

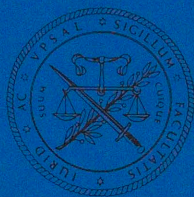
103

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA
FAKULTETEN I UPPSALA

NILS JAREBORG

Inkast i straffområdet

IUSTUS FÖRLAG



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>

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

103

Redaktör: Petter Asp

Nils Jareborg

INKAST I
STRAFFOMRÅDET

IUSTUS FÖRLAG

© Nils Jareborg och Iustus Förlag AB, Uppsala 2006
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-627-7
Omslag: John Persson
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Tryck: Edita, Västerås 2006
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

Förord

Det där skrivandet. Pennor och jag vet inte vad. Överskattat, om jag får säga min mening. Dumheter. Till ingen nytta.

I-OR

Denna bok innehåller tretton texter av varierande karaktär. Alla har publicerats tidigare, den första 1970 och den sista 2006. De flesta av dem har sin grund i föredrag och har fått behålla sin prägel därav.

Mycket skulle behöva förbättras och uppdateras, men företagna ändringar är nästan uteslutande av redaktionell natur. Vad gäller innehållet har ett fåtal oväsentliga strykningar gjorts, och i några fall har förtydliganden bedömts som angelägna. Sedan kapitel 2 bearbetats för två något olika engelskspråkiga versioner har också några litteraturhänvisningar tillagts.

Boken kan sägas utgöra sista delen i en serie av samlade utvalda uppsatser, där de föregående delarna är *Essays in Criminal Law* (1988), *Straffrättsideologiska fragment* (1992) och *Scraps of Penal Theory* (2002). Den sistnämnda boken innehåller engelskspråkiga versioner av kapitlen 1, 3 och 4 i förevarande volym.

Bokens titel är inte heller ny. Min i förtid avlidne vän, høyesterettsdommer Helge Røstad utgav 1993 artikelsamlingen *Innkast i straffefeltet*.

There is no a priori reason for thinking that truth, once discovered, will necessarily prove interesting.

C. I. LEWIS

Innehåll

I

- 1 Vilken sorts straffrätt vill vi ha? *eller*
Om defensiv och offensiv straffrättspolitik (1995) 11
- 2 Kriminalisering som ultima ratio regis? (2003) 29
- 3 Humanitet och straffbestämning (2000) 47
- 4 Straffmätning vid flerfaldig brottslighet (1999) 63

II

- 5 Misslyckade mord (2006) 85
- 6 Effektdelikt och beteendedelikt (1970) 92
- 7 Alf Ross som straffrättsdogmatiker (1999) 110
- 8 Vilseledande genom antydningar (1972) 122

III

- 9 Vad är en princip? (2003) 159
- 10 Rättsdogmatik som vetenskap (2004) 168

IV

- 11 Opera och allmän rättslära (1985, 1990) 183
- 12 Lindblomaren (2004) 189
- 13 Från Platon till Träskman *eller*
Om filosofer i köket (2004) 192

I

The lore of our fathers is a fabric of sentences. In our hands it develops and changes, through more or less arbitrary and deliberate revisions and additions of our own, more or less directly occasioned by the continuing stimulation of our sense organs. It is a pale grey lore, black with fact and white with convention. But I have found no substantial reasons for concluding that there are any quite black threads in it, or any white ones.

WILLARD VAN ORMAN QUINE

An essential part of the "language games" that we play in science, in morals, and in the law is the invention of new concepts, and their introduction into general use; new concepts carry in their wake the possibility of formulating new truths. If the idea of a frozen "final truth" does not make sense in science, it is even more the case that it does not make sense in ethics and the law. But in contrast to most of the familiar forms of postmodernism, pragmatists do not conclude that therefore we cannot speak of truth or warranted assertability or even of objectivity.

HILARY PUTNAM

1

Vilken sorts straffrätt vill vi ha? eller Om defensiv och offensiv straffrättspolitik

Varning för straff: Om vådan av den nyttiga straffrätten,
utg. av Dag Victor, Stockholm 1995, s. 19–37.

I am in a sense making propaganda for one style of thinking as opposed to another. I am honestly disgusted with the other. Also I'm trying to state what I think. Nevertheless I'm saying: "For God's sake don't do this."

LUDWIG WITTGENSTEIN

Straffrättens historia handlar i mycket om missbruk av straffrätten. Den grymhet, ondska och okänslighet som vi möter från den lagliga maktens företrädare är nästan ofattbar. Först under de senaste två århundradena har en moraliskt mer acceptabel straffrätt vuxit fram. Som Stuart Hampshire säger:

It has been obvious that respect for justice, and also any morality founded on concern for human welfare, are fragile constructions, liable to be toppled at any time by cruelty and fanaticism, and by the will to power. Alongside the balancing of conflicting moral claims, thinking about morality also includes thinking how barriers against

evil are most reliably maintained: that is, about how a standard of bare decency in social arrangements is to be maintained; for this standard is always under threat.¹

Syftet med denna artikel är att varna för ett nytt hot mot de moraliska framstegen på straffrättens område. Detta hot kommer emellertid inte från det vanliga hållet. Det kommer i huvudsak från välmenande människor. Detta gör det mindre synligt än ett hot från fanatiker eller tyranner. Många – kanske de flesta – ser säkerligen inget obegärligt eller felaktigt i straffrättsutvecklingen i västvärlden under de senaste åren. Men det finns alltid anledning att vara på sin vakt även mot "The Harm that Good Men Do".²

Artikeln utgör ett försök att diagnosticera vissa tendenser i straffrättsutvecklingen under andra hälften av 1900-talet, varvid rätt liten vikt läggs vid beskrivning av faktiska händelser eller tillstånd i olika länder vid olika tidpunkter. Läsaren inbjuds att uppmärksamma vissa tendenser och att se och känna igen rättsliga förändringar som detaljer i ett mönster.³

¹ Stuart Hampshire, *Morality and Conflict* (Oxford 1983) s. 168.

² Bertrand Russell, *Sceptical Essays* (London 1935) kap. IX.

³ Jag har beträffande grundkonceptionen påverkats av Winfried Hassemer. Se "Prävention im Strafrecht", *Juristische Schulung* 1987 s. 257–266, "Symbolisches Strafrecht", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1989 s. 553–558, "Sozialtechnologie und Moral: Symbole und Rechtsgüter", *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung* (utg. av Heike Jung, Heinz Müller-Dietz & Ulfrid Neumann, Baden-Baden 1991) s. 329–333, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *Criminal Law Theory in Transaction: Finnish and Comparative Perspectives* (utg. av Raimo Lahti & Kimmo Nuotio, Helsinki 1992) s. 113–125, "Innere Sicherheit im Rechtsstaat", *Strafverteidiger* 1993 s. 664–670, och *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* (Heidelberg 1994). Hassemers enda engelskspråkiga artikel i ämnet – "German Legal Philosophy and the Criminal Law", *Tel Aviv University Studies in Law*, vol. 10, 1990 s. 187–194 – är mycket kortfattad och kan därför inte göra rättvisa åt djupet i hans tänkande.

Den diskuterade huvudfrågan beskrivs klagörande av Alvar Nelson, "Slag i luften mot brottsligheten?", *Nordisk Tidskrift för Kriminalvidenskap* 1987 s. 193–212. Det finns också betydande överensstämmelse med budskapet i Nils Christie, *Crime Control as Industry* (London 1993), även om jag anser att en del av Andrew von Hirschs kritik är berättigad; se "Review Article: The Logic of Prison Growth", *The Modern Law Review*, vol. 57, 1994 s. 476–482. Se även Kjell Sevón, "Den nya straffrättens udystopi", *Skuldfrihet och ansvarlöshet* (utg. av Kerstin Berglund, Dan Frände, Lenita Häggblom & Kjell Sevón, Helsingfors 1994) s. 193–214.

1 STRAFFRÄTTSSYSTEMETS TRE NIVÅER

Den straffrätt vi känner innefattar myndigheters handlande på tre nivåer:⁴

- kriminalisering (lagstiftningsnivå);
- påföljdsbestämning, mot bakgrunden av bevisad brottslighet (domstolsnivå); och
- verkställighet av påföljd (administrativ myndighetsnivå).

Kriminalisering innebär att lagstiftaren förbinder en beskriven gärningstyp med ett hot om straff. I västvärldens länder är syftet med en kriminalisering uppenbarligen att påverka de människor som uppehåller sig där lagen gäller. En kriminalisering kan innefatta ett förbud eller ett påbud; en viss typ av beteende önskas undertryckt respektive frammanad. Kriminaliseringens syfte är således allmänprevention – och kommunikation av samhälleliga värderingar. De faktiska verkningarna av en kriminalisering är naturligtvis något annat än de avsedda. En kriminaliserings preventiva effekt är ofta svag, och ibland obefintlig; och laglydnad är sällan en funktion av enbart kriminaliseringens hot om straff. Det är emellertid angeläget att understryka att i praktiken är kriminalisering på antytt sätt närmast begreppsligt förbunden med ett allmänpreventivt syfte. Kriminalisering på *rent* religiösa, rituella eller symboliska grunder är enligt min uppfattning inte längre en politisk möjlighet. Även om en viss kriminalisering i förväg bedöms som relativt ineffektiv, är den tänkt att vara en del i ett normativt system som över hela linjen antas ha en betydande handlingsdirigerande verkan. För en del människor är det faktum att en gärning har straffbelagts alltid ett tillräckligt skäl för att avstå från att utföra den.

Omvänt kan påföljdsbestämning och verkställighet av påföljd aldrig rättfärdigas utifrån allmänpreventiva skäl, även om dessa handlingar bidrar till att ge konkretion åt strafflagens hot och därmed också till att stärka eller undergräva lagstiftningens trovärdighet. En viss repressionsnivå kan väljas på allmänpreventiva grunder. Men *påföljdsbestämning* innefattar alltid vedergällning i och med att ont möts med ont. Domstolarna ådömer straff och andra påföljder därför att de är skyldiga att göra det enligt den kriminaliserande lagstiftningen. Det är en annan fråga hur man i detalj bör utforma en sådan

⁴ Se Nils Jareborg, *Straffrättsideologiska fragment* (Uppsala 1992) kap. 7, och *Straffrättens ansvarslära* (Uppsala 1994) kap. 20.

vedergällning. Individualpreventiva tankegångar (ändamålsenlig inkapacitering, behandling, varning eller annan individrelaterad påverkan) bryts här mot idén om att proportionalitet bör råda mellan brottets svårhet (inklusive gärningsmannens skuld) och påföljdens stränghet. Min egen uppfattning är att ådömande av en påföljd nödvändigtvis innefattar att man ger uttryck för ett mått av klander. Det bör därför återspegla måttet av förkastlighet. Individualpreventiva hänsyn hör hemma på *verkställighetsnivån*.

Straffrättssystemet som helhet består att den rättsliga reglering och de principer som hänför sig till de tre nivåer som nyss angetts. Men det har också, på alla tre nivåerna, en *processuell* sida. I praktiken knyts intresset för processuella rättssäkerhetsgarantier främst till domsnivån (förundersökning, tvångsmedel, rättegång), medan behovet därav på verkställighetsnivån inte sällan underskattas.

2 DEFENSIV STRAFFRÄTTSPOLITIK OCH KLASSISK STRAFFRÄTT

Jag vill nu skilja mellan straffrättspolitik och kriminalpolitik. Med *straffrättspolitik* avser jag samhällelig idédebatt och samhälleligt beslutsfattande i fråga om just de tre nivåer av handlande vars sammantagna reglering utgör straffrättssystemet, inklusive dess processrättsliga sida. Med *kriminalpolitik* avser jag något åtskilligt mer omfattande, nämligen samhällelig idédebatt och samhälleligt beslutsfattande som rör alla aspekter av brottslighet och brottpåföljder. Denna begreppsbestämning medför att snart sagt alla former av samhälleligt beslutsfattande har en, inte sällan försummad, kriminalpolitisk aspekt. Utbildningspolitik, trafikpolitik, socialpolitik, bostadspolitik, arbetsmarknadspolitik, skattepolitik, hälsovårdspolitik, kulturpolitik, miljöpolitik, näringspolitik, idrottspolitik, osv. – alla har de betydelse för hur brottslighet stimuleras eller motverkas.

Efterkrigstiden har för Sverige och många andra länder inneburit en exempellös välståndsutveckling, åtföljd av en drastisk ökning av den registrerade brottsligheten. Till viss del kan ökningen förklaras med en ändrad anmälningsbenägenhet. I mycket beror den på nya kriminaliseringar. Ökad rörlighet och anonymitet i förening med en teknologisk revolution får allt fler typer av beteende att framstå som samhällsskadliga eller farliga. Möjligheterna att föröva brott har ökat enormt. Huruvida brottsligheten i sin helhet idag är mer samhällsskadlig än i slutet av 1940-talet är ändå inte lätt att säga. Men

brottsligheten torde idag *uppfattas* som ett mycket allvarligare samhällsproblem. Det är därför naturligt att politikerna vill framstå som handlingskraftiga. Och vad ligger närmare till hands än att ge sig in på straffrättspolitiken? Resultatet har emellertid blivit att straffrätten tenderar att förändras i sina grunder.

En diagnos av vad som hänt och händer underlättas av att man tar sin utgångspunkt i en modell för defensiv straffrättspolitik (i fortsättningen: *den defensiva modellen*). Denna modell är idealtypisk, dvs. den är en konstruktion som inte nödvändigtvis har någon direkt motsvarighet i den historiska verkligheten. Den är också tänkt att i mycket vara ett "ideal" i en annan mening, nämligen att sammanfatta grundläggande värderingar i en rättsstat.

Den defensiva modellen skulle knappast vara särskilt intressant, om den helt saknade historisk förankring. Dess inspirationskälla är den typ av straffrätt som framförallt i vad som kan betecknas som tysk- och franskspråkiga delar av Europa började ta över i början av 1800-talet. Före enkelhetens skull kan vi kalla den för *klassisk straffrätt*, även om benämningen är dömd att missuppfattas.⁵ (Den har även kallats "modern" straffrätt, men detta är numera naturligtvis än mer ägnat att leda till missförstånd.) Idéhistoriskt har den klassiska straffrätten sin bas i upplysningstidens filosofi och dess människouppfattning. Politiskt sammanhänger den med borgerskapets frigörelse, liberalismens framväxt och en tilltagande demokratisering. Den föregående straffrätten var i rätt stor utsträckning förknippad med en furstes eller annan makthavares personliga maktutövning, med tiden både stärkt och tyglad genom kyrkans moralmonopol.⁶ Den klassiska straffrätten innebär en tydlig maktfördelning mellan olika organ, vars behörighet begränsas till någon av de tre i föregående avsnitt nämnda nivåerna, och lagstiftaren bör vara ett heterogent parlament, inte en maktfullkomlig furste.

Även om den defensiva modellen således har en historisk bakgrund finns det skäl att klart distansera den från en klassisk straffrätt och konstruera den mer fritt utifrån en rättsstatsideologi. Hur man

⁵ Om några namn skall nämnas så är von Feuerbach och Binding viktigare än Beccaria och Bentham. Vissa läroböcker förknippar klassisk straffrätt med Beccaria vars uppfattning delvis är helt oförenlig med vad jag kallar klassisk straffrätt (och som i läroböckerna i fråga kallas nyklassisk straffrätt). Ett exempel är att Beccaria ansåg att gärningsmannens skuld (uppsåt, motiv, osv.) inte borde beaktas vid ådömande av ansvar eller vid påföljdsbestämning.

⁶ Se rörande olika brottsideologier i fotnot 4 angivna arbeten, kap. 5 respektive kap. 19.

än vill på ett fruktbart sätt karakterisera en klassisk straffrätt, finns det knappast någon stat som till fullo förverkligat den. De historiska versionerna har varit ganska varierande, och det kan vara svårt att bedöma hur framgångsrik den varit som skydd mot statsmakten. För våra syften måste därför varje karakteristik utformas idealtypiskt, samtidigt som en bindning till historisk verklighet gör det svårt att bestämma vilka element som är eller bör vara väsentliga. Av särskild betydelse är att klassisk straffrätt kan sägas uppvisa ett tomrum ifråga om sättet att straffa. Den torde vara förenlig med – och historiskt måste den förknippas med – bestraffningsformer och repressionsnivåer som vi idag anser vara inhumana. Jag ser det som angeläget att en defensiv modell klart innefattar ett ställningstagande mot överdriven repression.

Sammanfattningsvis: konstruktionen av den defensiva modellen har visserligen i viss mån inspirerats av den klassiska straffrättens historiska framgång, men modellen är avsedd att vara ideologisk (normativ), den är inte avsedd att återspegla en historisk straffrättslig guldålder.

3 DEN DEFENSIVA MODELLEN

All straffrätt går ut på att med straffhot och straffverkställighet som medel ge skydd mot kränkningar av individers och grupperns intressen, av gemensamma intressen eller statens intressen. Det som kännetecknar den defensiva modellen (och också den klassiska straffrätten) är att den syftar till att också *skydda enskilda människor mot maktmissbruk*, både mot missbruk av statlig makt, överdriven repression i såväl lagliga som olagliga former, och mot missbruk av informell makt (privatjustis). Ett annat sätt att uttrycka saken är att säga att det viktiga är att förhindra spontan social kontroll och ersätta den med formaliserad social kontroll. Skyddet gäller inte bara gärningsmän, utan också t.ex. vittnen. Man kan säga att poängen med denna version av straffrätt är att i viss mån kyla ner konflikter och känslor; rättssäkerhet⁷ och rättvisa är värden som inte får underordnas eventuella behov av brottsprevention. Den defensiva modellen utgår från att statsmakten inte nödvändigtvis är god.

⁷ Rättssäkerhet skall inte uppfattas som "absolut" eller ens "maximal" rättssäkerhet. Avsikten är endast att understryka att en hög grad av förutsebarhet är ett centralt rättsstatligt värde.

Den följande beskrivningen av den defensiva modellen tar sikte på principer för kriminalisering, processuella rättssäkerhetsgarantier och principer för påföljdsbestämning.

Vad beträffar *principer för kriminalisering* har följande tio principer bedömts vara viktigast:

- Brott förutsätter att gärningen typiskt sett kränker eller hotar ett rättsligt erkänt intresse eller värde, som är möjligt att konkretisera.⁸
- Brott förutsätter att gärningsmannen kan anses vara moraliskt ansvarig för gärningen; straffrättsligt ansvar får inte åläggas om gärningsmannen saknade ansvarsförmåga eller om han handlade utan uppsåt eller oaktsamhet eller om han på annan grund måste anses vara ursäktad.
- Ett brott består i enstaka onda, skadliga eller kränkande gärningar; straffrätten riktar sig direkt mot handlingar och underlåtenheter, endast indirekt riktar den sig mot gärningsmannen.
- Kriminalisering får inte avse enskilda fall eller personer, utan den måste vara generell, dvs. avse brottstyper.
- Brottstyperna måste vara definierade i lag (generell normgivning, tillgänglig för allmänheten).
- Brottstyperna måste vara begripligt och bestämt formulerade.
- Kriminalisering får inte ske retroaktivt (till gärningsmannens nackdel).
- Kriminaliseringen bör genom straffskalans utformning återspegla också måttet av förkastlighet hos brottstypen.
- Bestraffning är samhällets mest ingripande och förnedrande sanktion; kriminalisering bör därför tillgripas endast i sista hand eller för de mest förkastliga gärningarna.
- Repressionsnivån, dvs. straffhotet sådant det kommer till uttryck i påföljdspraxis, bör inte vara strängare än vad som är nödvändigt för att hålla brottsligheten på en tolerabel nivå.⁹

En konsekvens av att dessa principer följs är att kriminaliseringen får en utpräglad *värdeexpressiv funktion*: strafflagen blir ett socialmoraliskt syndaregister, en förteckning över samhälleligt sanktionerade grundläggande moraliska krav.

⁸ Det kunde tilläggas att i första hand bör skyddet gälla individers värden och intressen.

⁹ Se Andrew von Hirsch, *Censure and Sanctions* (Oxford 1993) s. 4–5 för en något mer restriktivt formulerad princip.

En annan viktig aspekt av den defensiva modellen är de *processuella rättssäkerhetsgarantierna*, främst

- att domstolarna är oavhängiga;
- att retroaktiv rättstillämpning till den tilltalades nackdel är förbjuden;
- att analogisk rättstillämpning till den tilltalades nackdel är förbjuden;
- att åklagaren har bevisbördan för att brott har förövats;
- att beviskraven är höga;
- att den tilltalade har tillgång till oberoende juridiskt biträde;
- att det är möjligt att överklaga en dom, vad gäller både brott och påföljd; och
- att det är möjligt att få domstols prövning av beslut om tvångsmedel.

Vad slutligen beträffar *påföljdsbestämningen* bestäms den enligt den klassiska straffrätten som bekant av *principerna om proportionalitet* (mellan brott och straff) och *ekvivalens* (mellan straffen för lika klandervärda gärningar). Domstolarna kan knappast ha någon självständig brottsbekämpande funktion, även om det finns visst utrymme för att utan lagstiftning generellt ändra repressionsnivån av allmänpreventiva skäl. Som tidigare nämnts innebär den defensiva modellen därutöver att onödigt strafflidande skall undvikas. Till denna *princip om återhållsamhet vid påföljdsbestämningen* återkommer jag nedan.

Vän av ordning frågar nu kanske hur denna straffrättsbild kan presenteras som motarbetad och på väg att förlora i betydelse. Är det inte i stället så att den fortfarande är ett levande ideal, ännu inte förverkligat, men på väg att förverkligas, bl.a. på grund av den s.k. behandlingsideologins bankrutt och den ökande betydelsen av juridiska regleringar rörande mänskliga rättigheter? Något ligger det väl i detta. I vissa delar har den defensiva modellen fortfarande en stark ideologisk ställning. Enligt min mening finns det inte desto mindre skäl att hävda att en ideologisk motström håller på att underminera dess dominans.

Såsom förklarades inledningsvis är frågan "Varför straffa?" att besvara olika, beroende på vilken nivå inom straffrättssystemet vi talar om: kriminalisering, påföljdsbestämning eller verkställighet av påföljd. Vi kommer nu till en fjärde variant av frågan, varvid den gäller straffrättsystemet som helhet och inte en viss nivå inom systemet.

Kärnfrågan är följande: *Är det en straffrättslig huvuduppgift att bidra till att lösa sociala eller samhälleliga problem?* Den defensiva modellens svar är nekande. Kriminaliseringarna åsyftar visserligen undertryckande av vissa typer av beteenden, men den allmänpreventiva framgången är endast av begränsat intresse, när det gäller att ta ställning till om man bör behålla ett straffrättssystem. (Endast om straffrättssystemet vore mycket mindre effektivt än det nu verkar vara kunde man överväga att avskaffa det.) För den defensiva modellen är det avgörande skälet för att ha ett straffsystem i stället dess förmåga att förhindra maktmissbruk. Det finns många sätt att bemöta oönskat beteende. Den defensiva modellen vill göra det på ett moraliskt godtagbart sätt, genom att sätta gränser för övervåld från överheten och allmänheten, vilket sker genom att opartiska organ ges beslutsmonopol beträffande bestraffningar. I bästa fall kan straffrätten dessutom tillhandahålla en genomtänkt moraluppfattning. Den defensiva modellen utesluter alltså inte att straffrätten har en samhällelig uppgift eller funktion, men dess straffrättspolitik innefattar att straffrätten skall vara ett hinder, inte bara för brottslingar, utan också för myndigheter och politiker. Straffrätten skiljer sig från praktiskt taget all annan rättslig reglering, genom att den inte primärt är till för att bilägga konflikter eller underlätta lösandet av samhälleliga problem (s.k. social engineering).

Vad som nyss sagts kan synas strida mot karakteristiken av kriminalisering som en metod för allmänprevention. Men så är inte fallet, eftersom jag nu talar om straffrätten som en helhet, utgörande ett system med tre nivåer, med tre olika typer av verksamhet med skilda syften och verkningar, som inte är identiska med de syften, funktioner eller verkningar som systemet har när det ses som en helhet.

4 DEN OFFENSIVA INRIKTNINGEN

Motsatsen till en defensiv straffrättspolitik är en offensiv straffrättspolitik. Mot den defensiva modellen kan man dock inte med anspråk på realism ställa en offensiv modell, eftersom än så länge åtskilligt i den defensiva modellen lämnas orört eller behålls i modifierad form; man önskar i huvudsak bevara den rättsstatliga grunden. Det finns emellertid en *offensiv inriktning* av straffrättspolitikerna som ger en ny mening åt straffrätten. Man kan säga att en långvarig defensiv inriktning av straffrättspolitikerna har gjort det möjligt att formulera

en defensiv modell, medan den offensiva inriktningen (ännu) inte kan ges ett så självständigt innehåll att en konkurrerande modell kan uppställas.

För den offensiva inriktningen framstår straffrättssystemet som en åtminstone potentiell repertoar av metoder för lösning av sociala eller samhälleliga problem. Ur dess synvinkel går inte den allvarligaste typen av kritik av straffrätten ut på att systemet brister i rättssäkerhet eller är orättvist, utan på att systemet är alltför ineffektivt, inte tillräckligt "rationellt", varvid detta ord tas i betydelsen "målrationalt". *Prevention* av skadligt eller annars felaktigt handlande är den dominerande synpunkten.

Historiskt kan denna straffrättsuppfattning förklaras med två förhållanden, som båda kan tidsmässigt lokaliseras till slutet av 1800-talet.

Det ena är att intressenterna bakom den klassiska straffrätten då i stort sett hade vunnit kampen mot statsmakten. I stora delar av Europa hade "modern" strafflagstifning kommit till stånd eller var på väg att införas, demokratiseringsprocessen hade kommit igång på allvar och på grund av den rationaliserade statsbildningen (med ökad grad av centralstyrning) gavs bättre möjligheter att på fredlig väg upprätthålla samhällelig ordning. Rädslan för statligt maktmissbruk var inte längre särskilt framträdande.

Det andra är att de naturvetenskapliga och teknologiska framstegen under 1800-talet resulterade i en ganska naturlig tro på att man snart skulle ha effektiva metoder att styra eller åtminstone påverka samhällsutveckling och personlig utveckling i positiv riktning. Vid sekelskiftet blommade denna socialteknologiska optimism upp i en lagstiftningsvåg rörande individualpreventivt motiverade kompletteringar av påföljdssystemet: villkorlig dom, villkorlig frigivning, tvångsuppfostran, tvångsutbildning, osv. Som bekant spelar individualpreventiva tankegångar idag världen över en mindre roll än på länge. Tron på individualpreventivt motiverade ingripandens "effektivitet" har allvarligt försvagats. Detta hindrar inte att det var dessa tankegångar som röjde vägen för den offensiva inriktningen, genom att göra folk vana vid argument rörande effektiv brottsprevention. Jag tror också att den nutida straffrättens offensiva politik i rätt stor utsträckning beror just på individualpreventionens misslyckande. Medan man under behandlingsoptimismens dagar knöt sina förhoppningar om ökad effektivitet nästan helt till påföljden för ett begränsat antal lagöverträdare, söker man nu över hela straffrättssystemet efter

medel för att nå ökad brottsprevention, framförallt genom generellt verkande medel.

Även om straffrätt är en statlig angelägenhet, är statsmakten för den defensiva modellen en potentiell fiende. För den offensiva inriktningen är statsmakten en bundsförvant. Möjligheten till maktmissbruk finns i bakgrunden; man håller fortfarande fast vid det mesta i en rättsstatsideologi. Men det viktigaste är att nå resultat, och då måste man ge principerna en något annorlunda tolkning, försvaga vissa skyddsmekanismer, och så att säga "se något annorlunda på saken".

Den defensiva modellen karakteriserades ovan med hjälp av principer och garantier. Den offensiva inriktningen kan bäst beskrivas utifrån sina metoder och konsekvenser.

Den offensiva inriktningen kännetecknas av *snabba ingripanden* mot vad som uppfattas som "problemlägen", och dess *metoder* innefattar främst följande:

- Ett hot mot eller en kränkning av ett rättsligt skyddat intresse eller värde uppfattas som en tillräcklig förutsättning för kriminalisering, medan den defensiva modellen närmast uppfattar detta som en nödvändig, men inte tillräcklig förutsättning.

- På liknande sätt uppfattas straffrättslig skuld som skäl för kriminalisering, medan det viktiga i den defensiva modellen är att frånvaro av skuld ursäktar vederbörande.

- Ökad vikt läggs vid gärningar riktade mot statsapparaten, dess institutioner, politik och myndighetsutövning, eller mot en anonym allmänhet.

- I tilltagande utsträckning kriminaliseras gärningar som endast innefattar en potentiell fara för något rättsligt skyddat intresse eller värde, dvs. skada eller fara är inte principiellt nödvändig för kriminalisering.

- Många brottsdefinitioner är i språkligt hänseende påtagligt obestämda.

- Avkriminaliseringar är nästan omöjliga att genomföra, medan det är lätt att få ny- och uppkriminaliseringar till stånd.

- Repressionsnivån höjs på straffrättssystemets alla tre nivåer.

- Brottmålsprocessen "rationaliseras" i syfte att minska kostnaden för varje hanterat fall.

- Vissa grupper av brottslingar betraktas mer som fiender än som medborgare och behandlas som sådana. Den klassiska straffrätten

byggde ursprungligen på en idé om ett samhällskontrakt; centralt för den defensiva modellen är i vart fall att staten bör underordnas medborgarnas intressen.

Några av *konsekvenserna* av att dessa metoder utnyttjas är följande:

- Hot om straffrättsliga sanktioner tillgrips inte enbart i sista hand eller för de mest förkastliga gärningarna, utan ofta i första hand och för överträdelse av perifer skydds- och ordningsföreskrifter – straffrätten utnyttjas för ”folkpedagogiska” och paternalistiska syften.
- Överkriminalisering, som leder till en ohållbar belastning av rättsväsendet och verkställighetsorganen.
- Ökad kriminalisering av oaktsamhetsbrott och av osjälvständiga brottsformer (medverkan, försök, förberedelse och stämpling).
- Det blir i tilltagande utsträckning svårt att upptäcka att brott överhuvudtaget har förövats.
- Minskad rättssäkerhet (förutsebarhet).
- Överflyttning av beslutsbehörighet från domstolar till åklagare och från åklagare till polisen.
- Efter att åtskilliga decennier har kännetecknats av en stegvis sänkt repressionsnivå sker nu straffhöjningar både på kriminaliseringsnivån och på följdbestämningsnivån.
- Antalet frihetsberövanden ökar, liksom frihetsberövandenas längd.
- Synen på dem som förövat allvarliga brott håller på att förändras, vilket avspeglar sig i språkbruket; man talar om ”kamp mot brottsligheten”, ”war on drugs”, osv. Vissa typer av brottslingar uppfattas mer som fiender, som inte riktigt är värda att vara medborgare, än som medmänniskor som har betett sig illa.¹⁰
- Försvagning av de processuella rättssäkerhetsgarantierna.
- Ökat utrymme för skönsmässigt beslutsfattande, särskilt på åklagarnivå.
- Ökat beroende av allmänhetens och massmediernas krav på större effektivitet vad gäller brottsprevention, dvs. av vad Anthony Bottoms har döpt till ”popular punitiveness”.

¹⁰ Antony Duff har i ett privatbrev gjort den kommentaren att man ”might say that criminal law policy should begin with the question of what kind of criminal justice system is appropriate for us, as a society of fellow citizens – a question which is likely to point us towards at least central aspects of the defensive model; whereas the offensive model is generated more naturally if we begin by asking what kind of criminal justice system we need to deal with ‘them’ – the distinct and threatening class of ‘criminals’.”

- Blockering av strävanden mot återhållsamhet och ökad humanitet i fråga om påföljdsbestämning och straffverkställighet.
- Verkställigheten blir alltmer kontrollinriktad och därmed mer integritetskränkande.

(Under senare år har *brottsoffrets ställning* uppmärksamrats mer än tidigare, och en rad reformer har ägt rum för att förstärka den. Men det finns ingen anledning till att detta skall ske på gärningsmannens bekostnad.)

Utifrån sina egna utgångspunkter kan den offensiva inriktningen vara legitim endast om den är effektiv i sin brottsbekämpning. Måluppfyllelse förutsätter normalt att man väljer adekvata medel. Det är närmast tragiskt att man på så många håll knutit sin straffrättspolitik till vad jag i följande avsnitt kallar en allmän och en speciell "teori" om förhållandet mellan brott och straff. Dessa uppfattningar har måhända stöd i vad som med en stark överdrift brukar kallas sunt förnuft, men inte i kriminologisk forskning.

5 MISSBRUK AV STRAFF

Den *allmänna teorien* (om förhållandet mellan straff och brottslighet) säger att ju strängare straff desto mindre brottslighet. Teorien antas gälla såväl lagens straffhot som konkret påföljdsbestämning. Den är särskilt omhulad av politiker som genom att med en penna ändra siffror i lagtext kan framstå som stridsmän i frontlinjen i kampen mot brottsligheten. Sådant kan möjligen bidra till att vederbörande får nytt förtroende som riksdagsledamot, men det har ingen praktisk betydelse för landets kriminalitetsnivå. Enligt all erfarenhet är sådana ändringar i allmänhet verkningslösa, och inte ens mycket kraftiga förändringar medför annat än en tillfällig påverkan på brottsligheten. För all praktisk politik måste man utgå från att kriminalitetsnivån inte kan påverkas genom straffskärpningar. (Det skall märkas att jag här inte talar om nya kriminaliseringar.)

Det finns inget egendomligt i detta. Jag skall här beröra endast en aspekt på frågan, nämligen risken för upptäckt. Även om vi bortser från bagatellartade trafikförseelser, torde risken för att förövaren av ett brott skall drabbas av påföljd ofta vara mindre än en på tusen (låt vara att risken är mycket större vid vissa typer av brott). Det är naturligtvis inte särskilt troligt att man genom marginella eller ens kraftiga ändringar i systemets output kan påverka mängden brottslighet. För

elsestraff. Även de som tror att inkapacitering påverkar brottslighetsnivån borde inse att en eller två månaders fängelsevistelse inte kan vara särskilt verkningsfull. Så varför inte helt avstå från att använda fängelse på dessa låga nivåer och i stället använda andra typer av påföljder? Om vi ser till antalet personer som togs in i fängelse 1992, var 44 % dömda till två månaders fängelse eller mindre. Om vi tar med dem som dömts till upp till tre månaders fängelse (och villkorligt frigavs efter två månader) når vi ytterligare 10 %. Antalet intagna i fängelse under ett år skulle i runda tal reduceras från 14 000 till 6 500. Nu [1994] skulle förändringen bli större, eftersom 1992 var ett år med nästan "normal" påföljdsbestämning vid grovt rattfylleri.¹⁴ Använder man siffrorna för 1988 skulle man få en reduktion från 16 000 till 6 000. Vad gäller behovet av platser på anstalter skulle en straffrättspolitik av angivet slag ge en minskning med cirka 20 %. Ytterligare 10 % skulle bli överflödiga, om man tog ett försiktigt steg mot normalisering av straffen för narkotikabrott och halverade fängelsetiderna.

7 NYA FORMER AV BROTTSLIGHET

Men hur skall man då göra med den s.k. moderna brottsligheten? Den nutida straffrätten är ju till stor del en produkt av att man sett ett behov av kraftfulla åtgärder mot nya former av brottslighet, som på ett eller annat sätt hänger samman med den teknologiska utvecklingen. Främst att nämna är miljöbrott, ekonomisk brottslighet i skilda former och narkotikabrott. Hur bör sådan brottslighet hanteras utifrån den defensiva modellen?

Det finns en rad skäl för att vara pessimistisk rörande möjligheterna för straffrätten att här spela någon påtaglig roll. Det är också här vi tydligast kan se hur svårt straffrätten har att kunna visa brottspreventiv effektivitet.¹⁵

Gemensamt för främst miljöbrott och ekonomisk brottslighet är att det i regel är svårt att upptäcka att brott överhuvudtaget är förövat, och även om brott upptäcks är det svårt att finna någon som är direkt ansvarig. Anonymitet inom juridiska personer, ett långt tidsperspektiv, svårutredda orsakssammanhang, marginella bidrag till konstaterade skadeverkningar, transnationella förgreningar och

¹⁴ Antalet intagna rattfyllerister var 4 425 år 1990, 2 321 år 1991 och 2 562 år 1992.

¹⁵ Se särskilt Hassemer, i fotnot 3 angivet arbete (1994).

utredningsmaterial som är obegripligt för andra än specialister är de viktigaste typerna av faktorer som gör att en straffrättslig hantering framstår som mindre angelägen än andra typer av samhällsåtgärder. I praktiken kommer man främst åt mindre allvarliga brott.

