aktörer och uppkomna resultat. Alla deltagare befann sig rätt nära kärnan av aktuell(a) brottsbeskrivning(ar) i en både gemensam och någorlunda likartad aktivitet, där nog mer eller mindre slumpen (får vi anta) bestämde vem som orsakade vad i fråga om faktiska skador. Envar deltagare måste ha varit, från det att utförandet av brottet påbörjades, åtminstone rätt nära ett fullt, ”eger”, gärningsmannaskap, i vart fall rätt nära ”kärnan” i den aktivitet som straffbudet beskriver. Ansvar utdömdes i fallet enbart enligt det särskilda straffbudet, utan behov av BrB 23:4 st. 2.

⁵³ I fråga om fall där den ”objektive” gärningsmannen verkligen har varit ett redskap, på så sätt att den anses kunna jämföras med t.ex. en pistol eller ett basebollträ, lär BrB 23:4 st. 2 i princip knappast behöva åberopas.

Ett andra skäl att uppmärksamma fallet är att aktuella brottsliga gärningar faktiskt ansågs ha föregåtts av något som alldeles normal-språkligt kan definieras som ett "samråd" mellan deltagarna.⁵⁴ Den användning av medgärningsmannaskap som berörs i avsnitt 4, med ett tillåtande av avsevärt mindre "strama" varianter, och med en successivt mer framträdande roll för lokutionen "tillsammans och i *samförstånd*", bör ses i ljuset av just detta *faktiska samråd* i NJA 1980 s. 606: det lär ha varit vad domstolarna därefter har känt sig tvungna att förhålla sig till.

Slutligen bör här nämnas själva Lindomefallet, RH 1991:51. En äldre man slogs i sitt hus ihjäl på ett brutalt sätt. Två personer åtalades. Det stod klart att (åtminstone) någon av dem hade bragt offret om livet. Det kunde dock, på det sätt som sakerna till slut föll ut, inte uteslutas att någon (vilken som helst) av dem begått dödandet helt utan inblandning från, eller ens vetskap hos, den andre. A fälldes för dödandet i första instans, där B friades. I andra instans friades i stället A, samtidigt som tingsrättens friande dom mot B hade tillåtits vinna laga kraft. Slutresultatet blev att (1) ingen fälldes för något brott relaterat till dödandet av offret, samtidigt som (2) det stod klart att någon av de två hade utfört gärningen. Utgången i fallet orsakade avsevärd indignation.

Som ibland sker blev den allmänna indignationen något missriktad, här närmast på så sätt att själva den straffrättsliga *regleringen* (här medverkansregleringen och -läran) ifrågasattes i termer av påstådda brister. Och nog händer det rätt ofta att straffrättsreglering har brister, men knappast just i detta fall: här behövde i stället frågor anknytta till bevisning, främst till *säkrande* av sådan, aktualiseras. Om den friande tingsrättsdomen mot A hade överklagats till hovrätten, och de tilltalade även där hade kunnat så att säga ställas mot varandra, så hade nog knappast heller en fällande dom varit utesluten. Den vedertagna beskrivningen av målets problematik – (1) man visste att (åtminstone) någon av dem dödade offret, men (2) det kunde inte uteslutas att endast en av dem gjort allt (och den andre gjort inget

⁵⁴ Hovrätten (vars dom HD fastställde) uttalade att de tilltalade "gemensamt kommit överens om att förse sig med käppar för att använda dessa som tillhyggen", samt vidare att "det ... inte [kan] klarläggas vilka skador de olika målsägandena tillfogats av envar av de tilltalade. Med hänsyn till att de tilltalade efter samråd kommit överens om att beväpna sig med käppar och med beaktande av det sätt på vilket de därefter ... gemensamt gjort bruk av käpparna finner HovR:n emellertid att A, B och C samtliga är att anse som gärningsmän".

alls, och inte heller vetat något), och (3) det kunde inte utrönas vem som i så fall gjort allt – fick egentligen inte möjlighet att till fullo uppstå i andra instans: de tilltalade kunde ju inte konfronteras med varandra.⁵⁵ I nästa avsnitt ses att det inte är helt uppenbart hur problematiken i Lindome skall relateras till den praxis som sägs ha varit en följd av fallet.

4 EFTER LINDOME

4.1 Inledning och några brasklappar

I avsnittet berörs först vad jag uppfattar som tendenser i negativ (vidgande, upppluckrande och "subjektiv") riktning, därefter några HD-avgöranden i uppstramande riktning. Redogörelsen i första delen av avsnittet hämtar bränsle från tre rättsfall, av vilka åtminstone två i doktrinen har diskuterats som exponenter för "den nya medverkansläran". I anledning härav bör en tredelad brasklapp läggas in (behovet av en sådan antyddes ju redan inledningsvis). (1) Flera av de fall som har berörts i termer av "förändringar i medverkansläran" var när det begav sig mycket uppmärksammade. Flera av dem får betraktas som "känsliga" i relation till allmänheten. Flera av dem stannade i hovrätten. I vilken utsträckning de bör behandlas som exponenter för "gällande rätt" i någon relevant bemärkelse får sägas vara osäkert: det kan mycket väl vara så att domstolarna (högre som lägre) i andra och mindre spektakulära mål intar en stramare, för den tilltalade mer gynnsam hållning. (2) Straffrättsdoktrinen's fundamentala och i och för sig lovvärda strävan att av det rättsliga stoffet konstruera ett koherent helt kan, vid tolkning av enstaka rättsfall och av den vikt de bör ges, emellanåt leda till att en höna görs av en fjäder, en regel av ett undantag, något generellt av något rätt partikulärt.⁵⁶ (3) Domskal kan vara mer eller mindre utförliga, mer eller mindre bra skrivna. Exempelvis kan vad som förevarit under rättegången i och för sig ge goda grunder för vissa slutsatser, även om domskälen inte godtagbart lyckas förmedla detta.

⁵⁵ För en diskussion av de problem som dylika fall aktualiserar, se SOU 1996:185 s. 339 ff. och Ds 1993:15.

⁵⁶ Detta må i fråga om medverkansläran också bli extra problematiskt, om det som Herlitz påpekar kanske aldrig avsågs bli någon ordning. Se Herlitz, Delaktighet i brott, s. 300.

Brasklappar sålunda levererade är min uppfattning att den aktuella gruppen fall, generellt sett, kan användas för att träffande illustrera (om än kanske inte *konstituera*) de rörelser i fråga om tankegods som jag menar vara möjliga att iaktta. Samtal med aktörer på gräsrotsnivå (främst försvarsadvokater, men även åklagare och domare) bekräftar i stor utsträckning bilden. I det följande berörs tre avgöranden: NJA 1992 s. 474 ("stolfallet"), diskoteksbranden i Göteborg och NJA 1996 s. 35 ("Sturecompagniet"). Andra avgöranden som ofta har diskuterats i liknande sammanhang, såsom dödsskjutningarna i Malexander,⁵⁷ mordet på syndikalisten Björn Söderberg,⁵⁸ NJA 2002 s. 489 ("sambandscentralen" vid göteborgskravallerna), berörs inte. Det behövs inte för syftet med föreliggande framställning: avgörandena är i här relevanta delar i mycket variationer på likartade teman, och de har behandlats ingående på annat håll.⁵⁹ I min diskussion läggs störst fokus på vad som bör (få) betraktas som gärningsmannaskap, men även gränsdragningar mot det straffria berörs.

4.2 Rättsfall och diskussion

4.2.1 NJA 1992 s. 474

Det avgörande som kanske kunde karaktäriseras som ett startskott på utvecklingen, och som också brukar refereras till som en första reaktion på Lindome – men som nog i så fall snarare är ett slags reaktion på *allmänhetens* reaktion på Lindome – är NJA 1992 s. 474, "stolfallet". C hade bragts om livet med knivhugg, A och B åtalades. För A var styrkt att han huggit mot C med kniv ett antal gånger, dock inte det direkt dödande knivhugget. För B var styrkt endast att han deltagit i angreppet mot C med en *stol*. Tingsrätten dömde A för grov misshandel till tre års fängelse, medan B friades – något märkligt – då det enligt tingsrätten inte visats att B avsiktligt tillfogat C några skador med stolen. Hovrätten dömde A för försök till dråp till fyra års fängelse, B för medhjälp till försök till dråp till tre års fängelse (varav

⁵⁷ Göta hovrätts dom 2000-06-07 i mål nr B 158-00 och B 180-00.

⁵⁸ Svea hovrätts dom 2000-07-14 i mål B 3225-00.

⁵⁹ För intressanta kommentarer, se särskilt Herlitz, Delaktighet i brott, Wennberg, Tillsammans och i samförstånd, dens., Från Malexander till Sambandscentralen, dens., Mobiltelefontrafik som bevismedel, dens., Samarbeta med okända gärningsmän, Wong, Den magiska formeln har förlorat lite av sin magi, samt Diesen, Göteborgsbranden, Malexander- och Söderbergmorden.

ett år dock hänförde sig till annan brottslighet). I ingendera instans fälldes alltså någon för själva *dödandet*.

HD, däremot, dömdе bägge de tilltalade för dråp. Det fastslogs inledningsvis – och här ekar måhända Lindome – att ”det står klart att antingen A eller B tillfogade C både det knivhugg i hjärtat som orsakade döden och de övriga skador som han hade åsamkats enligt obduktionsprotokollet”. HD konstaterade vidare, bland annat med hjälp av vittnesmål, att A och B ”kom och gick från lägenheten tillsammans och i sämja” och att ”de våldshändelser som utspelades där hade ett till några minuter komprimerat förlopp. Det kan emellertid inte anses styrkt”, sades det fortsättningsvis, ”att våldet mot C föregåtts av samråd” (vilket ju, med ovan nämnda NJA 1980 s. 606 i ryggen, hade givit en rakare väg mot ett medgärningsmannaskap). Rörande A, som hade erkänt fem knivhugg varav ett i sig livshotande, uttalade HD att ”även om han inte är skyldig också till det dödande hugget – vilket i så fall måste ha utdelats av B i mycket nära anslutning till de andra – visar A:s handlande att han hade uppsåt att döda C. Genom att våldet utövades i en sammanhängande följd saknar det avgörande betydelse för bedömningen av A:s gärning, att dödens inträde inte kan härledas från ett av de knivhugg som han har erkänt. Det berodde närmast på tillfälligheter vilket knivhugg som kom att bli den direkta dödsorsaken”.

I fråga om B, som ju (utöver psykiskt stöd och dylikt) inte kunde läggas mer till last än att han hade använt en stol i angreppet mot C – samt att *antingen* han *eller* A utdelat också det dödande knivhugget, hur nu detta må tillåtas beaktas i sammanhanget – uttalade HD att ”han deltog i våldet mot C på ett mera aggressivt sätt än vad han har medgett och på ett stadium av händelseförloppet då han inte kan ha undgått att uppfatta att A avsåg att döda C och att denne var svårt skadad. Av detta följer att han då själv måste ha varit inställd på att händelserna skulle få en dödlig utgång. Oaktat han inte visats ha tillfogat C någon livshotande skada, har han på ett så verksamt sätt bidragit till C:s död, att han skall dömas som medgärningsman för dråp”. Straffen fastställdes i HD till sju års fängelse för A och sex års fängelse för B (där alltså ett år rörde annan brottslighet).

Skall 1992 s. 474 beskrivas som en reaktion på Lindome behövs preciseringar. Den mest framträdande *likheten* mellan avgörandena, och det som över huvud taget berättigar en jämförelse, har att göra med frågan om ansvar för att ha ”utfört” själva *dödandet*: i bägge fallen stod klart att någon av två inblandade måste ha ”dödat offret”,

men det kunde inte fastslås vem. Fallen *skiljer* sig däremot åt i fråga om möjligheten att över huvud taget *straffa* de tilltalade. I Lindome kunde det inte för någon av de tilltalade säkerställas ansvar ens för främjande. I stolfallet hade däremot bägge kunnat fällas för medhjälp: någon strafffrihet – med de reaktioner detta kunde ha givit upphov till i den allmänna debatten – riskerade inte att uppkomma. Valet att se bägge som gärningsmän hade i stolfallet konsekvenser ”endast” för rollfördelning, rubricering, i fråga om i och för sig redan (säkerställt) straffbart handlande.

Enligt det mer allmänna förhållningssätt som i medverkanssaker ansågs accepterat vid tidpunkten för *Lindomemålet* hade resonemang i termer av medgärningsmannaskap knappast ansetts kunna tillämpas för att läka en ”brist” bestående i att man inte visste vem som gjort vad, om det fortfarande fanns en icke försumbar möjlighet att någon av två inblandade hade gjort inget alls. Det kan också tas för givet, om vi skruvar klockan ännu lite längre bakåt, att inte heller medverkansläran enligt SRK hade givit något annat resultat i just Lindome. Återvänder vi därefter till ”stolfallet” hade nog B, om SRK hade kunnat konsulteras, dömts för ”endast” medhjälp. Hur man hade handskats med A är mer av en öppen fråga, men om klockan på allvar vrids tillbaka till SRK:s tid, en tid där man just med lättnad hade *gjort sig av* med kravet på en straffbar gärningsman för att det över huvud taget skulle gå att fälla en främjare, är det knappast helt uteslutet att också A kunde ha fällts för ”endast” medhjälp.⁶⁰

Skall NJA 1992 s. 474 ses som en (”rättslig”) reaktion på Lindome bör nog reaktionen mer än något annat karaktäriseras som en *uppluckring* av medverkansläran, en större frimodighet, inom ramen för vilken flera av dagens tendenser initierades eller förstärktes:

- (1) Till skillnad från i tidigare praxis där flera deltagit och samtliga dömts som gärningsmän (jämför NJA 1980 s. 606 ovan) kan de bägge tilltalade i stolfallet knappast sägas ha varit engagerade i en någorlunda *likadan* eller ens *likvärdig* aktivitet i relation till den inträffade effekten (i stolfallet döden): det föreligger signifikanta skillnader mellan en kniv och en stol, inte minst när döden har orsakats av en kniv. Att aktiviteten kan ses som *gemensam* uppvärderas däremot. Det kunde väl också sägas att det möjligen öppnas upp för vidganden i fråga

⁶⁰ Jfr SOU 1944:69 s. 93–94.

om vad som över huvud taget skall anses konstituera "aktiviteten", "utförandet av gärningen", "tillsammans utfört brottet" enligt straffbudet (även om vi i detta hänseende i och för sig inte vet säkert vad som avsågs i avgörandet, se nedan p 4).

- (2) Vidare togs nog – i konstaterandet av att det inte var styrkt att *samråd* föregått dödandet, men att A och B anlände till respektive lämnade lägenheten tillsammans och i sämja (underförstått: om de inte hade varit överens i fråga om vad som hände och gjordes, så hade de väl bråkat när de lämnade lägenheten), i kombination med framhävandet av att någon av dem måste ha utdelat det dödande knivhugget – några steg i riktning mot den senare, rätt frimodiga användningen av lokutionen "tillsammans och i *samförstånd*".
- (3) *Främjande är inte nog*. Det är som nämnts möjligt om än inte säkert att SRK, vilken lär ha ansett även medhjälps- och anstiftansfigurerna besitta anseelig rubriceringsmässig "kraft" och därmed signalverkan, hade ansett det inte bara vara tekniskt möjligt utan också rimligt att döma både A och B för medhjälp till dråp (med den beskurna accessorieteten är ju detta fullt möjligt). Men numera – och här menar jag mig se en förskjutning i hur vi tänker – verkar det som att en sådan rubricering inte riktigt anses räcka till. Med stolfallet tycks gränsen ha börjat förflyttas för vad som "räknas", för att det skall anses ha "fällts tillräckligt mycket": där den mest betydelsebärande gränsen tidigare gick mellan *straffansvar* och straffrihet – och så borde det väl rimligen vara tänkt? – verkar den i dag emellanåt snarare gå mellan *gärningsmannaskap* (eller snarare gärningsmannarubricering) och övriga möjliga utfall. Ett utdömande av ansvar för främjande gills inte riktigt, biter inte riktigt.
- (4) *Otydlighet*. HD kallar i domskälen B för "medgärningsman". Vissa författare har tolkat detta som att B inte har gjorts till gärningsman enligt BrB 3:2 (för att tillsammans med A ha "utfört gärningen"), utan i stället enligt BrB 23:4 st. 2 (för att ha främjat gärningen på ett sådant sätt att det med SRK:s formulering "ter sig naturligt" att anse honom som gärningsman).⁶¹ Andra menar att B lika gärna – förutsatt att HD ens tänkte i sådana distinktioner, vilket knappast kan tas

⁶¹ Se Wennberg, Tillsammans och i samförstånd, s. 621.

för givet – kan ha dömts för att tillsammans med B ha ”utfört gärningen” enligt straffbudet, BrB 3:2.⁶² Oavsett hur det må förhålla sig med detta ses en bekymmersam otydlighet: den frimodiga användningen åtföljs av – och kanske närmast förutsätter – en ökad, tillåtande, otydlighet.

Vad som mer allmänt tycks ha skett i tiden efter stolfallet kan beskrivas med generella nyckelord som *förflackning* och *inflation*, innefattande bland annat ett ganska energiskt urholkande av anstiftans- och medhjälpstinstituten till förmån för straffvärdemässigt måttligt kalibrerade (med)gärningsmannaskap. Det senare förutsätter – för att återvända till titeln på min framställning – vissa justeringar i tänkandet: där behövs olika slags *upplösning* av de tilltalade individerna, både i fråga om vad envar ”objektivt” faktiskt har åstadkommit och i fråga om envars subjektiva inställning. Det är ju heller inte så att individerna upplöses i intet och försvinner från scenen: de *klumpas ihop* med varandra. Lyckas det på ett eller annat sätt etableras ett gemensamt uppsåt i förhållande till vad som på ett eller annat sätt har åstadkommits, menas detta uppsåt – i extremfallet – rättfärdiga utsuddande av moraliska och straffrättsliga skillnader mellan vad som i mitt tycke bör betraktas som *artskilda*, inte bara *gradskilda*, ingripanden i den yttre verkligheten, den av ”objektiva” gärningar (i motsats till önskemål, åsikter, inställningar med mera).

Tendenserna till hopklumpning – och därmed till mindre intresse för vad var och en av flera har ”gjort” – sker både *bevismässigt* (där frågan är vad som faktiskt skall anses vara styrkt, till exempel för att något ska ha skett ”tillsammans och i samförstånd”, eller för att någon skall kunna dömas för *något* slags medverkan) och när vad som anses styrkt därefter skall *rättsligt kvalificeras*. Förflackningen rör etablerandet av (straffrättslig) skuld över huvud taget, och den rör också skuldens storlek.

Jag vill nu, med avstamp i några ytterligare rättsfall, skilja mellan två parallella (men sammanhängande) spår i frimodigheten, aktuella i två olika situationer: (1) Man vet vid rättegångstillfället inte särskilt mycket om vad var och en har gjort, kanske inte ens om viss tilltalad har ”gjort” något alls. Då kan frimodigheten snarast ta sig uttryck i det sätt på vilket rätten kommer fram till vad som skall anses visat, exempelvis i fråga om en gemensam vilja hos flera till-

⁶² Se Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 412, liksom SOU 1996:185, s. 218.

talade. (2) Händelseförloppet anses i och för sig relativt bra klarlagt. Då tar sig frimodigheten vad som kanske i någon bemärkelse bör kunna kallas ”renare” eller ”djupare” straffrättsideologiska uttryck, anknytna till själva synen på människans agens i, och interaktion med, sin omkringliggande verklighet.

4.2.2 Diskoteksbranden i Göteborg

Det rättsliga efterspelet till diskoteksbranden i Göteborg,⁶³ där förloppet knappast kan sägas ha varit särskilt välutrett i fråga om tre av fyra tilltalade, tycks vid läsning av den skrivna domen utgöra något av en extrem i fråga om både bevisvärdering och rättslig kvalificering. I målet aktualiserades gränsdragningar såväl mot det straffria som mellan främjande och gärningsmannaskap. Hovrätten, som i huvudsak fastställde tingsrättens domslut (fängelsestraffets längd höjdes dock för två av de tilltalade), inledde med att konstatera att det anlagts en brand. Därefter uttalades bland annat att eftersom de fyra tilltalade A, B, C och D lämnat sinsemellan motstridiga uppgifter och även ändrat sina uppgifter under resans gång, måste ”de uppgifter som lämnats av A, B, C och D ... bedömas med stor försiktighet”. Domstolen menade sig dock kunna slå fast *dels* ”att det inte är styrkt att någon annan än A rev papper eller tände eld”, *dels* ”att samtliga fyra befann sig i trapphuset eller i mycket nära anslutning till det när elden anlades”.

Därpå var frågan att pröva huruvida de fyra gemensamt hade kommit överens om att anlägga eld. Domstolens svar blev jakande, varvid stöd hämtades i bland annat *dels* vissa andra personers vittnesmål rörande A:s agerande och uttalanden före branden, *dels*, och anmärkningsvärt ingående, de fyra tilltalades *relationer till varandra*. Därvid noterades bland annat att A, B och C var landsmän, att A och B ”även begått brott tillsammans” – hur nu detta bör få betraktas och beaktas i sammanhanget – samt vidare att det, enligt deras egen utsago, fanns mycket starka vänskapsband mellan A, B och C. När det gällde D var han inte närmare bekant med någon av de andra, men han hade, likaledes enligt egen utsago, en stark önskan att bli vän med B och C. När hovrätten väl etablerat de starka banden (och D:s ”uttalade önskan att bli upptagen i deras gemenskap”) låg dessa band som en röd, och som det verkar bärande, tråd genom den fortsatta prövningen. När till detta lades bland annat de tilltalades motstridiga förklaringar till varför de gått in på aktuell plats, menade hovrätten att det inte kan

⁶³ Hovrätten för Västra Sverige, dom 2000-08-29 i mål nr B 2957-00.

ha funnits någon annan förklaring än att de hade kommit överens om att anlägga eld.

Resonemangen i fråga om vad som kunde anses bevisat avslutades därför med uttalandet att "det är styrkt att A tände eld i trapphuset sedan han, B, C och D gemensamt hade kommit överens om att förstöra festen genom att anlägga eld". Den påföljande rättsliga kvalificeringen levererades korthugget och utan motivering: "Vid den bedömningen", uttalade hovrätten, "saknar det avgörande betydelse för skuldfrågan att det inte har kunnat utredas om det var någon eller några andra än A som rev papper eller tände eld i trapphuset". A, B, C och D dömdes alla i gärningsmannaskap.

En första kommentar rör då hur domstolen nått slutsatsen att de fyra kommit överens om att det skulle anläggas eld. Det ansågs styrkt att de alla var på platsen. När så stor vikt läggs vid *dels* motstridiga uppgifter (en företeelse som väl får sägas vara ganska vanlig i brottmål), *dels* de personliga banden (respektive förhoppningen om band) mellan de fyra – något som tycks ha givit ett slags presumption för att de (alltid?) agerar i klump – blir konsekvensen närmast att om någon av B, C och D hade velat undgå straffansvar hade den i princip behövt stansa ut sig från sammanhanget genom att avlägsna sig, underrätta utomstående person att den inte tänkte vara med, eller dylikt.

Rättsligt torde i och för sig ett sådant "utmarkerande" knappast kunna krävas av tilltalad. Vi vet, generellt sett, att det inte är straffbelagt att med gillande åse ett brotts begående (såvida aktuell person inte av någon specifik anledning har en plikt att ingripa, men i ett sådant fall saknar det ju också betydelse vilken *inställning* betraktaren har till det som sker). Skulle däremot gillandet uppfattas av förövaren (vilket i just här aktuellt fall skulle vara A, den ende för vilken det ansågs styrkt att han *agerat* på ett sätt som har samband med brottsbeskrivningen för aktuellt brott), och skulle den gillande också uppfatta att förövaren uppfattat gillandet, torde gillandet kunna ses som ett sådant psykiskt stöd vilket konstituerar medhjälp. Men endast det faktum att förövare och övriga deltagare *känner* varandra, eller till och med är goda vänner, kan inte (få) innebära att medhjälp genom psykiskt stöd automatiskt skulle anses föreligga bara för att övriga deltagare inte uttrycker avståndstagande eller avlägsnar sig.

Bevismässigt, däremot, med den inställning som hovrätten ger uttryck för i domen, tycks det dock närmast presumeras (åtminstone) psykiskt stöd och därmed straffbarhet. I en krets av vänskapsband och vänskaper in spe torde ett tyst kvarblivande på platsen räcka för att

man skall inträda i det straffbara området, för att man skall vilja det inträffade, om det inte finns något annat och signifikant som menas peka i annan riktning. De enskilda närvarande personernas sinnen upplöses, och de buntas ihop till en gemensam klump.

Övergår vi sedan till hovrättens resonemang i fråga om den rättsliga kvalificeringen måste det givetvis invändas att även om det går att hålla med om att det saknar *avgörande* betydelse för skuldfrågan vad B, C och D eventuellt "gjorde" förutom att befinna sig på platsen, så är steget därifrån långt till att det *helt* skulle sakna betydelse, vilket är den närmast bisarra åsikt som hovrätten tycks ge uttryck för i den skrivna domen. B, C och D dömdes ju nämligen inte bara som främjare, utan som gärningsmän tillsammans med A. Även om vi antar som givet, med domstolen, att alla fyra var överens om att "de" skulle anlägga eld (eller att "det skulle anläggas eld", för att mjuka upp det litet),⁶⁴ så *måste* det spela roll – enligt min mening också för *rolltilldelningen* – att det i fråga om tre av fyra deltagare inte visats något alls utöver överenskommelsen och att de befann sig på, eller i anslutning till, platsen i fråga. Men med det i första ledet (på som det verkar relativt svaga grunder) konstaterade gemensamma uppsåtet i hamn, med en på bland annat vänskapsband presumerad upplösning av de individuella viljorna, blir ett nästa (och kanske "naturligt") steg att upplösa också individernas kroppar, så att de alla går upp i, förkroppsligas i, A. Utgången i fallet hade rörande B, C och D kunnat diskuteras redan i relation till ansvar för *medhjälp* till A:s brott (jämför rock- och raggarbilsfallen ovan under 3). Hade B, C och D i stället dömts för medhjälp hade detta åtminstone något mer hållit de tilltalade fysiskt separerade från varandra. Hovrätten stannade ju dock inte vid detta. Fallet visar hur uppluckrade gränser mellan gärningsmannaskap och främjande medför att också gränsdragningen mellan främjande och straffritt agerande blir (ännu) viktigare.

Förklaringarna till att hovrätten (liksom tingsrätten) förfor på aktuellt sätt kan vi endast spekulera kring. Vi vet inte om B, C och D menades ha "utfört gärningen", och därmed betraktades som gärningsmän enligt det specifika straffbudet, eller om det "tedde sig naturligt" att med stöd av BrB 23:4 st. 2 anse dem som gärningsmän trots att de inte "utfört gärningen". Kanske – nu är vi utanför juridiken – var domstolarna av uppfattningen att det skulle ha varit alltför tungt för A, med tanke på de fruktansvärda (och från hans sida

⁶⁴ Se Wennberg, Från Malexander till Sambandscentralen, s. 632.

oförutsedda) konsekvenser som branden bar med sig, om han ensam skulle dömas i gärningsmannaskap, och därmed i mångas ögon bära hela ansvaret själv?

Oavsett de partikulära skäl som i efterhand må spekuleras kring i just det partikulära (och här rätt extrema) fallet, kan vad domstolen tar sig för också därefter få ett eget liv, emellanåt med stöd från doktrinen (om denna tolkar fallet mer "generellt" än vad som är befogat), och anammas av andra domstolar och från exempelvis åklagarhåll. Läses Göteborgsfallet grunt och generellt, (här) i bemärkelsen utan spekulation kring eventuella "utomrättsliga" överväganden som må ha spelat in; kring en domskrivning som inte fullständigt motsvarade vad som framkom, et cetera, blir den medverkansmodell som fallet tillhandahåller en med långtgående upplösning av närvarande individer, både i fråga om de eventuellt brottsliga sinnena (eftersom så stark vänskap fanns), och i fråga om kropparna, personernas "objektiva" gärningar (eftersom de hopklumpade sinnena redan hade etablerats). Då spelar det ingen roll vad var och en må ha "gjort", "utfört" eller inte. Eller så *har* de alla faktiskt "gjort" eller "utfört", bara i en annan betydelse än vad vi hittills har varit vana vid.

I den senare bemärkelsen kan fallet också läsas som en exponent för djupare ideologiska rörelser, vilka framträder också i fall där det mer än i Göteborgsfallet får anses tillräckligt klarlagt vad var och en av flera deltagare de facto har "gjort" eller "utfört" med vanligt språkbruk, fall där det inte finns risk för opassande frikännanden, Lindomeproblematik, och så vidare. Kommer denna typ av "gärningsmannaklumpar" till användning även i fall av den senare typen blir slutdestinationen närmast en presumption, och en "subjektivt" tung sådan: om ett antal personer har bestämt sig för att tillsammans genomföra något som resulterar i att ett brott begås (eller exempelvis kommit överens om att dela bytet vid sådana brott där något "byte" finns), så skall art och intensitet hos den insats i den yttre världen som varje person bistått med inte längre spela roll. Det saknar, milt uttryckt, "avgörande betydelse".

Jag har svårt att förlika mig med denna typ av ståndpunkter (och tror knappast heller, vad det må vara värt, att de stämmer med SRK:s ambitioner: även om kommittén önskade betydelsen av *formell* roll – rubricering – avsevärt minskad jämfört med vad som gällde före ändringarna, så innebar det knappast att också *materiell* roll skulle minska i betydelse på samma sätt). De leder till en förflackning och ett trubbiggörande av straffsystemets syn på vad människor *gör*.

De leder till att en alltför stark vikt läggs vid vad människor *vill ska hända*. Låt oss beröra ytterligare ett fall, i vilket det yttre förloppet var bättre kartlagt än i Göteborgsfallet, något som gör det möjligt att diskutera ”renare” ideologiska ståndpunkter, frikopplade från behovet av att kunna fälla för något alls. Dessa ståndpunkter av intresse återfanns i nästa fall i åklagarens argumentation, vilken dock – skall sägas – i just denna fråga inte hade framgång. I fokus för diskussionen är frågan när gärningsmannarubricering är befogad.

4.2.3 NJA 1996 s. 27

I NJA 1996 s. 27 (”Sturecompagniet”) åtalades två personer, A och B, för mord och försök till mord, för att enligt åklagarens gärningsbeskrivning ”tillsammans och i samråd ... ha skjutit ihjäl” fyra personer och försökt skjuta ihjäl flera andra. Vid fortsatt läsning av gärningsbeskrivningen framgår dock att det endast var A som de facto påstods ha skjutit alls. I fråga om B sades i stället att han ”– förutom att han på olika sätt stärkt A i dennes föresats att öppna eld – haft vapnet dolt under sin rock och på så vis oförmärkt burit fram det till utgångsläget för eldöverfallet”. Tingsrätten stannade dock i fråga om B för medhjälpsansvar. I hovrätten argumenterade åklagaren ånyo för att B skulle dömas för mord och mordförsök. I andra hand yrkades ansvar för medhjälpsansvar till samma brott. När hovrätten inte fann styrkt att B hade uppsåt i förhållande till att det skulle dödas föll också frågan om ansvar ”tillsammans och i samråd”. I HD yrkades det – till slut – ansvar endast för *medhjälps* i fråga om B, i första hand till mord och försök till mord. HD fann inte styrkt att B hade erforderligt uppsåt, varför B fälldes för medhjälpsansvar till grovt vållande till annans död och medhjälpsansvar till grovt vållande till kroppsskada (något som också innebar att frågan om medgärningsmannaskap föll).

Vad jag här vill lyfta fram till mer fristående diskussion – med bortseende från vad som i dag må anses vara gällande rätt – är åklagarsidans själva *ambition* i tingsrätt och hovrätt att få oss att betrakta också B som gärningsman, som att han (för att återvända till ordvalet i gärningsbeskrivningen) ”tillsammans och i samråd skjutit ihjäl”. Att A var den enda som med normalspråklig bemärkelse alls ”skjutit” stod på ett tidigt stadium klart. SRK, som hyste respekt för medhjälps- och anstiftansfigurerna, hade nog knappast funnit åklagarens beskrivning av händelseförloppet straffrättsligt (eller moraliskt, eller språkligt) rimlig. Jag gör det definitivt inte: det måste, moraliskt likväl som straffrättsligt, vara skillnad mellan att å ena sidan faktiskt

skjuta någon, å andra sidan vilja att den ska skjutas, å ena sidan skjuta någon, å andra sidan bära vapnet åt den som sedermera skjuter. Då bör det även göras en tydlig straffrättslig åtskillnad. Jag vill hävda att även om exempelvis B aldrig så mycket hade velat att offren skulle skjutas och dö (något som i aktuellt fall alltså inte ansågs styrkt), så borde det ändå göras skillnad mellan A och B inte bara straffvärde-mässigt utan också i hur vi över huvud taget karaktäriserar, rubricerar, personernas roller. Men i åklagarens argumentation var tanken att A och B "objektivt", kroppsligt, skulle upplösas, eftersom (påstods det) de bägge ju ville att samma sak skulle inträffa. B skulle förkroppsligas i den skjutande A. I fråga om kravet på självständigt ansvar och individualisering av inblandade personer tycktes då endast BrB 23:4 st. 3 vara i blickfånget: vad respektive person ville eller inte ville, insåg och inte insåg. Vad respektive person faktiskt *utförde*, gjorde, önskades lämnat därhän eller tolkat på ett tämligen alternativt sätt.

Vi får tyvärr aldrig reda på vad som rubriceringsmässigt hade hänt med B om underinstanserna kommit fram till att han faktiskt *haft* erforderligt uppsåt. Detta hade kunnat ställa sakerna mera på sin spets rörande relationen mellan å ena sidan en gemensam vilja, å andra sidan vars och ens yttre agerande: i vilken utsträckning bör den förra – straffrättsligt – få väga över det senare? Min åsikt är att det *måste* vara skillnad mellan att bära fram vapnet och att använda det, detta alldeles oavsett om A och B – låt oss hårdra det ännu ett snäpp – kommit överens kanske till och med om att "de skulle döda". Vi kan till och med anta att A och B kommit överens om just detta, och till förutsättningarna foga också att de inte, förrän just i det ögonblick när "det sköts", hade bestämt vem av dem som skulle skjuta: det var, som det brukar uttryckas, en "slump" att det blev just A. Även här *måste* det, menar jag, göras skillnad mellan å ena sidan vad man i och för sig vill ska hända, å andra sidan vad man faktiskt gör. Även om vem som helst av A och B kunde ha skjutit, och det karaktäriseras som en slump att det blev A och inte B, så bör endast A – med den begränsade "yttre" insats som B stod för i relation till inträffade effekter, och den begränsade knytning som B får till aktuellt straffbud – få ådömas gärningsmannansvar.

Liknande resonemang borde enligt min mening göra sig gällande i fråga om typfallet där tre personer bestämmer sig för att de ska råna exempelvis en mack (eller för att "en mack ska rånas"). Planeringen sker gemensamt. Vid genomförandet väntar en person utanför i bilen och håller samtidigt vakt, medan de två andra går in, varvid den ene

hotar personalen med ett vapen, den andre skaffar sig herravälde över pengarna och stoppar ned dem i en medhavd väska. Man skall i efterhand dela bytet, dessutom på kronan lika. Jag vill då hävda att den person som håller vakt, trots lika stort och aktivt deltagande som de andra både före och efter utförandet av brottet, och trots att den både tidsligt och (åtminstone nästan) rumsligt är med när brottet begås, ändå inte i tillräcklig bemärkelse har deltagit i utförandet av brottet, och därför inte borde få ses som gärningsman, vare sig enligt det särskilda straffbudet eller genom omrubricering enligt BrB 23:4. De två övriga aktörerna gör bägge något som återfinns i brottsbeskrivningen – något jag menar borde kunna användas som ett slags utgångspunkt eller tumregel för gärningsmannarubricering – men något sådant kan faktiskt inte sägas om vakthållaren.⁶⁵ Understrykas bör dock att vakthållaren i dag med stor sannolikhet skulle fällas som gärningsman.⁶⁶

Mot mina resonemang invänds vid det här laget säkert – bland annat! – *dels* att där ändå fanns ett relativt frikostigt mandat från SRK i frågorna, *dels* (som redan har nämnts) att skillnader i bedömning ju kan åstadkommas också på annat sätt än genom tillskrivandet av formell roll, särskilt genom differentiering i det straffvärde som åsatts respektive persons agerande. *Och*, verkar fortsättningen på det senare ledet vara, *om* sådana alternativa möjligheter till skiktning finns, då behöver det liksom inte *spela så stor roll* hur man gör

⁶⁵ Ett sådant synsätt skulle korrespondera med den variant för fastställande av försökspunkten som går ut på att den tilltalade "håller på att göra" något som återfinns i brottsbeskrivningen, se Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 382. Det korresponderar också med den begränsning av nödvärnsrätten som ges i NJA 1995 s. 661 ("guldsmidsfallet"): nödvärnsrätt enligt BrB 24:1 p 1 föreligger ju mot ett pågående eller överhängande brottsligt angrepp, och i fallet ansågs det inte finnas sådan nödvärnsrätt mot den rånares kompanjon som satt utanför guldsmidsaffären i en bil och väntade. HD uttalade: "Det saknas anledning ifrågasätta X:s uppgift om att hans medverkan vid rånet var begränsad till att han skulle föra en bil till och från brottsplatsen. Ingenting tyder heller på att X innehade något skjutvapen när han väntade i bilen utanför butikslokalen eller att han hade för avsikt att aktivt ingripa i händelseförloppet för att undsätta sin medbrottsling sedan denne misslyckats med att genomföra rånet. Objektivet sett förelåg det därför inte från X:s sida något sådant överhängande angrepp på person eller egendom som avses i BrB:s bestämmelse om nödvärn."

⁶⁶ Jfr SOU 1996:185 s. 183. En fråga i anledning av den vikt som tycks läggas vid att man överenskommit att dela bytet efteråt: Hur göra vid sådana brottstyper där materiellt "byte" saknas? Skall tillfredsställelsen över att döden inträffade, förfalskningen genomfördes, våldtäkten fullbordades ses som symboliska, emotionella "byten", möjliga att likställa med pengar och liknande?

rubriceringsmässigt. Och då kan man, exempelvis i ett fall som NJA 1996 s. 27 ("Sturecompagniet"), tycka det vara lämpligt att rubricera även B (som bar vapnet) som gärningsman. Och *om* det inte spelar så stor roll hur man formellt rubricerar personer så borde det vid behov vara tillåtet att låta andra överväganden väga tyngre, och att därmed göra på det sätt som allt sammantaget (med också annat taget i beaktande) är lämpligast. Och detta mest lämpliga sätt skulle då vara utökad användning av gärningsmannarubricering (eftersom vi menar det vara viktigt att bra signalverkan uppnås, genom att det markeras att det straffas ordentligt, och sådan signalverkan uppnås bäst genom gärningsmannarubricering).

Jag menar, mot detta, att rubricering i princip är något ytterst viktigt, och att "rubriceringsvapnet" – om man kan tala i termer av ett sådant, men det tycker jag att man kan – av flera skäl inte bör få användas för nämnda syften. Signalfunktionen skall inte underskattas, men den måste styras (här särskilt i bemärkelsen begränsas) av retrospektiva undersökningar rörande klandervärdhet, inte av olika slags framåtblickande ambitioner. Inte bara ådömt straffvärde, utan också (i normalfallet) åsatt rubricering, bör avspegla klandervärdheten. Den diskussion som här påbörjas fortsätter senare i avsnitt 4.4, i samband med redogörelsen för NJA 2006 s. 535.

- Först bör kanske något mer utförligt återknytas till SRK (det är ju ändå dess förarbeten som i någon bemärkelse "gäller"). Vid en diskussion av det mandat SRK kan ha avsett att det skulle ges i fråga om frihet vid rubricering, är det viktigt att läsa förarbetena i ljuset av den situation som SRK ansåg behöva modifieras. Enligt då gällande rätt – med ett i stort sett fullständigt accessoriskt främjaransvar, med olika straffskalor för olika slags medverkan, et cetera – var *formell* rolltilldelning av utomordentlig betydelse. Ur det faktum att de av SRK initierade lagändringarna tillskapade – och avsågs tillskapa – (1) en avsevärt större frihet än så i rubriceringsfrågor, liksom (2) en på vissa specifika sätt avsevärt mindre *betydelse* för formell rubricering (frågan om tillämplig straffskala knöts inte längre till formell rubricering), följer inte alls att där skulle tillskapas ett öppet fält, en total frihet, att det nya idealet ansågs böra vara ett av "anything goes", förutom just i sådan teknisk, formell mening. Så även om det med SRK:s ändringar exempelvis infördes *tekniska möjligheter* att till och med – i det enskilda och konkreta fallet – bestraffa medhjälparen strängare än gärningsmannen, så var sådant tänkt som möjligheter för fall långt

bort från typfallen. Tillåter vi oss att göra en distinktion mellan *formell* och *materiell* rubricering (i bemärkelsen rolltilldelning) lär SRK:s intresse (och ändringsförslag) i stort sett uteslutande ha rört det förra. Mycket litet sades egentligen om det senare. På intet sätt antydde förändringar i synen på materiell agens. Mycket lite pekar därför mot att SRK skulle ha menat att materiell rubricering, materiell rolltilldelning, inte längre borde spela roll. Det är väl snarast rimligt anta att kommittén ville genomdriva förändringar i fråga om det "formella" *för att* kunna nå bättre resultat i fråga om de "materiella", eller vad vi kanske till och med kunde drista oss till att kalla de ontologiska, sidorna. Utgångspunkten bör alltså vara att även om den formella betydelsen av rolltilldelning minskades, behölls den materiella betydelsen intakt.

- Låt oss emellertid ändå, för sakens skull, anta existensen av ett mandat för total frihet på så sätt att i rättens prövning rubriceringens (formella och materiella) betydelse i princip skulle reduceras till noll. Rubricering och straffvärdebedömning skulle ske oberoende av varandra. Då vore, i nuvarande system, rubriceringsfrågor egentligen inte ens en relevant del av prövningen av den tilltalade. Sådana frågor skulle snarast finnas i en "egen" ficka, en avstickare på vägen i prövningen, där ett slags etikett kvitteras ut, snarast för syns och åskådlighets skull. Denna avstickare skulle i och för sig säkerligen i någon utsträckning påverkas av den "riktiga" prövningen (den som tänks etablera fakta och sedan komma fram till ett straffvärde), medan det motsatta inte skulle vara fallet.

Detta slags synsätt är enligt min mening både *orealistiskt* och – även om det i någon bemärkelse vore praktiskt omsättningsbart – *felaktigt*. Skälet härför har att göra med att vi, enligt ovan, strängt taget arbetar med två olika slags "rubricering" i bemärkelsen rolltilldelning: där finns den rättsliga, den *formella*, men där finns också en annan och materiell. Den materiella föregår den rättsliga. De bägge bör ha en relativt stark koppling till varandra. I själva vårt sätt – *qua* människor – att intellektuellt försöka förstå och bedöma en situation, som en metod för att över huvud taget kunna nalkas, hantera och begripliggöra den intrycksmässigt, tilldelar vi inblandade aktörer olika roller i relation till vad som har inträffat. Den rollfördelning eller "rubricering" som på detta sätt åstadkoms behöver givetvis inte göras – i den mån den alls sker med hjälp av artikulerade termer – med användning av just de nuvarande svenska begreppen "gärningsman",

”medhjälpare” och ”anstiftare”. Skillnaderna mellan dessa begrepp lär dock åtminstone relativt bra motsvara de klassifikationer vi – *qua* registrerande, sorterande människor – inte kan komma bort från att göra. Den här ”materiella” rubriceringen är inte i första hand en juridisk aktivitet utan en mänsklig sådan. Den borde dock på relevanta sätt återfinnas också i den juridiska prövningen (vilken till rätt stor del består i att någon skall bilda sig en välgrundad uppfattning om ett händelseförlopp). Det sagda får ett par konsekvenser:

För det första, främst apropå görbarhet och straffnivå: Det är en intellektuell kullerbytta att tro att en domstol kan i straffvärdebedömningen vara opåverkad av vad den har kommit fram till i fråga om rubricering i bemärkelsen materiell rolltilldelning. När straffvärdebedömningen sker har det redan gjorts en preliminär skattning av roll. Även om det beordras att en sådan skattning inte skall ha någon betydelse juridiskt, så har den det i hela vår rekonstruktion av situationen (liksom den har det för det ”facit” vi i ett senare led lägger ut i form av en straffvärdebedömning). En möjlig och i så fall beklaglig följd på sikt av (1) hävdandet av att rolltilldelning inte skall spela någon roll, när detta kombineras med (2) ett successivt mer frikostigt användande av gärningsmannaskapsansvar (i sig ett tecken på att rolltilldelning faktiskt anses *spela* roll; varför skulle det i signalhänseende annars vara så mycket mer attraktivt med gärningsmannans ansvar än med främjans ansvar?) blir att straffnivåerna pressas upp för dem som med tidigare synsätt skulle ha bedömts som främjare: relativt sett högre straff utdöms för sådana medverkande som inte var med om att ”göra/utföra det” i någon rimligt begränsad bemärkelse men som ändå döms i gärningsmannaskap, i jämförelse med om de i stället hade dömts för främjande.

Straffvärdemässiga skillnader kan visserligen göras (och skulle säkert komma att göras) mellan olika ”gärningsmän” beroende på insats, men skillnaderna torde bli mindre än om främjaren tillätits vara främjare också i den juridiska rollbeskrivningen. Varför? Det har att göra med den i dag existerande ”klyftan” mellan det formella och det materiella, ontologiska. Vi lär nämligen sträva efter att överbrygga denna. Detta kan schematiskt ske genom förändringar i antingen det formella eller det materiella synsättet. I den utsträckning det formella är låst kan den lojala domstolen, eftersom det knappast går att koppla bort det materiella sättet att nalkas informationen från det formella (och det materiella sättet ger faktiskt roll en framträdande roll), så småningom och successivt se sig föranledd att modifiera inte bara

valet av oviktig juridisk etikett utan också själva sin *syn på* agerandet i fråga, så att domstolen också faktiskt, ontologiskt, med tiden börjar *betrakta* aktören som gärningsman, som en vilken har ”gjort det”, ”utfört brottet” (för att på så sätt föra det juridiska och det icke-juridiska närmare varandra). Med sådana förskjutningar är det också i princip naturligt – även om jag tycker att det är olyckligt – att ett högre straffvärde åsätts. Accepteras ett alltmer frikostigt utdömande av gärningsmannaansvar – mot fonden av en situation där sådant ansvar tidigare utdömts rätt restriktivt – åker straffen upp. Erfarenheten visar att en sådan utveckling svårigen kan vridas tillbaka.

För det andra, mer allmänt apropå lämplighet på längre sikt: om den juridiska rolltilldelningen avlägsnas alltför mycket från en materiell, normalspråkligt orienterad sådan, så blir resultatet småningom en konstruktion utan undertråd,⁶⁷ med de negativa effekter detta bär med sig för befolkningens uppfattning om, och förhållningssätt i relation till, straffrätten.

För det tredje, därmed sammanhängande: Det är även alldeles bortsett från det föregående svårt att se goda skäl för ett accepterande av åsikten att ansvar för främjande inte ”gills”. Tvärtom: denna åsikt är ett uttryck för ett farligt, förflackat tänkande. Straffrättssystemet bör (på många sätt) sträva efter nyansering. Detta kommer inte gratis: nyansering är något som i stort sett alltid måste kämpas aktivt för, inklusive en rimlig innebörd hos själva begreppet.⁶⁸ Ett förlitande på att skillnad i roller skall kunna göras i det sena ledet för bestämmandet av straffvärde – utan hänsyn tagen till den formella roll som agenten tillskrivs (den rubricering som åsätts) – är ett bräckligt skydd mot ökad förflackning, vilket knappast leder till något annat än (önskemål om) ökad repression.⁶⁹

- Jag vill avslutningsvis i denna del något ytterligare beröra ett mer *praktiskt* potentiellt problem förknippat med en frimodig tolkning av medverkansläran. Det har att göra med de olika aktörer som i olika led av kedjan skall handskas med visst påstått brott. En icke-individualiserad, ”hopklumpande” inställning hos aktörerna i ett led i kedjan tenderar att smitta av sig också på andra led, något som till

⁶⁷ Se 4.5 nedan för normalspråkliga aspekter.

⁶⁸ Se avsnitt 6 och 7 nedan.

⁶⁹ Se avsnitt 6 nedan för diskussioner på ett mer övergripande plan.

slut kan försätta domstolen i en situation där dess enda realistiska val står mellan att antingen falla *alla* påstått inblandade eller fälla *ingen* (med den risk för kritik som detta innebär). Låt oss betrakta det från domstolen och bakåt i kedjan. I den utsträckning domstolarna accepterar bevisning på grupp- eller "klump"-nivå, i den utsträckning de väljer att fälla även när det egentligen inte i tillräcklig mån kunnat klarläggas vars och ens del i det hela, kommer åklagarna att i ökad utsträckning utforma gärningsbeskrivningar, och föra fram bevisning, på gruppnivå.⁷⁰ I den utsträckning åklagarna fortsätter på denna väg blir resultatet att inte heller polisen kommer att bry sig om individnivån. Det får (i detta hänseende) bristfälliga förundersökningar som konsekvens. *Madeleine Leijonhufvud* påpekade framsynt, strax efter Lindome:

"Varje lagreglering som öppnar för möjligheten att döma eller ens åtala en person utan att dennes handlande och skuld kan anses klarlagd innebär sänkt rättssäkerhet, dvs. en ökad risk för att oriktiga och orättfärdiga domar meddelas. Det innebär de facto att utredningen av ett brott inte behöver drivas 'ända fram'. Åklagaren kan stanna vid en punkt i utredningen där han kan visa att två eller flera personer alla på något sätt deltog i ett brott – eller, än värre, redan då han kan visa att de alla var med när ett brott begicks. Med en sådan reglering saknas incitament för åklagaren att fortsätta utredningen av brottet fram till dess att han kan visa vad var och en gjorde – och kanske kan konstatera att en eller flera av dem inte alls varit inblandade i brottet. Det vore som om man i den klassiska detektivroman-changern konsekvent skulle slopa det sista kapitlet, det där mördaren avslöjas."⁷¹

Uttalandet sker i en diskussion av en enligt engelsk rätt existerande möjlighet för åklagare, i fall där fleras medverkan till ett brott i och för sig är styrkt, att i stämningsansökan lämna helt öppet vad var och en spelat för roll. Leijonhufvud menade, efter det ovan citerade, att "ingen reaktion, om än aldrig så förståelig, på ett allvarligt brott för vilket den skyldige inte kunnat utpekas, kan legitimera en lagstiftningsåtgärd i den riktningen".⁷²

⁷⁰ Rörande gärningsbeskrivningar, se Dag Victor, Den åtalade gärningen.

⁷¹ Ds 1993:15 s. 53–54.

⁷² A. a., s. 54.

Svensk rätt i dag är egentligen redan på väg. Så inte genom någon lagändring, men väl genom de förskjutningar som jag menar går att iakttä i praxis. Enligt försvararkollegiet behöver det i stämningsansökan i mindre grad än tidigare anges vad var och en tilltalad påstås ha gjort. Rätten att lämna in en mer eller mindre "blank" stämningsansökan gäller kanske heller inte bara (som i det engelska exemplet) när fleras medverkan är styrkt: kanske räcker det ibland med att fleras närvaro *på platsen* är styrkt. Användningen av lokutionen "tillsammans och i samförstånd", eller påståendet att de åtalade har agerat "i medgärningsmannaskap", må ge sken av att tillhandahålla något slags ytterligare substans (och att stämningsansökan därmed inte skulle vara så "blank" ändå), men i det sämsta fallet – om än verkligen inte i alla fall – är detta i realiteten knappast något mer än ett försök, med ordets och språkets emellanåt berusande makt, att söka låta påskina att kejsaren har kläder.

4.3 Vad blev det av BrB 23:6 1 st?

I samband med diskussionen av medverkansläran bör något sägas om regleringen i BrB 23:6 1 st, *underlåtenhet att avslöja brott*. Regleringen har följande lydelse:

"Underlåter någon att i tid anmäla eller eljest avslöja brott som är å färde, när det kan ske utan fara för honom själv eller någon av hans närmaste, skall han i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för underlåtenhet att avslöja brottet enligt vad som är stadgat för den som allenast i mindre mån medverkat till sådant brott; dock må ej i något fall dömas till svårare straff än fängelse i två år. I de fall då det är särskilt föreskrivet skall för underlåtenhet att avslöja brott ansvar enligt vad nu sagts ådömas jämväl den som ej insett men bort inse att brottet var å färde."

För att underlåtenhet att avslöja brott skall kunna straffas måste, som ses i stadgandet, i jämförelse med medhjälp ett antal "extra" förutsättningar vara uppfyllda. Straffbarhet enligt BrB 23:6 1 st. gäller vidare inte alla brottstyper: det krävs, på samma sätt som vid exempelvis försök, att det särskilt stadgas därom. Inledningsvis kopplades ansvar enligt BrB 23:6 1 st. till ett förhållandevis litet antal brottstyper, men antalet har successivt kommit att utökas. Detta har tidigare fått mig att befara att ansvar för underlåtenhet att avslöja brott skulle kunna få

rollen av ett slags ”förlängning” av medhjälpsansvaret, en ytterligare utväg för de fall där en person i och för sig kunde beslås med att ha befunnit sig på platsen vid tidpunkten för brottet, dock inte med att ha deltagit på sådant sätt att ansvar för medverkan kunde aktualiseras.

Nämnda farhågor har dock alls inte besannats. Stadgandet i BrB 23:6 står tvärtom i stort sett oavvänt. Skälen lär vara minst två. (1) Det är för åklagarsidan relativt svårt, och därmed arbetskrävande, att bevisa att samtliga rekvisit är uppfyllda. (2) Stadgandet *behövs inte* som ytterligare utväg: dagens tillämpning av medverkansläran tillgodoser det repressiva behovet! Det är enklare att se en med diffusa konturer närvarande person som en del av den i fråga om egenskaper reducerade medverkansklumpen – detta inte minst om exempelvis vänskapsband finns – än att skilja ut personen och föra den till en annan kategori, till de icke medverkande, för prövning enligt BrB 23:6 1 st.

4.4 HD sätter gränser

HD har i viss utsträckning givit sig i kast med de tendenser som här har diskuterats. I det följande berörs tre rättsfall, vilka tillhåller dels inskränkningar, dels inspiration till ändringsförslag (några sådana förslag berörs i avsnitt 5 nedan).

I NJA 2003 s. 473 och NJA 2003 s. 645 hade HD att relatera gärningsbeskrivningar med lokutionen ”tillsammans och i samförstånd” till i medverkanssammanhang åtminstone relativt atypiska brottstyper.⁷³ Det första målet rörde förvaring av narkotika. Frågan av störst intresse för min framställning var huruvida bostadsrättsinnehavaren A, vilken hade hyrt ut ett rum i bostadsrätten åt B, genom att efter att ha upplysts om att B på sitt rum förvarade narkotika ha (passivt) godtagit detta, därigenom hade gjort sig skyldig till förvaring av narkotika ”tillsammans och i samförstånd” med B. HD konstaterade kort: ”Klart är att A inte i den mening som avses i 23 kap. 4 § 1 st. BrB utfört gärningen. Enbart ett godtagande av B:s förvaring är uppenbarligen inte heller tillräckligt för att A skulle kunna anses vara gärningsman med stöd av 23 kap. 4 § 2 st.” Ett mer *aktivt* godta-

⁷³ En kort anmälan av målen ges av Victor, HD om tillsammans och i samförstånd. En längre kommentar finns hos Wong, Den magiska formeln.

gande hade krävts från A:s sida för att något slags gärningsmannaskap skulle kunna uppkomma för hans del.⁷⁴

Det andra fallet, NJA 2003 s. 645, rörde olovligt brukande av en bil. Frågan av störst intresse var huruvida A, som medföljt som passagerare i en bil som han förstått var tillgripen, skulle anses som gärningsman, ”tillsammans och i samförstånd” med föraren (och ytterligare en passagerare), till olovligt brukande. A kom in i händelseförloppet efter det att flera resor, tidigare under kvällen, redan skett med den av andra tillgripna bilen. Även här konstaterade (majoriteten i) HD rätt kortfattat att ansvar för gärningsmannaskap inte skulle komma i fråga. Den som i första hand skall anses som brukare är föraren. HD tillade, att ”omständigheterna ... emellertid [kan] vara sådana att det får anses vara berättigat att beteckna även andra som deltagit i färden som i vart fall medgärningsmän i den mening som avses i 23 kap. 4 § 2 st”. Men, fortsatte domstolen, ”enbart den omständigheten att någon följt med i en bil kan ... inte anses vara tillräcklig för att någon skall anses vara medgärningsman. För detta bör krävas en sådan medverkan när det gäller exempelvis initierandet av färden eller färdväg eller färd sätt att själva brukandet framstår som ett för de medverkande gemensamt företag eller gemensam verksamhet”. Inget i målet gav vid handen att A skulle ha intagit en sådan mer aktiv roll.⁷⁵

De två rättsfallen ger egentligen inte så mycket av mer *generellt* värde, för det fall med generellt värde förstås exempelvis vägledning i fråga om hur lokutionen ”tillsammans och i samförstånd” (eller lokutionen ”medgärningsmannaskap”) mer allmänt skall hanteras: respektive avgörande är främst koncentrerat till beståndsdelar i de specifika straffbuden, varför ambitionen i relation till just medverkansläran kan sägas vara av mer kasuistiskt slag. Detta bör dock knappast ses som något negativt: ett i denna bemärkelse mer kasuistiskt förhållningssätt – en inriktning mot varje specifikt, andra olikst straffbud – kan (och bör) också uppfattas som en generell rekommendation. Avgörandena illustrerar på ett bra sätt behovet av att bena ut medverkansfrågor inte bara i fråga om den generella medverkansbestämmelsen, inte bara i relation till ”Läran”, utan också i hög grad i relation till massan av specifika straffbud i brottskatalogen. Så förs det i domen

⁷⁴ I fallet behandlades även frågan huruvida A, genom att underlåta att ingripa mot B:s brott, skulle kunna anses ha främjat det (så att A därför skulle kunna hållas ansvarig för medhjälp). Även denna fråga besvarades nekande.

⁷⁵ Även här prövade HD ansvar för medhjälp, på den grunden att A skulle ha främjat det olovliga brukandet, men inte heller för något sådant ansågs skäl finnas att fälla A.

rörande olovligt brukande vissa resonemang som kan ge associationer till vad som brukar kallas ”egenhändig brott”,⁷⁶ en kategori vilken om den kunde ges någon substans skulle kunna bli en del i en mer uppstramad medverkanslära (se härom avsnitt 5 nedan).

I ett ytterligare avgörande, NJA 2006 s. 535, gjordes däremot flera förtydliganden av mer *generellt* värde. I målet, som rörde ansvar för medverkan vid grovt rån mot en värdecentral, stod klart att ett stort antal personer måste ha varit inblandade, både i aktiviteterna vid tidpunkten för brottet och i det förberedande arbetet. Fyra personer var enligt övervakningskameror inne i själva värdecentralen. I tidsmässig anslutning till brottet sprängdes också en bankomat på annat ställe, liksom det i syfte att hindra trafik placerades ut fotanglar på i relation till värdecentralen strategiska gator. Flitig mobiltelefontrafik, vilken menades kunna knytas både till brottet och till de tilltalade,⁷⁷ spelade stor roll i målet, liksom förberedande aktiviteter, natten före rånet, i en verkstad till vilken de tilltalade hade anknytning.

Rånet betraktades som mycket välplanerat. Många av de personer som måste ha deltagit i brottsplanens utförande identifierades emellertid aldrig, och prövningen i HD kom att gälla endast två, A och B. De stod åtalade för att tillsammans och i samråd med ett flertal okända personer ha utfört rånet, alternativt – efter tillägg i hovrätten från åklagarhåll – för att ha främjat det. I tingsrätten fälldes de bägge för medhjälp till grovt rån respektive medhjälp till grov stöld. Hovrätten dömde i stället – bedömningen baserad på samma (och rätt klena) fakta och antaganden rörande agerande från de bägge tilltalades sida – båda två som gärningsmän. Följande längre utdrag från hovrättens domskäl, rörande bedömningen av A (men med bäring också i fråga om B), förtjänar att återges:

”Vid rånet ... var i vart fall fyra personer inne i värdecentralen. Dessutom spred ytterligare personer ut fotanglar på gator och vägar i norra och västra Stockholmsområdet. Ytterligare någon eller några personer sprängde en bankomat i Upplands Väsby, sannolikt för att avleda polisens uppmärksamhet. Före rånbrottet måste en omfattande planering av brottet ha ägt rum, varvid fotanglar tillverkats, mobiltelefoner köpts

⁷⁶ Man uttalar ”i vart fall medgärningsmän enligt 23:4”, vilket kunde innebära att man ogärna skulle se någon annan än föraren som gärningsman enligt det specifika straffbudet, dvs. som den som ”utfört gärningen”.

⁷⁷ Jfr dock Wennberg, Mobiltelefontrafik som bevismedel.

in och bilar tillgripits. Rånbrottet framstår som ytterst välplanerat och innehåller ett stort antal olika gärningsmoment som måste utföras på olika platser i nära tidsanslutning till varandra. Ett större antal personer, okänt hur många, måste således ha medverkat till rånet. Några av dessa personer har måhända spelat en relativt liten roll men varje medverkan har varit nödvändig för brottets genomförande. Var och en som på något sätt deltagit i rånets genomförande i direkt anslutning till själva brottet får vid en sådan bedömning anses ha medverkat till rånbrottet på ett sådant sätt att han är att anse som gärningsman.

Som tingsrätten funnit är det inte visat att A var en av de personer som var inne i Securitas värdecentral, spred eller tillverkade fotanglar, sprängde bankomaten, tillgrep fordon eller köpte in mobiltelefoner som var avsedda att brukas vid genomförandet av rånet. Däremot ger ... utredningen vid handen att han på flera stadier deltagit i förberedelserna för rånet och att han befann sig i verkstaden natten före brottet för att en dryg timme före dess genomförande bege sig till området runt rånplatsen. Den medverkan som således kan läggas A till last ... har varit central för rånbrottets genomförande. Oaktat att det inte går att utreda exakt vilken roll A har haft skall han i enlighet med det ovan anförda dömas som gärningsman och inte, på sätt som tingsrätten har funnit, som medhjälpare.”

Här upplöstes på ett påtagligt sätt de individuella deltagarna (inklusive de som inför rätta inte ens existerade som personer av kött och blod), med som det verkar rätt stor vikt lagd vid att envars agerande varit *nödvändigt* för att brottet skulle bli just så som det blev. Har vi då kommit så långt som till att A var en av dessa kuggar, så har A:s medverkan, ”oaktat att det inte går att utreda exakt vilken roll A har haft”, ”varit central för rånbrottets genomförande” (snarast – kanske – eftersom ju *varje* kugge varit nödvändig, och därmed – kanske – också central). Med liknande argumentation fälldes B, som främst kunde läggas till last att han befunnit sig i (den för brottets planering och förberedande centrala) verkstaden kvällen och natten vid rånet, även han för brott i gärningsmannaskap:

”Det är visserligen inte närmare utrett exakt på vilket sätt som B har medverkat till rånbrottet, men med beaktande av det tidigare anförda kan det hållas för visst att han spelat en tillräckligt betydelsefull roll för rånets genomförande för att han skall dömas som gärningsman.”

Det går ur hovrättens dom inte att med full säkerhet läsa ut huruvida A och B har gjorts till gärningsmän enligt det särskilda straffbudet (genom att de menas ha "utfört brottet" tillsammans med andra) eller enligt BrB 23:4 st. 2 (genom att de, utan att ha "utfört brottet", ändå anses ha spelat en sådan roll att de bör "anses som" gärningsmän). En omrubricering skedde dock i jämförelse med tingsrättens dom, och med hänsyn till denna omrubricering (dock baserad på i stort sett identiska bedömningar av vad de bägge tilltalade "gjort" i någon snävare, objektiv och normalspråklig bemärkelse) skärptes straffet kraftigt för de bägge: för A höjdes straffet från fem till åtta års fängelse, för B från två till sju års fängelse.

HD, vilken endast prövade hur det som lagts de tilltalade till last skulle rubriceras (gärningsmannaskap eller medhjälp), fastslog att fråga var om endast medhjälp. Domstolen uttalade, av generell karaktär, att det får anses naturligt att den som endast främjar ett brott innan det påbörjas i allmänhet inte är att anse som gärningsman, om det inte rör sig om fall av medelbart gärningsmannaskap eller liknande förhållanden. Vidare uttalades att om genomförandet av ett planerat brott innefattar en arbetsfördelning mellan de deltagande kan gärningsmannans ansvar (i och för sig) ådömas även den som mer perifert deltar i själva det brottsliga tilltaget, exempelvis den som håller vakt vid en inbrottsstöld. *Men* när det gällde de i målet specifika tilltalade konkluderade domstolen:

"De förehavanden från B:s sida som hovrätten funnit styrkt avslutades innan rånet påbörjades. A däremot var enligt hovrätten aktiv såväl före rånet som medan det pågick. Dock har det inte funnits visat att han var närvarande på brottsplatsen. Hovrätten har sålunda inte funnit utrett att vare sig A eller B i en eller annan form deltog vid själva genomförandet av rånet. Vad hovrätten funnit styrkt ger inte underlag för slutsatsen att någon av dem har haft en sådan ställning i förhållande till andra medverkande att han ändå kan betraktas som gärningsman. Med hänsyn till det anförda kan varken A eller B fällas till ansvar som gärningsman."

Tolkningen blir närmast att *om* (1) personen inte deltog vid "själva genomförandet" (vilket här ges en förhållandevis snäv avfattning, innefattande krav på *både* tidlig *och* rumslig anslutning till själva rånet), en förutsättning för att gärningsmannaskap skall kunna konstateras utifrån det specifika straffbudet, och *om* (2) personen heller

inte är att karaktärisera som medelbar gärningsman eller i vart fall som någon vilken intar en ledande ställning i projektet i fråga, något som skulle kunna motivera att gärningsmannaskap ter sig ”naturligt” enligt BrB 23:4 st. 2, *så* (3) bör gärningsmannarubricering inte komma i fråga.

Noteras bör väl också, att hovrätten alltså inte fick gehör för åsikten att det faktum att A:s och B:s medverkan i och för sig var *nödvändig* för brottets utförande också skulle innebära att deras medverkan skulle betraktas som *gärningsmannaskap* (hovrätten uttalade ju exempelvis att ”några av dessa personer ... måhända [har] spelat en relativt liten roll men varje medverkan har varit nödvändig för brottets genomförande. Var och en som på något sätt deltagit i rånets genomförande i direkt anslutning till själva brottet får vid en sådan bedömning anses ha medverkat till rånbrottet på ett sådant sätt att han är att anse som gärningsman”; med direkt anslutning lär väl hovrätten här ha avsett endast *tidslig* anslutning). Och det var nog i vart fall i denna bemärkelse en god sak att hovrätten inte fick gehör: ett sådant resonemang, i termer av att viss medverkan var ”nödvändig för brottets genomförande”, verkar ha förts närmast i termer av att det är brottet ”just så som det blev” i rätt vid bemärkelse som avses, inklusive avledande manövrer och så vidare, och i en förlängning – och i ljuset av exempelvis vad som ovan i avsnitt 3 sades om medhjälpansvar i fall av faktiskt motverkande, något som där dock diskuterades uteslutande rörande *medhjälpansvar*, inte som här *gärningsmannansvar* – kunde envar deltagande person, såvida dennes medhjälpshandling hade tidsligt samband med att de moment utfördes som så att säga befann sig i eller närmare aktuell brottsbeskrivning, dömas i gärningsmannaskap: definieras ”brottet” i så vid bemärkelse som hovrätten här kan tänkas ha gjort, närmast ”brottet så som det (till slut) blev” innefattande också vad jag vill kalla ändå rätt perifera komponenter (utplacerandet av fotanglar och så vidare), öppnas det upp för att *alla* medverkande vid ett brott – om deras respektive medverkan var nödvändig för att brottet i vid bemärkelse blev just som det blev – till slut kan bli eller i vart fall vara att anse som gärningsmän. Ett problem med domen är att vi inte vet i vilken utsträckning (1) hovrätten menade det vara tillåtet – med hänsyn till den detaljerade planeringen, vars och ens givna roll i ”laget”, och nödvändigheten för brottets förverkligande av de olika och till varandra tidsmässigt relaterade aktiviteterna – att göra en (mycket) extensiv tolkning av kravet på att ett antal personer tillsammans har ”utfört

brottet”, här grovt rån enligt BrB 8:6, eller (2) i stället menade att A och B var ”att anse som” gärningsmän enligt BrB 23:4 st. 2. Denna typ av oklarheter (vilka känns igen från exempelvis ovan berörda ”stolfall”, NJA 1992 s. 474, och diskoteksbranden i Göteborg) bör givetvis undvikas. I avsnitt 5 nedan diskuteras hur detta bäst kan uppnås.

Avslutningsvis tillrättavisade HD också hovrätten för den straffskärpning denna låtit följa med omrubriceringen från medhjälps- till gärningsmannansvar: straffvärdet skall bestämmas utifrån vad som läggs respektive medverkande till last, inte utifrån den etikett (rubricering) som man väljer att ge det. Om alltså vad som anses styrkt i fråga om den tilltalades förehavanden skulle vara identiskt i två instanser, får valet att endast omrubricera den tilltalades medverkan, klassificera den i termer av en annan roll, inte påverka mängden straff (eller – kanske – i vart fall inte så mycket).

HD:s dom i NJA 2006 s. 535 har, i den utsträckning den länder till efterrättelse, potential att strama upp tillämpningen av medverkansregleringen. Särskilt gäller detta kravet (som huvudregel) på rumslig och tidlig anknytning för att (med)gärningsmannansvar enligt straffbudet skall kunna aktualiseras. Ett par problem bör dock anmärkas. Ett första och mer ideologiskt sådant – och här talar jag *lege ferenda* – är att domen ger fortsatt stöd åt den enligt min mening principiellt riskabla uppfattningen att även i relation till brottsbeskrivningen relativt perifera medverkande, så länge där (1) finns en gemensam planering eller dylikt och dessa medverkande agerar i (2) rumslig och (3) tidlig kontakt med genomförandet av brottet, kan ådömas ansvar för (med)gärningsmannaskap. Här skulle jag gärna se en insnävning, på så sätt att som huvudregel insatser som är mer perifera i förhållande till brottsbeskrivningen bedöms (högst) som främjande, såvida inte något speciellt pekar i annan och värre riktning.

Ett andra problem har att göra med den utsträckning i vilken tillrättavisningen av hovrätten för straffskärpningen kommer att få – och bör få – genomslag. Medvetenheten, och därmed vaksamheten, i dessa frågor kommer givetvis att höjas. Säkerligen kommer framöver ingen högre instans att skärpa straffet *enkom* av det skälet att den väljer att *endast* ändra den formella rubriceringen av viss persons helt givna agerande, om inte den högre instansen också på annat sätt har bildat sig en annan uppfattning om agerandet. Frågan är dock hur ofta en sådan helt ”ren” omrubricering är vad det rör sig om.

Exempel på en ”rent” rättslig operation kunde vara att två instanser,

utifrån ett identiskt uppfattat händelseförlopp, väljer olika lösningar i ett fall där en *aberratio ictus*-problematik aktualiseras: den ena domstolen väljer att tillämpa ekvivalensmodellen, den andra väljer specialitetsmodellen. Motsvarande förhållningssätt i just NJA 2006 s. 535 – och det kan tänkas att HD främst såg hovrättens straffskärpning just på detta sätt – skulle vara att hovrätten, ungefär, hade satt sig ned med litteratur rörande medverkansläran och kommit fram till att det utifrån etablerade (icke-rättsliga) fakta i målet vore juridiskt korrekt att rubricera A:s och B:s medverkan som gärningsmannaskap. Hovrättens domskäl just i aktuellt mål går dock också att tolka som att man i jämförelse med tingsrätten omvärderat delar av det ”faktiska”, materiella, inte minst i fråga om kopplingar och relationer mellan de (många) olika personer som måste ha deltagit i händelseförloppet, och därmed också graden av planering och organisation bakom brottet. NJA 2006 s. 535 ger, bland annat eftersom domskälen i dessa delar inte är särskilt utförliga, inte något klart diskussionsunderlag. Några principiella anmärkningar bör dock göras.

Där finns givetvis ett utrymme för en högre instans att (i termer av roller, relationer och så vidare) värdera annorlunda än underinstansen det som i någon bemärkelse har etablerats som ”inträffat” i ett mål (att X befann sig vid platsen p vid tidpunkten t, och så vidare). Och om överinstansen betraktar och värderar det inträffade annorlunda i termer av roller än vad underinstansen gör, så måste också bedömningen av straffvärdet hos respektive inblandads agerande kunna förändras. Spannet kan sägas ha två ytterpunkter: (1) Den uppfattning som respektive domstol bildar sig i fråga om de tilltalades kroppars rörelser vid aktuell tidpunkt, och (2) en ”rent” rättslig bedömning enligt ovan. Mening i, begripliggörande av, och slutligen juridisk värdering av, ett händelseförlopp skapas genom olika steg mellan nämnda ytterpunkter.

Ett första steg måste vara etablerandet av respektive personers kroppsrörelser (och då får vi bortse från här aktuellt fall, där det ju inte gick att tillskriva respektive tilltalad knappast något mera alls än att de ansågs ha varit två av de individer som utförde en mängd olika medvetna kroppsrörelser relevanta för förverkligandet av brottet). Ett andra steg kunde vara betraktande och tillskrivande av gärningar. Och så vidare, steg efter steg, fram till dess att det sista steget nås: rättslig kvalificering av vad som menas ha etablerats. Där finns också mellanliggande steg, vid vilka det på basis av vad som anses styrkt i form av ”hårdare” fakta finns utrymme för konstruktion av kopplingar och

relationer mellan de olika aktörer (gärningar) som menas vara inblandade: det måste finnas möjligheter att i termer av social interaktion tolka på flera sätt de många gånger rätt endimensionella fakta som menas vara etablerade. Det rör sig då bland annat om "rubricering" i bemärkelsen rolltilldelning, på det materiella sätt som berördes ovan under 4.2. Enkom en "juridisk" rubriceringsändring (en "ren" sådan, som i *aberratio ictus*-exemplet) motiverar inte straffhöjning, men om något materiellt motiverar en sådan formell rubriceringsändring, exempelvis en förändrad syn på roller och relationer i fråga om inblandade personer, är också straffhöjning (eller -sänkning) givetvis tillåtet. Den på ett sådant sätt förändrade åsikten leder då till förändringar både i fråga om formell rubricering och i fråga om straffvärde.

Det får dock, som nämnts, sägas vara oklart vad hovrätten i NJA 2006 s. 535 avsåg: det går inte att säkert utläsa ens om A och B ådömdes gärningsmannans ansvar med stöd av BrB 23:4 st. 2 (så att de var "att anse som" gärningsmän fast de inte "var" det) eller med stöd av straffbudet i fråga (så att de tillsammans med andra menades ha "utfört brottet"). HD utgick i sin tillrättavisning måhända från att det rörde sig om en tillämpning av BrB 23:4 st. 2, det vill säga ett slags omrubricering i efterhand av något som i och för sig, "materiellt", ansågs ha varit ett främjande, men oavsett hur det må förhålla sig därvidlag är ovan nämnda "steg" rörande rollbeskrivning av relevans.

4.5 Vikten av en undertråd

Om jag ger dig pengar till biobiljetten, eskorterar dig till biografen och väntar utanför salongen medan du ser filmen, har vi respektive jag då "gått på bio" eller "sett en film"? Om jag följer med dig när du äter lunch, uppmuntrar dig att äta, men inte äter något själv, har vi respektive jag då "ätit lunch"? Om jag i egenskap av din personliga assistent hjälper dig att gå på toaletten, har jag då "gått på toaletten"? Enligt de rörelser i medverkanspraxis som här har diskuterats har nog också jag både sett en film, ätit lunch och gått på toaletten (kanske till och med "kissat", även om det kan bli svårt att övertyga kroppen). Det framstår intuitivt som märkligt, även om man talar om för mig att det bara är juridisk-tekniskt och egentligen inte så viktigt: medverkansläran handlar ju inte om mitt liv utan om något annat. Den handlar om straffrätt, om att med uttryckande av graderat klander för begången gärning rikta samhällets kraftigaste maktmedel mot individerna.

I avsnittet har behandlats olika (påstådda) problem, av olika slag:

rörande bevisfrågor, rättsfrågor, förutsägbarhet, legalitet, relationen till ontologi och ”materiell” rubricering, och annat. Utifrån många av dessa synvinklar borde enligt min mening såväl gärningsmannafiguren göras striktare – bland annat på så sätt att den åtminstone någorlunda väl överensstämmer med normalspråklig och normalmoralisk uppfattning i fråga om ”görandet” och ”utförandet” av saker – som gränsen mellan straffritt och straffbart beteende ges klarare konturer. De formella rubriceringar som används kan inte, och får därför inte heller, reduceras till att vara frikopplade och juridisk-tekniska: en godtagbar samklang med den materiella rolltilldelningen måste eftersträvas. I nästa avsnitt diskuteras möjliga orsaker till, liksom möjliga botemedel för, olika aspekter av rådande läge.

5 ORSAKER OCH BOTEMEDEL

5.1 Orsaker ...

I avsnittet berörs två saker. För det första diskuteras möjliga *förklaringar* till de här skisserade förskjutningarna i fråga om medverkansläran. I detta avsnitt behandlas främst förklaringar ”inom” (medan i avsnitt 6 behandlas mera övergripande förklaringar). För det andra diskuteras möjliga *åtgärder* för att förbättra situationen.

En lämplig inledande fråga: I vilken utsträckning kan förskjutningarna i fråga om synen på medverkansansvar sägas vara orsakade av förändringar (1) i den verklighet som skall hanteras respektive (2) hur vi *betraktar* samma verklighet? Vidare: i vilken utsträckning kan i så fall förskjutningarna motiveras? Klart står för det första att verkligheten på relevanta sätt faktiskt *har* förändrats. Två rättsfall som behandlades respektive nämndes i föregående avsnitt belyser detta: i varken NJA 2006 s. 535 (rånets mot värdecentralen) eller NJA 2002 s. 489 (”sambandscentralen” vid göteborgskravallerna) hade de tilltalades agerande kunnat komma till stånd på ett liknande sätt om samhället inte upplevt den genomgripande tekniska utveckling som genom mobiltelefoner, datorer och dylikt under senare decennier kommit stora delar av befolkningen till godo. Det är givet att de mer komplexa samband som i dag möjliggörs skapar delvis nya problem.⁷⁸ Medverkansläran undkommer dem inte.

⁷⁸ I sammanhanget kan nämnas exempelvis pågående överarbetning av urkundsbegrepp m.m. inom förfalskningsbrotten. Se SOU 2007:92.

Det som vi säkerligen även i dag tänker på som arketyper i fråga om medverkan, och därmed i rätt hög grad som mall och måttstock, lär avse tämligen gripbart handlande: A håller fast C samtidigt som B slår C, A håller vakt utanför banken samtidigt som B och C går in i banken, varvid B hotar med ett vapen, C tar emot de överlämnade pengarna (sedlar och mynt), och så vidare. Därifrån är steget rätt långt till sådana "nätverk" och "celler" som ofta (och på ett emellanåt rätt mystifierande sätt) diskuteras i samband med terrorismbrottslighet,⁷⁹ liksom till sådan avancerad egendomsbrottslighet som bedrivs av flera samarbetande personer, fysiskt lokaliserade på vitt skilda platser, med datorer som enda brottsverktyg. Utifrån sådana "nyare" perspektiv framstår den i NJA 2006 s. 535 uppställda regeln måhända som delvis "gammalmodig" att en person för att behandlas som (med)gärningsman enligt straffbudet behöver uppvisa ett agerande i såväl tidsligt som rumsligt nära samband med utförandet av brottet. Varken en rumslig eller en tidslig dimension torde fullt ut kunna stå sig riktigt som förr.⁸⁰ Medverkansläran behöver i dessa delar delvis modifieras (och detta var väl just det som från domstolarnas sida avsågs, och med blandade resultat genomfördes, i nämnda fall).

Å andra sidan aktualiseras en sådan "modernitets"-problematik endast vid ett rätt begränsat antal brottstyper: de för medverkansläran frekvensmässigt mest intressanta delarna av verkligheten fortskrider i rätt stor utsträckning opåverkade av teknikens landvinningar. I fråga om i sammanhanget "vanlig" brottslighet är de brottsutredande myndigheterna snarare än förövarna vinnare, i termer av ökade möjligheter att exempelvis uppspåra överträdare. Även om i dag till exempel vissa sorters gängbrottslighet, särskilt sådan där förövarna är mycket unga, gärna uppmålas som "nya" problem (en sekunds snabb attack, snarast som av en rovdjursflock eller en vind, offret misshandlas och avplockas sina värdefulla tillhörigheter, flocken upplöses och försvinner, det är över på trettio sekunder), torde de knappast vara så nya.

Skall rörelserna i medverkansläran i stort förklaras är det mer fruktbart att rikta blicken mot hur vi *uppfattar* verkligheten. Uppfattas nämligen verkligheten som att exempelvis denna typ av attack-er från ungdomsgäng nu till skillnad från tidigare är mer vanligt

⁷⁹ Se t.ex. Herzog, Terroristische Netzwerke.

⁸⁰ En hel del forskning finns givetvis rörande exempelvis jurisdiktionsfrågor, men svensk medverkanslära har kanske ännu inte så mycket satts i relation till dem.

förekommande,⁸¹ så inrättar vi oss också mentalt därefter, och menar vi oss böra agera mer kraftfullt. Liknande slutsatser, men än mer långtgående, drar vi gärna av beskrivningarna av "terroristceller" och andra lösare sammanslutningar, närmast omöjliga att ge en gripbar gestalt på ett sådant sätt som är möjligt när rånarna heter Kalle och Lisa och de först slår offret Olle i huvudet med en påk, sedan tar vad som må finnas i Olles fickor. Medias roll är givetvis central för hur vi uppfattar vår verklighet. Frågan berörs något ytterligare i nästa avsnitt.

Om till det sagda läggs vad jag upplever vara ett i vart fall sedan mitten av åttiotalet successivt mer uttalat "vi och dom"-tänkande i relation till kollektivet "brottslingar" eller "kriminella", med en allt större emotionell och tankemässig distansering från "samhällets" sida, så finns där en bra grogrund för hopklumpning även av mindre grupper av "kriminella", så att det snart spelar mindre roll vem av individerna i en grupp av "dom andra" som faktiskt begått, "utfört", "gjort", viss kränkande gärning. Också hämndkomponenten, nu med "samhället" i ättens tidigare ställe, har under samma tid växt sig starkare. I dag kombineras den dessutom med ett skyddstänkande; med ett både aktivt och preaktivt preventionstänkande; med ett framhävande av offrets rätt vilket oftare än vad man skulle önska inte främst värnar offret, utan snarare fungerar som en förtäckt ursäkt för mer repression, där Offret får rollen av ideologiskt och politiskt korrekt verktyg; samt med en förflockning av ord och värden över huvud taget, allt sammanhaget orsakande (önskemål om) ett repressivt tryck av bekymrande styrka. Som en del i denna förflockade verklighetsuppfattning passar också sådana ambitioner utmärkt in, vilka går ut på att inte bara fälla utan också "fälla ordentligt", exempelvis på så sätt att fler medverkande än tidigare rubriceras som gärningsmän: ansvar för främjande blir knappt något ansvar alls i ett klimat där finkalibrering är en utrotningsshotad – men verkligen inte fridlyst – företeelse.

Härmed har vi emellertid i förtid glidit över i resonemang kring sådana "större" orsaker som må ha bidragit till att frambringa dagens tillämpning av medverkansläran. Sådana orsaker berörs i avsnitt 6. I innevarande avsnitt kan sakerna sammanfattas som *att* verkligheten i och för sig, i vissa specifika hänseenden, har förändrats på sätt som medverkanshanteringen kanske inte har hunnit anpassas till, men *att*

⁸¹ Enligt SOU 1996:185, s. 184, har sådana angrepp i och för sig ökat.

den huvudsakliga förklaringen till förskjutningarna dock måste sökas i en förändrad och på olika sätt mer repressionsvänlig verklighetsuppfattning, en som sannerligen inte bara rör medverkansläran.

5.2 ... och botemedel?

”Förslaget gör ... skillnad mellan gärningsman och annan medverkande. Det skulle enligt kommitténs mening te sig främmande, om den som på ett mindre väsentligt sätt medverkade vid exempelvis ett mord, skulle straffas icke för medhjälp till mordet utan för mord.”⁸²

Vad kan och bör då göras, i fråga om medverkansansvaret, åt de pågående förskjutningarna? Den kritik som har riktats mot rådande läge tar avstamp främst i (1) vad som kunde kallas mer *formella*, dogmatiska synpunkter (tillämpningssvårigheter, otydlighet, dålig förutsägbarhet, bristande legalitet och så vidare); (2) mer *materiella* synpunkter (att reglering och tillämpning utifrån andra och från gällande rätt mer fristående måttstockar skulle vara felaktiga); samt (3) mer *processuella* hänsyn (beviskrav, grad av *individualisering* i gärningsbeskrivning och dom, et cetera).

De ändringsförslag som har presenterats under senare år har främst rört (1) och (3), åsyftande tydligare och fastare gränser, på bekostnad av delar av den flexibilitet som SRK:s ändringar (eftersträfvade och) möjliggjorde. Så gav *Straffansvarsutredningen* år 1996, med strävan efter ökad legalitet som en stark drivkraft, i mitt tycke välgrundade förslag till förändringar av utseendet hos själva regleringen. Det föreslogs bland annat *att* endast den som ”utfört gärningen” skall få bidra till konstruktionen av medverkansobjektet (inga rekvisit skall alltså få ”plockas” från främjare, vilket står i strid med legalitetsprincipens krav); *att* detta skall klargöras i lagtexten (genom ett krav på att det som främjas måste vara en ”straffbelagd gärning”); *att* ett klarare särskiljande skall ske mellan gärningsmannaskap och främjande; *att* (som ett led i denna strävan, liksom av legalitetshänsyn) en särskild bestämmelse om medgärningsmannaskap skall införas; samt *att* möjligheten att förändra deltagarnas roller på rubriceringsstadiet skall försvinna (med en av flera konsekvenser att möjligheten att göra en främjare till gärningsman med stöd av BrB 23:4 st. 2 – där det ”ter

⁸² SOU 1944:69 s. 92.

sig naturligt” – skulle försvinna).⁸³ De av Straffansvarsutredningen föreslagna ändringarna skulle, om de hade blivit av, både förutsätta och möjliggöra klarare gränsdragningar, något som skulle få som en konsekvens inte minst att den möjlighet som domstolarna i dag har, vid utdömande av gärningsmannaskap där flera är inblandade, att inte göra klart för (sig själva eller) läsaren huruvida ådömandet av gärningsmannaskap är baserat på det speciella straffbudet (aktuell tilltalad menas i samverkan med andra ha ”utfört brottet”) eller på BrB 23:4 st. 2 (den tilltalade är, trots att den inte har ”utfört brottet”, ändå ”att anse som” gärningsman), skulle strypas. Jag vill nu uppehålla mig något vid avgränsningen av vad som skall få räknas som *medgärningsmannaskap*. Straffansvarsutredningen uttalade av intresse bland annat följande:

”För att medgärningsmannaskap skall anses föreligga bör krävas att gärningen har utförts av två eller flera gärningsmän i samverkan. Gärningsmännen skall tillsammans uppfylla brottsbeskrivningen i ett straffbud och var och en skall uppfylla det subjektiva rekvisit som krävs enligt detta. Det skall vara fråga om ett gemensamt brottsligt företag, där man i viss utsträckning kan sägas vara ömsesidigt beroende av varandras agerande. Företagandet av den gemensamma gärningen kan innefatta en arbetsfördelning mellan medgärningsmännen. Vad som kan inordnas under samverkan i en gärning beror till stor del på en bedömning av om det samordnade agerandet kan ses som *en gärning* i förhållande till den brottsbeskrivning som framgår av det tillämpliga straffbudet. Denna fråga får huvudsakligen överlämnas åt rättstillämpningen.”⁸⁴

Det uttalades således *inte* att det borde vara ett krav för medgärningsmannaskap att deltagaren i fråga *själv* uppfyller något rekvisit i aktuell brottsbeskrivning, och lämnades alltså möjligt utrymme för att även den som inte uppfyllt något rekvisit ändå kan – tillsammans med andra – ha ”utfört gärningen” och därmed vara gärningsman enligt straffbudet. Mig förefaller det dock, av både ”formella” och ”materiella” skäl, rimligt att uppställa ett sådant krav, inte som en dogm utan undantag men väl som ett slags riktmärke. Det skulle kunna få som konsekvens bland annat att det i vart fall krävs att man är rätt nära

⁸³ SOU 1996:185 s. 213 ff. Se även Herlitz, Delaktighet i brott, s. 299 ff., för förslag i liknande riktning.

⁸⁴ SOU 1996:185 s. 217–218.

”kärnan” i den aktivitet som beskrivs i straffbudet, inte bara tidsligt och rumsligt utan också i någon bemärkelse *aktivitetsmässigt*, i termer av materiellt ”görande”.

Vidare uttalade utredningen alltså att frågan om det samordnade agerandet kan ses som en gärning i förhållande till straffbudet huvudsakligen får överlämnas till rättstillämpningen. Överensstämmelse i åsikt lär råda i fråga om att det föreligger ett behov av prövning i relation till en mängd olika straffbud, på ungefär det utmärkt nyttiga sätt som HD gav prov på i NJA 2003 s. 473 och 2003 s. 645. Situationen är dock enligt min mening i dag så pass alarmerande, att *om* ett lagstiftningsärende igångsätts i syfte att se över medverkansfrågor, *så* borde också en hel del av det ”kasuistiska” arbetet, i form av en systematisk genomgång av brottskatalogen, ske förarbetsvägen, i stället för att överlämnas till en framtida, eventuellt intresserad rättstillämpning.

En bidragande orsak till att tillämpningen av medverkansläran öppnats upp på de sätt som har skett, eller i vart fall till att något sådant har gjorts möjligt, torde nämligen *vara* just de stora skillnader som existerar mellan de varierande brottstyper på vilka medverkansläran skall tillämpas.⁸⁵ Även om det (exempelvis) som en generell regel skulle slås fast att *bara* den som ”utfört gärningen” skall kunna rubriceras som gärningsman, och även om det på samma generella sätt skulle slås fast (exempelvis) att *bara* den skall anses ha ”utfört gärningen” som uppfyller åtminstone något rekvisit i aktuell gärningsbeskrivning, så återstår ett digert arbete med att enligt respektive straffbud slå fast vad som i fall av fleras deltagande skall anses krävas för att någon skall anses ha uppfyllt sådana varierande rekvisit. Detta slags arbete kunde generera mer av gränser. Det kunde i princip också delvis, kanske till och med till rätt stor del, ske förarbetsvägen.⁸⁶

Vad skulle då en sådan genomgång av brottskatalogen, i sin egenhet av komplement till ändringar i de generella medverkansreglerna, kunna innehålla? Om snävare utrymme och mer rigida gränser för gärningsmannaskap är vad som önskas, så vore en möjlig färdväg att

⁸⁵ Att en generell regel skall tillämpas på en mängd sinsemellan rätt olika fall är ju inte något unikt för just medverkansläran: det gäller samtliga regler i straffrättens allmänna del. Appliceringen av försöksstadgandet i BrB 23:1 uppvisar besläktade problem.

⁸⁶ På en sådan åsikt kan förstås flera slags perspektiv läggas, inte minst maktdelningsperspektiv: det kunde hävdas att det egentligen borde vara domstolarnas (rättmätiga) uppgift. Det är dock orealistiskt att tro att överrätt skulle ta på sig denna arbetsuppgift i den utsträckning som skulle behövas.

undersöka vad (om något) som kan utvinnas ur, eller kanske snarare byggas upp med hjälp av, resonemang kring tidigare nämnda, i dag tämligen diffusa kategori – knappt ens en kategori alls – som går under benämningen ”egenhändiga brott”: sådana brott vid vilka bara den anses böra kunna ådömas gärningsmannans ansvar som uppfyller vissa specifika rekvisit (eller alla rekvisit) i aktuellt brottsstadgande. Det är långt ifrån av Gud givet att i detta hänseende vissa brottstyper borde karaktäriseras som ”egenhändiga”, andra inte. SRK angav i och för sig ett antal brott som egenhändiga,⁸⁷ men i övrigt är frågan ytterst sparsamt behandlad, såväl i praxis som i doktrin.⁸⁸ Min uppfattning är att *om* gärningsmannaskapsfiguren önskas uppstramad detta kan vara en väg att pröva (utan bundenhet till vilka brottstyper som tidigare har ansetts vara ”egenhändiga”). Skall något svepande sägas finge en sådan typ av sällning röra större eller mindre ”intensitet” i relation till det eller de skyddsintressen som aktuellt straffstadgande främst är satt att skydda, respektive till det specifika slags kränkning som stadgandet är satt att skydda intresset mot.⁸⁹ Önskas inga absoluta regler – även rigiditet kan i och för sig tillåta gradskillnader – kan en sådan genomgång ändå resultera i utgångspunkter, tumregler. För det fall en ny reglering inte anses böra uppställa som *generellt* krav för

⁸⁷ Här nämndes våldtäkt, blodskam (incest i förbjudna led) och mened. SOU 1944:69 s. 92.

⁸⁸ En välkommen diskussion är (bland annat) därför den hos Per Ole Träskman, Våldtäkt, våldtäktsman, gärningsbeskrivning och egenhändigt brott. Träskman anser bland annat att våldtäkt, liksom vissa andra sexualbrott, utifrån de skyddsintressen som aktualiseras inte (längre) bör ses som egenhändiga brott. Det rättsfall som berörs i Träskmans uppsats, Hovrättens över Skåne och Blekinge dom i december 2002 i mål nr B 2457-02, är av intresse i sammanhanget. Nämnas kan att även Suzanne Wennberg verkar mena att våldtäkt inte bör ses som ”egenhändigt”, se Wennberg, Tillsammans och i samförstånd, s. 616, samt att i RH 2004:58 ådömdes också den gärningsmannans ansvar som inte bidragit med någon ”sexuell” komponent. Ivar Strahl, Allmän straffrätt i vad angår brotten, s. 275 ff., anger som exempel på egenhändiga brott mened, otukt med avkomling, rattfylleri och rattonykterhet samt vårdslöshet i trafik.

⁸⁹ Claus Roxin har, såsom redogjord för hos Träskman, a.a. s. 682 ff., delat de egenhändiga brotten i två kategorier, utifrån två typer av skäl för att uppfatta dem som egenhändiga: (1) Brott som riktar sig mot rätt svärkonkretiserbara skyddsintressen: moral, sedlighet, allmän välfärd, tilltron till rättssystemet och dylikt. Dessa brott kan bara begås genom en kränkning av exempelvis sedligheten, och bara den som genom sitt handlande kränker sedligheten kan dömas som gärningsman, inte den som endast ”hjälper”. (2) Brott där kriminaliseringens kärna är ett asocialt förhållningssätt eller beteende och inte någon viss handling. Den som saknar detta asociala förhållningssätt kan inte dömas som gärningsman. Det kan noteras att bägge grupper av brott i hög grad befinner sig utanför ”kärnstraffrätten” av brott mot person, egendom och så vidare. Jag kan dock se en betydligt bredare tillämpning av ett modifierat ”egenhändighets”-tänkande.

medgärningsmannaskap att personen i fråga uppfyller något rekvisit i brottsbeskrivningen – och ett sådant krav får sägas vara alltför snävt ur flera perspektiv⁹⁰ – kunde en genomgång göras av vid vilka *specifika* brottstyper ett sådant krav ändå kunde anses vara motiverat.

Givna svårigheter vid detta slags genomgång av brottskatalogen har att göra med brottstypernas sinsemellan mycket varierande natur: det torde krävas en hel del arbete för att kunna fastställa goda kriterier utifrån vilka det går att välja ut vissa brottstyper men inte andra såsom "förtjänta" av att hänföras till viss kategori. Å andra sidan är det ju just de stora skillnaderna mellan brottstyper som medför att en genomgång behövs. Omöjlig vore uppgiften givetvis inte, om målen formuleras på ett rimligt sätt. Någon ledning borde exempelvis kunna hämtas ur själva språket (jämför 4.5 ovan).

Om den typ av ändringsförslag genomfördes som har behandlats i avsnittet skulle medverkansläran ges en rätt stram och betydligt mer sober dräkt: stramare än hur det i tillämpningen ser ut i dagsläget, i vissa bemärkelser också stramare än vad SRK, med dess strävan efter formell flexibilitet, avsåg (och, med betoningen på "närhet" till brottsbeskrivningen, också snävare än det på tidsligt och rumsligt samband uppbyggda kravet i NJA 2006 s. 535). En grundläggande förutsättning för att lagändringar skall komma till stånd är ju dock att också lagstiftaren menar något vara fel. Det är då av intresse att ta del av regeringens reaktion på Straffansvarsutredningens förslag. Regeringen ställde sig i stort sett helt avvisande, *både* till beskrivningen av rådande läge som problematiskt *och* till de av kommittén föreslagna ändringarna. En ändring skulle, uttalades det i stället, snarare *skapa* problem:

"Vid bedömande av utredningens förslag i denna del bör emellertid framhållas att bestämmelserna i allt väsentligt fungerat väl i praktiken. Det kan i sammanhanget också framhållas att den nuvarande regleringen nyligen har satts på prov i ett antal uppmärksammade fall där flera personer på olika sätt medverkat vid tillkomsten av ett brott. Regleringen har därvid väl visat sig motsvara de krav som kan ställas. Det kan därför ifrågasättas om det finns något påtagligt praktiskt behov av en förändring ... Även om de förändringar som utredningen föreslår i praktiken är förhållandevis begränsade och inte är avsedda att innebära några större sakliga ändringar är dess konsekvenser emellertid svåra att

⁹⁰ Jfr exempelvis mordstadgandets konstruktion, vilken i praktiken i så fall skulle utesluta ansvar för flera.

överblicka. Någon mer omfattande konsekvensanalys görs inte heller i betänkandet. Med hänsyn till att regleringen ändå visat sig fungera väl i praktiken och mot bakgrund av att förändringar kan leda till oönskade konsekvenser som kan vara svåra att förutse finner regeringen att övervägande skäl talar för att inte genomföra förslaget.”⁹¹

Uppenbart är att regeringens och Straffansvarsutredningens definitioner av ”oönskade konsekvenser” och ”välfungerande reglering” skiljer sig åt: i regeringens ögon tycks oönskade konsekvenser främst ha att göra med att regleringen kunde tappa i den flexibilitet som behövs i repressionens tjänst. Noteras bör att vissa rättsfall vilka regeringen nämnde som exempel på att regleringen fungerar bra är samma som doktrinen framhållit som exempel på det motsatta. Här ser ut att finnas utmärkt stora meningsmotsättningar, inte bara i fråga om medverkansläran utan också i fråga om straffrättsanvändning generellt. Det är därmed dags att övergå till nästa avsnitt och mer allmänna tendenser.

6 ... OCH ”BORTOM”: OM AMBITIONEN ATT AVLÄGSNA ”LUCKOR”, ”TRÖSKLAR” OCH ”GLAPPAR”

6.1 Inledning

Förskjutningarna i medverkanslärans tillämpning bör enligt min mening i rätt liten utsträckning betraktas som en reaktion på förändringar i den faktiska verklighet som just medverkansregleringen tänks hantera. Lejonparten av förklaringen måste i stället sökas i mer övergripande rörelser. I 6.2 diskuteras möjliga orsaker till dem. I 6.3 karaktäriseras deras omsättning i straffrättspraktik.

6.2 Orsaker

Uppehåller vi oss alltså först vid *frambringandet* handlar detta i hög utsträckning om hur samhällets enskilda invånare, liksom samhället som kollektiv enhet, har kommit att betrakta och relatera till verkligheten, förövaren och straffrättsanvändning. I någon mån (när det handlar om praxis, så ock i relation till medverkans- och uppsåtsfrågor) handlar det kanske också om förändringar i rättsapparatusens existensbetingelser.

⁹¹ Prop. 2000/01:85 s. 15.

(1) *Medierapporteringen* formar i hög utsträckning vår verklighetsuppfattning, det straffrättsanknutna inte undantaget.⁹² I ett alltmer sensationslyst klimat i media (såväl bland åtminstone vissa dagstidningar som åtminstone vissa tv-program) har ambitionen att återge verkligheten på ett någorlunda korrekt och nyanserat sätt fått ge vika för en annan ambition: att skruva till sakerna i sensationssökande, säljbara vinklar. Resultatet är en rapportering vilken från en svensk horisont (eller kanske *min* horisont) är grällare än någonsin tidigare. Vad som enligt den braskande rubriken är "CHOCKBESKEDET" till en allsvensk fotbollsspelare kan vara att den på grund av den lilla sträckningen i baksidan av låret kommer att behöva avstå nästa match i serielunken. Och det är heller inte bara så att *orden* förlorar i värde: språket bygger ju i många bemärkelser världen, och även i den verklighet som orden tänks beskriva upplöses i ett parallellt skeende gränser mellan stort och smått, mellan viktigt och oviktigt (här går det att se kopplingar till medverkanspraxis), i viss utsträckning också mellan det som är "på riktigt" och det som är "på låtsas". Allt fler pseudo-nyheter (eller i vart fall vad som tidigare har betraktats som sådana) tar allt större plats i det offentliga rummet.⁹³

Och det är uppenbart att brott säljer lösnummer (eller i vart fall att man från medias sida tror det). Jag tillbringade rätt nyligen ett år utomlands, avskuren från Sverige förutom genom dels telefon- och mailkontakt med familj och vänner, dels svensk nyhetsförmedling genom dagstidningarnas nätupplagor. Det intryck jag bibringades av nyhetsförmedlingen – särskilt kvällspressen – var att Sverige och Stockholm (staden där jag bor) i det närmaste hade förvandlats till något slags apokalyptiska krigszoner, där i ljuset av allt dödande, alla överfall, alla våldtäkter och så vidare en normal människa knappast ens borde lämna sin bostad om den önskade undvika sådant (och inte heller hemma är man ju särskilt säker). Döm om min förvåning när efter återkomsten det mesta visade sig vara rätt likt och ändå rätt tryggt: det gick att röra sig i centrala Stockholm, till och med på kvällen, utan överhängande fara för liv och egendom i varje ögon-

⁹² Se här t.ex. Träskman, Den allmänna opinionen, massmedia och rättssäkerheten.

⁹³ Frågan lämnas här öppen huruvida viss nyhet "objektivt" kan vara viktigare än en annan. Ett slags slutpunkt i fråga om "på riktigt" och "på låtsas" är kanske ett fenomen som kan iaktas i vissa andra länder: kändistidningarnas nyhetsrapportering gör inte klar skillnad mellan å ena sidan vad som i det senaste avsnittet har hänt karaktärerna i tvåloperan, å andra sidan vad som annars har hänt de skådespelare av kött och blod som gestaltar karaktärerna.

blick. En anekdot är en anekdot, men kanhända pekar den på något viktigt: det sätt på vilket media har valt att *rapportera* om brott, både omfångsmässigt och innehållsmässigt, lär vara *en* starkt bidragande orsak till en verklighetsuppfattning hos befolkningen utifrån vilken det framstår som fullt logiskt, kanske till och med nödvändigt, att förespråka mer repression.

(2) Representanterna för det *politiska* livet har inte velat eller kunnat (eller kunnat vilja, eller velat kunna) stå emot medias retorik, utan intar alldeles för ofta ett förhållningssätt snarlikt medias när straffrättsfrågor aktualiseras. Även de politiska aktörerna medverkar givetvis i hög grad till att forma vår verklighetsbild. Det skjuts ofta från höften, både när det i någon bemärkelse anses behövas (i oförberedd direktkontakt med media) och – värre – när det i sådan bemärkelse inte skulle behövas. Skälet till att man från politiskt håll i dag agerar och reagerar som man gör är dock inte bara påverkan från media. Där finns också *egna* intressen att värna. Dessa handlar om att tillfredsställa (vad man tror är) den (bevisligen) ökat flyktiga väljarkårens önskemål och förhoppningar. Av anledningar som man kunde låtsas gå bet på att förstå är det i dag ofta *brådskande* att genomföra viss straffrättslig förändring. Långsiktighet och uppskjuten behovstillfredsställelse avförs i stor utsträckning från agendan.⁹⁴ Till det hela kommer också att under senare decennier straffrätten, relativt sett, har ägnats allt större intresse från politiskt håll.⁹⁵ Hur det politiskas förhållningssätt tar sig uttryck i lagstiftningsarbete behandlas mer ingående under 6.3 nedan.

(3) *Distansering*. Den bild av den straffrättsrelaterade verkligheten som befolkningen på dessa sätt tillhandahålls är en ypperlig grogrund inte bara för krav på hårdare tag, utan också för en större distansering i förhållande till det avvikande, i straffrättsliga sammanhang förstås i synnerhet "brottslingen" respektive "brottsligheten". Den grälla rapporteringen medverkar inte sällan till närmast en demonisering av förbrytare, enskilda och i grupp, vilka förlänas endast reducerade egenskaper och därmed relativt lite av mänsklighet och potentiell delaktighet i samhället och dess vardagsliv. Vi får ett kraftigare "Vi

⁹⁴ Emellanåt, bör tilläggas, beror dock skyndsambetskrav på olika slags internationella förpliktelser.

⁹⁵ En träffande lägesbeskrivning ges av Victor, Politik och straffsystem. Se också Tham, Från behandling till straffvärde.

mot Dom". Det svenska samhället tycks i dag, också på detta sätt, ha avlägsnat sig rätt långt från den grundtanke av empati som var en god och tilltalande ideologisk komponent i den för några decennier sedan framträdande behandlingstanken (en del gick dock, skall kanske sägas, snett i dennas praktiska tillämpning). Ett uttalande från *Stora Lagcomitteén* – från år 1832 – har aktualitet också för dagens samhälle. Comitteén menade att

"man hos hwarje folk, som gör anspråk på hyfsning och sann cultur, nu mera upptagit den brottsliges förbättring bland ändamålen för sina strafflagar, att man allt mer och mer börjar i honom se en olycklig och fallen like, som med fördragsam mildhet bör upprättas, ej såsom fordom ett afskyvärt och förkastadt odjur, som med öfwermodig hårdhet bör ur menskligheten utstötas."⁹⁶

Tyvärr är risken i dag att vi i vissa hänseenden snarare rör oss i riktning mot "fordom" än mot något annat. Och ju mindre vi vet om den andre, ju mindre vi tycker oss *behöva* veta om den, desto mer möjliggörs det för distansering och egenskapslöshet att accelerera och förstärka varandra. Och, apropå medverkansläran, ju mer egenskapslöshet som tillåts i fråga om de individer som påstås ha begått brott, desto lättare blir det att klumpa ihop dem på olika sätt. Det kan gälla stort som smått: i relation till kollektivet "brottslingar" (där Vi "ickebrottslingar", är samhället), något som både underblåser och underblåses av den krigsretorik som i fråga om brott varit vanlig under senare decennier, men också – och här är vi i medverkansfrågorna – i relation till en samling individer som står åtalade för en påstått gemensam aktivitet. Avindividualiseringen, reduceringen, hopklumpningen, går hand i hand med distanseringen. Skulle vi dessutom ha möjlighet att utrusta denna andra grupp med mystiska, i någon bemärkelse "extra" egenskaper, etiketter eller attribut av något slag, vilka dess medlemmar delar, vi andra inte (tänk terroristceller, ungdomsgäng, invandrare från samma land, skinheads och så vidare), så underlättas det ytterligare för oss att börja se gruppen som mera av ett slags fantom,⁹⁷ med en gemensam kropp och en ond eller i

⁹⁶ Förslag till Allmän Criminal-Lag, 1832, s.

⁹⁷ Något i denna riktning, se Diesen, Göteborgsbranden, Malexander- och Söderbergsmorden. Av visst intresse kan möjligtvis vara RH 1996:82, rörande skinhead åtalad för att i medgaringsmannaskap med andra (ej åtalade) skinheads ha krossat fönsterrutor.

vart fall likgiltig (se strax nedan) gemensam vilja. Ju större luckor vi tillåter oss i bilden av den konkreta individen, desto större utrymme för fantasin. Ju större utrymme för fantasin, desto större (potentiellt) utrymme för fanatism. Vi kan då, med ett uttryck lånat från *Günter Jakobs*, röra oss i riktning mot en "Feindstrafrecht",⁹⁸ där det mindre handlar om individer, mer om en Fiende eller ett Hot.

(4) I fråga om orsaker till en modifierad syn bör kanske slutligen sägas något ytterligare om *belastningen på rättsapparatusens aktörer*. Å ena sidan har det straffbelagda, eller på annat sätt sanktionsbelagda, områdets omfång ökat dramatiskt under senare decennier.⁹⁹ Å andra sidan har det i vart fall inom domstolsväsendet skett omorganisationer och nedskärningar vilka knappast har haft som mest framträdande syfte att förbättra kvaliteten hos hanteringen av det enskilda målet. Det har främst handlat om att förbättra "effektiviteten" i målhanteringen. Ett exempel på effektivitetssträvanden är de över tid successivt vidgade möjligheterna att undandra straffrättssaker från domstols avgörande (bland annat genom utökade befogenheter för åklagare och polis att utdöma ansvar eller på annat sätt avverka mål).¹⁰⁰ Ett annat exempel är minskade överklagandemöjligheter. Det är knappast en slump att det i dag, på olika håll, hörs successivt fler röster för införande av olika varianter av *plea bargaining* i svensk straffrätt. I någon fortfarande relativt framträdande bemärkelse lever vi med bilden av ett treinstanssystem på näthinnan. I praktiken har det ju alltid, "materiellt", sett annorlunda ut, och så måste det väl också rimligen vara, men i dag har bilden av de tre instanserna i brottmål än mindre faktisk motsvarighet än tidigare.

Det kan också tänkas att effektivitetshänsyn tar sig omedvetna uttryck, även i den materiella hanteringen av målen. Här kan återknytas till dagens tillämpning av medverkansläran och till bevisfrågor anknytna till fleras (möjliga) deltagande i brott. Det är givet att ju mer åklagare och polis behandlar – och av domstolen tillåts behandla – misstänkta och tilltalade i klump, desto mer tid kan sparas i det enskilda målet. Och om en domstol i ett mål med flera tilltalade presenteras ett underlag av sådan karaktär (i klump) att valet i det

⁹⁸ Se Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*.

⁹⁹ För diskussion rörande sanktionsavgifter m.m., se Zila, I stället för straff, och Asp, EG:s sanktionsrätt.

¹⁰⁰ Se Zila, a. a., för delar av denna utveckling.

närmaste står mellan att fria alla eller fälla alla, och där finns goda skäl att tro att någon eller några av de tilltalade faktiskt har aktivt deltagit i det brott för vilket ansvar prövas, erbjuder den modifierade tillämpningen av medverkansläran (med bland annat dess frimodiga ”medgärningsmannaskaps”-tänkande) en väg som måhända framstår som något annat och lite enklare än vad den är, så att det ”tillsammans” som man i fråga om visst skeende tidigare kunde tycka sig böra sönderdela i både gärningsmän, främjare och straffria deltagare blir vagare, mer upplöst och mer reducerat i fråga om individuella, personliga komponenter. Därigenom blir det också mer potentiellt inklusivt: ju mindre som behövs av individualisering, konkretisering, desto lättare att se något gemensamt.¹⁰¹ Märk väl att vad jag här spekulerar kring är *omedvetna* processer, förändringar som i den utsträckning de har tagit plats har kommit successivt, kollektivt, genom glidningar så små att de inte märks.

Ytterligare en aspekt som kunde beröras i samband med nedskärningar, arbetsbelastning och effektivitetssträvanden har att göra med rättstillämpningen i över- respektive underinstans, och i slutändan egentligen med vad som bör förstås med att något är ”gällande rätt” i viss fråga. Exempelvis diskuterades ju i avsnitt 4 vilken ledning NJA 2006 s. 535 kan komma att ge för rättstillämpningen. Så sätter avgörandet i och för sig – potentiellt – relativt skarpa gränser för utdömande av medgärningsmannans ansvar respektive gärningsmannans ansvar med stöd av BrB 23:4 st. 2. En delvis annan fråga blir dock, i ljuset av bland annat här nämnda effektivitetssträvanden, hur och i vilken utsträckning underinstanserna faktiskt kommer att ta till sig avgörandet. Rådande situation av hög arbetsbelastning är i vart fall inte ägnad att minska klyftan mellan överrätts ofta elaborerade resonemang – och ambitiösa hantering av bevisfrågor, i den mån sådana blir föremål för prövning – och underrätts dömmande, en verksamhet som sker och delvis måste ske under andra och på många sätt mindre gynnsamma premisser.

I sammanhanget kan kort nämnas de förändringar vilka skedde genom vad som närmast kunde kallas HD:s ”införande” av likgiltighetsuppsåt som nedre gräns för uppsåt. Vad som efter detta tycks ha hänt i praxis kan relateras både till omedvetna effektivitetssträvanden och till frimodig tillämpning av medverkansläran. Rörande uppsåt utvecklade HD i ett par domar (se särskilt NJA 2004 s. 176 och

¹⁰¹ Jfr exempelvis skillnaden mellan konkret och abstrakt fara.

2005 s. 372) på ett föredömligt pedagogiskt sätt hur bedömningar bör ske.¹⁰² Doktrinen uppfattning är att den väg som därigenom stakats ut inte innebär att fler typfall än tidigare skall bedömas som uppsåtliga.¹⁰³ Talar man å andra sidan med försvarsadvokater rörande (i vart fall) tingsrättspraxis under de senaste åren, är åsikten att där finns en avsevärd skillnad mot tidigare: ”i vart fall med likgiltighetsuppsåt” har enligt många sagespersoner kommit att utvecklas till ett slags mantra, tillika ett slags slasktratt genom vilken betydligt fler fall rinner igenom som uppsåtligt brott.¹⁰⁴ Stämmer detta existerar det alltför stora skillnader mellan å ena sidan gällande rätt i bemärkelsen HD:s avgöranden, å andra sidan gällande rätt i bemärkelsen rätts-tillämpning i underinstans. Här, liksom i fråga om medverkansläran, kunde i så fall omedvetna förskjutningar mot det mer effektiva tänkas vara i (omedveten) rörelse: det blir, allt efter brottstyp, lättare både att fälla över huvud taget och att fälla ”ordentligt”.¹⁰⁵

För att något ytterligare koppla detta till medverkansläran: I den utsträckning det sagda är sant ger en frimodig tillämpning av medverkansläran, när den kombineras med en frikostig användning av likgiltighetsuppsåt (frikostigare än vad HD avsett), rimligen utmärkta möjligheter till ännu fler fällande domar än tidigare i medgärnings-

¹⁰² Mycket arbete torde dock återstå. Se här till t.ex. Ulväng, Likgiltighetsuppsåt, och Borgeke, Från Franks första formel till likgiltighetsuppsåt.

¹⁰³ Flertalet kommentatorer menar att någon förskjutning nedåt inte har avsetts: så Ulväng, a.a. s. 16–17, som dock fått intrycket att det finns en benägenhet att se det som enklare att konstatera likgiltighet än att konstatera att det hypotetiska provet (vid eventuellt uppsåt) skulle utfalla positivt. Se också Asp, Uppsåtets nedre gräns, särskilt s. 391, samt Borgeke, a.a. s. 56.

¹⁰⁴ Nämnas kan de farhågor som Martin Borgeke, a.a. s. 69, ger uttryck för i fråga om valet av ”likgiltighetsuppsåt” som begrepp: ”Är det ett likgiltighetsuppsåt som gäller så är det väl gärningsmannens likgiltighet som skall provas, kan nog en och annan resonera. Som jag ser det är risken åtminstone tredubbel. Den första risken är att man glömmar bort att det skall vara fråga om episodisk likgiltighet och att man alltså inte skall bedöma gärningsmannens allmänna likgiltighet. Den andra är att man inte uppmärksammar skillnaden mellan likgiltighet inför risken och likgiltighet inför den så att säga förverkligade risken, dvs. det förhållandet att gärningsomständigheten faktiskt förelåg eller effekten faktiskt inträffade. Den tredje risken, slutligen, är att domstolarna inleder prövningen, inte med att bedöma gärningsmannens uppfattning om risken, utan med att värdera hans eller hennes likgiltighet. I alla dessa fall riskerar bedömningen att bli felaktig och att utvidga det uppsåtliga området på ett olyckligt sätt.” Ungefär sådana farhågor kan nog också sägas ha besannats.

¹⁰⁵ Likgiltighetsuppsåt markerar ju gränsen inte bara mot oaktamhet utan också ofta mot *straffrihet*: långt ifrån alla uppsåtliga brott har en oaktam motsvarighet. De HD-domar i vilka det nya uppsåtsbegreppet har varit huvudfokus har rört brott enligt BrB 3 kap., där även oaktamhetsansvar är möjligt.

mannaskap ("tillsammans och i samförstånd" och "tillsammans och i samråd" har också delvis uppnått status av mantra). Det vore i ljuset av detta i dag inte alls orimligt att tro att en motsvarighet till exempelvis B, som bar fram vapnet i NJA 1996 s. 27, skulle anses ha varit likgiltig på ett sådant sätt att uppsåt ansågs föreligga. Då hade vägen legat öppen också för att också B "tillsammans och i samförstånd" hade "skjutit" offren. Vidare kunde säkerligen fler fällande domar förväntas där psykiskt stöd är det enda som viss tilltalad påstås ha bistått med: inte minst kunde kompisgäng komma att ligga sämre till (jämför ovan 4.2.2 rörande diskoteksbranden). Som en komponent i det åtgärdspaket som i avsnitt 5 diskuterades för medverkansläran borde det åstadkommas kartläggningar av eventuella klyftor mellan över- och underrättspraxis, och klyftorna minskas, rimligen främst genom en uppstramning av underrättspraxis.

6.3 ... och konsekvenser: reaktioner mot hinder mot tillräcklig repression

Detta sagt rörande orsaker i bredare perspektiv skall nu i stället något nämnas *reaktioner*, som dessa tar sig uttryck i genomförd och föreslagen straffrättsanvändning. Merparten av dagens utveckling sammanfattas i *Nils Jareborgs* karaktäristik av "offensiv straffrättspolitik", till vilken framställning läsaren hänvisas.¹⁰⁶ Jag vill endast foga till några kommentarer och aktuella exempel.

Den utveckling mot ökad repression som i dag kan iaktas är inte "ny"; möjligen kunde vissa av dess kontingenta uttryck kallas för nya. Kanske kan läget beskrivas på följande sätt. Där existerar i dag en grundideologi, av innebörd att det inom varje givet område i princip behövs och är berättigat med förtätad, intensifierad, mer flexibel (och så vidare) repression. Med stabil bas i denna övergripande ideologi söker sig repressionen, som vatten ställt inför ett hinder, ett otal olika vägar. På ytan, i vart fall ibland, motiveras eller legitimeras dessa vägar utifrån (vad som må kallas) ett antal rätt fixerade underideologier, vilka aktualiseras när det passar, allt efter särområde och särfråga. De är alla underordnade den övergripande hållningen, och reduceras i realiteten till en funktion av blott verktyg snarare än självständiga producenter av argument. På nivån för underideologier är dagens förhållningssätt tämligen eklektiskt: visst går det att säga att det i svensk

¹⁰⁶ Jareborg, Vilken sorts straffrätt vill vi ha?

straffrätt – också utanför medverkansfrågorna – ses ökade inslag av ”subjektivism” (exempelvis genom att mer tonvikt läggs vid vad personen ville skulle inträffa, mindre vid vad som inträffade eller hade kunnat inträffa), men där finns å andra sidan ökade inslag också av vad som kunde kallas för ”objektivism”; visst finns där ökat straffbeläggande *tidigt* i händelseförlopp, men där finns också ökat straffbeläggande *sent* i händelseförlopp, och så vidare. Kännetecknande är alltså inte att någon särskild underideologi fått en starkare ställning av egen kraft: kännetecknande är i stället en starkare ställning för *varje* underideologi i den utsträckning som den – allt efter område och frågeställning – kan motivera utvidgad kriminalisering, strängare straff eller på annat sätt intensifierade repressiva ansträngningar. Så reduceras dessa ideologier till redskap i den större strömmens hand. Vi påminns då om att underideologierna många gånger är ”överideologiskt neutrala” och därmed så att säga tveeggade svärd: exempelvis en sådan ideologisk utgångspunkt som proportionalitet, som när den på 80-talet gavs kraftigt genomslag i svensk straffrätt var tänkt som en komponent i en större taktik av återhållsamhet och begränsning,¹⁰⁷ är funktionell också i handen på den vars övergripande ambitioner går i rakt motsatt riktning.¹⁰⁸ Grundideologin, den större taktiken eller övertygelsen, styr i hög utsträckning hur underideologier uttolkas och används.

Detta är knappast nytt. Om man därmed skulle anse sig redo för slutsatsen att där intet nytt finns under solen, så går det ändå att iakttä några relativt ”moderna” kännetecken vilka här bör nämnas och kopplas till ett redan tidigare nämnt: *brådskan*. Ett andra kännetecken är då det *fragmenterade* i dagens hantering: Det ökade repressiva trycket åstadkommes (och söks delvis åstadkommet) på ett i vissa bemärkelser relativt osynligt sätt. Trycket är tydligt iakttagbart endast för den som tar på sig uppgiften att räkna samman summan av ett stort antal enskilda, små men tätt duggande förändringar, vilka ofta, sedda isolerade, var och en för sig kunde betraktas och avfärdas som endast en rännil, en närmast bara ”teknisk” finjustering, bara fila och putsa lite, inom något mindre och snävt avgränsat område. Det är först när rännilarna studeras tillsammans – när de täta skott och fonder avlägsnas vilka (om vi talar lagstiftning) beordras från lagstiftarhåll och resulterar i att saker separeras från varandra som borde betraktas

¹⁰⁷ Se särskilt SOU 1986:13–15, prop. 1987/88:120 samt SOU 1995:91.

¹⁰⁸ Se t.ex. SOU 2008:85 och prop. 2007/08:97. Bägge berörs något nedan.

ihop – som det går att se att rännilarna tillsammans konstituerar en flod, och att förment ”tekniska” finjusteringar underminerar praktiska och ideologiska bålverk för straffrättssystemet.

Att frågeställning och problemhantering beskär på beskrivet sätt motiveras alltså ofta med olika versioner av tidsbristargument. Jag har dock en gnagande misstanke att alla dessa beskurna fonder är led i en säkerligen delvis omedveten, men också delvis medveten taktik, enligt vilken ökad ”effektivitet” i arbetet nås just genom att principiella och övergripande frågor gås förbi med tystnad eller pareras med fraser av snömoskaraktär: det är svårt att vara handlingskraftig om uppgiften är komplex. I situationen ligger givetvis ett stort problem: *Ideologier* blir tydligast i det övergripande, i de större perspektiven. Ett resultat av beskärning som taktik blir därför en förment avideologisering av arbetet med straffrättsutformning. Men straffrätt *är* ideologi: oavsett vilka ideologier ett system må bekänna sig till är det just de som fogar ihop många disparata delar till ett helt, till – i vårt fall – ett straffrättssystem i vid bemärkelse. Detta är en bidragande orsak till dagens långt ifrån tillfredsställande tillstånd.¹⁰⁹

Ett tredje ”modernt” kännetecken, nära sammanhängande med de tidigare nämnda, rör den attityd som från regeringens sida kommer till uttryck i utredningsdirektiv och umgänget med synpunkter från lagråd och remissinstanser. Mitt intryck är att i dag externa utredare, i vart fall när frågor skall utredas som från regeringshåll anses ha stort ”signalvärde”, mer än tidigare *beordras* att nå visst mål, visst resultat, snarare än ombeds undersöka (bland annat) huruvida det vore lämpligt att förverkliga det: målet är spikat från början, utredningen beordras lägga ut vägen dit. Det rör sig här om maktförskjutningar i relationen mellan å ena sidan den politiska viljan (här regeringen), å andra sidan vad som må kallas ”experter” (här i synnerhet juridiska sådana). Något liknande tycks ske i umgänget med lagrådet. Dessa frågor förtjänar större uppmärksamhet än vad de hittills har fått.