Gemensamt för regleringen av miljöbrott och av narkotikabrott är bl.a. ett inte obetydligt mått av hyckleri: praktiskt taget all miljöförstöring och praktiskt taget allt drogmissbruk är lagligt.

Det är å andra sidan klart att den s.k. moderna brottsligheten rymmer gärningar med mycket allvarliga skadeverkningar. Det finns all anledning att markera deras förkastlighet genom att i enlighet med den defensiva modellens principer föra upp dem på strafflagens lista av världsliga synder. Till detta skall emellertid inte knytas några förväntningar om att problem kommer att lösas, om preventiva effekter eller om att många brottslingar kommer att, som det heter, "åka fast".

Det är således fullt acceptabelt att med straffrättsliga sanktioner i enlighet med proportionalitetsprincipen möta skadliga och farliga gärningar. Detta hör till den defensiva modellen, och mycket av ifrågavarande brottslighet passar väl in i den traditionella begreppsvärlden rörande skada, fara, skuld, osv. Vad som inte är acceptabelt enligt den defensiva modellen är att man för att "effektivt bekämpa brottsligheten" godtar att ansvar görs beroende av att vederbörande tillhör ett kollektiv, och att denne därmed görs medansvarig för aggregerade skadeverkningar. Straffvärdet hos en butiksstöld bestäms inte av de samlade skadeverkningarna av stölder i butiker; det bestäms av skadan i det enskilda fallet och gärningsmannens motivbildning och insikter. På motsvarande sätt bör straffvärdet hos t.ex. viss befattning med hasch bestämmas med ledning av bl.a. skadligheten i det konkreta fallet. Och om en bestämd skada – t.ex. ett vattendrag blir starkt förorenat – uppkommer som en följd av ett stort antal gärningar förövade av ett stort antal personer, så är det orättvist att behandla dessa personer som om de hade handlat i samråd (när de inte har gjort det). Jag vänder mig också mot att höga straffnivåer motiveras, inte med gärningens höga straffvärde, utan med önskan att avskräcka tänkbara gärningsmän, att bekämpa brottsligheten eller att markera avståndstagande.

8 AVSLUTNING

Den offensiva inriktningens ambitioner är i mycket förfelade, både av principiella skäl och därför att det är oförsvarligt att försöka nå viktiga samhällsmål med otjänliga och kostsamma medel. Den rationella funktion ett straffrättssystem kan ha är att genom sitt innehåll och sin tillämpning (framför allt) ge uttryck för och (i någon mån) stärka samhällsmoralen, vad gäller såväl förhållandet mellan enskilda som förhållandet mellan överhet och medborgare. Ett straffrättssystems moraliska halt beror i huvudsak på dess budskap och hur övertygande detta är, dvs. på dess innehåll och dess tillämpning, inte på hur användbart det är i en kamp mot brottslighet.

Om man överhuvudtaget skall ha en straffrätt, bör man enligt min mening utforma den utifrån den defensiva modellens principer och rättssäkerhetsgarantier. Dessutom bör man av humanitetsskäl experimentera med påtagligt sänkta straffnivåer, under iakttagande av principerna om proportionalitet och ekvivalens. Korta fängelsestraff är meningslösa och dyra, och långa fängelsestraff är barbariska. Makthavarnas och allmänhetens överspända tro på fängelser som en lösning på samhälleliga problem är i sig ett allvarligt kriminalpolitiskt problem.

En defensiv straffrättspolitik är emellertid inte detsamma som en defensiv kriminalpolitik eller politik rörande oönskat beteende. Det finns så många andra metoder än kriminalisering och bestraffning att tillgripa om man verkligen önskar nå resultat.¹⁶ Problemet är att kriminalisering i sig inte kostar något, och eftersom brottslighet uppfattas som "egentligen onödig", så räknar man ofta inte heller med de kostnader som följer av en kriminalisering, även om rättsväsendet ändå till sist ger sig till känna på skattsedeln. Däremot vet man från början att effektiv brottsprevention kostar en hel del, inte bara i pengar utan också i personlig frihet. Effektiv brottsprevention förutsätter att man beskär möjligheterna att begå brott och organiserar integritetskränkande kontroller. Det mesta som skulle behöva göras för att på ett påtagligt sätt reducera kriminalitetsnivån är politiskt otänkbart. Hur skulle det kunna bli politiskt möjligt att införa en regel om att endast särskilt lämpliga kvinnor i åldern 20 till 55 år kan erhålla körkort för motorfordon?

¹⁶ I sin senaste skrift i ämnet pläderar Hassemer för skapandet av ett nytt juridiskt område – interventionsrätt – systematiskt placerat mellan straffrätt och förvaltningsrätt. Se i fotnot 3 angivet arbete (1994) s. 22–24.

2

Kriminalisering som ultima ratio regis?

Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII: Pekka Koskiselle 1.1. 2003 omistettu, Helsinki 2003, s. 89–102.

Straffrätten är i många avseenden en tungrodd samhällelig regleringsmekanism med negativa biverkningar. På ett principiellt plan är det lätt att tala om straffrätten som en sista utväg (*ultima ratio*) som skall tillgripas endast när alla andra sätt har misslyckats. En blick i lagböckerna räcker för att övertyga oss om att vi i praktiken inte på långt när lever upp till denna princip.¹

PEKKA KOSKINEN

1 PROBLEMET

Nästan överallt under nästan all tid av mänsklig samlevnad har samhällelig bestraffning motiverats på en eller flera av följande grunder:

- (a) (ett prästerskaps bedömning att) Gud eller gudarna vill det,
- (b) hövdingen, härskaren, ledaren, kungen vill det, eller
- (c) folket (bestämt som en delmängd av befolkningen) vill det.

¹ Koskinen i Havansi & Koskinen s. 13.

Bakomliggande skäl – åberopade eller hemlighållna – kan i detta sammanhang lämnas därhän. Med Radbruch kan vi konstatera att endast

so lange das Strafrecht im Namen göttlicher oder sittlicher Gesetze ausgeübt wurde, konnte man mit gutem Gewissen strafen.²

I den mån vi lever i en social/liberal/konservativ-demokratisk rättsstat får vi inte – och kan vi inte med gott samvete – använda samhällelig bestraffning bara därför att vi vill det, därför att man brukar göra det eller därför att det verkar vara lämpligt att göra det för att uppnå ett visst syfte. Det grundläggande skälet härför är att bestraffning innefattar tillfogande av skada som ofta är allvarlig. Eftersom statsorganisationen är berättigad endast om den är till människors fördel, måste ett bestraffningssystem och dess konkreta innehåll visas vara berättigat, dvs. straff får användas endast om det finns övertygande sakliga skäl.

Detta låter vackert och klokt – men är det sant?

Saken gäller begränsning av demokratiskt valda lagstiftande församlingars makt att lagstifta om användning av straff. Juridiskt bindande begränsningar förutsätter konstitutionellt stöd (inklusive folkrättsliga åtaganden). Kontrollen av att lagstiftaren inte överskrider sin behörighet kan utövas av författningsdomstolar (principiellt) eller av allmänna domstolar (ad hoc), men även av internationella domstolar såsom Europadomstolen för mänskliga rättigheter i Strasbourg.

Det kan genast konstateras att juridiskt sett är en lagstiftare inte bunden i någon påtaglig utsträckning, även om förhållandena varierar mellan olika stater på grund av varierande innehåll i grundlagarna. Det starkaste skyddet torde ges genom förbud mot att tillåta analogisk rättstillämpning och mot strängare retroaktiv lagstiftning. Men det är t.ex. inte särskilt vanligt att det finns ett juridiskt bindande förbud mot att kriminalisera gärningar under strikt ansvar. Legalitetsprincipen (nulla poena sine lege) och skuldprincipen (nulla poena sine culpa) brukar nämnas som den moderna strafflagstiftningens grundprinciper, men det normala är att endast den förra ges juridiskt bindande status (i förhållande till lagstiftaren).

När man säger att lagstiftaren inte "får" göra något visst, menar man därför ofta egentligen att lagstiftaren inte "bör" göra det, och en sådan plikt är inte juridisk utan moralisk. I skuggan av konsti-

² Radbruch s. 132.

tutioner och traktater finns en *lagstiftningsetik* som kan sägas utgöra en del av den rättsstatsideologi som förutsätts genomsyra demokratiskt styrda länder.³ Moraliska principer, som gör anspråk på att vara rationella, kan emellertid närmast betecknas som sammanfattande generaliseringar av från moralisk synpunkt goda skäl. Detta innebär bland annat att de kan strida mot varandra och att de är provisoriska, i den meningen att de tillåter berättigade undantag. Mer preciserade moralregler är ständigt utsatta för krav på marginella förändringar. Rationell moralisk argumentation är inriktad på att uppnå balans mellan principer och tillämpning av principer – John Rawls talar träffande om ”reflective equilibrium”. Jämför man med juridisk argumentation påminner moralisk argumentation närmast om argumentation de lege ferenda, inte argumentation de lege lata.⁴ Vi kan inte räkna med att någon kriminaliseringsprincip är undantagslös.

Syftet med den här uppsatsen är inte att närmare gå in på vare sig lagstiftarens juridiska bundenhet eller vad en strafflagstiftningsetik generellt kan innehålla. Min diskussion är tänkt att gälla ett litet hörn av en strafflagstiftningsetik. Det hävdas ofta att *kriminalisering är lagstiftarens ultima ratio*. Kriminalisering bör tillgripas ”som yttersta medel i yttersta fall”.⁵

(Bl.a. Jescheck understryker ultima ratio-principens roll för att åstadkomma avkriminalisering.⁶ Ibland framhålls att principen inte bara gäller enskilda kriminaliseringar utan straffrättssystemet som en helhet, dvs. även de allmänna lärorna om brotten.⁷ Frisch har riktat uppmärksamheten på att lagstiftarens bedömningar inte alltid är förenliga med varandra.⁸)

Samtidigt sägs inte sällan att i praktiken respekteras inte denna princip (ibland talas om ”tanke” i stället för princip). Kriminalisering tillgrips i första hand, regelmässigt (*sola ratio*), bland annat därför att den inte är förenad med några omedelbara kostnader som måste

³ Se t.ex. Gardocki s. 17.

⁴ Om moraliska bedömningar, se närmare Jareborg kap. 2 eller Jareborg, AK s. 72–95.

⁵ Allmänt kan här hänvisas till Hanack s. 34–36, Maiwald, Müller-Dietz, Kaufmann, Roxin s. 2–7, Baumann, Lüderssen, särskilt s. 191–192, Haffke, särskilt s. 165–167, Jung, Müller-Dietz, FS, Frisch, Hassemer, Strafrecht, Vormbaum, Jescheck, Jescheck & Weigend s. 3, Naucke s. 39–40, Hassemer, FS samt Strafrecht – ultima ratio s. 13–15 och Yoon, som torde innehålla den mest informativa analytiska genomgången av problematiken (s. 22–58).

⁶ Jescheck s. 414, Yoon s. 43.

⁷ Gardocki s. 17, Yoon s. 59–118.

⁸ Frisch s. 88–90.

beaktas i någon myndighets budget. Resultatet är att vi måste leva med en ”straffrättsinflation”.⁹

Detta är inte platsen för att utreda vad som bör användas i stället för straff. Jag har inte påträffat någon samlad diskussion av vad som bör vara *prima ratio*, *secunda ratio*, osv. Utgångsläget bör väl vara att staten inte ingriper överhuvudtaget. Hjälp, stöd, vård, försäkrings- och licensarrangemang bör gå före tvångsingripande. Allt tvångsingripande består inte i sanktioner. Bland sanktioner har nog civilrättsliga sanktioner företrädde framför förvaltningsrättsliga.

2 BAKGRUNDEN

Ultima ratio-tankens har rättsvetenskapligt diskuterats främst i den tyskspråkiga litteraturen.¹⁰ Det är därför lämpligt att inleda med några citat därifrån. Roxin säger:

... ergibt sich, dass der Rechtsgüterschutz nicht nur durch das Strafrecht verwirklicht wird, sondern dass das Instrumentarium der gesamten Rechtsordnung dazu beitragen muss. Das Strafrecht ist sogar nur die letzte unter allen in Betracht kommenden Schutzmassnahmen, d. h. es darf nur dann eingesetzt werden, wenn andere Mittel der sozialen Problemlösung – wie die zivilrechtliche Klage, polizei- oder gewerberechtliche Anordnungen, nicht-strafrechtliche Sanktion usw. – versagen. Man nennt deshalb die Strafe ”die ultima ratio der Sozialpolitik” und definiert ihre Aufgabe als *subsidiären* Rechtsgüterschutz. Insofern, als das Strafrecht nur einen Teil der Rechtsgüter und auch diesen nicht immer generell, sondern oft (wie das Vermögen) nur gegen einzelne Angriffsarten schützt, spricht man auch von der ”fragmentarischen” Natur des Strafrechts.¹¹

⁹ Koskinen i Havansi & Koskinen s. 13.

¹⁰ Se dock Ashworth; mot bakgrunden av en utförlig diskussion i kap. 2 av under vilka omständigheter kriminalisering är godtagbar uppställer han (s. 67–68) en nyanserad *principle of minimum criminalization*. Han säger bl.a.: ”This principle ... is that the ambit of the criminal law should be kept to a minimum. ... the point is not so much to reduce criminal law to its absolute minimum, as to ensure that resort is only had to the criminalization in order to protect individual autonomy or to protect those social arrangements necessary to ensure that individuals have the capacity and facilities to exercise their autonomy. ... even if it appears to be justifiable in theory to criminalize certain conduct, the decision should not be taken without an assessment of the probable impact of criminalization, its efficacy, its side-effects, and the possibility of tackling the problem by other forms of regulation and control.” Se även Simester & Sullivan s. 6–11.

¹¹ Roxin, AT s. 25.

Stratenwerth förklarar saken på följande sätt:

Die Strafe bedeutet jedoch, zumindest in der Regel, den denkbar härtesten Eingriff des Staates in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen. Sie sollte deshalb nur dort eingesetzt werden, wo andere Mittel, insbesondere Rechtsbehelfe des Zivil- oder Verwaltungsrechts, versagen. Dem entspricht es, wenn überwiegend die *fragmentarische* und *subsidiäre* Natur des Strafrechts betont wird.¹²

Det mest auktoritativa uttrycket för en ultima ratio-princip finner man hos den tyska författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) i det s.k. första abortmålet (den 25 februari 1975):

Aufgabe des Strafrechts war es seit jeher, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Dass das Leben jedes einzelnen Menschen zu den wichtigsten Rechtsgütern gehört, ist oben dargelegt worden. ... Indes kann Strafe niemals Selbstzweck sein. Ihr Einsatz unterliegt grundsätzlich der Entscheidung des Gesetzgebers. Er ist nicht gehindert, unter Beachtung der oben angegebenen Gesichtspunkte die grundsätzlich gebotene rechtliche Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs auch auf andere Weise zum Ausdruck zu bringen als mit dem Mittel der Strafdrohung. Entscheidend ist, ob die Gesamtheit der dem Schutz des ungeborenen Lebens dienenden Massnahmen, seien sie bürgerlich-rechtlicher, öffentlich-rechtlicher, insbesondere sozialrechtlicher oder strafrechtlicher Natur, einen der Bedeutung des zu sichernden Rechtsgutes entsprechenden tatsächlichen Schutz gewährleistet. Im äussersten Falle, wenn nämlich der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist, kann der Gesetzgeber verpflichtet sein, zum Schutz des sich entwickelten Lebens des Mittels des Strafrechts einzusetzen. Die Strafnorm stellt gewissermassen die "Ultima ratio" im Instrumentarium des Gesetzgebers dar. Nach dem das ganze öffentliche Recht einschliesslich des Verfassungsrechts beherrschenden rechtsstaatlichen Prinzip der Verhältnismässigkeit darf er von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen. Jedoch muss auch dieses letztes Mittel eingesetzt werden, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist. Dies fordern der Wert und die Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes. Es handelt sich dann nicht um eine "absolute" Pflicht zu strafen, sondern um die aus der Einsicht in die Unzulänglichkeit aller anderen Mittel erwachsende "relative" Verpflichtung zur Benutzung der Strafdrohung.¹³

Domstolen pendlar oförmedlat mellan plikt att kriminalisera och plikt att inte kriminalisera, och den synes vara mest intresserad av

¹² Stratenwerth s. 40.

¹³ BVerfGE 39, 1 (s. 46–47). Se därtill Müller-Dietz, § 218 s. 77–100.

den första frågan – slutsatsen blev också att ifrågavarande kriminalisering var påkallad. Att det inte finns en plikt att inte kriminalisera innebär emellertid inte att det finns en plikt att kriminalisera. I det följande lämnas frågan, under vilka förutsättningar man kan tala om plikt att kriminalisera, utanför diskussionen.¹⁴

I citaten talas om *ultima ratio*, subsidiaritet och straffrättens fragmentariska karaktär. Att straffskyddet är fragmentariskt kan inte ha någon självständig normativ betydelse.¹⁵ Det är en ren beskrivning av det förhållandet att inte alla skyddsvärda intressen åtnjuter straffrättsligt skydd. Att så är fallet behöver inte ens vara en följd av att det finns en *ultima ratio*-princip eller en subsidiaritetsprincip. Om t.ex. alla avtalsbrott som medför ekonomisk skada klassificeras som brottsliga, skulle rättssystemet sannolikt inte kunna fungera på grund av överbelastning.

Syftet med den följande framställningen är mycket begränsat. Även om alla straffrättsteoretiker talar om *ultima ratio* förblir begreppets innebörd tämligen oklar. Jag vill därför komma till klarhet om två saker. Den ena gäller förhållandet mellan *ultima ratio* och subsidiaritet – finns det en princip eller två (eller ännu flera) principer? Den andra är om en *ultima ratio*-princip eller subsidiaritetsprincip har någon självständig normativ betydelse eller om den endast är ett utflöde av andra principer. Jag kommer däremot inte att försöka tillämpa någon *ultima ratio*- eller subsidiaritetsprincip på gällande lagstiftning.

En förutsättning för resonemanget är att straff är statens mest ingripande maktmedel mot olagliga gärningar. (Detta är inte detsamma som att straff är det värsta som en stat kan utsätta en människa för.) Som Naucke säger: "Strafe gilt als schwerste staatliche Sanktion."¹⁶ Vad gäller fängelse finns det ingen anledning att betvivla detta. Redan en frihetsförlust är påtagligt ingripande, och i bestraffningen ligger ett tydligt uttryck för samhälleligt klander. Härtill kommer ett nästan oundvikligt inslag av stigmatisering och förnedring. Om man bortser från mycket korta straff, så kan fängelse spoliera både familjeliv och arbetsliv på ett sätt som sätter prägel på resten

¹⁴ Se *X & Y v. The Netherlands* (European Court of Human Rights, 26 March 1985, A/91), Jung s. 72–76 och exempelvis Stratenwerth s. 39.

¹⁵ Uttrycket härrör från Karl Binding, som såg straffrättens fragmentariska karaktär som "einen grossen Mangel des Strafrechts" (citerat efter Yoon s. 84; se även s. 34–35). Enligt Naucke, s. 62–63, är straffrättens fragmentariska karaktär en följd av legalitetsprincipens ställning.

¹⁶ Naucke s. 39.

av livet. Lagstiftaren försöker göra bestraffningen mindre ingripande genom alternativa påföljder, men ur ett kriminaliseringsperspektiv avser straffhotet fängelse och det är kriminalisering vi talar om.

Om straffhotet däremot avser böter, så kan man inte generellt hävda att bestraffning är den strängaste statliga sanktionen. Sålunda är i Sverige förvaltningsrättsliga sanktionsavgifter ofta strängare (trots att rättssäkerhetsgarantierna är svagare). En bedömning försvåras emellertid av hur fängelse hanteras som förvandlingsstraff för böter och i vilken mån straffskalor konstrueras av processuella skäl (t.ex. för att möjliggöra användning av tvångsmedel). I likhet med Pekka Koskinen skulle jag vilja se ett system där man skiljer mellan brott och förseelser, varvid de senare "har gallrats bort från straffrätten".¹⁷

För att göra diskussionen meningsfull måste jag således förutsätta att med straff avses fängelse (eller någon ännu strängare straffform – dock icke dödsstraff), men också naturligtvis att man låter straff förbli den mest ingripande statliga åtgärden vid olagliga gärningar (jämför t.ex. koncentrationsläger).

3 KRIMINALISERINGSARGUMENT

Många typer av (rättsstatligt godtagbara) skäl kan anföras för och emot kriminalisering. Jag skall här nämna de sex typer av argument som för mig framstår som viktigast.¹⁸

Klandervärdhet. Måttet av en konkret gärnings klandervärdhet beror dels på vilka värden eller intressen som kränks eller hotas, dels på om gärningen innefattar en direkt kränkning eller påtaglig fara därför eller om relationen till en sådan kränkning är mer avlägsen (t.ex. vid överträdelse av en säkerhetsregel). Men den beror också på den skuld som gärningsmannen har manifesterat genom gärningen. En uppsåtlig gärning är mer klandervärd än en oaktsam. Det har betydelse vilket motiv som styrt gärningen, och alla personer har inte samma ansvarsförmåga.

I svensk rätt skiljer man mellan konkreta gärningars straffvärde (konkret straffvärde) och gärningstypers straffvärde (abstrakt straffvärde).¹⁹ Kriminalisering avser förstås gärningstyper, och den till en brottstyp knutna straffskalan är ränkt att spegla gärningstypers straff-

¹⁷ Koskinen i Havansi & Koskinen s. 14. Se vidare Zila.

¹⁸ Översikten bygger i viss mån på Jareborg, AK s. 51–65. Se även Lahti.

¹⁹ Om straffvärde, se närmare Jareborg & Zila kap. 12.

värde. Det finns anledning att understryka att man vid bedömning av en gärningstyps klandervärdhet *inte* skall ta hänsyn till de aggregerade skadeverkningarna av en viss typ av gärning. Den skada, fara eller farlighet som är relevant är den som innefattas i de gärningar som täcks av beskrivningen av gärningstypen.

Behov. Ett behov av en viss åtgärd föreligger om ett avsett resultat inte kan uppnås genom en mindre ingripande eller mindre kostsam åtgärd. Ett behov av en kriminalisering förutsätter således att man inte kan uppnå ett likvärdigt skydd av ifrågavarande värden och intressen genom andra lagstiftningsåtgärder än kriminalisering.

Att med någon säkerhet bedöma huruvida ett behov finns – dvs. att åtgärden är nödvändig för att uppnå målet – låter sig normalt endast göra i konkreta situationer. De mål som man tänker sig skall uppnås genom kriminalisering saknar konkretion och är synnerligen obestämda.²⁰ Det rör sig om att försöka åstadkomma en generell minskning av en viss typ av beteende vars (utbredda) förekomst uppfattas som ett samhällsproblem. Men det finns ingen vetenskapligt pålitlig empirisk kunskap om vad som kan åstadkommas genom enskilda kriminaliseringar. Och vilken brottslighetsnivå bör anses vara "godtagbar"? Det kan också ta lång tid att utröna om bestraffning verkligen behövs.

Mot detta står att man inte sällan med säkerhet kan föreställa sig att andra kontroll- och sanktionssystem skulle kunna vara mer effektiva. Exempelvis torde man kunna hävda att det saknas behov av kriminalisering vid gärningar där kretsen av möjliga lagöverträdare är begränsad och känd i förväg, vilket ofta är fallet beträffande vissa typer av ekonomisk brottslighet.

I vart fall så länge det eftersträfvade resultatet består i allmänpreventiva verkningar spelar därför behovsargumentet en underordnad roll. Det kan visserligen tänkas att alternativa åtgärder inte står till buds, men argumentet torde ha sin största betydelse när det låter sig sägas att det *inte* finns något behov av kriminalisering.

Vilka andra behov skulle kunna vara legitima? Det har blivit allt vanligare att motivera kriminaliseringar och uppkriminaliseringar med behovet att göra en "markering" av att vissa typer av beteende inte är godtagbara. Som Hassemer säger innebär detta ett krav på att

das Strafrecht als Instrument der Volkspädagogik einzusetzen: um die Leute zu "sensibilisieren". Hier wird gar nicht mehr darauf ab-

²⁰ Jakobs pekar på att varje konflikt "lässt sich erledigen" om man ändrar målen och vältrar över kostnaderna (i vid mening) på andra (s. 49).

gestellt, ob der Einsatz strafrechtlicher Mittel "angemessen" oder gar "gerecht" sei – wenn nur das Ziel erreicht werden kann, die Bevölkerung werbend darauf aufmerksam zu machen, dass man [t.ex.] die Umwelt schonen ... [eller] Gewalt gegen Frauen ächten müsse.²¹

Jag kan inte förstå annat än sådan "expressiv allmänprevention" korrumperar straffrättssystemet.²²

Måttlighet. Denna typ av argument anger endast skäl mot kriminalisering. Även om en gärningstyp bedöms som i någon mån klandervärd, kan bestraffning (på fängelsenivå) framstå som en överdriven, oförsvarligt ingripande åtgärd (i tysk doktrin talar man om "Übermassverbot").²³

Måttlighetsargumentet har emellertid två aspekter. Reaktionen kan framstå som överdriven i förhållande till gärningstypens mått av klandervärdhet. Vi talar då om en systemintern, *retrospektiv* inriktad, *proportionalitet*. Gärningstypen är då, vid en jämförelse med andra gärningstyper, inte värd att kriminalisera eller inte värd att kriminalisera på ifrågavarande straffskalenivå. Måttlighetsargumentationen sammanfaller här med argumentation rörande klandervärdhet. Argumentation rörande retrospektiv proportionalitet har emellertid sin största betydelse vid straffbestämning i konkreta fall.²⁴

Reaktionen kan emellertid också framstå som överdriven med tanke på det syfte som skall uppnås. Man talar då om *prospektiv proportionalitet*. Denna proportionalitetsprincip bör i en rättsstat genomsyra all förvaltning och särskilt polisrätten. Den är en grundläggande princip inom EG-rätten.²⁵

Om ett krav på måttlighet uppfattas som ett krav på prospektiv proportionalitet, går det knappast att skilja mellan argument rörande behov och argument rörande måttlighet. Detta beror på att det knappast är möjligt att utpeka ett bestämt mål för en viss konkret kriminalisering.

Ineffektivitet. Om argument rörande effektivitet skall vara något annat än argument rörande behov, så är de knappast av intresse såvida de inte är argument mot kriminalisering – argument att krimi-

²¹ Hassemer, Strafrecht s. 8.

²² Litteraturen i ämnet är redan ööverskådlig. Jag nöjer mig med att hänvisa till Ashworth s. 24–26, 67–68 och Varning för straff.

²³ Se t.ex. Lagodny s. 179–253.

²⁴ Se Jareborg & Zila kap. 8.

²⁵ Se den utförliga analysen av de två proportionalitetsprinciperna i Asp kap. 4.

nalisering skulle vara omotiverad därför att den inte skulle nämnvärt bidra till att nå ifrågavarande mål. Även i sådana fall sammanfaller dock i viss mån skäl rörande ineffektivitet och skäl rörande frånvaro av behov. Exempel på relevanta omständigheter är att upptäcktsrisken är mycket liten (och kanske blir ännu mindre vid en kriminalisering), att brottsbeskrivningen måste ske på ett sätt som gör den mycket svår att tillämpa, att brottsbeskrivningen hänför sig till omständigheter vars förekomst är mycket svår att bevisa, och att en kriminalisering så påtagligt strider mot det s.k. allmänna rättsmedvetandet att den negligeras eller till och med bidrar till att allmänt undergräva tilltron till rättsväsendet.

Kontrollkostnader. För kriminalisering talar exempelvis att alternativa, i sig mindre ingripande, sanktioner eller andra åtgärder (exempelvis betalning för att inte företa vissa gärningar) är mycket resurskrävande. Omvänt kan man mot en kriminalisering invända att rättsväsendet varken har eller kan komma att få de resurser som behövs för att klara av den belastning som kriminaliseringen kommer att medföra, om den skall tas på allvar. Även sekundära verkningar kan beaktas. Om man kriminaliserar innehav eller bruk av en viss eftertraktad vara, så höjs prisenivån på en illegal marknad, vilket kan leda till en ökning av mängden förövade förmögenhetsbrott och även till uppkomsten av företagsliknande organiserad brottslighet. En annan typ av kontrollkostnad är att knappa resurser används för bestraffning i stället för angelägen vårdverksamhet.

Skadelidandes behov. En konsekvens av att en gärning klassificeras som brott är att en skadelidande normalt har större utsikter att få upprättelse och compensation, eftersom hon inte själv behöver helt ta ansvar för utredning och lagföring. Men vid vissa typer av gärningar kan det ligga även i den skadelidandes intresse att en konflikt inte görs till en samhällelig angelägenhet. I det senare fallet torde argumentet dock ha klart större betydelse för utformningen av åtalsreglerna än för själva kriminaliseringsfrågan.

4 KRIMINALISERINGSPRINCIPER

Den ovan företagna översiktliga presentationen av olika typer av kriminaliseringsargument kan göras ännu mer abstrakt genom att sammanfattas i tre kriminaliseringsprinciper:

(1) *Straffvärdeprincipen*. En gärningstyp som inte är påtagligt straffvärd bör inte kriminaliseras. Ju högre (abstrakt) straffvärde, desto starkare skäl för kriminalisering. Härunder faller argument rörande klandervärdhet och (systemintern) retrospektiv proportionalitet.

(2) *Nyttoprincipen*. Enligt denna princip bedömer man vikten av argument rörande behov, kontrollkostnader och ineffektivitet. Det finns all anledning att understryka att en sådan bedömning – huruvida man med en kriminalisering gör mer nytta än skada – måste bli synnerligen osäker.²⁶

(3) *Humanitetsprincipen*. Hit hör argument rörande måttlighet (prospektiv proportionalitet), skadelidandes behov och vissa typer av kontrollkostnader.

Redan av genomgången av kriminaliseringsargument torde det ha framgått att åtminstone en del av argumenten inte är relevanta enbart för kriminaliseringsfrågan. De har även betydelse för hur sträng en kriminalisering bör vara. Detta framgår kanske ännu tydligare vid en formulering i principform. Det är också tydligt att under humanitetsprincipen tillkommer ytterligare typer av argument när den avser straffs stränghet. Frågor om godtagbara repressionsnivåer och relativa straffvärdebedömningar är minst lika viktiga som kriminaliseringsfrågan, men det är endast den sistnämnda som behandlas här.

Enligt Hanack borde det vara så att

Wie der Richter Strafe nicht verhängen darf ohne Beweis für die Schuld des Täters, so darf der Gesetzgeber Strafe nicht ohne Beweis für ihre Erforderlichkeit androhen.²⁷

För domaren gäller principen *in dubio pro reo*. För lagstiftaren uppställs den parallella principen *in dubio pro libertate* (i motsats till *in dubio pro lege*).²⁸ Innebörden av en sådan princip är emellertid långt ifrån klar. Innebär den ett krav på "bevisstyrka" vid sidan av ett krav på "bevisbörda"?

I en handlingssituation väljer vi normalt det alternativ som framstår som det bästa efter det att alla skäl för och emot har beaktats.

²⁶ Svårigheterna uppmärksammas av bl.a. Müller-Dietz s. 35–36, Gardocki s. 18–19, Lewisch s. 227–228, och Stratenwerth (s. 40), som nämner att förekomsten av en kriminalisering kan utgöra alibi för den lagstiftare som inte bryr sig om att utreda om det finns bättre alternativ.

²⁷ Hanack, Revision s. 37.

²⁸ Se närmare exempelvis Müller-Dietz och Hassemer s. 194–220. Vormbaum (s. 747) talar mer precis om *in dubio contra delictum*.

Endast om en felbedömning skulle innebära mycket stora risker är det rationellt att avstå från det bästa alternativet när man inte är helt säker på sin sak. Det är svårt att se att principen skulle innebära mer än att en kriminalisering bör tillgripas endast om man är övertygad om att klart övervägande skäl talar för kriminalisering – dvs. den innebär då inte att skälen bör vara så starka att det vore ”bortom rimligt tvivel” att ifrågasätta en kriminalisering. (Många tyskspråkiga straffrättsteoretiker talar om ”Erforderlichkeit” eller ”Strafbedürftigkeit”. Men dessa termer är relativa, och som påpekats ovan är de relevanta målen diffusa och synnerligen obestämda. Det går inte ens att i efterhand kontrollera om det var behövt att kriminalisera en viss gärningstyp.)

5 PROPORTIONALITET OCH ULTIMA RATIO

I den ovan i avsnitt 2 citerade domen åberopar Bundesverfassungsgericht proportionalitetsprincipen – kravet på ”Verhältnismässigkeit”. I Tyskland har detta krav konstitutionell status.²⁹

Som nämnts ovan i avsnitt 3 har man emellertid att skilja mellan två sorters proportionalitet, eller mellan två olika principer: en retrospektiv och en prospektiv proportionalitetsprincip. I det första fallet avses förhållandet mellan gärningens straffvärde och åtgärdens stränghet. Man bryter mot principen om ett straff är alltför strängt eller alltför lindrigt. I det andra fallet avses förhållandet mellan medel och mål. Man bryter mot principen om man med tanke på målets vikt tillgriper alltför betungande, ingripande eller eljest kostsamma medel.

Vad en domstol eller en rättsvetenskapsman avser med ”Verhältnismässigkeit” är inte alltid uppenbart. Jag avstår från närmare exegetik, men har ett intryck av att ibland avses båda principerna,³⁰ ibland den ena principen, och ibland den andra. (Någon gång verkar det som om talionsprincipen har tagits till heders, dvs. man jämför direkt den skada som orsakas genom brottet med den skada som orsakas genom straffet.)

Det som intresserar här är förhållandet mellan proportionalitet och ultima ratio. Om en ultima ratio-princip härleds från ett pro-

²⁹ BVerfGE 19, 348. Se närmare Jarass i Jarass & Pierroth s. 436–437. Principens ställning är likartad i Österrike; se Lewisch s. 194–230.

³⁰ Så Lewisch s. 194–230.

portionalitetskrav, så har den ingen självständig normativ funktion. Detta synes vara Roxins standpunkt. Roxin är för övrigt tydlig i det att han uttryckligen åberopar den prospektiva proportionalitetsprincipen.³¹

6 SUBSIDIARITET OCH ULTIMA RATIO

Vi kommer nu till relationen mellan ultima ratio-principen och idén om subsidiaritet – tanken att straffrättens uppgift är att endast ”subsidiärt” skydda de värden och intressen som rättsordningen erkänner och skyddar. Först måste vi skilja mellan åtminstone fem olika tolkningar av ”subsidiaritet”.

(1) Enligt Vormbaum skall straffrättens subsidiaritet inte förväxlas med ultima ratio-principen.

Strafrecht soll nicht irgendwelche Güter, sondern *Rechtsgüter* schützen. Es erfindet also Rechtsgüter nicht autonom, sondern findet sie als von der Rechtsordnung bereits anerkannte Güter vor. Strafrecht ist – anders ausgedrückt – seiner Natur nach *subsidiär*.³²

I tyskspråkig doktrin spelar idéer och läror om Rechtsgüter en mycket stor roll i diskussionen om straffrättssystemets legitimation och gränser.³³ Personligen ser jag die Rechtsgutslehre som en återvändsgränd; nästan 200 års intellektuell verksamhet synes ha skapat mer förvirring än klarhet.³⁴

Vormbaums subsidiaritetsbegrepp är inte meningsfullt. Rechtsgüter är abstrakta företeelser som kan konstrueras och manipuleras ganska fritt. Och varför skulle inte ett värde eller intresse kunna skyddas enbart genom strafflagstiftning?

(2) Även Brandt ser subsidiaritet som något annat än ultima ratio. Subsidiaritetsprincipen har inte konstitutionell status, men den är likväl en viktig ”socialstatspolitisk” grundsats.³⁵

Kann zunächst der Täter bzw. können sodann Täter und Opfer gemeinsam oder schliesslich kleinere soziale Einheiten, innerhalb deren Lebenskreis ein Verbrechen verübt wird, nach dessen Be-

³¹ Roxin, AT s. 25–26. Se även Naucke s. 83–84, Stratenwerth s. 40, Yoon s. 36–40.

³² Vormbaum s. 757.

³³ Jag nöjer mig med att hänvisa till översikten i Roxin, AT s. 11–30 samt till Amelung, Hassemer och Eser.

³⁴ Jareborg, AK s. 51. Se även Koskinen i Havansi & Koskinen s. 12.