Om den typ av repressiva ambitioner som här har diskuterats nog alltid har funnits (avhängigt av bland annat den mängd resurser som vid olika tidpunkter stått till buds), och nog likaså alltid kommer att finnas, så är en fjärde aktuell förskjutning i dag, jämfört med (säg)

¹⁰⁹ Intressanta jämförelser kan i sammanhanget göras med den kritik mot brist på ”politik” som förs fram i Elwin, Heckscher & Nelson, Den första stenen, från början av sjuttioalet, respektive den kritik i termer av önskad politisering som förs fram av Victor i redan nämnda Politik och straffsystem, från 1995.

för 30 år sedan, att det nu är rätt illa ställt med *verksamma motkrafter* med förmåga att få gehör (i termer av rigiditet, förutsägbarhet och så vidare), exempelvis för modifiering av olika slags principer om omedelbar (och kontinuerligt hög) behovstillfredsställelse. Det är närmast slående att ta del av Straffansvarsutredningens och regeringens respektive diagnoser rörande medverkansläran och dess tillämpning.¹¹⁰

Det hittills sagda var relativt abstrakt. Några spridda exempel får strax illustrera. Övergripande kan samhällets straffrättsliga ambition i dag, reaktionen på den verklighet som uppmålas, beskrivas som en av att vilja täta, täppa till, vad som beskrivs som allehanda "luckor", "glappar", "trösklar" och "hål" i straffrättens regelverk och tillämpning. De måttstockar utifrån vilka sådana brister utläses är tillverkade av en för repressionsbenägenhet fruktbar blandning av å ena sidan det sena välfärdssamhällets Skinnerianska ideal av att ingenting oönskat egentligen alls skall behöva inträffa,¹¹¹ å andra sidan en mer "klassisk" (i bemärkelsen gammal) retorik i termer av att ondskan ständigt vinner mark, varför mer repression (och i lömskare former) är nödvändig och därmed berättigad.¹¹² Påstådda brister i detta hänseende rör många olika – snarare alla – områden. Ambitionerna att få till ett mer "heltäckande" skydd kan sägas innefatta både att *någon* straffrättslig reaktion alltid är möjlig (inget straffvärt skall falla utanför det straffbara) och – utifrån exempelvis signal- eller samhällsskyddsbehov – att en *tillräckligt ingripande* reaktion är möjlig. Inte sällan sägs "luckorna" och "trösklarna" vara stötande eller dylikt, eller bara kort och gott "otillfredsställande". Ideologierna (de som ovan berörts som "underideologier") böjs till – om de alls kommer till användning – så att de passar målen. Olika skäl ges den relativa vikt som behövs för att vågskålen skall väga över till förmån för den mer repressiva lösningen.

- Först några rörelser i riktning mot *ökad* vikt för "skuld"-komponenten i bred bemärkelse. På temat minskad betydelse för vad som har åstadkommit (eller kunde ha åstadkommit) i den yttre världen, ökad betydelse för upplevelser, uppfattningar och ambitioner, kan från praxis – som ett slags äldre och mer erfaren släkting till medver-

¹¹⁰ Se ovan 5.3.

¹¹¹ Se t.ex. Skinner, Bortom frihet och värdighet.

¹¹² Jfr Konung Erik XIV:s den 1 maj 1563 utfärdade patent om högmålsaker (som återfinns t.ex. hos Almqvist, Karl IX och den mosaiska rätten, s. 9).

kanspraxis – nämnas försök till brott. Den sedan rätt länge pågående dragningen mot en mer ”subjektivistisk” försöksbestraffning fick en fortsättning i NJA 2003 s. 670, det senaste HD-fall som renodlat har rört försök. A åtalades för mordförsök, för att ha skjutit ett skott mot en dörr på vars andra sida några personer (poliser) befann sig, i färd med att – efter att ha ropat varningar – bryta upp dörren. HD menade A ha haft uppsåt att döda personerna på andra sidan. Kulan som A sköt tog sig dock inte igenom dörren. Undersökningar visade att kombinationen av dörrens, vapnets och ammunitionens egenskaper medförde att ingen kula heller *hade kunnat* ta sig igenom dörren, såvida inte antingen dörr, ammunition eller vapen hade bytts ut mot annan dörr, annan ammunition eller annat vapen. Konkret fara för brottets fullbordan ansågs inte ha förelegat. Sådan fara ansågs dock ha varit utesluten av endast ”tillfälliga omständigheter”, och A fälldes för mordförsök. Om någon befinns ha velat skjuta mot annan för att döda ska det i dag mycket till för att inte själva *ambitionen* skall anses så ”värd att ta på allvar” att det straffas för mordförsök, även om faran för fullbordat brott (som i detta fall) får sägas ha varit utesluten på ett rätt djupgående sätt. Så pass mycket tillät man sig dock att abstrahera från detta faktum, att själva ambitionen trädde i förgrunden.¹¹³

Från *lagstifningsområdet* kan i ”subjektivistisk” riktning nämnas ett ökat intresse för straffbud med överskjutande och i någon bemärkelse särskilt ”brottsligt” uppsåt. Ett exempel är terroristbrott,¹¹⁴ ett annat ett förslag till kriminalisering av så kallad ”grooming” (på svenska ”gromning”), där straffbarhet menas böra inträda redan när en vuxen på nätet söker kontakt med barn *i syfte att* senare inleda

¹¹³ Victor karakteriserar i HD om otjänliga försök, s. 101, avgörandet som ”ytterligare ett steg mot en subjektivt präglad försökslära”. Till fareprovning i allmänhet, se Frände, Faredeliktens allmänna läror. Den konspiratoriskt lagde kanske ser vissa övergripande kopplingar mellan detta fall och NJA 2005 s. 237, rörande tillämpning av nödvärnsregleringen. Även där behandlades våld med dödligt vapen, och fälldes det till ansvar med hjälp av en anmärkningsvärt restriktiv tolkning av ansvarsfrihetsgrunden nödvärn.

¹¹⁴ I lagens (2003:148) om straff för terroristbrott 3 § uppräknas ett antal allvarliga, redan i sig straffbelagda gärningar, vilka bestraffas som terroristbrott under de förutsättningar som anges i lagens 2 §: om gärningen allvarligt kan skada en stat eller en mellanstatlig organisation och avsikten med gärningen är att (1) injaga allvarlig fruktan hos en befolkning eller en befolkningsgrupp, (2) otillbörligen tvinga offentliga organ eller en mellanstatlig organisation att vidta eller att avstå från att vidta en åtgärd, eller (3) allvarligt destabilisera eller förstöra grundläggande politiska, konstitutionella, ekonomiska eller sociala strukturer i en stat eller i en mellanstatlig organisation. Det subjektiva överskottet är den avsikt som krävs.

något slags sexuell aktivitet.¹¹⁵ Förslaget är intressant också på det sättet att straffbarhet avses inträda tidigt i handlingsprogressen, innan det i någon bemärkelse har "hänt" så mycket (mer än i förövarens huvud). Sexualbrotten bistår med exempel också på ett lite annat slags "subjektivering", då främst i bemärkelsen "avobjektivering": förskjutningar i ansvarets tyngdpunkt har skett *från* gärningsmannens objektiva "görande", från vad som mer "tekniskt" kan sägas ha åstadkommit, *till* exempelvis den "kränkning" som offret har utsatts för, något som baseras på mer av en helhetsbedömning och vad som kan kallas ett objektiverat offers upplevelse. Nämnas kan att den skillnad som före 2005 års sexualbrottsreform ansågs både rubricerings- och straffvärdemässigt motiverad mellan dåvarande BrB 6:1 och 6:3 (där förövaren i 6:1 själv skaffade sig övergreppsmöjligheten, i 6:3 "endast" utnyttjade en situation den inte själv skapat; så när offret var medvetlöst utan förövarens förskyllan) i dag har eliminerats rubriceringsmässigt och tycks vara på väg att utjämnas straffvärdemässigt.¹¹⁶ Som det grundläggande straffvärda vid sexualbrott lyfts i dag tydligt fram *att* någon utnyttjar annan som verktyg för sina sexuella lustar, medan betydelsen av *hur* detta sker tonas ned.¹¹⁷

När sexualbrotten ändå nämns kan de också ge exempel på förflackning och inflation: de varianter av övergrepp som anses böra kallas för "våldtäkt" har successivt ökat i antal, övriga brottsbeteckningar får motsvarande mindre utrymme. Så skedde bland annat genom 2005 års sexualbrottsreform, där *dels* området markant utvidgades för vad som riktat mot vuxna skall kallas våldtäkt, *dels* huvudbrottet vid gärningar riktade mot barn skall kallas för våldtäkt mot barn. Bortsett från vissa tidigare tillämpningssvårigheter – och med tillägget att där

¹¹⁵ Ds 2007:13. Det föreslagna straffbudet lyder: "Den som har kontakt med ett barn under 15 år i syfte att begå ett brott enligt detta kapitel mot barnet döms för kontakt med barn i sexuellt syfte till böter eller fängelse i högst ett år."

¹¹⁶ Generellt till reformen, se prop. 2004/05:45 och SOU 2001:14. I a prop, s. 48–49, sägs det vara "regeringens uppfattning att de gärningar som enligt förslaget skall omfattas av våldtäktsbegreppet är lika allvarliga och kränkande som en våldtäkt enligt den avgränsning av bestämmelsen som gäller i dag".

¹¹⁷ Att exempelvis den andre uppfattar som "sexuellt" det som konstituerar den sexuella kränkningen är inte någon förutsättning för ansvar. Det torde i princip kunna röra sig om vilka beteenden som helst, förutsatt att förövaren tillgodogör sig det inträffade i en bemärkelse som kan kallas sexuell. Huruvida en sådan kränkning egentligen bör kallas "sexuell" eller ej är närmast en filosofisk fråga; här nämns det endast för att illustrera förskjutningar från det objektiva "görandet" till upplevelsevärlden. Se något i Lernestedt, Sexualitet är i betraktarens öga?

fanns och finns poänger med exklusiva stadganden för brott riktade mot barn – torde en drivande kraft bakom förändringarna ha varit att de tidigare existerande rubriceringarna inte ansågs riktigt ”räcka till”. Paralleller är adekvata till vad som ovan sagts om medverkan: bara rubriceringen ”gärningsman”, bara rubriceringen ”våldtäkt”, anses räcka.¹¹⁸

Efter tidigare nämnda förskjutningar i ”subjektiv” riktning, med tonvikt lagd på skuld- och ”inre” (eller i vart fall ”icke-yttre”) element, nu något som kan sägas gå åt motsatt håll: skuld- och konformitetskomponenten ges *mindre* betydelse, eller omtolkas i relation till vissa grupper, för att andra intressen – som samhälls- och offerskydd – bättre skall kunna tillgodoses. I åtminstone vissa bemärkelser kan det ses som rörelser mot ”objektivering”. Psykiskt störda respektive barn under viss ålder är grupper som ju – om än med rätt stora variationer mellan jurisdiktioner – menas bära hållas utanför straffrätten eller på annat sätt (när hantering sker inom straffrätten) särbehandlas. Ytterst beror en sådan hållning på att det grundläggande kravet på skuld (och möjlighet till konformt beteende) för berättigat straffrättsligt ansvar, med en (rättmätigt) klanderbar och klandervärd individ som adressat för repressionen, på många sätt inte anses passa på dessa grupper. I dag blåser dock vinden i repressiv riktning också för dem. Iakttagbara tendenser går ut på att gruppen vidgas som kan drabbas av straffrättsliga (eller straffrättsliknande) åtgärder, medan de grupper krymps som på ett eller annat sätt står utanför. På ett övergripande ideologiskt plan, schematiskt sett, är två förklaringar möjliga: man (1) tonar ned betydelsen av kravet på (klanderbarhet och) klandervärdhet, eller (2) man bibehåller i och för sig betydelsen hos detta krav, men har (av någon anledning fått) en förändrad syn på dessa gruppers förmåga att svara upp till det.

I fråga om *psykiskt störda lagöverträdare* har Sverige, alltsedan BrB:s ikraftträdande år 1965, profilerat sig internationellt genom att tillräknelighet *inte* uppställs som en förutsättning för ådömande av straffrättsligt ansvar. Även den som lider av de allvarligaste psykiska störningarna kan därför i princip provas för brott och ådömas straff. Fram till 2008 års ändringar uppställde dock BrB 30:6, som ett slags

¹¹⁸ Det är för övrigt dags för en förnyad översyn av sexualbrotten, i form av en utvärdering av 2005 års reform. Se dir. 2008:94. Nämnas bör också att Madeleine Leijonhufvud, på uppdrag av miljöpartiet, utrett konstruktionen av brottet våldtäkt och därvid föreslagit en reglering som bygger på (bristande) frivilligt deltagande. Se Leijonhufvud, Samtyckesutredningen.

surrogat för tillräknelighetskrav, ett absolut fängelseförbud för den vars brott begicks under påverkan av allvarlig psykisk störning.¹¹⁹ 2008 års ändringar upphävde emellertid även fängelseförbudet: det ersattes av en presumtion mot fängelse.¹²⁰ Detta lagstiftningsärende uppvisade många av de karaktäristika vilka ovan berördes som tecken på det ”moderna”.

Flera större utredningar har under senare år berört frågor om straffrätt och psykisk störning. *Straffansvarsutredningen* presenterade år 1996 en modell för en framtida lagstiftning.¹²¹ *Psykansvarskommittén* presenterade år 2002 ett reformförslag vilket byggde vidare på Straffansvarsutredningens förslag.¹²² Nämnas bör också utredningen *Nationell psykiatrisamordning*.¹²³ Enighet rådde – och råder – i princip om att behovet av genomgripande reformer är stort. De ändringar som skedde år 2008 var dock resultat av att endast en mycket liten del av problematiken bröts ut till prioriterad särbehandling. Syftet var främst att täta vad som beskrevs som en ”lucka” i lagen: med den då existerande regleringen kunde i vissa (dock utomordentligt få) fall där förövaren (1) vid gärningstillfället led av en allvarlig psykisk störning (varför fängelse inte kunde utdömas), men (2) vid rättegångstillfället inte längre led av någon sådan (varför tvångsvård inte kunde utdömas) utfallet bli att det saknades möjlighet att utdöma någon frihetsberövande (och därmed tillräckligt ingripande) påföljd.

I mina ögon är en sådan ”lucka” principiellt önskvärd: (1) tillräckligt djup psykisk störning: inte berättigat med klander; (2) inte tillräckligt stort vårdbehov: inte berättigat med tvångsvård. En annan sak är att definitionerna av vad som skall falla under (1) och (2) inte är huggna i sten: det måste finnas visst utrymme för modifikation. Måhända måste det också för undantagsfall tolereras vissa avsteg från ett fullt bibehållande av ”luckan” (jag lämnar detta öppet). Det står dock klart att en nödvändig – dock inte tillräcklig – förutsättning för sådana avsteg är att de genomförs inom ramen för en genomtänkt, välmotiverad och brett förankrad större reform. Så var inte fallet med 2008 års ändringar. Där behandlades ”luckan” som vore den närmast

¹¹⁹ Tilläggas här bör kanske, att begreppet ”allvarlig psykisk störning” anses omfatta ett större antal störningar än vad som skulle falla under en (eventuellt) återinförd kategori av ”otillräkneliga”.

¹²⁰ Se prop. 2007/08:97.

¹²¹ SOU 1996:185.

¹²² SOU 2002:3.

¹²³ Se särskilt SOU 2006:91 respektive 2006:100.

uteslutande något störande och negativt. En sådan behandling måste rimligen ses som indikerande en rätt totalitär övergripande hållning i fråga om relationen mellan stat och individ.

Eller måste det det? Nej, inte i dagens lagstiftningsarbete, där fonder beskärs flitigt och hårt. Även Straffansvarsutredningen och Psykansvarsutredningen föreslog ett avskaffande av fängelseförbudet på påföljdsstadiet, men detta skulle – som en förutsättning – kombineras med att ett tillräknelighetskrav återinfördes på (det tidigare) ansvarsstadiet. I 2008 års lagstiftningsärende valde dock regeringen att arbeta vidare bara med det ena ”benet” av detta, nämligen det som gick i repressiv riktning, och skjuta resten på framtiden. Oroväckande, oansvarigt, men inte överraskande. ”Luckan” presenterades som ett stort kriminalpolitiskt problem, av mer praktisk-teknisk än ideologisk art. Det ansågs också vara bråttom att få bukt med problemet, trots att situationen aktualiserades i ett litet antal fall per år: det var så bråttom att det inte gick att invänta eller initiera den större reformen. Den pessimistiske instämmer i vissa remissinstansers farhågor att det i och med 2008 års ändringar inte kommer att ske någon större reform alls, i vart fall inte en som innehåller återinförande av ett tillräknelighetskrav: de repressiva och signalsärande russionerna är nu borta från kakan; den omedelbara behovstillfredsställelsen har fått sitt och riktar uppmärksamheten mot andra och nya mål.¹²⁴

Apropå (under-)ideologier som verktyg respektive ”objektivering” kan här slutligen nämnas att det som ett viktigt skäl för 2008 års ändringar (liksom för övrigt också, om än mer försiktigt, i nämnda tidigare utredningar) angavs behovet av att kunna få till bättre *proportionalitet* (och därmed, som mest eftersträfvade konsekvens, möjligheter till mer ingripande påföljder vid allvarliga brott). Proportionalitet har ett nära samband med klander, och klander har (eller borde ha) ett nära samband med skuld. På ett övergripande plan, i vart fall om de genomförda ändringarna ytterst är motiverade med att skuld- och konformitetskomponenten anses bära nedtonas eller omtolkas, får vi med 2008 års ändringar för psykiskt störda lagöverträdare mer av ett slags ”objektiv” proportionalitet, en proportionalitet vilken bestäms mer utifrån vad den fysiska entiteten ”objektivt” har åstadkommit: handlar det objektivt sett (här i bemärkelsen bortsett från den psykiska störningen) om ett allvarligt brott behöver det finnas garantier för

¹²⁴ Jfr dock dir 2008:93, som emellertid i fråga om straffrättsanknutna förändringar får sägas lämna fältet rätt öppet.

att en ingripande påföljd alltid kan utdömas. I extremfallet förväntas vi då betrakta förövaren som mer av en kropp, ett kött, vilket har åstadkommit något i relation till vilket det skall finnas möjligheter att åstadkomma en proportionell (läs ”ingripande”) påföljd. Proportionalitetstanken vinner mark på bekostnad av skuldanken. Vinnaren i bakgrunden är – givetvis – den övergripande strävan mot mer repression. Måhända kunde lagändringarna ideologiskt i någon bemärkelse beskrivas som ett närmande till ättesamhällets ”objektiva” ansvar för orsakande av skada. I vart fall förtjänar de att knytas till ett citat från *Olof Kinberg*, portalgestalt i svensk rättspsykiatri under första halvan av 1900-talet. Kinberg argumenterade när det begav sig för att tillräknelighetsbegreppet borde avvecklas i svensk straffrätt. *Alla* människor, menade han, är i relevant bemärkelse ansvariga. Han ogillade

”den farliga missuppfattningen att det skulle finnas vissa psykiska undantagstillstånd vilka upphäva den *sociala* ansvarigheten”: ”Alla människor som leva i ett samhälle, friska och sjuka, normala och abnorma, äro i lika hög grad ansvariga inför samhället för sina handlingar, i den mån dessa handlingar angripa samhälleliga intressen. Psykiska undantagstillstånd äro med hänsyn till den sociala ansvarigheten av betydelse endast så till vida, som de böra beaktas vid valet av samhällets skyddsreaktioner på det att dessa må ernå största möjliga effektivitet.”¹²⁵

Även i fråga om *lagöverträdare under 15 år* (uttrycket hämtat från titeln på de senaste utredningsdirektiven) sker rörelser i repressiv riktning. Enligt BrB 1:6 kan barn under 15 år i dag inte ådömas påföljd.¹²⁶ Nämnas bör dock (bland annat) vidtagna respektive nyligen föreslagna förändringar i lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare. Bland annat där går utvecklingen, stegvis, i riktning mot fler likheter med överträdare *över* 15 år (det vill säga straffmyndiga överträdare). Fortsätter sakerna att röra sig i inslagen riktning är det troligt att straffbarhetsåldern i sinom tid sänks under 15 års ålder.¹²⁷ Skulle något sådant slutligen ske blir det antag-

¹²⁵ Kinberg, Om den s. k. tillräkneligheten, s. 203.

¹²⁶ De kan däremot *begå* brott på flera relevanta sätt, så (1) i den bemärkelse som krävs (rättsstridig gärning) för att någon annan skall kunna prövas för medverkan till brottet och (2) i den bemärkelse som krävs (nämligen fullständigt brott, inklusive personligt ansvar) för att den som angrips skall ha nödvärnsrätt.

¹²⁷ Sådana förslag har kommit från riksdagsledamöter. Se Peter Althins (kd-politiker och brottmålsadvokat) åsikter såsom enligt http://svd.se/nyheter/artikel_1816203.svd från 2008-10-28.

ligen som en slutstation i en kedja av små, stegvisa, rätt ofta separata ändringar. När slutstationen redan är nära har så pass många andra förändringar redan genomförts att det framstår som inkonsekvent och ologiskt, närmast som en ”teknisk lucka”, att straffbarhetsåldern ännu inte är sänkt.

I nämnda kommittédirektiv från slutet av 2007 efterfrågades vissa ändringar. Det uttalades om den kommande utredningens mål bland annat ”att regelverket ska ge uttryck för en allvarlig syn från samhällets sida när det gäller brott som barn under 15 år misstänks för” (men samtidigt också, givetvis, ”ett fortsatt fokus på den omsorg som barnet behöver”).¹²⁸ Ett samlat intryck vid läsning av direktiven är *att* unga förbrytare anses behöva ”fångas upp” tidigare och på ett tydligare sätt, *att* detta (förstås) till viss del motiveras med att det är bättre för de unga förbrytarna själva, men *att* där också finns komponenter av samhälls- och offerskydd närvarande, vilka ger extra skjuts i repressiv riktning.¹²⁹ För barn under 15 har det ju tidigare inte ansetts lämpligt med straffrättsligt färgade åtgärder: det har presumerats att tillräcklig mognad saknas för att klander skulle vara lämpligt och/eller berättigat.¹³⁰ De fortsatta steg som eventuellt tas i denna riktning måste ytterst baseras på (i bemärkelsen kunna berättigas med) argumentation som går ut på att (1) den traditionella klandervärdhetsdimensionen (den som går ut på skuld, på konformitet) ges mindre vikt än tidigare eller att (2) synen förändrats på agens hos barn under 15 år: de ses faktiskt som mer klanderbara (och klandervärda) i dag än tidigare. Kanske är vi i vårt betraktelsesätt på väg att åstadkomma en ökad polarisering *inom* gruppen barn, en polarisering av samma slag – ”Vi” och ”Dom” – som mer allmänt har berörts tidigare.

- Något (ytterligare) bör sägas om enskilda straffstadganden och ”heltäcknings”-ambitioner. Bland straffbud uppvisar människohandelsbrottet i BrB 4:1 a flera av tidens tecken, inklusive en av brådska präglad tillkomsthistoria.¹³¹ Det område av gärningar vilka kan bestraffas

¹²⁸ Dir 2007:151, s. 1.

¹²⁹ Jfr, rörande brottsoffer, a dir. s. 4–5. I slutfasen av arbetet med föreliggande uppsats offentliggjordes också SOU 2008:111. Där fullföljs i huvudsak de ambitioner som fastlades i direktiven.

¹³⁰ Intressant i sammanhanget är Maher, *Age and Criminal Responsibility*, innehållande en internationell överblick i fråga om straffbarhetsålder m.m., respektive Nuotio, *On Becoming a Responsible Person*, en mer normativt inriktad respons på Maher.

¹³¹ En första version, i kraft år 2002, stadgade ansvar endast för människohandel

som gärningsmannaskap (enligt straffbudet) är vidsträckt. En del av gärningarna skulle vid andra (i just detta hänseende) någorlunda jämförliga brottstyper klassificeras som medhjälp. Adderas den tidigare nämnda möjligheten att "anse som" gärningsman enligt BrB 23:4 st. 2, och därtill "vanligt" medhjälpsansvar (med en yttersta gräns i "psykiskt stöd"), kan ett utmärkt stort antal personer bestraffas i kedjorna. Människohandelsstadgandet är på vissa sätt ett slags motsvarighet bland straffbud till utvecklingen i fråga om medverkanspraxis. Stadgandet straffbelägger också i hög utsträckning beteende som var straffbelagt redan innan stadgandet kom till (med konkurrensproblem som följd).¹³² Här bör dock kanske tilläggas, att det i fråga om människohandelsstadgandet – inte minst på grund av den många gånger utpräglat transnationella företeelse som avses kunna fångas in – existerar svårigheter vilka medför att det finns större fog än ibland annars för "moderna" lösningar, även sådana som i princip, som utgångspunkt, bör ses som negativa avsteg från hur sakerna borde göras.

En strävan efter mer av en "heltäckande" lösning kan också ses i diskussionerna kring (och åtminstone delvis också i den slutliga utformningen av) ett stadgande som BrB 4:4 a, grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning, liksom de diskussioner som förts och förslag som hittills har avgivits i fråga om straffansvar för den aktivitet som kallas "*stalking*" (på svenska "stalkning"). I det betänkande som så småningom ledde fram till (det modifierade) stadgandet i BrB 4:4 a var *Kvinnovåldskommissionens* ambition att i fråga om upprepat våld och anknuten i relationer få till ett straffskydd som kunde fånga upp inte bara envar enskildhet sedd för sig, utan det "sammanlagda tryck" som offret utsätts för i vad som beskrivs som en pågående process.¹³³ Ambitionen genomfördes delvis, men inte fullt ut, i lagstiftning.¹³⁴ I *Stalkningsutredningens* betänkande från 2008,¹³⁵ med ett tankegods i hög grad liknande det som låg till grund för BrB 4:4 a (så lyfts bland annat den kontinuerliga och systematiska komponenten fram),

för sexuella ändamål. Dagens version, i kraft år 2004, rör också andra ändamål. Se prop. 2001/02:124 respektive prop. 2003/04:111.

¹³² Kraftigt överlappande straffbestämmelser är dock i sig verkligen inget nytt: exempelvis förmögenhetsbrotten kan bistå med många exempel.

¹³³ Se SOU 1995:60.

¹³⁴ Se prop. 1997/98:55. Av intresse i sammanhanget är också bl.a. NJA 2004 s. 437.

¹³⁵ SOU 2008:81. Se i sammanhanget också BRÅ-rapport 2006:3.

föreslås bland annat införande av ett nytt straffbud, BrB 4:4 b, med namnet *olaga förföljelse* och följande lydelse:

”Den som begår brottsliga gärningar enligt 3 kap. 5 §, 4 kap. 4–7 §§, 5 kap. 1 § och 3 §, 6 kap. 10 §, 12 kap. 1 §, 17 kap. 1–2 §§ och 10 § denna lag eller enligt 35 § första stycket lagen (200x:xx) om kontaktförbud eller försök och förberedelse enligt vad som är föreskrivet för varje brott mot en och samma person döms, om var och en av gärningarna utgjort ett led i en upprepad förföljelse som medfört en kränkning av personens integritet, för *olaga förföljelse*, till fängelse i högst två år.

Är brottet som avses i första stycket grovt, döms till fängelse, lägst sex månader och högst fyra år. Vid bedömande om huruvida brottet ska betraktas som grovt ska särskilt beaktas

1. om gärningarna har innefattat våld eller hot om grovt våld,
2. om brottet har pågått under lång tid, eller
3. av annan anledning kan anses vara särskilt allvarlig.”

• Till exemplifiering bland annat av pågående förflackning – och också tagande av repressiva russin ur kakan på ett sätt besläktat med det som diskuterades ovan i fråga om psykisk störning – kan nämnas föreslagna och genomförda ändringar i fråga om omvandling av livstidsstraff samt straffskärpningar för allvarliga våldsbrott.¹³⁶ *Straffnivåutredningen* beordrades i mars 2007 att ”överväga och föreslå förändringar av strafflagstiftningen i syfte att åstadkomma en straffmätning som markerar en skärpt syn på allvarliga våldsbrott”.¹³⁷ I direktiven kritiserades det tidigare förhållningssätt rörande straffrättssystemet – företrätt i 1989 års påföljdsreform – enligt vilket övre delen av brottens straffskalor skall utnyttjas mycket sparsamt, snarast för undantagsfall.¹³⁸ Nu gavs dock i stället – med hänvisning till (1) proportionalitets- och ekvivalensprinciperna, till (2) att ”samhällsutvecklingen medför förändringar i synen på olika brotts straffvärde” och ”de regler som styr domstolarnas straffmätning ... därför [bör] avspegla hur klandervärda olika brott är”, samt till (3) att vissa angrepp på den sexuella

¹³⁶ För en ngt längre behandling av här berörda frågor, se Lernestedt, I grevens tid?

¹³⁷ Dir 2007:48 s. 1.

¹³⁸ Denna, sas det dåförtiden, ”är normalt inte avsedd för mer ordinär brottslighet av det aktuella slaget utan för exceptionella fall som i praktiken sällan inträffar”. Prop. 1987/88:120 s. 78.

integriteten redan givits en skärpt syn¹³⁹ – uttryck för åsikten att det är dags att markera en skärpt syn på (andra) ”allvarliga former av fysiska kränkningar”,¹⁴⁰ och detta genom strängare straff.¹⁴¹ Hur det skulle ske lämnades visst spelrum för, att det skulle ske var en order.

Senare samma månad avkunnade HD dom i NJA 2007 s. 194. I domen uttalades att livstid inte bör vara normalstraffet för mord: livstidsstraff bör förbehållas de allvarligaste fallen. I HD:s dom berördes statistik som visade på två intressanta förändringar. (1) Medan tidigare (i början av 1990-talet) antalet livstidsdomar varit lägre än antalet tioårsdomar, hade under åren 2002–2004 relationen förvandlats till den motsatta. (2) Den genomsnittliga omvandlingstiden för livstidsstraff till tidsbestämt straff låg under en 30-årsperiod fram till 1994 i spannet 12–16 år. Efter 1994 ökade den till 18–25 år. HD konkluderade att därmed ”den förutsebara konsekvensen av att ett livstidsstraff utdöms i dag generellt sett är en annan än vad den var under den tidigare perioden”. Livstidsstraffen hade blivit mycket längre än tidigare, och de dömdes ut oftare. Med hänsyn till det förra menade HD den senare utvecklingen böra stävjas.

När HD på så sätt anvisade en tillbakagång till ett mer restriktivt synsätt i fråga om användningen av livstidsstraff, samtidigt som enligt praxis den nedre gränsen av omvandlingstiden för livstidsstraff låg på 18 år, kom den rätt stora ”glappen” mellan det längsta tidsbestämda straffet – 10 år – och det kortaste omvandlade – 18 år – i fokus. Regeringen reagerade kvickt på HD:s i regeringens ögon otillfredsställande dom. I oktober 2007 gavs Straffnivåutredningen ett tilläggsdirektiv: den skulle ”med förtur ... se över straffskalan för mord i syfte att skapa utrymme för en mer nyanserad straffmätning och därigenom också en höjd straffnivå för detta brott”.¹⁴² HD-fallet och därpå följande underrättspraxis ”belyser”, sades det, ”på ett tydligt sätt behovet av att kunna nyansera straffmätningen för mord”.¹⁴³ Återigen hänvisades till proportionalitet och ekvivalens.¹⁴⁴ Det sades uttryckligen – apropå beskurna fonder – att det inte ingick i utredningens uppdrag att överväga frågan om avskaffande av livstidsstraffet som sådant.¹⁴⁵ I det

¹³⁹ Se ngt ovan rörande 2005 års sexualbrottsreform.

¹⁴⁰ Dir 2007:48 s. 3–4.

¹⁴¹ A. dir. s. 5.

¹⁴² Dir 2007:137 s. 1.

¹⁴³ A. dir. s. 3.

¹⁴⁴ A. s.

¹⁴⁵ A. s.

delbetänkande som blev resultatet föreslogs sedermera ett straff för mord på fängelse från tio till arton år eller på livstid.¹⁴⁶ Man ville alltså täcka hela ”glappen” mellan tidsbestämt straff och den nedre gränsen för omvandlat livstidsstraff. Förslaget befinner sig i skrivande stund på lagrådsremiss. Går det igenom dröjer det kanske inte länge innan det omvandlade livstidsstraffets *nedre* tidsgräns (i dag alltså 18 år) åtminstone i praxis börjar pressas *uppåt*: annars saknas ju åter ”nyansering”, denna gång mellan längsta tidsbestämda straff och lägsta omvandlade livstidsstraff.¹⁴⁷

Det kan nämnas att när det övervägdes hur ”tröskeeffekten” skulle kunna överbryggas, mildras, diskuterades *uteslutande* en höjning av längsta möjliga tidsbestämda straff. En sänkning av tiden för kortaste omvandlade straff diskuterades över huvud taget inte, trots att detta i ett perspektiv som är mindre tidsmässigt och ideologiskt ”beskuret” framstår som högst relevant att ta ställning till. Senare – och vid en jämförelse relativt kortvarig – omvandlingspraxis på 18–25 år relaterades till som hade den funnits för evigt och var huggen i sten. Tidigare – och mer långvarig – praxis på 12–16 år, vilken inte skulle ha resulterat i några ”tröskeeffekter” alls med ett längsta tidsbestämda straff om 10 år, kapades dock helt sonika bort som referenspunkt. Det som kallas ”nyansering”, på så sätt att exempelvis mer av straffskalorna tas i bruk, är med en mer adekvat språkanvändning – en som följer naturligt om de kraftigt beskurna fonderna (här i fråga om tid) avlägsnas – rätt långt från en nyansering: det rör sig om förfackning och inflation. Slutligen kan kort noteras vad som redan har berörts i termer av ”underideologiernas” neutralitet: krav på proportionalitet och ekvivalens ger ingen ledning i fråga om vilka ingångsvärden som så att säga skall sättas in i ekvationerna.

- Om vi tidigare något har berört repressiva ambitioner *tidigt* i händelseförlopp (så exempelvis ”gromning”), skall något slutligen sägas rörande ambitioner *sent* i skeenden. Detta går att iakta i fråga om straffbud (utbyggnaden av häleriansvaret kan fungera som ett gott exempel), men här vill jag i stället beröra ”luckor” som har ansetts behöva tätas i fråga om *preskriptionsreglerna*. Dessa regler sätter en gräns i tid för statens (och för all del också offrets) straffanspråk gentemot den enskilde. År 2007 föreslogs avskaffande av preskription för

¹⁴⁶ SOU 2007:90.

¹⁴⁷ Straffnivåutredningens slutbetänkande har också det sett dagens ljus: SOU 2008:85.

vissa brott.¹⁴⁸ Där fanns *dels* ett internationellt perspektiv: anpassning av svensk lagstiftning till Romstadgan för internationella brottmålsdomstolen, enligt vilken stadga vissa brott, exempelvis folkmord och krigsförbrytelser, aldrig preskriberas. Där fanns *dels*, utöver vad nämnda anpassning skulle kräva, en vilja att avskaffa preskription för brott bestående i uppsåtligt dödande (mord, dråp, vissa terroristbrott). Som framträdande skäl anfördes bland annat – flera skäl lades ihop – brottsofferhänsyn (på temat ”vi bör”) och bättre förutsättningar än tidigare att utreda gamla brott (på temat ”vi kan”). Följande citat sammanfattar bra:

”Det kan ... leda till otillfredsställande resultat, om rättsväsendet på grund av preskription är förhindrat att vidta åtgärder för att utreda ett allvarligt brott. Vi delar den uppfattning som ofta framförs att det är djupt stötande om preskriptionsreglerna förhindrar lagföring av en person som bevisligen gjort sig skyldig till ett så allvarligt brott som exempelvis mord. Det finns ett starkt allmänt intresse av att de som begår allvarliga brott inte förblir ostraffade. Anhöriga till den som berövats livet genom brott, upplever ofta att det är en extra psykisk påfrestning om brottet förblir ouppklarat. Många anhöriga menar att det i sådant fall är svårt att komma till den punkt då det som har hänt kan bearbetas och den anhörige därefter gå vidare. Att ett mord klaras upp och att den skyldige döms är emellertid inte bara av stor betydelse för anhöriga till offret. Det kan också innebära en väldig lättnad för andra personer som varit misstänkta för brottet och som därigenom kan avföras från misstanke.”¹⁴⁹

Skulle förslaget leda till lagstiftning dröjer det måhända inte så länge – om starka mekanismer inte av någon anledning sätts ur spel – innan också ytterligare brottstyper menas vara om än inte lika allvarliga så i vart fall så pass allvarliga att brotten aldrig bör preskriberas (eller bör ges längre preskriptionstid, för att undvika ”tröskeleffekter” i relation till brott som innefattar uppsåtligt dödande).

Låt oss med dessa mekanismer avrunda avsnittet. Inte sällan, historiskt sett, har olika länder (inklusive Sverige) hamnat i problematiska tillstånd av straffrättslig inflation. När för ett antal århundraden sedan dödsstraff successivt kom att bli påföljden för en allt större

¹⁴⁸ Ds 2007:1. Preskription vid allvarliga brott.

¹⁴⁹ A.a. s. 138–139.

skara brott, såg man sig till slut föranledd att konstruera olika varianter av "dödsstraff *plus*" för användning vid sådana brott där *extra* allvar behövde markeras: döden fick kombineras med stympning, tortyr eller liknande, antingen före eller efter (eller före *och* efter) dödens inträde.¹⁵⁰ Dagens svenska straffrätt har vid en internationell jämförelse – liksom vid en "inomsvensk" historisk jämförelse! – humana utgångspunkter såväl som humana resultat. De mekanismer som i dag är i rörelse är dock – och detta bör understrykas – samma som en gång i tiden frambringade "dödsstraff *plus*". De är kraftfulla. Utan att på något sätt vilja antyda att vi skulle vara på väg ända till "dödsstraff *plus*" bör det ändå sägas att talet i termer av "nyansering" är tämligen oroväckande.

I ljuset av vad som sagts blir också tendenserna i fråga om medverkan ett bland många uttryck för en övergripande rörelse i riktning mot extensiv, flexibel straffrättsanvändning. Inte minst med tanke på det sätt på vilket många av förändringarna genomförs, främst givetvis i lagstiftningsarbetet – små rännilar – framstår dagens situation i det närmaste som ett slags gerillakrig, för ovanlighets skull fört av den styrande, och där det finns meningsmotståndare som kanske är bäst på de stora frågorna, med pukor och trumpeter och formationer på ett stort och öppet fält. Men där och så vill inte lagstiftaren konfronteras med meningsmotståndaren: det öppna fältet synliggör det övergripande och principiella, vilket ofta – om än verkligen inte alltid – tenderar att lägga hämsko på kortsiktiga och repressivt inriktade önskemål.

7 AVSLUTNING

7.1 Speciellt

"Just nu är jag mer än halverad om drygt en minut är jag upplöst"¹⁵¹

Två personer är inte en person. När det handlar om medverkanläran kan vi dock knappast heller fullt ut säga att två personer är *två* personer: saker händer i samverkan, vilka gör att de bägge personerna var-

¹⁵⁰ I inledningskapitlet av Foucault, Övervakning och straff, finns en målande beskrivning.

¹⁵¹ bob hund, Den Nollgradige, 1994.

ken i bevis- eller rättsligt hänseende kan behandlas som två atomer. Det individcentrerade idealet i straffrätt kan därför knappast uppehållas fullt ut i medverkansläran, på det sätt som skulle vara fallet om där i stället stod en person åtalad för att *ensam* ha utfört något.

Det är dock långt ifrån ett fullständigt individcentrerat ideal som har förts fram i den typ av ändringsförslag som berördes i avsnitt 5. Straffansvarsutredningens förslag var enligt min mening ett både modest och rimligt försök att finna en god kompromiss mellan å ena sidan ansvar "var och en efter sitt", å andra sidan de särdrag som samverkan mellan människor faktiskt tillför, både i livet i stort och – med nödvändighet – i ett straffrättsligt regelsystem. Även de HD-avgöranden i uppstramande riktning som har berörts är högst rimliga och goda.

De förskjutningar som diskuterats i denna uppsats går annars i icke önskvärd riktning. De behöver stävjas. För att något sådant skall kunna uppnås behöver medverkansläran stramas upp. Det handlar då inte bara om hur regelverket ser ut, utan också med vilken attityd man nalkas det. Funnes det en (i mitt tycke) sundare och mer restriktiv attityd – med respekt för "materiell" rubricering och för att denna typ av bedömningar skall baseras endast på bakåtblickande överväganden – kunde nuvarande regelverk i princip behållas. Men för dagens hållning behöver det sättas gränser, och – som det verkar – rätt fyrkantiga sådana. Steg bör tas i riktning mot en rigiditet som på vissa sätt, om än verkligen inte alla, är besläktad med rättsläget före de av SRK initierade ändringarna. Det framstår som något paradoxalt att de ändringar som genomfördes på SRK:s initiativ både ideologiskt och praktiskt syftade till att kunna hålla *envar* deltagande person självständigt ansvarig för *sitt*, samtidigt som den bild av praxisutvecklingen vilken i dag framträder – möjliggjord genom SRK:s vilja till flexibilitet – är en av en utveckling mot att *ingen* prövas självständigt. Alltså, om det hårdas: från ambitionen att var och en blir ansvarig för sitt till att – i värsta fall – alla blir ansvariga för allt.

Inte heller mina rekommendationer eftersträvar någon mer långtgående "atomisering". Däremot eftersträvar de (vad jag menar bör kallas för) en nyansering. Detta förutsätter att där finns åtminstone relativt klara gränser (i vart fall i form av elaborerade tumregler) mellan å ena sidan straffritt, å andra sidan straffbart, å ena sidan främjande, å andra sidan gärningsmannaskap. Därvid bör det verkligen inte, om en gemensam vilja menas finnas hos de inblandade, läggas *all* vikt vid vad respektive deltagande respektive närvarande person

utfört respektive inte utfört ”objektivt”. Det bör dock läggas relativt stor vikt vid det, i relation till rekvisiten för det specifika brott som åtalet gäller, betydligt större vikt än vad som i dag verkar läggas, där kroppar löses upp i en (emellanåt lika vag) gemensam (och kanske allmänt likgiltig) vilja. Här måste arbetet i rätt stor utsträckning ske kasuistiskt, genom att det görs *skillnader*: det må vara rubriceringsmässigt likvärdigt att riva papperet och tända på det, men det bör inte få vara (ens) rubriceringsmässigt likvärdigt att bära vapnet till brottsplatsen och att döda människor med det. I sammanhanget bör kanske inte glömmas bort – något som dock i dag tenderar att ske – att det faktum att vi intuitivt, språkligt, vill beskriva viss konkret tilldragelse som att några personer har gjort någonting ”tillsammans”, inte utesluter att vissa kan (och kan böra) rubriceras som gärningsmän, andra som främjare, ytterligare andra kanske till och med som straffria deltagande: det behöver inte, och ska inte, sättas språkliga likhetstecken mellan ”tillsammans” och ”gärningsmannaskap”, inte ens mellan ”tillsammans” och straffrättsligt relevant medverkan över huvud taget.

Den ”objektiva” gärningen och den subjektiva inställningen tänks i dag, i den bästa av världar, komplettera varandra i olika delar av brottsbegreppet, på så sätt att ingen får bli så värst mycket starkare än den andra. Det ”objektiva” och det ”subjektiva” tänks var och en för sig böra fungera som *nödvändiga*, men inte *tillräckliga*, förutsättningar för legitimt straffansvar. Idealet är väl i princip, som utgångspunkt, ett slags ekvilibrium. Om vi låter det ”objektiva” styra för mycket, i form av konstruktionen av brott (eller något som liknar brott) med strikt ansvar, så hamnar förfarandet i strid med rättigheter: så sägs i exempelvis tysk och finsk straffrätt att konstruktionen av brott med strikt ansvar strider mot principen om människovärdets okränkbarhet. Men vad händer om det ”subjektiva” tillåts styra för mycket, något som jag menar vara fallet med dagens medverkanspraxis?

Rättighetsmässigt händer väl just ingenting. Det kunde i och för sig måhända sägas komma i konflikt med den (likaledes) grundläggande principen att det inte är legitimt att bestraffa bara ond vilja, om denna onda vilja inte också har manifesterat sig i gärning. Problemet (ur min synvinkel) är då att de personer i de situationer som här har diskuterats i relation till medverkansläran i allmänhet har gjort *något*, även om det inte är i närheten av ”kärnan” av brottsbeskrivningen, och detta något anses (emellanåt, hur litet eller perifert det än är) som tillräckligt för att ”inte (bara) för den onda viljan”-kravet skall anses

uppfyllt. Och när denna ”tröskel av minimal aktivitet” är passerad verkar vad som sägs i BrB 23:4 st. 3 – varje medverkande skall dömas efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger den till last – anses tillhandahålla en rätt att bortse från vad som åstadkommit i den ”objektiva” världen, alternativt ge nominellt begränsande lokutioner som ”utfört gärningen” en så vid, substanslös innebörd att de förlorar kapaciteten att sälla.

- Låt mig prova en annan tanke i relation till det allt mer frekventa utdömandet av gärningsmannaskap för flera. Den har att göra med den sammanlagda mängd straff som utdöms i relation till det enskilda brott, den enskilda ”gärning”, som i varje enskilt fall begås. Kanske borde inte bara *vars och ens* straff, utan också den *sammanlagda summan* av deltagande förövares straff, sättas i relation till det enskilda brottets straffvärde, den kränkning offret utsatts för och så vidare? Finns det kanske något slags gräns vid vilken det inte längre kan anses proportionellt, på så sätt att alltför mycket straff utmäts för en enda tilldragelse? Inom *skadeståndsrätten*, på vissa sätt närliggande straffrätten, delar ju som huvudregel flera skadevällare solidariskt (det ekonomiska) ansvaret mellan sig.¹⁵² Normalt sett söker dock den skadelidande för skadeståndet bara upp en av skadevällarna (varvid denne, i sin tur, får regressrätt mot de andra). Till detta vore svårt att skapa en straffrättslig motsvarighet (i synnerhet i den utsträckning som påföljderna inte utdöms i pengar). Tanken är dock intressant, inte som praktiskt genomförbar (eller ens önskvärd) möjlighet, men väl som ett möjligt mentalt och ideologiskt korrektiv, både i ett systemperspektiv och i relation till den alltför stora benägenheten att i det individuella fallet med flera inblandade förövare – där alla, utan så mycket fog för det, görs till gärningsmän – utdöma ett sammanlagt straff som vida överstiger den skada och kränkning som brottet, ”gärningen”, *de facto* har åstadkommit (jag utgår här ifrån att rubricering som gärningsman ger högre straff än rubricering som främjare).

”Mängdrabatt” förekommer ju i straffrätten när en och samma förövare har begått flera brott. Detta torde inte ses som särskilt omtvistat (även om det ur ett *offerperspektiv*, i fall där de olika brotten har begåtts mot olika offer, kunde ses som tvivelaktigt: det innebär ju i någon bemärkelse att förbrytelsen mot respektive offer ”värderas”

¹⁵² Ingående, se Dufwa, Flera skadeståndsskyldiga.

mindre när offren är fler).¹⁵³ Kanske något paradoxalt kunde dock mer av ett sådant offerperspektiv leda till att denna typ av ”grupprabatter” kunde införas. Om fokus inte lika mycket skall vara på förövaren, utan i högre grad på offret och vad det har utsatts för (jämför den utveckling som ovan nämnts i fråga om sexualbrotten), så kunde en konsekvens vara att det som offret utsatts för också i högre utsträckning präglar vad förövarna ådöms i form av straffmängd. Även om ”skuld”-komponenten skulle hållas konstant (den finns hos varje person) så kunde det argumenteras för att den skada som varje person åstadkommer bara är en viss del av den totala skadan, och att det därför vore olämpligt att låta den totala straffmängden bli alltför stor (och ju flitigare användning av gärningsmannaskap, desto större straffmängd, är mitt påstående).

Invändningarna är givna: (1) att det för offret givetvis är värre att det är flera förövare än en, samt (2) att en konsekvens av ett sådant synsätt skulle bli att ju flera förövare där finns, desto lägre skulle straffet bli för varje enskild sådan. Skälet till att man vänder sig mot resonemanget på sätt som i (2) är dock snarare ett framåtblickande, politiskt sådant: det kunde leda till att brott i högre utsträckning i stället började begås i grupp. Tänks det hela dock på i termer av straffvärde, enligt BrB 29:1 med dess komponenter skada och skuld, framstår resonemanget inte som omedelbart lätt att avvisa.

Vad har jag velat ha sagt med de senaste utvecklingarna? Jag tycker inte att sådana ”grupprabatter” bör införas. Budskapet kanske mest bara är att om det inte går att uppbringa några andra (och vettiga) sätt att strama upp sakerna på, att få ned repressionsbenägenheten i tillämpningen av medverkansläran, så är i alla fall en möjlighet – enligt min mening den bästa – att ta rollfördelningen mellan flera medverkande *på allvar*. Då kunde de mest flagranta exemplen på multiplicerade gärningsmannaskap, med multiplicerade straff, undvikas. Enligt min mening är sådant ett för stort hänsynstagande till den onda viljan, ett för litet intresse för den ”objektiva” tilldragelsen eller ”gärningen” (av den finns det bara en, även om förövarna råkar vara fler än en), som ger denna typ av resultat. Är man inte villig att acceptera en straffutdömning som exempelvis tar full hänsyn till ”skuld”-elementet, men delar upp ”skade”-relaterade komponenter mellan de

¹⁵³ Där brotten riktar sig mot *samma* offer anses det i och för sig i dag – när det rör sig om sådana brott som faller under BrB 4:4 a – som något försvärande för förövaren.

deltagande förövarna, bör man kanske vara mer benägen att inta en mer nyanserad hållning i själva rubriceringsfrågorna.

Kanske kan utvecklingen i fråga om medverkansfrågor betraktas som ett timglas, smalt på mitten. Om det först (låt oss säga i medeltidens "straffrätt") existerade ett slags tillstånd av "anything goes", med gruppansvar, med ansvar för önskningar (det vill säga extremt "subjektivt"), med ansvar för objektivi orsakande utan subjektiv inställning (det vill säga extremt "objektivt"), kom i stället successivt till existens en bild av den idealtypiska straffrätten, där det som en nödvändig men inte tillräcklig förutsättning måste finnas en gärning, där det som en annan nödvändig men inte tillräcklig förutsättning måste finnas subjektiv täckning för den, där jag uteslutande ansvarar för mitt, där jag ansvarar utifrån förtjänst (negativ retributivism). Vi har dock lämnat denna timglasets midja: återigen vidgas utrymmet för manöver, och vägen tycks kunna leda mot ett successivt återupprättande av "anything goes". Utvecklingen inom såväl medverkansläran som straffrätten i stort pekar mot detta.

7.2 Generellt

Bilden av katedralen kan, också i det förhållandevis begränsade sammanhang som vi här har rört oss – straffrättspolitik – ges flera olika innebörder. Man kan exempelvis vilja att katedralen skall ha visst specifikt utseende. Jag avstår – i vart fall i stort sett – från denna typ av ambitioner. Som en stor byggnad oavsett specifikt utseende, tänkt att kunna finnas till ett tag, behöver den konstrueras – och underhållas, renoveras – på ett sådant sätt att den håller.

En sak som då må lyftas fram är att straffrättssystemet, om det skall liknas vid en katedral eller ett hus, hålls ihop av, skyddas av, komponenter som om vi hade talat med *Sagan om ringen* eller *Harry Potter* kanske snarast hade kallats för magiska. Katedralens förmåga att hålla ihop är inte bara beroende av kvaliteten hos dess stenar, plankor, cement respektive den skicklighet som fanns vid det initiala sammanfogandet. Den hålls också ihop av *tänkande*. Den hålls ihop av ideologier, särskilt om dessa ideologier harmonierar med varandra (eller, där de med nödvändighet inte gör det – ett system utan motsättningar kan inte åstadkommas – i vart fall har klart definierade relationer och motsättningar till varandra). Ideologierna fungerar då som en viktig del av byggnadsverkets magiska kitt, som de formler vilka kontinuerligt måste läsas in i väggarna. Den andra viktiga delen

av det magiska kittet tillbliver, i den bästa av världar, i de personer som vid varje tillfälle är verksamma inom straffrättssystemet. Där måste finnas en någorlunda delad kompass, en undertråd, närvarande i envar i systemet verksam individ, en kompass som ideellt återföds varje morgon och i varje beslut som fattas. Detta förnyar också kraften hos ideologierna. Om denna kraft att binda samman hålls stark kan rätt stora förändringar genomföras i byggnaden utan att för den skull dess existens hotas. Därmed inget sagt om hur den sammanhållande kraften bör se ut, vilka specifika komponenter den bör bestå av. Detta är en annan fråga, som det här inte finns utrymme för att söka besvara.

”Built to last” bör alltså vara målsättningen för katedralen, om än vi vet att ett sådant mål inte kan nås, såvida inte hämsko läggs också på sådana förändringar som behöver genomföras i takt med att samhälle, existensbetingelser och synsätt förändras. Målsättningen *bör* alltså inte heller nås. Detta hindrar dock inte att den bör strävas efter. Detta kräver, som ett minimum, tid, eftertanke och långsiktiga perspektiv i arbetet med straffrätten, inte minst lagstiftningen. Det kräver – om vi explicit vänder oss till det riksdagspolitiska livet – att perspektivet görs längre än (i bästa fall) en fyraårsperiod. Ett konkret sätt att nå ett sådant mål i dag vore införande av längre mandatperioder för riksdagen. Någonstans mellan 15 och 20 år vore i detta hänseende lämpligt. En annan möjlighet vore framväxten av lojalitet och solidaritet över block- och partigränser. Det går att inbilla sig att sådant fanns i vissa tidigare historiska skeden. Kanske var det dock bara så att de straffrättsliga frågorna inte ägnades lika stort (parti)politiskt intresse. En del av de förändringar som genomförts under senare tid är i mina ögon att vilja avlägsna en bärande balk i konstruktionen för att den inte passar med den nyinköpta soffan.

Man kan ha olika uppfattningar om vad det innebär att ha ett ”system”, vad som kan tillåtas i fråga om avvikelser och särlösningar i relation till det, och så vidare (jag har nog en i straffrättsvetenskapliga sammanhang rätt tillåtande syn, benägen att acceptera rätt många konstruktioner av, och rätt många undantag i, katedralen),¹⁵⁴ men vad jag inte gärna vill släppa på rör inte främst *vad* som görs, utan *hur* det görs: med eftertanke, så att alltför kraftigt beskurna fonder undviks, så att det framgår vilka frågor, vilka värden, som berörs av viss föreslagen ändring.

¹⁵⁴ Besläktade teman behandlas i Lernestedt, Dit och tillbaka igen (kommande).

Kanske är liknelsen med en katedral, eller med en byggnad, olämplig och direkt vilseledande i sammanhanget? På flera sätt haltar metaforen. Ett juridiskt systembygge rasar inte ihop på samma påtagliga och direkta sätt som en byggnad: inom straffrätten märks förfallet retroaktivt. Detsamma gäller väl i och för sig för en byggnad: när taket rasar in på oss där vi sitter är det redan för sent. Men i fråga om det juridiska bygget finns en fördröjning på dagar, år, kanske decennier, från det att raset (i någon bemärkelse) sker tills det uppmärksammas.

Som bekant kan ett glas till hälften fyllt, till hälften tomt beskrivas som antingen halvtomt eller halvfullt. Bägge beskrivningar är lika korrekta, men de säger (med de inskränkningar och skillnader som kan följa med variationer i kontext) kanske också något om ambition och inställning hos den som beskriver. I detta ljus bör den retorik betraktas som går ut på att det skall täppas till glappar, luckor, och så vidare. Både det objektivt skadliga (farliga, et cetera) och den onda viljan är tveeggade: beroende på hur de ses på kan de vara "a shield" eller "a sword". Samma gäller, exempelvis, krav på proportionalitet. Allt beror på vad som betraktas som *tillräckliga* respektive *nödvändiga* förutsättningar för ansträngningar i repressiv respektive motsatt riktning. Tillåts jag återigen hårdra och polemisera något – jag tar mig rätten – kunde sakernas tillstånd sägas vara att där vi enligt min mening borde ha (1) heltäckande utredningsarbete och (2) en strävan efter så fragmentarisk kriminalisering (och repression) som möjligt, ser vi i dag en sanktionerad agenda med (1) fragmenterat utredningsarbete och (2) en strävan efter så heltäckande kriminalisering som möjligt.

Ideologierna, som ovan har berörts som det kitt vilket håller ihop byggnaden, står i en nära relation till ett antal nyckelbegrepp (varierande, i viss utsträckning, med ideologi). Dessa nyckelbegrepp kan dock inte själva borge för en vettig straffrätt. Där krävs också mer "allmänna" ideologiska inställningar. En sådan är måttfullhet. En annan är hållbar utveckling, också för den bit av vår miljö som är straffrätt.

MAGNUS ULVÄNG

OM STRAFFRÄTT OCH PRINCIPER

Metaphors do not just embroider language or rational conceptual arguments; they have powerful emotional forces as to action and operate in clusters to structure our thought and understanding of social relationships.

Kevin Stenson

1 INTRODUKTION

1.1 Inledning

Detta är en uppsats som handlar om straffrättssystemet och närmare bestämt om principers betydelse för straffrätten.

Även om det kan förefalla som att mycket av vad som kommer att sägas i det följande inte har direkt eller enbart med straffrätt att göra – utan att det är så allmängiltigt att det kunde gälla för vilket normativt system som helst eller i vart fall för vilken juridisk disciplin som helst – vill jag ändå se det som en straffrättslig undersökning. Detta har främst två förklaringar. För det första så kommer jag genomgående att utgå från ett straffrättssystem (och då främst det svenska). Jag törs inte utlova att mina slutsatser gäller i lika utsträckning på andra områden. För det andra tror jag att det finns få andra juridiska discipliner som är så präglade av principer och ett principiellt tänkande som just straffrätten, varför ämnet lämpar sig väl för diskussion.

Kopplingen mellan straffrätt och principer har delvis sin förklaring i att konsekvenserna av straffrättsanvändningen är så ingripande, och i många avseenden motbjudande, att det har funnits behov att förankra dess verksamhet i vissa grundläggande värden. När man tillämpar ett system, vars enda uppgift är att tillfoga andra människor någon form av lidande, blir det viktigt att systemet bärs upp av skäl som i något avseende går att rättfärdiga samt att skälen är sammanhängande och begripliga. Att bestraffa innebär att man klandrar någon för något, och i många avseenden kan systemet ses som en institutionaliserad form av instrumentell moralisk kommunikation. Detta ställer stora krav på dem som tillämpar systemet. Vikten av att värna principer och att vara principiell i sin hållning återspeglas ofta i att olika regler och principer sätts samman till en sammanhållen "lära" eller en "ideologi". Straffrätten är som bekant fylld av sådana.

Jag kommer, delvis på grund av det sagda, att hävda att principer spelar en helt avgörande roll inom straffrätten och att man helt enkelt inte klarar sig utan dem. Samtidigt tror jag att principernas ställning delvis är ifrågasatt samt att det råder en relativt stor osäkerhet om hur de fungerar och på vilket sätt de är viktiga. Detta motiverar ämnesvalet. Om jag på något sätt kan bidra till att förklara principernas centrala roll, så har jag uppfyllt mitt syfte.

1.2 Om metaforen

Jag skall inledningsvis säga några ord om metaforen som legat till grund för denna bok – *Katedralen*. Ordet katedral kommer från grekiskan *cathedra*, vilket betyder lärostol. Sätillvida utgör termen ingen dålig utgångspunkt för en metaforisk diskussion om straffrättssystemet. Metaforen avslöjad innebär att straffrätten såsom ideologiskt system liknas vid ett byggnadsverk som, liksom andra byggnader, måste såväl konstrueras i enlighet med vissa basala principer som underhållas.

Det är vidare så att det förekommer att katedralliknelser används i olika (straffrättsliga) sammanhang. Ett uttryck som man ibland möter är att *de stora katedralbyggenas tid är förbi* inom straffrättslagstiftningen. Jag hörde detta uttryck första gången vid ett högre seminarium för snart 10 år sedan, där det diskuterades varför två stora utredningsförslag (Straffansvarsutredningens respektive Straffsystemkommitténs betänkanden) inte hade resulterat i annat än mindre partiella reformer. När stora lagstiftningsprojekt på detta sätt liknas vid katedralbyggen, torde det anspela på att reformer med en ambition att på en

högre nivå konstruera en sammanhållen och genomtänkt struktur i sig måste vara storslagna, omfattande eller genomgripande. Vad som utmärkte katedralbyggen framför byggandet av andra kyrkorum, var kanske att storleken och lyxen var större samt att syftet med en katedral på något sätt var högre. Att bygga en katedral är ett dyrt och komplicerat projekt, och man inleder det endast om det finns ett klart behov och tillgängliga resurser. Det sistnämnda finns normalt inte. Ett inom lagstiftningsarbetet parallellt argument som brukar anföras mot stora lagstiftningsprojekt är att de inte kan genomföras enbart på principiella grunder. Det måste finnas "ett reellt behov" av förändring. Motståndet mot att inleda lagstiftningsprojekt på principiella grunder kan möjligtvis skönjas i det faktum att t.ex. Straffansvarsutredningens förslag (SOU 1996:185), med undantag för en redaktionell ändring av BrB 23:2, inte ledde till någon ny lagstiftning, trots att det fanns stor enighet om att de föreslagna ändringarna var angelägna och föredömliga. Förklaringen till att man från lagstiftarens sida avstod från att följa majoriteten av förslagen skulle kunna vara att det med Straffansvarsutredningens förslag *inte* handlade om att i grunden ändra på något. Korrigeringar på principiella grunder är normalt sett inte tillräckligt viktiga. Med den nu anförda retoriken är endast partiella reformer realistiska. Om större reformer är katedraler, får kanske partiella reformer betraktas som nödvändigt underhåll, konservering och måhända smärre tillbyggnader som t.ex. ett gravkor eller liknande.