³⁵ Brandt s. 135.

gehung autonom keine kriminalrechtliche zufriedenstellende Regulierung bewirken, müssen staatliche Organe tätig werden, und zwar in erste Linie durch soziale Hilfen und erst in letzter Konsequenz strafend.³⁶

Jag går inte närmare in på hållbarheten av en sådan subsidiaritetsprincip. Den gäller ju frågan hur statlig makt bör utövas *inom* det kriminaliserade området, dvs. inte huruvida kriminalisering bör ske. Likheter inför lagen synes emellertid inte stå i centrum för Brandts överväganden.³⁷ Detsamma gäller eventuella behov av att motverka ”den informella sociala kontrollens tyranni” och behov av att ta konflikter *från* människor för att förhindra att de förvärras.

I sammanhanget kan erinras om att Jescheck talar om en ultima ratio-princip ”in einem engeren Sinne”, som går ut på att ovillkorligt fängelse skall användas endast om något alternativ inte kan komma ifråga

wegen der Schwere von Unrecht und Schuld oder wegen wiederholten gleichartigen Rückfalls unvermeidlich ist, weil das Urteil sonst von den Rechtsgenossen nicht mehr verstanden werden würde (Gedanke der Entpönalisierung).³⁸

Denna princip har lagfästs i den svenska Brottsbalken kap. 30 § 4.³⁹

(3) Bland andra Roxin och Jakobs synes sätta likhetstecken mellan subsidiaritetsprincipen och den prospektiva proportionalitetsprincipen.⁴⁰ I så fall gäller vad som har sagts ovan i avsnitt 5. En sådan subsidiaritetsprincip har ingen självständig normativ ställning.

(4) Detsamma gäller om subsidiaritetsprincipen anses följa av samtliga kriminaliseringsprinciper som redovisats ovan i avsnitt 4. Subsidiaritetsprincipen (och ultima ratio-principen om den ses som identisk därmed) sammanfaller med principen in dubio pro libertate.

(5) Man kan slutligen uppfatta en subsidiaritetsprincip (och därmed också en ultima ratio-princip) såsom uppställande ett krav på

³⁶ Brandt s. 152.

³⁷ Se även Jakobs (s. 49), som vänder sig mot tanken att använda (relativt mindre ingripande, men allmänpreventivt mer effektiv) förmögenhetskonfiskation vid brott förövade av rika människor och fängelse vid brott förövade av andra.

³⁸ Jescheck s. 414.

³⁹ Se Jareborg & Zila s. 138–147.

⁴⁰ Roxin, AT s. 25–26, Jakobs s. 48–49. Medan Jakobs inte alls använder uttrycket ”ultima ratio”, synes Brandt, s. 142 och 144, liksom Roxin, likställa ultima ratio-principen och den prospektiva proportionalitetsprincipen.

att kriminalisering bör tillgripas endast om man *empiriskt* – genom ett samhälleligt experiment – har prövat andra lösningar och funnit att de inte är ”tillräckligt” effektiva. Man möter ju inte sällan formuleringen att kriminalisering får tillgripas ”när inget annat hjälper”.⁴¹ Såsom Gardocki framhåller är det emellertid orealistiskt att uppställa ett krav på empirisk prövning.⁴² Förvisso förekommer det rätt ofta att kriminalisering tillgrips därför att man misslyckats med att nå ”tillräcklig” verkan med andra medel. Men i sådana fall torde man inte vara särskilt benägen att testa alternativa icke-straffrättsliga lösningar. Och man kan i vart fall inte rimligtvis hävda att den centrala straffrätten saknar legitimitet därför att man inte har prövat andra former för social kontroll.

Slutsatsen blir således att idéerna om straffrättens subsidiaritet aningen är irrelevanta för vårt problem eller saknar självständig normativ status.

7 VOLTE-FACE

Ultima ratio-principen – en överspänd version av principen *in dubio pro libertate*? Ultima ratio-principen – en princip utan självständig normativ funktion?

Inte sällan sägs ultima ratio-principen innebära att kriminalisering bör tillgripas *endast* som ”yttersta medel i yttersta fall”. Taget efter bokstaven är detta uppenbarligen ett orealistiskt krav. Om lagstiftaren respekterar principen *in dubio pro libertate* finns ingen anledning att klaga.

Men låt oss stryka ”endast” och se på uttrycket ”yttersta medel i yttersta fall” med öppet sinne! Ultima ratio-principen har alltid uppfattats som en princip *mot* kriminalisering, dvs. såsom uppställande ett nödvändigt villkor. Om vi i stället ser villkoret som tillräckligt, så erhåller vi en princip *för* kriminalisering.

I så fall upphöjs den till en *metaprinzip* rörande hanteringen av de tre kriminaliseringsprinciper som nämnts ovan i avsnitt 4. Dess innebörd blir att ”i yttersta fall”, dvs. vid höga straffvärden, tar straffvärdeprincipen över. Vid mord, grov våldtäkt, väpnat rån, grov miss-handel, grovt spioneri, osv. lägger man nyttoprincipen åt sidan vid bedömningen av om gärningstypen skall kriminaliseras. Detsamma

⁴¹ Se t.ex. Baumann s. 35, Naucke s. 39.

⁴² Gardocki s. 18.

gäller humanitetsprincipen. (Men humanitetsprincipen har naturligtvis kvar sin betydelse när det gäller hela systemets repressionsnivåer.) Man kan säga att vid de värsta gärningarna kortsluts principen in dubio pro libertate eftersom det inte finns utrymme för dubio.

En sådan ultima ratio-princip har en självständig normativ funktion. Den "gamla" principen har i verkligheten ingen sådan funktion. I motsats till den "gamla" principen framstår den som realistisk. Givet att vi bör ha ett straffsystem, framstår den för mig som normativt godtagbar. En strafflag kan sägas innehålla en förteckning över socialmoraliska synder, och det är då inget märkligt i att vissa synder anses vara ovillkorligt förkastliga. Principens räckvidd bör dock vara tämligen begränsad. Det svåra är knappast att påvisa principens hållbarhet utan att tygla straffvärdeprincipens envælde, dvs. att ge humanitets- och nyttoprinciperna det utrymme som de förtjänar.

LITTERATUR

Amelung, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage* (1972).

Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*. Third ed. (1999).

Asp, Petter, *EG:s sanktionsrätt: Ett straffrättsligt perspektiv* (1998).

Baumann, Jürgen, "Strafe als soziale Aufgabe." *Gedächtnisschrift für Peter Noll* (1984) 27–36.

Brandt, Ewald, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip für Entpoenalierungen im Kriminalrecht* (1988).

Eser, Albin, "Rechtsgut und Opfer: Zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen." *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker* (1996) s. 1005–1024.

Frisch, Wolfgang, "An den Grenzen des Strafrechts." *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels* (1993) s. 69–106.

Gardocki, "Das Problem des Umfangs der Strafbarkeit in der polnischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafrechtslehre." *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*. Herausgegeben von Klaus Lüderssen & Cornelius Nestler-Tremel & Ewa Weigend (1990) s. 17–27.

Haffke, Bernhard, "Symbolische Gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik." *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1991) s. 165–176.

- Hanack, Ernst-Walter, *Empfiehl es sich die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?* Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag (1968).
- Hanack (Revision), Ernst-Walter, *Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik* (1969).
- Hassemer, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre* (1973).
- Hassemer (Strafrecht), Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* (1994).
- Hassemer (FS), Winfried, "Gründe und Grenzen des Strafens." *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert: Festschrift für Dionysios Spinellis* (2001) s. 399–424.
- Havansi, Erkki & Koskinen, Pekka, *Finlands straff- och processrätt: En introduktion* (2000).
- Jakobs, Günther, *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Aufl. (1990).
- Jarass, Hans D. & Pierroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 3. Aufl. (1995).
- Jareborg, Nils, *Straffrättsideologiska fragment* (1992).
- Jareborg (AK), Nils, *Allmän kriminalrätt* (2001).
- Jareborg, Nils & Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära* (2000).
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Beiträge zum Strafrecht 1980–1998*. Herausgegeben von Theo Vogler (1998) s. 403–420 ["Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht" (1995)].
- Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. (1996).
- Jung, Heike, *Sanktionensysteme und Menschenrechte* (1992).
- Kaufmann, Arthur, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht." *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel* (1974) s. 89–107.
- Lagodny, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldskriminalisierung* (1996).
- Lahti, Raimo, "Vad bör bestraffas och hur strängt bör straffet vara? – Den grundläggande frågeställningen vid en totalrevision av straffrätten." *Lov og frihet: Festschrift till Johs. Andenæs* (1982) s. 205–220.
- Lewis, Peter, *Verfassung und Strafrecht: Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung* (1993)

- Lüderssen, Klaus, "Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik." *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*. Herausgegeben von Albin Eser & Karin Cornils (1987) s. 161–207.
- Maiwald, Manfred, "Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts." *Festschrift für Reinhart Maurach* (1972) s. 9–23.
- Müller-Dietz, Heinz, *Strafe und Staat* (1973).
- Müller-Dietz (§ 218), Heinz, "Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote." *§ 218 StGB: Dimensionen einer Reform*. Herausgegeben von Heike Jung & Heinz Müller-Dietz (1983) s. 77–100.
- Müller-Dietz (FS), Heinz, "Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung." *Festschrift für Rudolf Schmitt* (1992) s. 95–116.
- Naucke, Wolfgang, *Strafrecht: Eine Einführung*. 8. Aufl. (1998).
- Radbruch, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 9. Aufl. besorgt von Konrad Zweigert (1958).
- Roxin, Claus, *Einführung in die Grundprobleme des Strafrechts*. Mit Anmerkungen von Seiji Saito (1976).
- Roxin (AT), Claus, *Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. Aufl. (1997).
- Simester, A. P. & Sullivan, G. R., *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2001).
- Strafrecht – ultima ratio*. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts. Herausgegeben von Peter-Alexis Albrecht u. a. (1992).
- Stratenwerth, Günther, *Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Die Straftat*. 4. Aufl. (2000).
- Varning för straff: Om vådan av den nyttiga straffrätten*. Utg. av Dag Victor (1995).
- Vormbaum, Thomas, "'Politisches' Strafrecht." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1995) s. 734–760.
- Yoon, Young-Cheol, *Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen* (2001).
- Zila, Josef, *I stället för straff: Sanktionsavgifter som kriminalpolitiskt medel mot bagatellbrottslighet* (1992).

3

Humanitet och straffbestämning

Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2000 s. 435–450.

1 INLEDNING

Huvudtexten i Förenta Nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna inleds på följande sätt:

Art. 1. Alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter. De är utrustade med förnuft och samvete och bör handla mot varandra i en anda av broderskap.

Art. 2. 1. Envar är berättigad till alla de friheter och rättigheter, som uttalas i denna förklaring, utan åtskillnad av något slag, såsom ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller socialt ursprung, egendom, börd eller ställning i övrigt.

Att alla människor är värdefulla, att alla människor förtjänar respekt, att alla människor endast på grund av sitt biologiska ursprung, redan från födseln och oberoende av grad av förstånd och andra mänskliga egenskaper, har rätt att bli anständigt behandlade av andra, kan inte i någon rimlig mening visas vara sant. Vi har därför att göra med en princip om mänskligt likaberättigande, vars godtagbarhet inte beror på verklighetens eller något gällande normsystems beskaffenhet, utan på hur rationellt det är att ta den som utgångspunkt för moralisk argumentation. Idéhistoriskt har den en bakgrund i stoicism, juden-

dom, kristendom och upplysningsfilosofi. Historiskt är dess betydelse liten. I praktiken har nästan alla gjort skillnad mellan olika sorters människor, mellan bättre och sämre människor, och för det mesta har de flesta människor inte varit mycket värda. För att ha någon poäng måste därför principen om likaberättigande kompletteras: att vara lika mycket värd kan ju vara att vara lika litet värd. Som ett led i en sådan komplettering kommer principen om vördnaden för mänskligt liv in.

Brottslingar (i vart fall dömda brottslingar) har i alla tider förnedrats och föraktats. Mänskligheten verkar ha behov av att låta sin frustration och sitt lidande gå ut över andra, och brottslingar utgör en tacksam grupp för ändamålet. Att bygga sin självrespekt på förtryck och föreställningar om överlägsenhet är emellertid bara en metod; en annan är att vinna självrespekt genom andras respekt. Insikten om att den första metoden äventyrar inte bara mänsklighetens möjligheter till välstånd, utan rent av dess existens, utgör en grund för framväxten av juridiskt bindande dokument om mänskliga rättigheter. Den är också en grund för en human straffrättspolitik.

Inte sällan stannar emellertid respekten för människovärdet på ytan. De som ansvarar för straffrättspolitiken är hårt trängda av massmedialt underblåsta krav på effektiv brottsbekämpning, lag och ordning och strängare straff. Vissa grupper av brottslingar blir (åter) alltmer betraktade som fiender än som medmänniskor, och militär terminologi har blivit vanlig i den straffrättspolitiska diskussionen. Det finns säkert några brottslingar som förtjänar att kallas fiender, men att låta det påverka straffrättspolitiken är moraliskt korruperande. Om statsmaktens s.k. brottsbekämpning tillåts vara belåtet moraliskt fördömande, hamnar vi i actionfilmernas moraliska träsk: det avgörande är inte vad någon gör, utan om vederbörande är "god" eller "ond" – och den som är god har rätt att behandla den som är ond mycket värre än denne har behandlat sitt offer. Det har för övrigt av sociologer påpekats att det statliga våldsmonopolets uppkomst och upprätthållande företer stora strukturella likheter med den organiserade brottsligheten.

Det är viktigt att slå vakt om en självkritisk straffrätt och motverka en moralism, som bidrar till att göra 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 bagatellstölder och trafikbrott. Men åtminstone var tionde man har gjort sig skyldig till allvarlig brottslighet. Det är svårt att undvika slutsatsen, att den straffrättsliga hanteringen inte riktar sig mot brottsligheten, utan mot de mest kriminella och mest avvikande personerna. Och vad skulle hända, om många fler personer (dvs. de som faktiskt begår brott) blir straffade?

Ett straffsystems principiella utformning brukar framställas som en följd av att man accepterar vissa s.k. straffteorier. Traditionellt skiljer man mellan absoluta teorier (vedergällning och försoning) och relativa teorier (allmänprevention och individualprevention). För egen del föredrar jag att tala om ideologier i stället för teorier, och jag menar att mycket av diskussionen är ofruktbar, därför att man inte klargör vad det är man talar om. I det följande utgår jag från att vi befinner oss på domsnivån, dvs. någon skall dömas till straff av en domstol därför att han eller hon har begått brott. Av sammanhanget torde framgå när diskussionen i stället gäller kriminaliseringsnivån eller verkställighetsnivån. Jag utgår vidare från att tre typer av argument är tänkbara när straffet skall bestämmas:

- (1) det bör råda proportionalitet mellan brott och straff;
- (2) straffet bör bestämmas utifrån vad som behövs för att upprätthålla den allmänna laglydnaden; och
- (3) straffet bör bestämmas med tanke på vad som behövs för att avhålla den dömde från att begå brott på nytt.

Ett syfte med denna uppsats är att översiktligt diskutera vilka konsekvenser dessa idéer om *proportionalitet*, *allmänprevention* och *individualprevention* skulle ha för uppbyggnaden av ett bestraffningssystem, om man tog dem på allvar. Ett annat syfte är att visa att dessa idéer på ett långtgående sätt måste balanseras av en annan typ av överväganden, både om vi önskar förklara det straffsystem vi har och om vi önskar konstruera ett straffsystem som är moraliskt godtagbart. Det räcker inte med att åberopa rättviseskäl och preventionsbehov som grund för ett bestraffningssystem. Vi måste också bemöta dem som begått brott med *respekt*, *medkänsla* och *tolerans*, eller med andra ord: på ett humant sätt.

En svårighet för en rationell diskussion är att det inte finns något påtagligt empiriskt stöd för att de olika bestraffningsåtgärder, som kan vidtas i ett demokratiskt samhälle, är ägnade att leda till olika resultat vad gäller allmän- eller individualprevention. När jag i det

följande tar upp tio aspekter av ett bestraffningssystem, sker det mot bakgrunden av att allmän- och individualpreventiva överväganden spelar en stor roll i den argumentation som faktiskt äger rum bland politiker och jurister. Idéerna måste därför tas på allvar, även om det mer rör sig om förhoppningar och önskemål om att förebygga ny brottslighet än om målrationellt handlande.

(För en utförligare framställning om bestraffningsideologier hänvisas till Jareborg & Zila, Straffrättens påföljdslära, Stockholm 2000 kap. 8–11.)

2 BESTRAFFNINGENS INNEBÖRD

I ett *proportionalitetsperspektiv* sker bestraffning därför att ett brott är förövat. Proportionell straffbestämning sker utifrån vad som har hänt vid brottet. Bestraffningen har således en retrospektiv, återblickande karaktär. Om skuldprincipen respekteras ger brottmålsdomen uttryck för klander, och därtill ett visst mått av klander. Proportionell bestraffning är lyckad om den är rättvis, och den är inte misslyckad om den inte har några brottspreventiva verkningar.

Utifrån *allmänpreventiva* synpunkter sker adekvat bestraffning i det enskilda fallet när straffet bestäms enligt en praxis som är brottspreventiv i en utsträckning som är godtagbar. Bestraffningen sker i syfte att påverka allmänhetens framtida handlande. Om skuldprincipen respekteras, ger domen uttryck för klander, men inte för något mått av klander.

Individualpreventiv bestraffning är ensidigt inriktad på att förebygga återfall av en person som har gjort sig skyldig till brott. Om skuldprincipen respekteras, ger domen uttryck för klander, men inte för något mått av klander.

Jag har tre gånger sagt "Om skuldprincipen respekteras ...". Häri ligger att det inte finns någon nödvändig koppling mellan proportionalitet, allmänprevention eller individualprevention och respekt för skuldprincipen. Skuldprincipen kan inte härledas från någon av de nämnda bestraffningsideologierna. En annan sak är att det i vissa situationer kan vara brottspreventivt att ta hänsyn till förefintliga rättviseföreställningar.

Bestraffning av en person på sätt som innebär att hennes människovärde respekteras förutsätter däremot att skuldprincipen tillåts gälla. I annat fall behandlas personen inte som ansvarig för sina gärningar, utan som ett (farligt) djur eller som ett offer, som man till-

fogar obehag eller lidande enbart för att påverka andra (eller för att neutralisera dess farlighet).

En automatisk följd av att straff förutsätter att brott innefattar skuld är att bestraffningen av en otillåten gärning ger uttryck för klander. Att döma någon till straff är att säga, att den dömden har gjort något förkastligt eller felaktigt och att han eller hon har att ta ansvar för sin gärning. Om den dömden inte behandlas som någon som klandras, skulle skillnaden mellan bestraffning genom ekonomiska sanktioner och beskattning vara obegriplig. Det kan tilläggas att ett av domstol uttalat klander kan återföras på den emotionella reaktionen (för andras räkning känd) indignation, men inte på (i egen sak känd) vrede eller fientlighet.

Ett uttryck för klander kan stanna vid att vara ensidigt fördömande. Det riktar sig då visserligen till den dömden, men denne förväntas endast böja sig för maktsspråket. Men han eller hon behandlas som medmänniska endast om klandret framställs som ett tänkbart led i en kommunikation, en inbjudan till den dömden att vilja förstå varför han eller hon döms, att ta lärdom av det som hänt och inse både sitt ansvar och att han eller hon har handlat fel.

Det kan naturligtvis inte krävas att dömden faktiskt tar på sig sitt ansvar, osv. Det vore orealistiskt att se bestraffning som förfelad, om den dömden inte frivilligt påtar sig straffet som en försoningsåtgärd, en botgöring. Detta utesluter inte att man bör utgå från att den som undergått bestraffning har sonat ("betalt" för) brottet.

3 REPRESSIONSNIVÅ

Frågan om det finns någon absolut *proportionalitet* har av många besvarats jakande, dvs. man anser att proportionalitetsprincipen i sig ger (viss) vägledning i fråga om vilka straffnivåer som bör användas. Man kan därvid skilja mellan uppfattningar, som innebär att principen är bestämmande, och uppfattningar, som innebär att principen är begränsande.

Principen är bestämmande om det finns ett givet mått för vad som är ett rättvist straff. Ett sådant kan man finna i en gudomlig lagstiftning eller i en "naturlig" normordning. Talionsprincipen kunde ha en begränsad roll i ett primitivt samhälle, där skillnaden mellan straff och skadestånd inte hade utvecklats. Att brottslingen tillfogas samma lidande som offret åsamkats passar naturligtvis inte alls in i modern straffrätt, där majoriteten av brottstyper inte förutsätter att någon

skadas, och där ett brotts svårhet påverkas av graden av gärningspersonens skuld.

De flesta förespråkare för en absolut proportionalitet anser emellertid att principen är begränsande. En del nöjer sig med att konstatera att det i samhället finns värderingar som sätter gränser för vad som är acceptabelt. Konvention, vana, tradition blir därmed avgörande för vad som är rättvist, inte rationell argumentation. Absolut proportionalitet ses som kulturellt relativ. Förvisso är repressionsnivåer kulturellt relativa, och såtillvida konventionella, men jag kan inte förstå att det skulle vara rena proportionalitetsbedömningar som ligger bakom – vad som uppfattas som proportionellt beror på sådant som människosyn, föreställningar om preventionsbehov och religiösa ideologier.

Ser man närmare på mer nyanserade försök att finna en grund för absolut proportionalitet framgår att ingen förklaring kan hållas fri från andra typer av överväganden, såsom behov av försoning med andra i en social gemenskap, allmänpreventiva syften eller beaktande av humanitetens krav. Det finns de som hävdar att ett tillfogande av lidande är i sig nödvändigt (vid annat än bagatellbrott) för att ge ett uttryck av klander tillräckligt innehåll och tillräcklig trovärdighet. Om denna ståndpunkt frigörs från allt preventionstänkande, synes den endast innefatta en godtycklig stipulation att rent symboliskt klander inte kan uppfattas som "verkligt" klander.

Proportionalitetsprincipen kan således inte i sig ge någon ledning för vilka straffnivåer som bör användas vid olika brott.

Proportionell straffbestämning är en fråga om relativ, systemintern proportionalitet. Innebörden av en proportionell straffbestämning har en parallell i betygssättning vid skolor och universitet. Det finns inga givna hållpunkter för vilka som skall tilldelas det ena eller andra betyget. Men när man väl har bestämt sig för vad som är relevant och var gränserna mellan olika betyg skall ligga, måste alla som bedöms som lika också få samma betyg. Den omständigheten att man inte utan förmedling av ett system kan säga att en viss prestation är värd ett visst betyg hindrar inte, att det vore uppenbart orättvist att ge olika betyg för prestationer av likvärdig kvalitet eller samma betyg för prestationer av klart olika kvalitet. Likheten med ett proportionellt straffsystem går för övrigt djupare: när man skall förklara varför man bör ha ett betygssystem (med rättvisa betyg) har man ingen hjälp av rättviseargument, utan man måste hänvisa till att systemets existens har följder som värderas positivt.

Om repressionsnivån bestäms efter behovet av *allmänprevention*,

kan den variera för olika allmänt bestämda persongrupper (ostraffade, tidigare straffade, medborgare, utlänningar, män, kvinnor), men också för olika typer av brott, helt oberoende av brottets svårhet. En något paradoxal följd är att ett allmänpreventivt uppbyggt system kan innehålla incitament till att begå allvarliga brott i stället för mindre allvarliga brott, därför att man bedömer att det generellt behövs ett starkare straffhot för att motverka förövandet av de sistnämnda brotten. Det tas för givet att höjd repressionsnivå åtminstone kan ha preventiva verkningar. Så länge kriminalitetsnivån inte sjunker mycket påtagligt, anses det därför finnas skäl för ökad repression, i vart fall så länge man inte hamnar i konflikt med befolkningens rättviseföreställningar. Straffskalor borde inte finnas, eftersom de kan utgöra hinder för att straffpraxis läggs på en tillräckligt repressiv nivå.

Eftersom straffet skall bestämmas utifrån vad som anses behövas i det enskilda fallet för att förebygga nytt brott, blir repressionsnivån utifrån en *individualpreventiv* bestraffningsideologi en följd av de domar som råkar föllas. Någon politik i fråga om repressionsnivå kan inte föras. Straffskalor borde naturligtvis inte finnas.

Ett lands maktutövning genom bestraffning är väsentligen en fråga om tradition och ekonomi. Den kriminologiska forskningen ger inget belägg för att man enbart genom en hög repressionsnivå skulle kunna påtagligt påverka kriminalitetens omfattning. Vad man marginellt kan vinna kan uppnås billigare och humanare genom andra brottspreventiva åtgärder. Straffrättskipning, som framstår som förtryckande, motverkar dessutom uppenbarligen det ovan nämnda syftet att genom domen försöka kommunicera med den dömda. Om man vill få en brottsling att förstå att han eller hon har gjort fel och bör ta ansvar för det, kan man inte räkna med att brutalitet skall vara normativt övertygande. Att avtjäna ett mycket långt fängelsestraff är en dehumaniseringsprocess. Utan återhållsamhet i maktutövningen, grundad på medkänsla, kan samhällsklimatet bli outhärdligt. Renodlat preventiva system kan knappast konstrueras utan att de får starka inhumana drag.

Däremot är, som nämnts, proportionalitetssynpunkter neutrala i förhållande till repressionsnivån. Proportionell straffbestämning är därför förenlig med av humanitetsskäl genomförda sänkningar av repressionsnivån. (Man kunde börja med att avskaffa de kortaste fängelsestraffen och halvera dem i övrigt.) Allmänpreventionen kommer dock in i bilden genom att man inte kan tillåta att repressionsnivån blir så låg att systemet förlorar sin brottspreventiva verkan.

4 STRAFFORMER

Proportionalitet förutsätter jämförbarhet. Olika mått av straff eller typer av straff måste kunna rangordnas. Fängelse och böter lämpar sig särskilt för straffbestämning. Men det finns från proportionalitetssynpunkt inget principiellt hinder mot dödsstraff eller kropsstraff.

Allmän avskräckning kan väl tänkas förenlig med dödsstraff, kropsstraff och andra inhumana straffformer. *Allmän moralbildning* anses däremot kräva en viss försiktighet, så att maktutövningen inte kommer att uppfattas som illegitim. Någon principiell begränsning av straffformerna är dock inte påkallad, så länge inhumana straffformer reserveras för "lämpliga" personer.

Individualpreventivt vore det idealiskt att låta vilken åtgärd som helst, som kan förebygga återfall, utgöra straff (från dödsstraff till förtidspensionering). De traditionella påföljderna är alla användbara, men eftersom utvecklingsprocesser är svåra att förutse, bör från behandlingsideologisk synpunkt påföljderna vara tidsobestämda.

Utan respekt för de dömdas människovärde skulle bestraffningsformerna vara helt annorlunda än de nu är i våra länder. Den svenska Regeringsformen kap. 2 §§ 4, 5 och 7 innehåller absoluta förbud mot dödsstraff, kropsstraff, tortyr och landsförvisning. Förbuden har en bakgrund i våra folkrättsliga åtaganden. Besträffning, som kan betecknas som grym, omänsklig eller förnedrande, får inte förekomma. Många straffformer som kunde tänkas lämpliga i renodlade allmän- eller individualpreventiva perspektiv är uteslutna.

Vad som duger som straff skulle, vid sidan av indragning av tillstånd och andra rättigheter, utgöra brott mot enskild (Brottsbalken kap. 3–12), om åtgärden inte vore tillåten. Vad som finns tillgängligt sedan humanitetsskäl beaktats, och som utnyttjas, är förmögenhetsbrott och vissa delar av kap. 4 (frihetsinskränkningar och integritetskränkningar). Kap. 5 (ärekränkning) utnyttjas inte. Offentlig svartlistning av enskilda personer är kanske alltför mycket förknippad med totalitära regimer.

5 ALTERNATIV TILL FÄNGELSE

Från *proportionalitetssynpunkt* måste godtagbara former av kriminalvård i frihet innehålla variabler, som möjliggör åtminstone grova jämförelser med olika långa frihetsstraff. Man kan arbeta med varierande prøvotider och övervakningstider, olika stränga föreskrifter av

repressiv art, inklusive tvångsvård, och varierande mått av tilläggsstraff, såsom böter och obetalt arbete.

Allmänpreventivt har fängelse teoretiskt sett inget företräde framför någon annan straffform. Det avgörande är vilka allmänpreventiva verkningar användningen av en straffform tros ha.

Också från *individualpreventiv* synpunkt är det en empirisk fråga om fängelse är en bättre straffform. Historiskt har dock behandling starkt förknippats med (helst tidsobestämd) anstaltsvistelse, och behov av individuell avskräckning och inkapacitering kan väl förenas med användning av fängelse.

Problemet med fängelse på den nivå där alternativ är realistiska är inte att straffet i sig är inhumant. För socialt utslagna personer kan det till och med vara en förutsättning för en i någon mån återställd hälsa. Problemet är att straffet i allmänhet har långt vidare verkningar än att ta ifrån den dömda hans eller hennes frihet. Andra människor, främst familjemedlemmar, drabbas också. Vid frigivningen kan både arbetsliv och familjeliv vara förstört. Framtida normala sociala relationer sätts i fara, eftersom fängelse såsom samhällets mest fördömande sanktion har en stigmatiserande verkan: att man har suttit i fängelse glöms inte lätt bort, och man blir bemött därefter. För enskilda individer kan ofta även ett kort straff få mycket långtgående konsekvenser. Det är således angeläget att av medkänsla finna och använda (från proportionalitetssynpunkt trovärdiga) alternativ till fängelse, även om man bortser från att en fängelseplats kostar lika mycket som ett rum på ett lyxhotell.

6 STRAFFBESTÄMNINGSKRITERIER

Grundläggande för en *proportionell* straffbestämning är brottets svårhet, som är en funktion av brottets skadlighet eller farlighet och, om skuldprincipen respekteras, den skuld som den brottslige manifesterat i brottet. Inget hindrar att man anlägger ett vidare perspektiv, där även vad som i Sverige kallas billighetsskäl beaktas. Man kan då lägga vikt vid vad som hänt genom eller efter brottet. Sålunda kan man vid en proportionalitetsbedömning beakta andra sanktioner som ålagts, den brottsliges hälsa eller ålder och frivilliga insatser av den brottslige för att motverka eller undanröja skadeverkningar av brottet. Eftersom proportionell bestraffning bygger på en tillbakablickande bedömning, är det (numera) uteslutet att beakta faktorer såsom etnisk härstamning, kön, familjeförhållanden, arbetsförhållanden, missbruk, utbild-

ning och social bakgrund. Sådana omständigheter kan vara av betydelse för en bedömning av återfallsrisk, men inte för en moralisk bedömning.

En evig tvistefråga av stor praktisk betydelse är huruvida det förhållandet att en brottsling tidigare begått brott (och dömts därför) gör att han eller hon förtjänar strängare straff (för det nya brottet). I de flesta länder är återfall en mycket viktig faktor vid straffbestämningen. Det är emellertid genomgående oklart, i vilken mån man därvid lägger vikt vid gärningspersonens skuld, i vidaste mening, eller brottspreventiva hänsyn. Detta gäller även svensk rätt. Många av dem som anser att återfall bör påverka påföljden bygger mer eller mindre öppet på analogier med barnuppfostran, där det är vanligt att upprepade olydnad leder till (hot om) strängare behandling, t.ex. i form av innehållna förmåner. Men sådana analogier är förstås helt missvisande. Brottslingar kan inte uppfostras som om de vore barn, och domstolar och verkställighetsorgan är inte *in loco parentis*; byråkrati är väsensskild från utövandet av en föräldrafunktion. Den som inte ser ett återfall som relevant för måttet av gärningspersonens skuld kan peka på att om någon blir överfallen känns det inte värre därför att vederbörande har begått något annat brott, kanske för flera år sedan.

Synen på återfallens relevans för graden av skuld hänger samman med synen på varför ett brott är förkastligt. I ett brett historiskt perspektiv kan tre skilda brottsideologier urskiljas. Enligt den primitiva uppfattningen är brottet förkastligt därför att det består i visad olydnad mot en härskare eller gud. Enligt den kollektivistiska uppfattningen innebär brottet att vederbörande visat likgiltighet eller avståndstagande i förhållande till lagens auktoritet. Enligt den primitiva uppfattningen stör brottslingen härskarens "frid"; enligt den kollektivistiska uppfattningen störs "rättsfriden". Den tredje uppfattningen, som kan kallas den radikala, kännetecknas av att den förnekar att ett brott ger uttryck för en särskild attityd. Det som gör att det brott är förkastligt är detsamma som gör det motiverat att straffbelägga gärningen, dvs. dess skadlighet eller farlighet och brottslingens i gärningen manifesterade skuld.

Utifrån den primitiva uppfattningen är återfall relevant. Återfallet är ett symptom på en mer uttalad olydnad. Den kollektivistiska uppfattningen låter sig förena med argumentet att upprepade brottslighet innebär en mer uttalad likgiltighet inför de värden och intressen som rättsordningen skyddar och därmed också inför rättsordningen

såsom sådan. Återfall kan också tas som tecken på att det som först uppfattades som likgiltighet i verkligheten är ett avståndstagande och därmed något värre. Enligt den radikala uppfattningen är återfall i princip irrelevant. En gärning är inte skadligare eller farligare, därför att brottslingen tidigare har dömts för brott. Ibland kan det vid ett förstagångsbrott föreligga förminskad skuld på grund av rättsvillfarelse eller rättsokunnighet, som inte påverkar ansvarsfrågan. Men eftersom detta inte gäller generellt, kan man inte på den grunden finna ett återfallsbrott vara mer straffvärt.

Huruvida tidigare brottslighet bör beaktas i ett proportionalitetsperspektiv hänger således samman med vilken brottsideologi man ansluter sig till. Anser man inte att återfall innebär ökad skuld, strider det mot proportionalitetsprincipen att döma till strängare straff vid återfall, eftersom den brottslige då straffas på nytt för ett brott för vilket han eller hon redan straffats.

Från *allmänpreventiv* synpunkt är brottets svårhet irrelevant för straffbestämningen. Detsamma gäller den brottsliges personliga förhållanden och egenskaper, såvida inte dessa på ett allmänt plan kan korreleras med allmänpreventiva behov. Man kan exempelvis ge män högre straff än kvinnor. Att ge högre straff vid återfall torde vara en självklar åtgärd: den som begår brott på nytt har visat att han eller hon tillhör en kategori personer för vilka ett strängare straffhot är påkallat. S.k. billighetsskäl kan troligen beaktas utan några allmänpreventiva förluster. Som nämnts ovan är det svårt att veta vilken verkan bristande respekt för skuldprincipen kan ha. Det kan inte uteslutas att straff under strikt ansvar och bestraffning av små barn och psykiskt sjuka skulle ha allmänpreventiva effekter.

Vad som från *individualpreventiv* synpunkt bör påverka straffets innehåll är i mycket en öppen fråga. Eftersom det begångna brottet endast är en förutsättning för bestraffning, är brottets svårhet irrelevant. Det finns ingen anledning att respektera skuldprincipen; en person kan vara "farlig" även om hon handlar utan skuld. Återfall visar att tidigare bestraffning misslyckas i att förebygga återfall; något annat, i allmänhet mer ingripande, måste göras.

Om allmän- och individualpreventiva överväganden tillåts dominera straffbestämningen, blir det visserligen möjligt, förutsatt att skuldprincipen respekteras, att genom domen ge uttryck för klander och för att gärningen är förkastlig. Men det blir inte möjligt att ge uttryck för måttet av klander och graden av förkastlighet. Med tanke på det ovan angivna syftet att kommunicera med den dömda är detta

en brist. Det framstår också som en inkonsekvens mot bakgrunden av att man i straffbestämmelserna varierar straffskalorna för att i grova drag ange hur förkastligt det är att begå brottet ifråga. Det finns således goda skäl (kravet på respekt) för att göra proportionalitet till straffbestämningens grundläggande ideologi. En följd härav är bl.a. att graden av ansvarsförmåga blir relevant, dvs. i vart fall en del unga eller psykiskt störda lagöverträdare möts med mildare straff.