Mitt syfte är nu inte att här kritisera lagstiftaren för att ha försummat möjligheten att genomföra en rad olika lagförslag. Jag återkommer till detta i avsnitt 3. Så här långt är det främst synsättet eller attityden till förändringar som intresserar mig.

Det är kanske inget fel i att likna vissa lagstiftningsprojekt vid katedralbyggen om man förutsätter att en reform måste utmyнна i helt nya regler, institut eller en helt ny systematik etc., dvs. ett projekt där katedralbygget avser att från grunden bygga ett nytt system på *regel*-nivå. Jag uppfattar katedralliknelsen som att man önskar förmedla budskapet att det (numera) inte finns ambitioner hos lagstiftaren att inleda jättelika lagstiftningsprojekt som spänner över ett stort område. Dylika projekt riskerar nämligen att i sig själva bli katedraler.

Men frågan är om det verkligen är de nya projekten (i form av lagstiftningsreformer) som i första hand bör liknas vid katedralbyggen. Är det inte mer rättvisande att tala om, som jag inledde med, att det är straffsystemet som utgör katedralen? I så fall betyder uttrycket

att katedralbyggenas tid är förbi något helt annat. Straffrättssystemet finns redan; därmed finns också katedralen. En annan sak är att den inte är – och aldrig kommer att bli – färdig. Vi håller fortfarande på att bygga den, likt La Sagrada Familia i Barcelona.

Byggnationen av ett annat kyrkorum i nämnda stad – nämligen dess katedral – är visserligen klar, men färdigställandet tog drygt 600 år. Vårt straffrättssystem är knappt 200 år gammalt. Denna omständighet överensstämmer väl med tanken på att katedralen är straffssystemet som helhet – och inte enskilda lagstiftningsprojekt.

Kontentan blir att katedralmetaforen kan fungera mycket väl för att åskådliggöra hur man konstruerar ett (straff)rättssystem. Såvida man inte avser att nedmontera hela straffrätten som samhällsinstitution och bygga något helt nytt, eller endast underhålla det som en historisk byggnad, bör tanken på ett stort sammanhållet systembyggande inte dödförklaras; istället bör perspektivet ändras. Lagstiftningsarbete, utvecklingen av rättspraxis och rättsvetenskapande bör betraktas som en pågående byggnadsprocess, vilken fortskrider med en vetskap om att ambitionerna för projektet är större än för andra byggnationer. Det vilar definitivt ett större ansvar på den byggherre eller arkitekt som tar sig an en katedral än den som skall uppföra en, om än aldrig så förstorad, friggebod.

Form och innehåll är inte samma sak! Vad som karaktäriserar ett katedralbygge är inte nödvändigtvis att byggnaden uppförs i *en* viss ”stil”. Många katedraler är en salig blandning av olika epokers konststilar och arkitektoniska kunskap (romansk, gotisk, barock etc.). Genom att man trots allt haft en tanke bakom konstruktionen kan den eklektiska kompositionen sammansmälta till en harmonisk enhet. Det har oftast funnits en tanke med varför och hur man blandat olika tanke-gods. Således kan en katedral variera i stil och form, blanda influenser av olika epoker och ha delar som representerar olika funktioner. Vad som gör att vi kan uppskatta den i efterhand är att helheten utgör en tillräckligt harmonisk enhet.

Mycket av vad som nu har sagts gäller också för strafflagstiftning och konstruktioner av olika straffrättsliga läror eller principer. Inte heller dessa är skapade vid ett och samma tillfälle. Istället finns det normalt inslag från olika epokers tanke-gods i konstruktionen. Vad som gör att vi kan säga att det fortfarande är ”en lära”, eller ”ett system” är att de olika fragmenten tillsammans bildar en sammanhängande helhet.

Det är snarast på detta holistiska vis jag skulle vilja betrakta ett katedralbygge. Ett sådant perspektiv stämmer dessutom betydligt bättre överens med hur "riktiga" katedraler en gång i tiden faktiskt byggdes. De byggdes definitivt inte i ett svep under ledning av en och samma arkitekt. Istället var det fråga om en lång och kontinuerligt pågående byggnadsprocess, som kunde pågå i århundraden. Ritningar – i den utsträckning sådana överhuvudtaget fanns – kunde ändras, moderniseras och olika stilar kunde förenas till en enhet. Men för varje del som tillkom färdigställdes byggnaden ytterligare.

Form och innehåll är inte samma sak!! Estetik och teknik går inte alltid hand i hand. Det kostar pengar att bygga katedraler, varför man ibland får kompromissa om byggnadsmaterial, luxuösa ornament och utsmyckningar i övrigt. Vad man emellertid aldrig kan kompromissa om är katedralens grundkonstruktion: hållfasthet, bärkraft och tillräckligt bra byggmaterial. Precis som vid en större byggnad, kan tryck komma utifrån och inifrån. En för tung överbyggnad, kan få väggar att rämna. För hård eller kall väderlek, kan sätta sina avtryck på både väggar och tak. En dålig grund kan leda till röta, som till slut kan äta upp en byggnad inifrån.

Om vi fortsätter att utveckla och överföra katedralmetaforen till juridiken, och närmare bestämt till straffrätten, så symboliserar katedralen helt enkelt ett system eller en lära (t.ex. straffrätten som helhet eller endast en del av denna som påföljdssystemet eller straffrättens allmänna del etc.). Ett system eller en lära skall på samma sätt som en kyrklig katedral innehålla en rad beståndsdelar. Straffrättens kor, valv, mittskepp, torn och krypta består i de olika delarna som läran består, t.ex. bestämmelser om straffmätning eller påföljdsväl, verkställighetsformer, medverkansläran, ett uppsåtsbegrepp, bestämmelser om tillräknelighet eller rättfärdigande omständigheter. Hur dessa sätts samman är upp till arkitekten att bestämma. Varje enskild bestämmelse kan sägas utgöra de elementära beståndsdelarna i katedralen. Om man så vill kan man se lagar och enskilda bestämmelser som tegelstenar som travas på varandra; tillsammans kan de bilda en vägg eller ett valv. Sedda var för sig är det dock bara byggnadsmaterial.

Vilken beståndsdel symboliserar då *principerna* i katedralliknelsen? Även om svaret inte är givet, vill jag – något tautologiskt – hävda att de utgörs av de principer och 'naturlagar' som bestämmer om en konstruktion är stabil, bärkraftig, motsvarar kraven på hållfasthet, uthållighet och klarar av trycket såväl utifrån som inifrån. Huruvida en straffrättskonstruktion är bärkraftig eller inte är i sin helhet

avhängigt om den hålls samman av principer. Principerna utgör kittet som håller olika beståndsdelar samman i en given (eller föregiven) form. Redan här har vi en delförklaring till att principer uppfattas som något vagt eller osynligt. Man kan normalt inte se hållfasthet, bärkraft eller innanmätet i en kyrkobyggnad. Det man inte kan se med blotta ögat får vissa att tro att det inte finns, eller att det är något metafysiskt. Det som inte syns på ytan är oftast viktigast. En katedral består inte av tegelsten, utan av sådana lagda enligt ett visst mönster. Betänk t.ex. hur man konstruerar ett valv eller en vägg; vem som helst kan stapla tegelstenar på varandra men det blir därmed inte något som kommer att stå av sig själv. Förr eller senare rasar stenarna om de inte hålls samman av något. Detta något är helt grundläggande för alla system, och principer är något grundläggande också för straffrättssystemet. Jag skall ägna resterande delen av denna uppsats till att försöka förklara varför jag tror att så är fallet.

Så här långt har vi sammanfattningsvis följande liknelse: av små bitar bestående i enskilda straffrättsbestämmelser kan man med hjälp av principer skapa ett system ("katedralen"), vilket symboliserar en lära. Med en sådan utgångspunkt är katedralbyggenas tid ingalunda förbi. Tvärtom; arbetet pågår kontinuerligt. Genom ett ständigt konstruerande och rekonstruerade av rätten, pågår en oförtruten verksamhet med att förbättra byggnationen. Att dödförklara straffrättsreformer på detta sätt säger mer om den som har ansvaret för slutprodukten än själva produkten i sig.

1.3 Om dikotomier och kunskap

Vid alla former av kunskapsinhämtande är det vanligt att man utgår från olika distinktioner, vilka hjälper oss att systematisera och samordna olika företeelser som är föremål för en undersökning. Genom att söka efter omständigheter som – utifrån någon måttstock – förenar mer eller mindre skilda företeelser, kan man skapa kriterier för en viss entitet och dessutom sätta ett namn på dem. Utifrån tolkning blir det därefter möjligt att inordna liknande förhållanden och avskilja sådana som på ett eller annat (relevant) sätt skiljer sig från det betecknade. Kännedom om begrepp och definitioner anses normalt utgöra ramen för den förförståelse som behövs för att kunna tolka något och därigenom erhålla kunskap.

De abstrakta system som karaktäriserar bl.a. juridiken utmärker sig särskilt genom att använda olika former av distinktioner och

däribland ofta dikotomier. Utifrån olika juridiskt specifika begrepp, rekvisit och definitioner, bestäms vad som kan inordnas under en definition respektive vad som är annorlunda, och således bör avskiljas. Ofta beskrivs tolkning och argumentation som en logisk deduktiv metod, där syllogismen tjänar som modell för att avgöra om något kan inordnas under en norm eller inte. Det finns anledning att ställa sig frågande till om detta är en god beskrivning. Normalt används syllogismer och deduktiva metoder för att i efterhand rättfärdiga ett beslut att inordna eller avskilja något under en definition.

Oavsett vilket, så har definitioner och uppställandet av dikotomier en avgörande betydelse för vår förståelse av olika saker som vi undersöker. Vi inhämtar kunskap om olika fenomen genom att jämföra dem med våra redan existerande konceptioner av "verkligheten". Det står därför klart att vår förförståelse på ett visst område styr vår tolkning. För den som skall lära sig något är dikotomier värdefulla, i vissa fall rentav nödvändiga. Tänk på ett barn som skall lära sig att skilja mellan olika företeelser, t.ex. människa/djur, hund/katt, kallt/varmt, svart/vitt etc. För att kunna börja sortera mellan olika konkreta fall som man vill subsumera under olika definitioner, måste man ofta uppställa typiserade fall och beskriva dem som – i något avseende – skilda från en annan företeelse.¹

Våra språkliga konstruktioner (begrepp, definitioner, beteckningar o.dyl.) kommer att utgöra måttstock och instrument för vår kunskapsinhämtning, varför kunskap på detta vis helt är avhängig dessa konstruktioner. Våra formuleringar av begrepp, definitioner, kriterier och – inte minst – uppställandet av dikotomier styr oss på detta sätt i vår varseblivning. Slutsatsen blir att det därför inte finnas någon egentlig kunskap eller någon verklighet utanför vårt språk. Denna ståndpunkt är inte på något sätt ny; likväl är jag inte helt säker på att den är vedertagen. Jag tar den dock för given i det följande.

Om nu olika definitioner och dikotomier styr vår tolkning av omgivningen, och utgör grunden för kunskapsinhämtning, står det klart att det är av avgörande betydelse att de anger kriterier som på ett adekvat sätt inordnar respektive avskiljer saker som fungerar som jämförelseobjekt. Om det finns problem med en dikotomi, så kom-

¹ Waismann visar att det finns en skillnad mellan att lära sig något utifrån t.ex. en regel och att tillämpa regeln. Trots att gränsen mellan övning och tillämpning i allra högsta grad är flytande, så visar det att regler och andra normer kan ha dels en vägledande funktion, dels en rättfärdigande funktion, se närmare Waismann 1965 kapitel 8 (se särskilt s. 132 och 137 f.).

mer motsvarande problem att uppstå i vår förförståelse och vår efterföljande kunskap. För den som ägnar sig åt vetenskap (i någon form) kan dikotomier därför vara vilseledande och (i vissa fall) kontraproduktiva. De skapar en bild av ett motsatsförhållande där ett sådant kanske inte finns. De kan låsa tanken vid att det endast finns "ett" korrekt svar: X är antingen A eller B – det finns inget mittemellan. Alla som har sorterat mellan olika företeelser upptäcker efter hand att det finns gränsfall och oklara fall som inte går att hantera med enkel subsumtion, begreppsbildning eller systematik. Tolkning hjälper oss att fatta beslut; den undanröjer dock aldrig helt oklarheten.

Juridiken och filosofin är fyllda av distinktioner och dikotomier (fakta/värde, handling/underlåtenhet, objektivt/subjektivt, effekt/beteende etc.). Ibland uppstår så många behov av undantag och "mellanlösningar" att en dikotomi ifrågasätts och till slut kanske upphävs. Den tjänar inte (längre) något syfte, den var felformulerad, den leder tanken fel (och leder frågeställaren till att ställa fel frågor) etc. etc. Jag tror att dikotomin mellan regler och principer i vissa avseenden är en sådan distinktion, vilken har haft negativa konsekvenser för rättsvetenskapen. Det har tagits för givet att regler skiljer sig från principer på ett avgörande sätt, varför de skall hållas strikt åtskilda. Regler har uppfattas som viktiga och outhärliga medan principer är något "vid sidan av" som inte är lika viktigt. Jag kommer att ägna en del av denna uppsats till att försöka visa att detta är en felaktig och farlig utgångspunkt.

1.4 Om regler och principer

1.4.1 Några utgångspunkter

Jag avslutade förra avsnittet med att påstå att det kan vara missledande att använda sig av en dikotomi mellan regler och principer. Samtidigt har jag i katedralmetaforen gjort gällande att det finns en skillnad dem emellan genom att de fyller olika funktioner. I detta avsnitt skall jag säga något om hur jag ser på principers och reglers funktion i ett rättssystem.

Regler finns på ett nästintill oändligt antal områden – de förekommer i många olika skepnader och de fyller många funktioner. Betänkspelregler, sociala regler, grammatiska regler, naturvetenskapliga regler, etikettsregler etc. etc. Detta är inte platsen att närmare diskutera alla tänkbara funktioner som regler kan ha eller vilka taxonomier som

kan skapas genom att inventera olika typer av regler. Däremot kan det vara av intresse att försöka beskriva vad vi menar att en regel är, och då närmare bestämt en rättsregel. Jag erinrar om syftet med uppsatsen: att undersöka hur principer fungerar i ett normativt system. Men jag väljer alltså ändå att börja i den andra änden – hos den förmodade motsatsen: *regler*.

I Ronald Dworkins texter finns starkt stöd för att regler skiljer sig från principer på ett avgörande – t.o.m. logiskt – vis.² Principer (och även standarder/policies³) är sådana standarder som endast ger en riktning för argumentationen, men där utgången/lösningen aldrig är given. Istället handlar det om att vikta skäl, vilket ger principer en dimension av vikt.⁴ Konflikter mellan olika principer (eller standarder) är tillåtna.

I Dworkins skepnad ges regler – till skillnad från principer – en mycket absolut karaktär. De har en ”allt-eller-inget”-karaktär; det finns inget mellanläge mellan att följa regeln och att avstå från att följa regeln. Om regeln är gällande, så dikterar den enligt Dworkin ett resultat.⁵ Även andra författare har anslutit sig till denna beskrivning. Sundby anför t.ex. att regler *determinerar* lösningen på en normativ fråga,⁶ och Frände ansluter sig till Alexys kvalificering av regler utifrån normens *definitivitet*.⁷ En i viss mån besläktad uppfattning möter vi hos bl.a. Jareborg, som anger att man från pliktregler (och permissiva regler) inte kan göra undantag utan att samtidigt ändra regelns innehåll. En tumregel har emellertid inte denna absoluta karaktär utan tillåter undantag utan att regeln därmed kompletteras eller ändras.⁸

² Dworkin 1977 s. 45.

³ Gränsdragningen mellan policies och principer är allt annat än klar. Den förra avser särskilda standarder som relaterar till ett framtida politiskt, ekonomiskt eller socialt mål eller värde. Principer däremot är standarder som fungerar som, och interagerar med, andra (mer dogmatiska regler) men där utgången inte är dikterad av principen. Se och jfr Dworkin 1977 s. 43 ff., Dworkin 1977a s. 22 ff. och Dworkin 1998 s. 221 ff. Ett grundläggande problem med Dworkins särskiljande mellan principer och standarder är att han vill förbehålla principer en koppling till moralen därför att det är dessa som definierar och skyddar individuella rättigheter. Varför skulle inte även en standard kunna göra detta om de är baserade på moraliska principer? Se och jfr McCormick 1978 s. 263.

⁴ Dworkin 1977 s. 47.

⁵ Dworkin 1977a s. 22 ff.

⁶ Sundby 1974 s. 197.

⁷ Frände 1989 s. 50 och Alexy 1985 s. 76.

⁸ Jareborg 2003 s. 142. Likheterna i Jareborgs och Dworkins synsätt skall dock inte överdrivas.

Så långt har vi endast en utgångspunkt för en skillnad mellan regler och principer.⁹ Ännu är inget sagt om vad en regel (eller en princip) "är".

För att undvika missförstånd skall omedelbart klargöras att normativa konstruktioner som regler och principer inte "är" något annat än språkliga konstruktioner som vi använder oss av för att beskriva något. Detta utesluter givetvis inte att vi kan utgå från en idé om vad en regel är – vad vi menar med en regel – och studera dess funktioner i olika sammanhang. Det redan påpekade förhållandet att det förekommer olika slags regler (och principer) gör emellertid att resultaten av en undersökning av de olika funktionerna kan variera mycket beroende på vilka regler vi väljer som utgångspunkt och i vilken kontext de studeras. Möjligheten att sammanfatta, jämföra och kritisera de framförda åsikterna på det nu diskuterade området försvåras av att *olika* författare talar om *olika* typer av principer på *olika* områden.

Flera samtida författare har i sina beskrivningar av regler och principer utgått från Georg Henrik von Wrights normkonception, där vissa nödvändiga beståndsdelar för en regel ges namn och innehåll. För att en sådan grundstruktur skall fungera, och duga till att beskriva olika reglers eller normativa språkhandlingars funktioner, måste den vara tillräckligt öppen och elastisk och därmed tillåta att man ändrar på olika moment utan att man upphör att fånga essensen av en normativ regel.¹⁰

Enligt von Wright utgår en regel normalt alltid från en kärna (*norm-kernel*), vilket är den logiska struktur som förenar alla (i vart fall preskriptiva) regler, och han identifierar därefter sex olika komponenter hos regler. Utgångspunkten är en "om, så"-sats; "Om"-satsen anger villkoren för regelns tillämpning (*the conditions of applications*) och i "så"-satsen det föreskrivna handlandet (*the norm act*).¹¹

Utöver det beskrivna handlingsmönstret (normen), så innehåller en regel en *adressat* (eller agent eller normsobjekt), ett *område* på vilket normen är tillämplig samt en *modal term* (eller deontisk operator), genom vilken normen ges. Normen i form av ett i förväg upp-

⁹ Jag bortser i detta avsnitt från Dworkins påstående att man utifrån ett rättspositivistiskt synsätt inte kan identifiera rättsliga principer, i vart fall inte med hjälp av en igenkänningsregel eller såsom institutionella fakta. Till detta återkommer jag i kapitel 2.

¹⁰ Gottlieb 1968 s. 40.

¹¹ Se von Wright 1963 s. 70 ff. Motsvarande analysmönster har använts av flera författare, se bl.a. Ross 1968 s. 107, Sundby 1974 s. 55, Raz 1975 s. 50, Twining & Meiers 1999 s. 132 ff. och Jareborg 2003 s. 141 ff. Se även MacCormick 2007 s. 24–29.

ställt handlingsmönster blir en regel genom att den förses med en deontisk operator i form av "skall", "kan" eller "bör" (alternativt formulerad i negerad form: "icke-skall", "icke-får", "icke-kan" etc.). Eftersom vi endast befattar oss med mänskligt handlande ser vi hur beskrivningar av det normativa skiljer sig från andra betraktelser av regelbundenheter.¹² Mänskligt handlande betraktas alltid utifrån en viss synvinkel och handlar alltid om skäl.¹³ Normativiteten hänför sig till det nödvändiga i att företa en värdering av de goda skäl som finns för att tillämpa regeln och handla i enlighet med ett föreskrivet handlingsmönster. Den modala termen anger den relativa styrkan av skälen för att följa det angivna handlingsmönstret. Att man "skall" göra något (X) innebär att det *a priori* finns mycket starka skäl att följa handlingsmönstret. Såvida det inte finns ett undantag, så måste man välja mellan att följa regeln, alternativt modifiera regeln eller avstå från att tillämpa den (med de konsekvenser detta får). Sett ur detta perspektiv tycks Dworkin ha en poäng i sin distinktion.

Att man "bör" göra X, betyder ungefär detsamma som att "det finns goda skäl att göra X om man vill uppnå Y".¹⁴ Y representerar här syftet eller målet med att uppställa handlingsmönstret. En rättsregel uttrycker följaktligen en utsaga om vad man bör göra och utgör således en utsaga om vad det finns skäl att göra. Varför man bör handla på ett visst angivet sätt styrs av olika skäl, och dessa kan givetvis vara olika starka.¹⁵

Denna generella beskrivning av vad som utgör en regel är mycket bred och kommer följaktligen att träffa en rad olika typer av regler. Vad som redan här är viktigt att understryka är att när jag talar om 'regler', så skall inte detta endast förstås som kodifierade eller skrivna regler (t.ex. lagregler i form av ett straffbud, ordningsföreskrifter o.dyl). Regler finns överallt, och även rättsliga regler kan vara okodifierade. Man bör således skilja mellan vad som utgör "regeln" och dess språkliga form.¹⁶

¹² Se även Raz 1970 s. 168 ff.

¹³ Wäismann 1965 s. 135.

¹⁴ Se bl.a. Jareborg 2003 s. 142 och Raz 1975 s. 28 f. Som Raz framhåller finns utrymme för att säga att "bör" är logiskt likvärdigt med "det finns skäl att", men att detta inte innebär att dessa uttryck är synonyma. Skillnaden visar sig dock på ett annat plan än det som är relevant för en analys av normer och argumentation. Se närmare Raz 1975 s. 28 ff.

¹⁵ Raz 1975 s. 25 ff.

¹⁶ Twining & Meiers 1999 s. 132.

Regler har vidare olika karaktär. Det finns en mycket stor mängd av olika indelningar av regler gjorda av olika författare. Regler kan t.ex. klassificeras som pliktregler, permissiva regler, förhållningsregler, kompetensregler, kvalifikationsregler, klassifikationsregler, definitoriska regler etc. etc. Men även regler av ett och samma slag kan indelas i olika grupper: t.ex. kategoriska eller villkorade (betingade). I vissa fall fungerar regeln endast som en riktlinje, varvid den får karaktären av en tumregel.¹⁷ I denna vida bemärkelse kommer regler att omfatta inte endast regler i Dworkins kategoriska "antingen-eller"-form (*rules*), utan även mer öppna regler såsom principer, tumregler etc. Dworkins analys utgår således från en betydligt snävare definition av vad som är en regel, och man skulle möjligtvis kunna säga att den endast är förenlig med sådana normer där den modala termen utgörs av "skall" eller "får". Böra-regler tillhör den andra sidan av dikotomin – *principerna*.

Oavsett om man accepterar Dworkins karaktärisering av regler och principer eller inte, kan man hos flera författare, men även andra aktörer, skönja en något skeptisk inställning till principer. De uppfattas som vaga, diffusa och kanske opålitliga. H. L. A. Hart anger t.ex. att principer är "broad, general and unspecific".¹⁸ Eftersom de inte är bestämmande i bemärkelsen att de dikterar hur en fråga skall besvaras, samtidigt som man inte behöver beröva principen dess giltighet genom att inte följa dem i konkret beslutsfattande, framstår de som oviktiga eller i vart fall mindre viktiga.

Termerna "princip" och "principiell" har en delvis dubbel innebörd. Jag har hittills utgått från att principer är ett slags regler som fyller en viktig funktion inom ett givet system. Att åberopa principer och att vara principiell kan emellertid ha smått negativa konnotationer. Använda på detta sätt tror jag att många – inte minst inom politiken – uppfattar att det kan vara delvis problematiskt med en hållning där man "är principiell" eller att man "håller på princip-saker". Betänk t.ex. utsagor som "jag har gjort det till en principalsak att inte handla på Ica" eller "av principiella skäl kan jag inte gå med på detta". Att liknande uttryck kan ha negativa konnotationer kan möjligen förklaras av att en principiell hållning låser möjligheten att vara flexibel, anpassningsbar eller pragmatisk, vilket framstår som smått

¹⁷ Twining & Meiers 1999 s. 124.

¹⁸ Hart 1997 s. 260.

motsägelsefullt mot bakgrund av att principer anses utmärkas av sin viktdimension och att det alltid är möjligt att låta principen få vika för en annan regel eller princip. Om termer som "principfast" eller "principiell" ibland har negativa konnotationer måste det ha något att göra med att efterlevandet av principer förutsätter att man måste beakta det grundläggande hos något (ett institut, en reglering etc.), och därmed begränsas möjligheterna att kompromissa. Kompromisser utgör emellertid ofta en realitet inom politisk rationalitet, medan principfasthet och principiella ställningstaganden är grundläggande för rättsvetenskaplig rationalitet.

Många tycker säkert att det dessutom finns för många principer.¹⁹ Principer ses ibland som något som "hotar" ett rättssystem. Förmodligen bygger det på att principer – till skillnad från regler – inte har den ovan diskuterade absoluta karaktären. Denna egenskap innebär att tyngdpunkten inom det rättsområde som man undersöker förskjuts från analytisk subsumtion till argumentation. I andra fall anses principer vara innehållslösa. Vissa författare anser således att distinktionen mellan regler och principer görs utifrån begreppsparet *specifikt/vagt*.²⁰ Detta är i så fall något helt annat än att vad som skiljer regler och principer är dess *specifika* respektive *generella* karaktär.

Man kan tänka sig att principbegreppet ibland används endast som ett honnörssord eller en etikettering på ett förhållande som inte i sig motiverar några skäl eller en slutsats, utan endast syftar till att retoriskt förstärka kraften i en åsikt.

Jag tror att mycket av oenigheten beror på just det faktum att man inte riktigt är överens om vad en princip är eller vilken/vilka funktion(er) de(n) har samt vad som "egentligen" skiljer regler från principer.²¹ Till viss del kan det kanske vara sant att principer är vaga eller oprecisa, men jag tror att karaktäriseringar av detta slag ofta följer av att vi i vårt vardagsspråk använder termen princip, principiell etc. på två olika – men besläktade – sätt. I det ena fallet menar vi att en princip – eller något principiellt – är liktydligt med en uppskattning, tendensbeskrivning eller ett förhandsbesked. Det handlar om något

¹⁹ Se parentetiskt Lindbloms givande beskrivning av processrättens 13 grundprinciper, vilket illustrerar att många internrättsliga principer ofta korsar varandra eller utgör olika metaprinciper till andra principer. Totalt sett får man en myriad av principer, och det kan ifrågasättas hur de bidrar till att skapa överskådlighet. Lindblom 2000 kap. 7.

²⁰ Se t.ex. Braithwaite 2002 s. 47 och 78.

²¹ Angående olika innebörder hos termen princip samt hur dessa används inom juridiken, se bl.a. Goff 1983 s. 169. Se även Halpin 2004 s. 6.

ungefärligt, preliminärt eller inexakt. Om man på frågan "har jag rätt?" svarar "ja, i princip", så har man egentligen sagt att någon har ungefärligen rätt, men att det finns möjlighet att göra preciseringar, närmare bestämmningar eller förtydliganden etc. Man har således hittat det grundläggande för ett visst mönster, men man anger inget exakt eller specifikt med en utsaga som är principiellt sann. I andra fall används principer på ett annat sätt, vilket antyder att det har något att göra med något överordnat eller förklarande.²² Det principiella ligger i att man hänvisar eller relaterar till ett visst syfte, mål eller värde.²³ I en sådan tappning ges en princip en mer kategorisk betydelse, och den behöver på inget sätt vara (semantiskt) oprecis eller inexakt.

Robert Goff har ur ett angloamerikanskt perspektiv ställt upp fyra olika betydelser av begreppet principer inom juridiken. En princip kan användas i betydelsen

- (i) vaga formuler för generell tillämpning i konkreta fall, men där budskapet inte är konklusivt eller universellt för beslutsfattaren,
- (ii) underliggande rättfärdigande skäl för att handla på visst sätt,
- (iii) uttryck för underliggande värden,
- (iv) ett brett syntetiserande begrepp.²⁴

Det tycks således vara alldeles uppenbart att det finns olika typer av principer och förmodligen kan man utgå från att de kan ha olika funktioner inom ett system. Detta borde inte begränsa oss från att

²² Se även Halpin som uppmärksammar att uttrycket "in principle" kan åsyfta antingen en semantisk vaghet eller något överordnat som styr utgången av en argumentation. Halpin 2004 s. 6.

²³ Hart anger att principer i större eller mindre utsträckning relaterar till något "purpose, goal, entitlement, or value" som ur någon synvinkel anses eftersträvarvärt, se Hart 1997 s. 260. Jfr dock Raz som tycks vilja uppställa en skillnad mellan normativa principer och värdeprinciper. Jag kan för egen del inte se någon avgörande skillnad dessa emellan, annat än att beträffande värdeprinciper så kommer skälen för varför man bör följa den uppställda normen att stanna vid att det utpekade värdet är önskvärt att beakta (av t.ex. moraliska, etiska eller politiska skäl). Varför detta värde är eftersträvarvärt är en annan fråga. Förmodligen bygger Razz ståndpunkt på att han vill göra en uppdelning mellan å ena sidan *värdeteorier* som behandlar frågan om vilka värden som är goda och värdefulla samt vilka värden som är bättre än andra, och å andra sidan *normativa teorier* som avser att besvara frågan vad man bör göra eller hur man bör handla. Se närmare Raz 1975 s. 31 och 49.

²⁴ Goff 1983. Se även MacCormick 1978 kap. 7.

närmare undersöka vad som utmärker en princip samt om det finns något gemensamt för principer som kan hjälpa oss att förstå hur de fungerar.

1.4.2 *Behöver regler vara mer absoluta än principer?*

Dworkins tes att det finns en logisk skillnad mellan regler och principer bygger på den ovan påvisade skillnaden i styrkan av skälen att följa normens föreskrivna handlingsmönster. Frågan nu är om detta verkligen är en tillräcklig och rättvisande beskrivning. Jag tror att det finns vissa skäl att tro att beskrivningen är otillräcklig och i viss mån missvisande. Den bygger nämligen på att man tänker sig en viss typ av regler, vilka kontrasteras mot en viss typ av principer.

En regel (*rule*) i Dworkins beskrivning är i grundformen alltid klar och tydlig, ja t.o.m. entydig. Tillämpning är endast en fråga om att acceptera skälen eller avstå från detta. Men så snart man börjar undersöka regler i denna snäva bemärkelse finner man att sådana regler är tämligen sällsynta. Huruvida en rättsregel verkligen har en "allt-eller-inget"-karaktär beror på en rad olika omständigheter, vars betydelse måste differentieras. Det beror på faktorer som hur precis "om"-satsen i handlingsmönstret är, hur starka skälen för att följa handlingsmönstret är, hur preciserad den preskriptiva "så"-satsen är, vilka villkor som finns knutna till regeln, i vilken utsträckning det – i den givna kontexten – är möjligt att göra undantag från att följa regeln (genom att modifiera regeln eller att acceptera reduktionsslut) etc. etc.

Ett problem med beskrivningen av regler som determinerande eller bestämmande är att det förmörkar principernas betydelse för hur regeln tillämpas. Dworkins analys sätter fingret på att principer spelar en viktig roll i juridiskt beslutsfattande. Utifrån rättsfallet *Riggs v. Palmer* visar han att skenbart enkla fall inte alltid löses utifrån en sofistikerad positivistisk regelanvändning. Principer måste anses utgöra en (lika viktig) del av rättstillämpningen, varför de bör sidordnas med rättsregler (i hans definition).²⁵ Detta är helt okontroversiellt om man utgår från att principer är en form av rättsregler som utgör del av gällande rätt och som kan identifieras inom ett rättssystem.²⁶

Dworkins införande av principer i den rättssteoretiska diskussionen om hur juridiska normsystem fungerar och hur juridiskt beslutsfat-

²⁵ Dworkin 1977 s. 50 ff. och densamme 1977a s. 23.

²⁶ Se även Halpin 2004 s. 20.

tande går till, utgjorde *ett* mycket viktigt förtydligande. Om han med detta endast avser att säga att principer är en immanent del av rättsliga regler och att principer bidrar till att rättfärdiga en regel (i snäv bemärkelse) samt att ge domare vägledning – genom att t.ex. använda den mest välgrundade rättsteorin – så innebär detta bara att han uppställer ett krav på rationalitet och koherens inom ett visst normativt system. Mot detta har jag inget att invända.

Men man kan däremot med fog fråga sig om det är rättvisande eller ändamålsenligt att därvid utgå från en så snäv uppfattning av vad som utgör en regel (*rule*) bara för att kontrastera denna med mycket vaga, generaliserande rättsgrundsatser (med stark moralisk laddning) som t.ex. ”att ingen skall skörda vinning av sin egen orättshandling” (*principle*). Frågan är om man inte skulle komma längre genom att upplösa detta motsatsförhållande genom att jämföra regler i en vidare bemärkelse med sådana böra-regler som jag ovan kallat juridiska principer.²⁷

MacCormick gör en liknande observation när han särskiljer olika slags styrka hos skälen att följa en skall-norm inom praktisk argumentation. Han skiljer mellan regler med en *absolut*, *strikt* och *diskretionär* tillämpningsföreskrift.²⁸ Om man har en regel enligt mönstret ”Om X, så *skall* Y”, kan regeln föreskriva en absolut tillämplighet. Så snart villkoren i regelns försats är uppfyllda, skall eftersatsen tillämpas. Han exemplifierar sådana absoluta regler med t.ex. matematiska regler eller spelreglerna för schack.²⁹ Detta är något annorlunda från en strikt tillämplighet, där de värden som följer av normen måste beaktas när man tillämpar normen. Om det av en regel följer att syftet med regeln är att åstadkomma något eller respektera ett värde, och en strikt tolkning och tillämpning av regeln skulle innebära att det i en konkret situation där villkoren är uppfyllda uppstår en värderingsmässig konflikt på grund av att syftet inte uppfylls – eller t.o.m. motverkas – finns det viss diskretion för beslutsfattaren att göra avsteg

²⁷ Det tjänar Dworkins syfte att uppställa ett motsatsförhållande mellan regler och principer, eftersom det innebär ett slags argument mot (hans tolkning av) rättspositivismen, varvid diskussionen kommer att handla om hur man identifierar olika typer av normer.

²⁸ Se MacCormick 2007 s. 26 ff.

²⁹ Se MacCormick 2007 s. 26. Både regler med en absolut och strikt tillämplighet motsvarar vad Raz kallar *exclusionary reasons*, se Raz 1975 s. 40 ff. (numera kallar Raz dessa skäl *protected reasons*, se andra upplagan 1990 s. 193 ff.). Jag tror personligen inte att denna typ av absoluta eller strikta regler (som t.ex. inom matematik eller schack) utesluter att t.ex. reglerna kan ändras, men det förutsätter att det finns goda skäl. Se även Waismann 1965 s. 140.

från regeln trots att villkorssatsen egentligen är uppfylld. Man kan sålunda skilja mellan lagens bokstav och lagens mening.³⁰

Till sist kan man från dessa grader av definitivitet urskilja regler där beslutsfattaren egentligen endast åläggs att beakta en rad olika faktorer som anses vara relevanta för hur regeln skall tillämpas. Det är den enskilde beslutsfattarens prerogativ att vikta skälen för och emot att tillämpa regeln. Såvida inga omständigheter med någon särskild styrka talar för den ena eller andra lösningen, så kan man använda regelns existens för att fatta ett beslut i enlighet med regeln.³¹

I samtliga nu nämnda fall är graden av bundenhet att följa regeln olika, och det visar sig att man kan följa en regel av olika skäl. Vad som avgör huruvida – och i vilken utsträckning – som en beslutsfattare är skyldig att följa regeln beror inte på regelns form eller övriga innehåll, utan istället på hur fri beslutsfattaren är att fatta egna beslut. Detta bestäms i sin tur av sekundära regler som ges av den som utfärdat regeln. Poängen med det ovan sagda är att visa att det inte är regeln i sig som ger den en viss rad av definitivitet; det hela är istället avhängigt om – och i så fall i vilken utsträckning som – den som utfärdat regeln möjliggjort för den enskilde beslutsfattaren att skapa undantag och tolka regeln. Även med MacCormicks beskrivning når man slutsatsen att den logiska skillnaden mellan regler (i strikt mening) och böra-regler som t.ex. principer är artificiell. Det finns sålunda anledning att fråga sig om den dogmatiska uppdelningen som finns mellan regler och principer är rättvisande och ändamålsenlig.

Bara för att man accepterar att principer ingår i gällande rätt behöver man inte vara extrem regelskeptiker (i betydelsen att "anything goes" när man låter olika skäl påverka hur vi tillämpar regler). Den relevanta frågan måste vara hur principerna ges ett innehåll (formuleras) och hur de fungerar i juridisk argumentation. Personligen tror jag inte att det intressanta är hur regler kan separeras från andra normer som t.ex. principer, utan hur respektive regelform fungerar när man löser problem. Här tror jag att det är för förenklat att försöka utgå från att regeltillämpning handlar om en "antingen-eller"-fråga medan principanvändning handlar om att vikta skäl. Det är inte möjligt att ge regeln karaktären av att vara determinerande utan att först ha löst frågorna om dels hur regeln skall förstås, dels hur det fall på vilket regeln skall tillämpas skall beskrivas. Om man har regeln X,

³⁰ MacCormick 2007 s. 27.

³¹ MacCormick 2007 s. 27.

och skall tillämpa detta på fallet Y, så måste man – för att kunna säga att regeln bestämmer utgången av lösningen – ha konstaterat vad regeln X betyder samt konstaterat att fallet Y går att subsumera under regelns försats. Men inga regler är sådana att det endast finns ett sätt att förstå dem. En straffbestämmelse må förefalla exakt och precis i sin formulering (t.ex. "döm den som *berövat annan livet* för mord till ... fängelse"), men detta är egentligen endast skenbart; vad betyder t.ex. "beröva annan livet"? Alla former av orsakanden av olika följer (som exempelvis död) innebär inte att vi utdömer fängelse. Principer som konformitetsprincipen anger att vi endast anser att regeln skall tillämpas om det är fråga om ett orsakande som kan tillskrivas gärningsmannen. Begrepp som gärningsculpa eller adekvans hjälper oss att avskilja orsakanden som gärningsmannen *bör* ansvara för från sådana som man inte bör ansvara för. Inte sällan används i lagtext och domskäl lokutioner som "orsakat *genom*" eller "på ett *relevant* sätt orsakat" för att beskriva vilka former av orsakanden som bör inordnas under regeln och vilka som bör avskiljas. Härigenom är vi tillbaka till kärnan i problemet, nämligen att regler måste tolkas för att kunna tillämpas, och denna tolkningsoperation är intimt knuten till användandet av principer.

För att kunna avgöra hur en regel skall tolkas, så behöver vi (andra) principer, varför regelns innehåll inte kan beskrivas så enkelt som att den determinerar utgången eller att den har en "allt-eller-ingen"-karaktär. Härigenom upplöses den logiska skillnad som påstås finnas mellan regler och t.ex. principer. Om man skall särskilja regler från andra normer på grund av deras definitivitet (absoluta karaktär etc.), så måste man förutsätta att tolkningsproblemen redan är lösta.

Vidare: Även om vi accepterar att regler går att beskriva som sådana normer som man inte kan göra undantag från utan att man modifierar regelns innehåll (dvs. undantaget blir en del av regeln) – och detta främst sker genom att man tolkningsvis, genom hänvisning till olika skäl (principer), väljer att göra en mer eller mindre extensiv eller restriktiv tolkning – så visar detta att skillnaden mellan regler och principer inte är logisk. I praktiken fungerar de på samma sätt. Det är främst formen/metoden för att tillämpa den som skiljer sig; form och innehåll är emellertid inte samma sak.³² Medan en regel måste

³² Jfr Dworkin som hävdar nästan det motsatta. Han hävdar: "Sometimes a rule and a principle can play much the same role, and the difference between them is almost a matter of form", densamme 1977a s. 27 samt 1977 s. 48.

tolkas utifrån sin kontext och de skäl som följer av regeln (varefter man väljer att tillämpa regeln eller modifiera den), så måste principers skäl viktas (varefter man gör ett val).

Utrymmet för undantag eller villkor kan finnas uttryckta i andra regler (eller principer), vilket gör att vi sällan har att göra med så klara och entydiga regler som Dworkins exempel utgår från.³³ Vissa regler är mycket vaga och villkoren för att följa handlingsmönstret uttryckta på rättsfaktumsidan ger ett stort utrymme för tillämparen att väga in olika omständigheter och ändamål i sitt beslut. Om man vidgar reglers betydelse till att avse även de undantag som en regel kan ges (varigenom den modifieras), så förlorar den en inte oväsentlig del av sin determinerande karaktär. Undantagen utgör tillsammans med handlingsmönstret en del av regeln, och på detta vis kan en regel sägas utgöra ett fragment i ett större komplex av regler, där frågan om man skall tillämpa regeln eller inte beror på en mängd andra regler, vilka i sin tur begränsar regeln.³⁴ Det är till stor del på detta vis som jag skulle vilja beskriva de flesta straffrättsliga pliktregler.

Det skall vidare uppmärksammas att även om det står en beslutsfattare helt fritt att skapa vilken regel eller vilket undantag han eller hon önskar – och att det därför kan framstå som helt godtyckligt vad som utgör regeln – så kan man inte säga att regler skapas eller modifieras helt godtyckligt.³⁵ Den som finner för gott att t.ex. skapa en regel eller avstå från att tillämpa en förefintlig regel genom att skapa ett undantag, gör alltid detta utifrån en given kontext och, vad viktigare är, det finns alltid något slags skäl för att modifiera regeln. Skälen kan vara dåliga, men då har vi nått en annan nivå av systemet, nämligen frågan om skälen bakom reglerna är sådana att vi kan säga att de bärs upp av skäl som gör att systemet hänger ihop eller på annat sätt är begripligt. Frågan om betydelsen av koherens kommer att diskuteras i avsnitt 2.

³³ Med Dworkins modell för att skilja regler från principer, skulle en straffrättslig regel i princip ha följande mönster: "Du skall inte döda andra människor". Det är samtidigt så att det finns få straffrättsliga pliktregler som följer detta mönster, och det finns faktiskt ingen regel i BrB som på detta förenklade sätt anger att det är förbjudet att döda andra människor. Systemet är mera komplicerat. Allt ligger på en abstrakt systemnivå. Se även Twining & Meiers 1999 s. 135.

³⁴ Twining & Meiers 1999 s. 134.

³⁵ Detsamma gäller även andra slags regler som t.ex. grammatiska regler, matematiska regler etc. Se och jfr Waismann 1965 s. 140.

Vad jag här har försökt åskådliggöra är naturligtvis inte att det inte existerar några straffrättsliga regler, eller att straffbud endast uttrycker en princip om att vissa gärningar är förbjudna (t.ex. att man inte får döda andra människor) och att det står en rättstillämpare fritt att vikta skäl för och emot att tillämpa regeln om någon överträtt förbudet. Tolkat på detta vis skulle påståendet framstå som absurt och i strid med rådande språkbruk. Min poäng är emellertid att regler inte alltid är så enkla som Dworkin och andra vill göra dem i sina analyser, och denna slutsats leder mig vidare till påståendet att det egentligen inte finns någon större skillnad mellan regler och principer; i vart fall finns inte en sådan skillnad som kan beskrivas som logisk. Det är istället fråga om en gradskillnad mellan regler och principer. De används på samma sätt och de kan på liknande sätt modifieras. Vad som skiljer sig är kanske främst sättet på vilket de förändras och tiden det tar att uppnå en förändring. Medan en regel omedelbart kan omformuleras till en ny regel genom att förses med ett undantag, kommer principer att modifieras i takt med att man väljer att tillämpa eller avstå från att tillämpa principen fullt ut. Det sist sagda har till stor del att göra med att principer inte har ett semantiskt färdigformulerat innehåll såsom t.ex. en pliktregel uttryckt i lagtext. Möjligheterna att justera principers innehåll innebär en viss fördröjningseffekt innan man har skapat ett konkret undantag.

På anförda grunder bör en dikotomi mellan regler och principer undvikas (såvida den inte fyller något annat syfte). Principer kan ses som ett annat slags regler än pliktregler; principer utgör en form av tumregler. Det torde finnas mycket att vinna på att acceptera en så bred definition av regler att det inbegriper pliktregler, kompetensregler, tumregler, principer, riktlinjer etc. Vad som är av intresse är inte att skapa en taxonomi, utan att förstå hur de fungerar (tillsammans).

Här är det intressanta att de olika typerna av regler faktiskt fyller olika funktioner. Samspelet dem emellan är vidare komplicerat och inte sällan sammansatt. En pliktregel kan alltid härledas från en eller flera principer, och den ger därför (något slags) uttryck för de skäl och värderingar som styr principen. Pliktregeln tillämpas sällan – och inom straffrätten aldrig – helt isolerat från andra regler, utan helheten skapar ett system av regler och meta-regler som alla måste beaktas för att man skall kunna argumentera på ett rationellt sätt. Vad som främst är av intresse är hur argumentation och olika typer av regler fungerar samt vilka krav som kan ställas på såväl reglerna som argumentationen för att systemet skall vara koherent.

Visst kan man bygga ett system som innehåller olika entiteter som uttrycker vissa särskiljande drag mellan olika storheter (t.ex. en dikotomi av logisk natur), för att beskriva hur något fungerar i princip. Men problemet är att sådana system aldrig fungerar när man för ned diskussionen på konkret nivå och in i den "riktiga" juridiken. Varför skall man bejaka en dikotomi som nästintill aldrig fungerar i praktiken, när man sysslar med konkreta regler och konkreta principer? Om distinktionen på sin höjd kan hjälpa en student att förstå att skälen för att följa en regel eller en princip kan se olika ut – om man sedan stannar där – så har man inte kommit särskilt långt i analysen av hur argumentationen inom normativa system fungerar.

1.4.3 Så hur ser då en straffrättslig regel ut?

Ett straffbud kan visserligen – och t.o.m. på ett adekvat sätt – beskrivas som en handlingsregel eller pliktregel i form av förbud som riktar sig till allmänheten ("Det är förbjudet att X" alternativt "Du skall icke-X").³⁶ I denna form är det naturligtvis helt sant att vad som utmärker regeln är att den har en deontisk operator som uttrycks med en stark modal term – *skall*.³⁷ Likaså är det korrekt att språkligt och systematiskt hävda att en sådan pliktregel *a priori* är avsedd att följas. Termen "skall" implicerar att normefterlevnad är logiskt förbunden med regeln och att undantag inte är möjliga såvida man inte samtidigt modifierar regeln och dess innehåll. Det förhållandet att regler ger en tydlig anvisning om *att* man är skyldig att göra något ger inte direkt vid handen *vad* det är man skall göra eller *när* (i betydelsen under vilka förutsättningar som skyldigheten uppkommer). Detta leder oss till slutsatsen att regeln först måste beskrivas. Vad innebär egentligen regeln? Och när är förutsättningarna sådana att man *skall* följa handlingsmönstret? Om vi vänder blicken mot konkret straffrättsliga regler finner vi att det sällan är så enkelt att ge ett svar på hur en regel egentligen ser ut.

Straffbudet har såsom rättsregel en hypotetisk karaktär och kan beskrivas som en villkorssats där en särskild rättsföljd knyts till det förhållandet att ett visst antal förutsättningar är uppfyllda.³⁸ En annan sak är att straffbud, varken för domaren eller för den enskilde, inte

³⁶ Jareborg 2001 s. 28. von Wright kallar dessa normer för *prohibitions*, se von Wright 1963 s. 71.

³⁷ Om det är fråga om permissiva regler används istället den modal termen "får".

³⁸ Larenz 1991 s. 252 f. och Lindell 1987 s. 26.

kan beskrivas som en fullständig definition på vad som utgör brott. Straffbudet anger endast vad som utgör en straffbelagd gärning. För att brott skall kunna konstateras föreligga, måste regeln kompletteras med olika explicita eller implicita regler och undantagsregler – vilka normalt systematiseras inom ett konstruerat brottsbegrepp – såsom t.ex. att gärningen utgör brott mot svensk lag (att det inte finns nationella eller territoriella begränsningar), att gärningen inte är rättfärdigad på grund av en uttrycklig undantagsregel (t.ex. nödvärn, nöd eller förmans order), att det allmänna skuldkravet är uppfyllt etc. Om alla dessa villkor skall vara uppfyllda, så visar det sig att 'regeln' egentligen består av ett komplex av regler som måste tolkas utifrån en viss kontext. Denna kontext består dels i alla villkor formulerade i andra regler eller principer, dels i att varje abstrakt 'regel' måste tolkas mot såväl det konkreta fallet som det abstrakta regelkomplexet. Vissa regler har ibland en *rättsfaktums*sida med så öppna rekvisit att utrymmet för avvägningar transformerar regeln till en riktlinje eller en rekommendation. I andra fall kan rättsregelns *rättsfaktums*sida i och för sig innehålla mycket preciserade rekvisit, men den korrelerande *rättsföljd*ssidan ger endast en mycket allmänt hållen beskrivning av vad som skall följa om villkoren är uppfyllda. På precis på samma sätt som ovan sagts kan en sådan konstruktion medföra att 'regeln' endast ger uttryck för en lämplighetsbedömning i en viss riktning. Regler som anger hur påföljdsbestämning skall gå till har inte sällan en sådan karaktär.³⁹

Därutöver finns fall där en regel eller en princip ger skäl för att tolka en straffbestämmelse på ett visst sätt och där lösningen strider mot den direkta – men kuperade – ordalydelsen i ett bestämt straffbud.

1.4.4 Hur ser i så fall en straffrättslig princip ut?

Ovan har jag beskrivit principer som böra-regler, eller normer där den deontiska operatoren består av den modala termen "bör". Ibland används begreppet "tumregler" synonymt med principer,⁴⁰ men jag tror att det kan finnas en poäng med att betrakta principer som en delmängd av tumreglerna. Mer om detta strax nedan.

Juridiken i allmänhet, och straffrätten i synnerhet, är bokstavligen fylld av principer. Vissa är tämligen vaga eller kanske snarare ellip-

³⁹ Se t.ex. BrB 29:1, BrB kap. 34, BrB 30:4 första stycket o. dyl.

⁴⁰ Se bl.a. Frände 1989 s. 49.

tiska och mångfacetterade, vilket föranlett vissa att förkasta dem som principer med något relevant innehåll. Exempel på dylika är rättvisepincipen, förtjänstprincipen och likabehandlingsprincipen. Jag tror att en sådan slutsats kan vara förhastad. De problem som finns med dylika principer är nämligen delvis missvisande, delvis skenbara. Vad som gör vissa principer elliptiska är att det oftast handlar om formella aspekter av de utpekade värdena (rättvisa, likabehandling etc.). Det handlar inte om att det är oklart eller okänt vad vi menar/kan mena med de olika begreppen, utan snarast att vi kan mena så många olika saker beroende på kontexten och vilka mål vi uppställer för principens efterlevnad. Enligt von Hirsch är t.ex. likabehandling vid påföljdsbestämning att uppfatta som "ett *formellt* rättvisekrav – som är tomt utan *materiell* utfyllnad".⁴¹ Han menar att av en likabehandlingsprincip i straffrätten följer att man bör motverka oenhetlig påföljdsbestämning och begränsa möjligheterna till rent skönsmåsigas beslut. Vad som fordras för att kunna avgöra om lika fall har behandlats lika är naturligtvis formulerade, relevanta kriterier som gör att besluten blir förutsebara.⁴² Och vad som är relevanta kriterier varierar från område till område.⁴³

Andra principer är mycket precisa, och skälen för att man bör följa normen/handlingsmönstret är generellt sett mycket starka. I vissa fall kan skälen för att följa principen vara så starka att det knappast kan finnas fall där man inte bör följa normen eller avvika från handlingsmönstret.

En aspekt av förhållandet mellan regler och principer, vilken bidrar till att fördunkla distinktionen (eller dikotomin) mellan dessa normtyper, är att principer inte sällan kommer till uttryck – eller finns formulerade – i regler som är kodifierade som lagar (i explicita lagrum). Kända exempel är t.ex. legalitetsprincipen, skuldprincipen, proportionalitetsprincipen m.fl. Andra exempel på kodifierade regler som bygger på mycket starka principer finns i EKMR eller FN:s konventioner.⁴⁴

⁴¹ von Hirsch 2001 s. 86 f.

⁴² Jareborg 1988 s. 123 ff. Jag uppfattar även Robinson på detta sätt, även om han ger uttryck för en viss skepticism rörande möjligheten att kunna hitta dylika kriterier. Se närmare Robinson 1987 s. 8 ff.

⁴³ Se även Lucas 1980 s. 71 och Jareborg 1992 s. 75.

⁴⁴ Om man betraktar mänskliga rättigheter som ett utflöde av principer är det svårt att föreställa sig att andra regler eller principer skulle kunna konkurrera med de förstnämnda när det gäller de relativa kraven på nornefterlevnad.

Nils Jareborg m.fl. vänder sig mot tanken på att normer formulerade som pliktregler kodifierar själva principen (t.ex. RF 2:10 – legalitetsprincipen) eller ens vissa aspekter av den.⁴⁵ Det är naturligtvis helt korrekt att hävda att ett påbud om att man t.ex. inte får utdöma straff retroaktivt, riktat främst till en domare, inte kan sägas kodifiera hela legalitetsprincipen. Det enkla påbudet eller förbudet som blott förbjuder någon att göra (eller inte göra) något kanske inte ens kan betraktas som en äkta formulering av principen, helt enkelt därför att det är en för begränsad (eller för förenklad) beskrivning av principen.

Förmodligen är det så att inga principer egentligen finns nedskrivna eller kodifierade någonstans av "någon". Detta har emellertid ingen större betydelse för principernas relevans inom ett normativt system. Under alla omständigheter är det inte principens form som har någon betydelse. Vad som ovan sagts om att man måste skilja mellan *en regels* innehåll och dess språkliga form, gäller även för principer; man bör göra skillnad mellan en principens innehåll och form. Oavsett vem som har valt att sammanfatta, formulera och namnge principen, så ligger dess betydelse *inte* i att den finns kodifierad enligt ett visst mönster. Tvärtom handlar det om att de skäl som kommer till uttryck i en princip är sådana att de har betydelse för om vi anser oss böra handla på ett visst sätt i vissa situationer. Majoriteten av alla principer finns inte kodifierade eller ens nämnda i lagtext. Detta förminskar emellertid inte principernas betydelse, och en norm behöver inte finnas uttryckt i lagtext för att utgöra en regel. Det sistnämnda förhållandet handlar mycket om hur principer skall identifieras inom ett normativt system och det utgör även grunden för Dworkins angrepp på rättspositivismen. Jag återkommer till frågan om hur principer kan identifieras i kapitel 2. För närvarande är det tillräckligt att konstatera att normativa principer utgör sammanfattningar av skäl som förhåller sig till något önskvärt tillstånd eller mål.

Det är ett misstag att utgå från att oskrivna regler (som t.ex. rättsprinciper) är "enkla".⁴⁶ Principer anger, som sagt, att det normalt finns goda skäl att följa handlingsmönstret och deras kärna ligger således snarast i skälen och inte i det förhållande att principen har

⁴⁵ Jareborg 2003 s. 143. Se även Frände som avvisar tanken på att legalitetsprincipen skulle utgöra en "bestämmelse" i det finska rättssystemet, Frände 1989 s. 49.

⁴⁶ Se bl.a. Twining & Meiers 1999 s. 131 med hänvisning till Wittgensteins sentens "The tacit conventions on which the understanding of everyday language depends are enormously complicated", Wittgenstein 1971 s. 37.

fått en viss (språklig form). Skäl för eller emot att göra något kan organiseras efter ett mycket komplicerat mönster beroende på vilka omständigheter som anses vara relevanta och vad principen syftar till. Varför det finns goda skäl att göra något (X), bygger på att man önskar åstadkomma något (Y). Man kan i vissa fall kanske tänka sig att man *prima facie* – och tämligen oreflekterat – följer principer eller regler på ett område helt enkelt därför att det överensstämmer med en konvention, det naturliga, vanliga eller brukliga på ett område, men för att det skall vara fråga om en normativ princip så måste den relatera till något eftersträfvansvärt mål eller värde.

MacCormick anger sålunda att

(p)inciples express the underlying purposes of detailed rules and specific institutions, in the sense that they are seen as rationalising them in terms of consistent, coherent and desirable goals. Thus legal principles are the meeting point of rules and values.⁴⁷

Detta underliggande syfte, värde, mål eller värde visar sig när man ställer frågan *varför* (bör jag, vi, du ...)? Betänk följande frågor:

- varför bör man utmätta straff proportionellt?
- varför bör man alltid kräva skuldtäckning?
- varför bör jag beakta gärningsmannens förmåga och tillfälle att rätta sig efter lagen? Etc. etc.

På varje fråga kommer man att hitta värden eller syften som anses vara eftersträfvansvärda eller önskvärda på något sätt.⁴⁸ Utifrån dessa kan regler eller system – via principerna – rättfärdigas och förklaras.

Inte sällan handlar det om att förankra olika normer i djupa, grundläggande – och inte sällan komplexa, diffusa eller mångfacetterade – värden såsom frihet, rättvisa, rättfärdighet, humanitet etc. Att inte beakta skäl som talar i denna riktning skulle strida mot våra allmänna föreställningar om varför reglerna finns, varför vi bör tillämpa dem och hur vi bör behandla varandra. Regelanvändning utgör aldrig en moraliskt likgiltig verksamhet även om enskilda regler kan vara (djupt) omoraliska. Till sist: det förhållandet att vi i en analys av principer hamnar på en djupare nivå, där olika grundläggande värden

⁴⁷ MacCormick & Weinberger 1986 s. 73.

⁴⁸ Jag uppfattar att även Raz är av denna mening, se Raz 1999 s. 227.

påverkar och legitimerar vår regelanvändning, leder naturligtvis till att det kan uppstå konflikter mellan hur olika värden, mål och syften skall viktas och prioriteras. Här blottläggs också varför den deontiska operatoren i principer alltid är "bör". Böra-termen behövs för att kunna förena de olika värden som finns på en djupstruktur i systemet. Nyttjandet av normer med den modala termen "bör" innebär en viss elasticitet och ger möjlighet att skapa undantag inom normsystemet, men som redan sagts kan det finnas mycket starka skäl för varför man *bör* göra något (och därmed prioritera ett visst värde framför ett annat). En stark böra-regel kan i princip vara lika stark som en skall-regel beroende på skälens relativa styrka.

Användningen av pliktregler (baserade på den deontiska operatoren *skall*) behöver sällan motiveras med andra skäl än att det följer av regelns formulering; man bör *prima facie* följa en regel (om inte annat så av lojalitetsskäl). En annan sak är givetvis frågan varför man bör följa regler, eller varför man bör göra undantag från regeln (och modifiera den) – men detta är helt avhängigt principer.

Kanske är det också i vad som nu har sagts som vi hittar skillnaden mellan normativa principer och andra böra-regler (t.ex. tumregler, tekniska normer, rekommendationer, recept etc.). En tumregel anger att det generellt sett finns anledning att handla på ett visst sätt. Jareborg anger att

(u)tifrån en rad pragmatiska bedömningar göres empiriska generaliseringar; de särskilda omdömena sammanfattas i ett generellt omdöme om att man bör göra si eller så i vissa typer av situationer.⁴⁹

Dylika generaliseringar sammanfattas som en böra-regel, vilken knyts till ett handlingsmönster i en mål-medel-relation.⁵⁰ Sätillvida har tumregeln samma struktur som andra regler, dock med den väsentliga skillnaden att den modala termen är "böra". Raz beskriver tumregler som tids- och arbetsbesparande regler som vi utgår från att det finns goda skäl att (åtminstone i vissa fall) följa. Detta gäller oavsett om vi skulle tvivla på att tumregelns lösning är den bästa jämfört med

⁴⁹ Jareborg 1975 s. 95.

⁵⁰ Se även von Wright som beträffande dylika regler talar om "tekniska normer", se densamme 1963 s. 9–16.

om vi skulle ställa den mot vad som skulle bli utfallet av ett viktande av samtliga skäl för och emot att göra något.⁵¹ Jareborg torde mena något liknande när han anger att tumreglerna i praktisk argumentation saknar betydelse. En tumregel gäller inte för att den är uppställd och accepterad utan därför att man tror att det finns goda skäl att göra något.⁵²

Även Twining & Meiers beskriver på likartat sätt att en tumregel är en instruktion som

provides guidance as to how to achieve a certain objective.⁵³

En tumregel i t.ex. schack eller kortspel (t.ex. man bör inte öppna ett spel genom att blotta damen) bör inte beskrivas som en princip. Det är snarare en instruktion hur man bör göra om man vill undvika att riskera matt. Lika litet bör det beskrivas som en juridisk princip att en domare på en tingsrätt bör sätta ut fler brottmålsförhandlingar än vad tidsschemat medger, därför att man vet att en fjärdedel av förhandlingarna normalt kommer att ställas in. Exempelen illustrerar att tumregeln egentligen endast uttrycker en generalisering för hur man bör göra för att uppnå vissa fördelar eller resultat, vilket kan ses som ett led i att rationalisera mänskligt beteende.⁵⁴

Om man accepterar denna beskrivning av en tumregel, så är principer definitivt en form av tumregler. Annorlunda uttryckt: de är en form av sammanfattade generaliseringar av skäl som pekar i en viss riktning. Men alla tumregler är inte principer. De skiljer sig på så sätt att principer relaterar till ett bortom- eller bakomliggande – och inte sällan ”högre” eller ”djupare” – syfte, värde eller mål.⁵⁵ Tumreglerna ger däremot främst en praktisk anvisning för hur man bäst når ett mål. Principer siktar således till något över, under, bakom eller vid sidan av. Detta kan förefalla konstigt, men jag tror att det har att göra med vad jag ovan har försökt beskriva som principernas funktion

⁵¹ Se Raz 1975 s. 60 f.