Talesättet "En gång är ingen gång" ger en antydning om att det är naturligt för människor att brista i självdisciplin, att ge efter inför frestelser, och att vi dömer människor mindre hårt för enstaka försummelser, om man kan räkna med att vederbörande tar lärdom för framtiden och, som det så vackert heter numera, "skärper sig". Människor är inga änglar, utan svaga varelser. Vill vi vara humana, kan vi inte bortse från detta, utan bör visa tolerans. Även i straffsystemet bör det finnas utrymme för att ge lagöverträdare "en chans till", att låta dem visa att det som hände var en tillfällighet. Synsättet ligger i linje med en önskan att låta domen vara ett led i moralisk argumentation och kommunikation; man håller öppet för att kommunikationen skall fungera och att den brottslige inser sitt ansvar. Tankegången är inte individualpreventiv, utan etisk: man visar respekt för individens förmåga att komma till moralisk insikt om vikten av att exempelvis inte skada eller kränka andra.

Om vi överför resonemanget till en argumentation om hur återfall bör bedömas, innebär det att förstagångsbrottslingen bör behandlas något mildare än den som upprepade gånger begått brott. En mildare bedömning kan kanske rimlig även andra och ibland även till och med tredje gången, men tålmodet och därmed toleransen har sina gränser. När det visar sig, att man överskattar den tilltalades vilja och/eller förmåga att utöva sin självdisciplin, saknas förutsättningar för en mildare bedömning. Det är viktigt att ha klart för sig, att den enda följden av att toleransargumentet spelat ut sin roll är att man slutar att döma till mildare straff. Det är inte fråga om att bemöta nya återfall med ständigt strängare straff.

Toleransargumentet är principiellt. Det är inte fråga om att vara "snäll", därför att man tycker synd om den tilltalade. Dess relevans är också begränsad. Att visa tolerans mot förstagångsbrottslingar är ingen primär straffrättslig angelägenhet. Läger man stor vikt vid saken riskerar man en konflikt med proportionalitetstänkandet.

7 FLERFALDIG BROTTSLIGHET

Proportionalitetsprincipen kräver att varje enskilt brott påverkar straffbestämningen. Däremot krävs inte kumulation, dvs. att man lägger samman vad som skulle ha ådömts för varje brott för sig. Det är tillräckligt att brottskombinationer kan jämföras och rangordnas; detta följer av att tanken om absolut proportionalitet inte är hållbar.

I fråga om behov av *allmänprevention* får antas att mängden av brott måste återspeglas i straffets stränghet.

I *individualpreventiv* hänseende finns ingen anledning att ha särskilda regler för dessa fall. Vad som behövs för att förhindra återfall av en viss individ har inget direkt samband med brottslighetens omfattning.

Om man inte behandlar ett brott, som bestraffas tillsammans med andra brott, annorlunda än när det bedöms för sig, skulle man få till resultat t.ex. att en person, som gjort sig skyldig till en serie stölder, döms till strängare straff än den som begått mord. Möjligen talar redan proportionalitetsskäl mot detta. I vart fall måste man av humanitetsskäl (medkänsla) finna att efter ett visst antal bör ytterligare brott inte påverka straffets stränghet. Detta gäller även vid serier av mycket allvarliga brott.

8 UNGA LAGÖVERTRÄDARE

Kombinationen av krav på *proportionalitet* och krav på skuld föranleder att omyndiga personers förutsättningar att leva upp till samhällets krav beaktas. Bristande mognad, erfarenhet och kontrollförmåga påverkar skuldbedömningen. Under en viss ålder är presumptionen mot lämpligheten av att tillgripa offentligt klander så stark, att man av praktiska skäl bör föreskriva att vederbörande saknar ansvarsförmåga i straffrättsligt hänseende. Unga lagöverträdare är också mer straffkänsliga än vuxna, bland annat därför att deras tidsperspektiv är präglad av ungdomlig otålighet.

Om unga lagöverträdare är särskilt svåra att påverka, så kan man från *allmänpreventiv* synpunkt argumentera för en strängare straffnivå. Men om de ses som mycket svåra att påverka, och man kan utgå från att vuxna lagöverträdare inte identifierar sig med dem, så har det liten betydelse hur de behandlas. Omvänt kan man argumentera för en lindrigare straffnivå, om man tror att unga är lättare att påverka.

Vad som i det enskilda fallet är *individualpreventivt* lämpligast för att förhindra att en ung person begår brott på nytt behöver inte ha att göra med personens grad av mognad. Tillämpningsområdet för rena uppfostringsåtgärder torde dock böra begränsas till att avse unga lagöverträdare.

Unga lagöverträdare bör särbehandlas inte bara därför att man måste ställa lägre krav på dem på grund av deras utvecklade ansvarsförmåga och större straffkänslighet. Större tolerans än mot vuxna är påkallad, därför att de befinner sig i ett utvecklingsskede där en frigörelse från uppfostrare skall ske, och där gränser skall prövas och erfarenheter vinnas. Detta är förbundet med risker för att dumheter begås. Sådana risker måste i viss mån accepteras. Friheten att göra dumheter är en förutsättning för en utveckling mot självständighet, självrespekt och ansvarskänsla. Ingripande straffrättsliga reaktioner kan få negativa verkningar för livet.

9 PSYKISKT STÖRDA LAGÖVERTRÄDARE

För denna grupp är i stor utsträckning samma typ av överväganden att göra som beträffande unga lagöverträdare. Skuldprincipen och humanitetstanken får genomslag åtminstone på det sättet att allvarligt psykiskt störda lagöverträdare måste anses sakna ansvarsförmåga. I ett *allmänpreventivt* perspektiv är det kanske lättare att komma till slutsatsen, att vad man gör nog inte har någon nämnvärd betydelse. Vad som *individualpreventivt* är erforderligt för att förhindra att personen återfaller i brott kan naturligtvis ofta bestå i någon form av psykiatrisk behandling.

10 VILLKORLIG FRIGIVNING

Det *proportionalitetsmässigt* konsekventa är att inte tillåta villkorlig frigivning från fängelse. Ytligt sett strider obligatorisk villkorlig frigivning inte mot proportionalitetsprincipen, men undanröjande av villkorligt medgiven frihet vid nytt brott föranleder samma sorts problem som strängare bestraffning vid återfall.

Det torde vara svårt att motivera villkorlig frigivning på *allmänpreventiva* grunder, men från *individualpreventiv* synpunkt finns det inget hinder mot att använda villkorlig frigivning, förutsatt att den inte är obligatorisk.

Humanitetstanken (medkänsla) kan aktualiseras när villkorlig frigivning av politiska skäl är enda utvägen för att åstadkomma en önskvärd förkortning av tiden för frihetsberövande.

11 VERKSTÄLLIGHET AV FÄNGELSE

Stora variationer i verkställigheten av formellt likartade straff kan göra *proportionalitet* till ett tomt ord. Jämförbar repressivitet förutsätter emellertid inte att straffets obehag eller lidande blir det allt annat överskuggande. Proportionalitetsprincipen kränks exempelvis inte, när man försöker göra "det bästa" av en fängelsevistelse, t.ex. genom påverkansprogram och studier.

För *allmänpreventionens* del gäller att verkställigheten inte får utformas så att trovärdigheten av det ådömda straffets stränghet undergrävs. Det går att argumentera för att verkställigheten skall utformas så strängt som är möjligt utan att kontraproduktiva verkningar uppkommer, såsom "krigstillstånd" på anstalter och allmän sympati för fångar.

Individualpreventivt är det uppenbart att det synsätt som avgör straffbestämningen följdriktigt också bör genomsyra verkställigheten: variation i enlighet med vad som befinns lämpligt för att förebygga individuellt återfall.

Från humanitetssynpunkt (respekt) framstår det som viktigt att förebygga att bestraffningen blir något annat än den är tänkt att vara. Straffet skall bestå i förlorad frihet, inte också i en möjlighet att inom anstaltens murar trakassera och förnedra den dömda. En viss kategorisering av intagna torde vara oundviklig. Särskilda regimer är motiverade för bl.a. särskilt unga lagöverträdare, påtagligt psykiskt störda lagöverträdare och kvinnliga lagöverträdare. Någon form av säkerhetsklassificering kan knappast undvikas.

12 AVSLUTNING

Jag hoppas att den med något varierande utförlighet gjorda, mycket översiktliga genomgången av tio aspekter av ett bestraffningssystem visar att idéerna om proportionalitet, allmänprevention och individualprevention är långtifrån tillräckliga för att förklara hur våra system ser ut eller hur de bör se ut. Att låta dessa idéer få fritt spelrum, under inbördes tävlan, skulle säkerligen leda till förtryckande maktutövning, brutalisering av samhällslivet och ökat mänskligt lidande.

En tolerabel maktutövning måste utövas inom ramar som dikteras av respekt för varje individs människovärde. Det kan noteras att det främst är preventionsidéer som kan ge upphov till en konflikt med tillbörlig respekt, medkänsla och tolerans. Proportionalitetssidén är i stor utsträckning förenlig med humanitetstanken, vilket naturligtvis beror på att den i väsentliga hänseenden går ut på att begränsa statens straffanspråk.

En sista fråga som här skall ställas är om man bör visa särskild tolerans mot socialt handikappade brottslingar. Det hävdas ibland att rättvis bestraffning är omöjlig i ett orättvist samhälle, och att de som råkar födas till sämre förhållanden redan har lidit extra därav. Om de begår brott, bör de därför straffas mildare än de som getts bättre förutsättningar att föra ett laglydigt liv. Ur ett *proportionalitetsperspektiv* kan sägas, att socialt handikapp undantagsvis kan påverka ansvarsförmågan och därmed också det från skuldsynpunkt indicerade straffet. Däremot leder *allmän-* eller *individualpreventiva* överväganden normalt till att den som är socialt handikappad behandlas strängare, därför att han eller hon tillhör en grupp personer som är svårare att påverka än de flesta andra. För egen del har jag svårt att se att man genom straffrätten skall kunna kompensera strukturella brister i samhället: en orättvisa tar inte ut en annan.

Straffbestämning vid flerfaldig brottslighet

Svensk Juristtidning 1999 s. 264–280.

1 BAKGRUND

I de flesta länder medför återfall (inom viss tid) att den dömda får ett strängare straff, antingen därför att förstagångsbrottslingar bedöms mildare eller därför att återfall ses som en försvårande omständighet. I de flesta länder medför flerfaldig brottslighet, för vilken påföljd bestäms vid ett tillfälle, att det utdömda straffet blir mildare än summan av de straff som skulle ha utdömts om brotten i fråga hade begåtts av olika personer. Uttrycket ”rabatt vid flerfaldig brottslighet” används här som beteckning för sådan straffreduktion. (Mot ordvalet kan invändas att en rabatt innebär en avvikelse från det ”rätta” priset, och att en kumulation av straffen för de enskilda brotten inte kan förutsättas vara det ”rätta” straffet. Jag har valt att ändå tala om rabatter eftersom en kumulation ofrånkomligen blir utgångspunkten för varje diskussion av straffmätning vid flerfaldig brottslighet.)

För den som återfaller ”kostar” således det andra brottet mer än det första, medan det omvända gäller för den flerfaldige brottslingen: det andra brottet ”kostar” mindre än det första. En rationell förkla-

ring till denna skillnad kan man kanske finna i en individualpreventiv teoribildning. Vid övervägande av vad som "behövs" för att avhålla någon från upprepad brottslighet är vederbörandes reaktion på en tidigare ådömd påföljd en viktig omständighet. Däremot finns det inget omedelbart samband mellan den brottsliges personlighet och det antal brott som är föremål för bedömning. Skillnaden kan kanske också förklaras utifrån ett allmänpreventivt perspektiv, där man utgår från att ett brott ger uttryck för en attityd av olydnad eller fientlighet gentemot samhället. De som inte tar varning av att ha dömts eller straffats kan då ses som en kategori av brottslingar som måste behandlas strängare än andra. De flesta som lägger vikt vid allmänpreventiva tankegångar torde dock ställa sig avvisande till rabatter, därför att de innefattar någon sorts uppmaning att begå många brott; när man en viss volym kostar det i praktiken ingenting att begå fler brott. För egen del är jag inte övertygad om att straffhot fungerar på det sätt som argumentet förutsätter, men jag skall inte gå in på den saken. Frågan är komplicerad, och min avsikt är inte alls att närmare försöka utreda hur rabatter kan motiveras preventionsteoretiskt.

Sedan 1989 gäller i Sverige att straff skall, som det heter i BrB 29:1, "bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde". Vad gäller "den samlade brottslighetens" straffvärde vid bedömning av flerfaldig brottslighet finns emellertid i förarbeten,¹ rättspraxis och doktrin inte mycket att hämta. Bakgrunden till en bedömning ges av BrB 25:5–6, 26:2 och 30:3 som föreskriver om användning av gemensamt straff vid flerfaldig brottslighet, och som indirekt ger stöd för rabatt. (Se även BrB 34:3 st. 2 och RB 20:7 st. 1 p. 3.) I propositionen avvisar departementschefen en enkel sammanläggning av de enskilda brottens straffvärde.

Vilken betydelse en viss gärning har för den samlade brottslighetens straffvärde beror självfallet på hur den övriga brottsligheten är beskaffad. ... I allt väsentligt anser jag att nuvarande praxis bör kunna tjäna till vägledning även fortsättningsvis. Det är emellertid samtidigt angeläget att regelsystemet tillämpas på ett sådant sätt att det såväl för dömda som för allmänheten tydligt framgår att straffvärdet klart påverkas av att det är fråga om flera brott.²

¹ SOU 1986:14 s. 84–86 och 124, Prop. 1987/88:120 s. 65–67, 73 och 79.

² Prop. 1987/88:120 s. 65.

Det viktigaste uttalandet i propositionen är detta: ”Normalt bör man liksom för närvarande kunna hålla sig inom de vanliga straffskalorna”³ (dvs. straffskalan för det svåraste av de brott som är under bedömning). Av intresse i sammanhanget är att svenska domstolar inte behöver tala om hur många brott som den dömda har begått.

I brottsbalkskommentaren ger Dag Victor följande exempel:

Har någon exempelvis gjort sig skyldig till två fall av misshandel eller ett fall av misshandel och ett fall av stöld där vart och ett av brotten i sig skulle förskylla en månads fängelse torde det inte vara ovanligt att straffet bestäms till två månaders fängelse. Är det däremot fråga om misshandels- och stöldbrott som i sig förskyller exempelvis ett års fängelse är det normalt uteslutet att straffet fördubblas, utan höjningen inskränker sig till kanske ett par månader.⁴

Min avsikt med denna artikel är inte att behandla frågan hur en bedömning av straffvärdet bör ske i konkreta fall. Inriktningen är helt och hållet principiell: avsikten är främst att försöka utröna om rabattfenomenet går att förklara utifrån ett straffvärdetänkande. Jag kommer därvid att bortse från den inledningsvis uppmärksammade, nästan paradoxalt olikartade behandlingen av återfall och flerfaldig brottslighet. Återfall är ett kontroversiellt ämne, också bland straffrättsteoretiker. Det finns ingen enighet om hur återfall bör bedömas från moralisk synpunkt. Men det finns i alla fall en rikhaltig litteratur i ämnet. Frågor om rabatt har däremot nästan inte alls diskuterats. Ett skäl för detta kan vara att man misstänkt att ökad uppmärksamhet rörande straffvärdet hos flerfaldig brottslighet kan leda till strängare straff.

2 FLERFALDIG BROTTSLIGHET

Det finns anledning att inledningsvis erinra om att distinktionen mellan ett och flera brott är allt annat än klar. Läran om brottslighetskonkurrens är nog den mest invecklade av alla straffrättsliga läror – förutsatt att konkurrensfrågor är av rättslig betydelse. Så är inte fallet i alla länder. Huruvida konkurrensfrågor är viktiga beror på en rad saker. Såsom redan antytts är de viktigare om påföljdsbestämningen

³ Prop. 1987/88:120 s. 73.

⁴ Victor i Kommentar till Brottsbalken s. 200. Se i övrigt beträffande straffmätning vid flerfaldig brottslighet s. 44–48, 61–63, 199–201, 208–210 och 234–235. För en historisk översikt, se Löfmarck s. 25–28.

baseras på brottslighetens straffvärde än om den baseras på behovet av allmänprevention eller individualprevention. De är mycket viktiga om åklagaren är skyldig att åtala all bevisbar brottslighet, och de är oviktiga om åklagaren är fri att själv välja vilka brott som skall ingå i åtalet. De är mycket viktiga i ett land, där den tilltalade inte råder över processföremålet och där detta inte är förhandlingsbart, än i ett land där brottmålsprocessen bygger på institut som "guilty plea" och "plea bargaining". De är viktigare i ett land, där åklagaren binder domstolen genom att lägga fram en gärningsbeskrivning, än i ett land där åklagaren binder domstolen genom ett påstående att ett visst brott har begåtts. De är exempelvis mycket viktigare i Sverige än i ett common law-land.

Oberoende av om läran om brottslighetskonkurrens är av stor eller liten betydelse, är det oundvikligt för ett modernt straffrättssystem att göra vissa distinktioner.⁵ Här skall endast de viktigaste nämnas.

(1) *Regelkonkurrens*. En första konkurrensfråga gäller konkurrens på en abstrakt nivå: konkurrens mellan olika straffbestämmelsers tillämpningsområden. Denna konkurrens är begreppslig, och det är den enda som i praktiken kan regleras lagstiftningsvägen, genom s.k. subsidiaritetsklausuler.

Om en bestämmelses tillämpningsområde helt ligger inom tillämpningsområdet för en annan bestämmelse (subordination), är konkurrensen normalt avsiktlig. Ofta är fråga om privilegiering (t.ex. dråp i förhållande till mord) eller kvalificering (t.ex. grov stöld i förhållande till stöld). Om två bestämmelsers tillämpningsområden lappar över varandra (interferens), kan det vara mycket svårt att avgöra om endast en straffbestämmelse eller om båda straffbestämmelserna skall tillämpas. Ibland är det också svårt att upptäcka att det finns en överlappning. Stöld (snatteri) i form av konsumtion av matvaror i en butik uppfyller också rekvisiten för skadegörelse (åverkan).

(2) *Brottsenhet*. På gärningskonkurrensnivån är det oundvikligt att ta ställning till frågan vilka kriterier som skall vara avgörande för huruvida ett eller mer än ett brott har förövats enligt en viss straffbestämmelse. Teoretiskt sett skulle det ofta vara möjligt att tillvita en gärningsman många brott i fall, där vi finner det vara "naturligt" att

⁵ I det svenska straffrättssystemet krävs fler distinktioner. Se närmare Jareborg s. 158-239.

säga att endast ett brott har begåtts. Men handlingar har inga naturliga gränser, och det skulle t.ex. vara möjligt att tillämpa misshandelspragrafen ett flertal gånger när en misshandel består i en serie sparkar och slag.

Antalsräkning av brott bygger alltid på normativa ställningstaganden. De kriterier som vanligen används har att göra med antalet offer eller personer som annars berörs, rums-tidsligt sammanhang (tillfällets enhet) vad gäller plats, verksamhet eller orsakat tillstånd, eller antalet distinkta brottsobjekt, inklusive brottsprodukter. Valet av relevanta kriterier är naturligtvis huvudsakligen föranlett av tradition och pragmatiska överväganden, och det kan inte förväntas bli det samma i olika länder. Dessutom är reglerna i stor utsträckning okända av dem som räknar brott, och polisen använder kanske helt andra kriterier än domstolarna. All statistik rörande anmäld brottslighet måste betraktas med stor skepsis. De flesta internationella jämförelser är helt meningslösa. Ett slående exempel från svensk rätt är att antalet förövade förörlämpningar bestäms av antalet personer som nås av förörlämpningen. Detta innebär att några sekunders yttrande riktat till några miljoner TV-tittare resulterar i lika många miljoner brott.

(3) *Medbesträffade gärningar*. Även om det är helt klart att gärningsmannen har begått mer än ett brott, kan det vara lika klart att han inte skall dömas för mer än ett brott. Vi har då att göra med vad som numera brukar kallas medbesträffade för-, sido- och efterhandlingar. Ett enkelt och vanligt exempel är att den som gjort sig skyldig till stöld inte också skall straffas för efterföljande olovligt förfogande eller häleri.

Är det verkligen nödvändigt att göra den implicita distinktionen mellan att en konsumerad gärning inte utgör ett brott (såsom när en straffbestämmelse har företräde framför en annan) och att en konsumerad gärning utgör ett brott som är "medbesträffat"? Distinktionen är oundviklig om man vill förebygga att regler om medverkansansvar, förverkande eller liknande rättsverkan, frånvaro av preskription, eller särskilda regler om åtal, sätts ur spel om den normalt konsumerade gärningen inte anses utgöra ett brott.

Ett syfte med denna elementära översikt har varit att varna för oreflekterade slutsatser av innebörd att flerfaldig brottslighet i sig är något som bör föranleda strängare straff. Man måste ta reda på vad som ligger bakom den rättsliga klassificeringen. En moralisk bedömning av en gärningsmans brottslighet behöver inte ha något alls att

göra med hur många brott som han anses ha begått, eller med det antal åtalpunkter som åklagaren har valt att uppställa.⁶

Ett annat syfte har varit att ge en viss bakgrund till bruket av en distinktion mellan olika typer av brottslighetskonkurrens varvid den avgörande frågan är huruvida brotten har begåtts genom "samma" gärning. Jag återkommer till denna fråga i nästa avsnitt.

3 PRINCIPER OCH MODELLER

De modeller som i lagstiftning används för att reglera straffmätning vid flerfaldig brottslighet återspeglar tre principer: *kumulationsprincipen*, *absorptionsprincipen* och *aspirationsprincipen*. Vad som menas med "kumulation" och "absorption" kräver väl ingen förklaring. Med "aspiration" avses "kuperad" kumulation, dvs. en kombination av begränsad kumulation och begränsad absorption.

Principerna kan ges tillämpning på två olika plan. De kan för det första avse *straffskalornas utformning*. Kumulation innebär då att tillgängligt straffmaximum är lika med summan av straffmaxima för alla förövade brott. Absorption innebär att tillgängligt straffmaximum är identiskt med straffmaximum för det svåraste av brotten. Och aspiration innebär ett mellanting. BrB 26:2 ger oss ett exempel på aspiration:

Fängelse får användas såsom gemensamt straff för flera brott, om fängelse kan följa på något av brotten.

Fängelse på viss tid får sättas över det svåraste av de högsta straff som kan följa på något av brotten men får inte överstiga de högsta straffen sammanlagda med varandra. Det får inte heller överstiga det svåraste straffet med mer än

1. ett år, om det svåraste straffet är kortare än fängelse i fyra år,
 2. två år, om det svåraste straffet är fängelse i fyra år eller längre men inte uppgår till fängelse i åtta år.
 3. fyra år, om det svåraste straffet är fängelse i åtta år eller längre.
- Vid tillämpningen av andra stycket skall bötesstraff anses motsvara fängelse fjorton dagar.

Det svåraste av de lägsta straffen får inte underskridas.

Motsvarande regler avseende böter som gemensamt straff finns i BrB 25:6.⁷

⁶ Samma uppfattning möter vi hos Ashworth s. 204.

⁷ Beträffande förarbeten till de nämnda lagrummen, se hänvisningar i not 1 och not 4.

Principerna kan för det andra gälla den *konkreta straffmätningen*. Kumulation innebär då vad som i common law-länder kallas "consecutive sentences", dvs. straff utmätts för vart och ett av de begångna brotten, och dessa straff läggs ihop och avtjänas således efter varandra. Absorption innebär på motsvarande sätt vad som i dessa länder kallas "concurrent sentences": de individuellt utmätta straffen avtjänas samtidigt. Asperation innebär även här ett mellanting. I tysk rätt talas då om "Gesamtstrafe". I det följande används termen *kollektivt straff*.⁸

I alla tre fallen är straffet aggregerat, dvs. domstolen måste först utföra en straffmätning för varje styrkt brott. Såsom framgår av BrB 26:2 st. 1 används inte aggregerade straff i svensk rätt. Liksom i finsk⁹ och österrikisk¹⁰ rätt används konstruktionen *gemensamt straff*. Motsvarande tyska term är "Einheitsstrafe". Domstolen gör ingen straffmätning i två etapper utan går direkt till en straffmätning för brottsligheten såsom en helhet inom de ramar som lagstiftningen föreskriver. För svensk rätts del är ju som nämnts asperationsprincipen lagfäst på straffskalenivån, och den gör sig därmed indirekt gällande på straffmättningsnivån. Någon nämnvärd ledning för domstolarna ges dock inte.

I slutet av föregående avsnitt nämndes att man i många länder skiljer mellan två typer av brottskonkurrens. Om brotten har begåtts genom "samma" gärning (*idealkonkurrens*), är man benägen att tillämpa absorptionsprincipen, åtminstone på straffskalenivån. I andra fall (*realkonkurrens*) dominerar de två andra principerna, även om ibland en tredje kategori utnyttjas, nämligen s.k. *fortsatt brott*, vid vilken absorptionsprincipen i regel ges tillämpning.

Sålunda föreskriver den tyska strafflagen § 52 att endast ett straff skall ådömas, när gärningsmannen har överträtt mer än en straffbestämmelse, eller samma straffbestämmelse mer än en gång, genom samma gärning. Straffskalan konstitueras av högsta tillgängliga maximum och högsta tillgängliga minimum. Vid realkonkurrens skall däremot enligt § 53 ett kollektivt straff ådömas.

⁸ The Canadian Sentencing Commission använder termen "total sentence" i Sentencing Reform; se s. 217–227, där kommissionen rekommenderar att man ersätter consecutive och concurrent sentences med total sentences.

⁹ Finska strafflagen kap. 7 i lydelse som trätt i kraft 1992.

¹⁰ I österrikiska strafflagen § 33 nämns flerfaldig brottslighet som en särskild straffskärpningsgrund.

Närmare föreskrifter om bestämmande av det kollektiva straffet ges i § 54. Om livstids fängelse ådömts för något av brotten, gäller detta straff som kollektivt straff. I andra fall skall det ske en höjning av det strängaste individuella straffet (eller den strängaste straffarten, om flera typer av straff har ådömts). Avgörande är härvid en helhetsbedömning av gärningsmannens person och de begångna brotten. Det kollektiva straffet måste sättas lägre än summan av de individuella straffen. För fängelse gäller vidare ett maximum på 15 år, och för böter ett maximum på 720 dagsböter. Vid ett kollektivt straff som bygger på både fängelsestraff och bötesstraff skall en dagsbot anses motsvara en dags fängelse.

Ett skäl för att göra en distinktion mellan idealkonkurrens och realkonkurrens är att det, som nämnts i föregående avsnitt, i stor utsträckning är en fråga om slump, tradition eller okunnighet om ett visst beteende anses innefatta ett eller mer än ett brott, och att detta främst är fallet när det finns något samband vad gäller tid, plats, planering, osv. mellan bedömda gärningar. Ett skäl mot att göra distinktionen är att det i praktiken är mycket svårt att på ett tillfredsställande sätt hantera begrepp såsom "samma gärning" och "fortsatt brott". Att utnyttja sådana begrepp i konkurrensläran är närmast en inbjudan till oändlig argumentation, och domstolarnas reaktion blir ofta en formalism som avleder den uppmärksamhet som borde reserveras för sakliga skillnader. Sådana erfarenheter föranledde att man i Sverige övergav distinktionen för sextio år sedan.¹¹ I Finland har man nyligen gjort detsamma.¹²

För återstoden av denna artikel kommer jag helt enkelt att bortse från existensen av fall av idealkonkurrens. De innefattar en särskild form av rabatt för vilken jag saknar sympati,¹³ och som nyss nämnts är de inte av intresse för svensk rätts del. Framställningens huvudsyfte är ju att utreda om rabatter kan vara förenliga med ett straffvärdetänkande, och i klarhetens namn kan diskussionen med fördel begränsas

¹¹ Se SOU 1937:24 och Prop. 1938:191. Distinktionen mellan idealkonkurrens och realkonkurrens utnyttjas fortfarande i BrB 35:1 st. 2 (angående preskription) och i RB 20:4 st. 1 (angående allmänt åtal). För kritik, se Jareborg s. 162–164.

¹² Se not 9.

¹³ Ashworth (s. 205) kommenterar: "It is very difficult to construct a workable definition of a 'single' transaction, especially since it seems to be little more than a pragmatic device for limiting overall sentences than a reflection of a sharp category distinction. Indeed, the Court of Appeal has taken advantage of the fuzziness to extend the principle considerably beyond what might be expected."

till uppenbara fall av realkonkurrens, såsom när tio inbrottsstölder förövas den tionde dagen i tio olika månader i tio olika städer.

Jag kommer i fortsättningen också att bortse från lösningar som bygger på kumulationsprincipen. De har huvudsakligen använts i USA; förvånade tidningsläsare i andra länder har kunnat läsa om hur brottslingar dömts till flera hundra års fängelse.

I dagens engelska straffrätt dominerar liksom i många andra rättsordningar, som bygger på common law, ett rabattänkande, dvs. asperationsprincipen är accepterad. Man talar där om *totalitetsprincipen*. Enligt Lawton, L. J., måste domstolen

look at the totality of the criminal behaviour and ask itself what is the appropriate sentence for all the offences ... the court must not content itself by doing the arithmetic and passing the sentence which the arithmetic produces.¹⁴

Vissa tecken tyder också på att man ibland närmast utgår från modellen gemensamt straff i stället för modellen kollektivt straff, dvs. de enskilda straffen för de brott som domen omfattar bestäms först sedan man har fastställt det totala straffet.¹⁵ Det finns en hel del nationella olikheter bland common law-länderna, men generellt kan man med Austin Lovegroves ord säga, att

the effect of the totality principle is that the effective sentence imposed for a case is normally less, sometimes very much less, than the sum of the sentences appropriate to the individual comprising counts. In this sense the totality principle is properly regarded as limiting, but it is also determining, since it enjoins the sentencer to impose, within some ill-defined limit, an effective sentence in accordance with overall seriousness.¹⁶

4 TYSK RÄTTSPRAXIS

Såsom nämnts i föregående avsnitt föreskriver tysk rätt att rabatt skall ges, men lagstiftningen ger ingen annan ledning än att vissa ramar uppställs. Tack vare en förnämlig straffmätningsstudie av Hans-Jörg Albrecht har vi emellertid numera en viss kunskap om hur domstolarna tillämpar lagen.¹⁷

¹⁴ I det orefererade rättsfallet Barton (1972), citerat av Thomas s. 56–57.

¹⁵ Totalitetsprincipen diskuteras av Ashworth s. 209–214. Den analyserades ursprungligen av Thomas (se s. 54–59).

¹⁶ Lovegrove (opublicerad artikel).

¹⁷ Forskningsresultaten rörande straffmätning vid flerfaldig brottslighet presenteras i Albrecht s. 387–398.

Albrechts empiriska forskning rörande rabatter gäller fall av upprepade inbrottsstöld, våldtäkter och rån. Rabatterna är små när summan av de enskilda straffen understiger ett år: i medeltal utgör det kollektiva straffet 78 procent av summan av de enskilda straffen. För nästan varje ettårsintervall minskar sedan procenttalen: (två år) 73 procent, (tre år) 69 procent, (fyra år) 58 procent, (fem år) 56 procent, (sex år) 47 procent, (sju år) 38 procent, (åtta år) 45 procent, (nio år) 31 procent. Vid sammanlagda strafflängder på mer än nio år ligger procenttalen mellan 30 och 20. En inbrottsstöld "kostar" i medeltal 7,9 månader, tre inbrottsstöld 15,6 månader (97 procents tillägg för två nya brott), fem inbrottsstöld 22,9 månader (47 procents tillägg), sju inbrottsstöld 24,6 månader (7 procents tillägg) och nio inbrottsstöld 26 månader (6 procents tillägg för två nya brott).

Av analysen framgår att man skulle kunna uppställa en riktlinje av innehåll att det kollektiva straffet bör ligga ungefär mitt emellan straffet för det svåraste av de enskilda brotten och summan av straffen för de enskilda brotten. Det framgår också att den övre gränsen för den del av straffskalan för det svåraste brottet som används i praktiken (alltså inte straffskalans maximum) har en styrande effekt. Detta stämmer egendomligt väl överens med den praxis som utvecklats av den engelska Court of Appeal.

Det kanske mest intressanta resultatet av Albrechts analys är att de enskilda straffens stränghet och rabattens storlek förklaras av samma faktorer. Dessa faktorer är paradoxalt nog de faktorer som konstituerar straffvärdet, dvs. gärningens skadlighet eller farlighet och gärningsmannens skuld. Även om den tyska strafflagens § 46 skulle kunna tolkas annorlunda, så att preventiva överväganden ges större utrymme, så är proportionalitetstänkandet i stort sett avgörande vid straffmätningen rörande ett enskilt brott. När sedan det kollektiva straffet bestäms, verkar det som om man vänder upp och ner på idén om straffvärde: ju allvarigare den sammanlagda brottsligheten är (dvs. ju större skadlighet/farlighet och ju mer skuld), desto större är rabatten.

Kan en sådan straffmättningsverklighet, som jag tror är också andra länders verklighet, integreras med proportionalitetstänkandet?

5 TYSK DOKTRIN

I tysk doktrin möter man fem olika försök till förklaring av fenomenet rabatt. En förklaring går ut på att det kollektiva straffet egentligen är ett gemensamt straff, dvs. straffmätningen för de enskilda brotten görs i efterhand (därför att lagen kräver att individuell straffmätning skall ske). En annan förklaring är att de enskilda straffen och det kollektiva straffet bestäms utifrån olika typer av faktorer. Albrechts forskning har visat att båda dessa förklaringar är empiriskt felaktiga, och de har också blivit kraftigt kritiserade på teoretiska grunder.¹⁸

En tredje förklaring är att upprepning av brottslighet innebär minskad skuld: eftersom brottslingen vänjer sig vid att begå brott, blir det allt lättare för honom att begå brott. Joachim Bohnert förkastar denna förklaring under påståendet att den skulle innebära att lagstiftningen är motsägelsefull och att den är förbunden med olösliga processuella problem.¹⁹ Den verkar i vart fall vara avhängig av den egendomliga tanken att varje gärningsman har tillgång till ett visst skuldkvantum som kan förbrukas efter hand.

Den officiella tyska förklaringen är att *bestraffningens intensitet ökar med fängelsetidens längd*. Detta är den förklaring som ges i lagförarbetena, som upprepade gånger har framförts av Bundesgerichtshof och som man normalt möter i handböcker och läroböcker. Följaktligen skulle rättvisan kräva att fängelseklockan går fortare under avtjänandet av straffet för det andra brottet, ännu fortare under avtjänandet av straffet för det tredje brottet, osv.

En första invändning mot en sådan förklaring är förstås att den saknar empirisk grund. Det är helt enkelt inte sant, att man generellt upplever straffen i en serie av straff som mer kännbara när de avtjänas i omedelbar anslutning till varandra än när de avtjänas med en period av frihet mellan varje straff. Olika människor reagerar olika, och fenomenet anstaltstillvänjning är välkänt. En andra invändning är att ovanlig känslighet är en normal grund för strafflindring (se t.ex. BrB 29:5 st. 1 p. 6) varför rabatter som är rationellt försvarbara redan har givits. Bohnert kan också peka på annat som är oförenligt med den omgivande lagstiftningen, och han drar, enligt min mening på goda

¹⁸ Se Bohnert s. 853–858. Bohnerts artikel innehåller fullständiga hänvisningar till tysk doktrin.

¹⁹ Bohnert s. 851–853.

grunder, slutsatsen att den officiella tyska förklaringen till förekomsten av rabatter är en skenförklaring.²⁰

Ytterligare en invändning är att det är ett mysterium varför den ökade intensiteten blir kännbar först när det första individuella straffet (dvs. straffet för det svåraste av de enskilda brotten) har avtjänats. Rimligtvis borde den ökade intensiteten börja kännas också när straffet för ett enda brott avtjänas. Fängelseklockan skulle alltså alltid gå fortare i slutet av strafftiden än i början, och ju längre straffet är, desto fortare skulle klockan gå mot slutet. Ett sådant synsätt skulle innebära att nu förekommande straffmättningsmetoder vore mycket bristfälliga. Det rätta förfarandet vore att utdöma straffet i straffenheter, som sedan översätts till fängelsetid i enlighet med en tabell eller handbok som anger de värden som följer av en standardiserad intensitetsökningskurva.