⁵² Dvs. det är en pragmatisk utsaga, se närmare Jareborg 1975 s. 95 f.

⁵³ Twining & Meiers 1999 s. 124.

⁵⁴ Raz uppmärksammar den ovan diskuterade skillnaden mellan att en norm pekar ut vilket intresse som ger skäl för att följa normen (princip) och att normen endast anger hur man bör göra något (i situationer där olika möjligheter uppenbarar sig) för att uppnå ett resultat (tumregel). Han gör dock ingen terminologisk skillnad. Se närmare Raz 1999 s. 227.

⁵⁵ Se bl.a. MacCormick 1978 s. 152 och Hart 1997 s. 260.

inom katedralmetaforen. Genom att principer är böra-regler som syftar till något önskvärt eller eftersträvarsvärt mål eller värde, så binder de ihop (eller systematiserar) de skäl som i sin tur förklarar hur regler förhåller sig till varandra. På så vis kommer principerna att påverka hur vi tolkar reglerna.

Detta kan beskrivas som att en princip alltid är överordnad eller grundläggande.⁵⁶ En normativ princip ger inte endast en "genväg" till hur man (bäst) löser ett problem. Inte heller fungerar de som en allmän maxim eller rättsgrundsats som t.ex. att "ingen skall dra nytta av sin egen orättshandling". En dylik grundsats kan visserligen på ett visst område omformuleras till en princip (om t.ex. rättvis fördelning eller tilldelning), men enbart grundsatsen kopplar inte samman handlingsmönstret med ett grundläggande värde.⁵⁷

Det karaktäristiska för (normativa) principer är att de har en förankring i något utpekade mål, värde eller syfte, vilket gör att principer kan rättfärdiga eller förklara och systematisera en viss (rätts)tillämpning. Förmågan att skapa ett samband mellan en regel (dess innehåll) och ett värde bidrar till att skapa koherens i ett system.⁵⁸ Detta kommer att diskuteras mer utförligt i nästa avsnitt.

1.5 Sammanfattning

1. Så vad har jag försökt säga i denna (långa) inledning? Egentligen inget annat än att jag tror att det är ett misstag att försöka göra en tydlig distinktion mellan regler och principer. Jag kan inte nå någon annan slutsats än att det inte finns någon avgörande skillnad dessa normer emellan. I vart fall är likheterna större än skillnaderna, vilket framgår om man undersöker hur de är konstruerade.

2. Principer är en form av regler, och den skillnad som finns är en fråga om grad och inte om art. Oavsett vilket, så kan jag inte se att det är av någon större nytta att försöka skapa en taxonomi av olika slags regler i kontrast till principer.

⁵⁶ Att principer har en direkt koppling till något grundläggande följer redan av att ordstammen (*principium*) betecknar "något grundläggande", vilket framgår av Aristoteles uppfattning av kontradiktionsprincipen. Se vidare Sundby 1974 s. 192 och Jareborg 2003 s. 143.

⁵⁷ Se och jfr Jareborg 1979 s. 409.

⁵⁸ MacCormick 1978 s. 152 ff.

Vad som nu har sagts innebär inget förnekande av att principer kan tillskrivas en viktdimension, och att de inte alltid determinerar en utgång på samma sätt som regler i deras logiska form gör. Detta är närmast självklart och följer av att den deontiska operatoren "skall" har högre valör än "bör".

Som jag hoppas har framgått är det emellertid problematiskt att utgå från att regler i sin praktiska form är så determinerande som det ibland verkar (särskilt om man endast utgår från deras formulering). Endast med en mycket snäv definition av regler kan man nå en sådan slutsats.

3. Vid första anblick kan det förefalla som att straffbud utgör enkla typfall av sådana definitiva eller absoluta regler, men det visar sig snabbt att en pliktregel som lyder "du skall icke döda" eller en förbudsregel med innebörden "det är förbjudet att stjäla" inte finns sammanfattad i ett straffbud. Regler måste tolkas; regler måste preciseras; regler består ofta av ett flertal sammansatta olika (del)regler, som tillsammans bildar den "regel" vi egentligen åsyftar när vi pratar om ett straffbud. "En" regel består ofta av ett kuperat handlingsmönster försett med 10-tals undantag och villkor. Det förhållandet att den regelkonception som jag använt mig av ovan (för att kontrastera mot principer) bl.a. tillåter (i) att det skapas undantag från handlingsmönstret, (ii) användningen av vaga, öppna, exemplifierande termer som förutsätter värderingar i rättsreglernas försatser och (iii) att rättsföljdssidan i princip endast anvisar en lämplighetsbedömning, gör sammantaget att regler till sitt innehåll är mycket snarlika principer. De särskilda straffbuden är typexempel på dylika normer; detsamma gäller påföljdsbestämningsreglerna.

4. Även om principer och regler har samma form (de är båda ett slags regler) så har de delvis olika innehåll och funktioner. Inte desto mindre finns det ett intimt samspel mellan regler och principer. När regler skall tillämpas (tolkas och eventuellt vid behov modifieras), så måste detta ske utifrån någon form av argumentation, vilken bygger på skäl. Dessa skäl hämtas från principerna som omger, finns inom och bygger upp systemet. Vi kan inte tillämpa regler utan att tolka dem. Detta sker utifrån olika skäl och måttstockar, vilka oftast utgörs eller konstrueras av ett system av principer. Regler måste således förankras i principer, och regelanvändning (i lagstiftning och rättstillämpning) är helt avhängig principanvändning. I nästa avsnitt skall jag försöka

visa hur sambandet ser ut, och varför lagstiftaren och rättstillämparen i lika grad är bundna av att följa – de skäl som uttrycks i – regler och principer.

5. Inget av vad som har sagts i denna introduktion har varit avsett att förminska betydelsen av regler. Mitt försök att lösa upp motsättningen (eller tona ned skillnaderna) mellan regler och principer skall inte ses som ett försvar för regelskepticism. Det handlar istället om att formulera en utgångspunkt för hur man kan undersöka samspelet mellan regler och principer. Jag är helt övertygad om att en förutsättning för att nå någon djupare kunskap om hur olika skäl fungerar i ett normativt system är att man först identifierar likheterna mellan olika normer, för att därefter undersöka hur de kan fylla olika funktioner på olika nivåer. Form och innehåll är, som sagt, inte samma sak. Men genom att identifiera likheterna blir det klart att principer är lika viktiga som regler. Om man underskattar principernas betydelse riskerar regelsystemet att rasa ihop – precis som en katedral utan bärkraft eller hållfasthet.

2 OM PRINCIPERS FUNKTIONER PÅ OLIKA NIVÅER

I thought it would be simple. I thought the spire would complete a stone bible, be the apocalypse in stone. I never guessed in my folly that there would be a new lesson at every level, and a new power.

William Golding

2.1 Om nivåmetaforen

Slutsatsen i föregående kapitel var att principer, inom normativa system, alltid utgör ett slags sammanfattning av skäl som relaterar till något bakomliggande, grundläggande eller högre mål, värde eller syfte. Vidare har sagts att principer rättfärdigar, förklarar eller systematiserar regler eller ett kluster av regler. En metafor skulle kunna ge oss en bild att utgå från och hjälpa oss att förklara hur samspelet mellan olika regler ser ut. Det faktum att vi rör oss dels med liknelser som alluderar på skillnader i höjd – principer är *överordnade* eller *grundläggande* – dels beskrivningar om att principer kan vara *sidoordnade* andra regler, ger anledning att tro att vi behöver (åtminstone) en tvådimensionell modell med höjd och bredd.

Flera författare har använt sig av en nivåmetafor för att beskriva ett normativt rättssystem.⁵⁹ Främst inom finsk rättsteoretisk doktrin har man valt utgångspunkten att beskriva rätten i termer av ett skiktat system av olika nivåer eller lager. Ett, enligt min erfarenhet, mycket konstruktivt och fruktbart bidrag till en utveckling av detta nivåtänkande har lämnats av Kaarlo Tuori, som beskriver "rätten" utifrån tre olika nivåer.⁶⁰ Tuori har tydligt hämtat inspiration av främst Weber, Foucault och Habermas. Med hänsyn till att hans analys tar sin utgångspunkt i ett renodlat rättsligt normsystem och att hans beskrivning är normativ (och inte sociologiskt empirisk) samt att han syftar till att förena nivåtänkandet med en kritisk rättspositivistisk grundsyn är den lämpad att låna för mina syften i denna uppsats. Jag är personligen inte helt övertygad om att det är nödvändigt att använda en metafor med tre nivåer, men det saknar betydelse i detta sammanhang. Det finns nämligen inga tydliga skiljelinjer mellan respektive nivå.⁶¹

Det skall framhållas att andra författare – utan att använda en nivåmetafor – tidigare har gjort liknande observationer som Tuori. Jag tänker här bl.a. på Jareborg, Strömholm och Victor som diskuterar gällande rätt utifrån olika (abstrakta) aktörers positioner. Vad som utgör rationellt beteende i domarrollen är inte detsamma som vad för en rättsdogmatiker utgör rationella rekonstruktioner av systemet, men det finns starka kopplingar och det finns en gemensam metod.⁶² Andrew Halpin uppmärksammar på motsvarande sätt att en uppdelning mellan domaren och rättsvetenskapsmannen, där den förste anses främst syssla med konkret problemlösning utifrån fakta medan den senare sysslar med idéer, delvis är missvisande.⁶³ Det

⁵⁹ Redan Hart antydde att vad som dagligen sker i t.ex. domstolar o.dyl. endast utgör en bild av en någorlunda sammanhållen praxis, där olika aktörer identifierar "rätten" utifrån vissa kriterier. Vid sidan av – eller under – denna bild finns djupare frågor om bl.a. det normativa innehållet i rätten, dess rationalitet och giltighet samt språkets betydelse för hur vi analyserar rätten. Se Hart 1997 s. 107. Se även Chomsky 1996, som använt sig av en yt- respektive djupstruktur hos språket.

⁶⁰ Efter Tuori har Siltala använt sig av en liknande uppdelning av rätten i tre eller fyra olika nivåer (en ytnivå, en djupstruktur (bestående av en prejudikatlära och ett diskursteoretiskt ramverk) samt en infrastruktur, se närmare Siltala 2000 s. 152 ff.

⁶¹ Även Tuori ifrågasätter själv hur många nivåer som är nödvändiga, men följer – efter mönster av Braudels historiska undersökningar – en tredelning, se Tuori 2002 s. 154.

⁶² Se närmare bl.a. Jareborg 1979 s. 402 ff. och Victor 1977 kapitel 7 samt Strömholm 1992.

⁶³ Halpin 2004 s. 1 och 25 ff.

gemensamma hos samtliga nu nämnda illustrationer av rätten är att de uppmärksammar att det inom systemet finns olika aktörer som ser saker ur olika perspektiv och därför för (delvis) olika diskussioner.

Utgångspunkten i Tuoris nivåindelning av rätten är att vad som utgör gällande rätt är något dynamiskt och icke-ontologiskt i bemärkelsen att vad som förs in i – och tas ut ur – systemet inte är givet. Det finns ett växelspel mellan rätten och moralen; därmed är dock inte sagt att moralen måste interagera med rätten på alla nivåer samtidigt eller på samma sätt. Vad som är viktigt är dock att uppmärksamma är att rätten produceras och reproduceras konstant, och att detta inte sker inom ett hermetiskt slutet kärl.

Den verksamhet som kontinuerligt fortgår är istället öppen och fortgår genom varje enskild språkhandling i form av t.ex. ett beslut, en slutsats, ett påstående eller ställningstagande som fattas eller tas av olika aktörer (i ny lagstiftning, praxis, litteratur etc.). Vad som pågår på denna nivå är rättssystemets yta, vilket utgör en turbulent och tämligen fragmentariserad entitet.⁶⁴ Denna *yttnivå* kan sägas utgöra summan av allt det som blir resultatet av gällande rätt. Mycket av denna nivå motsvarar vad Hart – och sedermera inte minst MacCormick m.fl. genom sin idé om rätten som institutionella fakta – har beskrivit som gällande rätt, och det motsvarar således vad som skulle utpekas av systemets ”ämbetsmän” (*officials*) genom igenkänningsregeln.

Ett problem med Harts utgångspunkt för rättspositivismen är att den låter det normativa i ett rättssystem bestämmas av renodlat empiriska fakta. Vad igenkänningsregeln *de facto* kommer att peka ut som gällande rätt är en empirisk fråga. Även om detta – till skillnad från vad Dworkin påstår – inte utesluter att principer identifieras som gällande rätt, finns det fortfarande ett behov av att förklara hur skäl som ligger delvis utanför den positiva rätten kan utgöra en helt avgörande beståndsdel för vår förståelse av det normativa i rätten. MacCormicks teori om normativa regler såsom institutionella fakta hjälper oss med en viktig beståndsdel för att överbrygga gapet mellan det empiriska och det normativa.⁶⁵

Tuori hanterar förhållandet mellan det normativa och det sociologiska elementet i rätten genom att komplettera rättssystemet med

⁶⁴ Angående rättssystemet ytstruktur, se närmare Tuori 2002 s. 154.

⁶⁵ Se närmare MacCormick i MacCormick & Weinberger 1986 s. 56 ff. samt MacCormick 2007 s. 11–14.

två underliggande nivåer – den *rättsliga kulturen* och *djupnivån*. De beskriver en underliggande uppsättning av föreställningar och skäl som formulerar de begrepp och metasytem som utgör en förutsättning för att kunna prata om och förstå rätten (på ytan). Produktionen och reproduktionen av rätten på de djupare nivåerna sker på ett annat sätt än vad som är fallet i den ständiga utvecklingen av gällande rätt – ledd av de olika rättsliga aktörerna – på ytnivån.

För att undvika missförstånd tror jag att det är viktigt att uppfatta Tuoris nivåmetafor på det sättet att det inte handlar om att sociologiskt undersöka vad olika rättsliga aktörer gör och därefter placera dem – och resultaten av deras verksamhet – på olika nivåer. Annorlunda uttryckt: det är inte endast domaren och lagstiftaren som producerar ytnivån, och allt som skapas av domare och lagstiftare hamnar inte på ytan. Lika litet hör rättsvetenskapsmäns verksamhet (formulerat i olika faktiska produkter) till den rättsliga kulturen etc. Det handlar istället om att identifiera att olika slags *skäl*, *attityder* och *föreställningar* har relevans på olika nivåer. Respektive nivå har sin egen kultur och sin egen diskurs, vilket visar sig när man undersöker de olika skälen som bär upp nivåerna. Enkelt uttryckt kan sägas att ju djupare ned man kommer i de olika nivåerna, desto mer normativ blir argumentationen. Även om man inte uppskattar en nivåmetafor med olika mer eller mindre distinkta avsatser, är det adekvat att säga att ju mer normativ en argumentation är, desto djupare är den. Nivåerna är som sagt inte tydligt avgränsade. Det är därför viktigt att notera att nivåerna faktiskt hänger samman på ett sätt som gör att de tillsammans skapar en helhet. Vad som utgör ett beslutsskäl för en domare (och som resulterar i ett ställningstagande i en dom på ytstrukturen) kan således underbyggas av skäl som har att göra med något mera grundläggande värde eller skäl som rättfärdigar normen.

Ett av syftena med att föra in en eller flera djupare nivåer i den rättsliga strukturen är att uppmärksamma att vad som sker på ytnivån inte kan förklara hur vi argumenterar (värderar olika slags skäl) på en djupare nivå. Det handlar inte om att empiriskt undersöka en viss verksamhet. Som jag uppfattar det handlar det istället om att undersöka och systematisera olika slags *skäl*. Exakt hur dessa skäl på de djupare nivåerna skall förklaras enligt Tuori är något diffust, men det handlar om att identifiera sådana värderingar och uppfattningar som finns rotade i våra föreställningar och vårt språk, och som utgör grunden för våra begrepp, institut o.dyl. Dessa föreställningar avspeglas t.ex. i en viss kulturs rättsliga institut och de kommer till uttryck i olika

begrepp (såväl begreppens denotation som konnotation). I många avseenden utgör denna djupnivå vad Foucault kallade *episteme*.⁶⁶

Redan av vad som har sagts tycks det som att nivåmetaforen går att förstå – eller använda – på två olika sätt. Annorlunda formulerat: man kan med hjälp av en nivåmetafor beskriva två olika saker inom ett normativt system. För det första kan nivåerna användas för att åskådliggöra begreppsliga relationer inom ett slutet system. Perspektivet är då externt; någon betraktar systemet, så att säga, utifrån och kan därmed analysera gällande rätt, institutionella fakta eller bundenhet utifrån argument som finns på olika nivåer. En dylik bild av ett system är tidsbunden. Den gäller vid en given tidpunkt. Syftet med en sådan *begreppslig nivåindelning* är främst att illustrera hur olika slags skäl fungerar i argumentationen, och vad som eftersöks är i första hand systemrationalitet.

Vid sidan av denna begreppsliga dimension går det att använda motsvarande nivåmetafor (med en yta–rättskultur–djupstruktur) för att illustrera det normativa systemets dynamik och utveckling. Perspektivet är i så fall systeminternt och processerna som beskrivs är inte begreppsliga utan istället kausala. Det handlar om att försöka beskriva hur olika skäl förs in i (eller ut ur) systemet, alternativt hur de förflyttas mellan olika nivåer. Med denna *kausala variant av nivåmetaforen* är systemet inte slutet på samma sätt som med den begreppsliga varianten. Vad som förs in i systemet (via ytan) är mycket mer öppet. Influenser kommer till icke oväsentlig del från vad som skulle kunna kallas ”omvärlden” och utgörs av allt tänkbart som kan påverka en diskurs, t.ex. politik, opinionsbildning, juridisk doktrin etc. En konsekvens av detta annorlunda val av perspektiv är att vad som utgör ytan kommer att omfatta, tillåta och inkludera mycket mer än vad som är fallet när man vid ett givet tillfälle analyserar ett normativt system utifrån dess begreppsliga relationer. Vad som utgör ytan med den begreppsliga nivåmetaforen är endast det som skulle identifieras av en accepterad rättskällelära. Jag är tämligen övertygad om att Dworkin inte ser denna skillnad (som relevant), varför hans uppfattning om vad som utgör accepterade systematiska skäl många gånger hämtas från moralen, politiken eller i vart fall icke-auktoritativa källor.

Jag är inte säker på att Tuori skulle acceptera den av mig nu gjorda beskrivningen av två olika nivåmetaforer (och dess skillnader). För mina syften är denna tudelning emellertid relevant. Förhållandet

⁶⁶ Foucault 1980 s. xxii och 168, Foucault 1980a s. 196 f. Se även Tuori 2002 s. 187.

mellan de olika nivåmetaforerna (den begreppsliga respektive den kausala) kan beskrivas som att den kausala varianten åskådliggör den dynamiska processen och dess villkor för förändringar temporalt. Den begreppsliga varianten beskriver istället ett momentant avtryck (eller ett fotografi) av hur olika skäl inom ett specifikt system förhåller sig till varandra strukturellt vid ett visst tillfälle.

Det finns en uppenbar risk för att jag i det följande är otydlig eller oklar över vilken variant av nivåmetaforen som åsyftas. Min avsikt är att vara tydlig och i den utsträckning som jag funnit det vara nödvändigt anger jag därför inom parentes vilken variant av nivåmetaforen som åsyftas.

Ett annat syfte med att särskilja de olika nivåerna inom den begreppsliga respektive kausala varianten av nivåmetaforen är att uppmärksamma att vad som sker på en nivå inte samtidigt behöver ske på en annan. Utveckling på ytan behöver inte "gå i (samma) takt" med vad som sker på en djupare nivå. T.ex. kan man tänka sig att vad som inom straffrättens påföljdslära, av domare, anses utgöra "brottslighetens art" eller relevanta omständigheter som skall påverka straffmätningen förändras kontinuerligt i riktning mot ett mer repressivt och mindre tolerant system, utan att man för den skull ger upp tanken på att påföljdsbestämning ytterst skall ske utifrån begrepp som proportionalitet och humanitet. Vad som sker på ytan kan styras av skäl som man beaktar rutinmässigt och oreflekterat, och förändringar i ett mönster kan ske mycket snabbt.

Under denna aktivitet finns emellertid andra slags skäl som man kanske inte dagligen reflekterar över, utan som utgör djupare – ibland kanske t.o.m. undermedvetna – uppfattningar. När man t.ex. försöker förklara förhållandet mellan rätten och moralen, eller analysera olika mentaliteter inom en kultur, är det sällan tillräckligt att undersöka hur rätten produceras på en ständigt förändrande yta. Man måste försöka förklara och inordna andra slags skäl som inte direkt kommer till uttryck på, men väl kanaliseras till, denna ytnivå.

Mellan ytan och den djupnivå som skapar de grundläggande förutsättningarna för att vi skall kunna förstå och använda rätten finns vad Tuori kallar den *rättsliga kulturen*. Uppgiften för denna rättsliga kultur är att sammanbinda vad som produceras på ytan med de olika föreställningarna som finns sedimenterade i djupnivån. Det är viktigt att återigen påpeka att vad som sker på ett område inte behöver inträffa samtidigt på respektive nivå. Att man har en grundläggande uppfattning om t.ex. skuld eller tillräknelighet kan vara en mycket

gammal och nedärvd föreställning som inte alltid kanaliseras till ytan på samma sätt under olika perioder. Motsatsvis kan förändringar på ytan ta mycket lång tid, men efter hand skapa ett sådant starkt mönster att man måste låta detta påverka de djupare nivåerna. Det finns således ett dynamiskt växelspel mellan de olika nivåerna och detta spel pågår normalt under en längre tid, varför olika skäl kan göras relevanta på olika nivåer vid olika tidpunkter. Vad som inledningsvis endast utgjorde ett mönster på ytan, kan efterhand förskjutas ned till den rättsliga kulturen och till sist även till djupstrukturen. På motsvarande sätt påverkar djupstrukturen och den rättsliga kulturen kontinuerligt vad som sker på ytan.⁶⁷ Påverkan från de djupare strukturerna tar sig uttryck främst genom att man på ytan är nödgad att använda sig av de begrepp, institut och principer som dessa nivåer producerar. Kanaliseringen sker främst genom doktrinen inom vilken olika författare systematiserar och söker rättfärdiga de olika normativa skäl som anses vara relevanta.

Växelspelet mellan de olika nivåerna gör att vår tolkning av det vi undersöker kommer att påverkas av vår förförståelse. Det är kunskapsmässigt otänkbart att man skulle kunna undersöka något utan att undersökningen påverkas av vad man redan vet eller tror. Vår förförståelse såsom den kommer till uttryck i vårt språk kommer att bestämma hur vi frågar, och hur vi tolkar våra svar och resultat.

Antag t.ex. att man skall försöka förklara och beskriva utvecklingen av t.ex. det nya likgiltighetsuppsåtet eller betydelsen av att en gärningsman av polisen har provocerats till att begå ett brott. Är det möjligt att göra detta enbart genom att titta på hur domstolarna i sin dagliga verksamhet hanterar frågor av detta slag och ställa sig frågan *hur* (ser skälen ut som läggs till grund för respektive beslut)? Måste man inte utgå från någon slags förförståelse av den verksamhet man undersöker? Kan man överhuvudtaget uppfatta en förändring om man inte har en måttstock för att mäta förändringar eller en förförståelse om vad som är, har varit eller bör vara syftet med något (t.ex. uppsåtsbegreppet, bestämmelser om brottsprovokation etc. etc.)?

Min uppfattning är att det inte är möjligt att nöja sig med att undersöka en utveckling utifrån enbart en *hur*-fråga. Man måste ha en uppfattning om vilka grundläggande skäl som ligger bakom det man undersöker, och detta visar sig inte minst i det att vi alltid har en förförståelse som kommer att prägla vår tolkning av det vi under-

⁶⁷ Angående denna växelverkan, se även Halpin 2004 s. 25 ff.

söker. Att organisera dessa former av förståelse i termer av begrepp, principer och system utgör en av de viktigaste uppgifterna för rättsvetenskapen. Resultaten av denna verksamhet utgör en avspeglning av den rättsliga kulturen.

Tuori karaktäriserar den rättsliga kulturens uppgift på följande vis:

With respect to the continuous alterations at the law's surface level, the legal culture represents the memory of the law and keeps alive the connection to the past of the law; when the legal culture encounters new legislation, the past encounters the future, and this cannot but leave traces in the law, primarily oriented towards the future. As the memory of the law, as sedimented history, the legal culture calms down the storms of the surface.⁶⁸

Vilka är det då som skapar denna rättsliga kultur? Svaret är inte alldeles givet. Tuori anger att den rättsliga kulturen bärs upp av "representatives of a social group, i.e. the group of professional lawyers".⁶⁹ På ett sätt är det kanske för Tuori lika svårt att avgränsa denna verksamhet som det var för Hart att förklara vilka som utgör rättens "ämbetsmän".⁷⁰ Men eftersom vi med nivåmetaforen främst är intresserade av att *urskilja* något (och inte som med igenkänningsregeln *avskilja* något) är det inte så viktigt att man talar om exakt vilka som bidrar till att uppfylla den rättsliga kulturens uppgift. Helt klart är att det till stor del är rättsvetenskapen som i praktiken har uppgiften att förena eller länka samman ytan med de grundläggande värdena och skälen på djupstrukturen. Detta sker genom att man skapar begrepp, läror, konstruktioner och system som bidrar till att förklara och rättfärdiga, alternativt kritisera och försöka styra, det som sker på ytan. Samtidigt är det av yttersta vikt att notera att vad en rättsvetenskapare gör genom att systematisera något i en undersökning inte är detsamma som att det utgör en del av den rättsliga kulturen. En tanke, eller idé, som ges en språklig form i en artikel eller en bok utgör inte en del av den rättsliga kulturen. Alla språkliga uttryck hör till ytan.

⁶⁸ Tuori 2002 s. 163 med tydlig hänvisning till Foucault.

⁶⁹ Tuori hänvisar vidare till Bordieu, som beskriver hur man utifrån en viss synvinkel skapar "en rättslig habitus" som konstituerar särskilda spelregler och ett särskilt sätt att tänka. Se vidare Tuori 2002 s. 165 f.

⁷⁰ Tuori diskuterar frågan, se Tuori 2002 s. 161 f. och 165 f.

Istället är det skälen för att se något utifrån en viss tanke eller idé som skapar en rättslig kultur. De olika begreppen och konstruktionerna fungerar som verktyg för att åskådliggöra detta synsätt. Den rättsliga kulturen utgörs således främst av ett förhållningssätt och en förståelse för det som sker snarare än att vara något konstitutivt för det som sker. Den rättsliga kulturen skapar inget giltigt, utan tolkar det som är gällande.

De viktigaste elementen inom den rättsliga kulturen består enligt Tuori av en *grundläggande metodlära*, *allmänna läror*, *begreppsbildning* och generella rättsliga *principer*. När det gäller samspelet mellan lagstiftning och den rättsliga kulturen, bör straffrättens särart observeras. På egentligen inget annat rättsområde bidrar lagstiftaren så mycket med så många distinkta beståndsdelar till en sammansatt "lära", "ideologi" eller "doktrin".⁷¹ För att kunna förstå och tolka koherenskravet behövs *begrepp*, vilka operationaliserar normerna och de bakomliggande skälen. Begreppen skapar *förförståelse*, och de bidrar till att formulera problemet och kontextualisera det. Dylika begrepp som inom straffrätten inplacerats i en lära – t.ex. brottsbegreppet eller påföljdsbestämningsläran – utgör inte sällan vad MacCormick kallar institutionella fakta.⁷²

Tydligtvis finns även principer inom den rättsliga kulturen, och vi börjar därför kanske närma oss en förklaring till varför principer är något grundläggande eller överordnat; det kan ha att göra med att de befinner sig – bildligt sett – på en annan nivå av rättssystemet.

2.2 Om rationalitet och koherens

För att förstå den fortsatta framställningen är det helt avgörande att uppmärksamma att jag utgår från att ett normativt system – oavsett hur det beskrivs – både förutsätter och eftersträvar någon form av *rationalitet* och *koherens*. Personligen tror jag att dessa begrepp är helt avgörande för att förstå hur vi tolkar olika system samt för hur vi argumenterar. Det finns i villkoren för hur vi argumenterar inbyggt ett krav på att skälen skall vara koherenta, och när vi uppställer ett system av olika regler så förutsätter vi att de är ordnade på ett sätt som framstår som rationellt. Inte minst antagandet att det finns en kopp-

⁷¹ Tuori 2002 s. 171 f.

⁷² Tuori 2002 s. 174.

ling mellan olika regler och underliggande värden (oftast uttryckta i olika principer) förklarar varför vi eftersträvar koherens och rationalitet.

Med rationalitet i systemet avser jag i all enkelhet att den reglering som undersöks bygger på förnuftsmässiga, logiska och sammanhängande skäl som ger någon anledning att tro att något förhåller sig på ett visst sätt (eller att något är sant).⁷³ En stor del av debatten om rationalitet utgår från att det är mänsklig tro och mänskligt handlande som är objektet. Annorlunda uttryckt: det handlar om frågan om vad som utgör rationellt mänskligt handlande. Rationalitet behöver emellertid inte relatera direkt till personer. Man kan diskutera rationalitet i avtrycken av mänskligt handlande. Ur denna synvinkel gäller frågan om en (mänskligt skapad) normordning är rationell, dvs. bygger på skäl som går att rättfärdiga.⁷⁴ Denna bedömning är främst retrospektiv. Dvs. att fälla ett omdöme om att något är rationellt är ett resultat av en utvärderingsprocess.

Det finns anledning att skilja mellan olika former av den rationalitet jag har beskrivit. En distinktion som skulle kunna hjälpa oss att utveckla olika rationalitetskonceptioner är den av von Wright diskuterade skillnaden mellan *rational* och *reasonable*.⁷⁵ Enligt Liedman skulle dessa termer möjligen kunna översättas med "rationellt" och "förnuftigt".⁷⁶ Jag accepterar i det följande denna översättning. Med rationellt förstås då ett målinriktat omdöme om att det finns skäl att välja något eftersom det leder till något mål som uppfattas som önskvärt (t.ex. större vinst, bättre prestanda eller effektivare hantering). Vad som avses är rationalitet med avseende på alla beståndsdelar (skäl) inom systemet. Förnuftsinriktade skäl bygger istället på en helhetsvärdering, vilken präglas av en konsekvensinriktad bedöm-

⁷³ Se Jareborgs ram för rationell tro och argumentation, Jareborg 1975 s. 16 ff. Raz diskuterar på liknande sätt olika aspekter av rationalitet utifrån begreppen *normativity* och *capacity-rationality*, se Raz 1999 s. 67 ff. Agell uppställer som grundläggande krav på rättsvetenskaplig argumentation dels *debatrrationalitet*, dels *sammanhangsrationalitet*, se Agell 2002 s. 245. Dessa rationalitetsbegrepp är hämtade från Peczenik, se 1995 s. 491. Se även Andersson 1994 s. 120 ff.

⁷⁴ Vad som gör ett beteende rationellt är att man har skäl för det, se Bennett 1964 s. 55 ff. En förutsättning för att kunna *ge* skäl för något och att *ha* skäl för att göra något, är att man har ett språk. Se närmare densamme 1964 s. 86 ff.

⁷⁵ von Wright 1986 s. 21.

⁷⁶ Liedman 1997 s. 525. Jfr von Wright 1986 s. 21.

ning, oftast i riktning mot olika intressen eller uppställda värden eller ideal.⁷⁷

Huruvida något är rationellt handlar således om det – utifrån mänsklig kunskap och erfarenhet – framstår som logiskt att göra något. Rationalitet handlar om olika slags former av samstämmighet, ändamålsenlighet och minimering av motstridighet, vilket kan bedömas oberoende av hur rationellt det är att uppnå målet. Ett barbariskt straffrättssystem kan vara rationellt uppbyggt. Däremot behöver det ju på inget sätt vara förnuftigt att skapa en barbarisk straffrätt. Förnuftighet är något som relaterar till frågan om det – av helt andra skäl – är ”rationellt” att vilja uppnå det som man betraktar som önskvärt. Bedömningen är snarast moralisk och förutsätter att man betraktar något ur en annan persons synvinkel för att avgöra vilka konsekvenser som man finner vara önskvärda.⁷⁸ Förnuftigt är således ett begrepp som innefattar mer än det som framstår som (enbart) rationellt.

Nu över till frågan om *koherens*, vilket har att göra med om något (t.ex. ett system) på det stora hela framstår som begripligt eller ”häng-er ihop”. Att något är koherent förutsätter inte med logisk nödvändighet att det är (helt) motsägelsefritt.⁷⁹ Ett system kan således i det

⁷⁷ Möjligen överensstämmer detta med den av Weber uppställda distinktionen mellan *målrationalitet* och *värderationalitet*, se Tuori 2002 s. 36. Det skall dock observeras att vad som bedöms vara förnuftigt bedöms utifrån vad som redan utgör en etablerad eller vedertagen metod. Se även Sibley 1953 s. 557.

⁷⁸ Sibley 1953 s. 557.

⁷⁹ MacCormick skiljer mellan om ett system är *koherent* och om det är *konsistent*. Med det sistnämnda skall förstås motsägelsefritt, medan koherens främst avser frågan om helheten hänger samman, MacCormick 2005 s. 190. Jfr dock Alexy som menar att konsistens ingår som ett minimikrav på koherens. Om man utgår från att principer handlar om särskilda former av böra-regler samt att principer kan övertrumpas av andra principer eller regler genom att man i konkreta situationer väktar skälen för och emot att tillämpa en viss princip blir ett krav på konsistens omöjligt att uppställa. Tvärtom ligger det i principers natur (dvs. deras funktion) att de kan vara inkonsistenta och att olika principer kan vara motstridiga. Angående uppfattningen att konsistens ingår som ett krav på koherens, se bl.a. Alexy 1998 s. 42 ff. Se även Raz som menar att pluralism inom rätten förmånskar systemets koherens, se densamme 1992 s. 286. Jag när nedan en liknande slutsats, se nedan i avsnitt 2.3.3. Enligt mitt förmenande måste man dock dels förutsätta att rättsliga system präglas av olika konkurrerande värden, dels acceptera att detta inte utesluter att systemet är koherent. Genom att inkorporera principers funktioner inom (den rättsliga) argumentationen torde såväl antagandet att koherens är möjligt trots värdepluralism som påståendet att värdepluralism utmanar systemets koherens vara sanna. Enkelt uttryckt kan väl sägas att ju fler värden som inordnas på en djupstruktur, desto större krav ställs på att skälen preciseras och viktas på ett relevant sätt för att systemet skall anses vara koherent.

stora hela hänga ihop trots att det finns interna konflikter eller motstridigheter. Detta innebär att man inte behöver förutsätta att *alla* regler är rationella eller att det inte förekommer olika motstridiga skäl som måste viktas mot varandra. Normativa system, som t.ex. rättsystem, är visserligen inriktade på att i formellt hänseende vara motsägelsefria. Ett rationellt system är såtillvida ett slags ideal. Däremot kan man inte förutsätta att rättssystemet, med dess olika begrepp och termer, alltid är (helt) rationellt ordnat. Hävdar man motsatsen, tror jag att man underskattar betydelsen av hur problem formuleras och hur lösningar väljs. Detta gäller inte minst med hänsyn till att alla regler måste utgå från språket och hur vi formulerar problem och skäl.⁸⁰ Detta innebär att man måste acceptera att det inte alltid finns lösningar att hämta från ett färdigt system. Då man söker lösningar på olika problem – eller åtgärdar luckor – kommer man däremot att, via argumentationen, söka legitimitet för lösningarna i systemet.⁸¹

Begreppet koherens kan vidare, i den kontext vi nu diskuterar, delas upp i två former. McCormick skiljer mellan *normativ koherens* och *narrativ koherens*, där den förstnämnda relaterar till frågan om det går att rättfärdiga olika utslag eller påståenden inom ett system medan den sistnämnda formen avser hur man utifrån olika fakta kan dra rimliga slutsatser.⁸² Det är den normativa koherensen som jag är intresserad av när det kommer till att undersöka principernas roll i straffrätten.

Normativ koherens inom ett system är intimt knutet till frågan om förhållandet mellan regler och principer. Om man har en uppsättning regler och ställer sig frågan om systemet är normativt koherent, så kommer svaret att bero på om man kan rättfärdiga reglerna utifrån olika principer.⁸³ Raz anger, i sin beskrivning av vad han kallar konstruktiv koherens, att det är viktigt att betrakta

coherence theories of law as those which take a certain base, say court decisions and legislative and regulatory acts, and hold the law to be the set of principles that make the most coherent sense of it. The more unified the set of principles, the more coherent it is.⁸⁴

⁸⁰ Se Bennett 1964 s. 86 ff. Om olika aspekter på språkets betydelse för tolkning och förståelse av (rättsliga) regler, system, strukturer etc., se Andersson 2003 (se särskilt s. 92 ff).

⁸¹ Andersson 2003 s. 14, Larenz 1991 s. 370 ff. och Engisch 1975 s. 134 ff.

⁸² McCormick 2005 kapitel 10.

⁸³ McCormick 2005 s. 192.

⁸⁴ Raz 1992 s. 286.

Principen utgör på detta sätt en brygga mellan å ena sidan de olika reglerna (för mänskligt handlande som man önskar reglera) och å andra sidan det önskvärda tillståndet, värdet eller målet (som man önskar uppnå genom att reglera en viss verksamhet). På samma sätt som ovan sagts om rationalitet är intern normativ koherens ingen garanti för ett rättvist system. Att det finns principer som rättfärdigar, binder samman och förklarar olika komplex av regler i förhållande till ett visst värde, kan naturligtvis inte på något sätt rättfärdiga det värde som utpekas bortom principen. Är det bakomliggande värdet eller målet omoraliskt kan man på detta sätt skapa en omoralisk, men inte desto mindre rationell och koherent, uppsättning av regler och principer.⁸⁵ Detta är kanske något självklart. Det viktiga är dock att uppmärksamma att kravet på koherens innebär ett korresponderande krav på att vara principiell i konkret beslutsfattande. Gottlieb anger sålunda att

(a) principled decision must be based upon some kind of guidance-device which limits discretion. It 'cannot be so flexible as to allow for free wheeling discretion'. A principled decision is (...) a guided decision – rather than a decision which can be justified by a principle but which is not guided by it. It must, moreover, be consistent with prior decisions, for the notions of principle and rationality are inextricably enmeshed; principle demanding that like cases be treated alike.⁸⁶

Raz ger en liknande definition av en renodlad koherensbaserad beskrivning av rätten, vilken inte är beroende av enskilda personers beslut baserade på egna eller andras avsikter eller syften med de olika normerna. Han anger sålunda att

(t)he law of a certain country consists of the most coherent set of normative principles which, had they been accepted as valid by a perfectly rational and well-informed person would have led him, given

⁸⁵ MacCormick 2005 s. 203. Se även Raz som gör en distinktion mellan epistemologisk koherens och den ovan nämnda konstitutiva koherensen. Den förstnämnda, men inte den sistnämnda, är relativ, individrelaterad och subjektiv, vilket förklaras av att den efterfrågar koherens för att rättfärdiga en persons tro om något ("att p"). Testet för konstitutiv koherens är objektivt och handlar endast om kopplingen – skälen – mellan den föregivna basen (det som undersöks när man efterfrågar koherens) och varför en viss uppfattning är mer rationell än en annan. Se närmare Raz 1992 s. 282 ff. Angående epistemologisk koherens, se densamme 1992 s. 275 ff.

⁸⁶ Gottlieb 1968 s. 139.

the opportunity to do so, to promulgate all the legislation and render all the decisions which where in fact promulgated and rendered in that country.⁸⁷

Koherens blir på detta vis ett slags ideal som skapas av rätten som helhet. Koherens blir därmed också något som man kan efterfråga och utvärdera externt och objektivt. Däremot måste en undersökning av koherens alltid ske systeminternt och från den inre synvinkeln. Jag utgår från att det är en form av koherenskrav på principnivå som Dworkin uppställer med vad han kallar *integrity in law*.⁸⁸

Victor diskuterar hur olika funktioner inom straffrätten kan fördelas på olika aktörer, vilka styrs av olika former av rationalitet. Lagstiftaren, som har som sin primära uppgift att omsätta värderingar till normer, styrs av *värderationalitet*. Vidare styrs domaren, som skall tillämpa normerna, av *normrationalitet*. Slutligen kommer de myndigheter som skall verkställa det givna målet att styras av *målrationalitet*.⁸⁹ I samtliga fall handlar det om hur man på bästa sätt uppnår ett visst mål, vilket i sin tur styrs av vad som anses vara förnuftigt på det aktuella området. Härigenom kan man förklara varför olika hänsyn och intressen kan göra sig gällande på olika nivåer i straffsystemet.

Med tanke på undersökningsobjektet i denna uppsats verkar normrationaliteten vara det mest intressanta. Jag tror dock att perspektivet måste vidgas något. Det är inte endast frågan om huruvida de av lagstiftaren fastställda normerna (dvs. de kodifierade rättsreglerna) tillämpas på ett rationellt sätt som är av intresse. Man måste tränga under ytan för att se på hela den underliggande värderingsmässiga basen. Lagtext ger endast en grundläggande struktur för en bedömning av tillämpningens rationalitet. Bakom reglerna finns emellertid andra nivåer som påverkar rationaliteten.

När det gäller att se större sammanhang talar Agell om *systemrationalitet*.⁹⁰ Med denna form av rationalitet syftar Agell på samordningen

⁸⁷ Raz 1992 s. 290. Raz är väl medveten om att beskrivningen utgör en idealiserad bild av rätten och att det inom systemet finns en rad olika exempel på att delarna (inom helheten) inte alls går att härleda tillbaka till principer och skäl som rättfärdigar de olika produkterna. Se Raz s. 292.

⁸⁸ Se och jfr Dworkin 1986 kapitel 6 och 7. När det gäller hur Dworkin ser på *integrity* i samband med lagstiftning anger han explicit att det finns en princip om att de som ansvarar för lagstiftning skall "keep the law coherent in principle", se Dworkin 1986 s. 167. Se även nedan i not 108.

⁸⁹ Victor 1995 s. 63.

⁹⁰ Agell 2002 s. 250.

mellan rättsregler. Frågan är om rättsreglerna är harmoniserade i den meningen att de inte uttrycker motstridiga värderingar eller tekniska lösningar.⁹¹ Enligt Agell kan systemrationalitet överlappa vad som beskrivs som *ändamålsrationalitet*. Med det sistnämnda avses en diskussion om syftena eller ändamålen som de olika rättsreglerna avser att tillgodose.⁹² Härigenom kan man fråga sig vilka syften som t.ex. bör styra påföljdsbestämningen (prevention, rättvisa etc.) och vilka ändamål som bör styra en enskild del av påföljdsbestämningens läran, t.ex. straffmätning, val av påföljd, lösandet av konkurrenssituationer etc. (enkelhet, motsägelsefrihet, logik, rättvisa etc.). Svaren relateras därefter till de funktioner som respektive reglering avser att uppfylla. Med denna form av rationalitet som utgångspunkt kommer varje område att betraktas självständigt.

Jag tror att det nu sagda någorlunda väl fångar vilken typ av rationalitet som jag menar att ett straffsystem måste präglas av. De skäl som anges för lösandet av en viss typ av problem måste överensstämma med den övriga regleringen på så sätt att regleringen är värderingsmässigt koherent och så som långt möjligt logiskt konsistent.⁹³ Det nu sagda utesluter inte att graden av koherens kan variera i olika kontexter. Finns det starka skäl att i vissa situationer skapa undantag eller alternativa synsätt, så kan etablerade principer få vika. Kravet på koherens har inget att göra med att skapa ett estetiskt ”vackert” system eller att förfäktat konservatism. Det ligger i principernas natur att de kan utmanas och övertrumfas. Vad som är av intresse är dock om skälen för att ändra på principerna eller föra in nya värden i ett system är sådana att det kan ske utan att systemets rationalitet sätts i gungning. Inom den straffrättsliga kontexten tror jag att möjligheterna att acceptera svag koherens är begränsade.

Vad som nu har sagts betyder inte nödvändigtvis att man alltid använder sig av samma lösningar och principer. Poängen är att systemet på principnivå måste hänga ihop på så sätt att regleringen inte

⁹¹ Genom att förse beskrivningen med en negation uttrycker Agell egentligen en definition på vad som är irrationellt, dvs. vad som inte är systemrationellt (motstridiga värderingar och motstridiga lagtekniska lösningar). Det är dock klart att vad som åsyftas är att rationalitet bygger på att *skälen* bakom regleringen är samstämmiga och att lösningarna på olika problem leder till likartade resultat.

⁹² Agell 2002 s. 249. Som Agell påpekar kan det vara nödvändigt att skilja mellan slutliga mål (ultimärmål) och delmål (primärmål).

⁹³ Se även MacCormick 2000. Se och jfr även Halpin 2004 s. 4 ff. och Goff 1983.

undergräver sig själv eller leder till olika resultat beroende på var i systemet man befinner sig. Det handlar således uteslutande om (samordning av) *skäl* för rationellt beteende.⁹⁴

2.3 Principernas olika roller på de olika nivåerna

2.3.1 Olika slags principer på olika nivåer

När man studerar principers olika funktioner inom ett givet system kan det vara värt att uppmärksamma att regler kan studeras ur olika perspektiv. Dessa olika infallsvinklar återkopplar till distinktionen mellan regler och principer. Hannu Tolonen har hävdad att skillnaderna mellan olika typer av regler kan undersökas vad gäller

- (i) *giltighet* – villkoren för att identifiera regler och principer,
- (ii) *relevans* – villkoren för att tillämpa regler och principer,
- (iii) *förenlighet* – systematiseringen av en rättsordning.⁹⁵

Även om jag är långt ifrån säker på att Tolonen avsett att denna indelning skulle kunna läggas till grund för den typ av fråga som jag avser att väcka i detta avsnitt, kommer jag att utgå från hans indelning. Jag har funnit att den är värdefull för att illustrera olika aspekter eller synvinklar på förhållandet mellan olika regler. (Regler här avsett som regler i vid bemärkelse). Lika väl som man kan undersöka skillnader mellan olika regler (t.ex. rättsregler och principer) så kan man använda den gjorda uppställningen av olika infallsvinklar för att undersöka ett visst slags regler (t.ex. principer) på olika nivåer.

Om man t.ex. är intresserad av att upptäcka eller uppfinna principer som kan bidra till att förklara ett visst regelkomplex, kommer man främst att intressera sig för hur principer skall identifieras och hur de kan systematisera en rättsordning samt hur konflikter mellan olika regler och principer bäst kan lösas. I t.ex. min avhandling bestod delar av undersökningen av att försöka hitta stöd för en humanitetsprincip som skulle kunna förklara vissa väsentliga delar av påföljdsbestämningsläran. Genom att försöka hitta de olika principerna inom systemet och använda dem för att rekonstruera ett system av regler

⁹⁴ Se Raz 1999 s. 73.

⁹⁵ Tolonen 1991 s. 274 ff.

(en lära) skulle man kunna förklara systemet och utvärdera hur olika konflikter mellan gällande regler och underliggande principer borde hanteras.

Främst är jag intresserad av hur principer fungerar när de används (dvs. Tolonens andra synvinkel – *relevansaspekten*) och närmare bestämt på vilket sätt principer ges relevans på olika nivåer i ett system. Jag återkommer till frågorna om hur man identifierar principer och hur man skall se på frågan om deras giltighet.

Överförd till Tuoris nivåtänkande, så handlar relevansaspekten om att undersöka samspelet mellan principer på djupstrukturerna (djupnivån och den rättsliga kulturen) med utfallet på ytstrukturen.⁹⁶ En tentativ slutsats som kan dras av det hittills sagda är att principer i stor utsträckning finns representerade på alla nivåer av rätten. En regel på ytstrukturen kan utgöra en yttring av en princip som främst befinner sig på en djupare nivå. På ytstrukturen förekommer det dock att principer åberopas eller tillämpas (i t.ex. lagstiftningsprodukter, praxis eller rättsvetenskapliga artiklar och monografier). Använda på detta sätt fungerar principerna mest som ett argument som kan motivera en viss lösning.

Samtidigt tycks rättsliga principer spela en avgörande roll som ett av huvudelementen inom den rättsliga kulturen. De utgör då rättskällor som ges form och expliceras inom doktrinen och andra rättsvetenskapliga arbeten. I denna skepnad fyller principer endast funktionen av att förse olika konkreta beslut och påståenden på ytan med substans i form av skäl. Principer inom den rättsliga kulturen handlar på detta sätt om accepterade skäl som styr ytnivån genom att normativt rättfärdiga den.⁹⁷ Det är såtillvida helt ointressant vilken form principen tar. Det är inte den språkliga formuleringen som valts – av t.ex. en rättsvetenskapare – som avgör om principen utgör en rättskälla, utan istället om skälen förmår att rättfärdiga och förklara vad som sker på ytstrukturen. Rättsvetenskap och dess produkter utgör således inte direkt rättskällor eller institutionella fakta.⁹⁸ Men genom att i sina arbeten fånga upp olika skäl som har betydelse för hur vi tolkar och tillämpar rätten, kan principer inom den rättsliga kulturen skapas vilka i sin tur kan utgöra rättskällor.

⁹⁶ Jfr Tuori 2002 s. 183.

⁹⁷ Tuori 2002 s. 200.

⁹⁸ Se även Tuori 2002 s. 143.

Aktörerna på ytstrukturen (domare, lagstiftaren etc.) måste enligt Tuori ha ”praktisk kunskap” om de djupare strukturerna.⁹⁹ Detta krav kan gärna inte tas bokstavligt – i vart fall inte om man med detta avser att aktörerna skall ha djupare kännedom om hur principerna på djupstrukturerna är formulerade. När det gäller vissa av de principer som utvecklats inom den rättsliga kulturen, och som faktiskt tillämpas på ytstrukturen, kan det tänkas att kännedomen eller kunskapen är i det närmaste underförstådd, intuitiv eller undermedveten. Aktörerna på ytstrukturen utgår från principerna i sin argumentation och sitt sätt att tänka, men principerna finns inte fullt artikulerade inom diskursen på ytstrukturen. Det är kanske mer näraliggande att utgå från att aktörerna (på ytnivån), i användandet av olika skäl, tillämpar bestämmelser och regler på ett sådant sätt att det värderingsmässigt överensstämmer med principernas budskap, och att man på detta sätt bekräftar skälen som bär upp principerna på djupstrukturen. Även om detta inte innebär en fullständig eller djupare insikt i diskursen, så förutsätts att man i sitt agerande (sitt språkspel) refererar till de djupare nivåerna. Detta visar hur man inom den rättsliga kulturen, genom att uppmärksamma yttringarna på ytstrukturen, kan *upptäcka* eller t.o.m. *uppfinna* principer genom att kartlägga och sammanfoga olika relevanta skäl till en böra-norm i form av en princip.¹⁰⁰

Skillnaden mellan om en princip skall anses tillhöra ytan eller den rättsliga kulturen beror således inte på formen utan på innehållet. Åberopad såsom t.ex. rättskälla eller stöd för en slutsats på ytnivån är principen egentligen främst symbolisk. Den fungerar som ett hjälpargument, och behöver egentligen inte utvecklas längre än att någon rättslig aktör åberopar den. Den fungerar i dessa situationer som andra regler på ytnivån. När man jämför dessa yttringar på ytan med principer inom den rättsliga kulturen, upptäcker man att det finns ett samspel. Principer inom den rättsliga kulturen utgår alltid från olika fragment och beståndsdelar på ytnivån, och kopplar samman dem till en regel som kan fungera som rättskälla. Dvs. det materiella innehållet i *normen* (”om, så”), *skälen* bakom den deontiska operatoren samt *adressaten* finns att hämta på ytstrukturen.¹⁰¹ Såsom rättskälla inom den rättsliga kulturen är principen formlös och består av en

⁹⁹ Tuori 2002 s. 210.

¹⁰⁰ Ett exempel på en sådan princip är humanitetsprincipen, som jag berört i ett annat sammanhang, se Ulväng 2005 s. 102 ff. Angående möjligheten att upptäcka och uppfinna principer, se Jareborg 2003.

¹⁰¹ Tuori 2002 s. 193.

sammanfattning av skäl som drar i en viss riktning och utifrån vilka man kan förklara och rättfärdiga något. Detta synes mig till stor del överensstämma med Webers beskrivning av vad han kallade *logical interpretation of meaning* och vilket utgjorde det tredje steget i hans systematisering av rättsliga normsystem. Han beskrev detta som att

only that abstract method which employs the logical interpretation of meaning allows the execution of the specifically systematic task, i.e. the collection and rationalisation by logical means of all the several rules recognised as legally valid into an internally consistent complex of abstract legal propositions.¹⁰²

Av detta följer att vi endast har tillträde till de djupare strukturerna genom det material som finns på ytnivån.

Hur uppstår då principer inom den rättsliga kulturen? Enligt Tuori utgörs principer inom den rättsliga kulturen av skäl som finns representerade och accepterade inom den diskurs som förs inom den rättsliga kulturen. Genom lång tids producerande (och reproducerande) av rätten, så kommer vissa skäl, värden och normer att "sätta sig", och på detta sätt "sjunka ned" från ytnivån till de djupare nivåerna. Genom att skälen blir accepterade och giltiga utkristalliseras olika skäl eller hänsyn på en annan diskursiv nivå. Frågan är dock hur denna process ser ut i realiteten.

Det faktum att rättsvetenskapare pratar om vissa principer innebär *inte* – enligt Tuori – att ett skäl nått nivån för den rättsliga kulturen. Jag tror att han har rätt i detta. Att rättsvetenskapare namnger ett antal principer kan inte vara tillräckligt för att hävda att principerna är identifierade.¹⁰³

¹⁰² Weber 1978 s. 657.

¹⁰³ Det kan i sammanhanget tilläggas att antalet principer eller deras tillämpningsområde inte har någon betydelse för om de har relevans i systemet eller i övrigt är giltiga principer. Om man t.ex. förskräcks över att det finns 13 grundprinciper på ett område – samt att dessa kan dubbleras genom att uppställa motprinciper till respektive princip – så behöver florin av principer inte vara något som luckrar upp systemet eller äventyrar kraven på rationalitet eller koherens. Annorlunda uttryckt: ett stort antal principer och metaprinciper behöver inte innebära att systemet inte hänger ihop. Metaprinciper kan vara utskott av en större princip och endast tjäna syftet av att förtydliga någon aspekt av den större principen. I andra fall kan det tänkas att vad som kallas en princip på ytan egentligen endast är en tumregel som anger hur man bör göra för att värna (den egentliga) principen inom systemet. Sätillvida kan t.ex. en muntlighetsprincip eller omedelbarhetsprincip inom processrätten kanske beskrivas som tumregel för hur man

För att man skall kunna tala om en princip inom den rättsliga kulturen torde det krävas att man når någon form av konsensus rörande skälens relevans (normativt, begreppsligt och värderingsmässigt). När således majoriteten av aktörerna accepterar eller erkänner principen som en del av den rekonstruerade rätten, så kan principen sägas vara accepterad inom ramen för den rättsliga kulturen. Det handlar således om en gradvis process, där man successivt låter vissa skäl påverka beslutsfattande och argumentationen i så stor utsträckning att det till slut förutsätts att skälen är relevanta. Härigenom torde det stå klart att principer inom den rättsliga kulturen är föremål för en dynamisk process och att de således kan ändras eller t.o.m. upphöra att ha betydelse och ersättas av andra principer. Skillnaden mellan en princip på djupstrukturen och regler på ytan är att det tar betydligt längre tid att förändra skäl inom den rättsliga kulturen. Att skäl har kommit att accepteras och förankras inom den rättsliga kulturen innebär att de ingår i den diskurs – eller det språkspel – som finns representerad där. Det är inte, på samma sätt som på ytnivån, möjligt att ändra förutsättningarna för hur skäl anses böra påverka vår argumentation. De i principerna uttryckta skälen finns – enligt vad som sagts ovan om kraven på koherens och rationalitet – förankrade eller kopplade till andra principer och inte minst i de begrepp vi använder för att systematisera olika problemkomplex och hur vi löser dem. Begreppens utformning och innebörd innebär att det blir svårt att prata om vissa typer av problem eller lösningar som inte överensstämmer med de skäl som finns uttryckta i principerna. I vart fall kommer det att krävas en relativt lång tid av förändring innan man kan säga att principen har modifierats.

Detta leder oss till djupstrukturen. När vissa givna skäl, hänsyn, eller värden identifierats på systemets botten, visar det sig att det är nästintill omöjligt att diskutera ett rättsligt institut inom den rättsliga kulturen utan att hänföra sig till principerna. Skälen, principerna etc. har därigenom nått ned till djupstrukturen. Vad som nu har beskrivits visar hur oerhört diffusa gränserna mellan de olika nivåerna är.

Jag skall försöka belysa det sagda med ett exempel hämtat från straffrätten – *proportionalitetsprincipen*. Antag att man letar efter stöd

upprätthåller en rättsskydds- eller rättssäkerhetsprincip. För att klassas som en princip krävs ju, enligt vad jag diskuterat ovan, att den tydligare är knuten till ett bakomliggande värde, mål eller syfte. Muntlighet eller omedelbarhet kan inte vara ett värde i sig, men det kan vara lämpliga medel (primärmål) för att åstadkomma det bästa bevismedlet och därigenom tillskapa rättsskydd och rättssäkerhet (ultimärmål).

för en straffrättslig proportionalitetsprincip och dess närmare innehåll. Principens grundbudskap är endast att det skall råda proportion mellan brott och straff, men med denna formulering är principen i alla avseenden "broad, general and unspecific".¹⁰⁴ Letar man efter principens innehåll öppnar sig emellertid en rik flora av skäl. Som redan sagts är det främst på ytan som vi kan se avtrycken av principen. Man kommer där finna att det är tämligen enkelt att hitta fragment av en regel som föreskriver ett proportionalitetsförhållande. Av BrB 29:1 framgår t.ex. uttryckligen:

Straff skall, med beaktande av intresset av en enhetlig rättstillämpning, bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde.

Vid bedömningen av straffvärdet skall särskilt beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han haft.

Av detta följer att straff skall bestämmas utifrån brottslighetens straffvärde, och straffvärde utgör ett begrepp som används för att uttrycka ett mått på hur allvarligt man ser på brottet (brottets svårhet). När domstolar därefter i sitt dagliga arbete tillämpar denna bestämmelse, kommer proportionalitetsprincipen till uttryck i den konkreta straffmätningen (och till viss del i valet av påföljd). Det finns åtskilliga belägg och uttryck för en dylik proportionalitetstanke, och inte sällan anges i olika rättskällor att straffrättssystemet bygger på ett slags proportionalitetstänkande. Att identifiera dylika belägg på ytan skapar, som ovan sagts, ingen princip inom den rättsliga kulturen. Begreppen straffvärde och proportionalitet måste elaboreras och expliceras. Vad betyder då de olika begreppen som skapar rekvisiten för en straffvärdebedömning? Vad menar vi egentligen med att något är proportionellt?

Inom den diskurs som ständigt pågår och utvecklas inom bl.a. rättsvetenskapen kommer man att söka förklaringar till hur olika förhållanden kan uttryckas och vilka faktorer som är relevanta när vi bedömer vad som är mer eller mindre straffvärt. Straffvärde anses utgöra en funktion av begreppen skada och skuld, vilka är preciserade

¹⁰⁴ Se ovan not 18.

och avgränsade på olika sätt. Inte heller en sådan definition i t.ex. förarbeten eller doktrinen är tillräckligt för att man skall hävda att principen nått ned i den rättsliga kulturen.

Om man däremot föreställer sig att man undersöker hur straffvärde mäts, och därmed vad som normalt anses utgöra skada, fara, kränkning och skuld, börjar man dock närma sig en princip på en djupare nivå. Det handlar inte endast om att inkludera alla tänkbara omständigheter som skulle kunna anses utgöra skada (eller påverka skulden etc.), utan i lika hög grad om vad som *inte* anses utgöra relevanta omständigheter. Man söker således hitta olika omständigheter som utifrån någon måttstock utgör relevanta eller irrelevanta omständigheter. Man har t.ex. ett slags idé om vad som utgör skada, och det är att det hotar ett relevant (skydds)intresse samt att detta intresse för tjänar rättsordningen skydd. Vi bryr oss således endast om huruvida en gärning orsakat en förändring i detta intresse som värderas negativt, och om vi därtill kan klandra gärningsmannen för något som har hänt. Om vi på detta sätt söker utmäta straff utifrån proportionalitetsbegreppet framgår att den enda relevanta formen av proportionalitet är den retrospektiva. Vi kan inte prata om en utvärdering av en redan inträffad skadlig gärning i prospektivt hänseende.¹⁰⁵

Eftersom skuld utgör en stor del av straffvärdebegreppet, som styr bedömningen av vad som skall anses vara proportionellt, kommer vi att från de relevanta omständigheterna avskilja sådana delar av ett händelseförlopp som gärningsmannen inte själv har orsakat eller kan klandras för (aggregerade skadeverkningar, omständigheter som inte är täckta av skuld etc.).