Enligt Bohnert har rabatter inget att göra med straffvärde eller med de begångna brotten eller gärningsmannens person. De har ingenting att göra med materiell straffrätt. Kollektiva straff är avsedda att vara "orättvisa", icke proportionella. Men trots att de inte kan förklaras normativt, är de ändå mänskligt "riktiga". Mängdrabatter är ett naturligt resultat av *människors benägenhet att se saker i perspektiv*. Ett perspektiv har fyra sorters formella element: rumsliga, tidsliga, kvantitativa och kvalitativa. Vi reagerar exempelvis helt olika på brott som har förövats i en annan del av världen eller för länge sedan än på brott som har förövats i grannskapet eller helt nyligen. Bohnert anser att sådana omständigheter bör påverka straffet för de enskilda brotten, varför endast de två andra typerna av perspektivelement har med straffrabatt att göra. Om någon förövar hundra stöldar, är kvantiteten irrelevant för offren. För dem behåller varje enskilt brott sitt negativa värde. Men en domare ser det hela på ett annat sätt. Efter att ha bedömt en viss mängd brott förlorar han intresset: kvantiteten ger upphov till kvaliteten likgiltighet. På motsvarande sätt gör en stor skillnad i svårhet mellan två brott att ett mindre allvarligt brott "krymper" i domarens ögon. En elefant är synlig, och en mus är synlig, men placerad bredvid elefanten blir musen nästan osynlig.²¹

Bohnert anser att man bör göra de angivna mänskliga benägenheterna mer förutsebara genom att uppställa ett antal enkla formler för beräkning av det kollektiva straffet. Det är knappast meningsfullt att

²⁰ Bohnert s. 847–851.

²¹ Bohnert s. 859–866.

här redovisa några detaljer, men några exempel på hur tillämpning av hans föreslagna formler utfaller skall ges. Om fem brott är värda respektive 1, 2, 3, 4 och 5 år (summa 15 år), så blir det kollektiva straffet 9,85 år. Om fem brott är värda respektive 1, 5, 5, 5 och 10 år (summa 26 år), så blir det kollektiva straffet 16,6 år.²²

Bohnerts teori kan kanske sägas i stora drag rätt väl spegla tysk rättspraxis, även om en del av de kollektiva straff som följer av hans formler är för stränga (15 år är ju maximum för annat kollektivt straff än livstidsstraff). Men det innebär inte att den har något värde för oss. En teori som är avsiktligt icke-normativ är oanvändbar för den som vill förklara varför det bör finnas rabatter. Dessutom är det naturligtvis oförenligt med ett straffvärdetänkande att hävda att det kollektiva straffet är avsett att vara icke-proportionellt.

6 STRAFFRABATT OCH PROPORTIONALITETS- PRINCIPEN

Vi möter samma principiella straffmättningsbild i t.ex. Sverige och Tyskland som i England & Wales och andra common law-rättsordningar. Varje ytterligare brott bidrar mindre och mindre till det gemensamma eller kollektiva straffet. Normalt planar kurvan ut på en viss nivå, så att ytterligare brott inte föranleder strängare straff.

I svensk straffrätt är lagstiftningens maximistraff betydligt mer nyanserade än i nästan alla andra rättsordningar. Såsom nämnts i avsnitt 1 anger förarbetena att det normalt inte finns anledning att vid ådömande av gemensamt straff överstiga maximum för det svåraste av de bedömda brotten. Det må samtidigt erinras om att utgångspunkten för straffmätning för ett brott är ett straff nära straffminimum.²³

I länder med mer onyanserade maxima verkar utplaningen ske en bit under maximum för det svåraste av brotten (se avsnitt 4 ovan). Enligt David Thomas innebär den engelska Court of Appeal-praxis att

the aggregate sentence should not be longer than the upper limit of the normal bracket of sentences for the category of cases in which the most serious offence committed by the offender would be placed.²⁴

²² Bohnert s. 867–870.

²³ Victor i Kommentar till Brottsbalken s. 198.

²⁴ Thomas s. 59.

En sådan riktlinje kan inte användas överallt eller alltid – bl.a. därför att det ofta inte finns något som kan kallas ”normal bracket” – men citatet ger väl uttryck för den sorts verklighet som vi måste kunna förklara.

Thomas’ egen förklaring är i grunden av individualpreventiv karaktär (behandlingsideologisk): det kollektiva straffet skall inte vara så förödande (”crushing”) att gärningsmannens utsikter till förbättring äventyras. I förevarande sammanhang är en sådan förklaring utan intresse.

Andrew Ashworth anför att

overall proportionality should be preserved. This means that, no matter how many offences of a particular kind an offender is found to have committed, the sentence should remain in the range appropriate to that type of offence.²⁵

Han förklarar att detta innefattar ett val mellan två skilda tolkningar av proportionalitetsprincipen. Strikt proportionalitet (enligt kumulationsprincipen) är en sak, och proportionalitet utifrån en helhetsbedömning är en annan.

Since there are arguments on either side, it is fitting that the principle of restraint in the use of custody should decide between them.²⁶

Min uppfattning är i huvudsak densamma som Ashworths. I återstoden av denna artikel skall jag försöka ge ytterligare argument för ståndpunkten.

Det finns till en början anledning att erinra om vad som sagts ovan i avsnitt 2: En moralisk bedömning av gärningsmannens brottslighet behöver inte ha något alls att göra med hur många brott som han anses ha begått (jämför common law-ländernas totalitetsprincip). Utgångspunkten för en bedömning av vilket mått av klander en gärningsman förtjänar är vad han har gjort, inte vad han är, dvs. vilka karaktärsegenskaper han har. Men det finns ändå en koppling till karaktärsegenskaper i och med att en bedömning av en gärning beror på vilken eller vilka attityder den ger uttryck för; man kan aldrig komma ifrån att handlingar är mänskliga och därmed ”personlighetsberoende”. Straffrättens moraliska bedömningar är gärningsinriktade på det sättet att det är irrelevant om gärningsmannen har eller inte har de karaktärsdrag som typiskt sett är förbundna med

²⁵ Ashworth s. 214.

²⁶ Ashworth s. 215.

ifrågavarande gärningar och deras motiv, men de kan inte frikopplas från attityder, motiv eller karaktärsdrag som gärningarna exemplifierar eller manifesterar. Till sådana attityder hör också likgiltighet inför att vissa värden eller intressen kränks.²⁷

Om en bedömning av klandervärdhet således har vissa drag av en karaktärsbedömning, bör man kunna hävda att den väsentligen är kvalitativ, inte kvantitativ. Detta torde innebära att man kan göra gällande att en (lång) serie av brott av måttlig svårhetsgrad (t.ex. ett stort antal stölder) aldrig kan tillåtas leda till ett lika strängt straff som straffet för ett enda mycket allvarligt brott (t.ex. mord), därför att det är fråga om kränkning av fundamentalt skilda intressen och värden.

Det är säkerligen riktigt att måttet av klandervärdhet vid flerfaldig brottslighet inte kan bestämmas genom addition av straff för vart och ett av brotten. Men vårt problem är därmed inte löst, utom möjligen för fall där en serie av brott jämförs med brott av mycket allvarligare slag. Det är nämligen inte givet att två brott av likartad svårhet skall föranleda lindrigare straff än det dubbla straffet för ett av dem. Två grova våldtäkter eller två dråp bör kanske till och med bedömas som mer än dubbelt värre än en grov våldtäkt respektive ett dråp? Den bakomliggande tanken är i så fall att ett förstagångsbrott skall bedömas som lindrigare än följande brott. En del teoretiker skulle också hävda att upprepad brottslighet ger uttryck för en särskild moraliskt klandervärd attityd.

På ett principiellt plan är också straffrättssystemets "moraliska budskap" att beakta. Vad gäller bestraffning av försök bör man enligt min mening i många fall ådöma lägre straff för försök än för fullbordat brott, redan därför att straffmätningen annars indirekt gör klart att det är för rättsordningen likgiltigt huruvida någon skadas eller inte. Om samma straff skulle ges för fullbordat mord och för mordförsök är budskapet: för oss kvittar det om du lever eller dör.²⁸ På motsvarande sätt kan det moraliska budskapet av ett långt drivet rabattänkande bli att rättsordningen är likgiltig inför den skada som tillfogas brottsoffer.

För att komma vidare finns det anledning att se närmare på vad som kan åsyftas med "proportionalitet".

²⁷ Se Duff kap. 7.

²⁸ Se Duff s. 351–354.

Ingen har gjort mer än Andrew von Hirsch för att påvisa hur viktigt det är att man skiljer mellan "ordinal" (relativ) och "kardinal" (absolut) proportionalitet.²⁹ Ordinal proportionalitet har att göra med brotts relativa svårhet inbördes. Kardinal proportionalitet har att göra med relationen mellan en ordinal gradering av brott och en skala av straff; vad proportionalitet här kräver är att straffet inte skall brista i proportion till brottets svårhet. Det finns anledning att först ta ställning till några frågor rörande kardinal proportionalitet.

Enligt min mening måste den som i dagens läge skall lagstifta om straffmätning vid flerfaldig brottslighet utgå från två premisser. Något lättsinnigt skall jag kalla dem *livet-är-kort-premissen* och *spaghettistraffpremissen*.³⁰ Den sistnämnda innebär att det är i praktiken omöjligt att bestraffa våldtäkt med att piska någon med litet kokt spaghetti. Teoretiskt sett kan man tänka sig att möta brott med klander i rituell form, men i det s.k. verkliga livet krävs någon form av lidande som straff, och straffet måste vara sådant att det någorlunda övertygande återspeglar brottets svårhet.³¹ Olika rättsordningar använder ganska varierande repressionsnivåer, men även de som är minst repressiva föreskriver ganska stränga straff för mycket allvarliga brott. En strafflag som föreskriver böter som straff för väpnat rån eller grov våldtäkt skulle ha svårt att vinna medborgarnas respekt.

Av livet-är-kort-premissen följer att ett absolut straffmaximum bör finnas. De flesta strafflagar torde innehålla en bestämmelse om längsta tidsbestämda frihetsstraff. Elementär moralisk anständighet kräver att det sätts ett tak för statens ingripanden i medborgarnas liv. Även om principen om humanitet i straffrättskipningen ("the principle of parsimony"³²) bör vara vägledande på alla straffnivåer, så är den av särskild betydelse i detta sammanhang.

Många anser nog att de allra värsta brottslingarna förtjänar att förlora friheten för resten av livet. Jag kan dock inte se att en sådan uppfattning påverkar själva principen. Visserligen höjs taket, men livet är fortfarande kort. Och jag tror att man inte skulle godta en på detta sätt höjd repressionsnivå för annat än den allra allvarligaste

²⁹ Se t.ex. von Hirsch kap. 4–7, von Hirsch, Censure s. 17–19 och 36–39.

³⁰ I muntliga framställningar brukar Andrew von Hirsch ibland tala om "the wet-noodle punishment".

³¹ För en diskussion utifrån mer teoretiska utgångspunkter, se Jareborg, Rättvisa.

³² Se von Hirsch, Censure kap. 5 och Ashworth s. 80–81. Ashworth uppför "the principle of restraint in the use of custody" som en särskild princip (s. 77–78), men den kan också ses som en precisering av "the principle of parsimony".

brottsligheten. För den principiella diskussion som förs här torde saken därför knappast ha någon betydelse.

Slutsatsen blir således att lagstiftaren måste ge den allmänna straffskalan ett godtagbart absolut maximum och att straffet för ett allvarligt brott i praktiken måste bli ganska strängt. Härav följer att det inom den tillgängliga straffskalan omöjligen finns plats för kumulation av mer än ett begränsat antal allvarliga brott. Om en gärningsman har förövat tio våldtäkter, som var och en bör föranleda fem års fängelse, och det absoluta straffmaximumet är femton år, så slår gärningsmannen s.a.s. i taket efter den tredje våldtäkten, om man tillämpar en princip om strikt proportionalitet (kumulation).³³

I denna situation har lagstiftaren att välja mellan två alternativ. Det ena är att acceptera den strikta proportionaliteten med dess konsekvens att man lätt når taket. Det andra är att låta takets existens "kännas" redan omedelbart efter bedömningen av vad det första, mest allvarliga, brottet förtjänar, dvs. att ge rabatter. Det andra alternativet är att föredra, av två skäl: dels tillgodoser detta alternativ på bättre sätt kravet på humanitet i straffrättsskipningen, dels uppfyller det bättre kravet på ordinal proportionalitet: under givna premisser ges större utrymme för att gradera kombinationer av brott i svårhetshänseende.

Förekomsten av rabatter innefattar en ökande "stelhet" hos, ett ökande "motstånd" från, straffskalan för flerfaldig brottslighet. Det blir svårare och svårare att komma upp på nästa nivå. Och för övrigt, vad är nästa nivå? Det torde vara en allmän erfarenhet att ju längre fängelsestraffen är, desto större är de steg som domstolarna utnyttjar.³⁴ I Sverige används veckor som straffenheter längst ner på fängelseskalan, men när vi kommer upp till åtta års fängelse och högre är det svårt att finna steg som är kortare än ett år. Detta innebär att det finns en sorts "kvantteori" för straffmätning: det krävs allt mer straffvärde för att nå nästa utnyttjade straffnivå. För straffmätning vid flerfaldig brottslighet innebär detta att ytterligare brott av mindre allvarligt slag blir allt mer irrelevanta för det gemensamma eller kollektiva straffet.

Min slutsats blir således att rabatter inte föranleder några svårigheter såvitt gäller kardinal proportionalitet. Finns det några problem måste de ha att göra med ordinal proportionalitet.

³³ För svensk rätts del kan särskilt märkas att straffskalan för en grov våldtäkt eller ett grovt rån är 4–10 år, medan den för flerfaldig brottslighet är 4–14 år.

³⁴ Rörande engelsk straffmättingspraxis i detta hänseende, se Ashworth s. 98–100.

Det finns då först anledning att understryka att ordinal proportionalitet primärt innebär en rangordning, en gradering som inte behöver uttryckas i någon sorts enheter eller värden. Och även om ordinal proportionalitet uttrycks i kvantitativa termer, så är möjligheterna att rationellt göra bruk av sådana modeller ganska begränsade. Att bedöma brotts svårhet påminner om bedömning av konst eller vin däri att bortom en viss punkt finns det inga gemensamma kriterier för bedömningen. Det verkar vara möjligt att uppställa gemensamma kriterier för bedömning av traditionell offerkriminalitet,³⁵ men något sådant är av allt att döma inte möjligt för bedömning av alla typer av brott.³⁶ Bedömningen av brotts svårhet underlättas naturligtvis av att straffrättssystemet har en inbyggd värdestruktur, med ett betydande antal fasta punkter, men den rationalitet som kommer till uttryck är i grundläggande hänseenden rent pragmatisk: man likställer t.ex. det svåraste brottet av en sort (mord) med det svåraste brottet av en helt annan sort (högförräderi).

Rabatter framstår i sig som oproblematiska om ordinal proportionalitet uppfattas som blott en rangordning. Det svåra är att förklara varför straffkurvan kan tillåtas plana ut, varför ytterligare brottslighet inte påverkar straffet ovanför en viss nivå (under tillgängligt straffmaximum). Jag tror inte att saken kan förklaras utifrån ett proportionalitetsperspektiv, såvida man inte (mot bättre vetande) börjar tala om gärningsmannaproportionalitet i stället för gärningsproportionalitet. Utifrån tanken om ordinal proportionalitet måste rimligtvis varje ytterligare brott på något sätt (det räcker med ett litet tillägg) återspeglas i det kollektiva eller gemensamma straffet.³⁷ Man får emellertid inte glömma att proportionalitetsprincipen inte är mer än en princip, dvs. den kan få stryka på foten för andra principer, och i det här läget vill jag hävda att principen om humanitet i straffrättsskipningen bör ges företräde (även om straffrättens "moraliska budskap" blir något grumligt).

³⁵ För ett första försök, se von Hirsch & Jareborg. Se även von Hirsch, *Censure och Ashworth* s. 93–98.

³⁶ Det går säkerligen att konstruera system där allmänna kriterier uppställs för bedömning av alla typer av brott. Men detta är inte detsamma som att man lyckats finna gemensamma kriterier. Omöjligheten att finna gemensamma kriterier har att göra med omöjligheten att reducera individuella intressen, gruppintressen, kollektiva intressen och statsintressen till en intressekategori (annat än i en totalitär stat).

³⁷ Se diskussionen hos Robinson s. 45–47.

Man kan inte räkna med att alla tycker att den förda diskussionen är övertygande. Onekligen innebär den att i väsentliga delar beror en rabatt på att humanitära och pragmatiska synpunkter får avgörande betydelse. En del säger kanske: "Vad för sorts proportionalitet är det här? Det är djupt orättvist att en person skall komma undan med (att betala för sitt brott med) ett mycket lindrigare straff för ett visst brott än en annan person, bara därför att han också har begått andra brott." Inom straffrätten finns ett flertal likhetsprinciper, men jag tror inte att det bör finnas någon med så snävt innehåll som en sådan invändning förutsätter. Det finns ingen marknad för brott, brott är inte en vara som kan köpas med straff. Straff påminner i vissa avseenden om ett betalningsmedel, men gärningsmannen råder inte över det.³⁸ Vad ett brott är "värt", vad som är en proportionell reaktion på ett begånget brott, beror på straffrättssystemets utformning, och denna är mycket mer komplicerad än de flesta människor tror.

LITTERATUR

- Albrecht, Hans-Jörg, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität: Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmasses*. Berlin 1994.
- Ashworth, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*. 2nd ed. London etc. 1995.
- Bohnert, Joachim, "Warum Gesamtstrafenbildung?" *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1993 s. 846–870.
- Duff, R. A., *Criminal Attempts*. Oxford 1996.
- Jareborg, Nils, *Straffrättens gärningslära*. Stockholm 1995.
- Jareborg (Rättvisa), Nils, "Rättvisa och repressionsnivå." *Rättsdogmatikens alternativ*. Utg. av Kaarlo Tuori. Tammerfors 1988, s. 87–97.
- Kommentar till Brottsbalken*. Del III (25–38 kap.): Påföljder m.m. Följdförfattningar. Utg. av Ulf Berg m.fl. 4. uppl. Stockholm 1994.
- Lovegrove, Austin, "Towards Consistency of Approach in Sentencing." Opublicerad.

³⁸ Det är förstås sant att åtskillig bagatellbrottslighet, t.ex. trafikförseelser, behandlas som om gärningarna hade en prislapp. Men i en del länder betraktas sådana gärningar överhuvudtaget inte som brott, utan som förvaltningsrättsliga förseelser, och det finns på grund av sanktionernas karaktär i vilket fall som helst ingen anledning att vid dem imitera hanteringen av straffmätning med anledning av mer allvarlig brottslighet.

- Löfmarck, Madeleine, *Straffrättens konkurrensproblem: En undersökning om förhållandet mellan straffbud*. Stockholm 1974.
- Prop. 1938:191* med förslag till lag om ändring i vissa delar av strafflagen.
- Prop. 1987/88:120* om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval m.m.).
- Robinson, Paul H., "A Sentencing System for the 21st Century." *Texas Law Review* 1987 s. 1–61.
- Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Canadian Government Publishing Centre. Ottawa 1987.
- SOU 1937:24*. Förslag till ändrad lagstiftning om sammanträffande av brott jämte motiv.
- SOU 1986:14*. Påföljd för brott. Del 2.
- Thomas, D. A., *Principles of Sentencing: The Sentencing Policy of the Court of Appeal Criminal Division*. 2nd ed. London 1979.
- von Hirsch, Andrew, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*. Manchester 1986.
- von Hirsch (Censure), Andrew, *Censure and Sanctions*. Oxford 1993.
- von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, "Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis." *Oxford Journal of Legal Studies* 1993 s. 1–38.

II

... if we give up the very idea of a "rationally irresolvable" ethical dispute, we are not thereby committing ourselves to the prospect of actually resolving all our ethical disagreements, but we *are* committing ourselves to the idea that there is always the possibility of further discussion and further examination of any disputed issue The worst thing about the fact/value dichotomy is that in practice it functions as a discussion-stopper, and not just as a discussion-stopper, but as a thought-stopper.

Ethical talk needs no metaphysical story to support it (or, in a post-modernist version of the metaphysical temptation, to "deconstruct" it); it only needs what ethical talk – both in the narrower senses of "ethical", and in the wide sense of talk about good life – has always needed: good will, intelligence, and respect for what can be seen as grounds and difficulties from within the ethical standpoint itself.

HILARY PUTNAM

Misslyckade mord

Söderbergiska priset i rättsvetenskap 2005. Kungl. Vetenskapsakademien, Stockholm 2006.

Straffrätt handlar om brott och straff, skuld och ansvar. I egenskap av sanktionsjuridik är straffrätten i stora delar subsidiär till och innehållsmässigt beroende av andra juridiska discipliner. Detta gör också att man möter den på samhällslivets alla områden. Samspelet med religion, politik och moral är bredare och djupare än på andra rättsområden. Eftersom straffet är statsmaktens mest ingripande reguljära maktmedel mot enskilda personer, finns ett behov av rättssäkerhetsgarantier som bl.a. tar sig uttryck i en mer utvecklad systematik och en skarpare begreppsbildning än inom huvuddelen av juridiken i övrigt. Av särskilt intresse är att straffrätten i århundraden har omsatt filosofiska idéer och teorier till en verklighet där frågan bokstavligen kunnat gälla liv eller död.

Straffrättens praktik är inte lika fascinerande. Där möter man ibland obegriplig ondska, men i allmänhet grymhet, girighet, hänsynslöshet, själviskhet och likgiltighet som mer framstår som mänsklig ynklighet och tarvlighet än som ondska. Dessvärre är det inte bara brottslingarna som utmärker sig på detta sätt. Straffrättens historia är i väsentlig utsträckning en berättelse om maktmissbruk.

Den straffrättsvetenskapliga bildningsvägen går ofta från intellektuell fascination till moralisk depression. Under de senaste årtiondena har jag mest vistats på straffrättsvetenskapens skuggsida, men i kväll

skall jag göra en kort visit i teoriernas svalare atmosfär. Det kan då synas motsägelsefullt att tala om mord – det värsta brottet mot en människa. I straffrättsteoretisk diskussion talas emellertid mycket om mord. Mord definieras i svensk rätt som att uppsåtligen beröva annan livet. Det brottsliga resultatet är ovanligt entydigt, och det finns inga föreskrivna begränsningar av hur detta resultat uppnås. Själva konstruktionen av brottstypen gör den idealisk för exemplifiering vid konstruerandet av allmänna läror om brotten, dvs. läror om handling, underlåtenhet, orsakande, försök, medverkan, uppsåt, oaktsamhet, gärningskontroll, nödvärn och andra rättfärdigande eller ursäktande omständigheter osv.

Den svenska verklighetens relativt fåtaliga mord är i allmänhet mänskliga tragedier utan nämnvärt straffrättsteoretiskt intresse; problemen gäller nästan alltid bevisfrågor. Häre skiljer sig brottet från sin motsvarighet bland oaktsamhetsbrotten: vållande till annans död. Vid sådana brott aktualiseras ofta frågan huruvida en viss handling eller underlåtenhet har inneburit ett otillåtet risktagande och frågan vad man kan kräva av den misstänkte vad gäller förutseende och kontroller. Som exempel kan nämnas fallet med den fallande grisen. I en spansk stad föder en man upp en gris på sin balkong som vetter mot gatan. Tiden går och grisen växer. Till slut blir grisen så tung att balkongen börjar ge vika, grisen glider över balkongräcket och faller ner på en fotgängare som skadas till döds.

Jag skall emellertid inte tala om vållande till annans död utom om mord. Det finns en handfull tyffall, som inte är särskilt vanliga i praktiken, men som länge har upptagit teoretikernas intresse och som kan ges rubriken "misslyckade mord". Observera att det inte rör sig om misslyckade mordförsök, utan om situationer där någon faktiskt dör, samtidigt som dödsfallet i något avseende är oförutsett. Gärningsmannen gör något med uppsåt att döda och någon dör. Ändå kan det bli fråga om att vederbörande inte skall dömas för mord, utan dömas för något annat brott eller kanske till och med frikännas.

För att göra förutsättningarna så enkla som möjligt skall jag utgå från följande situation. En yrkesmördare, som vi kallar Sjakalen, har anlitats för att döda Presidenten. Sjakalen tar sig an uppgiften med hjälp av ett skjutvapen.

Det första typfallet kan vi kalla *kausalitet på avvägar*. Sjakalen skjuter, men träffar inte Presidenten, som ändå dör till följd av ett kausalförlopp som har sitt ursprung i skottlossningen. Kulan kanske träffar en kristallkrona som faller ner i huvudet på Presidenten. Ljudet

av skottet får kanske den lunchätande Presidenten att rycka till så att en pilgrimsmussla glider ner i luftstrupen och Presidenten kvävs. En häst skräms av skottet och sparkar ihjäl Presidenten. Det går att hitta på mängder av bisarra exempel, men fantasin överträffar sällan verkligheten. Det juridiskt intressanta är att man måste kunna sortera ett händelseförlopp såsom liggande innanför eller utanför gränsen för vad som är praktiskt och rimligt förutsebart. Bedöms händelseförloppet ligga innanför gränsen, skall Sjakalen dömas för mord. I annat fall skall han dömas för försök till mord. Detta är ingen "akademisk" fråga. Försök till brott bestraffas normalt påtagligt lindrigare än fullbordat brott.

Den teoribildning som ligger bakom en bedömning av det här slaget är mycket komplex, och jag går därför vidare till ett annat typfall vid vilket det råder enighet om att gärningsmannen skall dömas för fullbordat brott. Det rör sig om fall av förväxling av identitet hos angreppsojektet, dvs. en person eller en sak. Man brukar tala om *error in persona* och *error in obiecto*. Sjakalen skjuter och dödar den han tror vara Presidenten, men i verkligheten är det en annan person. Ett av de viktigaste rättsfallen i den engelskspråkiga världens rättshistoria, *M'Naghten* (1843), är än idag grundläggande för bedömningen av psykiskt störda lagöverträdare. Gärningsmannen avsåg att mörda premiärministern Sir Robert Peel, men tog fel på person och dödade i stället dennes sekreterare, Sir Edmund Drummond.

Som sagt: den rättsliga bedömningen påverkas inte av sådana misstag. Sjakalen skall dömas för mord. Morduppsåt behöver således inte innefatta insikt om offrets identitet. Det räcker med ett uppsåt som motsvarar lagens ord, dvs. "berövar annan livet". (Det kan tilläggas att det är ännu tydligare att en annan villfarelsesituation, som kallas *error in motivis*, skall bedömas på samma sätt. Det uråldriga patriarkala standardexemplet är att en man dödar sin hustru därför att han tror att hon har varit otrogen, vilket inte är sant.)

Anledningen till att man överhuvudtaget bryr sig om att diskutera *error in persona*-fallen är att de jämförs med ett annat typfall som kallas *aberratio ictus*, vilket väl närmast kan översättas med misshugg eller felträff av hugget. Sjakalen siktar på Presidenten men träffar i stället Köksmästaren som just serverar Presidenten några pilgrimsmusslor. Också i detta fall har Sjakalen både haft uppsåt att beröva någon livet och faktiskt lyckats därmed. Det finns således inte någon rättsligt hinder mot att döma för mord. Ändå är det i många länder vanligt att man i stället dömer för försök till mord på Presidenten och

vållande till annans död vad gäller Köksmästaren. Jag kallar denna användning av en kombination av ett försöksbrott och ett oaktsamhetsbrott i stället för ett fullbordat brott för "speciallösningen".

Speciallösningen kan härledas från tysk doktrin. Den brukar avvisas i de engelskspråkiga länderna. Grovt uttryckt: uppsåtet följer kulan. I Sverige fanns i 1864 års strafflag ett särskilt stadgande som uteslöt tillämpning av speciallösningen. Speciallösningen förordades emellertid av ett antal straffrättsprofessorer i anslutning till Brottsbalkens tillkomst (1962, i kraft 1965) och den har lagts till grund för två hovrättsdomar avseende misshandel (RH 1983:163 och RH 2001:2). Speciallösningen i kombination med processuella komplikationer ledde i det första fallet till ansvar endast för vållande till kroppsskada och i det andra fallet till frikännande. I likhet med Ivar Strahl är jag inte imponerad.

Det behövs inte särskilt mycket fantasi för att komma till slutsatsen att det skulle vara orimligt eller olämpligt att göra speciallösningen generellt tillämplig i aberratio ictus-fall. Av åtskilliga exempel som gör detta tydligt skall jag här bara nämna två.

Antag att Utrikesministern är Presidentens bror och att de två bröderna promenerar i trädgården, när Sjakalen skall sköta sitt uppdrag. Sjakalen siktar på Utrikesministern, som han tror vara Presidenten, men träffar i stället Presidenten. Vi har således en kombination av error in persona och aberratio ictus. Sjakalen har av misstag skjutit "rätt" person. Det vore ganska egendomligt att då döma Sjakalen för försök till mord på Utrikesministern och vållande till annans död vad gäller Presidenten.

Detta är emellertid bara en egendomlighet. I följande situation kommer vi till en orimlighet. Sjakalen övar genom att skjuta katter. Att uppsåtligt döda en tamkatt är ett skadegörelsebrott. Sjakalen siktar på Presidentens katt, som heter Stor-Linus, men träffar i stället Utrikesministerns katt, som heter Lill-Linus. Vid brott av den här svårhetsgraden finns det varken försöksbrott eller oaktsamhetsbrott, utan bara fullbordade uppsåtsbrott. Speciallösningen leder i detta fall till att Sjakalen överhuvudtaget inte har begått något brott.

Min egen inställning är att man inte bör avvika från det som är systematiskt och värderingsmässigt invändningsfritt utan att ha goda skäl för avvikelsen. Frågan är därför om det finns några särskilda skäl för en speciallösning, som i praktiken inte kan användas vid annat än vissa allvarliga våldsbrott. Vid aberratio ictus är det nödvändigt att minst två personer finns tillgängliga som möjliga angreppsobjekt.

Så är inte fallet vid *error in persona*. Speciallösningen kan därför tänkas vara motiverad för att klargöra att två personer utsatts för brott. Ibland sägs att speciallösningen är "naturlig" eller att den följer av "sunt förnuft". Då bör man vara på sin vakt. I juridiken är ingenting naturligt och "sunt förnuft" är ofta ett annat namn på "fördomsfullt nonsens".

Det straffrättsliga systemet är som en spindelväv: rör man vid ett ställe så märks det i hela systemet. Speciallösningen har kanske en gång varit motiverad. Idag är den enligt min mening inte längre motiverad. Det beror på att det nu i straffrättssystemet finns en grundläggande distinktion mellan att någon har *begått* ett brott och att någon skall *dömas* för ett brott. Den som begår stöld genom att tillgripa en bil begår också häleri genom att låsa in bilen i sitt garage och kanske hundratals hälerier genom att på annat sätt ta befattning med bilen. Tjuven får emellertid inte dömas för annat än stölden. Hälerierna betraktas som s.k. medbesträffade brott, en begreppslik konstruktion som har tillkommit för att motverka otillbörlig dubbelbesträffning och göra det praktiskt möjligt att hålla fast vid en principiell åtalsplikt. Om vi återvänder till lunchbordet, där Köksmästaren serverar pilgrimsmusslor, och låter Sjakalen lyckas skjuta rätt person, dvs. Presidenten, så har ändå Köksmästaren utsatts för ett brott, vilket beroende på omständigheterna kan vara försök till mord eller framkallande av fara för annan. Om någon skjuter mot en folksamling med uppsåt att döda och dödar en person, så har vederbörande begått ett mord och lika många mordförsök som antalet personer i folksamlingen. I *aberratio ictus*-fallet kan Sjakalen på motsvarande sätt sägas egentligen ha begått ett mord och ett mordförsök. Därmed inte sagt att han skall *dömas* för mer än ett brott. Inte ens att den överlevande har skadats – Sjakalens skott har gått genom Presidentens arm och in i Köksmästarens hjärta – behöver innebära att man bör döma för mer än ett brott. Frågan har för övrigt ingen betydelse för möjligheten att ålägga Sjakalen att betala skadestånd till Presidenten.

Ett fjärde typfall kan vi kalla *det utslocknade uppsåtet*. Sjakalen skjuter Presidenten och tror att denne är död. I syfte att dölja "likt" kastar han kroppen i en sjö. Det visar sig emellertid att Presidenten dog av drunkning. Det innebär att Sjakalen inte hade uppsåt att döda när han utförde den kontrollerade handlingen att kasta kroppen i sjön. Eftersom det krävs att morduppsåt föreligger vid den kontrollerade gärning som orsakar dödsfallet, måste man i detta fall döma för försök till mord och, beroende på omständigheterna, even-

tuellet också för vållande till annans död. Denna lösning motsvarar den rättsliga bedömningen i rättsfallet NJA 1933 s. 332.

Mitt femte och sista typfall avser ett s.k. *otjänligt försök*. Sjakalen skjuter framgångsrikt mot Presidenten vid lunchbordet, men denne har Sjakalen ovetande redan kvävt till döds genom att på egen hand lyckas få ner en pilgrimsmussla i luftstrupen. Man kan inte döda den som är död, så ansvar för mord är uteslutet. Däremot kan man tänka sig att Sjakalen har gjort sig skyldig till försök till mord.

Otjänliga försök hanteras rätt olika i olika rättsordningar. En s.k. objektiv försökslära går ut på att endast försök som innebär en konkret fara skall bestraffas. En s.k. subjektiv försökslära går ut på att alla gärningar som gärningsmannen själv tror kunna leda till det önskade resultatet skall bestraffas, oberoende av hur verklighetsfrämmande vederbörandes uppfattning än är. Inget land torde ha en rent objektiv försökslära, men inslaget av subjektivitet varierar. I Sverige finns en rad viktiga rättsfall på området. I detta sammanhang finns särskild anledning att nämna ett av dem, det s.k. Brobyfallet (NJA 1956 B 6).

Fallet har vissa tragikomiska inslag, men visar framförallt vad som s.k. vanliga människor kan göra när de råkar i panik. En 89-årig kvinna var döende, och en dag konstaterade hennes vårdare att hon var död. Dödsfallet anmäldes på vederbörligt sätt. Flaggan vajade på halv stång. Innan läkare hade infunnit sig tyckte någon sig märka att kvinnan gav tecken på liv. Av rädsla för att klandras för att ha gjort fel ville man undanröja all oklarhet genom att injicera smärtstillande medel. I upphetsningen injicerades av misstag i stället hjärtstimulerande medel. När detta upptäcktes gav man en ny injektion, och man försökte också få kvinnan att svälja en lösning av vatten och vissa tabletter av okänt slag. För att kontrollera att kvinnan inte var skendöd doppade man så ner hennes huvud några minuter i en spann vatten.

De tilltalade dömdes i Högsta domstolen för grovt tjänstefel. Domen blev alltså frikännande vad gäller försök till uppsåtligt dödande. Att förklara denna utgång är inte alldeles enkelt. Högsta domstolens motivering består av en enda mening: det förelåg inget angrepp på annans liv. Det kan emellertid konstateras att även om Högsta domstolen skulle ha dömt rätt år 1956, så har ett halvsekels rättsutveckling inneburit en sådan förskjutning mot en mer subjektiv försökslära att domen idag sannolikt skulle ha blivit fällande. Till denna utveckling har starkt bidragit en önskan att kunna till långa fängelsestraff för försök till narkotikabrott döma dem som vill

åtkomma narkotika, trots att det inte finns någon narkotika tillgänglig.

Mina fem exempel på misslyckade mord är i sig av ganska begränsat intresse. Vad jag främst velat förmedla är hur snabbt man från enkla exempel glider över i ständigt diskuterade, praktiskt betydelsefulla komplexa teoribildningar och lärobyggnader, som i huvudsak utvecklats av akademiker i internationell samverkan och inte av lagstiftare och domstolar.

Effektdelikt och beteendedelikt

Festskrift till Ivar Agge, Stockholm 1970, s. 176–192.

1. Det finns få framställningar som på ett bättre sätt än Ivar Agges *Straffrättens allmänna del* illustrerar tesen, att endast den verkligt lärde mannen kan skriva en klar och lättfattlig elementär fackbok. Samtidigt har detta arbete den märkliga egenskapen, att det på ett för studenten omärkligt sätt leder honom från det elementära och lättfattliga in på svåra och outredda ting.

All forskning förutsätter ett visst missnöje med den rådande kunskapssituationen. Ibland gäller missnöjet mera begreppsbildningen än tillgången på informativa data. All debatt förutsätter oenighet, vilken kanske lika ofta har sin grund i missförstånd eller ej klargjord skillnad i perspektiv som i verkliga meningsmotsättningar. Vari oenigheten mellan Agge och mig grundar sig i den fråga som här skall beröras vet jag inte, men jag tror att en skillnad i perspektiv har en viss betydelse. *Straffrättens allmänna del* bär den anspråkslösa undertiteln *Föreläsningar* och med tvånget att vara lättfattlig följer ofta att föreläsaren måste göra (otillbörliga) förenklingar som vetenskapsmannen inom honom inte accepterar. Hur det därmed än må förhålla sig bör understrykas, att varje fruktbar debatt förutsätter ett solitt gemensamt underlag.