Likaså kommer vi efter hand att märka att vad som intresserar oss främst är kvalitativa skillnader och inte kvantitativa. När vi pratar om något som mer eller mindre straffvärt, så menar vi att det går att uppfatta en kvalitativ skillnad. Vi uppfattar inte att det finns en relevant skillnad mellan att stjäla något värt 200 kr och något värt 300 kr. Inte heller behöver det vara skillnad på att stjäla något värt 250 000 kr och 300 000 kr. Givet är dock att det finns en signifikant kvalitativ skillnad mellan situationen att det stulna är värt 200 kr och

¹⁰⁵ Det är givetvis fullt möjligt att fråga sig om något är proportionellt i prospektivt hänseende, men då har vi släppt relationen mellan handling och skada, skuld etc. Istället fokuserar man då på relationen mellan något och en framtida situation (t.ex. nödvändigheten av en viss åtgärd i relation till en framtida fara). Angående förhållandet mellan retrospektiv och prospektiv proportionalitet, se Asp 2007a.

att det är värt 300 000 kr. Samtidigt är det så att det aldrig går att hitta kriterier för när något utgör kvalitativa skillnader och när det inte gör det, varför man måste precisera principen till att handla om relativ proportionalitet.

Inga av dessa slutsatser som nu diskuterats följer omedelbart av de ytringar som vi först kan identifiera på ytnivån. Genom att undersöka hur olika faktorer styr och begränsar oss i vad vi anser vara relevanta skäl, utkristalliseras emellertid efter hand en proportionalitetsprincip som finns formulerad inom den rättsliga kulturen, dock aldrig på det explicita sätt som följer av ett enkelt lagrum (t.ex. BrB 29:1–3). Med Tuoris sätt att beskriva saken, skulle man kunna säga att de skäl som anses vara relevanta för hur vi skall uppfatta proportionalitet har sedimenteras ned till den rättsliga kulturen, där de till slut har format en princip som anger vad det innebär att vara proportionell och vad det är som bör beaktas för att straffbestämning skall blir proportionell. Man skall inte glömma att något slags proportionalitetstänkande har funnits representerat inom straffrätten sedan i vart fall den moderna straffrättens uppkomst i början av 1800-talet, men att det kanske är först nu som vi har tydliga kriterier och normer för hur vi skall mäta de omständigheter som anses vara relevanta. Sedimenteringsprocessen och framväxten av en princip kan således ta lång tid.

Under denna nivå av en rättslig kultur som utmejslar begrepp, läror och principer för vad som skall anses vara relevanta respektive irrelevanta skäl, kan man därutöver urskilja vissa grundläggande värden och föreställningar som vi i vår argumentation tycks ta – mer eller mindre – helt för givna för att kunna prata om principen och den begreppsapparat som behövs för att kunna precisera principen. Att endast människor kan klandras, att vi inte accepterar strikt ansvar utan kräver att någon form av förmåga och tillfälle att rätta sig efter lagen funnits eller att det inte går att tala om en absolut proportionalitet, kan vara sådana element som ligger på en djupnivå av *vår* föreställning av vad proportionalitet innebär. Därmed är det naturligtvis inte sagt att man inte inom andra normativa system kan tänka sig att klandra djur, företag eller människor utifrån en princip om t.ex. strikt ansvar. Men då talar vi om andra principer och om andra skäl.

Om denna beskrivning är någorlunda korrekt, kommer de värden, skäl och hänsyn som finns identifierbara inom djupstrukturen att komma till uttryck i ett flertal olika principer. Detta visar hur intimt förknippade principerna kan vara med varandra. Vad som uttrycks på djupstrukturen är grunden för bl.a. *proportionalitetsprincipen*, *konfor-*

mitetsprincipen och *skuldprincipen*. Annorlunda uttryckt: principer på ytstrukturen och inom den rättsliga kulturen smälter samman till mer grundläggande utgångspunkter och antaganden om hur ett rättvist straffsystem bör vara utformat och fungera. Sådana normer, försedda med den modala termen bör, kan givetvis också beskrivas som principer, men de handlar om mer fundamentala principer som styr den värderingsmässiga utgångspunkten för övriga delar av systemet. Om man så vill, kan man kalla dessa principer värdeprinciper.¹⁰⁶

Vad som gör Tuoris nivåuppdelning så förtjänstfull när det gäller att analysera principer och deras funktion inom juridiken, är att den avslöjar hur principer kan fungera inom ramen för hur vi konstruerar och löser problem på just olika nivåer. Etiska grundläggande värden eller normer utgör en grundförutsättning för att en juridisk handling (ett påstående, beslut, en dom, en tes inom doktrinen etc.) skall vara rationell. Det bör observeras att Tuori inte är ensam om att uppmärksamma denna funktion hos argument och principer på djupare nivåer. MacCormick har (numera) en liknande uppfattning. Han anger att

every statement of law, both in judicial justifications and in doctrinal commentaries, rests on an implicit and often on an explicit and articulated interpretative argument. Such arguments presuppose, and often articulate value systems and value judgements. The values deployed in good legal reasoning are not merely idiosyncratic to judge or advocate or doctrinal lawyer; they derive from the system itself and from reflections on its inherent principles. The practice of interpretative reasoning with reference to values deemed implicit in the system interpreted is itself a conventional one, and it contains ... truth-determining process.¹⁰⁷

Förmodligen är det också denna typ av sedimenterade skäl som Dworkin menar skall användas när domaren har att finna ”den bästa tänkbara lösningen” när han skall lösa svåra fall.¹⁰⁸ Man måste beakta

¹⁰⁶ Se och jfr Peczenik 1995 s. 444 ff.

¹⁰⁷ MacCormick 2005 s. 77.

¹⁰⁸ I sin beskrivning av *integrity* uppmärksammar Dworkin att domaren i sin tolkning alltid måste betrakta de normer han skall tillämpa ur ett kontextuellt perspektiv. I sin *Chain Novel*-liknelse beskriver Dworkin hur varje domare i sitt konkreta beslutsfattande

att de skäl som uttrycks genom principen på bästa tänkbara sätt överensstämmer med de skäl som ligger till grund för de generella principerna. Annorlunda uttryckt: det handlar om att försöka uppfylla kravet på värderingsmässig koherens.

Med hjälp av nivåmetaforen tycks det som att vi har fått en förklaring till varför vissa författare inte uppfattar principer som kommer till uttryck i lagtext såsom en kodifiering av ens några aspekter av principen.¹⁰⁹ Det beror helt enkelt på att principen – såsom rättskälla – befinner sig på en annan nivå i argumentationen, och på denna nivå tar den sig inga uttryckliga former. Det går helt enkelt inte att formulera principen på ett fullständigt sätt som skulle täcka hela dess budskap. Däremot är det ju fullt möjligt att i olika situationer, t.ex. i rättsvetenskapliga arbeten, formulera principen på olika sätt. Varje formulering av principen i text utgör dock endast ett exempel på hur principen kan beskrivas. Varje enskilt bidrag – i formen av en produkt – till hur principen ser ut eller kan beskrivas utgör dock endast en vågrörelse på ytan.

Vidare förefaller det som att vi har en förklaring till varför Jareborg menar att principer kan *upptäckas* eller *uppfinnas*.¹¹⁰ Genom att principer inom den rättsliga kulturen utgörs av kluster av skäl, kan man givetvis genom att tolka eller undersöka ytan, sammanföra olika

är skyldig att välja den bästa tänkbara tolkningen, vilket ställer krav på att dels beakta vad som utgör den mest lämpliga tolkningen, dels att vidareutvecklingen av normen ingår som ett led i en kontinuerlig anpassning av normens ändamål. Det senare innefattar såvitt jag uppfattar det, ett krav på koherens i användningen av skäl, vilket implicerar en bundenhet som begränsar domaren i sin möjlighet att tolka lagen. Se och jfr Dworkin 1986 s. 220–232. Vad som förblir oklart för mig är hur Dworkin identifierar de principer som skall vägleda den kontinuerliga utvecklingen och som leder till den bästa tolkningen. Det förefaller vidare som att koherenskravet i Dworkins tappning är något som resulterar i en enhetlig, monistisk uppsättning av normer. Allt bygger, mer eller mindre, på samma princip(er). Med svenska utgångspunkter ger Dworkins beskrivning en för opreciserad bild av vilka normer som beslutsfattare är normativt bundna av, och jag tror personligen att det finns ett problem med att utgå från att de olika värden och principer som skall inordnas koherent i systemet är så förenade och enhetliga som Dworkin tycks mena. De exempel han ger på hur *integrity* fungerar visar att det främst är generella värden som "justice" och "fairness", formulerade i etiska maximer eller rättigheter, som ger svar på vad den bästa tolkningen är. Avsaknaden av en motsvarighet till en rättslig kultur och det förhållandet att det främst tycks handla om att i efterhand rättfärdiga en utveckling externt (istället för att vägleda domare i konkret beslutsfattande inom systemet), ger vid handen att den normativa bundenheten blir otydlig. Raz kommenterar Dworkins syn på koherens i Raz 1992 s. 315 ff.

¹⁰⁹ Jfr ovan i not 45.

¹¹⁰ Jareborg 2003.

skäl och skapa en regel enligt mönstret ”Om X, så *bör* Y”. Att vi fick kännedom om de olika beståndsdelarna genom att undersöka ytan är ju, som ovan sagts, det enda sättet att varsebli vad som finns på de djupare nivåerna.

Huruvida principen utgör en god sammanfattning av skälen inom den rättsliga kulturen kommer i sin helhet att bero på om man lyckats finna sådana skäl som på ett bra sätt förklarar eller rättfärdigar en viss ordning. I sådana fall där man dessutom är oklar över hur man bör hantera en viss utvecklingslinje eller fråga på ytnivån, kan den sammanfattade principen ge vägledning.

2.3.2 *Samspel och växelspel*

Av vad som har sagts hittills tycks det finnas ett intimt samspel mellan principer såsom de används på ytan och inom den rättsliga kulturen och djupnivån. Ytan förser de djupare nivåerna med byggstenar, och de djupare nivåerna rättfärdigar och förklarar hur ytan skall förstås. Det finns här en uppenbar koppling till hermeneutiken och den tolkningsverksamhet som denna lära beskriver.¹¹¹

Som redan sagts torde det vara hart när omöjligt att försöka förstå något av vad som sker på ytan om man inte har någon slags förståelse för hur systemet är organiserat på en grundläggande nivå. Såväl principer som andra konstruktioner (system, läror, begrepp, ideologier etc.), som utvecklats inom den rättsliga kulturen, skapar en förförståelse för hur vi skall förstå materialet på ytnivån. Utan denna förförståelse, är det i praktiken omöjligt att förstå eller beskriva en rättslig verksamhet.

När t.ex. ny lagstiftning införs på ytstrukturen, bygger denna oftast på ett slags ändamålsrationalitet (mål/medel-relation). Därefter tar den rättsliga kulturen över och utvärderar den nya materian kritiskt. Principerna utgör här måttstocken, metareglerna och skälen som kan förklara och förstå den nya materian (på ytstrukturen) på ett visst sätt. Den kritiska utvärderingen (rättfärdigande, förklaring och kritik) bygger på en annan slags rationalitet – systemrationalitet. Kritiken är i detta avseende vertikal.¹¹²

Växelspelet mellan de olika nivåerna kan således gå i båda riktningar. Förändringar på ytan kan gradvis tränga ned i den rättsliga kulturen och ändra på våra uppfattningar om vad som utgör relevanta skäl för

¹¹¹ Tuori 2002 s. 143.

¹¹² Tuori 2002 s. 316.

eller emot att göra något. Samtidigt kan grundläggande uppfattningar på de djupare nivåerna i allra högsta grad påverka hur vi tolkar det som sker på ytan, och vid konflikter kan man lägga den rättsliga kulturens begrepp, principer etc. till grund för en kritik av ytan.

Vad som nu har sagts påvisar att det torde finnas en stark dynamik mellan de olika nivåerna och att skäl kan vandra upp och ned i de olika nivåerna av rätten. Ursprunget till nivåmetaforen hämtade Tuori från olika historiska och sociologiska arbeten, där ett av syftena med att beskriva ett system eller en utveckling i olika nivåer var att fånga just det förhållandet att förändringar på ett område kan ske med olika hastighet på olika nivåer av ett och samma system.¹¹³ Således kan det vara intressant att studera hur vissa hänsyn kan identifieras först som enstaka beslutsskäl eller icke-artikulerade normskäl, för att därefter tillsammans med andra former av beslut vävas samman till ett mönster. Efter att en praxis etablerats, kan man upptäcka hur skälen för denna ordning blir mer och mer allmängiltiga. Parallellt med denna utveckling kan det förmodas att dessa mönster och argumentationsformer har fångats upp inom doktrinen och formulerats som regelbundenheter eller t.o.m. principer. Först då kan man börja tala om att principen har nått den rättsliga kulturen.

Som påpekats producerar inte rättsvetenskapen några bindande normer, och man kan inte heller säga att principer formulerade inom rättsvetenskapen per automatik tillhör den rättsliga kulturen. Att flera författare inom rättsvetenskapen t.ex. talar om en humanitetsprincip inom straffrättens påföljdslära, innebär således inte att lagstiftaren är bunden av denna (varken till sin formulering eller till dess innehåll). Däremot kan principer utgöra rättskällor om de kan identifieras. Det finns därför ett behov av att kunna identifiera principer (på annat sätt än att de är identifierade i litteraturen eller doktrinen).

Vi återvänder därför till Tolonens distinktioner, och närmare bestämt frågan om hur man avgör om en regel eller princip är giltig. Enligt Tolonen används två kriterier för att fastställa giltigheten. Dels den materiella relevansen eller värdet av normen (*substantive significance or worth*), dels kravet på stöd hos institutionella organ (*institutional support*).¹¹⁴ Vid sidan av frågan huruvida principen har relevans för de materiella reglerna, skulle det således finnas ett krav på att

¹¹³ Tuori 2002 kap. 6.

¹¹⁴ Se Tolonen 1991. Denne har lånat begreppet *institutional support* från Dworkin. Se Dworkin 1977a s. 66 ff.

systemets institutioner (representanter, organ etc.) stödjer principen, om inte annat än på så sätt att det går att identifiera en princip genom att finna den inom en rättslig tradition.¹¹⁵ Med andra ord: principen måste utgöra en rättskälla. Det är värt att notera att detta innebär att principer hämtar sitt berättigande i rättskällor och samtidigt själva utgör rättskällor. Men enligt Tuori är principer som rättsliga normer inte exakt detsamma som principer som rättskällor. Om man diskuterar identifieringen av olika regler, så behandlas rättsprinciper som preciserade regler (normer) inom den befintliga regelnivån. När principer fungerar som en rättskälla betonas istället deras funktion som underbyggande normativa element för regelnivån.¹¹⁶ Detta kan ske genom att principen kan identifieras i förarbeten, rättspraxis eller doktrin.¹¹⁷ Parentetiskt kan sägas att om identifieringen av principer görs på detta sätt, så kan det sättas ifråga hur "institutionellt" stödet för principen är. Frågan är om det inte ligger sanningen närmare att hävda att principen skall kunna identifieras inom den rättsliga argumentationen.

Poängen med det nu sagda är att vi – för att tillfredsställa de olika krav som finns ifråga om identifiering – måste kunna identifiera en princip i de olika rättsliga institutionernas sätt att handla. Jag tror att detta är möjligt om man med identifiering menar att olika regler kan förklaras och rättfärdigas av principen samt att man i olika sammanhang i rättskällorna har givit uttryck för de värden, intressen eller mål som principen syftar till att tillgodose och uppnå.

Jag har i ett annat sammanhang försökt beskriva hur ett slags humanitetstänkande växte fram inom straffrätten främst som en reaktion på den grymma medeltida straffrätten, och hur sådana hänsyn mycket gradvis kom att bli både accepterade och relevanta skäl inom den rättsliga kulturen och till slut djupnivån. Som sagts ovan, kan en humanitetsprincip därigenom ha upptäckts (dock inte av mig) genom att man förenade de skäl som talar för att straffrättssystemet

¹¹⁵ Se även Dworkin, som menar att frågan om huruvida det finns *institutional support* (för t.ex. en princip) utgör en gradfråga, vilken påverkas av hur mycket stöd man kan hitta i olika rättskällor. Han avvisar dock bestämt tanken på att en igenkänningsregel skulle kunna hjälpa oss att identifiera vad som utgör en princip. Det sista talar för att Dworkin lägger avgörande vikt vid den relativa styrkan hos skälen att följa principen och inte principens formella ställning inom ett system. Jag är inte övertygad om att Hart egentligen avsåg något annat. Se och jfr Dworkin 1977a s. 44 och 71 f.

¹¹⁶ Se Tuori 2002 s. 178 f.

¹¹⁷ Tuori framhåller dock att principer utvecklade inom doktrinen inte i sig uppfyller kravet på institutionellt stöd, Tuori 2002 s. 179.

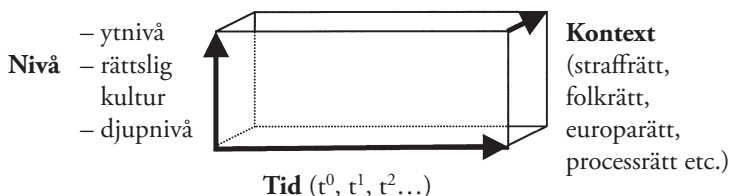
på olika sätt bör bejaka och sträva efter ett ideal av att vara humant. Utvecklingen kan studeras över tid, där man kan se ett tydligt samspel mellan en liberalt präglad samhällsutveckling som påverkade grundförställningarna om hur människor bör behandlas, och förändringar i lagstiftning och praxis på ytan.¹¹⁸

Jag tror på samma sätt att den snabba utvecklingen som sker inom den internationella rätten visar att många rättsliga system ingalunda är så interna och självständiga som man ibland föreställer sig. Uppenbara influenser på den svenska nationella straffrätten kan idag ses komma från EKMR och det EU-rättsliga samarbetet. Ytan har kompletterats med såväl aktörer som beståndsdelar som måste inordnas och tolkas inom ramen för den rättsliga (straffrätts)kulturen. Detta är ingalunda någon enkel process att beskriva och införandet av nya skäl i ett redan existerande normativt system behöver ingalunda vara friktionsfritt. Påverkan sker dels horisontellt i en hermeneutisk process som i sin tur är beroende av en tidsmässig utveckling (tids- och nivådimension). Parallellt med denna utveckling sker hela tiden en interaktion med andra discipliner och rättssystem som påverkar vår uppfattning och våra tolkningar av principernas betydelse och innehåll (kontextuell dimension).¹¹⁹ Inom den senare dimensionen är det fullt tänkbart att principer (eller delar av dessa) antingen inkorporeras från andra rättsområden till det straffrättsliga normsystemet eller att skäl, värden och hänsyn exporteras från straffrättens område till andra discipliner (och därmed kanske upphör att ha betydelse såsom straffrättsligt relevanta omständigheter).

En intressant fortsättning på Tuoris nivåmetafor (uppfattad som en beskrivning av systemets kausala processer) skulle därför vara att ställa upp en tredimensionell bild, där man skulle kunna fånga såväl tidsdimensionen som en kontextuell dimension som sorterar de olika disciplinernas verksamhet (såväl de nationella som de internationell). En sådan tredimensionell nivåmetafor skulle kanske kunna fånga den inre dynamiken inom ett normativt system såsom rätten).

¹¹⁸ Angående kopplingen mellan å ena sidan upplysningstiden och liberalismens framväxt och å andra sidan de grundläggande värdena som finns identifierbara på djupstrukturen, se bl.a. Hassemer 2000 s. 76 f.

¹¹⁹ Beträffande betydelsen av andra rättsområdets uppfattning om olika principers innehåll och dess inflytande och betydelse för den straffrättsliga innebörden av motsvarande principer, se närmare Greve 2008 s. 109 ff.



2.3.3 *Bundenhet och giltighet*

Jag skall i detta delavsnitt övergå till frågan om huruvida den beskrivna bilden av skäl fångade på olika nivåer har någon som helst praktisk betydelse. Annorlunda uttryckt: alldeles oaktat att det går att hitta nedärvda eller sedimenterade skäl som finns upptagna inom en rättslig kultur eller en annan djupnivå, har detta någon som helst betydelse för hur lagstiftare eller domare får, kan, skall eller bör agera på ytan? Om det finns begränsningar, vad är det i så fall som binder aktörerna? Till sist: hur stark är den eventuella bundenheten till principerna på de djupare nivåerna?

I en diskussion om bundenhet är perspektivet delvis annorlunda än det som har diskuterats i föregående avsnitt (jfr ovan under 2.3.2). *Bundenhet* inom ett system förutsätter att man utgår från ett bestämt system vid en given tidpunkt. Nivåmetaforen används därför fortsättningsvis för att åskådliggöra ett begreppsligt system med olika slags skäl skiktade på olika nivåer.

Som en utgångspunkt kommer jag – kanske inte helt förvånande – att hävda att principer påverkar och begränsar beslutsfattare (både lagstiftaren och domaren) i utövandet av sitt fria skön vid tolkning av regler. Jag vill vidare hävda att denna bundenhet förmodligen är mycket större än vad som först verkar vara fallet. Jag skall försöka utveckla detta något, och får därmed anledning till att återkomma till kraven på rationalitet och koherens inom olika normativa system (se ovan under 2.2).

Det står inte varje politiker eller domare fritt att hantera olika element på ytan hur som helst. Givna begränsande regler finns uttryckta i olika kompetensregler och pliktregler som anger vad respektive aktör på ytan får och skall göra. Detta är elementärt. Lika klart är det att pliktregler och kompetensregler kan ändras, och därmed torde en förändring – sett strikt logiskt – kunna ske så länge som den som vill förändra något har kompetens att göra detta. Vad jag nu har beskrivit

är en form av brutal rättspositivism, vilket skulle utgöra en alldeles för enkel beskrivning av förhållandet mellan principerna på de olika nivåerna. De olika aktörerna på ytan måste anses vara begränsade av olika element som tillhör de djupare nivåerna (framförallt principerna). Att det förhåller sig på detta vis är givetvis ingen ny tanke.

Ett välkänt problem med en alltför renodlad rättspositivism är att den riskerar att bli gränslös. Om man aldrig är bunden av annat än "lagen" (i form av konkreta lagar eller prejudicerande rättsfall), så skulle man egentligen kunna åstadkomma vilka förändringar av gällande rätt som helst så länge dessa sker i enlighet med de föreskrifter som gäller för lagstiftning. I så fall skulle man i mångt och mycket förlora en måttstock för en intern kritik av rätten.¹²⁰ Externt kan systemet och rätten kritiserars från olika synvinklar och då främst från ett moraliskt håll, och kanske måste man föreställa sig tämligen radikala förändringar av rätten för att en moralisk kritik skulle bita på förändringar inom det rättsliga systemet. Många exempel som diskuteras av rättsteoretiker handlar om utvecklingen av rätten i olika totalitära stater. En kritik behöver emellertid inte avse extrema förändringar av gällande rätt (som t.ex. det orimliga i att införa dödsstraff, nazistiska raslagar o.dyl.). När man använder exempel med barbariska system och extrema rättsordningar fångar man måhända på ett retoriskt bra sätt kärnan i problemet. Men om man – som jag – är intresserad av en normativ kritik av det rådande systemet kan man sällan påvisa nyanser i förändringar genom att ta till storsläggan. Kritiken mot olika förändringar på ytan kan vara – och är normalt sett – mycket mer subtil. Det handlar i så fall om att uppfatta och utvärdera smärre förskjutningar på ett område och analysera huruvida dessa är förenliga med den uppsättning skäl och principer som bygger upp systemet underifrån. De förändringar som sker är oftast inte radikala. De sker normalt sett inte heller särskilt snabbt. Snarare handlar det om gradvisa ändringar i regler, genom skapandet av fler och fler undantag, eller en försiktig förändring i tolkningen av redan existerande rätt. Att domstolar uppvisar en benägenhet att tolka eller tillämpa en bestämmelse på ett visst sätt kan kritiserars från olika utgångspunkter. När lagstiftaren förändrar (en del av) lagen, kan detta föranleda vissa konsekvenser på andra områden som inte är önskvärda och kanske inte ens förutsedda. Kritiken kan sålunda avse såväl lagens innehåll som tolkningen av lagen.

¹²⁰ Se bl.a. Tuori 2002 s. 142.

Varifrån hämtar man då argument för sin kritik? Svaret tror jag, till icke obetydlig del, är just i principerna. Principerna utgör den interna – och externa – kontakten och utvärderingsinstrumentet mellan ”rätten” och omgivande normer, däribland grundläggande moraliska överväganden. När man tillämpar principer så visar sig det moraliska innehållet i ett samhälle, och det är genom principerna på djupnivån och inom den rättsliga kulturen som de moraliska skälen kommer in.¹²¹ Rätten är inte (helt) autonom, och vad Hart (och inte minst Kelsen) inte uppmärksammade tillräckligt i sina beskrivningar av förhållandet mellan rätten och moralen är bl.a. *hur* moralen kommer in i ett positivistiskt system.¹²² Om man har principerna på de djupare nivåerna av rättssystemet, så kommer man att kunna urskilja ett korsvis vävt nät av skäl som på olika sätt styr argumentationen. Om man drar i en ände, så påverkas helheten. Man kan inte föra in vad som helst på ytan och tro att det inte lämnar avtryck eller får konsekvenser på de djupare nivåerna. Det blir i vart fall svårare att hävda att systemet hänger ihop eller framstår som begripligt. Detta leder oss tillbaka till koherenskravet.

Som jag har försökt att förklara i avsnitt 2.2 förutsätter en normativ rättslig ordning att systemet ”hänger ihop” – dvs. präglas av koherens. När man undersöker om ett system är koherent, så utgår man dels från (övriga) regler, dels från principerna. Om man tillämpar MacCormicks distinktion mellan konsistens och koherens, skulle man kunna säga att koherenskravet främst är kopplat till principer, medan regler därutöver måste vara konsistenta. Motsägelsefulla regler kan leda till konkurrens- eller kollisionfall som måste lösas med hjälp av bl.a. principer.

Koherens betyder *kongruens på principnivå*. Att undersöka principers förenlighet med materian på ytstrukturen (och vid behov kritisera ytstrukturens utfall p.g.a. bristande koherens), utgör ett slags *abstrakt normkontroll*.¹²³ Detta innebär samtidigt att man måste vara observant på hur principer fungerar inom rättslig argumentation och systemtänkande. Att man inte följer en princip behöver inte

¹²¹ Tuori 2002a s. 212 f.. Se även Tuori 2002 s. 198.

¹²² Detta skall inte uppfattas som att jag därmed anser att Dworkin har en poäng i påståendet att det inte är möjligt att göra någon skillnad mellan rätten och moralen, se och jfr Dworkin 1977a s. 46. Tvärtom tror jag att man måste beakta den rättsliga normordningens särart. Rätten är en mycket speciell form av institutionaliserad moral, se även Tolonen 1991 s. 278.

¹²³ Jfr Tuori 2002 s. 229.

vara systemvidrigt – tvärtom. Precis som regeltillämpning präglas användningen av principer, om än i ännu högre grad, av skapandet av undantag genom att principens skäl modifieras. Förutsättning för en sådan utveckling är dock att de skäl som styr utvecklingen är bättre än andra handlingsskäl.

Här tycks det som att jag hamnat i ett dilemma. Å ena sidan har jag hävdat att rättsliga aktörer på ytan är bundna av de rättsliga normer (främst principerna) som finns på djupnivåerna. Å andra sidan påstår jag att man får göra avsteg från principer, och då även principer inom den rättsliga kulturen och på djupnivån. Så, hur är det då? Är en domare eller en lagstiftare bunden av vad som följer av principerna eller inte?

Som alltid får man kanske nöja sig med ett svar av karaktären ”ja, men ...” eller ”både och”. Ett sätt på vilket man kan bedöma graden av bundenhet utgår från den beskrivning som gjordes i avsnitt 1.3 av hur det finns vissa grundläggande skillnader mellan regler och principer. Om man är av uppfattningen att regler alltid måste följas (eller modifieras) men att principer kan användas som en standard som ger vägledning), ligger det nära till hands att utgå från att principer inte är bindande. Principer kan övertrumpas av regler och, inte minst, av andra principer. Således är de inte bindande i absolut mening.

Även om ett dylikt förhållningssätt är korrekt i sak, så tror jag ändå att det kan vara förrädiskt eftersom det ger intryck av att man kan göra vad man vill med normer inom ett system så länge som man följer de olika reglernas logiska struktur. Ett annat sätt att uttrycka det sagda är att det skulle vara tillåtet att göra hur man vill med regler (dvs. nå vilka lösningar man vill) så länge man inte hamnar i direkt konflikt med andra regler (kollision). En sådan ordning kan säkert leda till en formallogiskt oklanderlig hantering av normer, men det förutsätter att man som beslutsfattare inte har en skyldighet att beakta skäl på andra nivåer än just ytan.

Personligen tror jag att en bundenhet av ovan angivet slag är alltför förenklad. Min utgångspunkt är att principer i många avseenden är lika bindande som (andra) regler, men att denna bundenhet är av ett annat slag än den som finns när man undersöker om normer i ett system är giltiga. Jag skall försöka utveckla detta något.

Vad som har sagts hittills illustrerar att *formen* kan ge sken av att det är möjligt att spela med regler hur man vill utan att man bryter mot reglerna (i vid bemärkelse). Politiker som vill ändra en lag kan därför utan att bryta mot reglerna ändra t.ex. en lag hur man vill, så

länge som man följer de regler som anger hur lag skall stiftas etc. Om man väljer att i en dylik situation bortse från vissa värden, standarder, principer etc., så har man därmed *inte* sagt att dessa värden och principer inte gäller eller att de inte är viktiga. Man har endast sagt att det finns skäl som väger tyngre.

Nu till *innehåll*. Om man endast utgick från att spelreglerna inom ett normativt rättssystem handlade om att följa formen, så skulle man kunna säga att man inte i egentlig mening är bunden av principer. Som jag har försökt att poängtera, tror jag att detta är en alltför begränsad bild av hur systemets olika regler samspelar. Om regler rättfärdigas och förklaras av systemets principer på de djupare nivåerna, måste man försöka tränga under ytan och undersöka hur man kan och måste hantera de olika skälen som styr systemet. Om skapade regler och undantag inte hänger ihop med de skäl som anses rättfärdiga en reglering, så innebär detta att korrelerande motsättningar uppstår "under ytan". Regler och undantag harmonierar inte – varken med varandra eller med de skäl som rättfärdigar och förklarar regleringen – och därigenom uppstår spänningar.

Varför kan man då inte acceptera att ett normativt system innehåller motsättningar av nu diskuterat slag? Nyckeln till svaret på denna fråga finns i kraven på rationalitet och koherens. Genom att bejaka intresset av att systemet är värderingsmässigt sammanhängande – och att de skäl som underbygger regleringen används på ett konsekvent sätt (varigenom man undviker motstridigheter eller motsägelsefulla resultat) – kommer man att skapa ett slags *normativ bundenhet* inom systemet och mellan de olika nivåerna. De djupare nivåernas budskap till ytnivån är: om man skall fatta ett beslut som harmonierar med en grundläggande princip och som står i överensstämmelse med ett grundläggande värde, mål eller syfte, så måste man beakta de normativa implikationerna som följer av principerna.

När ett normativt system utvärderas eller analyseras fungerar principer på de djupare nivåerna kontrollerande, styrande och begränsande. På samma sätt fungerar de begrepp som finns inom den rättsliga kulturen (och de ramar som genom dessa ges för argumentationen). Genom begrepp begränsas möjligheterna för vilka frågor som kan ställas och vad som kan regleras.¹²⁴ När man i detta avseende talar om koherens så avses samstämmighet i hur skäl används med avseende på en konkret reglering (t.ex. en lagstiftningsprodukt eller en praxis

¹²⁴ Tuori 2002 s. 219.

inom rättstillämpningen). Det handlar således inte om ett krav på att rätten som helhet skall vara koherent eller att rättens legitimitet går att härleda till vissa enstaka principer eller grundvärden.¹²⁵

Vad som är viktigt att understryka är att de mest grundläggande värdena och principerna på de djupare nivåerna i huvudsak är *moraliska* entiteter, vilka har inkorporerats i rätten genom att rättfärdiga olika lösningar på konkreta problem. Just det förhållandet att det är utifrån de accepterade (moraliska och rättsliga) skälen som man kan förklara en reglering skapas en normativ bundenhet för lagstiftaren och andra att respektera dessa skäl även i andra situationer. Styrkan hos denna bundenhet är relativ i förhållande till hur viktigt man anser det vara att vad som produceras på ytan kan rättfärdigas och förklaras av systemets grundprinciper.¹²⁶

Det nu sagda innebär inget förnekande av att det säkerligen förekommer dagligen att enskilda aktörer på ytan fattar principvidriga beslut, varvid icke-relevanta skäl premieras framför de relevanta. Sådana beslut (i form av enskilda domar, ny lagstiftning eller principvidrig argumentation inom doktrinen) påvisar att det kan finnas bristande samstämmighet rörande vad som bör beaktas eller vad som ligger till grund för något. Det kan finnas en vilja att kunna beakta andra skäl än de som följer av principen. Det kan finnas så många olika hänsyn och omständigheter som skall beaktas, att det är svårt att se vad som egentligen bör beaktas etc. etc. Poängen är att sådana krusningar på ytan inte direkt påverkar den normativa bundenheten till principerna. Principer fungerar således inte exakt på samma sätt som regler, dvs. att varje undantag från en regel skapar en ny variant av regeln (som innehåller undantaget). När det däremot kommer till att bevara rationaliteten och den värderingsmässiga koherensen inom systemet, så är principerna viktigare än den verklighet som momentant utspelar sig på ytan. Först om ytan genomgår en sådan förändring att det inte längre går att förklara eller rättfärdiga den med hjälp av djupnivåernas principer kan man ifrågasätta om inte principerna måste ändras eller anpassas till de övriga normerna.¹²⁷

¹²⁵ Se även Raz 1992. Jfr Dworkin 1986 kap. 6–7.

¹²⁶ Jfr vad som har sagts i avsnitt 2.2 angående förhållandet mellan en princip och att vara principiell. Se även ovan under not 86.

¹²⁷ Förmodligen har dock vid denna tidpunkt nya principer redan uppstått inom den rättsliga kulturen eller på djupnivån (som delvis parallellt har kommit att konkurrera med äldre principer). Dessa principer behöver inte ens ha upptäckts förrän ytan har förändrats tillräckligt mycket för att de gamla principerna inte längre skall anses vara

Vad som ovan har sagts visar att det kan uppstå konflikter mellan olika typer av rationalitet på olika nivåer och hos olika aktörer. Detta leder till frågan hur stark principernas normativa bundenhet är när man t.ex. hamnar i en konflikt mellan olika intressen, skäl och rationalitetsuppfattningar.

När man talar om rationalitet inom ramen för lagstiftning, så utgår man från en form av ändamålsrationalitet, vilken i flera avseenden kan skilja sig från den systemrationalitet eller normrationalitet som präglar t.ex. en domares arbete. Till detta kommer att politiker styrs av en (helt) annorlunda politisk rationalitet än den man eftersträvar och använder sig av inom ett normativt system.¹²⁸ Medan mycket av det som jag har hävdat pågår inom den rättsliga kulturen präglas av en system- och/eller normrationalitet, låter sig politiker och andra beslutsfattare inte sällan styras av en mål- och/eller värderationalitet. Den rättsliga kulturen är givetvis inte likgiltig inför de olika målen bakom lagstiftningen. (Tvärtom är det ju dessa utpekade mål som man söker värna och respektera genom olika försök att systematisera ytan.) Däremot torde det oftast ligga utanför den rättsliga kulturens uppgift att göra annat än att artikulera dessa värden och förklara i vilken utsträckning som de är förenliga med andra värden samt hur dessa bör rangordnas. Syftet med att hävda normativ bundenhet ligger i att förklara och rättfärdiga hur skäl inom ett givet system bör hanteras om man skall vara konsekvent.

Om målet med olika förändringar på ytan är att appellera till presumtiva väljare eller genomdriva olika handlingsprogram i rent politiska syften finns inte samma intresse av normrationalitet som när ett system utvärderas utifrån en principiell måttstock. Utifrån politisk rationalitet vill man förändra något och det finns inget egenvärde i att binda sig vid ett krav på värderingsmässig koherens. Avsaknad av inkonsistens torde dock vara nödvändigt att eftersträva, i vart fall på regelnivå, men i övrigt motverkar den tröghet i systemet som följer av en system- eller normrationalitet möjligheterna till effektiva och snabba förändringar. Detta är en konflikt mellan olika slags skäl. Det är såvitt jag förstår denna konflikt som Dworkin åskådliggör med

giltiga. Ytan kan således gradvis förändra de underliggande nivåerna, men det kommer definitivt att ta lång tid. Det bör vidare observeras att det kan uppstå oavsiktliga förändringar/förskjutningar inom rätten på grund av enskilda domar, lagar etc. I avvaktan på att man kan identifiera en tydlig djupgående förändring, så skulle jag vilja hävda att den normativa bundenheten hos principer gäller för ytans aktörer.

¹²⁸ Se och jfr Victor 1995, Agell 2002 och Tuori 2002 s. 223.

sin distinktion mellan principer och standarder (*policies*).¹²⁹ Vid svåra fall skall domstolar ge principer företräde framför standarder, vilket motiveras av att principer definierar och skyddar individuella rättigheter.¹³⁰ Även Habermas uppdelning mellan "law as institution" (*principles*) och "law as medium" (*policies*) påvisar det spänningsförhållande som kan uppstå mellan politiska mål och normativa principer. Habermas anger härvid att principerna begränsar lagstiftarens ambitioner och möjligheter.¹³¹

Varför är då principer viktigare än standarder, politiska mål etc. och varför övertrumfar principer de sistnämnda? Ett svar på denna fråga är att de moraliska/etiska utgångspunkterna på djupstrukturen är vad som legitimerar det som sker på ytan. Principer och annat på de djupare nivåerna utgör den normativa förutsättningen för den verksamhet som pågår på ytan. Av detta följer att det finns ett tydligt krav på att respektera skäl som kommer till uttryck inom den rättsliga kulturen eller på djupnivån. Enkelt uttryckt: de sedimenterade principerna uppställer begränsningar för vad man kan göra på ytstrukturen. Detta gäller oavsett om man har att göra med enkla eller svåra fall. Tuori anger:

From the point of view of the relations connecting the law's levels, normative legitimacy is identical to justifiability. From this point of view, surface-level legal material ... is normatively legitimate if and only if it can be justified through the principles of the sub-surface layers.¹³²

I sin formulering driver Tuori kravet på förenlighet mellan de olika uttrycken på respektive nivå långt. Vad som produceras på ytnivån är normativt legitimt endast om det kan rättfärdigas på djupstrukturerna. Uppfattat på detta vis är jag inte säker på att jag helt kan instämma. Vad som skall förstås med legitimt är emellertid en komplex fråga, och jag skall göra ett förbehåll för vad som sägs i det följande såtillvida att jag inte är helt klar över vad Tuori avser med uttrycket "legitimate" och vilka krav han menar kan ställas på att något är normativt legitimt.

¹²⁹ Dworkin 1977a s. 22. Se även Tolonen 1991 s. 272 ff. och Tuori 2002 s. 223.

¹³⁰ Dworkin 1977a s. 82 och 90. Se även bl.a. Simmonds 1988 s. 111, Tolonen 1991 s. 281 f. och Tuori 2002 s. 223 f.

¹³¹ Dworkins beskrivning skiljer sig från Habermas när det gäller frågan vem som har den främsta begränsande funktionen – lagstiftaren eller domaren, vilket till stor del beror på att de kommer från olika rättssystem. Se även Tuori 2002 s. 226.

¹³² Tuori 2002 s. 245.

Att lagstiftning eller enskilda domslut saknar stöd eller förankring i principer kan inte rimligtvis innebära att de är illegitima i betydelsen ogiltiga. En sådan tolkning är empiriskt sett diskutabel, och stämmer mindre väl överens med uppfattningen att principer utgörs av en uppsättning skäl som kan viktas mot andra skäl och principer. Den skulle dessutom uppställa mycket starka begränsningar vad gäller möjligheterna att inom ett rättssystem kunna åstadkomma förändringar. Om Tuori menar att det inte krävs särskilt mycket för att något är normativt legitimt, uttunnas betydelsen av koherenskravet. Rimligtvis menar dock Tuori att normativ legitimitet uppställer ett krav på förenlighet mellan det som utvärderas (på ytan) och den rättsliga kulturens principer. Detta krav torde vara relativt, varför kravet kan uppfyllas i större eller mindre utsträckning. Det kan således finnas mer eller mindre goda skäl för vad som sker på ytan. Normativ legitimitet kan därför sägas motsvara ett slags krav på intellektuell hederlighet, av vilket följer att de skäl man åberopar – och det sätt som man gör det på – bör överensstämma med hur vi värderar och rangordnar skälen.¹³³ Det innefattar också ett krav på att man undersöker vilka konsekvenser som följer av sättet på vilket man resonerar på ytan. Bristande kongruens mellan å ena sidan beslutsskäl/normskäl på ytstrukturen, och å andra sidan skäl som finns uttryckta i principer inom den rättsliga kulturen, visar på en oförenlighet som pekar på en utveckling eller förskjutning i hur vi värderar något; i värsta fall tyder det på en irrationell tillämpning. Det nu sagda visar att principer och andra skäl (värden, axiom etc.) på djupstrukturerna fungerar som en måttstock för vilken kritik man kan rikta mot gällande rätt (inom ett visst system) och den utveckling som denna genomgår.

Den normativa bundenhet som diskuteras här är givetvis i mycket mindre grad ”bindande” i jämförelse med absoluta förbud eller påbud. Några begränsningar motsvarande de som följer av kraven på giltig lag finns således inte.¹³⁴ Men det betyder inte att normativ bunden-

¹³³ Möjligtvis kan man här dra en parallell till skillnaden mellan giltig rätt och gällande rätt. Att något strider mot gällande rätt innebär inte att det är illegitimt. Lagförslag, enskilda domslut eller andra juridiska beslut kan mycket väl strida mot gällande rätt, men så länge som de tillkommit i enlighet med det sätt som föreskrivs på det aktuella området, så är de giltiga (dvs. legitima). Gällande rätt kan väl närmast liknas vid en levande organism som kan utvecklas på ytstrukturen. Angående skillnaden mellan giltig och gällande rätt, se Jareborg 1979 s. 400 ff.

¹³⁴ Giltighet (*validity*) är inte detsamma som bundenhet (*binding*), även om bundenhet är en konsekvens av giltighet. Se MacCormick 2007 s. 161.

het är oviktig eller att det skulle saknas skäl att eftersträva koherens och rationalitet. Det blotta faktum att jurister alltid har diskuterat förhållandet mellan regler och principer, det skrivna och det tolkade, klara och svåra fall etc. visar att vi hela tiden har vissa föreställningar om den relativa styrkan hos skälen för eller emot att göra något. Det förhållandet att man inte kan hitta ett tydligt demarkationskriterium – eller en allena rådande teori – för vad som är bindande och vad som inte är det, utgör inget argument för att det skulle saknas begränsningar eller att man inte är bunden.

Normativ legitimitet är således något helt annat än empirisk legitimitet (dvs. att något accepteras på ytstrukturen enligt t.ex. "rule of recognition").¹³⁵ Det normativa kriteriet på legitimitet varierar beroende på den rättsliga kulturen. Identifieringen av det normativt giltiga sker av en annan grupp än de ämbetsmän som Hart pratar om. Det avser nu istället – enligt Tuori – "the typical members who uphold the cultural deep structures".¹³⁶ Lagen kräver legitimitet/rättfärdigande samtidigt som den är en del av själva rättfärdigandet på ytstrukturen. Det finns således en växelverkan mellan den normativa djupstrukturen och den empiriska legitimiteten på ytstrukturen – en växelverkan som sker genom att man inom den rättsliga kulturen bearbetar och förklarar motstridiga skäl och därigenom reproducerar en bättre tolkning. En förutsättning för att man överhuvudtaget skall kunna ha en empirisk legitimitet är att det finns en normativ djupstruktur.

2.3.4 *Något om normativ bundenhet och pluralism inom straffrätten*

Jag har hittills hävdat att principer kan ge oss svar på hur olika konflikter inom systemet bör hanteras eller vad som utgör en lämplig lösning på ett problem. Om man accepterar att det finns en normativ bundenhet som följer av koherenskravet är man dessutom skyldig att beakta de olika skäl som följer av principerna. Detta gäller inte endast enstaka specifika yttringar på ytan som inte överensstämmer med de djupare nivåernas sedimenterade skäl, utan även när hela systemet utsätts för en mer grundläggande strukturell kritik som bl.a. går ut på att straffrätten är alltför ensidigt inriktad på t.ex. konkreta gärningar eller gärningsmannen och dennes behov av rättsskydd.

¹³⁵ Tuori 2002 s. 247.

¹³⁶ Tuori 2002 s. 247.

Det är förmodligen helt korrekt att anta att huvuddelen av de (moraliska) värden och skäl som finns på de djupare nivåerna (uttryckta i olika principer) främst syftar till att skydda enskilda individer som riskerar att drabbas av straffhotet. Vissa tycker säkerligen att de rättviseföreställningar som en sådan prioritering återspeglar ger en alltför ensidig eller begränsad bild av problemen som straffrätten försöker lösa (eller i vart fall hantera). Det är inte heller ovanligt att straffrätten kritiserar för att t.ex. i alltför liten utsträckning värna vissa aspekter av skadebegreppet, eller att vissa uppfattningar om vad som utgör "rättvisa" gynnar vissa grupper samtidigt som andra missgynnas. Vanligtvis brukar genus-, klass-, etnicitets- och brottsofferperspektiven användas som exempel på bortglömda eller undertryckta perspektiv inom (straff)rätten. Annan strukturell kritik kan handla om vilka ideologier som bör styra påföljdsbestämning eller vilka uppgifter som man vill att straffrätten som helhet skall fylla.

Den strukturella kritiken har på ett flertal områden utmanat den klassiska kärnan av straffrätten genom att ifrågasätta om man inom systemet tar tillräcklig hänsyn till olika intressen som inte träffas av de traditionella uppfattningarna av vad som utgör rättvisa, likabehandling, proportionalitet etc. Öppenheten i flertalet straffrättsliga regler, förenad med en metodologisk tradition, gör att vi ibland – medvetet eller omedvetet – förbiser olika perspektiv. Detta kan resultera i en förenklad (och i värsta fall förtryckande) straffrättsanvändning.

Det råder inga tvivel om det är av mycket stor betydelse att uppmärksamma olika strukturella skevheter som finns inbyggda i ett system såsom det straffrättsliga. Jag är inte desto mindre beredd att försvara uppfattningen att straffrättens uppgifter bör vara tämligen begränsade och att det följaktligen kanske inte är oproblematiskt att eftersträva ytterligare värdepluralism. Av detta följer dels att jag ser det som mest väsentligt att man i första hand fokuserar på enstaka, konkreta gärningar som orsakar någon definierbar skada, dels att de viktigaste frågorna handlar om vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att man skall kunna hålla en gärningsman ansvarig, dels vad som utgör en rättvis bestraffning. Detta kan leda till att kollektivets behov eller intresse av rättsskydd, trygghet, effektivitet etc. i flera avseenden måste stå tillbaka. Jag skall försöka utveckla detta något.

Min tes är att just koherenskravet ger stöd för tanken att den gärningsinriktade straffrätten med en betoning på skydd för individer är viktigare än andra kollektiva intressen. Detta leder samtidigt till att man måste acceptera att straffrätten i vissa avseenden inte kan vara så

pluralistisk som vissa kanske skulle önska. Bristen på pluralism innebär att straffrätten inte alltid lyckas fånga samtliga dimensioner av vad som uppfattas som "rättvist", "lika", "rättfärdigt" eller "den rätta kontexten" för en bedömning. Skälen till mitt försvar av den rådande ordningen hämtar jag främst i de begränsningar som jag tror finns inbyggda i straffrättsanvändningen (inte minst genom principerna på de djupare nivåerna).

Det finns ett oändligt antal perspektiv eller hänsyn som vi skulle kunna beakta när vi har att utvärdera ett händelseförlopp som uppfyller rekvisiten för vad som utgör ett brott. Det finns egentligen inga gränser för vad som skulle kunna anses utgöra en relevant skada eller kränkning eller vilka uppgifter som vi skulle kunna tillskriva straffrätten. Således skulle man kunna tänka sig att försiktigt öppna systemet för en tydligare politisk styrning än vad som är fallet idag. På så sätt skulle man kunna argumentera för att allehanda strukturella problem i samhället skulle kunna angripas med straffrätten som medel. Allt detta skulle kanske vara acceptabelt om det fanns några belegg för att straffrätten verkligen fungerar på ett sätt som innebär att man medelst straffhot och bestraffning enkelt kan reparera olika moraliska eller juridiska orättvisor mellan olika grupper eller intressen. Jag ser dock två avgörande problem med en sådan hållning och min preliminära slutsats är att vissa av systemets grundprinciper även fortsättningsvis måste tillåtas övertrumfa intresset av att göra straffrätten mer pluralistisk.

För det första finns det inte anledning att förvänta sig att straffrätten i någon större utsträckning skulle lyckas med att korrigera olika problem på strukturell nivå. Empiriska undersökningar visar att dylika samband ofta saknas, och straffrätten har genomgående i historien dragits med en besvärande brist på effektivitet. Möjligheten att påverka människors beteende genom straffrättsanvändning är omdiskuterad och under alla omständigheter torde existensen av ett straffhot vara ett relativt perifert skäl till varför människor väljer att avstå från att begå en straffbelagd gärning. Straffrätt är – enkelt uttryckt – inget särskilt effektivt sätt att internalisera normer eller förmå människor att agera moraliskt. Som framgått tidigare i denna bok är straffrätten inte heller allt.¹³⁷ Min smått pessimistiska inställning till straffrättens möjligheter går hand i hand med en medveten-

¹³⁷ Se Asp kapitel 2 i denna bok.

het om att straffrättsanvändning däremot har skapat – och skapar – oerhört mycket lidande för enskilda personer. Det finns därför en moralisk skyldighet för oss alla att uppmärksamma denna brist hos straffrätten. Enkelt uttryckt är det inte förnuftigt att tillfoga människor lidande om man inte kan ange goda skäl för varför man bör göra så.¹³⁸ Sådana goda skäl finns endast om man kan tillskriva gärningsmannen ansvar (kapacitet, skuld etc.) och han eller hon i övrigt förtjänar klander. En dylik moralisk utgångspunkt har inkorporerats i (straff)rätten och den finns formulerad i olika principer. Som enkla exempel kan nämnas humanitetsprincipen, skuldprincipen, legalitetsprincipen och proportionalitetsprincipen.

Att straffrätten dras med ovan nämnda prestationsunderskott utgör ett skäl att i första hand upprätthålla rättsstatliga krav på rättssäkerhet, vilket i första hand fokuserar på gärningsmannens situation. Intresset av en generell rättstrygghet blir med detta synsätt något sekundärt (men därmed inte sagt att rättstrygghet skulle vara oväsentligt).

Det finns ytterligare begränsningar för vad man kan och får göra med straffrätten, vilka är av mer teknisk natur. Dessa visar sig när man uppmärksammar att straffrätten alltid utgår från, och laborerar med, straffbestämmelser som i sin form beskriver ett relativt kort utsnitt i tid och rum av mänskligt handlande. Det är nästintill omöjligt att i en straffbestämmelse fånga alla omständigheter och aspekter som skulle kunna vara av betydelse för att göra en allsidig och ”rättvis” beskrivning av ett händelseförlopp som beskrivs som ett brott. Vi berättar en mycket komprimerad historia när vi konstaterar att ett brott är begånget. En dylik kuperad bild av verkligheten är förmodligen nödvändig om man skall kunna hantera uppgiften att förmedla ett instrumentellt klander inom ramen för ett formellt institutionaliserat moraliskt system. Redan den (smått kasuistiska) lagstiftningsteknik som används, vållar stora problem för tillämpare att hantera systemet på ett sätt som framstår som rättvist, likabehandlande och rättssäkert. Uppenbara exempel på problem kan hämtas bl.a. från konkurrens- och påföljdsbestämningssläran. Om de beskrivningar av händelseförlopp och kontext, som behövs för att kunna göra en bedömning av ansvarsfrågan, skulle utsträckas i tid och rum, riskerar vi att i praktiken förlora möjligheten att göra enhetliga bedömningar av ansvar och skuld.

¹³⁸ Jfr vad som sagts ovan i not 76.

Som ett *andra skäl* för varför straffrätten inte bör kompletteras med alltför många mål, eller i övrigt ha alltför stora ambitioner på att vara heltäckande, kan anföras att det riskerar att leda till instabilitet. Även om man skulle välja ut ett perspektiv på (straff)rätten och säga att detta bör (om-, upp- eller ned-)prioriteras, så har man därigenom öppnat systemet för en nästintill gränslös flora av omständigheter, värden eller hänsyn som skulle kunna bli relevanta och som skulle konkurrera inom systemet. Att systemet som helhet är dynamiskt (och att det finns ett växelspel mellan de olika nivåerna) har jag redan tidigare konstaterat. Under förutsättning att olika värden och hänsyn kan legitimeras inom systemet förblir det koherent. Men systemet kan inte som helhet utsättas för alltför stora förändringar utan att koherensen äventyras.¹³⁹ Det kan mot bakgrund av detta finnas ett egenvärde i att konservera systemet och begränsa straffrättens uppgifter.

Man skulle också kunna säga att koherenskravet utgör en del av en tänkt maktfördelning. Det handlar till stor del om att bestämma vem som får ändra spelreglerna samt hur detta i så fall sker. Här blir återigen nivåmetaforen (i dess kausala variant) aktuell genom att den illustrerar vikten av att skilja mellan vad som händer på olika nivåer i systemet. Förändringar inom den rättsliga kulturen eller djupnivån behöver inte gå lika fort som på ytan; i vart fall sker inte förändringarna samtidigt. En alltför pluralistisk straffrätt på ytan riskerar att sätta de grundläggande värdena, syftena och principerna på de djupare nivåerna i gungning (t.ex. genom att föra in ett ”nytt” värde på djupstrukturen som inte går att operationalisera med de accepterade principerna inom den rättsliga kulturen). Det finns således en risk för att mångfald leder till ett instabilt system med olika motstridiga värden och principer. Därigenom äventyras koherensen inom systemet.

Man kan visserligen på delvis goda grunder tycka att straffrätts-systemet alltför ensidigt beaktar den enskilde gärningsmannens intressen i utvärderingen av ett brottsligt händelseförlopp. Det har emellertid, som ovan angivits, sin förklaring. En expansiv straffrätt kan sätta systemet i gungning och en offensiv straffrätt kan mycket enkelt sagt innebära rättslöshet och barbari om inte den statliga maktutövningen kontrolleras. En av de viktigaste uppgifterna med att utveckla en rättssäker straffrätt har varit – och är – att skydda enskilda mot staten

¹³⁹ Se även Raz 1992 s. 286 f.

(inte att skydda enskilda mot varandra) och därigenom upprätthålla rättsstatsidealet. Det finns (ännu) inte anledning att tro annat än att sådana värden fortfarande utgör – och tillhör – djupnivån inom straffrättsystemet. En viss tröghet i systemet är på ovan angivna skäl förmodligen nödvändig. Jag är såtillvida av den uppfattningen att koherenskravet utgör en bromskloss som förhindrar att förändringar sker alltför snabbt. Därmed minskar också utrymmet att ta in för många olika perspektiv i den straffrättsliga kontexten.

2.4 Konklusioner

1. Vad har denna undersökning av principers olika funktioner på olika nivåer resulterat i? För egen del är jag beredd att hävda att vi nu har en bild av vad koherens kräver i fråga om samstämmighet för hur olika skäl används i ett normativt system. Det grundläggande kravet på rationalitet inom normativa system förutsätter att vi söker undanröja sådana värderingsmässiga motstridigheter eller dissonanser som kan uppstå när det som sker på ytnivån inte har stöd i de djupare nivåernas identifierade principer. Nivåmetaforen, uppfattad som en beskrivning av de begreppsliga relationerna mellan olika slags (mer eller mindre artikulerade) skäl inom ett skiktat system, illustrerar hur normativ bundenhet existerar och fungerar.

2. Som jag hoppas har framgått ovan menar jag att rätten samtidigt är dynamisk och att det kontinuerligt sker förändringar av rättens innehåll. Denna process, som påverkar rättens samtliga nivåer, tillåter som utgångspunkt att etablerade principer förändras eller förkastas, alternativt att nya principer upptäcks eller uppfinns. Annorlunda uttryckt: om förändringar på ytan leder till förändringar av principerna på de djupare nivåerna behöver detta inte hota systemet. Där emot kan det medföra att principer, begrepp och andra element på de djupare nivåerna efter hand måste ändras för att kunna rättfärdiga och förklara ytans nya utseende i form av etablerad praxis och argumentationsmönster. Detta är givetvis rationellt och ingår som en naturlig del i rättens förändring, men det förutsätter att man samtidigt är beredd att acceptera de konsekvenser för rättens normativa innehåll som följer av ytans förändring. Denna observation bygger på att nivåmetaforen används för att beskriva de kausala processerna inom ett system. Processerna initieras av allt det som förs in på ytan (och därefter måste kanaliseras genom systemet). Det går inte att

hävda att det finns några egentliga begränsningar av vad som "får" föras in på ytan (eller av vem). Däremot finns det ingen skyldighet bland de rättsliga aktörerna att acceptera alla olika slags nya produkter på ytan och låta dessa påverka de djupare strukturerna. I valet av huruvida – och i vilken utsträckning – nya skäl, värden och institut skall påverka de djupare strukturerna inom systemet (och vice versa) påverkas konkreta beslutsfattare av systemets begreppsliga uppbyggnad. Det måste därför, hos systemets aktörer, finnas en medvetenhet om vilka konsekvenser som följer av olika förändringar.

3. Likafullt är det min slutsats att det finns en normativ bundenhet till principer inom systemet, vilket väcker vissa intressanta frågor om vad som händer om man inte tar principer på det allvar som man borde och därmed på ytan skapar en serie undantag. Ett givet svar torde vara att det förr eller senare blir diskutabelt om systemet – åtminstone på vissa områden – fortfarande är begreppsligt koherent och präglas av normrationalitet. För att undvika bristande koherens förutsätts att man omformulerar principerna så att de anpassas till den nya ytan. Detta förutsätter dock i sin tur att man verkligen är beredd att förändra sin syn på de goda skälen att följa principen. Alternativt ger man upp intressena av koherens och rationalitet. I nästa avsnitt skall jag inventera vissa problem som kan finnas inom straffrätten (såsom rättssystem) när det gäller koherenskravet och samspelen mellan olika nivåer. Jag kommer att peka på vissa tendenser som jag tror mig kunna se på olika områden inom straffrätten som utgör en förskjutning eller uppluckring i hur olika skäl hanteras i konkret beslutsfattande.

4. Vad som inte kan betecknas som rationellt är om man på ytan vidhåller att vissa principer (på de djupare nivåerna) fortfarande är gällande – och därmed att skälen betraktas som normativt giltiga – trots att man egentligen inte har den uppfattningen. Den normativa förankringen i värden och principer blir en form av läpparnas bekännelse utan egentligt innehåll. Man kan likaså befara att principer under sådana förhållanden används som ett slags övertalningsdefinitioner.¹⁴⁰ Genom att hänföra olika egenskaper som man själv

¹⁴⁰ Stevenson 1944 kap. 9. Man kan bortse från att Stevenson utgick från att det gick att göra en uppdelning i termers deskriptiva och emotiva mening. Begreppsparet denotativ och konnotativ mening ger bättre vägledning till vari poängen ligger.

eftersträvar under ett honnörsord (som t.ex. en princip, ett värde eller begrepp) som för alla har positivt laddade associationer skapar man en falsk bild av förenlighet mellan begrepp och innehåll. Syftet är att utnyttja de attityder och värderingar som människor har i förhållande till ett begrepp genom att använda det i argumentationen. Anledningen till att en sådan utveckling är möjlig är att många av de termer som vi använder på de djupare nivåerna är tämligen vaga, mångtydiga eller öppna. Detta gäller i synnerhet om man jämför hur termerna används allmänspråkligt med hur de används i juridisk argumentation (se och jfr: "proportionellt", "humant", "rättvist", "lika" etc.). Genom att – medvetet eller omedvetet – i sin argumentation fylla den rättsliga kulturens begrepp eller principer med ett innehåll som överensstämmer med vad man själv upplever som lämpligt, kan man profitera på den normativa legitimiteten. Problemet med en sådan utveckling ligger i att begreppet (principen, standarden etc.) kan manipuleras och anpassas till förhållanden som har föga att göra med vad begreppet konnoterar.

5. Bortsett från att ett sådant bruk av övertalningsdefinitioner skapar en bild av att den kausala utvecklingen harmonierar med de begreppsliga kraven på rationalitet och koherens inom systemet som egentligen inte finns, kan det därutöver leda till att principernas oförenlighet med normerna på ytan genomskådas. Det leder i sin tur till att det efter hand står klart att principerna inte har något större värde eller att man med principerna inom den rättsliga kulturen kan göra litet som man vill. Vad som kan befaras i förlängningen är att principer inte längre anses vara något viktigt. I vart fall kan man anta att de betraktas som relativt sett svaga skäl. Av vad som sagts i detta avsnitt framgår att vi i så fall inte har någon normativ legitimitet för vad som produceras på ytan. Vad som i så fall är hotat är systemets rationalitet och koherens. I avsnitt 3 skall jag försöka konkretisera diskussionen något och undersöka om det finns ett behov för olika beslutsfattare att vara mera principiella än vad man kanske är idag.

3 OM VIKTEN AV ATT VÄRNA PRINCIPER INOM STRAFFRÄTTEN

Det er alarmerende at reelle hensyns framtreddende rolle i rettsanvendelsen kjennetegnes av en eklatant prinsippløshet.

Morten Kinander

3.1 Inledning

Man kan kanske fråga sig varför man behöver skriva en längre uppsats om något, vars tankegods i många avseenden kan karaktäriseras som ett destillat av en (redan förd) rättsteoretisk diskussion inom vilken det finns litet hopp om att nå någon större enighet. Jag har i princip två svar på detta: *för det första* tror jag att det finns behov av att fortsätta uppmärksamma och diskutera frågan hur vi kan få ökad kunskap om hur normativa system fungerar. Ett sätt att göra detta är att identifiera nya sätt att beskriva de skäl som styr tillämpningen och hur de påverkar de instrument/begrepp vi använder. Det finns ett ständigt behov av att ompröva våra utgångspunkter och vår förståelse, och därmed också våra begrepp och förhållningssätt. Jag tror såtillvida att bl.a. Tuoris nivåmetafor har bidragit till att ytterligare hjälpa oss ett steg på vägen i diskussionen om hur olika skäl – formulerade i olika regler – fungerar när vi hanterar juridiska problem inom ramen för ett rationellt normativt system. *För det andra* är ett syfte med denna uppsats att sätta fingret på frågorna om det är viktigt att vara principiell inom straffrätten samt om det finns anledning att vara orolig för just graden av principfasthet hos de aktörer som tillämpar straffrätten. Min tes är att det finns viss anledning till oro för den utveckling som för närvarande kan skönjas på straffrättens område.

Katedralmetaforen, som jag inledde denna uppsats med att diskutera, tillkom inte av en slump. Den syftade till att utgöra en utgångspunkt för en illustration av vilka funktioner som jag tror att principer fyller inom ett rättssystem, och jag ville genom att använda metaforen varna för vad som kan hända om man tar bort principerna ur ekvationen. Den följd vi i så fall kan förvänta oss är bristande koherens i hur skäl används i konkret beslutsfattande, vilket leder till bristande rationalitet inom systemet. Byggnaden kommer att bli instabil, och till slut kanske rasa. Dit har vi förvisso inte kommit ännu, men det finns anledning att fundera över hur man bör förhålla sig till sina byggnadsprinciper när man skapar något så stort som ett (straff)rätts-

system. Om ett nationellt straffrättsprojekt skall infogas i ett ännu större europeiskt byggnadsverk, vilket kanske kan förväntas, blir frågan om betydelsen av grundläggande principer och principfasthet än mer pregnant. Inte minst viktigt är det för rättsvetenskapare och andra praktiker att ständigt ställa sig frågan *varför* (vi tror att) något är viktigt.

3.2 Utvecklingstendenser

Vad som *inte* har varit mitt syfte med denna uppsats är att i detalj gå in på enskildheter rörande den moderna straffrätten. Inte desto mindre skulle mina ovan uttryckta farhågor bli tämligen abstrakta och intetsägande om jag inte åtminstone försökte ge en översiktlig probleminventering av sådana områden, institut eller konkreta lagstiftningsprodukter som ger stöd för antagandet att katedralen delvis är illa underhållen.

Jag tror att det bland straffrättsvetenskapsmän och andra finns en stor enighet om att det har skett en förändring av, och inom, straffrätten under de senaste 15–20 åren. Nyckelorden för att beskriva denna förändring är *politisering* och *internationalisering*. Från att tidigare ha varit en tämligen anonym del på de politiska partiernas agendor, har straffrätten kommit att bli ett instrument för att förverkliga politiska ambitioner.¹⁴¹ Det internationella samarbetet (då främst inom ramen för EU) är i hög grad ett politiskt projekt, varför politiseringen utgör ett paraplybegrepp som inrymmer såväl en *internationell* som *nationell* gren av utvecklingen.¹⁴²

För att undvika missförstånd skall omedelbart sägas att med begreppet ”politisering” skall inte förstås en förtäckt kritik av att politiker

¹⁴¹ Victor har utförligt beskrivit hur straffrätten i Sverige gradvis har kommit att politiseras och hur de olika partierna valt att profilera sig i dylika frågor, se Victor 1995. För liknande observationer, se bl.a. Jareborg 1995 s. 17 ff. och Asp 2006 s. 69 ff.

¹⁴² Inom ramen för det internationella samarbetet har – såväl i utformningen av regelverket på normnivå som tolkningen och tillämpningen på konkret beslutsnivå – i inte ringa utsträckning straff(process)rätten kommit att påverkas även av EKMR och Europadomstolens tolkning av denna. De influenser och det inflytande som EKMR och Europadomstolen haft på den nationella rätten måste i flera avseenden betraktas som mindre systemfrämmande än det arbete som sker inom ramen för EU-samarbetet och EG-domstolens praxis. Detta beror bl.a. på att de värden som utgör djupstrukturen inom EKMR direkt går att identifiera i den nationella rätten, men också på det faktum att konventionen inte förändras i någon större utsträckning resulterar i inneboende tröghet som möjliggör en mera gradvis anpassning till Europadomstolens praxis.

ägnar sig åt straffrätt eller att det finns vissa generella eller specifika åsikter hos politiker eller en vilja att förändra. Straffrätten är – och har alltid varit – politisk; lagar stiftas av lagstiftaren och rättens innehåll bestäms – och har alltid bestämts – av politiker (dock i samspel med experter). Den som således vill misstänkliggöra mig för att förespråka att straffrättens utveckling bör vara förbehållen ”experter” får läsa texten mer noggrant. Min kritik handlar snarare om hur man hanterar skälen för eller emot olika förändringar och i vilken utsträckning som produkten – straffrättssystemet – återspeglar någon form av rationalitet. Min tes är att den utveckling som går att skönja inom straffrätten direkt avspeglas genom att produkterna har kommit att bli mindre principiella. Detta tror jag också kan förklara varför utvecklingen är problematisk. Det är innehållet och inte formen som är föremål för utvärdering.

Det förhållandet att straffrätten har kommit att politiseras i högre utsträckning har vissa – om man så vill, nödvändiga – implikationer. Politisk rationalitet skiljer sig, som redan sagts, i flera avseenden påtagligt från vetenskap och det gäller även juridisk sådan. All politisk verksamhet förutsätter att en rad olika intressen, hänsyn och åsikter balanseras på ett sätt som accepteras av såväl dem med vilka man samarbetar (andra politiker) som avnämarna (väljarna). Det finns – till skillnad från rent juridisk eller annan vetenskaplig verksamhet – inget krav på att politisk verksamhet skall vara objektiv eller opartisk. Däremot kan man alltid hoppas att verksamheten präglas av saklighet. Politik legitimeras av att väljarna bekräftar sitt förtroende för politikerna. Detta leder bl.a. till krav på effektivitet. Det måste synas att politikerna åstadkommer något (bättre) samt att åtgärderna åtminstone i förväg ser ut att vara effektiva och ändamålsenliga. Utvärderingen av politiska åtgärder, förslag och attityder sker främst av olika opinionsbildande aktörer, och diskursen kanaliseras inte sällan genom massmedia. Samtidigt påverkar politiker massmedia genom att välja att uppmärksamma vissa frågor (som massmedia i sin tur väljer att uppmärksamma eller negligera). Växelspelet mellan politiken och massmedia är dynamiskt och självgenererande. Ju mer politiker fokuserar på en fråga, desto mer skrivs eller rapporteras om det och vice versa. Utvärderingen kan vara såväl kritisk som bekräftande, men samspelet är ofta starkt dynamiskt och eskalerande; ju mer det skrivs om något, desto större fokus på frågan. Man får ibland intryck av att den politiska och opinionsbildande diskursen fyller ett syfte i sig självt. Den utmärks nämligen ofta av frånvaron av frågan

om det från början överhuvudtaget fanns något problem att diskutera. Det enda som brukar kunna sätta stopp för en utveckling av detta slag brukar vara att betraktarna tröttnar på diskussionen eller att det kommer en viktigare fråga att fokusera på. Hittills kan inte någon sådan utmattning eller distraktion noteras på straffrättspolitikens område.

Måttstocken för en lyckad politik är oftast vad man som politiker avser att göra, och inte vad man faktiskt gör eller har gjort. Till skillnad från de flesta andra verksamheter har man som politiker alltid möjlighet att utvärderas utifrån – och rättfärdiga sin existens med – vad som skall göras i framtiden. Utvärdering sker således inte sällan ur ett framtidsinriktat perspektiv, vilket ställer vanliga kriterier för retrospektivt rättfärdigande på ända. Medan den massmediala kontrollen främst inriktas på konkreta företeelser i samhället som ger upphov till ett uttryckt behov av reformer (alltifrån enskilda begångna brott eller utdömda straff i domstolar till generella förändringar i brottsstatistiken eller mönstret för brottsligheten), så bedöms politiken och politikerna genom att man i prospektivt hänseende gör en uppskattning av huruvida olika föreslagna åtgärder kan tänkas vara nödvändiga och tillräckligt effektiva. Inte sällan har vetenskapligheten i dylika framtidsinriktade bedömningar eller utvärderingar en tämligen låg densitet.

I en demokrati är politik (vidare) en färskvara. Mandatperioderna är i de flesta länder relativt korta och i Sverige, med fyraåriga mandatperioder, brukar sägas att respektive regering i realiteten har två år på sig att åstadkomma några förändringar. Det första året efter en valseger går åt till att organisera arbetet och det sista året handlar främst om att vinna det kommande valet. Numera går lagstiftningsarbete därför ofta mycket fort.¹⁴³ Sammanfattningsvis kan man således lägga till ytterligare några stickord till karaktäriseringen av straffrättens utveckling: *massmedial kontroll*, *effektivisering* och *snabbhet*.

¹⁴³ Som ett belysande, men samtidigt anmärkningsvärt, exempel kan nämnas att regeringen 2007 tillsatte en utredning som skulle överväga och föreslå förändringar av strafflagstiftningen i syfte att åstadkomma en straffmätning som markerar en skärpt syn på allvarliga våldsbrott. I uppdraget ingick även att undersöka möjligheterna att skapa en större spännvidd i straffmätningen med hjälp av försvärande och förmildrande omständigheter. Därutöver skulle utredningen överväga betydelsen av återfall och straffmätning vid flerfaldig brottslighet. Utredningen gavs mindre än ett år att slutföra sitt uppdrag (se Dir. 2007:48). Efter vissa tilläggsdirektiv kom utredningstiden att förlängas till strax över ett år.

Vad jag hittills har sagt om de olika utvecklingstendenserna inom straffrätten kan till synes uppfattas som en beskrivning av en rent nationell angelägenhet. Jag tror dock att den i lika hög grad präglar straffrätten i andra länder. Motsvarande tendenser som ovan beskrivits har iakttagits i praktiskt taget alla europeiska stater, och det pågående europasamarbetet ger stöd för tanken att det i allra högsta grad är en utveckling som genereras av det (ännu så länge) mellanstatliga samarbetet som pågår på straffrättens område. Detta leder mig till den sista tendensen som jag tror mig kunna se – *straffrättens utvidgning*.

Straffrätten har – delvis på grund av behovet av effektivisering – kommit att utvidgas på en rad olika sätt. Man kan för det första tala om en *geografisk utvidgning* på grund av EU-samarbetet, vilket ställt krav på medlemsstaterna att harmonisera sina rättsordningar på olika områden eller i vart fall anpassa sin rättsordning så att man erkänner varandras straffrättsliga lagstiftningar och institut. För det andra: intimt förbundet med denna geografiska utvidgning av straffrätten har vad som utgör straffrättspolitik kommit att vidgas också *ämnesmässigt*. Även om man inom EU kontinuerligt har arbetat med att nå överenskommer som skapar gemensamma kriminaliseringar eller bestämmelser för utdömande och verkställighet av straff, så torde en minst lika viktig del av samarbetet bestå i de straffprocessuella instituten som knyts till de olika reformerna. Det finns all anledning att misstänka att det är genom utvecklingen (och den senare användningen) av dessa institut som de verkliga effekterna av reformerna kommer att märkas.

Att straffrättsanvändningen kommit att utvidgas ämnesmässigt handlar inte endast om formen på åtgärderna (kriminalisering, straff, sanktioner, tvångsmedel etc.) utan i lika hög grad om anspråken på *vad* straffrätten skall, kan, bör eller får reglera. Vad man kan notera är att det finns en tendens att utvidga straffrättens verksamhetsområde; straffrättens traditionella skadebaserade utgångspunkt kan därigenom sägas ha kommit att delvis förskjutas i riktning mot mer diffusa eller vaga intressen eller gärningar, där omständigheter som t.ex. uppfattad fara eller risk, gjorda prognoser eller konstaterad karaktär hos en person anses vara tillräckligt för att ingripa med straffrättsliga medel.

3.3 Konsekvenser och några exempel

Nu kan man ju fråga sig varför effektivisering, snabbhet, massmedial kontroll, internationalisering och ett aldrig sinande politiskt intresse för straffrätt måste innebära att principernas betydelse hamnar på efterkälken. Vidare: även om det skulle visa sig att de gamla nedärvda principerna inom systemet delvis kolliderar med de nya politiska ambitionerna och åtgärderna: vari består egentligen faran? Skulle man inte kunna säga att straffrätten – precis som andra politiska projekt som t.ex. välfärdsutveckling, fördelning av bördor och inkomster (beskattning och bistånd) etc. – också är politisk färskvara och således ett instrument i en progressiv process? Mer tillspetsat skulle frågan kunna formuleras: varför är det så viktigt att vara principiell när man sysslar med straffrätt?

Mitt svar står att finna i det system som jag har diskuterat i de tidigare avsnitten av denna uppsats. Faran med att inte vara principiell består i att systemet undergrävs i fråga om rationalitet och koherens. Politik styrs nämligen inte av samma typ av rationalitet som präglar ett normativt rättssystem. Den ändamålsinriktade rationalitet som präglar den politiska verksamheten bygger inte sällan på kompromisser i frågor där skälen och argumenten egentligen är oförenliga eller motstridiga. I många fall finns det vid beredningen av nya lagförslag inte ens tid att utreda alla skäl och principer som finns på ett område; än mindre finns utrymme att beakta dem. Detta kan i sin tur leda till vissa diskutabla konsekvenser. Jag skall nedan beröra några av dessa.

3.3.1 Inkoherenta beslutskaäl på tillämpningsnivå

En första konsekvens av bristande principfasthet är att de skäl som formuleras av principerna inte fångas upp eller respekteras i konkret beslutsfattande, i vart fall inte på ett sådant sätt som borde följa av en rationell användning av systemet. En annan konsekvens består i risken för en maktförskjutning från lagstiftaren till domstolarna. Om förarbeten är illa skrivna, saknar konkret vägledning eller t.o.m. har ett motstridigt innehåll, ges domstolar större makt att självständigt tolka och utveckla rätten. I en sådan jordmån synliggörs inte principerna eller de värden som reglerna relaterar till på de djupare nivåerna. Ett uppenbart exempel kan hämtas från påföljdsbestämningsregleringens område, nämligen utvecklingen i rättspraxis av institutet *brottslighetens art*. Låt oss se litet närmare på detta.

I samband med 1989 års påföljdsreform underströks genomgående i förarbetena vikten av att påföljdsbestämningen skulle styras av *proportionalitetsprincipen*, *ekvivalensprincipen* och en strävan av att i möjligaste mån undvika fängelsestraff. Den sistnämnda ambitionen kan sägas ha sin härkomst i ett allmänt krav på en rationell användning av statens resurser och en insikt om att bestraffning generellt sett har påtagligt negativa konsekvenser. Sammantaget har detta av vissa formulerats såsom en *humanitetsprincip*. Utpekandet av dessa principer var huvudsakligen en sammanfattning av en straffmättingspraxis som utvecklats under mycket lång tid i domstolar och essensen av de politiska ambitioner som under ca 100 år hade utvecklats i riktning mot tillskapandet av alternativa påföljder till fängelse. Ideologiskt sett var 1989 års påföljdsreform främst radikal och nytänkande i det att den – i princip helt – avvisade tanken på att brottspreventiva skäl skall vara relevanta för hur konkreta straff skall bestämmas. Tanken på att man bör bestraffas proportionellt i förhållande till brottets svårhet samt att det finns ett intresse av måttlighet och tolerans kan sålunda sägas återspegla grundläggande värden på djupstrukturen, vilka fångas upp av ovan nämnda principer och operationaliseras inom en rättslig kultur.

Det fanns dock två väsentliga undantag inbyggda i påföljdsreformen, vilka båda var resultatet av en rent politisk kompromiss, och de kan båda sägas utgöra utskott eller rester av ett preventionstänkande. Undantagen bestod främst i möjligheterna att vid viss typ av brottslighet beakta "arten" som ett skäl för fängelse (BrB 30:4 st. 2) och att låta förekomsten av tidigare brottslighet utgöra ett skäl att skärpa straffet (BrB 29:4). Ingen vet exakt vad brottslighetens art är, och det finns definitivt problem att försöka mäta denna egenskap, men helt klart är att det handlar om allmänpreventiva skäl som kommer till uttryck vid valet av påföljd. Detsamma kan sägas när det gäller bestämmelsen (BrB 29:4) som möjliggör att skärpa ett straff på grund av återfall. Det går inte, med nuvarande begrepp och principer för att gradera och rangordna brott, att fånga dessa skäl inom vad som förstås med brottets svårhet. Det är därför helt klart att det utifrån en rättvisekonception som kan rättfärdigas och förklaras utifrån proportionalitetsprincipen, humanitetsprincipen och likabehandlingsprincipen, är såväl orättvist som principvidrigt att utdöma ett fängelsestraff enkom på grund av brottslighetens art eller ett längre straff på grund av förekomsten av tidigare brottslighet. Såvida man inte kan uppställa (starka) skäl som kan motivera avsteg från nämnda principer, borde

inte omständigheterna brottslighetens art eller återfall kunna övertrumfa dessa principer.

Kompromisser och undantag kan vanligtvis hanteras inom ramen för ett större system utan att det äventyrar rationaliteten i systemet, men detta förutsätter att det för alla är klart att det som avviker från systemets principer utgör just *undantag*. Tjugo år efter påföljdsreformen kan man dock notera att domstolarnas benägenhet att med hänvisning till främst brottslighetens art utdöma fängelsestraff – eller välja en mer ingripande icke frihetsberövande påföljd – har visat sig vara mycket stor. Därmed har vi också en indikation på omfattningen av benägenheten att avvika från ovan nämnda principer.

Antalet undantag är så pass stort att man med fog kan ställa sig frågan vad som utgör huvudregel och vad som utgör undantag. Eftersom undantagen vilar på andra principer än huvudregeln är detta inte oväsentligt för frågan om vilket budskap som systemet kommunicerar. Det har även betydelse för hur regleringen för val av påföljd överensstämmer med övriga principer. På grund av att många ”artbrott” har ett relativt lågt straffvärde, har t.ex. samhällstjänst fått sitt största användningsområde i straffintervallet fängelse 1 till 6 månader. I intervallet fängelse 6 månader till 1 år är det betydligt mera ovanligt att samhällstjänst anses vara en tillräckligt ingripande tilläggssanktion om brottet är ett artbrott. Detta förhållande skapar en påtaglig asymmetri. Ett narkotikabrott med ett straffvärde på 1 månads fängelse leder normalt ovillkorligen till fängelse, medan ett grovt bedrägeri med ett straffvärde på 11 månaders fängelse normalt leder till villkorlig dom i förening med böter; däremellan krävs det (alldeles) särskilda skäl för att få välja villkorlig dom i förening med samhällstjänst för t.ex. ett skattebrott eller bokföringsbrott med ett straffvärde på fängelse i 6 månader. Denna inverterade form av proportionalitet vid påföljdsvalet framstår inte som genomtänkt och den visar att man i vissa avseenden inte är beredd att vara principiell genom att tillämpa reglerna på det sätt som det var avsett och som följer av principerna. Konsekvenserna torde vara uppenbara: en rad personer får avtjäna sina straff i fängelse trots att de inte skulle behöva det, vissa brott med lågt straffvärde bestraffas med fängelse medan annan allvarligare brottslighet bestraffas med icke frihetsberövande påföljder. Skälen är inte koherenta och systemet framstår inte som rationellt. Vad som sker på ytan går inte att förklara utifrån de djupare nivåerna.

Genom att införa en möjlighet för andra myndigheter än domstolar att (på verkställighetsnivån) ersätta ett utdömt fängelsestraff med

den s.k. fotbojan, kan slutresultatet av påföljdsvalet bli att den dömde – trots allt – undgår fängelse och därigenom (kanske) får ett straff som i ingripandegrad motsvarar vad som följer av en icke frihetsberövande påföljd. Den reella betydelsen av brottslighetens art kuperas genom existensen av en särskild verkställighetsform. Det sagda visar att såväl lagstiftare som domstolar – åtminstone i vissa fall – uppvisar en tendens till ovilja att följa de utpekade principerna och acceptera konsekvenserna. När det sedan upptäcks att tillämpningen står i bristande samklang med de grundläggande värdena på djupstrukturen uppfinner man nya möjligheter på ytan som skall reparera bristen på rationalitet och koherens inom systemet. Hade man från början följt principerna, så hade problemen aldrig uppkommit.

Vad som är besvärande i sammanhanget är att det tycks saknas en vilja eller förståelse för att det är just principerna som är viktiga. Lagstiftaren understryker genomgående i olika lagstiftningssammanhang att de principer som skall styra påföljdsbestämningen är de som ovan nämnts, men all erfarenhet visar att det tycks vara politiskt svårt att få egentlig acceptans för detta i praktiken. För att nå någorlunda anständiga resultat, tvingas man till kompromisser, vilka genomdrivs på bekostnad av intresset av rationalitet och koherens. Resultatet riskerar att bli att man skapar ett svåröverskådligt system där (förvisso konsistenta) regler återspeglar ett komplicerat system med ett stort antal undantag som inte bygger på sammanhängande skäl. Principernas värde understryks i lagstiftarens motiveringar, men deras reella värde i den praktiska argumentationen har kraftigt devalverats. Förr eller senare genomskådar någon (beslutsfattare) detta.

3.3.2 Inkoherenta normskäl på lagstiftningsnivå

Bristande koherens inom ett system behöver ingalunda komma till uttryck enbart i samband med beslutsfattande i konkreta fall i rättstillämpningen. Det är fullt möjligt att motstridiga eller oförenliga skäl förs in i systemet redan på normnivå och då som normskäl. Spänningar inom ett system kan därvid uppkomma genom att (främst) lagstiftaren för in nya produkter på ytan som är svåra att förena med den rådande strukturen på de underliggande nivåerna. De sedimenterade skäl och värden som finns på djupstrukturen påverkas normalt mycket sakta. Kontrollen av hur nya produkter på ytnivån förhåller sig till (och påverkar) grundläggande värden på de djupare nivåerna tar således tid och förutsätter att bedömare har självständighet i förhållande till lagstiftaren. Kanaliseringen av värden från djupstruk-

turen till ytan sker normalt genom upptäckten av principer eller skapandet av begrepp som inordnar nya företeelser i gamla mönster. På detta sätt kan sägas att en lagstiftare med stora ambitioner att genomföra förändringar i hög hastighet ofta tar ifrån domstolar och andra möjligheten att utöva någon form av kontroll av den normativa legitimiteten.

(a) Internationellt samarbete

Ett exempel på hur en lagstiftare kan äventyra systemets rationalitet och koherens genom att ha för stora ambitioner att direkt påverka de djupare nivåerna kan hämtas från utvecklingen av det europeiska samarbetet på straffrättens område.

Att identifiera att den svenska straffrätten är utsatt för stort tryck även utifrån är inget nytt. Flera författare i olika länder har under lång tid beskrivit utvecklingen från en mer defensiv, teoribaserad och måttlig straffrätt i riktning mot en mer offensiv och repressiv hållning där politiker utifrån common sense-liknande argument ställer ökade krav på kontroll och brottspreventiva effekter i syfte att bekämpa, eller vinna ett krig mot, brottsligheten. I särskilt fokus står, som nämnts, den snabba utveckling av olika straff(process)rättsliga instrument som sker i EU:s regi, då främst i form av olika rambeslut.

Om man skall få någon rättsida på diskussionen om straffrättens förhållande till Europasamarbetet kan man inte *per se* vara emot ett samarbete (oavsett om det bygger på en harmoniseringstanke eller en princip om ömsesidigt erkännande); vad man kan diskutera och kritisera är utfallet av samarbetet och dess former. Jag är främst intresserad av innehållet, och mindre av formen (även om man från andra perspektiv kan rikta befogad kritik även mot denna i termer av bristande kontroll, demokratiskt underskott, undermåliga förarbeten och forcerad beredning av lagstiftning etc.).

När det gäller de konkreta lagstiftningsprodukterna kan kanske sägas att även om det finns ambitioner att harmonisera dels den materiella straffrätten, dels den internationella rättsliga hjälpen, dels samarbetet mellan olika straff(process)rättsliga verkställande myndigheter, och det numera finns ett tämligen stort antal rättsakter som föreskriver skyldigheter för medlemsstaterna att implementera olika instrument i syfte att förbättra samarbetet, så har samarbetet ännu så länge en tämligen fragmentarisk karaktär. För mina syften är det främst de delar av samarbetet som påverkat omfattningen av den materiella straffrätten och grunderna för påföljdsbestämningen som

är av intresse. Allmänt sett kan sägas att rambesluten genomgående har föranlett nykriminaliseringar och/eller straffskärpningar (genom att straffskalorna har vidgats).¹⁴⁴

Under förutsättning att man inom EU-samarbetet respekterade de värden och principer som jag tidigare diskuterat såsom sedimenterade entiteter på de djupare strukturerna inom straffrättssystemen, skulle det förhållandet att lagstiftning numera emanerar från ett samarbete inom EU inte behöva innebära att man efterger eller kompromissar med förutsättningarna för systemets stabilitet. Många av de gärningstyper som varit föremål för reglering i olika rambeslut uppfyller de olika kriminaliseringsprincipernas krav, och antalet rena nykriminaliseringar har varit förhållandevis litet. Dessvärre finns det dock anledning att misstänka att mycket av vad som sker inom ramen för samarbetet bygger på andra principer än de som jag menar går att identifiera inom straffrättssystemet; i värsta fall bygger samarbetet inte på några principer alls. Som ett illustrativt exempel på ett systemfrämmande institut kan nämnas EU:s implementering av FN:s resolution 373, den 28 september 2001 om att vidtaga sanktioner eller åtgärder för att frysa ekonomiska tillgångar som kan komma att användas i terroristverksamhet. Åtgärderna har bl.a. resulterat i ett system där vissa organisationer – på oklara grunder – svartlistas, varigenom deras tillgångar fryses. Därtill kommer att redan finansieringen eller handhavandet av pengar eller andra tillgångar för organisationens räkning blir straffbart som ett brott i sig (alldeles oberoende av om gärningsmannen har ett överskjutande terroristuppsåt).

Ett mer konkret exempel från det straffrättsliga området kan hämtas från det s.k. *förverkanderambeslutet* (Rådets rambeslut 2005/212/RIF om förverkande av vinning, hjälpmedel och egendom som härrör från brott).¹⁴⁵ Det skall framhållas att man i svensk rätt visserligen har genomfört en klar utvidgning av förverkandemöjligheten, men inte i sådan utsträckning som rambeslutet i och för sig medger.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Som ett exempel kan nämnas att genomförandet av rambeslutet om bekämpande av terrorism (Rådets rambeslut 2002/475 RIF) har inneburit att i vart fall ett tjugotal brottstyper tilldelas en straffskala med fängelse på livstid för det fall att gärningen begås med det överskjutande uppsåt som följer av rambeslutets artikel 1. På abstrakt nivå är detta en av de mest genomgripande förändringarna av repressionsnivån.

¹⁴⁵ Se närmare Ds 2006:17.

¹⁴⁶ Vad som krävs för utvidgat förverkande enligt BrB 36:1b är: (1) att någon döms för ett *allvarligt brott*, (2) att vinsterna som skall förverkas *härrör från brottslig verksamhet* (dock utan något krav på kännedom om konkreta brott eller gärningar eller att den närmare omfattningen av brottsligheten är känd), samt (3) att åklagaren visar att den

Rambeslutet innebär att det skall vara möjligt att förverka pengar från personer utan att dessa kan knytas till något konkret brott (eller ens försök till sådant). För att förverkande skall kunna komma ifråga krävs endast att det kan antas att pengarna härrör från brottslig verksamhet eller kan komma att användas vid brottsliga handlingar. Det ges i rambeslutet olika möjligheter till genomförande, varigenom det bl.a. är tillåtet och möjligt att låta en persons ekonomiska tillgångar utgöra en grund för en presumtion att brott begåtts. (Det blir därmed upp till den misstänkte att bevisa att han eller hon åtkommit pengarna på lagligt sätt, dvs. en omkastad bevisbörda i brottmål.) Det är inte svårt att hävda att rambeslutet kan hamna i konflikt med grundläggande principer. Hela den grundläggande idén om att straff och andra rättsverkningar av brott utgör reaktioner på ett *begånget brott* är till stor del satt ur spel.

En liknande produkt av EU-samarbetet, med liknande potentiella problem inbyggda som de som ovan diskuterats angående föreverkandeinstitutet, återfinns i *rambeslutet om kampen mot organiserad brottslighet*.¹⁴⁷ Förslaget utgör ett led i dels ett europeiskt samarbete för att göra deltagande i en kriminell organisation till brott, dels ett FN-samarbete som utmynnat i en konvention med mycket snarlikt innehåll.¹⁴⁸

Utan att det är närmare definierat vad som utgör organiserad brottslighet ålägger man enligt rambeslutet medlemsstaterna skyldighet att kriminalisera gärningar som utgör beteenden som kan innebära ett aktivt deltagande i en organiserad kriminell verksamhet. Rambeslutet anvisar två möjliga sätt att gå för att fullgöra åtagandet:

- det ena sättet avser att kriminalisera beteenden som innebär aktivt deltagande i en organisation med avsikt eller insikt om organisationens syfte eller allmänna verksamhet eller dess avsikt att begå vissa brott. Med aktivt deltagande skall förstås tillhandahållande av information eller materiellt stöd, rekrytering av nya medlemmar och alla former av finansiering av verksamheten.

egendom som förverkas *klart mera sannolikt utgör utbyte av brottslig verksamhet än att så inte är fallet*. Lagförslaget genomfördes efter flera omarbetningar och efter att omfattande kritik framförts mot de olika förslagen.

¹⁴⁷ KOM[2005] 6 slutlig.

¹⁴⁸ Se bl.a. *Gemensam åtgärd av den 21 december 1998 om att göra deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsstater till ett brott* (98/733/RIF) och *Förenta nationernas konvention mot gränsöverskridande organiserad brottslighet* (Palermo-konventionen).

- det andra sättet att fullgöra åtagandet består i att kriminalisera sådant beteende hos en person som utgörs av en överenskommelse med en eller flera personer rörande en verksamhet som, om den genomförs, innebär att sådana brott som utgör organiserad brottslighet (enligt definitionen i artikel 1 av rambeslutet) förövas.

Med den senare varianten kan således stater komma att genomföra kriminaliseringar som innebär att det blir kriminellt att tillhöra vissa organisationer och komma överens om verksamhet som utgör brott. Bortsett från alla de praktiska problem som finns med att överhuvudtaget definiera vad som utgör en kriminell organisation,¹⁴⁹ så finns det vissa mer principiella problem med dylik lagstiftning. Vissa av dessa tillhör andra rättsområden än straffrätten (och berör rent konstitutionella frågor), men redan tanken på att kriminalisera överenskommelser inom en organisation vittnar om att man inte ser det som nödvändigt att det finns en konkret straffbar gärning för att kunna bestraffa någon. Stämpling är förvisso redan en accepterad form av osjälvständiga brott, men det finns uppenbara legitimitetsproblem med att kriminalisera tankar, avsikter, uppfattningar etc. som ännu inte lett till handling. I vart fall är kopplingen mellan den straffbara gärningen och den föreställda följden (som utgör hela grunden för lagstiftningen) avsevärt uttunnad. Frågor som rambeslutets formulering och innehåll väcker är huruvida det verkligen bör vara straffbart att medverka till förberedelse till ett (ännu inte begånget) brott bestående i att man t.ex. rekryterar personer till en verksamhet som man endast vet har ett visst syfte men vars närmare (konkretiserade) innehåll kanske är oklart eller helt okänt för gärningsmannen. Om man dessutom skulle koppla ett försöksansvar till regleringen skulle blotta påbörjandet av att rekrytera en person till en organisation vara straffbart, varigenom man i princip har kriminaliserat försök till medverkan (till försök eller fullbordat brott) eller enbart ”rekrytering till en organisation”. Straffminimum för sådan brottslighet skall, enligt artikel 3 i rambeslutet, vara fängelse i 2 år. Under alla omständigheter visar det förhållandet att man i rambeslutet förutsätter att det blir kriminellt att t.ex. rekrytera personer till en viss organisation, eller att finansiellt stödja denna, (inom vilken

¹⁴⁹ De definitioner av organiserad brottslighet som återfinns i olika rättsliga dokument är så pass vida att de träffar såväl internationella terroristgrupper som MC-gäng, förortsgång och supporterklubbar. Det räcker i princip med att tre personer samarbetar en viss tid för att ägna sig åt allvarlig brottslighet samt att de har ett vinstintresse. Vad som utgör ”allvarlig brottslighet” får i många avseenden betraktas som oklart.

man har ett verksamhetsmål att begå ekonomisk brottslighet), att man har valt att låta gärningar i den yttersta periferin av faktisk brottslighet bli föremål för kriminalisering.

Sverige har valt det första alternativet, vilket föranleder behov av nykriminaliseringar av en rad brottstyper på förberedelsestadiet. Hade det andra alternativet valts hade man varit tvungen att kriminalisera stämpling (och därmed också förberedelse och försök) till en rad olika brott. Inte någonstans i rambeslutet eller i förarbetena till Sveriges antagande av förslaget återfinner man någon diskussion om huruvida det är befogat att kriminalisera brott på dessa tidiga stadier, om organiserad brottslighet överhuvudtaget utgör ett utbrett problem samt om det finns anledning att vänta sig att lagstiftningen kommer att vara effektiv. Inte heller diskuteras några av de andra krav som kan ställas för att en föreslagen kriminalisering skall ses som befogad.¹⁵⁰ Kanske är det dessutom så att man inte ens förväntar sig att nykriminaliseringar skall leda till någon egentlig effektivitet (på straffrättens område). Det är fullt möjligt att syftet är att möjliggöra användningen av straffprocessuella tvångsåtgärder, vilket förutsätter att straffrätten banat väg för sådan användning.

Man kan se att projekt som de ovan nämnda visar på en tendens att vilja ge straffrätten delvis helt nya uppgifter. Straffrättsliga ingripanden tycks allt mer handla om att i förväg förhindra att brott begås, inte att reagera på vad någon faktiskt har gjort. På en djupstruktur som kretsar kring begrepp som rättvisa, likabehandling och klander är det inte alldeles enkelt att översätta dessa nya uppgifter från teori till verklighet. Det finns inte alltid redskap (i form av begrepp eller principer) att hantera dylika situationer.

I vissa fall förefaller det som att mycket av sekundärrätten innehåller en vaghet, öppenhet eller otydlighet som byggs in avsiktligt i rättsakterna. Båda ovan nämnda rambeslut innehåller definitioner och formuleringar som vållar svårigheter att avgöra dess närmare innebörd när det gäller vad som skall omfattas av kriminaliseringen. Orsaken till detta kan misstänkas vara dels att normerna är tillkomna genom kompromisser där det inte givits erforderligt utrymme att i detalj precisera normernas innehåll, dels att det saknats tid, kunskap och erfarenhet att närmare utreda den närmare innebörden av normerna och vad de skall reglera. En konsekvens kan komma att bli att det ytterst blir upp till EG-domstolen att genom förhandsbesked

¹⁵⁰ Se och jfr Ds 2008:6 och prop. 2007/08:144.

uttolka rambeslutens – och därmed också kriminaliseringens – närmare innebörd, vilket ger denna instans rollen som högste uttolkare och utvecklare av straffrätten istället för de högsta dömande instanserna inom den nationella rätten.

Om europasamarbetet på straffrättens område fortsätter i den takt och omfattning som kan misstänkas, och EU ges direkt och generell kompetens att lagstifta på straffrättens område, kommer denna förskjutning från de nationella högsta instanserna till EG-domstolen att bli alltmer tydlig. Min bedömning är att detta ofrånkomligen kommer att påverka de djupare strukturerna inom respektive nationellt straffrättssystem. Problemen med att låta en instans som EG-domstolen få uppgiften och ansvaret att genom sin rättsutveckling upprätthålla ett system som kännetecknas av en stark bundenhet till olika rättsliga principer skall inte underskattas. De principer som respektive avgörande kommer att påverka kan nämligen se mycket olika ut inom olika rättsordningar. Under alla omständigheter är det långt ifrån säkert att de principer som man från domstolens sida väljer att betona eller tillämpa fungerar som instrument för att kanalisera skäl mellan ytnivå och djupstrukturen. Detta blir särskilt tydligt om man i EG-domstolen väljer att tolka rambesluten utifrån de grundläggande värden som bär upp EG-fördragen (men inte nödvändigtvis den nationella straffrätten).¹⁵¹

Jag misstänker att ett av de grundläggande problemen med det internationella samarbetet på straffrättens område är att det inte finns någon gemensam rättslig kultur eller djupstruktur på motsvarande sätt som i ett nationellt straffrättssystem. Istället finns det lika många system (och därmed rättsliga kulturer och djupstrukturer) som det finns medlemsstater eller involverade rättsordningar. Det mesta som framförhandlas i olika rambeslut etc. kan därför ses som uttryck för olika kompromisser och politiska ambitioner eller visioner. Ett dylikt

¹⁵¹ Att EG-domstolen redan idag kan komma att ansvara för uttolkningen av olika rambeslut framgår bl.a. av de förhandsbesked som lämnats i rättsfallen C-187/01 (*Gözütok*) och C-385/01 (*Brügge*), som båda gällde frågan om tolkningen av *ne bis in idem* i artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet. I sin tolkning hämtade domstolen stöd i bl.a. att EU i och med Amsterdamfördraget uppställt målet att bevara och utveckla unionen som ett område med *frihet, säkerhet och rättvisa där den fria rörligheten för personer garanteras* samt att genomförandet av Schengenregelverket har till uppgift att snabbare utveckla ett sådant område. I fallen ansågs den mest ändamålsenliga tolkningen av artikel 54 vara den som beaktade att den som utövat sin rätt till fri rörlighet inte skulle hamna i ett annorlunda läge än vad som var fallet om endast en nationell domstol bedömt frågan.

samarbete äger rum på ytan. Och den rationalitet som styr ytan i denna kontext är främst en politisk rationalitet. Man har sålunda inom det normativa systemet, såsom det hittills har beskrivits, givit efter för ett annat slags rationalitet än den jag tidigare sagt utmärker det normativa system som vi kallar straffrätten. Om syftet med t.ex. europaprojektet är att harmonisera eller sammanjämka samtliga rättsordningar under ett och samma system, förutsätter detta förmodligen att man måste skapa en ny ordning – från topp till botten. Man skall inte förvänta sig att detta är någon enkel uppgift; tvärtom: det strider mot hela tanken på ett stratifierat rättssystem att man på förhand kan ”skapa” en djupstruktur eller rättslig kultur. De djupare strukturerna skapar sig själv genom att olika slags skäl som finns på ytan sorteras och systematiseras och vice versa. Som genomgående har upprepats i denna uppsats är denna process något som normalt tar lång tid. Däremot kan man naturligtvis (via ytan) snabbt föra in nya värden som tämligen omedelbart måste hanteras på djupstrukturerna. Att använda nivåmetaforen innebär inte (varken i dess begreppsliga eller kausala variant) ett förnekande av att en progressiv lagstiftare (nationell eller internationell) *kan* genomföra genomgripande förändringar. Frågan gäller istället huruvida sådana förändringar är normativt legitima eller inte.

I det nu aktuella sammanhanget går det inte att bortse från att problemet till stor del emanerar från att man i det politiska samarbetet med att bygga ut det europeiska straffrättssamarbetet *på ytan* har fört in ett värde som egentligen saknar samband med de grundläggande värden som man i övrigt kan förvänta sig att hitta på de djupare nivåerna inom de flesta nationella straffrättssystem. Begreppet är *säkerhet*, och dess förenlighet med grundläggande rättviseföreställningar går att diskutera.

Utgångspunkten i artikel 29 i Amsterdamfördraget är att medlemsstaterna skall garantera medborgarna bl.a.

ge medborgarna en hög säkerhetsnivå inom ett område med frihet, säkerhet och rättvisa genom att bland medlemsstaterna utforma gemensamma insatser på områdena polissamarbete och straffrättsligt samarbete...

Normalt brukar ”säkerhet” ha positiva konnotationer och relatera till rättsstatliga garantier för den enskildes säkerhet gentemot statlig maktutövning. Rättssäkerhet utgör ett grundfundament för en rätts-

stat och de principer som följer av denna doktrin. Sätillvida är det okontroversiellt.

Inom den moderna EU-kontexten ges begreppet säkerhet emellertid en delvis annorlunda, och omvänd, innebörd. Medborgare skall skyddas mot brottslighet och därmed (i första hand) från dem som begår brott och på detta vis hotar staten/staterna. Om man skall uppfatta detta som att straffrätten i europasamarbetet har till uppgift att skapa (en känsla av) säkerhet för medborgare, så kommer straffrätten att få helt nya uppgifter, vilka sträcker sig långt bortom de syften och funktioner som jag skisserat ovan med betoning på att (förvisso i allmänpreventivt syfte, men utifrån en förtjänstbaserad rättvisepincip) retrospektivt klandra personer som utfört skadliga gärningar. Problemen med att tillskriva straffrätten en uppgift att skapa säkerhet blir än mer pregnanta då den enda begränsande princip som styr vilka åtgärder som kan anses vara möjliga och lämpliga är att de skall vara "nödvändiga". Vad som i ett prospektivt perspektiv anses vara nödvändigt kan givetvis manipuleras av initiativtagarna till olika förändringar; detta har för övrigt redan skett. I värsta fall är bedömningen av vad som anses vara nödvändigt inte mer än en ren spekulation.

Sammantaget orsakar det utpekade syftet med att skapa "säkerhet" och den i praktiken föga begränsande prospektiva proportionalitetsprincipen stora spänningar inom ett rättssystem som helt enkelt inte känner igen eller kan avkoda dylika värden inom den rättsliga kulturen eller på djupstrukturen. De två nivåmetaforerna kolliderar härvid på ett sätt. Enligt den begreppsliga varianten finns ett krav på att introduktionen (och tolkningen) av nya produkter anpassas till det rådande systemets identifierade värden och principer i syfte att uppnå normativ legitimitet. Enligt den nivåmetafor som fångar den kausala förändringsprocessen kan nya produkter på ytan förändra de djupare nivåerna på ett tämligen radikalt sätt. Dvs. inom denna nivåmetafor finns inte motsvarande anpassningskrav.

En klart bidragande orsak till att de inomrättsliga principerna förlorar betydelse torde vidare vara att tempot för förändringar på den internationella arenan är mycket högt. Det tycks vara ofrånkomligt att man inte samtidigt kan uppfylla sina förpliktelser inom europasamarbetet och respektera de principer som inte är förenliga med dessa. Problemet är bara, såsom jag ovan försökt beskriva, att såväl den nationella lagstiftaren som domaren är normativt bunden av de djupare nivåernas principer och värden. Även om nya produkter på ytan som direkt utmanar eller ersätter gamla principer inte på något

sätt kan beskrivas som ogiltiga eller illegitima, har lagstiftaren en normativ skyldighet att konstruera ett koherent och rationellt system. Om principerna inte respekteras blir det inte mycket kvar av de grundläggande värdena. Den normativa bundenheten är därför (åtminstone initialt) större än vad de flesta tror. Teoretiskt sett är det kanske möjligt att man på ytan, och på regelnivå, genomför ett paradigmskifte genom att helt byta ut de värden som en verksamhet skall respektera. I praktiken förutsätter det i så fall att man öppet redovisar att man (helt) övergivit sina tidigare värderingar och principer. Man kan undra om det finns politiskt stöd för en sådan radikal omvälvning av straffrätten.

Om man – förr eller senare – skulle kunna identifiera djupstrukturer (med nya principer, begrepp och värden) inom den del av det internationella samarbetet som påverkar straffrätten, så skulle man förmodligen kunna identifiera ett paradigmskifte på dessa nivåer. Så länge vi inte har givit upp tanken på att straffrätt fortfarande utgör en i första hand nationell angelägenhet, finns det dock anledning att i flera avseenden ställa sig skeptisk till den bristande graden av principfasthet som utmärker det internationella samarbetet på straffrättens område.

(b) Diffusa kränkningar och avsaknad av skyddsintresse

Andra exempel på att man i vissa avseenden på normnivå börjar orientera sig bort från vissa grundläggande principer hittar man om man studerar nykriminaliseringar i svensk rätt. Man skulle kunna hävda att det finns en tendens att i vissa fall avstå från att utpeka konkreta skyddsintressen som skall skyddas genom strafflagstiftning och i motsvarande mån fokusera på mer diffusa skyddsintressen. Vad som sägs i det följande behöver inte uppfattas som en kritik av enstaka lagstiftningsprojekt. Sedda isolerat kan man betrakta olika undantag av de slag som skall beröras nedan som just *undantag* som bekräftar huvudreglerna. Alternativt kan man se dem som exempel på dålig rättstillämpning eller lagstiftning på ytnivå. Poängen är att det alltid har funnits – och kommer alltid att finnas – yttringar på ytan som baserar sig på skäl som inte är förankrade i mer grundläggande värderingar eller sedimenterade skäl på de djupare nivåerna. Ser man däremot på de olika undantagen sammantagna, kan de skapa en bild av en pågående förändring, en förändring som håller på att tränga ned under ytan i riktning mot den rättsliga kulturen. I så fall handlar det om en tendens, och i så fall blir det aktuellt att diskutera huruvida den är förenlig med systemets principer eller inte.

Att kriminalisera nya gärningstyper är ett tämligen enkelt och billigt sätt för lagstiftaren att visa på någon form av handlingskraft i förhållande till uppfattade samhällsproblem. Samtidigt är det ett faktum att det i längden är ett ofta mycket kostsamt äventyr (mätt både i kostnader för staten och i termer av mänskligt lidande). Som redan påpekats är effektiviteten när det gäller att komma till rätta med olika problem medelst kriminalisering ifrågasatt. Såväl insikten om straffrättens prestationsunderskott som de ekonomiska kostnaderna samt kostnaderna i form av mänskligt lidande har lett till att det har utvecklats vissa grundläggande principer med anknytning till kriminalisering. Sedan lång tid tillbaka har det utförligt diskuterats om det finns begränsande normer för hur – och i vilken utsträckning – kriminalisering får och bör ske.¹⁵² De principer som kan sägas finnas är främst begränsande; de ställer upp gränser och anger vad som *inte* bör kunna bli föremål för kriminalisering. Resultatet av varje försök att uppställa dylika principer är direkt avhängigt frågan vilken uppgift man tillskriver straffrätten. Det är svårt att frigöra sig från det förhållandet att straffrätten i grunden syftar till att förhindra gärningar som orsakar någon form av skada, eller fara för sådan skada, samt att straffrättens sanktioner syftar till att klandra gärningsmannen för vad han eller hon har gjort. Eftersom straffrätten samtidigt är rent repressiv, och åtminstone fängelsestraffet innebär ett mycket stort ingrepp i en dömd persons liv, är det viktigt att formulera moraliska begränsningar för hur och när kriminalisering bör användas.

Redan ur denna (alltför) begränsade definition följer en rad principer som bör styra lagstiftaren vid kriminalisering. Av det faktum att det handlar om att klandra någon, följer att straffrättens verksamhet är retrospektivt inriktad. Klander utdelas för något man gjort (inte något man kanske kommer att göra); detta gäller även fall av osjälvständiga brottsformer såsom försök, förberedelse och stämpling (även om dessa brottsformer innehåller inslag av framtidsinriktade bedömningar). "Det" som man skall klandras för måste förtjäna klander; det blir därför nödvändigt att i någon form försöka definiera vad det är man klandras för och normalt anges detta som orsakande av någon form av skada (även fara för skada eller konkreta kränkningar inbegrips i detta skadebegrepp). Till sist förutsätter klander att gärningsmannen hade förmåga och tillfälle att rätta sig efter lagen.

¹⁵² Se bl.a. Jareborg 2001 s. 45 ff. De begränsande principerna diskuteras och analyseras utförligt i Lernestedt 2003.

Klander är begreppsligt sett poänglöst om gärningsmannen inte handlat med erforderligt personligt ansvar och/eller haft rimlig möjlighet att få kännedom om lagens innehåll. Straffrätten tycks således bygga på bl.a. en *skadeprincip* (harm principle), en *konformitetsprincip*, en *skuldprincip* och en *legalitetsprincip*. Nära kopplade till dessa principer är frågor och beledsagande begrepp som skyddsintresse, förutsebarhet, rättvisa, likabehandling etc. etc.

Även om flertalet av ovanstående begrepp och principer saknar ett absolut innehåll och därför alltid kommer vara öppna för diskussion hur de skall förstås, har lagstiftaren normalt respekterat kärnan i dessa principer och intagit en restriktiv hållning när det gäller att tillgripa kriminalisering. I vart fall har skälen för en restriktiv hållning betonats i samband med kriminaliseringsförslag, och på så sätt kan *principen om ultima ratio* sägas ha respekterats såsom idé. Under alla omständigheter har man sökt begränsa kriminaliseringen till konkreta gärningstyper som går att avgränsa i tid och rum. Avgränsningen utgör straffrättens styrka såtillvida att man genom dessa principer lägger sig vinn om att – om så endast av rättssäkerhetsskäl – fokusera på enstaka, tämligen konkreta händelser som faktiskt orsakat en definierbar skada. Avgränsningen utgör kanske också straffrättens svaghet i så måtto att det alltid blir en mycket kuperad och begränsad berättelse som framgår av användningen av straffrätten. Detta ligger kanske i straffrättens natur; bestraffning är helt enkelt ett dåligt sätt att komma tillrätta med problem som mänskligheten dras med.

Vad som delvis har kommit att komplicera förhållandet och kanske äventyra de ovan utpekade begränsande principerna är det förhållandet att man i modernare tid har kunnat upptäcka kriminaliseringar som följer ett delvis annorlunda mönster. Några moderna exempel på lagstiftning som avviker från det traditionella sättet att motivera kriminalisering utgör bl.a. köp av sexuella tjänster (BrB 6:11) och ringa narkotikabrott bestående i eget bruk (NSL § 2). Äldre exempel på motsvarande problematiska skyddsintressen är de som motiverar kriminalisering av samlag med syskon (BrB 6:7).¹⁵³ En grundläggande rättsstatlig princip kan sägas vara att man inte kriminaliserar gärningar som endast riktar sig mot gärningsmannens egen rättssfär,

¹⁵³ I frågan om skyddsintresset bakom kriminaliseringen av incest mellan vuxna, se bl.a. Greve 2008 samt Winfried Hassemers skiljaktiga votum i den tyska författningsdomstolens (Bundesverfassungsgericht) avgörande BvR 392/07, vilket utförligt kommenterats i Asp 2009.

och även om lagstiftaren i samband med nu nämnda kriminaliseringar har sökt undvika att motivera dem med paternalistiska hänsyn kvarstår det faktum att det förefaller finnas mycket bräcklig grund för antagandet att dessa gärningar kan innebära eller medföra en rättsligt relevant skada (gentemot andra) som kan motivera att de beläggs med straffhot. Det torde vara klart att det huvudsakliga problemet med dessa straffbestämmelser ligger i att det saknas ett utpekat (relevant) skyddsintresse som kriminaliseringen avser att skydda. I vart fall torde det vara klart att man hamnar i konflikt med andra värden och principer om man väljer att kriminalisera dylika gärningstyper. I samtliga dessa fall aktualiseras frågor om rätten till en privat sfär, autonomi, intresset av att undvika paternalistisk lagstiftning samt om det finns moraliska begränsningar för hur vi får behandla andra människor (för hur de väljer att leva sina liv). Likaså kan man fråga sig hur man skall förhålla sig till likabehandlingsprincipen. Om det är förbjudet att sälja t.ex. sexuella tjänster eller konsumera marijuana kan man fråga sig varför det inte också borde vara kriminaliserat att dricka en flaska Château Margaux eller en liter oljefärg, träna boxning eller medverka i TV-serier av förnedringskaraktär.

I inga av de nu aktuella exemplen artikuleras problemen på ytan. Man kan tänka sig att betrakta besluten (och argumenten för) att kriminalisera dessa gärningstyper som demokratiskt förankrade och att det därför finns fullt legitima skäl att betrakta gärningarna som klandervärda. Möjligtvis finns det en bred förankring hos allmänheten att dessa gärningar borde vara förbjudna. De principiella problemen börjar när vi skall försöka förklara varför vi *bestraffar* och *klandrar* den person som väljer att utsätta sig själv för effekterna av narkotikabruk, prostitution eller incest mellan vuxna. De icke artikulerade principerna på de djupare strukturerna kan ge oss argument för och emot olika lösningar.

Liknande exempel på strafflagstiftning där det finns problem att precisera skyddsintresset återfinns i fall där det i och för sig finns ett klart skyddsvärt intresse som förtjänar lagstiftningens skydd, men där man väljer att utsträcka straffansvaret till sådana gärningar där detta intresse rimligtvis inte kan sägas vara hotat. *Innehav* av barnpornografi (BrB 16:10a p. 5) utgör ett sådant exempel. Att barn förtjänar straffrättsordningens skydd mot sexuella övergrepp, och att man bör försöka förhindra att dylika övergrepp dokumenteras och sprids såsom pornografiska alster är obestridligt. Att däremot utsträcka det straffrättsliga ansvaret till fall när en person endast innehar bilder av

sådana kränkningar innebär emellertid en i flera avseenden mer diffus kränkning av det utpekade skyddsintresset än vad som är fallet när det är fråga om själva övergreppet eller framställningen (och spridningen) av materialet. Frågan som man måste kunna besvara är på vilket sätt målsägandena kränks genom blotta innehavet? Det kan förvisso vara moraliskt diskutabelt (med hänsyn till allmänmoraliska krav på lojalitet och medkänsla gentemot sina medmänniskor) att bevara bilder som för någon annan representerar en påminnelse om något smärtsamt, pinsamt, förnedrande etc.¹⁵⁴ Men frågan om huruvida detta utgör en straffrättsligt relevant kränkning av ett intresse tål att diskuteras.

Ett kanske ännu tydligare exempel på en tämligen odefinierad kränkning, och därmed ett oklart skyddsintresse, finner man om man studerar skälen som angavs för att kriminalisera framställning av *vissa* barnpornografiska alster. Lagstiftaren hänvisade bl.a. till den integritetsskada som kan uppkomma när barn *medverkar* vid tillkomsten av dessa alster. Men kriminaliseringen omfattar även framställandet av tecknade bilder, data- eller fotomontage eller skulpturer där barn förekommer i pornografiska situationer.¹⁵⁵ I det senare fallet finns ju inte nödvändigtvis något som tyder på att ett barn verkligen har utsatts för något brott eller upplevt någon handling som kan verka integritetsskadande. Kränkningen riktar sig sålunda mot barn i allmänhet eller "barnet som idé", och inte mot något barn som faktiskt har medverkat i framställningen av materialet.¹⁵⁶

Det framhölls vidare i förarbetena att man inte kan bortse från eventuella skadeverkningar som kan drabba de utsatta barnens syn på sexualitet.¹⁵⁷ Ytterligare argument som framfördes för en kriminalisering var att dessa framställningar kunde anses uppmana eller leda fram till brottsliga gärningar.¹⁵⁸ Detta motiv för kriminalisering har

¹⁵⁴ Läger man vikt vid denna aspekt är förverkandeinstitutet mest näraliggande att tillgripa.

¹⁵⁵ Prop. 1978/79:179 s. 26. Se även prop. 1997/98:43 s. 65 ff. och SOU 2007:54 s. 199 f.

¹⁵⁶ Om bilder eller annat material föreställande verkliga personer används i ett fotomontage eller liknande kan emellertid ansvar för ärekränkingsbrott under vissa förutsättningar aktualiseras. Det handlar emellertid då om ett annat slags kränkning.

¹⁵⁷ Se prop. 1978/79:179 s. 8.

¹⁵⁸ Liknande, eller identiska, argument har använts för att motivera kriminaliseringen av brottstypen olaga våldsskildring (BrB 16:10 b). Bl.a. på grund av avsaknaden av konkreta effekter av filmer (eller annat) med aggressivt eller våldsamt innehåll, anförs i förarbetena att det av viss forskning framgår att filmer av det slag som riskerar att

dock inte kunna beläggas. Vidhåller man att detta utgör en legitim kriminalisering, så måste man därmed acceptera att det är förenligt med våra principer att kriminalisera fantasier, tankar, drömmar eller idéer. Det är det inte.

Poängen med vad som sagts är att påvisa att det finns klara problem med att lagstiftaren använder sig av diffusa och opreciserade skyddsintressen. När man väljer att kriminalisera något, så måste man utgå från att vissa personer faktiskt kommer att begå brottet och bestraffas för det. Det är därför av helt avgörande vikt att man har klart för sig vad det är man anser vara fel med det kriminaliserade beteendet. Att peka ut skyddsintressen som t.ex. "barnet som idé" eller risker för aggregerade skadeverkningar, sammantaget med den omständigheten att gärningen i sig inte på något rimligt sätt kan sägas innebära en skada på det mer konkreta skyddsintresset eller ens en fara för sådan skada, leder till att vi till slut inte vet vad det är vi lägger någon till last. Vi kan inte klandra någon som inte har gjort något (som kränkt det åsyftade intresset) utan att övergå till en straffrättsanvändning som bestraffar personer för vad eller vilka de är. Att klandra personer för deras tankar, idéer eller fantasier som inte omsatts i praktik, och som i sig inte hotar något intresse, strider mot straffsystemets djupaste föreställningar om ansvar och skuld hur avvikande, depraverade, obehagliga eller onda de än är. I vart fall skulle sådant klander förutsätta en mycket uttunnad form av vad vi normalt menar med en straffrättsligt relevant kränkning. Det strider också mot det moraliska innehållet i straffrättsligt klander. Dessa förutsättningar finns inbäddade i djupstrukturen inom systemet, och om lagstiftaren vill ha normativ legitimitet för vad som skapas på ytan måste dessa begränsningar respekteras. I annat fall finns endast empirisk legitimitet. Min uppfattning är att sådan inte är tillräcklig. Ett tydligt exempel på avsteg från tanken att straffrätten endast skall

träffas av kriminaliseringen ingår i en "ungdomlig motkultur som i övrigt innehåller avståndstagande från vuxenvärldens värderingar, trots mot skolan, avvikande klädsel, utseende och musiksmak och ibland kriminalitet och missbruk". Departementschefen drog efter att ha vägt argumenten för och emot kriminalisering, och beaktat de vetenskapliga rönen, slutsatsen att "filmer och numera också videogram i andra sammanhang utgör erkänt starka påverkningsmedel, t.ex. i fråga om klädmöden, musik och vissa yttre attityder i övrigt" samt att ifråga om deras förmåga att påverka när det gäller aggression, våld och skrämsel så ligger det "mycket nära till hands att anta att åtminstone för vissa grupper eller individer har betydelsefulla verkningar", se prop. 1986/87:151 s. 91 f.

syssla med konkreta gärningar som i sig orsakar någon definierbar skada utgörs av förslaget till kriminalisering av s.k. *grooming*.¹⁵⁹

Intresset av att komma till rätta med pedofili, sexuella övergrepp, våldsbrottslighet etc. kan inte ifrågasättas, men dessa gärningar är redan kriminaliserade. Att man, genom nämnda förbud eller lagförslag till kriminalisering, är beredd att låta gärningar som ”att ta kontakt med en person” eller ”innehav av ett fotomontage som ger uttryck för sexuella fantasier” etc. räcka för att grunda straffrättsligt ansvar, visar att man också är beredd att ge straffrätten en delvis annan roll än att klandra personer för vad de har gjort eller – om något har hänt – för gärningar som innebär en kränkning av en definierbar skada. Det är hart när omöjligt att tillämpa straffsystemets principer på de ovan diskuterade gärningstyperna.

(c) Tillräknelighet som ansvarsförutsättning

Det finns andra exempel på hur man från lagstiftningshåll har varit beredd att schackra med de mer grundläggande principerna inom systemet. Jag avser här t.ex. frågor om vem som kan hållas straffrättsligt ansvarig och vad som förutsätts för att man skall betraktas som en person kapabel att ta till sig moraliskt klander. Det finns få klassiska frågor inom straffrätten som så tydligt illustrerar vår syn på frågor om ansvar, skuld och konformitet som just frågan om *tillräknelighet*. Spörsmålet är mycket komplicerat och skall inte utvecklas närmare här. Mycket kort kan sägas att de grundläggande frågorna som aktualiseras när man har att göra med personer som begått brott under inflytande av en allvarlig psykisk störning är:

- dels huruvida de överhuvudtaget skall anses kunna begå brott (dvs. frågan om tillräknelighet bör utgöra en ansvarsförutsättning),
- dels huruvida de kan anses ha handlat med uppsåt eller oaktsamhet enligt vedertagna definitioner av skuld,
- dels vilka reaktioner (i form av sanktioner) som kan aktualiseras om man skall döma dem (fängelse, vård etc.).

En överväldigande majoritet av de västerländska straffrättsordningarna behandlar tillräknelighet som en ansvarsförutsättning. Det finns

¹⁵⁹ Se närmare Ds 2007:13. Förslaget har kommenterats utförligt av Asp, se densamme 2007 s. 21 ff.

ett stort antal varianter på kriterier för eller tester på huruvida en person skall anses vara tillräknelig eller inte. Graden av psykisk störning kan likaså alltid vara olika hög och det är aldrig givet var gränsen mellan tillräknelig/otillräknelig går. Alla tester bygger på olika kriterier för vem som kan behandlas som en person med kapacitet att kontrollera sitt handlande, inse konsekvenserna av sitt handlande och ta emot moraliskt klander. Den som – i gärningsögonblicket – saknat kroppsliga eller mentala förmågor hade inte kunnat göra annorlunda och av konformitetsprincipen följer att det är orättfärdigt att klandra någon som inte hade förmåga och tillfälle att rätta sig efter lagen. Avsaknad av mentala förmågor medför inte sällan att personen i fråga inte kan ådagalägga personlig skuld på det sätt som krävs för straffansvar, varför även skuldprincipen kränks om man inte tillämpar kriterier för att bedöma täckning av uppsåt eller personlig oaksamhet på samma sätt som sker för personer med normala förmågor. Konsekvensen av detta borde bli att otillräkneliga eller allvarligt psykiskt störda gärningsmän frikänns. Begreppet klander förlorar sin funktion om den som skall klandras inte är tillräknelig, och under alla omständigheter kommer det i dylika situationer att framstå som orättfärdigt och djupt orättvist att hålla en person utan tillräckliga kroppsliga eller mentala förmågor straffrättsligt ansvarig. För det fall att personen i fråga, på grund av vad han eller hon har gjort, framstår som farlig så kan givetvis andra samhällsliga reaktioner aktualiseras, men då handlar det inte längre om straffrätt och klander varför de ovan berörda principerna har inte längre samma relevans.