I straffrättsliga läroböcker brukar presenteras olika indelningar av brott. En viktig sådan är indelningen i handlingsdelikt (kommissivdelikt) och underlåtenhetsbrott (omissivdelikt). En annan – och det

är den som här i första hand skall utgöra föremål för uppmärksamheten – är indelningen i effektdelikt och (rena) beteendedelikt. Agge använder visserligen uttrycket ”rena handlingsdelikt” för den senare kategorin, men för att inte i onödan framkalla associationen, att underlåtenhetsbrotten avses icke ingå däri, kommer jag att använda Strahls term, som är ”rena beteendedelikt”, med den förändringen att ordet ”rena” får utgå för vinnande av språklig enkelhet. Föremål för indelningen är brotten in abstracto, dvs. brotten sådana de framstår i de definitioner som ges i Brottsbalken (BrB) och andra författningar.

Det primära syftet med följande framställning är att göra troligt, att indelningen i effektdelikt och beteendedelikt inte bara är onödig utan också omöjlig att genomföra.

2. I Agges brottsindelning är effektdelikt och beteendedelikt blott huvudrubriker:¹

AGGE:

- (1) Effektdelikt
 - (a) Skadedelikt
 - (b) Faredelikt med konkret fara
 - (c) Faredelikt med abstrakt fara
 - (d) Övriga faredelikt
- (2) Beteendedelikt
 - (a) Faredelikt med presumerad fara
 - (b) Övriga beteendedelikt

Innan jag går vidare skall här för säkerhets skull något inskjutas om terminologin i vad rör de olika typerna av faredelikt. Faredelikten med presumerad fara skiljer sig från övriga beteendedelikt endast däri att en fara för att något intresse kränks utgör den rättspolitiska grunden för kriminaliseringen, i motsats till att straffbudet närmast har karaktär av ordningsföreskrift eller är av teknisk natur. Som exempel på brott med presumerad fara brukar man anföra bl.a. penningförfalskning (BrB 14:6) och mened (BrB 15:1, jämför dock BrB 15:4 första stycket). Någon farebedömning från domarens sida skall då icke förekomma. Vid konkreta faredelikt skall ett angivet angreppsobjekt eller intresse hotas av en bestämt angiven aktuell fara. Vid abstrakta faredelikt krävs däremot icke bevisning om en aktuell fara;

¹ Agge, särskilt s. 272, 275, 276, 283 och 286.

det är nog om beteendet typiskt sett inrymmer fara i angivet hänseende, vilken fråga emellertid skall prövas av domaren.² En sådan svepande bestämning av distinktionen mellan konkreta och abstrakta faredelikt är dock alltför nebulös för att vara till någon ledning. I själva verket är farebegreppen svensk straffrätts kanske mest problematiska och oklara begrepp. Särskilt gäller detta kategorin abstrakta faredelikt. Det kan anmärkas, att i övrig nordisk och i kontinental doktrin med "abstrakta faredelikt" i regel avses brott med presumerad fara,³ vilket förklarar följande indelning i en känd tysk lärobok:⁴

MEZGER & BLEI:

- (1) Erfolgsdelikte
 - (a) Verletzungsdelikte
 - (b) konkrete Gefährdungsdelikte
- (2) schlichte Tätigkeitsdelikte
 - (a) abstrakte Gefährdungsdelikte
 - (b) Övriga beteendedelikt

Det schema man kan utläsa hos Agge kan givetvis delas upp på det sättet, att vi å ena sidan får en indelning i effektdelikt och beteendedelikt och å andra sidan en indelning i skadedelikt, olika sorters faredelikt och delikt som varken är skadedelikt eller faredelikt. I t.ex. dansk doktrin synes man föredra att avstå från att korrelera dessa två indelningar:⁵

HURWITZ & WAABEN:

- (1) Skadelikter
- (2) Faredelikter
 - (a) konkrete
 - (b) abstrakte (dvs. brott med presumerad fara)
- (3) Overtrædelser af præventive lover (innesluter även lindriga faredelikt)
- (1) Forårsagelsesdelikter eller ikke-korrelater (inklusive sådana där effekten beskrivs i ett uppsåtsöverskott)

² Agge s. 278–288, Strahl s. 17–19, Hoflund, särskilt s. 54–72. Om den grundlösa distinktionen mellan mala in se och mala prohibita, se t.ex. Thornstedt s. 36–48 och Hall s. 337–342.

³ Se Hurwitz s. 25, Hurwitz & Waaben s. 17–18, Waaben s. 199, Andenæs s. 97, Mezger & Blei s. 107, Agge s. 284 och 286, Thornstedt s. 28.

⁴ Mezger & Blei s. 106–107.

⁵ Hurwitz & Waaben s. 17–19; se även Hurwitz s. 24–27 och, för norsk rätts del, Andenæs s. 97.

- (2) Formaldelikter eller korrelatförbrydelser
 - (a) logiske (t.ex. äkta underlåtenhetsbrott, överträdelser av preventiva lagar)
 - (b) retlige (t.ex. abstrakta faredelikt enligt svensk terminologi)

Indelningen i effektdelikt och beteendedelikt förekommer i fransk doktrin⁶ och på många andra håll, men inte i engelsk doktrin.

Hos Strahl, slutligen, sker först en indelning i effektdelikt och beteendedelikt, varefter en underindelning verkställs blott inom den senare gruppen:⁷

STRAHL:

- (1) Effektdelikt
- (2) Beteendedelikt
 - (a) Brott som kräver ekonomisk skada
 - (b) Faredelikt med konkret fara
 - (c) Faredelikt med abstrakt fara
 - (d) Faredelikt med presumerad fara
 - (e) Övriga beteendedelikt

3. Diskussionen begränsas härfter till en jämförelse mellan Agge och Strahl, jämte en kritik av bådas uppfattningar.

Både för Agge och för Strahl är tydligtvis indelningen i effektdelikt och beteendedelikt primär. Samtidigt är uppenbart, att de utför distinktionen på helt olika sätt. Strahl framhåller för övrigt, att han använder termen "effektdelikt" i en mera inskränkt betydelse än ofta sker.

Frågan är nu vilka kriterier som används för att skilja effektdelikten från beteendedelikten. Agge förklarar, att effektdelikten lagtekniskt konstruerats med syfte på handlingens effekt, dvs. ett yttre resultat av handlandet.

Effekten består ofta av en yttre skadlig förändring av eller inverkan på den person eller egendom eller det mera abstrakt tänkta intresse som utgör brottstypens omedelbara angreppsobjekt eller skapandet av en situation som innebär risk för en dylik oförmånlig inverkan. Alltefter arten av de verkningar som sålunda åstadkommas talar man om skada eller fara för brottets effekt ...⁸

⁶ Bouzat & Pinatel s. 129.

⁷ Strahl s. 17–19. Motsvarande hos Nelson s. 31–33, som dock ej särskilt nämner (2)(a) och kallar (2)(e) för "överträdelse av föreskrift". Faredelikt anges vidare kunna förekomma både bland effektdelikt och bland beteendedelikt.

⁸ Agge s. 271.

Senare säger han, att vid effektbrotten krävs en utanför själva handlandet liggande skadlig verkan eller risk för en dylik verkan, vilket resultat är orsakat av handlandet och – obs! – ”i brottsbeskrivningarna kommer till såsom ett extra brottsrekvisit”.⁹ Agges kriterium skulle således vara formellt: straffbudens lagtekniska konstruktion och ordval är avgörande.

Strahl förklarar, att

till effektdelikten räknas endast brott vid vilka för ansvar enligt brottsbeskrivningen fordras ett orsakande (genom handling eller underlåtenhet) av en effekt.¹⁰

Kriteriet förefaller vara mindre formellt än Agges. Om det faktiskt av brottsbeskrivningen fordras, att en effekt skall orsakas, så behöver effekten inte vara formellt utbruten till ett särskilt rekvisit. När det är straffbelagt att döda en annan människa, så är dennes död en effekt och brottet ett effektdelikt, oberoende av om det aktuella lagrummet är t.ex. BrB 3:1 (”beröva annan livet”), BrB 3:3 (”döda”) eller BrB 3:7 (”orsaka annans död”). Variationen i ordval kan inte rimligen få medföra, att barnadrap skall karakteriseras som ett beteendedelikt, men mord (?) och vållande till annans död som effektdelikt. Det är nu inte heller Agges mening att så skall ske. Han medger, att skillnaden mellan de båda brottsgrupperna inte alltid är så markant som han framställt den.

Sålunda kan stundom den predikativa formel, genom vilken en verksamhet beskrives, i sig innesluta ett visst resultat, ehuru detta ej s.a.s. lösbrytes till ett särskilt brottsrekvisit.¹¹

I grund och botten är således även för Agge avgörande, att enligt brottsbeskrivningen ett orsakande av en effekt fordras.

4. Hur kan det då komma sig, att Agge och Strahl når så olika resultat? För Agge är t.ex. ekonomisk skada, konkret och abstrakt fara ”effekter”. För Strahl är allt detta blott kvalifikationer av gärningen. Det duger inte med att säga, att Agge och Strahl använder ordet ”effekt” i olika betydelser. ”Orsak” och ”effekt” är av varandra beroende kategoriord. Vad som i ena stunden betecknas som en effekt kan i nästa ögonblick betecknas som orsak (till en annan effekt). Låter man orsaksdelen i relationen orsak-effekt fluktuerar, så fluktuerar även

⁹ Agge s. 275.

¹⁰ Strahl s. 17.

¹¹ Agge s. 275.

effektdelen. När vi stipulerar, att orsaken skall vara en mänsklig gärning (handling eller underlåtenhet) och effekten således något som orsakas av en mänsklig gärning, så är förutsättningen för att effekten skall vara stabil att också gärningsdelen är stabil; eller med andra ord, att en gärning har naturliga eller åtminstone konventionella gränser. Denna förutsättning är, som jag försökt klargöra på annat ställe, helt ouppfylld.¹² Varje beteendesevens kan karakteriseras och avgränsas på ett obestämt antal sätt. Schemat handling–följd–omständighet kan läggas ut på varierande sätt, beroende på vad man väljer som handling. Ett uttryck som betecknar en handling och en följd av denna kan alltid ersättas med en handlingsterm. Man kan t.ex. säga "A dödade B" i stället för "A slog B med följd att B dog". Man kan även gå den andra vägen, dvs. upplösa en handling i en annan handling och en följd, tills man stöter på s.k. primära handlingar, handlingar som ingår i vår uppsättning av primitiva kroppsrörelser varöver vi har kontroll och som kännetecknas av att de inte företas genom att något annat företas (t.ex. böja pekfingeret – om man kan – eller vifta med öronen – om man kan).¹³ Om man med effektdelikt menar brott, som kräver en fråga om primär handling skild effekt, så är alla brott effektdelikt (dock kräver inte alla brott en primär handling).

Att inga logiska eller teoretiska hinder finns för att frågor rörande kausalitet ställs vid varje brott är särskilt klart, när handlingsverbet i brottsdefinitionen används som *utförandeverb*, i motsats till *verksamhetsverb*.¹⁴ Skillnaden kan enklast klargöras genom följande typ av test. "Döda" används som exempel på utförandeverb och "skratta" som exempel på verksamhetsverb.

A håller på att döda, endast om A inte har dödat.

B håller på att skratta, endast om B har skrattat.

A höll på att döda, inte bara om A dödade.

B höll på att skratta, bara om B skrattade.

Ett utförandeverb kan alltid ersättas med "åstadkomma F", där F är ett tillstånd, en process, en verksamhet, ett annat utförande, etc. (dock inte ett ständigt utförande, ty då uppstår en oändlig regress). Det är då självklart att man kan ställa frågor rörande orsakande. Utförandeverben förefaller att vara i majoritet i BrB:s samtliga kapitel

¹² Jareborg s. 89–96.

¹³ Jareborg s. 81 och 313.

¹⁴ Se närmare Kenny s. 171–186.

utom i kap. 6, 16 och 20. (Vissa verb, såsom "skada" kan användas både som utförandeverb och som verksamhetsverb.) Om "göra Y" är ett verksamhetsverb, så är det alltid möjligt att säga, att man gör Y genom att göra X, dvs. att göra X är, under ifrågavarande omständigheter, att göra Y. Är då "göra X" ett utförandeverb, så är redan därigenom givet, att kausalitetsresonemang är relevanta. Sålunda kan t.ex. rekvisitet "bedriver verksamhet för anskaffande av uppgifter ..." vid olovlig underrättelseverksamhet (BrB 19:9) under vissa omständigheter uppfyllas genom åstadkommandet av att befästningar blir avfotograferade. Det sagda kan verka verklighetsfrämmande när det tillämpas direkt på brottsdefinitionernas abstrakta formuleringar. Det bör därför kanske tilläggas, att det blir fullt begripligt först i konkreta sammanhang, när t.ex. transitiva verb får identifierade objekt.

5. Agge och Strahl kan alltså inte sägas ha olika uppfattning om vad som menas med "effekt". Däremot använder de – i detta sammanhang – modellen gärning-effekt på olika sätt; de gör till innehållet olika stipulationer om vad som får räknas som effekter när man talar om effektdelikt. Strahl framhåller öppet, att det är en lämplighetsfråga hur gränsen dras. Bortsett från att rekvisit som kräver ekonomisk skada eller fara av någon art anges skola vara otillräckliga för att ett effektdelikt skall föreligga, är Strahl inte särskilt upplysande rörande hur de effekter skall vara beskaffade som ger ett brott rangen av effektdelikt. Agge är tydligare på det sättet, att – efter tyskt mönster – allt som kan betecknas som skada eller fara är relevanta effekter.¹⁵ Men en huvudpunkt i hans framställning är att "skada" och "fara" är synnerligen vaga termer och används i skiftande betydelser. Hans uttryckssätt är vidare sådant, att man får ett intryck av att det finns en del effekter som kan konstituera effektdelikt utan att behöva utgöra skada eller fara.¹⁶ Vilka dessa skulle vara hålls man emellertid i okunnighet om. Det är något förvånande, att Agge icke i detta sammanhang nämner den ej obetydliga grupp av brott, där orsaks-sammanhang krävs i form av avgörande mänsklig påverkan, vilket uttrycks med handlingsverb såsom "förmå" (t.ex. i BrB 4:3, 6:2, 9:1, 19:12 och 23:4), "tvinga" (t.ex. i BrB 4:3, 4:4 och 6:1), "förleda" och "vileleda" (t.ex. i BrB 6:7, 9:1, 9:8 och 22:1). Att kausaliteten här är av ett särskilt slag – gärningsmannen förser "offret" med skäl att göra

¹⁵ Sålunda är t.ex. en besittningsrubbnings skada; se Agge s. 277 och Mezger & Blei s. 106.

¹⁶ Agge s. 271 och 276.

något, vilka ger en tillfredsställande förklaring av dennes gärning¹⁷ – kan knappast ha någon betydelse för frågan huruvida ett effektdelikt föreligger. Enligt Strahl är bedrägeri ett effektdelikt därför att gärningsmannens handling skall vara kausal i förhållande till den vilseleddes disposition. Av Agges framställning framgår ej annat än att bedrägeri är ett effektdelikt endast därför att brottsdefinitionen innehåller ett krav på (ekonomisk) skada.

6. På frågan *hur* indelningen i effektdelikt och beteendedelikt skall ske, kan vi tills vidare endast med Strahl svara, att det är en lämplighetsfråga. Vi får i stället inrikta oss på frågan, *varför* indelningen skall ske på det ena eller andra sättet. Eftersom indelningen är artificiell – den har ju inte ens formellt underlag i brottsdefinitionernas konstruktion – kan man utgå från att åtminstone en del av svaret ges genom svaret på frågan, varför man överhuvudtaget skall ha en indelning av denna typ.

Hos Agge framskymtar synpunkten, att den gamla idén om att kausalitetsbegreppet är det mest centrala i läran om brottet är felaktig; i stället är kausalitetsproblemet en specialfråga för effektdelikten.¹⁸ Om Agge menar, att kausalitetsfrågor är logiskt uteslutna eller praktiskt betydelselösa vid beteendedelikten, framgår inte. Den förra åsikten är som nämnts ohållbar, varför blott den senare kan omskrivas som argument: vi bör ha en indelning för att skilja brott, vid vilka kausalitetsfrågor praktiskt sett kan tänkas uppkomma, från övriga brott. Hur indelningen skall ske blir därefter en empirisk fråga.

En annan sak att beakta är att enligt Agge är de s.k. oäkta underlåtenhetsbrotten alltid effektdelikt.¹⁹ Detta kan nu innebära, antingen att man redan har bestämt vilka brottsdefinitioner som uttrycker effektdelikt eller också att man av rättspolitiska skäl bestämmer vilka brottsdefinitioner som skall kunna uppfyllas såsom oäkta underlåtenhetsbrott och alltså låter detta avgörande få betydelse för avgränsningen av kategorin effektdelikt. I det senare fallet får vi ett nytt kriterium för kategoriindelningen och i båda fallen har vi ytterligare ett skäl för att ha en indelning.

Strahl trycker än mer på sammanhanget med kausalitetsproblemen. Det synes honom lämpligt att reservera termen "effektdelikt" för sådana brott, där frågan om orsakande inställer sig, och han

¹⁷ Se Jareborg s. 122–123.

¹⁸ Agge s. 275–276.

¹⁹ Agge s. 307.

menar, att så kan ske, när ett krav finns på en från själva åtgärden skild effekt, såsom vid skadegörelse, mordbrand, misshandel, mord och bedrägeri, men inte vid stöld, förskingring eller urkundsförfalskning. Om det sistnämnda brottet säger han, att gärningen består i att förfärdiga en falsk urkund och att det således inte krävs något orsakande av en yttre effekt (fara i bevishänseende är blott en kvalifikation av gärningen); det yttre som måste äga rum sammanfaller med den åtgärd gärningsmannen företar. "Något orsakspå problem uppkommer icke utan själva åtgärden, vanligen att skriva eller radera, är tillräcklig."²⁰ Består då skillnaden mellan Agges och Strahls uppfattningar enbart i att de har olika uppfattning om vid vilka brott orsakspå problem uppkommer eller praktiskt sett kan uppkomma?

Strahl synes vara överdrivet optimistisk i frågan om möjligheterna att urskilja en grupp av brott, där frågan om orsakande inställer sig. (Ståndpunkten, att effektdelikten är brott vid vilka frågor om orsakande *måste* uppkomma, förefaller mig så obegriplig, att jag inte kan kommentera den.) Strahls eget exempel om urkundsförfalskning kan lätt ges den karaktär som enligt hans mening utmärker effektdelikten. Antag, att A utfyller en äkta urkund, men använder osynligt bläck, som antingen blir synligt efter viss tid eller därför kräver någon ytterligare åtgärd eller t.ex. en temperaturförändring. Och Andenæs skriver om stöld, ett annat av Strahls beteendedelikt, att brottet normalt företas genom att

tyven personlig tar tingen til sig, slik at det straffbare forhold er uttømt i og med foretagelsen av denne handling. En synes altså å stå overfor et rent virksomhetsdelikt. Men unntagelsesvis kan tyveriet foregå på mer komplisert måte: Ved hjelp av en mekanisk innretning, styrt av et urverk, som på en bestemt tid bringer gjenstanden innenfor tyvens rådighetssfære; eller ved hjelp av en godtroende tredjemann som henter gjenstanden og lesser den av i tyvens hage. Handling og resultat faller fra hverandre; en står overfor en forbrytelse som i struktur ikke skiller seg fra et vanlig forårsakesdelikt (f. eks. drap).²¹

Enligt Agges klassificering är både urkundsförfalskning och stöld effektdelikt; både fara i bevishänseende och besittningsrubbing är konstitutiva effekter.

²⁰ Strahl s. 17.

²¹ Andenæs, Unnatelse s. 138–139; se även s. 139–140 och Andenæs s. 97–98, samt Hurwitz s. 233 och Hurwitz & Waaben s. 161 (kausalitetsproblemen har som regel praktisk betydelse blott vid de s.k. förarsagelsesdelikter).

Om det inte finns några säkra hållpunkter för att kausalitetsproblem i praktiken uppkommer blott vid vissa brott, så är givet, inte bara att inget tillförlitligt kriterium för en gränsdragning finns att tillgå, utan också att det viktigaste skälet för att överhuvudtaget ha en indelning försvinner. Naturligtvis återstår den möjligheten att man empiriskt undersöker frekvensen av kausalitetsproblemsituationer vid olika brott och sedan gör en indelning. Men skillnaden mellan effektdelikt och beteendedelikt är mera tänkt som en kvalitetsskillnad än en kvantitetsskillnad, varjämte man kan fråga sig till vilken nytta det skulle vara att man på förhand stipulerar att endast två kategorier får förekomma.

7. Strahl karakteriserar de oäkta underlåtenhetsbrotten såsom effektdelikt som är ofullständigt beskrivna i straffbuden.²² Då de exempel som Strahl ger på effektdelikt och beteendedelikt indicerar, att gruppen av effektdelikt är tänkt att vara mycket begränsad, har Strahls karakteristik av de oäkta underlåtenhetsbrotten en avsevärd praktisk betydelse. Enligt Agge kan man t.ex. stjäla genom underlåtenhet, men det går inte (begreppsligt) enligt Strahl. Nu är ingen tvekan om att åtskillig osäkerhet råder rörande de oäkta underlåtenhetsbrotten och att det vore ytterst klagörande om det ginge att konstatera, vilka brott som är effektdelikt, och sedan stipulera, att blott vid dessa kan oäkta underlåtenhetsbrott förekomma. Det senare vore naturligtvis ett rättspolitiskt beslut. Men om vad jag har sagt är riktigt, så är gränsdragningen mellan effektdelikt och beteendedelikt egentligen helt godtycklig – och även om den inte vore det, så skulle det vara en anmärkningsvärd tillfällighet, om gränsdragningen sammanföll med den som är rättspolitiskt motiverad för de oäkta underlåtenhetsbrottens del. Att direkt låta ett rättspolitiskt avgörande rörande underlåtenhetsbrotten bli bestämmande för gränsdragningen mellan effektdelikt och beteendedelikt vore en intellektuell ohederlighet.

Till stöd för det antagna förhållandet, att ett oäkta underlåtenhetsbrott måste implicera att det begångna brottet är ett effektdelikt, har åberopats ett "koherensargument": existensen av BrB 13:10, som straffbelägger underlåtenhet att avvärja allmänfara, kan inte förklaras på annat sätt.²³ Argumentet övertygar emellertid icke.

Utgångspunkten är att underlåtenhet att avvärja en fara som man

²² Strahl s. 35–37.

²³ Brottsbalken II s. 39–40.

själv framkallat jämsställs med handling, om faran förverkligas och en brottsdefinition därigenom uppfylls. Personen ifråga hålls ansvarig lika med den som framkallat brottsdefinitionens uppfyllande genom handling, om därjämte övriga brottsförutsättningar såsom uppsåt eller oaksamhet är för handen.

En av de situationer som omfattas av BrB 13:10 är att någon, A, utan att eljest vara förfallen till ansvar, framkallat fara för brand som sägs i BrB 13:1, dvs. brand som innebär fara för annans liv eller hälsa eller för omfattande förstörelse av annans egendom, och att A, sedan han kommit till insikt om faran för denna kvalificerade brand, underlåter att till farans avvärjande göra vad som skäligen kan begäras. Denna situation är inte åtkomlig genom BrB 13:1 och regeln, att med handling jämsställs underlåtenhet när A själv åstadkommit en farlig situation, ty då fordras också att brottsdefinitionen är helt uppfylld – i detta fall att brand, som innebär fara för annans liv, etc., faktiskt har kommit till stånd (i BrB 13:10 behöver allmänfaran inte ha förverkligats i brand, som innebär fara för annans liv, etc.). Inte heller är den angivna situationen åtkomlig genom sagda regel om underlåtenhets jämsställdhet med handling och straffbudet i BrB 13:6 (allmänfarlig vårdslöshet), vari straffbeläggs oaksamt framkallande av fara för brand, som innebär fara för annans liv, etc. För att underlåtenhet i det senare fallet skall jämsställas med handling fordras tydligen, att A framkallat fara för brand, som innebär fara för annans liv, etc., och sedan icke förebygger att faran för brand, som innebär fara för annans liv, etc., inträder. Det är tveksamt, om det i en konkret situation någonsin är meningsfullt att säga något dylikt.

Man kan lätt övertyga sig om att övriga av BrB 13:10 omfattade situationer inte utesluter, att regeln om underlåtenhets jämsställdhet med handling, när A själv åstadkommit en farlig situation och faran förverkligats, teoretiskt sett gäller för samtliga brott i BrB kap. 13. Den förklaring, som går ut på att framkallande av fara inte är att anse som orsakande av en effekt och att nämnda grundsats endast torde gälla sådana brott där för ansvar förutsätts att en effekt framkallas, är alltså onödig och missvisande.

Sammanfattningsvis kan således sägas, att kvar står blott ett skäl för att överhuvudtaget ha en indelning i effektdelikt och beteendedelikt, nämligen ett önskemål att begränsa underlåtenhetens straffbarhet. Men samtidigt är det en pseudo-lösning att tillgodose detta önskemål genom en sådan indelning, ty den består i att man bygger upp ett dogmatiskt cirkelresonemang under sken av att man gör en sak-

ligt betydelsefull iakttagelse rörande beskaffenheten av det gällande straffrättsliga systemet.

8. I all korthet skall här även en terminologisk fråga beröras, nämligen i vilken mån det är korrekt att tala om "effekter". Inte sällan används ju i stället ordet "resultat".²⁴

Skillnaden mellan en *effekt* och ett *resultat* är ingalunda uppenbar, och i dagligt tal är man inte så noga med att upprätthålla någon distinktion. Hart & Honoré menar, att "effekt" används i fall, där orsaken utgörs av en förändring, process eller verksamhet, i motsats till ett tillstånd eller en negativ faktor, och där den företeelse som anges som effekt utgörs av en förändring av en existerande sak eller person. En effekt är således en effekt på någon eller något. Ett resultat skulle däremot typiskt sett vara någonting som "emerges as the culminating phase or outcome of a process which is complex and consciously designed".²⁵ Enligt Vendler är en effekt en process eller händelse till skillnad från ett faktum, en sak eller en person. Ett resultat skulle däremot vara ett faktum.²⁶ Vendler framför en rad intressanta synpunkter, som är övertygande och således går ut på att ett resultat innebär att något är fallet – med "faktum" menas ju vanligen vad som uttrycks av ett sant påstående – och att en effekt är något som händer (med någon eller något). Håller man blott klart för sig, att *att* något händer också är ett faktum (och således även ett resultat), så torde inga missförstånd uppstå av att man säger att resultat, men inte effekter, är fakta.

Eftersom det under alla omständigheter synes vara så, att effektbegreppet har med en dynamisk synpunkt och resultatbegreppet med en statisk synpunkt att göra, kan det vara av intresse att uppmärksamma de begreppsliga relationerna mellan *händelse*, *tillstånd* och *objekt*.²⁷ En händelse är något som förändrar (tillståndet hos) ett objekt så att detta kommer att befinna sig i ett nytt tillstånd. Innan några förhastade slutsatser dras härav, skall framhållas, att full frihet råder i fråga om vad som utgör ett "objekt", varav följer en avsevärd relativitet på det sättet att en viss företeelse ur en synpunkt kan betecknas som en händelse, ur en annan som ett tillstånd och ur en tredje som ett objekt. Sålunda kan t.ex. en fotbollsmatch ses som

²⁴ Se t.ex. Agge s. 271.

²⁵ Hart & Honoré s. 25–26.

²⁶ Vendler s. 122–160, särskilt s. 151–160.

²⁷ Se därom Gruner.

ett objekt, som utvecklar sig i en serie av tillstånd, undergår förändringar. Den kan också ses som en händelse, någonting som förändrar tillståndet hos något annat, t.ex. serietabellen eller Sveriges good-will i Tyskland. Slutligen kan matchen, ehuru ett sådant betraktelsesätt är mindre vanligt, ses som ett tillstånd hos ett objekt, t.ex. idrottsutbytet mellan två nationer.

Väljer vi nu en person, B, som objekt, och antar, att en annan person, A, beskriver B, så skulle effekterna härav på B vara att beskriva som de förändringar B undergår (vad som händer med B) till följd av A:s handling, såsom vissa fysiologiska skeenden och en fallande rörelse mot marken. Som resultat av A:s handling kan visserligen anföras det faktum att vissa fysiologiska skeenden äger rum eller att B faller till marken. Intressantare är emellertid de resultat, som svarar mot de nya tillstånd B befinner sig i, nämligen t.ex. att B är död och ligger på marken.

Det sagda förser oss med två skäl för att påstå, att termen "effektdelikt" är olämplig. För det första är man i straffrätten inte alls intresserad av processer, t.ex. B:s döende, utan av fakta. För det andra är man intresserad av fakta som har med tillstånd att göra, t.ex. att B är död, som ju sammanhänger med tillståndet död hos B, och inte av fakta som har med processer (effekter) att göra, t.ex. att B håller på att dö. En skada är uppenbarligen ett nytt tillstånd hos ett objekt, och att en skada uppkommer är tydligen ett resultat. En fara för skada är också ett tillstånd hos ett objekt, men objektet är nu inget avgränsat fysiskt objekt, utan består av ett komplex av relationer mellan olika (särskilt fysiska) objekt. Skillnaden mellan Strahl och Agge i fråga om gränsdragningen mellan effektdelikt och beteendedelikt kan kanske uttryckas på det sättet, att Strahl är mycket mer restriktiv i fråga om de "objekt" vars tillstånd måste undergå förändring vid ett effektdelikt. Strahl synes godkänna blott fysiska personer och saker (inklusive djur) som relevanta objekt.²⁸

²⁸ Åtminstone mera bestående och "naturliga" objekt torde rubriceras som *produkter*, när man lägger vikt vid hur de uppkommit. En produkt kan vara materiell eller icke-materiell (t.ex. ett konstnärligt verk) och tillskrivs indirekt personer eller saker – direkt tillskrivs de en aktivitet eller process. (I ordet "process" ligger för övrigt att både händelse-synpunkten och objektsynpunkten anläggs.) Vid mindre generella ord än "produkt", såsom "skapelse", "arbete", "barn" och "frukt", tillskrivs dock produkten en person eller sak direkt. Se Vendler s. 162.

Det vore givetvis möjligt att införa termen "produktdelikt", varvid t.ex. "beteendedeliktet" penningförfalskning (BrB 14:6) vore att betrakta som ett sådant.

När fråga är om orsaksrelationer (dvs. ej logiska relationer) torde man företrädesvis tala om *följder* när resultaten (kanske också effekterna) är avlägsna eller oförutsedda.²⁹ Som sammanfattande term för verkningar av handlingar är "följd" lämpligare än "resultat" eller "effekt", då ordet har mindre precisa implikationer.

Någon avgörande vikt skall dock inte fästas vid föregående terminologiska synpunkter. En inarbetad juridisk term, dvs. "effektdelikt", behöver inte utgå enbart därför att "resultatdelikt" oftast vore mera träffande. (Det avgörande skälet för att termen bör utgå är att en indelning i effektdelikt och beteendedelikt saknar sakligt underlag.) Terminologisk puritanism är ibland missriktad. J. L. Austin säger:³⁰

Going back into the history of a word ... we come back pretty commonly to pictures or *models* of how things happen or are done. ... In primitive cases we may get to see clearly the differences between, say, 'results', 'effects', and 'consequences', and yet discover that these differences are no longer clear, and the terms themselves no longer of real service to us, in more complicated cases where we have been bandying them about more freely. ... It is possible, and indeed highly likely, that our assortment of models will include some, or many, that are overlapping, conflicting, or more generally simply *disparate*.

9. Agge förefaller i själva verket vara mer intresserad av en indelning i skadedelikt, olika sorters faredelikt och återstående delikt än av indelningen i effektdelikt och beteendedelikt. (Hos Strahl förekommer icke kategorin skadedelikt.) Utsikterna att göra reella distinktioner framstår här i förstone såsom avsevärt ljusare, eftersom det verkar räcka med att man konstaterar huruvida brottsdefinitionen kräver skada, en fara för skada eller ingendera.

Med "skada" menas i första hand, som Agge säger, att "yttre, konkreta objekt ... förstörts eller undergått annan menlig fysisk förändring".³¹ Vad först beträffar skada på person tänker man främst på fall, där personen på något sätt "gått sönder". Runt denna centrala idé grupperar sig sekundära skadebegrepp: personen har upphört att fungera (död), eventuellt temporärt (vanmakt), eller fungerar sämre under längre eller kortare tid (sjukdom). Motsvarande synpunkter kan anläggas beträffande djur och annan egendom. Med en sådan bestämning av skadebegreppet, dvs. innefattande fysisk skada och psykisk skada av sjukdomsnatur, krävs förvisso skada vid åtskilliga typer av brott. Se

²⁹ Jämför Vendler s. 161–162, Hart & Honoré s. 25 och von Wright s. 39–41.

³⁰ Austin s. 150–151.

³¹ Agge s. 277.

t.ex. BrB 3:1, 3:3-4, 3:7-8, 12:1, 12:2, 13:1 och 13:3. Mycket vanligare är emellertid att sådan skada krävs blott i *vissa fall* av överträdelse av ett visst straffbud. Se t.ex. BrB 3:5, 4:3-4, 4:8-9, 6:1-2, 8:5, 9:11, 11:1, 13:4, 13:6-9, 14:4, 14:8, 16:10, 16:13, 17:1-2, 17:10-11, 17:13, 18:6, 21:7 och 22:1-2.

Vid flera av de viktigaste förmögenhetsbrotten förekommer ett krav på ekonomisk skada. I en del fall – se BrB 9:1-5 och 10:1-3 – krävs därjämte vinning för gärningsmannen eller annan (se BrB 23:7). I andra fall räcker det med skada. Se BrB 8:1-6 och *vissa fall* av brott enligt BrB 9:8, 10:5-7 eller 11:1-4. Den ekonomiska skadan består enligt Agge ”i ett försämrande av den kränktes allmänna förmögenhetsläge”.³² Redan en beaktansvärd risk för slutlig förlust medför enligt ekonomiskt bedömande en försämrad förmögenhetsställning, på samma sätt som när en säker fordran övergår i en i viss mån osäker fordran.³³ (Att ekonomisk skada i BrB ”egentligen” innebär fara för skada är ett påstående som förutsätter att man med ekonomisk skada ”egentligen” menar slutgiltig förmögenhetsförsämring.)

Till detta kommer emellertid en åtskilligt mer diffus grupp av fall, som mer eller mindre godtyckligt anses utgöra exempel på skada, ty varje resultat som värderas negativt kan påstås vara en skada (fysisk, psykisk, ekonomisk eller ideell). Sålunda kan skada anses föreligga redan därigenom att en person berövas sin rörelsefrihet, förflyttas mot sin vilja eller hålls inspärrad (se t.ex. BrB 4:1-2). Vidare straffbeläggs icke sällan tillfogande av smärta, lidande, förfång, olägenhet, men, eller dylikt. Se t.ex. BrB 10:4, 12:1-3 och *vissa fall* enligt BrB 3:5, 4:3-4, 4:7 och 10:7. Hänsyn kan också tas till uttryck såsom ”avbräck i utbildningen”, ”men för tjänsten” (BrB 21:12) och ”orsakar riket avsevärt men” (BrB 19:3). Skadegreppet blir givetvis än mer flytande, om man i likhet med Agge förmenar, att skada föreligger redan i och med en besittningsrubbing eller t.ex. när ett fast märke har flyttats. Hur som helst kan man biträda Agge, när han säger att skadebegreppet ”här icke kan fångas i en enkel eller gemensam formel utan ... dess precisering blir en värderande operation vid tillämpningen av varje särskilt lagbud”, varvid den teleologiska metoden har ”sitt givna tillämpningsområde”.³⁴

³² Agge s. 277.

³³ Se Brottsbalken I s. 266.

³⁴ Agge s. 278. Se även t.ex. Strahl, Skada s. 5-25, Waaben s. 193 och Hall s. 213-222.

Om man nu till skadedelikten skall räkna sådana brott som oeftergivligen kräver skada av någon av de nämnda typerna, så blir gruppen skadedelikt nästan omöjlig att avgränsa, såvida man ej lägger avgörande vikt vid att vissa ord förekommer i lagtexten. En annan svårighet är att många brottsdefinitioner visserligen innehåller skaderekvisit, vilka emellertid är alternativa till andra typer av rekvisit.

Om man i stället försöker ge skadebegreppet en klarare avgränsning, t.ex. på det sätt som antytts ovan genom att peka på en huvudgrupp av skador av huvudsakligen fysisk art och det ekonomiska skadebegreppet, och bestämmer gruppen skadedelikt utifrån kriteriet att sådan skada är ett oeftergivet krav enligt brottsdefinitionen, så blir denna grupp så liten och självklar, att man måste fråga sig vad det skall tjäna till att göra en sådan indelning. T.ex. misshandel är då inget skadedelikt. Skall man kanske i stället stipulera att även brott som blott alternativt kräver skada räknas till skadedelikten?

Vi har således kunnat konstatera, hur det det straffrättsliga skadebegreppet undandrar sig entydig precisering och närmast är att betrakta som en mångfacetterad begreppsfamilj. I den mån man med "fara" menar "fara för skada" kommer givetvis faredelikten att präglas av en liknande heterogenitet. Då redan den nu företagna genomgången visar det fåfänga i tanken att man med hjälp av begreppen skada och fara skulle kunna åstadkomma en entydig indelning av brotten, förefaller det onödigt att i detta sammanhang redovisa olika typer av farerekvisit. Dock må påpekas, att ett farerekvisit inte alltid kräver fara för skada. Särskilt gäller detta s.k. abstrakt fara. Det synes inte heller vara erforderligt att genom exempel klargöra sådana notoriska förhållanden som dels, att det ibland i en och samma brottsdefinition förekommer skada eller fara i olika led³⁵ och eventuellt i olika betydelser, och dels, att i några fall förekommer olika varianter av ett visst brott, varvid dessa konstruerats på skilda sätt i fråga om förekomst och art av skada och fara.

10. En indelning av brotten i skadedelikt, olika sorters faredelikt och övriga delikt framstår för mig som en alldeles för enkel klassificering. Den ger ingen rättvisande bild av komplexiteten hos skade- och farebegreppen och, framför allt, av den komplicerade strukturen hos många brottstyper. En annan sak är att denna indelning inrymmer ett visst pedagogiskt värde i det att de tre typerna av brott och

³⁵ Agge s. 288.

deras underavdelningar kan tas som abstrakta modeller, som i viss mån varit eller kunnat vara lagstiftningstekniskt vägledande. Men för rättstillämpning och rättsvetenskap har den ingen betydelse, om man undantar de jämförelser i fråga om fullbordanspunkter som kan göras mellan olika rättsordningar och mellan olika epoker inom en rättsordning; man finner därvid bl.a. att medan modern straffrätt i betydande utsträckning utnyttjar modellen faredelikt, så är t.ex. 1734 års lag och modern engelsk straffrätt i stort sett främmande för den. Ett liknande värde kan emellertid inte tillerkännas indelningen i effektdelikt och beteendedelikt. Om denna kan man med J. L. Austins ord säga: "A distinction which we are not in fact able to draw is – to put it politely – not worth making."³⁶

LITTERATUR

- Agge, *Straffrättens allmänna del: Föreläsningar*. Andra häftet. Stockholm 1961.
- Andenæs, *Almindelig strafferett*. Oslo 1956.
- Andenæs (Unnløtelse), *Straffbar unnløtelse: Et bidrag til strafferettsdogmatikken*. Oslo 1942.
- Austin, *Philosophical Papers*. Oxford 1961.
- Austin (Sense), *Sense and Sensibilia*. Reconstructed from the manuscript notes by G. J. Warnock. Oxford 1962.
- Bouzat & Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie. Tome 1: Droit pénal générale*. Paris 1963.
- Brottsbalken* (I) jämte förklaringar. Band I. Utg. av Beckman, Holmberg, Hult & Strahl. 2. uppl. Stockholm 1968.
- Brottsbalken* (II) jämte förklaringar. Band II. Utg. av Beckman, Holmberg, Hult & Strahl. 2. uppl. Stockholm 1969.
- Gruner, "The Notion of an Historical Event". *The Aristotelian Society*: Supplementary Volume XLIII, 1969.
- Hall, *General Principles of Criminal Law*. 2nd ed. Indianapolis 1960.
- Hart & Honoré, *Causation in the Law*. Oxford 1959.
- Hoflund, *Om farebegreppet i straffrätten*. Stockholm 1967.
- Hurwitz, *Den danske kriminalret: Almindelig del*. København 1952.
- Hurwitz & Waaben, *Den danske kriminalret: Almindelig del*. 4. rev. utg. København 1952.

³⁶ Austin, Sense s. 77.

- Jareborg, *Handling och uppsåt: En undersökning rörande doluslärans underlag*. Stockholm 1969.
- Kenny, *Action, Emotion and Will*. London 1963.
- Mezger & Blei, *Strafrecht I: Allgemeiner Teil*. Ein Studienbuch. 12. neubearb. Aufl. München 1967.
- Nelson, *Ingripanden vid brott: En första lärobok i straffrätt*. Lund 1969.
- Strahl, *Kompendium i straffrättens allmänna del*. 7. omarb. uppl. Uppsala 1969.
- Strahl (Skada), *Om rekvisiten skada och vinning vid förmögenhetsbrotten*. Stockholm 1948.
- Thornstedt, *Om företagaransvar: Studier i specialstraffrätt*. Stockholm 1948.
- Vendler, *Linguistics in Philosophy*. Ithaca, N.Y. 1967.
- von Wright, *Norm and Action: A Logical Inquiry*. London 1963.
- Waaben, *Det kriminelle forsæt*. København 1957.

Alf Ross som straffrättsdogmatiker

Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1999 s. 161–170.

1. Alf Ross föddes den 10 juni 1899, och han avled den 17 augusti 1979. När han 1969 avgick från sin professur vid Københavns universitet bestod hans straffrättsliga produktion av ett antal notiser tillkomna under åren 1926–1951 och några artiklar i dagspressen (1964–1966). Boken *Skyld, ansvar og straf* var emellertid på väg, liksom några uppsatser.¹ Under sitt emeritusdecennium skulle han komma att praktiskt taget helt ägna sig åt straffrätten, och inte bara, som man skulle kunna ha förväntat, åt straffrättsfilosofin utan även i betydande utsträckning åt nationell och komparativ straffrättsdogmatik. Några av hans uppsatser förekommer i flera versioner, och några av hans uppsatser om uppsåt (*forsæt*) finns på flera språk. Det viktigaste i den straffrättsdogmatiska produktionen finner man samlat i *Forbrydelse og straf: Analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del* (1974) och *Über den Vorsatz: Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung* (1979). Föremål för hans undersökningar är centrala delar av straffrättens allmänna del: handlingsbegreppet, tillräknelighet, tillräknan- de och osjälvständiga brottsformer (försök och medverkan).

I sitt förord till *Forbrydelse og straf* säger Ross att ifrågavarande texter inte bygger på hans straffrättsfilosofi, utan direkt på begrepps-

¹ Se *Festskrift til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross* (1969) s. 538–539.

liga och fenomenologiska analyser och studier av dansk rättspraxis samt att de syftar både till att klarlägga problemställningar och till att utgöra underlag för reformer. Hans förhoppningar i sistnämnda hänseende var alltför optimistiska; det är knappast en överdrift att säga att Ross' straffrättsdogmatiska produktion har negligerats.

Detta är i viss mån begripligt. Ross har nämligen en tämligen privat grundläggande uppfattning om den brottsliga gärningens natur, vars konsekvenser är sådana att det i grunden blir omöjligt att stå kvar vid den härskande straffrättsdogmatiken. Jag skall försöka förklara vad denna grundläggande uppfattning, som jag kommer att kalla "Ross' brottsbild", går ut på och varför den bör avvisas. Det är emellertid angeläget att framhäva att åtskilliga av hans texter inte är så nära kopplade till hans brottsbild att deras värde påverkas av huruvida denna accepteras. Jag vill särskilt nämna uppsatserna om tillbakaträdande från brott och om tillräknelighet i *Forbrydelse og straf* samt boken *Über den Vorsatz*. Till denna kategori kan man med vissa reservationer även föra den stora uppsatsen om oaktsamhet.² Straffrättsdogmatikern Ross skrev ungefär 600 sidor; åtminstone hälften är obefläckad av hans brottsbild.

Oberoende härav är Ross nästan alltid fortfarande läsvärd. När jag med några få ord vill försöka karakterisera hans produktion dyker en rad ord som börjar på "i" upp: "intressant", "informativ", "intelligent", och framförallt "intensitet" och "inlevelse". Ross var aldrig rädd för att byta uppfattning, eller kanske snarare att lägga nya dimensioner till gamla; i rättsfilosofiskt hänseende vandrade han ju från Kelsen via Hägerström och logisk positivism till anglosaxisk lingvistisk filosofi. Den rättsfilosof som skrev *Directives and Norms* (1968) var i åtskilliga hänseenden³ en annan rättsfilosof än den som skrev *Ret og retfærdighed* (1953). Och när Ross skriver straffrättsdogmatik finns det, utom på några få ställen (t.ex. vid diskussion av rättsstridighetsbegreppet⁴), ingenting som tyder på att han hört talas om skandinavisk realism. I varje skede framträdde han emellertid med en säregen intensiv inlevelse, uppenbarligen besjälad av en önskan att övertyga

² "Om kriminel uagtsomhed", *NTfK* 1978 s. 69–114. I en not till rubriken anges att uppsatsen ingivits till tidsskriftens redaktion i januari 1978. Förklaringen härtill är att det föregående häftet innehöll en av mig författad uppsats om två sorters culpa, där på ett flertal punkter likartade uppfattningar framfördes. I dag framstår uppsatsen som värdefull genom sin omfattande exemplifiering.

³ Ross är dock fortfarande värdeteoretisk non-kognitivist (s. 64–69).

⁴ "Studie i forbrydelsebegrebets definition", *SvJT* 1976 s. 241–271, på s. 248–257.

andra. Härvid gjorde han i rätt stor utsträckning andras uppfattningar till sina egna, varvid hans pedagogiska ambitioner kunde förleda honom att framträda med större pretentioner i fråga om originalitet än som var berättigade.⁵ I hans straffrättsdogmatiska produktion finns ställen där trivialiteter upphöjs till omständigheter av stor vikt, och där läroboksmässiga påståenden presenteras som närmast originella upptäckter. Dock ger detta alls inte skäl för att avstå från att läsa Ross, utom möjligen hans uppsats om brottsbegreppets definition.⁶

En fråga som inte går att undvika är vilken straffrättslig kunskap och insikt som Ross hade. Jag har fått följande intryck. Dansk litteratur och rättspraxis gjorde han sig väl bekant med, men i övrigt var hans beläsenhet begränsad till partier av standardverk och ett fåtal andra arbeten.⁷ I mycket litade han säkert på sin enorma erfarenhet och sitt sinne för väsentligheter. Men han var också otålig. Det är naturligtvis lätt att förstå att den som vid 70 års ålder börjar syssla med ett nytt rättsområde inte vare sig kan eller vill sätta sig att läsa texter på samma sätt som en oerfaren doktorand. Men det tycks mig svårt att komma ifrån att Ross inte sällan alltför snabbt avfärdade den samlade straffrättsvetenskapen och gav sig in på att röja ny mark, som sedan inte visade sig vara bördig.

Efter Ross' död försåldes hans juridiska och filosofiska litteratur antikvariskt. Katalogen omfattar, bortsett från en del betänkanden, 1400 nummer.⁸ Av dessa är ungefär 50 straffrättsliga böcker, varav över hälften är utländska (inklusive en del engelskspråkig straffrättsfilosofisk litteratur). Anteckningar och understrykningar förekommer i böcker av Agge, Andenæs, Erenius, Hoflund, Jareborg, Jescheck och Strahl, men inte i Brottsbalkskommentaren och böcker av Nelson, Schönke & Schröder, Welzel och Glanville Williams.

2. I det följande skall jag kortfattat kommentera grunderna för Ross' straffrättsdogmatik. Som redan nämnts har Ross en speciell brotts-

⁵ Ett exempel på när gränsen till det otillbörliga måhända överskrids är när Ross i *Directives and Norms* förtiger att han hämtat åtskilligt från J. L. Austin.

⁶ Se fotnot 4.

⁷ Ett nästan obegripligt misstag begår Ross när han säger att Gillis Erenius är författare till den enda nordiska monografin om kriminell oaksamhet och sedan hänvisar till *Criminal Negligence and Individuality* (1976); se i fotnot 2 angiven uppsats s. 94. Ross tycks således aldrig ha sett Erenius' doktorsavhandling *Oaksamhet* (1971) som är ett helt annat verk. Möjligen har Ross trott att doktorsavhandlingen har översatts till engelska.

⁸ Lyngé & Søn, *Catalogue 355, Prof. Alf Ross' efterladte bogsamling*, med förord av prof. Sten Gagnér.

bild; utan förståelse av denna förblir mycket av vad han säger obegripligt. Min diskussion begränsas därmed till att gälla några huvudpunkter i fyra av uppsatserna i *Forbrydelse og straf*: "Hensigt er ikke forsæt", "Om forsøg", "Om samvirke i forbrydelse" och "Om accessoritet ved samvirke i forbrydelse". Deras sammanlagda omfång är emellertid ungefär 175 sidor. Någon detaljerad granskning kan således inte komma i fråga.⁹

I den traditionella straffrättsdogmatiken intar frågor rörande orsakande och principer för begränsning av ansvaret för orsakade följder en central ställning. Ross menar emellertid att brott har inget med orsakande att göra. Han säger detta uttryckligen vid diskussionen av medverkan (s. 129–130).¹⁰ Det framgår indirekt att det samma gäller i fråga om en enskilt agerande gärningsman. Vad som avses är att en person har ansvar endast för orsakssammanhang inom den egna kroppen. Mänskliga handlingar, "såsom sådana", sträcker sig inte längre (s. 14).¹¹

Ross lägger avgörande vikt vid en distinktion mellan två sorters verb: aktivitetsverb och prestationsverb (s. 15–16), vilken torde avses svara mot Gilbert Ryles distinktion mellan "task verbs" och "achieve-

⁹ Vad gäller Ross' kritik av uppsåtsformerna avsikt (direkt uppsåt enligt svensk terminologi) och eventuellt uppsåt (*Forbrydelse og straf* s. 9–77) nöjer jag mig med följande kommentar.

Hans även i andra sammanhang upprepade påstående att avsikt/hensigt inte är uppsåt/forsæt bygger dels på ett cirkelresonemang, dels på att straffbestämmelser skall tolkas i enlighet med Ross' nya dogmatik, och dels på att Ross bryter mot sin egen princip om ansvar för putativa brott.

Hans kritik av eventuellt uppsåt bygger i huvudsak på att gärningsmannens karaktär blir avgörande för huruvida brott begås. Jag delar i stor utsträckning Ross' kritiska synpunkter, men har numera den uppfattningen att det rent begreppsligt inte är något fel på eventuellt uppsåt, eftersom hur man än formulerar denna uppsåtsform så är den logiskt ekvivalent med den hypotetiska varianten av eventuellt uppsåt som i sin tur är logiskt ekvivalent med begreppet likgiltighet. Problemet är därför närmast att bestämma vad som i praktiken skall tillåtas tjäna som skäl för en bedömning att gärningsmannen har varit så likgiltig inför existensen av en omständighet eller inträffandet av en följd att han bör anses ansvarig för uppsåtligt brott. I likhet med Ross menar jag att man bör stanna vid att låta ett visst mått av insikt eller förståelse vara avgörande, varvid kravet på insikt dock bör sättas högre än vid övervägande sannolikhet; se Straffansvarsutredningens betänkande *Straffansvarets gränser* (SOU 1996:185) Del I s. 55 ("insett, uppfattat eller antagit") och motiveringen i kap. 3.

¹⁰ Sidhänvisningarna i texten gäller *Forbrydelse og straf*.

¹¹ I *Directives and Norms* ansluter sig Ross till ett annat handlingsbegrepp (s. 112): "By an 'act' I mean the intentional production of a certain effect or change. An act is consequently individuated by its effect." På s. 116 förklaras begreppet handling (act) vara primärt i förhållande till en aktivitet (activity), dvs. en aktivitet består av handlingar.

ment verbs".¹² (Jag har själv tidigare använt beteckningarna "verksamhetsverb" och "utförandeverb".¹³) Aktivitetsverb hänför sig till kroppsliga eller mentala aktiviteter, medan prestationsverb endast indirekt hänför sig till sådana aktiviteter genom att ange en följd som har orsakats av en sådan aktivitet. Som exempel på aktivitetsverb nämner Ross bl.a. "sjunga", "dansa", "promenera", "meditera", "planlägga", "berätta", "uppmäna", "hota", "se", "höra" och "lyssna", och som exempel på prestationsverb bl.a. "döda", "tvinga", "spränga", "övertala", "uppfatta", "räkna ut", "hjälpa" och "irritera". Ross medger att det kan vara svårt att tillämpa distinktionen och försöker förklara den närmare. Han synes dock underskatta svårigheterna; ett par av hans egna exempel på aktivitetsverb, "uppmäna" och "hota", är inte särskilt övertygande, eftersom sådana handlingar förutsätter att deras innebörd uppfattas av adressaten.

En svårighet vid läsningen av Ross är att han ibland utgår från hur lagen borde vara skriven, och ibland från hur den är skriven. Distinktionen mellan aktivitetsverb och prestationsverb utgör grunden för ett angrepp på traditionell lagstiftningsteknik: lagen bör skrivas om, så att det framgår att förbud och påbud avser aktiviteter, inte prestationer. Samtidigt har Ross naturligtvis klart för sig att lagens formuleringar till övervägande del avser prestationer. En konsekvens av den vikt han lägger vid distinktionen prestation/aktivitet är att han inte synes se några problem med en distinktion mellan effektdelikt och beteendedelikt (korrelatförbrydelser).¹⁴

Utifrån idén om aktivitet som det för vilket en gärningsman ansvarar lägger Ross ut följande progressionsordning för en "veludviklet förbrydelse" (s. 147, se närmare s. 102–109 och även t.ex. s. 40–41):

1. beslutsprocessen,
2. förberedelsen,
3. påbörjat utförande,
4. avslutat utförande,
5. fullbordat brott, och
6. efterföljande tillgodogörande av brottets resultat.

¹² Ross hänvisar till *The Concept of Mind* (1949) s. 143–144.

¹³ I anslutning till Anthony Kenny, *Action, Emotion and Will* (1963) s. 171–186. Se kapitel 6 ovan vid not 14.

¹⁴ Min slutsats i kapitel 6 ovan är att den rubricerade distinktionen är ohållbar.

Ross vill hantera dessa stadier på följande sätt, såvitt gäller en ensamt agerande gärningsman. Att besluta att begå ett brott bör alltid vara straffritt. Att förbereda ett brott bör i vissa fall vara straffbart.¹⁵ (Häri ligger en kritik mot en alltför omfattande försöksreglering i gällande dansk rätt.) Den viktiga skiljelinjen blir den mellan led 2 och led 3. Fullt ansvar bör inträda från det att verkställandet påbörjats. Efter-som aktiviteten är det väsentliga finns det ingen anledning att skilja mellan led 3 (som motsvarar påbörjat försök) och led 4 (som motsvarar fulländat försök), särskilt som denna distinktion enligt Ross är svår att upprätthålla vid beteendedelikt. Skillnaden mellan försök och fullbordat brott bör vara irrelevant för lagstiftaren. Ross godtar dock att man låter en faktiskt inträffad skada eller annan följd påverka straffmätningen; på grund av allmänpreventiva skäl kan man inte bortse från i samhället förekommande rättviseföreställningar även om de är grundlösa.

Sammanfattningsvis: i Ross' brottsbild försvinner distinktionen mellan försök och fullbordat brott, liksom distinktionen mellan ofulländat och fulländat försök. Kvar står endast en distinktion mellan förberedelse till brott och utfört brott. Det kan nämnas att som utfört brott kan ifrågakomma handlingar som enligt svensk försökslära inte ens utgör påbörjat försök (t.ex. att börja köra bil mot den bank som man tänker råna).

3. Hur skall man nu lagstiftningstekniskt nå detta resultat? Ross föreslår dels en allmän bestämmelse som säger att vad som föreskrivs för brott skall tillämpas på den som påbörjat brottets utförande (s. 109), dels att bestämmelser om enskilda brottstyper direkt beskriver de straffbelagda handlingarna (varvid handling = aktivitet). Ross ger bara ett enda exempel på en bestämmelse av den sistnämnda typen, nämligen vad som skulle hända med den danska bestämmelsen (straffeloven § 237) om mord (manddrab). Redan detta exempel gör att det finns starka skäl att tro att Ross på ett för hans projekt helt förödande sätt har underskattat de lagtekniska svårigheterna. Ross vill ersätta "Den som dræber en anden, straffes for manddrab ..." med "Handlinger der er egnet til med overvejende sandsynlighed at forvolde en andens død straffes som manddrabshandling ..." (s. 41). Av den föregående argumentationen synes framgå att den metod som

¹⁵ Beskrivningen av kretsen av straffbara gärningar uppfyller emellertid knappast legalitetsprincipens krav: "som efter deres beskaffenhed, eller de omstændigheder hvorunder de er foretaget, må vække formodning om at være foretaget i forbryderisk øjemed".

skall användas är följande. Efter det att handlings verbet omformulerats till att avse en aktivitet objektivieras ett sannolikhetsuppsåt i förhållande till den skadliga följden, dvs. ett farerekvisit läggs till handlingsrekvisitet. Sådana brottstyper kallar Ross angreppshandlingar. De kompletteras av mindre straffvärda brottstyper där handlingen är "farlig" men inte så farlig som en angreppshandling. I båda dessa fall krävs insikt (i relation till faran eller farligheten) som Ross döper till "forsæt" respektive "hensynsløshed". Saknas insikt kan gärningsmannen eventuellt straffas för att ha begått ett oaktsamt brott. (För Ross kan oaktsamhet inte vara medveten, utan bara omedveten, dvs. gälla situationer där gärningsmannen "borde ha insett" faran eller farligheten.) (Se närmare s. 22–31.)

Det skall inte förnekas att det är tekniskt möjligt att skriva lag på det sätt som förutsätts, när det som skall översättas är något så enkelt formulerat som att orsaka någons död. Men det skulle vara intressant att se hur Ross skulle hantera t.ex. en bedrägeri-, förskingrings-, förfalsknings- eller korruptionsbestämmelse. Om den straffbelagda aktiviteten genomgående beskrivs bara som "handlingar som är ägnade att med övervägande sannolikhet leda till en viss följd", så måste starkt betvivlas att man åstadkommit något annat än att rasera vissa distinktioner; man har inte på något sätt gjort tydligare vilka aktiviteter som omfattas av kriminaliseringen.

Ett förhållande som väcker förundran är att Ross i sitt lagtextförslag rörande mord/dråp inte följer sitt eget recept (dvs. använder ett objektiviserat sannolikhetsuppsåt) utan skriver "er egnet med overvejende sandsynlighed at forvolde en andens død". Saken blir inte mindre märklig när man ser vad Ross 1975 skriver i en uppsats som behandlar fareproblematiken.¹⁶ Hans argumentation i denna har ett flertal syften. Bland annat avvisas en distinktion mellan konkret och abstrakt fara. Antingen föreligger fara eller också föreligger inte fara. S.k. abstrakta faredelikt är rena beteendedelikt. (Även om Ross har rätt i att terminologin är olycklig, så förbiser han ett flertal distinktioner, bl.a. den mellan att en brottsbeskrivning kräver bevisning om någon sorts farlighet – som inte uppgår till fara – och att en brottsbeskrivning inte kräver sådan bevisning.) Av särskilt intresse i sammanhanget är att ett risktagande, som inte nödvändigtvis innefattar konkret fara (exempelvis att köra bil på fel sida i en kurva där sikten är skymd) av Ross konstrueras som putativt brott, dvs. som försök till ett farebrott.

¹⁶ "Om 'konkret' og 'abstrakt' fare", *TjR* 1975 s. 402–428.

Han beaktar inte att detta åtminstone i gällande rätt får ingripande konsekvenser för kriminaliseringen av oaktsamhetsbrott. Uttryckssättet ”ägnad att framkalla fara”, som han alltså själv använder i formuleringen av bestämmelsen om mord/dråp, döms ut med följande ord:

Det er en logisk jammerlig måde at uttrykke det enkle forhold på, at der efter omstændighederne skal straffes ikke blot for fuldbyrdet, men også for putativ forbrydelse, altså hvis situationen bedømt på grund af de omstændigheder der var kendelige for [vederbörande] framstod for ham som farlig.¹⁷

Enligt sin egen bedömning har Ross således framfört ett modellförslag som innebär att beskrivningarna av de enskilda brotten formuleras på ett logiskt jämmerligt sätt, i stället för i termer av putativa brott. Det otjänliga försöket blir det arketypiska brottet.

Även om man bortser från alla praktiska svårigheter med en sådan lagstiftningsteknik, måste frågan ställas om den kan vara rättspolitiskt godtagbar. Ross ställer inte denna fråga, möjligen därför att han utgår från att han i princip håller sig inom ramen för vad som redan är straffbelagt i dansk rätt. Jag vågar inte ha någon uppfattning härom, men kan konstatera att för svensk rätts del skulle Ross' lagstiftningsmetod innebära en mycket radikal utvidgning av det straffbelagda området, vilken skulle stå i strid med hos oss accepterade principer för kriminalisering. Dessutom torde en användning av hans lagstiftningsmetod innebära en påtaglig försämring av rättssäkerheten i det att det blir betydligt svårare att förutse vad som kan bedömas falla under en brottsbeskrivning.

4. Att en gärningsmans uppfattning om den situation vari han gör något är den för straffansvar primärt konstitutiva faktorn blir än tydligare när man läser vad Ross skriver om medverkan. Medverkan är en aktivitet, inte en prestation (s. 129–130). Medverkan är att verka tillsammans med andra, oberoende av om man har framgång eller inte. Ross utgår från att det typiska brottet styrs av en aktionsplan. När flera personer samverkar i brott, är deras olika bidrag samordnade under en för dem gemensam aktionsplan, som ger den samlade verksamheten ett meningsinnehåll. Envar är ansvarig för helheten (s. 160–165). Fullt ansvar inträder redan på förberedelsestadiet, dvs. när mer än en person är inblandad bör all förberedelse vara straffbelagd. Detta innebär bl.a. att ingen medverkan kan misslyckas och att

¹⁷ A. a. s. 419.

försök till medverkan är detsamma som förberedelse (s. 171–174). Lagtekniskt vill Ross skilja mellan huvudmän, medgärningsmän och medhjälpare, varvid medgärningsmannaskap föreligger redan när två personer beslutat begå brott och en av dem förbereder detta (s. 211–212). Anstiftan klassificeras inte som medverkan, utan som en brottstyp *sui generis*, som innebär att någon på visst kvalificerat sätt "tilskynder" (en aktivitet) annan att föröva brott (s. 165–170, 212, 227–231). Systematiken bygger på en princip om solidariskt ansvar för alla inblandade och en idé om en aktionsplan som förutsätter att brottslighet är noga planlagd och organiserad. Maffians verksamhet blir förebilden för brottslighet med mer än en person inblandad. I praktiken måste kravet på aktionsplan i många fall finge-ras, vilket Ross indirekt erkänner när han hävdar att det solidariska ansvaret skall gälla andras gärningar som på grund av ett gemensamt beslut eller en gemensam "förståelse" (tyst överenskommelse?) "måtte påregnes" (s. 151, 225). Detta kan inte förstås på annat sätt än att en medverkandes ansvar gäller även vissa gärningar av andra medverkande vilka inte omfattas av hans uppsåt men som på grund av omständigheterna kunde förväntas (se även s. 121).

Ross' utförliga behandling av hur medverkansansvar bör regleras utgör ingen höjdpunkt i hans produktion, men en detaljerad kritik är i detta sammanhang knappast värd besväret. En för mig avgörande invändning är att även här leder hans dogmatik till en alltför långtgående kriminalisering.

5. Det är hög tid att ställa frågan hur det kommer sig att Ross bygger en hel straffrättsdogmatik på att endast aktiviteter, inte prestationer, skall beläggas med straff och att det som konstituerar kriminaliseringen främst är innehållet i en (ibland närmast fiktiv) aktionsplan, dvs. den handlandes uppfattning om sin situation och följderna av egna och andras aktiviteter. Ross argumenterar inte om dessa utgångspunkter. Han deklarerar att det är irrationellt att sträcka ansvaret längre än till aktiviteter (s. 14). Och villfarelse kan naturligtvis inte bara exkulpera, utan även "kulpera" (s. 96). Ross ansluter sig därmed utan diskussion till den straffrättsliga tradition som ser skuld som konstitutiv för brott.

De två teserna, som vi kan kalla aktivitetstesen och putativbrotts-tesen, är till innehållet olika, och man kan mycket väl godta den ena utan att godta den andra. Aktivitetstesen såsom Ross formulerar den kan jag inte påminna mig ha träffat på hos någon annan, medan

putativbrottstesen åtminstone av straffrättsteoretiker har hållits levande sedan medeltiden och kanske har rötter i romersk rätt. Men som sagt: Ross ansluter sig till båda. Det finns inte anledning att i det här sammanhanget behandla dem olika. Gemensamt för dem är nämligen tanken att ansvar skall både begränsas och konstitueras av något varöver personen i fråga har full kontroll. (I praktiken sker dock sedan en viss utvidgning genom oaktsamhetsansvar och solidariskt medverkansansvar.)

I engelskspråkig moralfilosofi och straffrättsteori har frågan om betydelsen av "moral luck" diskuterats ganska intensivt under de senaste tjugo åren, ofta konkretiserat till frågan om försöksbrottets straffvärde jämfört med det fullbordade brottets straffvärde. Min egen hantering av problematiken har utgått från en distinktion mellan sinnelagsetik (moraluppfattningar som lägger avgörande vikt vid personers avsikter och motiv) och handlingsetik, där även följder varöver vederbörande inte har fullständig kontroll ges betydelse och där skuld inte inkulperar, medan frånvaro av skuld exkulperar. Valet mellan sinnelagsetik och handlingsetik ser jag som ett val mellan två etiskt metafysiska uppfattningar, ett val som för straffrättens del bör göras utifrån överväganden rörande rättssäkerhet och statens roll i ett sekulariserat, demokratiskt samhälle, under beaktande av praktikabilitetshänsyn. Det kan också noteras att putativbrottstesen får bisarra konsekvenser vid brott begångna av omedveten oaktsamhet, och att beröm i olika sammanhang, även moraliskt beröm, i praktiken görs beroende av vad man faktiskt lyckas åstadkomma, oberoende av om det sker under fullständig kontroll.¹⁸

Med Ross' syn på saken blir den här typen av argumentation irrelevant: det gäller inte att utforma straffrätten på bästa sätt utan vi står inför ett val mellan en rationell och en irrationell straffrätt.

Nu kan man förstås använda Ross' egen metod och nöja sig med att blankt påstå att den av Ross avfärdade uppfattningen visst är rationell – det finns inget problem. Vill man vara något mer rationalistisk kan till en början konstateras att mänsklig rationalitet måste ha med mänskliga värden att göra. Mycket grovt kan man indela handlingsskäl i tillfredsställandet av egna kortsiktiga behov och intressen,

¹⁸ Se mina arbeten *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s. 49–51, 114–120, "Criminal Attempts and Moral Luck", *Israel Law Review* 1993 s. 213–226 och "Criminal Attempts and Penal Value", *De lege*, årg. 6 (Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström, 1996) s. 117–134.

tillfredsställandet av egna långsiktiga behov och intressen och tillfredsställandet av för större eller mindre grupper gemensamma behov och intressen. Mänsklig rationalitet kan sägas innebära att nå en rimlig balans mellan dessa olika typer av handlingsskäl.¹⁹

Richard Rorty skiljer mellan tre olika rationalitetsbegrepp:

1. Rationalitet såsom förmåga att hantera sin omgivning genom att anpassa sina reaktioner på yttre stimuli på ett komplext och nyanserat sätt (överlevnadsskicklighet).

2. Rationalitet såsom förmåga att uppställa andra mål än överlevnad och att hierarkiskt ordna sina värden och intressen, dvs. den typiskt mänskliga förmågan att gå utöver anpassning av medel till givna mål.

3. Rationalitet som förmåga till tolerans, att avstå från aggressiva reaktioner mot avvikande, och förmåga att ändra sina vanor och sin personlighet, att finna nya värden och intressen.²⁰

Sådana allmänna funderingar kring rationalitet ger oss emellertid ingen som helst ledning om vi vill bemöta Ross. Frågan gäller något relativt konkret: när överskrider våra metoder och vanor rörande tilldelning av moraliskt klander gränsen till det irrationella? Den som senast har diskuterat saken är Antony Duff i sin i stora delar lysande bok om försök till brott.²¹ Duff påminner om att moraliskt klander som en praxis hör hemma i mänsklig social interaktion där vi uppträder som berörda, som medverkande på ett mer påtagligt sätt än som kallt objektiva observatörer eller bedömare. Om man som Ross önskar begränsa rationellt moraliskt klander till att bygga på en gudomlig bokföring av den typ som kan tänkas upprättas med sikte på den Yttersta Domen bör det åligga en att förklara vad som är så speciellt med just moraliskt klander, varför det i motsats till andra värderingar skall utövas i ett emotionellt vakuum. Att kräva att man inte skall bry sig om hur det går, dvs. att en orsakad skada är irrelevant för bedömningen av vad en gärningsman gjort, är detsamma som att säga att det moraliskt och straffrättsligt är likgiltigt om en person lever eller dör.

¹⁹ Se t.ex. *Straffrättsideologiska fragment* s. 51–53, 224–226.

²⁰ Richard Rorty, "Rationality and Cultural Difference", *Truth and Progress: Philosophical Papers, Volume 3* (1998) s. 186–201.

²¹ R.A. Duff, *Criminal Attempts* (1996), särskilt kap. 12. Se därtill min uppsats "Ett filosofiskt försök: Om Duffs försökslära", *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1998 s. 229–236.

Straffrätten bör inte tillåtas bli reducerad till moralism, där klandret av brottslingar överskuggar allt annat; straffrätten bör vara moralisk i den meningen att den bör vara känslig för vilka värderingar den ger uttryck för i sin praxis, vilka "moraliska budskap" som den för fram. En moralistisk straffrätt som självbelåtet bekämpar "fiender" med alla medel är inget annat än ett verktyg för förtryck, som lätt kan få fascistiska övertoner i det att det viktiga inte är vad någon gör, utan vem som gör det, den som är "ond" (brottslingen) eller den som är "god" (brottsbekämparen). En moralisk straffrätt, som ser även brottslingar som medmänniskor, har inte råd att vid moraliska bedömningar såsom irrationellt avfärda vad som för de flesta är viktigast, nämligen vad som faktiskt händer. Enligt Ross bör det för straffrätten vara utan betydelse om den vårdslöse bilisten dödar ett barn eller om han är nära att köra på ett barn. Det är nämligen irrationellt att lägga vikt vid detta vid tilldelning av moraliskt klander. Det är följaktligen också irrationellt av den vårdslöse bilisten att tycka att han har gjort något värre när han har dödat en barn än när han har varit nära att göra det.

Den modell för moraliskt klander som Ross och andra "subjektivister" tar som mer eller mindre självklar kan knappast vederläggas; metafysiska positioner kan sällan påvisas vara sanna eller falska i vanlig mening. Men detsamma gäller den modell som Ross avfärdar som irrationell. Därmed blir fältet öppet för mer pragmatiska överväganden. Jag har redan sagt tillräckligt härom för att ingen tvekan borde råda om att jag inte ser några nämnvärda förtjänster hos Ross' brottsbild.

Vilseledande genom antydningar

Festskrift till Per Olof Ekelöf, Stockholm 1972, s. 423–461.

The degree of muddle in ordinary language will correspond to the degree of muddleheadedness of the ordinary man, and this is considerable.

ISABEL C. HUNGERLAND

1 INLEDNING

A vill sälja sin bil till B. Han säger ”Bilen har bara gått 1 000 mil”. Vägmätaren visar 1 000 mil. B litat på att A talar sanning och att vägmätaren visar rätt. Han köper bilen för det begärda priset. I verkligheten är bilen inte värd detta pris, framför allt därför att den gått 8 000 mil. B skulle aldrig ha kommit på tanken att köpa bilen för det begärda priset, om han hade förstått detta. B har blivit lurad.