Sverige har intagit en särställning beträffande psykiskt störda lagöverträdare eftersom tillräknelighetsläran avskaffades formellt i samband med BrB:s tillkomst. Konsekvensen av detta är att vi sedan 1965 har en anomali i straffrättssystemet. Otillräkneliga personer och andra som lider av allvarliga psykiska störningar kan således hållas straffrättsligt ansvariga. Ovan nämnda principer ger oss samtliga skäl för varför vi borde ha en annan ordning. Underlåtenheten att respektera ovan diskuterade principer leder också mycket riktigt till en rad problem. I praktiken har frågan om gärningsmannens mentala förmågor behandlats på påföljdssidan genom ett uttryckligt fängelseförbud för personer som begått brott under inflytande av en allvarlig psykisk störning (BrB 30:6). Med den svenska modellen möjliggör vi att personer som saknar ansvarsförmåga hålls ansvariga för brottsliga gärningar; däremot särbehandlas de vid valet av påföljd. Det förutsätter lika fullt att man i domstol måste genomföra utpräglat normativa

bedömningar av t.ex. gärningsculpa, uppsåt/personlig oaksamhet eller excess avseende personer som kanske helt saknar omdömesförmåga, kroppskontroll etc. Det finns belägg för att domstolar anpassar sina bedömningar av frågor som t.ex. uppsåt och oaksamhet i det (kanske) vällovliga syftet att kunna bereda personen i fråga vård inom ramen för rättspsykiatri. I så fall bekräftas hela bilden av att reglerna på ytnivån på ett värderingsmässigt plan inte är koherenta i förhållande till våra grundläggande uppfattningar om ansvar och skuld. Principerna hjälper oss att förklara skälen för varför så är fallet.

Systemet är vidare motsägelsefullt på det sättet att andra liknande tillstånd av bristande kontrollförmåga eller förvirringstillstånd (*tillfällig sinnesförvirring*) enligt en oskriven undantagsregel skall föranleda att personen inte hålls straffrättsligt ansvarig.¹⁶⁰ Denna undantagsregel gäller emellertid inte otillräkneliga personer eftersom störningen i deras fall inte är tillfällig.¹⁶¹

Flera utredningar har i modern tid lagt fram förslag om att återinföra en ordning med tillräknelighet, men det har inte lett till någon åtgärd från lagstiftarens sida.¹⁶² Kanske har underlåtenheten att genomföra dessa förslag något att göra med politisk rationalitet. Om man anser att principer är viktiga och att det finns ett intresse av att lagstiftningen i sin praktiska omsättning kommunicerar ett budskap med medborgarna som överensstämmer med våra grundläggande uppfattningar om rättvisa – och som formuleras i begrepp som t.ex. ansvar(sförmåga), skuld och klander – borde tillräknelighet vara ett högprioriterat område.

Lagstiftaren har emellertid år 2008 vidtagit en partiell förändring med anledning av de framlagda lagförslagen om hur psykiskt störda lagöverträdare borde behandlas vid prövningen av straffrättsligt ansvar. Reformen syftar till att begränsa särbehandlingen i påföljdshänseende av den nu aktuella gruppen. Innebörden av reformen bekräftar att det främst tycks vara en politisk rationalitet som styr lagstiftningsarbetet.

Bakgrunden till reformen var följande: Ett särskilt problem med den reglering som man valt i svensk rätt är att det är fullt möjligt att en person *vid gärningstillfället* lider av en allvarlig psykisk störning,

¹⁶⁰ Se Jareborg 2001 s. 359.

¹⁶¹ Det kan tänkas att en allvarligt psykiskt störd person drabbas av en tillfällig störning av annan karaktär som ligger utanför diagnosen för den varaktiga störningen. I så fall är det inte uteslutet att den ursäktande undantagsregeln blir tillämplig.

¹⁶² Se bl.a. SOU 1996:185 kap. 16 samt SOU 2002:3.

men att den mentala hälsan *vid domstillfället* (eller under verkställigheten) har förbättrats i sådan utsträckning att rättspsykiatrisk vård inte längre är påkallad, eller att det i vart fall inte är nödvändigt att sådan vård bereds på en särskild anstalt. Konsekvensen av en sådan hälsomässig förändring blir att personen inte (längre) blir föremål för vård eller straff trots att brott har begåtts.¹⁶³

På ett principiellt plan är denna konsekvens fullt naturlig och t.o.m. eftersträvarnsvärd. Finner man att någon vid en viss tidpunkt (t_1) saknar kontroll- och omdömesförmåga (ansvarsförmåga och kapacitet), och därför inte kan hållas ansvarig (eller som i Sverige: inte kan dömas till fängelse), ligger det naturligtvis inget konstigt i att man ser på saken på motsvarande sätt om personens tillstånd senare (vid t_2) förbättras. Skälen för att inte hålla gärningsmannen ansvarig vid t_1 påverkas inte av hur världen gestaltar sig i framtiden. Skuld och ansvar kan inte utkrävas i efterhand (vid t_2) om det inte fanns förutsättningar för detta vid t_1 . Vad som nu sagts gäller oavsett om man har tillräknelighet som ansvarsförutsättning eller behandlar denna fråga på påföljdsplanet.

Enligt den enda förändring som den svenska lagstiftaren funnit sig föranlåten att genomföra, så är det numera möjligt att döma den person som vid t_1 led av en allvarlig psykisk störning, men som vid t_2 inte är i behov av vård, till fängelse. Förutsättningarna härför är att gärningsmannens störning inte tillhör den grupp av störningar som betraktas som de allra mest allvarliga, att brottsligheten är mycket allvarlig samt att det finns ett litet eller obefintligt vårdbehov. Syftet med regleringen sägs vara att en annan ordning annars riskerar att leda till att påföljden framstår som ”otillräcklig med hänsyn till brottets allvar” och att ”det är otillfredsställande att den som varit allvarligt psykiskt störd vid brottet inte kan dömas till en påföljd som är adekvat i förhållande till brottets svårhet”.¹⁶⁴

¹⁶³ Förklaringen till denna konsekvens är att fängelseförbudet (BrB 30:6) gäller om gärningsmannen *vid gärningstillfället* led av en allvarlig psykisk störning (som inte var kortvarig). Förutsättningen för att enligt BrB 31:3 överlämna en person till rättspsykiatrisk vård är att gärningsmannen *vid domstillfället* lider av motsvarande störning. Har tillfrisknandet således skett i perioden mellan brottet och lagföringen återstår endast icke frihetsberövande påföljder (villkorlig dom eller skyddstillsyn), vilka får förenas med böter. Om rätten dock finner att någon annan påföljd inte är lämplig skall den tilltalad vara fri från påföljd (BrB 30:6).

¹⁶⁴ I Ds 2007:5 anges uttryckligen att med uppdragets utgångspunkter så ges skuldprincipen och konformitetsprincipen en mer begränsad betydelse till förmån för intresset av att värna proportionalitetsprincipen och principen om ekvivalens; att påföljden utgör en

Till viss del kan 2008 års reform ses som ett försök att begränsa de problem som uppkom genom att man 1992 införde begreppet ”allvarlig psykisk störning”. En sådan ambition är fullt begriplig. Om man anser att detta begrepp inte på ett adekvat sätt identifierar de sjukdomstillstånd som bör föranleda ansvarsfrihet eller särbehandling vid påföljdsvalet, bör man ompröva begreppet. Det framgår även av HD:s praxis att fängelseförbudet i BrB 30:6 inte gäller förbehållslöst.¹⁶⁵ Anser man att det är en basal princip att straff förutsätter ett brott, framstår reformen som logiskt konsistent; med den svenska ordningen anser vi ju att även otillräkneliga kan begå brott.

Ur principiell synvinkel är reformen emellertid diskutabel. Att vissa gärningar har ett mycket högt straffvärde utgör inget skäl att utkräva ansvar för det fall att gärningsmannen tillhör den krets som – på ett eller annat sätt – skall särbehandlas straffrättsligt på grund av psykisk insufficiens (kalla det otillräknelighet, allvarlig psykisk störning, själslig abnormitet av djupgående natur eller vad man vill). Ett skäl för att undanta vissa allvarligt psykiskt störda gärningsmän från särbehandlingen vid påföljdsvalet anses vara att det är en gradfråga i vilken utsträckning vissa personer lider av en psykisk störning, varför ett absolut fängelseförbud – baserat på bedömningen att störningen är allvarlig – kan leda till tröskeeffekter. Lagstiftarens slutsats av detta blir att man därför – i vissa fall – ytterligare bör inskränka fängelseförbudet (och därmed särbehandlingen). Detta motiveras med hänvisning till principerna om proportionalitet och ekvivalens.

Resonemanget är intressant ur flera aspekter. Jag skall nämna två: För det första visar det på hur man kan använda principer på ett direkt vilseledande sätt i sin argumentation. Genom att utpeka vissa – i sig – giltiga och starka principer inom systemet, och grunda sina resonemang på dem, kan man ge intryck av att ens argumentation är normativt förankrad och legitim samt konsistent med systemets grundläggande värden. Som jag redovisat ovan, i avsnitt 2.2, är det en skillnad mellan att rättfärdiga ett resonemang med en princip och att vara principiell i sitt resonemang. Om det förhållande som man rättfärdigar med sin princip inte har något med principen (eller skälen som bygger upp denna princip) att göra, så är argumentationen i detta avseende innehållslös och rör sig enbart på ytnivå som en

proportionell reaktion på brottets svårhet är tydligen viktigare än om gärningsmannen kan anses ha ansvarsförsättningar. Se och jfr Ds 2007:5 s. 96.

¹⁶⁵ Se bl.a. NJA 1995 s. 48.

krusning utan förankring med djupstrukturen. Den – i sig – giltiga principen får funktionen av en övertalningsdefinition; proportionalitetsprincipen ger sken av att leda oss till slutsatsen att vissa personer som *vid domstillfället* är tillräckligt friska för att avtjäna fängelse förtjänar att sitta i fängelse. Men den svåra, principiella, frågan handlar ju inte om vad brottet/gärningen förtjänar i fråga om straff eller om gärningsmannen kan avtjäna ett straff; frågan gäller ju om gärningsmannen skall kunna anses vara ansvarig för vad han eller hon gjort på det sätt som förutsätts för att förtjäna fängelsestraff.

För det andra visar detta exempel på att det på de djupare strukturerna kan finnas flera giltiga värden och principer som aktualiseras, och som – i vart fall teoretiskt – kan konkurrera med varandra. Man kan föreställa sig att man ibland måste göra svåra avvägningar mellan t.ex. intressena av humanitet och proportionalitet/ekvivalens (vid exempelvis fastställandet av vad som skall utgöra absolut straffmaximum) eller mellan skuld och effektivitet (vid gränsdragningen av relevant och irrelevant villfarelse) etc. etc. En beslutsfattare (lagstiftaren eller enskilda domare) är i lika hög grad normativt bunden av de olika principerna. Däremot kan den relativa styrkan hos skälen variera; balanseringen av skäl kommer då alltid att bero av kontexten. Ett grundläggande krav är därför att principerna används på de situationer som de främst avser att reglera. I vart fall kommer den princip som ligger närmast det konkreta problemet att ha störst betydelse för den praktiska argumentationen. Att proportionalitetsprincipen ibland får vika när man har att göra med vissa personer som på grund av skuld- och konformitetsprinciperna skall särbehandlas utgör således inget konstigt. Det förhållandet att man i svensk rätt valt att låta särbehandlingen (på ytan) komma till uttryck i påföljdsbestämmelserna ändrar inte detta förhållande på de djupare nivåerna.

I praktiken innebär reformen att vi numera är beredda att hålla människor frihetsberövade i fängelse under långa perioder trots att gärningen är begången under inflytande av en allvarlig psykisk störning som inte varit självförvållad. Det är svårt att föreställa sig hur man tänker sig att detta klander skall fungera.¹⁶⁶ Jag skall inte i detalj

¹⁶⁶ Hur vanliga sådana situationer är beror helt på om man anser att tillstånd av allvarlig psykisk störning eller otillräknelighet kan vara kortvariga. Det är möjligt att det finns problem inbyggda i själva begreppet allvarlig psykisk störning och att jurister och läkare inte är överens om vad som skall förstås med denna beskrivning. I så fall finns det skäl att överväga att modifiera begreppet så att den medicinska slutsatsen att någon lider av en dylik störning överensstämmer med den juridiska uppfattningen om vem som kan och

närmare beröra reformen, men det förefaller som att man beträffande denna grupp av lagöverträdare tagit ytterligare ett steg bort från de grundläggande värden som finns på djupstrukturen trots att man på ytnivå vill ge sken av att vara principiell.

(d) Återfall och proportionalitet

Utöver de exempel som har diskuterats ovan, skall jag beröra en förslagen reform på påföljdsplanet som vid tiden för denna boks tillkomst (ännu) inte har lett till lagstiftning – nämligen Straffnivåutredningens förslag (SOU 2008:85) om utökade möjligheter att använda återfallsbestämmelsen i BrB 29:4 som grund för straffskärpning vid straffmätningen.

Trots att det ännu är oklart om detta förslag kommer att leda till lagstiftning (och om en reform i så fall kommer att överensstämma med det förslag som lämnats i betänkandet) anser jag det vara värt att beröra denna fråga, bl.a. eftersom utredningens sätt att argumentera illustrerar precis vad jag försökt att säga i denna uppsats om kravet på normativ legitimitet.

I direktiven till Straffnivåutredningen anges att principerna om proportionalitet, ekvivalens samt kraven på legalitet, förutsebarhet och enhetlig rättstillämpning sammantagna utgör en utgångspunkt som påföljdssystemet vilar på. Dessa principer skall, enligt regeringen, beaktas vid utformningen av förslagen.¹⁶⁷ Utredningen bekänner sig till dessa principer, och den ideologiska beskrivningen läggs till grund för utredningens överväganden.¹⁶⁸ I kapitlet benämnt ”Allmänna utgångspunkter” redogörs för de straffteoretiska utgångspunkterna, i vilka man accepterar grundantagandet att straff ger uttryck för klander som skall utmätas utifrån ett förtjänsttänkande, vilket skall grundas på en proportionalitetsprincip.¹⁶⁹ Man redogör vidare för kritiken av behandlingstanken samt konstaterar att det inte går att göra några säkra prognoser på individnivå samt att det därför

bör hållas ansvarig. Från principiella utgångspunkter finns det emellertid ingen grund för att skapa ytterligare undantag på regelnivå enkom i syftet att undvika vad som kan uppfattas som stötande bland folk i gemen (dvs. att en psykiskt störd person inte ådöms ett straff). Tillräknelighet som ansvarsförutsättning fungerar i alla andra länder.

¹⁶⁷ Dir 2007:48 s. 3, vilka finns publicerade i SOU 2008:85 bilaga 1.

¹⁶⁸ SOU 2008:85 s. 243 f. och 305 samt motsvarande uppfattning i delbetänkandet SOU 2007:90 s. 127 ff.

¹⁶⁹ Man konstaterar vidare att det inom doktrinen finns en uppfattning att höjda straffnivåer har en underordnad betydelse när det gäller den moralbildande funktionen.

saknas grund – inte minst från rättvisesynpunkt – att låta vissa personer bli föremål för ett strängare ingripande enbart på grund av ett prognostiskt tankesätt.

När man i utredningen därefter övergår till att närmare utreda möjligheten och behovet av att (ytterligare) kunna skärpa straffmätningen i återfallssituationer, konstaterar man att det helt tycks saknas skäl för att beakta tidigare brottslighet vid straffmätningen.¹⁷⁰ Man konstaterar vidare att detta även är den förhärskande uppfattningen i doktrinen. Utredningen instämmer vidare i uppfattningen att visad olydnad, likgiltighet eller trots mot lagstiftaren eller normordningen, uttryckt genom återfall i ny brottslighet, inte kan utgöra relevanta omständigheter för straffmätningen i ett system som är byggt på proportionalitet och ekvivalens.¹⁷¹ Vad till sist gäller det empiriska underlaget framgår att den redan befintliga möjligheten att skärpa straffmätningen p.g.a. tidigare brottslighet, enligt vad utredningen funnit, tillämpas mycket restriktivt eller i vart fall endast i begränsad omfattning, varför behovet av ytterligare möjligheter att på denna grund skärpa straffmätningen framstår som begränsat.¹⁷²

Den enda rimliga slutsatsen som man i utredningens position borde kunna dra av det sagda är att det inom påföljdssystemets struktur tycks finnas en mycket begränsad möjlighet att förena å ena sidan den grundläggande rättviseföreställningen att straff bör utmätas utifrån ett förtjänsttänkande där straff bestäms proportionellt utifrån brottets svårhet och å andra sidan ett preventionstänkande som bygger på en persons karaktär eller tidigareandel eller ett slags förtjänsttänkande där man i bedömningen av vad som utgör en relevant försvårande omständighet beaktar förekomsten av tidigare brottslighet.

Utredningen har genom sina redovisade skäl, i allt väsentligt, redan dragit slutsatsen att de skäl som normalt motiverar existensen av en återfallsbestämmelse saknar normativ legitimitet, men lägger ändå fram ett förslag som innebär en utvidgad möjlighet till återfallsskärpning.¹⁷³ Motiveringen sägs vara att det i samhället finns

¹⁷⁰ Utredningen hänvisar dels till det sakkunnigutlåtande som lämnats utredningen (SOU 2008:85 bilaga 6), dels till den utredning vars betänkande låg till grund för den nuvarande utformningen av straffmättningsbestämmelserna (SOU 1986:13–15).

¹⁷¹ SOU 2008:85 s. 298 och 305.

¹⁷² SOU 2008:85 s. 303.

¹⁷³ Två av utredningens experter (Petter Asp och Ghita Hadding-Wiberg) angav ett särskilt yttrande i vilket de förklarade att de inte kunde ställa sig bakom utredningens överväganden i denna del, se SOU 2008:85 s. 399 ff.

en mycket starkt förankrad uppfattning om att en strängare reaktion borde drabba återfallsförbrytare. Som ett stödjande argument anförs att andra rättssystem visar en större benägenhet att reagera mot återfall än vad vi i svensk rätt gör.¹⁷⁴ Båda dessa argument kanske är sanna, men de har inget att göra med de principer som Straffnivåutredningen hänvisar till som sina utgångspunkter och som den har gjort till sina.

Enkelt uttryckt kan sägas att det är svårt att utifrån de normativa principerna motivera eller förklara en ändring på regelnivå av det slag som föreslås. Visst kan man hävda att återfall är något som vi bör ta hänsyn till vid straffmätningen, men då kan det inte ske med hänvisning till begrepp som straffvärde, brottets svårhet etc. eller principer rörande proportionalitet, ekvivalens, humanitet etc. Däremot kan man tänka sig att ha nämnda principer som en generell utgångspunkt, men samtidigt *av andra skäl* acceptera att återfall tillmäts viss betydelse. I dagsläget utgör BrB 29:4 ett undantag på regelnivå, vilket givetvis är legitimt och förenligt med tanken på att system inte i alla avseenden är (eller behöver vara) fullständigt ideologiskt renodlade. I så fall handlar det om att ha transparenta undantag som bygger på *andra principer*. Ger man upp vedertagna principer och bygger på nya sådana som sin tur vilar på skäl som saknar vetenskaplig legitimitet, skapas emellertid spänningar mellan vad som produceras på ytan och principerna inom den rättsliga kulturen. Frågan som man måste ställa sig är om en regel med det innehåll som utredningen föreslår egentligen har normativ legitimitet. Om sådan legitimitet saknas, blir följdfrågan vilka konsekvenser detta får. Att försöka förena undantaget med principer om rättvis bestraffning etc. är att göra de senare till övertalningsdefinitioner. Varken inom den rättsliga kulturen eller på systemets djupstruktur finns sederterade skäl som ger legitimitet åt den typ av återfallstänkande som regeln på ytan delvis uttrycker. Tvärtom står nämnda bestämmelse på ytan i bjärt kontrast till de vär-

¹⁷⁴ Ett av de viktigaste skälen till att vi i svensk rätt inte fäster större avseende vid återfall än vad som är fallet idag är just att man i samband med 1989 års reform *av principella skäl* tog tydligt avstånd från att låta preventionstänkande få något större genomslag vid bestämmandet av enskilda påföljder. En naturlig konsekvens av detta är givetvis att vår lagstiftning skiljer sig från den i länder där man inte gjort motsvarande principiella ställningstagande. Det är svårt att förstå hur en hänvisning till vad som gäller i andra länder (där regeringen bygger på andra principer) kan utgöra skäl för att i Sverige vidga utrymmet för återfallsskärpning; allt skall ses i ljuset av de grundläggande principerna som utredningen säger sig dela.

den och principer som finns på de djupare strukturerna, varför lagstiftaren i första hand borde ställa sig frågan hur dissonanser av detta slag bör hanteras. Frågan aktualiseras i vart fall om man anser att institutionellt stöd, materiell relevans, koherens och rationalitet är något som bör eftersträvas. Man kan givetvis på regelnivå acceptera bestämmelsen som ett undantag från en huvudregel som genom sitt innehåll modifierar regeln; om undantaget används i begränsad utsträckning kan dock sättas frågetecken för om det fyller någon väsentlig funktion.¹⁷⁵ Om man däremot vidgar möjligheterna att bygga nya regler på de skäl som motiverar undantaget, ger man legitimitet till de principer som undantaget vilar på (och som alltså är oförenliga med de grundläggande principerna om rättvis straffmätning). Efter hand kan detta bidra till att man orienterar sig bort från grundprinciperna. Vad man under alla omständigheter *inte* borde kunna göra är att utgå från de internrättsligt identifierade principerna för att därefter, med dessa som stöd, argumentera för att undantaget som strider mot principerna borde ges ett större utrymme.

Det är ännu oklart om förslaget leder till lagstiftning, och det är kanske ingen hemlighet hur jag ser på frågan i sak.¹⁷⁶ Detta har emellertid ingen betydelse för vad som diskuteras i denna uppsats. Vad som däremot är väsentligt är att uppmärksamma hur man hanterar skäl och principer inom (straff)rättslig argumentation. Den fråga som återkommer är: varför är det så bevärligt att vara principiell i svåra frågor om man nu anser att det finns basala principer som bär upp systemet?

3.3.3 *Sammanfattning*

Om jag har lämnat en någorlunda adekvat beskrivning av hur principer fungerar – nämligen som böra-regler inom en rättslig kultur – och att dessa böra-regler relaterar till vissa accepterade värden som återspeglar våra grundläggande (moraliska) värderingar, står det klart varför vi får problem med lagstiftning och praxis av ovan diskuterat slag. Man kan inte klandras om man inte har gjort något; om man har gjort något så förutsätter straffrättsligt klander att det finns goda skäl att betrakta det man har gjort som fel (*"wrong"*). Kommunika-

¹⁷⁵ Jfr vad som sades i avsnitt 1 om lagstiftarens attityd till förändringar enbart på principiell grund i samband med att förslagen i SOU 1996:185 och SOU 1995:91 behandlades.

¹⁷⁶ Se SOU 2008:85 bilaga 6.

tionen av klander blir annars obegriplig i en kontext där vi förutsätter att gärningsmannen gjort något som kan beskrivas i termer av fel i betydelsen skada (*"harm"*). Än mer problematiskt blir det att försöka gradera hur skadliga, farliga eller kränkande dylika gärningar är i termer av straffvärde.

Lika problematiskt blir det att hantera situationer där gärningsmannen visserligen kanske har orsakat skada, men där han inte kan sägas vara ansvarig för den. Alla tycks vara överens om att straffrättsligt ansvar förutsätter såväl objektiva som subjektiva ansvarsförutsättningar, och ingen skulle komma på idén att utkräva ansvar för en gärning som inte på ett relevant sätt orsakat en följd – vi skulle förmodligen kalla det en olyckshändelse. När det kommer till psykiskt störda lagöverträdare är det emellertid delvis annorlunda och man får intrycket att det inte är en olyckshändelse att man är otillräckelig. Det förefaller snarast vara något man ansvarar för själv.

Få områden är så ideologiskt impregnerade som påföljdsbestämning. Sverige intar tillsammans med vissa andra utländska rättsordningar en särställning när det gäller formen för hur man valt att strama upp domstolarnas möjligheter till skönsmässiga bedömningar om vad som utgör den "lämpliga" påföljden. Hela den katalog av bestämmelser i BrB kap. 29–30 som anger kriterier för straffmätning samt presumtioner för påföljdsval, har givit en tydlig beslutsstruktur för påföljdsbestämning som vilar på principiellt godtagbar grund. Kanske utgör denna reglering det bästa exemplet på hur ett fungerande samspel mellan de olika nivåerna inom systemet kan bidra till att skapa ett rationellt system med koherenta skäl. Det visar också hur problematiskt det blir om lagstiftaren försöker föra in undantag på ytnivå utan att dessa kan rättfärdigas av systemets djupare strukturer. Även om det givetvis är möjligt att hantera undantag på regelnivå (som således inte har stöd i de etablerade principerna) är det kanske viktigaste för systemets rationalitet att man – oavsett undantagens antal och innebörd – är tydlig med att man har en insikt om att det är fråga om undantag. Argumentation som inte tydligt klargör vilka premisser som omger en regel eller på vilka principer den vilar, riskerar att lämna det osagt eller oklart vilka värden som bär upp den; härigenom äventyras systemets normativa legitimitet. Vad man riskerar att åstadkomma med dylika, större eller mindre, förskjutningar i argumentationen är att ett formulerat problem ges en helt ny innebörd eller framställs i ett nytt perspektiv. Detta påverkar vår förförståelse av systemet och det kommer i längden att ha konsekvenser för hur

vi väljer att se på våra lösningar. Om skälen inte är koherenta, skapar man en terräng i vilken man lätt går vilse. Det ovan givna exemplet med hur vi särbehandlar otillräkneliga lagöverträdare visar hur man så att säga har lyckats gå hela varvet runt i argumentationen. Undantaget blev huvudregel och skälen för huvudregeln förstärkte behovet av ytterligare undantag. Genom att vara principiell får man alltid en riktning för sitt beslutsfattande och en påminnelse om varför man bör göra så eller så. De i detta avsnitt berörda exemplen visar att insikten om varför det är viktigt att vara principiell kanske inte finns.

3.4 Konklusioner

Jag skulle våga säga att nästan alla svåra frågor har sin lösning – eller att man åtminstone hittar argumenten för sina svar – i principerna. Jag skulle våga påstå att man kan utgå från vilken konkret fråga som helst (bör juridiska personer kunna hållas straffrättsligt ansvariga?, bör vi ha livstidsstraff?, kan man kriminalisera blott en avsikt att begå brott?, bör vi ha strängare straff för vissa brott? etc. etc.), och hitta argumenten och svaren på denna i systemets normativa principer. Principer fyller således en helt avgörande roll i praktisk argumentation och konkret beslutsfattande (vilket gäller alldeles oavsett om skälen skall fungera som beslutsskäl eller normskäl). De utgör en sammanfattning av de skäl som anger vad vi bör tro eller göra.

Vad som nu sagts om principers funktion i praktisk argumentation utesluter inte att en given princip övertrumpas som beslutsskäl och får vika för andra skäl.¹⁷⁷ Ibland är det nödvändigt att systematisera dylika behov av modifierade beslutsskäl. Vi har en rad olika regler som bygger på en princip, men där det samtidigt finns utrymme för att låta principen vika. Sålunda skapas undantag på regelnivå. Principernas normativa legitimitet behöver inte påverkas nämnvärt av att man skapar vissa undantag. De fungerar i detta avseende inte exakt på samma sätt som regler, vilka förutsätter att undantaget blir en del av regeln. Däremot kan principerna försvagas och undergrävas om undantagen blir (för) många och dessa i sin tur inte bygger på goda eller ens acceptabla skäl.

¹⁷⁷ Det sagda utesluter inte heller att det kan vara oklart utifrån vilken princip en viss regel kan rättfärdigas. Det utesluter givetvis inte heller att man på ytnivå uppmärksammar principen men uttryckligen väljer att bortse från den och dess betydelse. Graden av bundenhet kan således variera. Se även Halpin 2004 s. 7 f.

Man kan naturligtvis ställa frågan vilka principer som är giltiga och vilka man bör följa. Mot varje princip kan man uppställa en motprincip. Alla påståenden kan på detta sätt utmanas, vilket i konkret beslutsfattande förutsätter att man argumenterar, analyserar och värderar den relativa styrkan av skälen. Vad som skiljer de normativa principer som jag har diskuterat i denna uppsats från andra principer är att de relaterar till de grundläggande värden som finns på djupstrukturen inom det system som i denna uppsats är föremål för utvärdering – *straffrätten*. Detta skall inte förstås som att jag menar att vi redan har ett färdigt system med fullödiga principer och andra normer som inte kan ifrågasättas. Det är inte ens säkert att vi ens har goda beskrivningar av de principer som vi håller för vedertagna. Av detta skäl finns det alltid anledning att ifrågasätta och inta ett kritiskt förhållningssätt till systemet och dess olika beståndsdelar. Vad detta implicerar är emellertid en riktning för kritiken. Man behöver inte kritisera straffrätten utifrån (systemexternt), t.ex. med argument av slaget ”det här leder till en offensiv straffrätt och en sådan vill vi – av politiska, ideologiska eller andra skäl – inte ha” eller att ”moralen sätter upp absoluta begränsningar för vad man får göra med människor” eller att det finns ”absoluta eller okränkbara moraliska rättigheter”. Sådan kritik har givetvis sitt berättigande och är på inget sätt irrelevant. Men den behövs normalt inte. Moralen finns redan inom systemet (sedimenterad i djupstrukturen) och skälen för kritiken ligger närmare till hands än vad man kanske tror. Det finns starka begränsningar inbyggda i systemet, vilka är lika normativt bindande som andra regler, och det handlar egentligen bara om att ta fram de skäl som ger oss begränsningar. Dessa skäl finns i icke oväsentlig utsträckning formulerade i de principer som utmärker ett system.

Principerna bör därför enligt mitt förmenande i första hand betraktas systeminternt. De har institutionellt stöd och skälen som följer av principerna är relevanta för att förklara och/eller rättfärdiga de värden som finns i djupstrukturen. De utgör kanalen för hur vi skall hantera konkreta frågor utifrån de värden som vi menar vara grundläggande. De flesta värden som finns på djupstrukturen är moraliska skäl. Sätillvida har Dworkin rätt i att principer har något att göra med att tillförsäkra individer en miniminivå av rättsskydd. Inte minst av likabehandlingsprincipen följer att vi måste tillämpa principerna på samma sätt för alla som är i samma situation. Men det är ingen ensam uppgift för en enskild beslutsfattare att avgöra vad som är den bästa eller mest ändamålsenliga tolkningen av en princip eller hur starkt

ett värde är. Vi arbetar med skäl *inom* ett system. Utrymmet för att modifiera skälen som följer av principerna är begränsat. MacCormick säger träffande:

Working out the principles of a legal system to which one is committed involves an attempt to give it coherence in terms of a set of general norms which express justifying and explanatory values of the system. This engages one both in trying to understand the values which legislation and case law rules in the intendment of legislators and judges are supposed to serve, and in imposing what to oneself appears an acceptable value basis for the rules. There is a mixture of adopting received values and of adding to, extrapolating from, or modifying, them in one's own right.¹⁷⁸

Detta innebär att endast om man är beredd att kompromissa om straffrättens uppsättning av grundvärden så kan man egentligen kompromissa om principerna. Om man har goda skäl kan man däremot modifiera principerna genom t.ex. tillägg, förtydliganden, omformuleringar etc. Skälen måste dock vara goda och de måste hänga ihop. Av vad som har sagts hittills ställs det tämligen höga krav på någon som önskar vara principiell. Om man i en konkret situation konfronteras med starka principer, finns det litet utrymme för kompromisser. Av detta skäl råder det inga tvivel om att det kan vara arbetsamt att vara principiell och svårt att förena juridisk/moralisk principfasthet med politisk rationalitet.

Om man skall tillåta sig att kritisera lagstiftaren, kan sägas att denne under samma tidsperiod som man inte varit beredd att nedlägga tid och pengar på att modifiera och förbättra straffrättens kärnområde – Katedralen – har lyckas bidra till en rad lagstiftningsprodukter (och förslag till sådana) som direkt utmanar och kanske t.o.m. underminerar straffrättens grundprinciper eller grundvalar. Politisk rationalitet har fått gå före intresset av att upprätthålla kärnområdets principer. Detta har skett på bekostnad av normativ legitimitet, rationalitet och koherens. Genom bl.a. nämnda lagstiftningsprodukter har straffrättens fokus gradvis kommit att förskjutas en aning; från att vara en utpräglad klandrande institution (inriktad på en gärning som orsakat en följd) tycks straffrätten allt oftare ges en kontrollerande funktion (inriktad på gärningsmannen och något som eventuellt kan

¹⁷⁸ MacCormick 1978 s. 153.

hända i framtiden). Det sagda är minst sagt problematiskt utifrån samtliga ovan diskuterade principer för hur man bör kriminalisera, utkräva ansvar och bestraffa. Det resulterar i korresponderade (straff- och processrättsliga) problem när personer blir föremål för utredning, lagföring och längre fram bestraffning. Det innebär också att vi gradvis riskerar att ändra våra föreställningar om vad begrepp som imputation, ansvar, klander, förutsebarhet och likabehandling betyder. Möjligtvis rör vi oss genom dessa undantag från en klanderorienterad moralisk syn på straffrätten i riktning mot en mer instrumentell kontrollinriktad straffrätt som syftar till att skydda allmänheten från brott och brottslingar. I så fall finns det kanske anledning att ompröva våra principer. Men syftet med denna uppsats har varit att visa att vi ännu inte är där, och att de grundläggande värdena som finns på de djupare nivåerna fortfarande sätter avgörande hinder i vägen för att helt ge upp principerna.

Om vissa människor (i framtiden) betraktas och döms såsom potentiella, farliga förbrytare, öppnar vi straffrätten för den typ av fiendestraft som många redan har varnat för. Reglerna är kanske oantastliga ur logisk synvinkel, och systemet kan inte anklagas för att vara inkonsistent eller odemokratiskt. Samtidigt tycks principlöshet i princip vara en förutsättning för en sådan utveckling. Den skulle möjliggöra en omoralisk straffrätt som kan vara mycket farlig. Det visar också varför det är av avgörande vikt att ta principerna på allvar och att vara principiell även när det är svårt.

3.5 En sista berättelse ...

William Golding har skrivit en fascinerande historia om byggandet av en tornspira på en katedral i det medeltida England. Historien kretsar kring Dean Jocelyn som har fått en uppenbarelse av Gud och himmelska varelser om att han skall bygga ett så högt torn på sin katedral att det – utifrån all mänsklig kunskap och erfarenhet – trotsar alla naturlagar, principer etc. om hållfastighet, bärkraft etc. Under historiens gång får vi följa hur Jocelyn oavbrutet kämpar med sin vision och sina tvivel, och hur han hela tiden prioriterar sitt mål framför bundenhet till principerna för hur man kan och bör bygga. Utgången tycks för alla vara given: katedralens spira kommer att stöta omkull.

På ett sätt skulle historien kunna utgöra en illustration på vad jag har försökt säga i denna uppsats: bygger man en katedral utan att beakta vad det är som bär upp den, så kommer den att rasa. Det

intressanta med Goldings historia är att tornspiran – efter åtskilliga umbäranden och att flera personer har fått sätta livet till – faktiskt inte störta. Däremot dör Dean Jocelyn.

Vad ville då Golding säga oss med denna historia? Kanske att jag har fel i min uppfattning om att systemtänkande förutsätter en viss konserverande metod och att förändringar endast kan ske gradvis. Om man verkligen tror att det finns skäl för att göra något, och att målet är tillräckligt eftersträvänsvärt, så är man berättigad att utmana gamla normer och dogmer för hur det borde var, istället för att respektera dem såsom ett syfte i sig själva. Endast den som vågar utmana principerna kommer att uppnå någon form av progression. Det viktiga är dock att om man skall vara beredd att offra sig (och andra), så måste man verkligen tro på sitt projekt. Det gjorde Dean Jocelyn. Jag tror därutöver att Goldings berättelse försöker beskriva riskerna med att låta ambitioner, trosföreställningar, besatthet eller måluppfyllelse styra mänskligt handlande i strid med förnuft och beprövad erfarenhet. Visst kan det hända att man någon gång lyckas uppnå ett mål man uppställt – och att principerna givit oss fel indikation på vilka konsekvenser som skulle uppstå till följd av bristande principfasthet (varför principerna behöver modifieras). Frågan är bara till vilket pris man är beredd att få veta detta, och om man är beredd att betala priset. För att våga satsa på ett projekt måste man i vart fall tro väldigt mycket, och för detta behöver man skäl. De goda skälen finns, som sagt, inbyggda i principerna.

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

1 OFFENTLIGT TRYCK

Förslag till Allmän Criminal-Lag, 1832.

SOU 1940:20. Förslag till ändrad lagstiftning om straff för försök till brott jämte motiv.

SOU 1944:69. Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten.

SOU 1953:14. Förslag till brottsbalk. Avgivet av Straffrättskommittén.

SOU 1976:9. Sexuella övergrepp. Förslag till ny lydelse av brottsbalkens bestämmelser om sedlighetsbrott avgivet av sexualbrottsutredningen.

SOU 1986:13–15. Påföljd för brott. Huvudbetänkande av Fängelsestraffkommittén.

SOU 1992:61. Ett reformerat åklagarväsende, Del A, Betänkande av åklagarutredningen -90.

SOU 1995:60. Kvinnofrid. Huvudbetänkande av Kvinnovåldskommissionen.

SOU 1995:91. Ett reformerat straffsystem. Betänkande av Straffsystemkommittén. Del I–III.

SOU 1996:185. Straffansvarets gränser. Betänkande av Straffansvarsutredningen.

SOU 2001:14. Sexualbrotten. Ett ökat skydd för den sexuella integriteten och angränsande frågor. Betänkande av 1998 års sexualbrottskommitté.

SOU 2002:3. Psykisk störning, brott och ansvar. Betänkande av Psyk-ansvarskommittén.

- SOU 2006:91. Vård och stöd till psykiskt störda lagöverträdare. Betänkande från Nationell psykiatrisamordning.
- SOU 2006:100. Ambition och ansvar. Nationell strategi för utveckling av samhällets insatser till personer med psykiska sjukdomar och funktionshinder. Slutbetänkande av Nationell Psykiatrisamordning.
- SOU 2007:54. Barnet i fokus – En skärpt lagstiftning mot barnpornografi.
- SOU 2007:90. Straffskalan för mord. Delbetänkande av Straffnivåutredningen.
- SOU 2007:92. Urkunden i tiden – en straffrättslig anpassning. Betänkande av IT-förfalskningsutredningen.
- SOU 2008:81. Stalking – ett allvarligt brott. Betänkande av Stalkingsutredningen.
- SOU 2008:85. Straff i proportion till brottets allvar. Slutbetänkande av Straffnivåutredningen.
- SOU 2008:111. Barn som misstänks för brott. Betänkande av Barnbrottsutredningen.
- Ds 1993:15. Efter Lindome. (Författad av Madeleine Leijonhufvud.)
- Ds 2006:17. Utvidgat förverkande m.m.
- Ds 2007:1. Preskription vid allvarliga brott.
- Ds 2007:5. Påföljder för psykiskt störda lagöverträdare.
- Ds 2007:13. Vuxnas kontakter med barn i sexuella syften.
- Ds 2008:6. Sveriges antagande av rambeslut om kampen mot organiserad brottslighet.
- Prop. 1978/79:179 om ändring i tryckfrihetsförordningen m.m.
- Prop. 1986/87:151 om ändringar i tryckfrihetsförordningen m.m.
- Prop. 1987/88:120 om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdval m.m.)
- Prop. 1997/98:43. Tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens tillämpningsområden – barnpornografifrågan m.m.
- Prop. 1997/98:55. Kvinnofrid.
- Prop. 2000/01:85. Förberedelse till brott m.m.
- Prop. 2001/02:124. Straffansvaret för människohandel.
- Prop. 2003/04:111. Ett utvidgat straffansvar för människohandel.
- Prop. 2004/05:45. En ny sexualbrottslagstiftning.
- Prop. 2007/08:97. Påföljder för psykiskt störda lagöverträdare.
- Prop. 2007/08:144. Sveriges antagande av rambeslut om kampen mot organiserad brottslighet.

Dir 2007:48. Skärpt syn på allvarliga våldsbrott m.m.

Dir 2007:137. Tilläggsdirektiv till Straffnivåutredningen.

Dir 2007:151. Översyn av de särskilda bestämmelser som gäller för lag-
överträdare under 15 år.

Dir 2008:94. Utvärdering av 2005 års sexualbrottsreform, m.m.

BRÅ-rapport 2006:3. Stalkning i Sverige. Omfattning och åtgärder.

2 RÄTTSFALL

NJA 1959 s. 254

NJA 1963 s. 574

NJA 1980 s. 725

NJA 1980 s. 606

NJA 1984 s. 922

NJA 1992 s. 474

NJA 1995 s. 48

NJA 1995 s. 661

NJA 1996 s. 27

NJA 1996 s. 418

NJA 2002 s. 489

NJA 2003 s. 473

NJA 2003 s. 645

NJA 2003 s. 670

NJA 2004 s. 176

NJA 2004 s. 231

NJA 2004 s. 437

NJA 2005 s. 237

NJA 2005 s. 372

NJA 2006 s. 535

NJA 2006 s. 577

NJA 2007 s. 194

RH 1991:51

RH 1996:82

RH 2004:58

Hovrättens för Västra Sverige dom 2000-08-29 i mål nr B 2957-00 (diskoteksbranden i Göteborg)

Göta hovrätts dom 2000-06-07 i mål nr B 158-00 och B 180-00 (Malexander)

Svea hovrätts dom 2000-07-14 i mål B 3225-00 (Söderberg)

Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 2002-12 i mål B 2457-02

C-176/03 Kommissionen mot rådet, REG 2005 s. I-7879

3 ÖVRIG LITTERATUR

Agell, Anders, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen. SvJT 2002 s. 243–260.

Alexy, Robert, Coherence and Argumentation or the Genuine Criterialess Super Criterion. On Coherence Theory of Law. Skrifter utgivna vid Juridiska Fakulteten i Lund. Lund 1998.

Almqvist, Jan Eric, Karl IX och den mosaiska rätten. Lychnos 1942 s. 1–31.

Anderson, Benedict, Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. Verso, 3 utg. 1991.

Andersson, Håkan, Topisk retorik inom juridiken. Retorik och rätt. Utgiven av Mikael Mellqvist & Mikael Persson. Uppsala 1994 s. 111–154.

Andersson, Håkan, "Barthesianska meditationer". Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard. København 2003 s. 71–97.

Andersson, Ulrika, Hans (ord) eller hennes?, En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp. Lund 2004.

Anners, Erik, Svensk straffrätts historia. Några huvudlinjer. Almqvist & Wiksell, 1972.

Ashworth, Andrew, Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law. Rutgers Law Journal, vol. 19, 1988 s. 725–772.

Ashworth, Andrew & von Hirsch, Andrew, Recognising Elephants: The Problem of the Custody Threshold, Criminal Law Review 1997 s. 187 ff.

Asp, Petter, EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv. Iustus, Uppsala 1998.

Asp, Petter, Uppsåtets nedre gräns – en efterlängtat sequel. JT 2004/05 s. 385–396.

Asp, Petter, [Diskussionbidrag.] Forhandlingerne ved Det 37. nordiske Juristmøde i Reykjavík 18.–20. august 2005 s. 348

Asp, Petter, Anteckningar i anslutning till ett avgörande angående (för-

- fattningsenlig?) kriminalisering av syskonsamlag. Festskrift till Suzanne Wennberg. Stockholm 2009 s. 35–53.
- Asp, Petter, En röd bock i kanten ... för JK, för rättsväsendet eller för något däremellan?, i (red. Pirjo Laitinen) Rapport från Nordisk Workshop för straffrätt 23–25.3.2007 s. 9–17.
- Asp, Petter, Från tanke till gärning, Del I, Legitimationsfrågor rörande förfälsdelikt. Uppsala 2005.
- Asp, Petter, Grooming – ett gott skäl att gorma? Jurist uden omsvøb. Festskrift til Gorm Toftegaard Nielsen. Köpenhamn 2007 21–38.
- Asp, Petter, Går det att se en internationell trend? – om preventionismen i den moderna straffrätten. SvJT 2007 s. 69–82.
- Asp, Petter, Nödvärnsrätten i kvinnoperspektiv, i (red. Görel Granström) Lika inför lagen? Rätten ur ett genusperspektiv. Uppsala 1999 s. 85–108.
- Asp, Petter, Principen om rättvis bestraffning – alltings grundbult, JFT 2008 s. 530–544.
- Asp, Petter, Two Notions of Proportionality. Festschrift in Honour of Raimo Lahti. Heslingfors 2007a, s. 207–219.
- Balzamo, Elena, Rättvisa hos Bergman och Strindberg, ”Ty utan en stark underström av leende, självironiskt lättsinne finns intet dådkraftigt, intet verkligt allvar”, red. Signe Westin, Skrifter utgivna av Hjalmar Bergman Samfundet, nr 13, 2000 s. 42.
- Bayles, Michael, D., Hart’s Legal Philosophy. Dordrecht 1992.
- Bennett, Jonathan, Rationality. An essay towards analysis. London 1964.
- Borgeke, Martin: Från Franks första formel till likgiltighetsuppsåt, i Skånska hovrättens yngreförening 100 år – Några uppsatser till ett jubileum, Jure 2006 s. 33–69.
- Braithwaite, John Bradford, Rules and principles: A theory of Legal certainty. Australian Journal of Legal Philosophy 2002 s. 47–82.
- Bylund, Leif, Skyddet mot våldtäkt, Dagens nyheter den 28 april 1976.
- Chomsky, Noam, The Knowledge of Language: Its Nature, Origin and Use. Westport 1996.
- Conaghan, Joanne, Extending the Reach of Human Rights to Encompass Victims of Rape: *M.C. v. Bulgaria*, Feminist Legal Studies 2005 s. 146.
- Devlin, Patrick: The Enforcement of Morals. Oxford University Press. London 1965.

- Diesen, Christian: Göteborgsbranden, Malexander- och Söderbergmorden – svåra mål i teorin, enkla i praktiken? JT 2001/02 s. 626–637.
- Diesen, Christian & Leijonhufvud, Madeleine Sexbrottens moment 22, Svenska Dagbladet den 5 juli 2004.
- Dufwa, Bill, Flera skadeståndsskyldiga. Juristförlaget. Stockholm 1993.
- Dworkin, R. M. Is law a system of rules. The Philosophy of Law. Edited by R. M. Dworkin. Oxford 1977 s. 38–65.
- Dworkin, Ronald, A matter of principle. Harvard 1985.
- Dworkin, Ronald, Law's Empire. London 1986.
- Dworkin, Ronald, Taking Rights seriously. London 1977a.
- Eisenberg, Avigail & Jeff Spinner-Halev (red.), Minorities Within Minorities. Equality, Rights and Diversity, Cambridge University Press 2005.
- Elwin, Göran, Sten Heckscher & Alvar Nelson, Den första stenen. Studiebok i kriminalpolitik. 2 rev. uppl. Tiden, Stockholm, 1972.
- Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken. Sechste unveränderte Auflage. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1975.
- Felaktigt dömda, Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt. Stockholm 2006.
- Fitger, Peter, Rättegångsbalken, (löpande uppdatering). Stockholm 1984–2008.
- Foucault, Michel, Power/Knowledge. Ed. Colin Gordon. New York 1980a.
- Foucault, Michel, The Order of things: An Archaeology of the Human Sciences. London 1980.
- Foucault, Michel, Övervakning och straff. Arkiv förlag 1987.
- Frände, Dan, Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
- Frände, Dan: Faredeliktens allmänna läror. Oikeustiede – Jurisprudentia. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen vuosikirja, 1994 s. 5–105.
- Goff, Robert, The search for principle. Proceedings of the British Academy 1983.
- Gottlieb, Gidon, The Logic of Choice. London 1968.
- Greve, Vagn, Incest; Retspolitiske betrægtninger. Tidsskrift for Kriminalret 2008 s. 453–459.
- Greve, Vagn, Retsdisciplinernes sammensød – Om juraens værdigrundlag. Juristen 2008 s. 109–119.

- Hagströmer, Johan: Svensk straffrätt. Föreläsningar. Band I., Uppsala 1901–1905.
- Halpin, Andrew, *Definition in the Criminal Law*. Oxford 2004.
- Hamdorf, Kai, *Beteiligungsmodele im Strafrecht. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Freiburg. Herausgegeben von Albin Eser, Band S 93, 2002.
- Harcourt, Alexander H & Frans B. M. de Waal (red.), *Coalitions and Alliances in Humans and other Animals*. Oxford 1992.
- Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford 1982.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford 1997.
- Hassemer, Winfried, *Strafen im Rechtsstaat*. Baden-Baden 2000.
- Herlitz, Carl Erik, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin*. Iustus 1992.
- Herlitz, Carl Eric, *Delaktighet i brott i ljuset av NJA 1992 s. 474 – en förvirrad del av straffrätten?*, JT 1996-97 s. 277–305.
- Herzog, Felix, *"Terroristische Netzwerke" und para-totalitäres Strafrecht*. I (red. Nuotio): *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*. Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki 2007 s. 111–117.
- Hillegren, Rolf, Halfwordson, Anders, Pettersson, Anna och Sundholm, Anders, *Extra svårt att bevisa sexbrott*, Svenska Dagbladet den 13 september 2007.
- Hoflund, Olle, *Medverkan till brott*. Norstedts 1972.
- Holmqvist, Lena m.fl.: *Brottsbalken. En kommentar*. Del II. *Brotten mot allmänheten och staten m.m.* Norstedts, studentutgåva 4, 2005.
- Jakobs, Günter, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. ZStW, vol. 97, 1985 s. 751–785.
- Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*. Uppsala 2001.
- Jareborg, Nils, *Brotten*. Andra häftet. *Förmögenhetsbrotten*, 2 uppl. Stockholm 1986.
- Jareborg, Nils, *Essays in Criminal Law*. Uppsala 1988.
- Jareborg, Nils, *Kriminalisering som ultima ratio regis? Ett försök att reda ut begreppen*, i (red. Eero Backman m.fl.) *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII*, Pekka Koskiselä 1.1.2003 Omistettu, s. 89–102.
- Jareborg, Nils, *Regler och riktlinjer*. TfR 1979 s. 385–410.
- Jareborg, Nils, *Straffrättsideologiska fragment*. Uppsala 1992.
- Jareborg, Nils, *Vad är en princip?* Festschrift till Åke Frändberg. Uppsala 2003 s. 137–144.

- Jareborg, Nils, *What Kind of Criminal Law Do We Want?: On Defensive and Offensive Criminal Law Policy. Beware of Punishment: On the Utility and Futility of Criminal Law*. Ed. Annika Snare. Oslo 1995.
- Jareborg, Nils, Vilken sorts straffrätt vill vi ha? – Om defensiv och offensiv straffrättspolitik, i Victor (red.), *Varning för straff, Om vådan av den nyttiga straffrätten*. Stockholm 1995 s. 19–37.
- Jareborg, Nils, *Värderingar*. Stockholm 1975.
- Jareborg, Nils & Josef Zila, *Straffrättens påföljdslära*. Norstedts, 2 uppl. 2007.
- Johansson, Lisbeth, *Klassisk bevisvärdering*, Svenska Dagbladet den 16 oktober 2007.
- Kinberg, Olof, *Om den s.k. tillräkneligheten*. Nord. Bokh., 1917.
- Kvinnobulletinen nr 2-3 1976.
- Lacey, Nicola, *State Punishment. Political Principles and Community Values*. London 1990.
- Lacey, Nicola, *Feminist Legal Theory Beyond Neutrality*, i (red. M. D. A. Freeman och R. Halson) *Current Legal Problems* 1995, Oxford 1995, s. 1–38.
- Lambertz, Göran, Tiga om bristerna räddar ej förtroendet för domstolarna, *Dagens Nyheter* den 14 juli 2006.
- Lambertz, Göran, *Kvalitetssäkring av bevisprövningen i brottmål*, SvJT 2009 s. 1–14.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6 Auflage. Berlin, Heidelberg, New York 1991.
- Leijonhufvud, Madeleine, *Kommentar, Övergripping på barn*, Svenska Dagbladet den 14 mars 2006.
- Leijonhufvud, Madeleine, TV4 den 13 februari 2008.
- Leijonhufvud, Madeleine, *Samtyckesutredningen – lagskydd för den sexuella integriteten*. Thomson Förlag, 2008.
- Lernstedt, Claes, *Kriminalisering – problem och principer*. Uppsala 2003.
- Lernstedt, Claes, *Berättande straffrätt*, *Tidskrift för litteraturvetenskap* 2003 s. 33–56.
- Lernstedt, Claes, *Sexualitet är i betraktarens öga? – Tendenser i svensk sexualstraffrätt*, sedda bl.a. genom ett rättsfall och debatten kring det. JFT 2004 s. 398–434.
- Lernstedt, Claes, *Likhet inför lagen. Rättsfilosofiskt perspektiv*. I (Diesen m.fl.): *Likhet inför lagen*, Natur & Kultur, 2005 s. 17–130 och 464–466.

- Lernestedt, Claes, *Liberalen, straffrätten och samhällsgemenskapen*. I: (red Asp & Lernestedt) *Josefs resa. Vänbok till Josef Zila*. Iustus, 2007 s. 121–157.
- Lernestedt, Claes, *I grevens tid? Ändrade rutiner för fängelse på obestämd tid*. I (red. Elholm m.fl.). *Ikke kun straff*. Festskrift til Vagn Greve. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008, s. 359–376.
- Liedman, Sven-Eric, *I skuggan av framtiden*. Viborg 1999.
- Liedman, Sven-Eric, *Att se sig själv i andra. Om solidaritet*. Albert Bonniers Förlag, Bonnierpocket, 2000.
- Lindblom, Per Henrik, *Progressiv process – spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*. Uppsala 2000.
- Lindell, Bengt, Eklund, Hans, Asp, Petter och Andersson, Torbjörn, *Straffprocessen*. Uppsala 2005
- Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*. Uppsala 1987.
- Lucas, J. R., *On Justice*. Oxford 1980.
- Löfmarck, Madeleine, *Ett lagom ideologiskt betänkande?*, NTfK 1987 s. 407–414.
- MacCormick, Neil & Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht 1986.
- MacCormick, Neil, *Ethical Positivism and the Practical Force of Rules. Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Ed. Campbell and Goldsworthy. Aldershot 2000.
- MacCormick, Neil, *Institutions of Law – An Essay in Legal Theory*. Oxford 2007.
- MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford 1978.
- MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford 2005.
- Maher, Gerry, *Age and Criminal Responsibility*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2, 2005 s. 493–502.
- Nestius, Mikael, *Det är dags för omvänd bevisordning*, City den 22 maj 2007.
- Nørretranders, Tor, *Märk världen. En bok om vetenskap och intuition*. Bonnier Alba, 1991.
- Nuotio, Kimmo, *On Becoming a Responsible Person*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2, 2005 s. 513–520.
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm 1995.

- Raz, Joseph, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*. Oxford 1999.
- Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*. London 1975.
- Raz, Joseph, *The concept of a legal system*. Oxford 1970.
- Raz, Joseph, *The Relevance of Coherence*. Boston University Law Review 1992 s. 273–321.
- Robinson, Paul H., *A Sentencing System for the 21st Century?* Texas Law Review 1987 s. 1–61.
- Samuelsson, Per E., Peter Eriksson vill döma oskyldiga män, *Expressen* den 3 september 2007.
- Schultz, Märten, Skadeståndsrätten handlar om rättvisa, *Advokaten*, nr 3 2007.
- Sibley, W. M., *The rational versus the Reasonable*. The Philosophical Review 1953 s. 554–560.
- Siltala, Raimo, *A Theory of Precedent*. London 2000.
- Simmonds, Nigel, *Juridiska principfrågor*. Stockholm 1988.
- Stevenson, Charles, *Ethics and Language*. New Haven, London 1944.
- Strahl, Ivar, Utvecklingen av den svenska skadeståndsrätten på det utom-obligatoriska området. I: Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland den 13 december 1934, 200-årsdagen av rikens ständers beslut. Isaac Marcus Boktryckeri-Aktiebolag, Stockholm 1934 s. 874–912.
- Strahl, Ivar, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*. Norstedts, 1976.
- Strandbakken, Asbjørn, *UskylDSPresumptionen*. Bergen 2003
- Strömholm, Stig, *Europa och rätten*. Stockholm 1991
- Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*. En lärobok i allmän rättslära. 4 uppl. Stockholm 1992.
- Sundby, Nils Kristian, *Om normer*. Oslo, Bergen, Tromsø 1974.
- Tamir, Yael, *Liberal Nationalism*. Princeton University Press, 1993.
- Tham, Henrik, *Från behandling till straffvärde – Kriminalpolitik i en förändrad välfärdsstat*. I (Dag Victor red.): *Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten*. Stockholm 1995 s. 78–109.
- Tolonen, Hannu, *Rules, Principles and Goals: The interplay between Law, Morals and Politics*. Scandinavian Studies in Law 1991 s. 271–293.
- Träskman, Per Ole, *Den allmänna opinionen, massmedia och rättssäkerheten*. NTfK 1984 s. 249–264.
- Träskman, Per Ole, *Våldtäkt, våldtäktsman, gärningsbeskrivning och egen-*

- händigt brott. I (red Andersson & Lindell): Festskrift till Per Henrik Lindblom, Iustus 2004 s. 675–696.
- Tuori, Kaarlo, Critical Legal Positivism. Hants 2002.
- Tuori, Kaarlo, The 'Rechtsstaat' in the Conceptual Field – Adversaries, Allies and neutrals. Associations 2002a s. 201–214.
- Twining, William & Meiers, David, How To Do Things With Rules; A Primer of Interpretation. London 1999.
- Ulväng, Magnus, Påföljdskonkurrens – problem och principer. Uppsala 2005.
- Ulväng, Magnus, Likgiltighetsuppsåt, SvJT 2005 s. 1–17.
- de Waal, Frans, Good Natured. The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals. Harvard University Press, 1996.
- Waisman, F., The Principles of Linguistic Philosophy. New York 1965.
- Weber, Max, Economy and Society. Edited by Guenther Roth and Claus Wittich. Berkeley 1978 (1917).
- Wennberg, Suzanne, Några moralteoretiska synpunkter på straffsystemet, Tidskrift for Rettsvitenskap 1994 s. 305–336.
- Wennberg, Suzanne, Tillsammans och i samförstånd – ett nytt begrepp för gärningsmannaskap, Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15–17 augusti 2002. Utgivna av lokalstyrelsen för Finland, s. 615–638.
- Wennberg, Suzanne, Från Malexander till Sambandscentralen – fördelar och farhågor med dömande i medgärningsmannaskap respektive medfrämjandeskap, JT 2002-03 s. 592–611.
- Wennberg, Suzanne, Mobiltelefontrafik som bevismedel vid samarbete med okända (med)gärningsmän. JT 2007-08 s. 156–165.
- Wennberg, Suzanne, Samarbete med okända gärningsmän. I (red. Zila & Wennberg): Festskrift till Madeleine Leijonhufvud. Norstedts 2007 s. 417–427.
- Wennstam, Katarina, Äntligen har en domstol förstått, Svenska Dagbladet den 16 oktober 2007.
- Werner, Gösta, Hjalmar Bergman som filmförfattare. Stockholm 1987.
- Wertheimer, Alan, Consent to Sexual Relations. Cambridge 2003.
- Victor, Dag, Politics and the Penal system. Beware of Punishment: On the Utility and Futility of Criminal Law. Ed. Annika Snare. Oslo 1995, s. 89–122.
- Victor, Dag, Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system. Lund 1977.

- Victor, Dag, Den åtalade gärningen – några tankar om utformningen av gärningsbeskrivningar. I: 35 års utredande: vänbok till Erland Aspelin. DUS 1996:1, s. 213–262.
- Victor, Dag, Politik och straffsystem – ett drama i utveckling. I (red. Dag Victor): Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Norstedts, Stockholm 1995 s. 57–77.
- Victor, Dag, HD om tillsammans och i samförstånd. SvJT 2004 s. 100.
- Victor, Dag, HD om otjänliga försök. SvJT 2004 s. 100–101.
- Wirmark, Margareta, Narrens bjällror, Hjalmar Bergmans kammarspel. Stockholm 2002.
- Wittgenstein, Ludwig, Tractatus Logico-Philosophicus. 1971.
- von Hirsch, Andrew, Proportionalitet och straffbestämning. Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 2001. Uppsala 2001.
- von Hirsch, Andrew & Ashworth, Andrew, Proportionate Sentencing. Exploring the Principles. Cambridge 2005.
- von Wright, Georg Henrik, Norm and Action. A logical enquiry. London 1963.
- Wong, Christoffer, Den magiska formeln har förlorat lite av sin magi – nya prejudikat om det straffrättsliga begreppet ”gemensamt och i samförstånd”. JT 2003/04 s. 924–928.
- Zila, Josef, I stället för straff. Sanktionsavgifter som kriminalpolitiskt medel mot bagatellbrottslighet. Juristförlaget, Stockholm, 1992.