Det relaterade fallet är naturligtvis ett typexempel på bedrägeri (Brottsbalken kap. 9 § 1). B gör något (köper bilen) som innebär ekonomisk skada för honom och ekonomisk vinning för A. Ett avgörande skäl för B:s handling är att bilen – som han tror – har gått endast 1 000 mil. Men denna tro är felaktig. Villfarelsen har uppkommit genom att A har påstått, att bilen bara gått 1 000 mil, och genom att B sett vad vägmätaren utvisar. För att bedrägeriparagrafen skall vara tillämplig erfordras, att B:s disposition har orsakats av villfarelsen och att A har orsakat villfarelsen. I exemplet är dessa förut-

sättningar uppfyllda. A har således gjort sig skyldig till bedrägeri, om hans uppsåt täcker de två orsakssambanden och förmögenhetsöverföringen.

I denna uppsats kommer endast frågor att behandlas som har att göra med det första kausalledet: A vilseleder B. Det förutskickas, att övriga villkor för bedrägeriansvar är uppfyllda, således även uppsåtsrekvisitet. För enkelhets skull används symboler för satser och personer. "A" syftar på bedragaren och "B" på den bedragne. Att B tror att q är i det följande alltid den faktor som är den relevanta orsaken till hans disposition (därför att det – som B tror – faktum att q är avgörande skäl för hans handling eller underlåtenhet).

I typexemplet var situationen ungefär denna: B trodde inte att q. A påstod att q. Därefter trodde B att q. – Även i ett så enkelt fall kan det vara svårt att påvisa orsakssamband. Fall av denna osofistikerade art kommer emellertid att förbigås i fortsättningen. Även om man inskränker sig till den form av vilseledande som består i att man *uppväcker* en felaktig tro¹ hos en annan person, finner man snart att många bedrägerier bygger på åtskilligt subtilare medel för vilseledande än ett lögnaktigt påstående att q. Domstolarna är då anmärkningsvärt litet intresserade av att försöka förklara hur villfarelsen rimligen kan ha uppkommit. De nöjer sig med konstateranden om att "genom att göra x har A ingivit B den föreställningen att q" (se t.ex. *NJA 1947 s. 612* och *NJA 1963 s. 564*), om de överhuvudtaget säger något i frågan. Om A säger "Bilen har gått 1 000 mil", när den har gått 8 000 mil, så har han inte direkt ljugit. Bilen har ju gått 1 000 mil, men den har också gått ytterligare 7 000 mil. B kommer dock säkerligen att tro, att bilen har gått endast 1 000 mil. Om A inte säger något alls, så har han inte heller ljugit. Men på grund av vägmätarens ställning kommer B kanske ändå att tro att bilen bara gått 1 000 mil. A kan vilseleda B utan att behöva ljuga och utan att behöva säga något. Säger han något osant, så behöver detta inte vara "q", ty B kan ändå komma att tro att q. Det som gör dessa möjligheter att vilseleda intressanta är att de är *rationella medel* att vilseleda, därför att de bygger på regler, lagar eller andra generaliseringar. De är därför betydelsefulla när det gäller att förklara hur en villfarelse upp-

¹ Jag kommer inte att gå in på frågan i vad mån vilseledande kan äga rum, när B redan tror att q (förstärkande, vidmakthållande och utnyttjande av villfarelse).

Undantagsvis kan A bedra B genom att få honom att tro på möjligheten att q. B tror då att det kanske är sant att q och denna möjlighet är för honom tillräckligt skäl att företa den förlustbringande dispositionen. Se Schönke & Schröder s. 1329.

kommit, men de har också en viss roll för bevisningen av villfarelsens existens och den föregivne bedragarens uppsåt. (Om B på tokiga grunder kommer fram till en i och för sig rimlig slutsats och A har förutsett att han skulle dra denna slutsats, ehuru på rationella grunder, så har A erforderligt uppsåt. Kan man inte genom ett rationellt resonemang komma till den slutsats som B dragit, så har A ett starkt stöd för att han inte förstått att B skulle dra slutsatsen i fråga.) I princip behöver visserligen en villfarelse inte vara rationell för att bedrägeriansvar skall aktualiseras. Det anses räcka med s.k. subjektiv error. Åtskilliga bedrägerifall låter sig alltså inte alls förklaras med att villfarelsen uppkommit på något av de i det följande presenterade sätten. Men vid konkurrens mellan en rationell och en irrationell förklaring till uppkomsten av en villfarelse får presumeras, att den rationella förklaringen har företräde. (Bortsett från frågans betydelse för bevisningen, är det också så att vissa rättspolitiskt motiverade inskränkningar i bedrägeriparagrafens tillämpning huvudsakligen avser fall av irrationell villfarelse.)

Det går inte att säga mycket i ämnet vilseledande genom antydningar, om man inte beaktar de resultat som nåtts av semantiskt inriktade filosofer. Den forskning som bedrivits är dock i centrala delar än så länge tentativ och föga djupgående. Detta påverkar naturligtvis framställningens precisionsgrad. Viktigare är emellertid att det utrymme som står till mitt förfogande omöjliggör tillräcklig argumentation och exemplifiering. Kategoriska generaliseringar som i annat sammanhang skulle ha varit otillbörliga har inte kunnat undvikas. Anspråk på fullständighet är uteslutet. Vad jag kan hoppas åstadkomma är blott några brandgator på ett område där juristen bara ser en djungel.

Mitt ämne ligger vid sidan av dem som huvudsakligen intresserat den man som hedras med denna festskrift. Men Per Olof Ekelöf har aldrig tvekat att i filosofi och semantik se för rättsvetenskapen tjänliga hjälpmedel. Själv har han t.ex. demonstrerat "angelägenheten av att juristernas språkvanor granskas från semantiska utgångspunkter".² Då jag i dessa hänseenden – därmed inget sagt om andra – delar Ekelöfs uppfattning och vill se denna uppsats som ett bevis därpå, är det min förhoppning att den skall också av andra kunna betraktas som en adekvat beståndsdel i en festskrift till honom.

² Ekelöf s. 505.

2 TOLKNING AV SPRÅKHANDLINGAR

Låt oss tills vidare anta, att A uttalar en sats och därigenom påstår något. A säger något som är sant eller falskt och B tror att A talar sanning. Men *vad* säger A?

En språklig sats kan tolkas på olika sätt och från olika synpunkter. Den *faktiska betydelsen* hos en uttalad sats är en funktion av allmänt språkbruk, speciellt språkbruk (t.ex. för en viss grupp människor eller för en viss människa), inklusive tekniskt språkbruk, talarens stipulationer rörande sitt språkbruk och kontexten. Med "kontext" avses det språkliga och icke-språkliga sammanhang vari en sats uttalas. Till kontexten hör sålunda innehållet i de omgivande satserna, den saktliga situationen i tid och rum, konventioner och uppfattningar som inte görs explicita men får antas delas av talare och adressat, dessas personliga bakgrund och syften, det ämne som står i centrum för intresset, osv. För bestämmandet av den faktiska betydelsen hos en språklig sats har kontexten den rollen att flertalet tolkningsalternativ, som kan uppställas utifrån vad man vet om ordens betydelser enligt språkbruket, kan avskrivas som icke tänkbara därför att de inte passar in i sammanhanget.

Det är emellertid inte säkert, att den faktiska betydelsen överensstämmer med den *avsedda betydelsen*. Felsägningar, slarv eller en önskan att uttrycka sig språkligt ekonomiskt gör att vi ofta säger något som har en annan faktisk betydelse än en sats som vore ett korrekt uttryck för vad vi avser att förmedla. Eftersom den avsedda betydelsen är den som för en adressat är mest intressant, är vi tämligen öppna för att avvikelser från allmänt och speciellt språkbruk äger rum och drar ofta med hjälp av kontexten slutsatser om avsedd betydelse som går emot dem som skulle dras om språkets regler utgjorde ramen för tolkningen. Standardiserade sätt att säga "p" när man avser att säga "q" exemplifieras av ironiskt tal (man säger helt enkelt motsatsen till vad man avser att säga), understatements (man utgår från att adressaten egentligen inte behöver informeras, utan bara erinras om att q) och all användning av metaforer ("friska" bilder, varigenom uppmärksamheten dras till vissa likheter utan att man direkt talar om vari dessa består).

För det tredje har vi emellertid också att räkna med att den *uppfattade betydelsen* kan avvika från den faktiska och/eller avsedda betydelsen. Adressaten kan höra fel, ha en felaktig uppfattning om språkets regler, vara obekant med speciellt språkbruk, dra felaktiga

slutsatser utifrån kontexten eller på annat sätt misstolka talarens yttrande.

Möjligheterna för B att bli lurad kan utifrån dessa distinktioner redovisas på följande sätt:

(a)

A säger q och menar q: B uppfattar som q: B vilseleds om q är osant

(b)

A säger p och menar q: B uppfattar som q: B vilseleds om q är osant

(c)

A säger q och menar p: B uppfattar som q: B vilseleds om q är osant

(d)

A säger p och menar p: B uppfattar som q: B vilseleds om q är osant

(e)

A säger p och menar r: B uppfattar som q: B vilseleds om q är osant

A kan således tala sanning och ändå vilseleda B i fallen (b), (d) och (e), och han kan avse att säga något sant och ändå vilseleda i fallen (c), (d) och (e). Om q i stället är sant, så är förstås (d) det mest påtagliga exemplet på ett misslyckat försök att lura B.

Från rättspraxis må anföras *NJA 1944 s. 402*, där den avsedda och den uppfattade betydelsen hos "köp på avbetalning" var olika, och *SvJT 1964 rf s. 83*, där A:s uttalanden enligt honom borde tolkas som "Om ni skriver under, så måste ni betala 15 × 40 kronor", men av B tolkades som "Om ni skriver under, så måste ni betala 40 kronor".³

En påståendesats innehåller liksom andra typer av satser ofta identifierande ord eller uttryck, varigenom någon eller något utpekas. I återstoden av satsen sägs sedan något om den utpekade personen eller företeelsen: "Den där mannen är rektor vid Uppsala universitet". Talaren *refererar* till någon med ett subjektuttryck. Eftersom det är talaren och inte de använda orden som refererar, finns det ingen anledning att skilja mellan faktisk och avsedd referens. Den uppfattade referensen kan emellertid på varierande grunder avvika från den avsedda. Om professor Segerstedt står och samtalar med professor Ekelöf, och A pekar på Segerstedt och säger "Den där mannen är rektor vid Uppsala universitet", men B tycker att A pekar på Ekelöf,

³ Eftersom det rörde sig om ett samtal, där A försökte att undvika att tala i klartext, får dock antas att B inte bara tolkade utan även bearbetade A:s yttranden. Om fallet, se Strahl, SvJT 1967 s. 420.

så får B givetvis en felaktig uppfattning om vem som är universitetets rektor: B blir vilseledd därför att han feltolkar referensen. (Att peka enbart med ord är mer sofistikerat än att dessutom använda ett finger, men även den primitiva pekgesten är konventionell och fyller sin funktion bara om man har lärt sig vissa regler.)

Att uttala en sats är för det mesta att utföra en språkhandling. Språkhandlingar kan klassificeras på en rad olika sätt: mycket generellt kan man t.ex. skilja mellan påståenden, frågor, befallningar, förutsägelser, löften, råd, etc. (Observera att samtliga dessa beteckningar är process/produkt-tvetydiga.) En sats som t.ex. "Jag kommer i morgon" kan under olika omständigheter, med hänsyn tagen till kontexten, inklusive tonfall och gester, vara ett påstående eller en fråga eller en förutsägelse eller ett löfte eller en hotelse eller enbart ett avsiktsuttryck. Talaren kan, men behöver inte, ha en bestämd avsikt om hur hans yttrande skall fattas, vilken *illokutionär innebörd* det har.⁴ Har han ingen speciell avsikt i detta hänseende kan emellertid adressaten tillskriva yttrandet en särskild innebörd. Har han en speciell avsikt, så kan denna missuppfattas. Ett uttryck för en avsikt att komma kan t.ex. uppfattas som ett löfte att komma. Det finns möjlighet att skilja mellan faktisk och avsedd innebörd, bara när talaren använder ord som enligt språkets regler uttryckligen anger vilken sorts språkhandling som företas. Satsens faktiska betydelse binder då talaren vid en viss illokutionär innebörd. Den som säger "Jag lovar att komma" har avgivit ett löfte, även om avsikten har varit att företa en annan sorts språkhandling. (För att kunna ha en sådan avsikt måste han tro att de ord han avser att använda är tjänliga medel för att förverkliga avsikten.)

Således: när A säger "p", kan B tolka hans yttrande som "q". Denna tolkning kan hänföra sig till olika dimensioner av satsens mening: dess betydelse, referens eller innebörd. I en talsituation är kontexten alltid en avgörande faktor för tolkningen av en sats. Men också sammanhanget kan ses på olika sätt och ett beaktande av kontexten besvarar inte alla frågor. Missuppfattningar kommer lätt till stånd. A kan vilseleda utan att ljuga. Inte sällan kan han förutse att han kommer att missuppfattas.

⁴ Se närmare Austin, Furberg och Searle.

3 ALLVARLIGT TAL

När någon ljuger, bluffar eller skryter, säger han något han inte menar. Inte så att han inte menar, dvs. avser, att säga det han säger, utan så att han inte är allvarlig, uppriktig. För att någon skall bli lurad krävs emellertid inte bara att talaren uppfattas som uppriktig; först måste han uppfattas som allvarlig i sitt tal i en mer grundläggande betydelse. Allvarligt tal kontrasteras då dels mot tal som består i att man producerar begripliga ord utan att utföra en språkhandling (t.ex. testar en mikrofon, talar i sömnen, övar uttal eller våltalighet eller leker med ord), dels mot fiktivt tal (dvs. språkhandlingar i en fiktiv värld, inom ramen för en roman, ett teaterstycke, etc.).⁵ I det senare fallet förekommer i motsats till i det förra ett visst inre sammanhang hos det sagda; på ett sätt är talet allvarligt, men bara inom gränserna för den fiktiva världen. Till icke allvarligt tal får också räknas vissa skämt, som har formen av påståenden, men som framförs enbart för att roa eller håna. (Att citera ett påstående utan att själv vilja stå för det påstådda kan däremot sägas vara en allvarlig språkhandling.) På gränsen mellan allvarligt tal och icke allvarligt tal ligger "allvarliga" skämt och satiriskt tal. Avsikten med en satir är att blottlägga mänsklig dårskap genom att få vad som framställs som allvarligt tal att väcka löje, hån eller motvilja, samtidigt som det skall framgå att upphovsmannen vänder sig mot det han synbarligen påstår. För att fiktivt tal skall vara satiriskt måste det tolkas som icke fiktivt.

En missuppfattning av icke allvarligt tal är något sällsynt i bedrägerisammanhang. Men liksom understatement, metaforer och ironiska vändningar kan uppfattas bokstavligen, så kan uppenbarligen icke allvarligt tal uppfattas som allvarligt. B kan tolka ett yttrande av A som ett påstående, fastän A inte utförde någon språkhandling. Omvänt kan B bli lurad därför att han uppfattar t.ex. ett påstående av A som ett skämt: A säger till bankkassören att checken han vill ha inlöst är förfalskad, denne tror honom inte emedan han uppfattar yttrandet som ett skämt.

I det följande behandlas inte tolkningar av vad A säger, utan *bearbetningar* därav. Medan en tolkning av "p" ("q") ersätter "p", lämnas vid en bearbetning "p" oförändrad och en annan sats "q" läggs till. (Ingenting hindrar förstås att "p" först tolkas på visst sätt och

⁵ Se t.ex. Furberg s. 107–110, Hungerland s. 224–226, Nowell-Smith, *Implication* s. 7–8. Om fiktivt tal som allvarligt menade påståenden, se Ryding s. 130–152.

alltså ersätts av en annan sats, som sedan blir föremål för bearbetning.) Om man anknyter till den juridiska tolkningsläran, så är det som här kallas "bearbetning" en del av vad som brukar kallas "utfyllnad". För enkelhets skull kommer jag nu att utgå från att tolkning av "p" inte behövs, dvs. att inga relevanta skillnader mellan avsedd och uppfattad mening föreligger. Vad som skall visas är att B ändå kan ha goda skäl för att tro att q, när A säger "p".

4 IMPLIKATIONER

Inte alltid går det att klart skilja mellan fall där "q" är en tolkning av "p" och fall där "q" är en slutsats utifrån "p" och någonting annat. Ty som anmärkts har kontexten en avgörande betydelse för tolkningen av "p", och inte sällan är det mest träffande att säga att adressaten drar slutsatser, när han tolkar "p" med hjälp av resonemang om vad talaren kan ha menat i det ifrågavarande sammanhanget. Adressaten måste anta att språkhandlingen är rationell för att han skall nå ett tolkningsresultat.

Emellertid kan pekas på en rad typer av fall där ingen tvekan kan råda om att vi har att göra med slutledningar, samtidigt som det framstår som uppenbart att det är oriktigt att säga att "q" är en tolkning av "p". Visserligen påstår A, som förut, att p och B kommer att tro att q, men det resultatet når han genom att acceptera p och tillämpa en allmän regel eller lag. Även om det inte är psykologiskt rättvisande att göra så, kan slutledningen representeras på följande sätt: "p" – Men: "Om P, så Q" – Alltså: "q". Den inblandade hypotetiska och generella satsen "Om P, så Q" kan vara av varierande karaktär. Utan att närmare gå in härpå, skall jag framhålla de viktigaste typerna.

Den hypotetiska satsen kan vara empirisk. Först att nämna är då implikationer som bygger på kausala samband. A: "Din ohängde unge har kastat en stor sten på mitt köksfönster." B kommer förstås att tro att hans förhoppningsfulle son har krossat A:s fönsterruta. En relevant generalisering behöver dock inte ha den fasta anknytning mellan villkorssats och följsats som en kausal implikation ger. Det kan i stället röra sig om mer eller mindre sannolika sammanhang. I undantagsfall kan de vara underbyggda av probabilitetskalkyler. I vardagslivet rör vi oss i allmänhet med åtskilligt mindre sofistikerade underlag för generella sannolikhetsomdömen: vår erfarenhet säger oss att det brukar vara så eller så (men undantag finns), och vi litar också på andras erfarenhet. Vi har sådana allmänna uppfattningar rörande

livets alla områden, och oförfärat använder vi dem som underlag för galna slutsatser (många slutsatser blir dock vettiga: annars skulle generaliseringarna snart överges). Generaliseringarna kan hänföra sig till enskilda personers vanor och karaktär. A: "C lovade att vara här kl. 15." B: "Då är han säkert här kl. 15." Ty C är synnerligen noga med att hålla sina löften.

I nu nämnda fall kan talas om *induktiva implikationer*. Dessa kan kontrasteras med *normativa implikationer*. Medan underlaget för de förra utgörs av iakttagelser om regelbundenheter, baseras de senare på uppställda eller eljest accepterade regler, de må vara juridiska eller moraliska regler, etikettsregler, spelregler eller andra konventioner. A: "Det är midnatt." B: "Jag bör sänka volymen på min radio." Ty om natten bör man undvika att störa sina grannar.

Av särskilt intresse är de implikationer som bygger på regler om ords betydelser. Det är främst för sådana fall som ordet "implicera" används. Att A är ungkarl implicerar att A är ogift. "Vara ungkarl" och "vara ogift" är synonymer. "Om A är ungkarl, så är A ogift" är en analytisk sats. Den är nödvändigt sann på grund av språkets regler. "Om A är ungkarl, så är A inte ogift" är i konsekvens härmed själv motsägande. Självfallet kan tveksamhet råda rörande vilka satser som är analytiska, eftersom språkets regler inte är vare sig precisa eller oföränderliga.

Sist angivna typ av implikation skulle kunna kallas logisk. Men då det finns andra typer av implikationer som har med logik att göra, synes det vara säkrast att i stället tala om *strikt implikationer*. Det strikta implikationen måste sålunda klart skiljas från det som logikerna kallar den *materiella implikationen*. I denna mening implicerar "p" "q", om den traditionella logikens sanningsvärdetabell för " $p \supset q$ " är uppfylld. Den materiella implikationen kan inte bekymmersfritt läsas "om p, så q", utan är snarare liktydig med "antingen icke-p eller q", dvs. det enda som kan falsifiera den hypotetiska satsen är att både "p" och "icke-q" är sanna. Något rationellt samband mellan p och q krävs inte. Det är tydligt, att den materiella implikationen har mycket litet att göra med vardagslivets slutledningar. För dessa tillkommer något väsentligt, nämligen ett antagande att det är sant att p.⁶

⁶ Det är då inte nog med att påvisa att det är sant att q för att implikationen "om p, så q" skall befinnas vara sann; i stället måste visas att det är sant att q samtidigt som det är sant att p. Sambandet mellan villkorssats och följsats är således mycket starkare hos andra implikationer än den materiella. Se närmare t.ex. Chipman.

Hur kan då B bli lurad? Det krävs, att han kommer att tro att q på grund av en slutledning utifrån det som A säger ("p") och att "q" är osant. Det enklaste fallet är att A talar osanning, B tror på A, gör en korrekt slutledning och når den felaktiga tron att q. Men det är också möjligt att A talar sanning och B gör en felaktig slutledning.⁷ Den generella sats som B utgår från är då antingen felaktig eller inte tillämplig. Dess bristande tillämplighet kan bero på att den inte gäller för ifrågavarande typ av fall (som då täcks av undantagsregler eller lagmässiga undantag) eller på att dragande av slutsatser utifrån vad som är sannolikt, vanligt, normalt, karakteristiskt eller brukligt alltid innefattar en risk för att slutsatsen blir felaktig.

Så långt har jag befattat mig med vad läsaren måste uppfatta vara trivialiteter. Återstoden ägnas implikationer som måhända skall finnas vara något mindre självklara.

5 PRESUPPOSITIONER

A: "Min bil har bara gått 1 000 mil och är i gott skick. Du kan få köpa den billigt." B är intresserad och lämnar handpenning. Priset skall man komma överens om senare, när B inspekterat bilen. Men bilen existerar inte. B har otvivelaktigt blivit lurad att betala en viss summa pengar till A. Men hur har det gått till? Har A verkligen sagt något osant?

Om någon påstår att p och p strikt implicerar q, så hindrar inget att vi tillskriver vederbörande att också ha påstått att q. I det anförda exemplet låter det sig svårligen göra att hävda att "Min bil har bara gått 1 000 mil" strikt implicerar "Jag har en bil". "Jag är ungtkarl och jag är inte ogift" är självmotsägande. "Min bil har bara gått 1 000 mil och jag har ingen bil" är en lika funktionslös sats. Men de två satskombinationerna är ändå olika, vilket framgår om man negerar deras första sats. "Jag är inte ungtkarl och jag är inte ogift" är en analytisk sats. "Min bil har inte gått bara 1 000 mil och jag har ingen bil" är precis lika egendomlig som "Min bil har bara gått 1 000 mil och jag har ingen bil". Det är tydligen inte så att p strikt implicerar q, utan så att (p eller icke-p) strikt implicerar q. Detta kan också uttryckas

⁷ Se Williams s. 398–400 om hur B kan dra felaktiga slutsatser, därför att han saknar förmåga eller inte bryr sig om att klarlägga de strikta implikationerna, t.ex. när avancerade matematiska beräkningar krävs.

så, att om satsen p är antingen sann eller osann, så är satsen q strikt implicerad.

Denna logiska relation, av upptäckaren P. F. Strawson kallad "presupposition" (därav den våghalsiga rubriken till detta avsnitt), har blivit föremål för livlig diskussion i den filosofiska litteraturen.⁸ Efter ett par decennier är meningarna fortfarande delade om hur den rätteligen bör analyseras. I detta sammanhang saknas skäl att gå in på den förda diskussionen. För mina syften må räcka med att framhålla följande.

För att det överhuvudtaget skall finnas anledning att hävda att p ("Min bil har bara gått 1 000 mil") inte strikt implicerar den existentiella satsen ("Jag har en bil") krävs att man kan påstå att p utan att säga något som är vare sig sant eller osant. Att så kan ske synes vara en allt vanligare åsikt. Förutsättningarna är då dels att subjekttermen är ett refererande uttryck (dvs. en term som har till funktion att identifiera någon eller något, varom sedan något påstås), dels att denna term saknar referens.⁹

Liksom andra satstyper än påståendesatser kan strikt implicera andra satser, så kan andra satstyper än påståendesatser "presuppose" existentiella satser, om de innehåller refererande uttryck.

Hur man än betraktar ifrågavarande slutledningar är tydligt att talaren är lika ansvarig för dem som om han uttryckligen påstått det de innehåller. Som medel för vilseledande kan en presupposition utan vidare jämföras med en strikt implikation. Av särskilt intresse är att B kan via en korrekt slutledning komma att tro att q ("A har en bil"), även om han är övertygad om att A ljuger när han påstår att p ("Min bil har bara gått 1 000 mil").

⁸ Här skall blott hänvisas till Strawson, Strawson, Logic s. 21–52, Strawson, Reference, Austin s. 48–51, Furberg s. 151–153, Black s. 48–57, Hungerland s. 238–253, Linsky s. 90–99, Vendler s. 65–67.

⁹ Antagligen får man göra den begränsningen, att det inte blir aktuellt att räkna med påståenden utan sanningsvärden, om vad A gör är att tala om ett ämne som är introducerat i sammanhanget utan att den referenslösa termen ingår i en rimlig beskrivning därav. Om vad A talar om är hur långt hans bil har gått och han inte har någon bil, då är hans påstående varken sant eller osant. Om vad A talar om är vilka bilar som har gått högst 1 000 mil – därför att denna fråga har ställts av någon – då har A påstått något osant, om han inte har någon bil.

6 PRAGMATISKA IMPLIKATIONER

6.1 Att indicera att q genom att göra något

Vi kommer nu till en sorts slutledningar som det är svårare att få grepp om.¹⁰ Att så är fallet beror på flera saker. Det rör sig inte längre om slutledningar från en sats till en annan, utan från en handling till en sats. Det är alltså inte satsen "p" som tolkas som "q" eller implicerar (på någon grund) "q", utan en handling (A gör x) som implicerar "q". Detta kan även uttryckas så att en person, genom sin handling, implicerar eller (hellre) *indicerar* att q. Trots språkets brister i fråga om precision är en språklig sats ett under av entydighet om man jämför med kroppsliga handlingar. Det är ofta synnerligen oklart vilken beskrivning av en handling som är mest adekvat eller utifrån vilka skäl eller motiv den företas. En följd härav är motsvarande oklarhet i fråga om handlingens pragmatiska implikationer. Slutligen är själva reglerna för pragmatiska slutledningar tämligen generella och vaga; deras tillämplighet i det konkreta fallet kan också på denna grund vara föremål för tvivel. Härtill kommer att olika uppfattningar kan råda om vad som är rationellt eller normalt.

I en del fall bygger en pragmatisk slutledning faktiskt på en strikt implikation. Det sker då en korrekt beskrivning av vad A gör ("p") strikt implicerar "q". I så fall är det logiskt omöjligt att göra x utan att "q" är sant. För att något sådant skall kunna påstås måste det finnas regler som definierar handlingen på sådant sätt att det faktum att q definitionsmässigt är en nödvändig förutsättning för att x skall kunna utföras. Härav torde följa att pragmatiska slutledningar på denna grund i första hand är en affär för jurister, teologer och personer som medverkar i idrott eller spel, eftersom det främst är rättshandlingar, ritualhandlingar och handlingar inom ramen för idrott eller spel som är så väl reglerade att vad som görs räknas som en nullitet, därför att "q" är osant. A kan inte viga B och C utan att vara behörig att förrätta vigsel. Om nu A förrättar en "vigsel" utan att vara behörig, så har han inte förrättat en vigsel. Men genom sin handling har han indicerat att han var behörig att förrätta vigsel.

¹⁰ Rörande pragmatiska implikationer (tidigare kallade kontextuella implikationer) och principer för språklig kommunikation hänvisas till Nowell-Smith s. 80–87, Nowell-Smith, *Implication*, Austin s. 48–50, Grant, *Hungerland*, Strawson, *Reference* s. 97–98, Furberg s. 98–107, 110–111 och Andersson & Furberg s. 17–36.

En amerikan sålde en gång Brooklynbron till en immigrant. Otivelaktigt indicerade han att han ägde bron eller eljest hade behörighet att sälja den. Men åtminstone enligt svensk rätt (se Köplagen § 59) är inte behörighet att sälja en nödvändig förutsättning för att en försäljning skall äga rum. Här går det alltså inte att falla tillbaka på strikta implikationer. Visserligen synes det möjligt att också här ersätta handlingen med en beskrivning av den ("p") och sedan hävda, att någon sorts logisk relation råder mellan "p" och "q". Men problemet är att denna relation inte är någon av de traditionellt logiska: "p och icke-q" är inte självmotsägende och kan utan vidare vara en sann satskombination. Ett försök att reducera den pragmatiska implikationen till en logisk relation mellan satser anses i allmänhet också innefatta en förvrängning av det väsentliga faktum, att det är en person som genom sin handling ger underlag för slutsatsen.

Den som använder en check som betalningsmedel ger underlag för slutsatsen att mottagaren kan lösa in checken på bank den angivna betalningsdagen. Den som presenterar en check i en bank kan föranleda kassören att t.ex. dra slutsatserna: "A önskar utfå det på checken tecknade beloppet", "Checken har tackning", "Checken är utfärdad av behörig person". A är ansvarig för att ingivit kassören dessa föreställningar, trots att han ej sagt något eller ej sagt något som implicerar dessa föreställningar eller gjort något, vars beskrivning implicerar dessa föreställningar; kassören är likväl *berättigad* att dra slutsatserna.

De slutsatser som kan dras utifrån en handling är dels psykologiska ("A tror att ...", "A avser att ...", etc.), dels sådana som har att göra med handlingens mål och förutsättningarna för att nå detta mål.

Förklaringen till att man är berättigad att dra slutsatser av angiven art är att allt vårt tänkande om handlingar, hela vårt begreppssystem för kategorisering av mänskligt beteende, bygger på en presumtion som kan karakteriseras som *principen om handlingens vettighet (rationalitet) eller normalitet*. Med att något är "rationellt" eller "normalt" menas då, att beteendet når upp till en viss standard (det normala behöver alltså inte sammanfalla med det genomsnittliga eller vanliga). Om inget direkt tyder på att denna princip är satt ur spel, drar vi därför slutsatsen att den aktuella handlingen är så beskaffad i fråga om mål och förutsättningar för målets uppnående som den *bör vara* för att i det ifrågavarande sammanhanget framstå som rimlig och normal. Sålunda har man i regel inget rimligt skäl att presentera en check för en bankkassör om man inte önskar utfå det belopp checken anger, och det normala, riktiga, sättet att få ut pengar på en check är

att presentera en check som har täckning och inte är förfalskad. Iakttagelser om sociologiska regelbundenheter kan väl inte fränkännas allt inflytande på vad som uppfattas som vettigt eller normalt, lika litet som iakttagelser om kausala samband (medel/mål-resonemang). Men det är av vikt att framhålla att en pragmatisk slutledning inte är induktivt grundad, utan stöder sig på föreställningar (eller regler) om vad som är vettigt eller normalt. *Genom att göra x indicerar A "q", om handlingen skulle framstå som obegriplig, vettlös, irrationell, absurd, eller eljest onormal, för det fall att A samtidigt påstår att icke-q.* Om A presenterar en check i en bank och samtidigt påstår att checken är förfalskad, så blir hans handling funktionslös, åtminstone som medel att få ut pengar.

Ett ytterlighetsfall av funktionslöshet är att A skenbart gör x och samtidigt påstår att icke-q, när q:s sanning är en nödvändig förutsättning för att x skall kunna utföras. De fall där "q" strikt impliceras av en beskrivning av x kan därför ses som specialfall av pragmatiska implikationer, utan att man gör någon artskillnad. För övrigt måste psykologiska slutsatser (t.ex. "A tror att han har behörighet att viga") dras på samma sätt vid dessa som vid andra pragmatiska implikationer: "A viger B och C" implicerar inte strikt "A tror att han har behörighet att viga B och C".

Den som utför en handling som är tillåten blott under vissa omständigheter indicerar att dessa omständigheter föreligger. Som medel för vilseledande är en otillåten handling särskilt tjänlig om den för sitt företagande kräver tillstånd av en myndighet eller en privatperson. Är ett tillstånd kombinerat med vissa föreskrifter indiceras att dessa följs. Ur svensk rättspraxis kan tas *NJA 1947 s. 674* – den som anordnar lotteri indicerar att de villkor är uppfyllda som ställts vid tillståndsgivningen, inklusive vad som föreskrivits om relationen mellan vinstlotter och nitlotter – och *SuJT 1970 rf s. 20* – någon har fäst en parkeringsanmärkning på B:s bil: därmed är indicerat att anmärkningen är behörigen utfärdad och avser den bil varpå den är fästad.¹¹ Överhuvudtaget indicerar en handling att uppställda föreskrifter följs. Om B har föreskrivit att C personligen skall kvittera ett penningbelopp och A med C:s tillstånd skriver dennes namn, så har B att utgå från att det är C som utfärdat kvittot (så i *NJA 1947 s. 634*, där B trodde

¹¹ I detta fall blev B inte vilseledd. A – som hade flyttat den parkeringsanmärkning som gällde hans egen bil till B:s bil – skulle av hovrätten ha dömts för försök till bedrägeri om brottet som fullbordat ej varit ringa.

att C och inte hustrun A hade fått pengarna; fallet är dock något komplicerat eftersom fråga uppkom huruvida A hade rätt till C:s pension när C avvikit och det var obekant om han fortfarande levde).

Den som vid en försäkringskassa presenterar ett läkarintyg indicerar dels att han önskar utfå sjukpenning, dels att han gjort eller kommer att göra vad som på honom ankommer för att han skall vara berättigad att utfå sjukpenning. Hans indicerade begäran indicerar således att han avhållit sig från arbete respektive att han avser att avhålla sig från arbete i den omfattning som läkarintyget föreskriver (se t.ex. *NJA 1963 s. 564* och *SvJT 1963 rf.s. 52*).¹²

Det är inte svårt att finna ytterligare exempel på pragmatiska implikationer, som kan föranleda att B kommer i villfarelse. Från engelsk och tysk praxis kan följande noteras. Den som bär uniform, annan yrkesdräkt, eller annat exklusivt konventionellt kännetecken på att han fyller viss funktion, indicerar att han är berättigad att bära uniformen, osv. (Det klassiska exemplet: Wilhelm Voigts kupp i Köpenick.) Den som presenterar ett föremål som en del i en helhet, när det är betydelsefullt huruvida föremålet i relevant hänseende tillhör helheten (t.ex. ingår i en tavelsamling ägd av en viss person), indicerar att föremålet tillhör helheten. Den som erbjuder sig sälja ett visst antal enheter av en vara och uppvisar en enhet som ett exempel på den saluförda produkten indicerar att de andra enheterna har samma egenskaper. Att presentera legitimationskort, körkort, pass, etc. när så begärs indicerar att urkunden är behörigen utfärdad för den person som presenterar den. Man kan även vilseleda genom att konsekvent uppträda på ett sätt som fyller ett mönster för en person som har viss karaktär eller tillhör viss yrkeskategori, etc. Att ikläda sig en tiggares karakteristiska skepnad indicerar fattigdom. Däremot torde man numera inte annat än undantagsvis kunna indicera att man är rik genom att uppträda i eleganta kläder och föra ett extravagant liv.¹³

Jag har hittills i huvudsak talat om pragmatiska slutledningar utifrån handlingar som inte är språkhandlingar. (Att förrätta vigsel är i svensk rätt en serie språkhandlingar.) Visserligen kan den som säljer

¹² Se Wallén s. 341, Wallén, Prejudikat, Strahl i *SvJT* 1964 s. 91 och *SvJT* 1967 s. 420–421 samt Brottsbalken s. 328.

¹³ Se t.ex. Griew s. 82–83, Smith s. 66–68 (s. 66: "The contestant in a beauty competition who, in breach of the rules, wears padding so as to enhance her feminine pulchritude, appears to be guilty of attempting to obtain the prize by deception."), Schönke & Schröder s. 1323–1324. Se även Sterzel s. 98–99 för exempel ur äldre svensk praxis.

något eller presenterar en check i en bank säga något samtidigt, men det han säger är inte konstitutivt för själva handlingen och är därför någonting sekundärt. Som medel för vilseledande är andra handlingar än språkhandlingar många gånger ineffektiva. B måste uppfatta A:s handling som avsiktlig. Annars är det uteslutet att dra slutsatser om A:s avsikter och föreställningar, handlingens syfte, etc. (Vid språkhandlingar motsvaras detta av att A talar allvarligt och inte av misstag använder fel ord.) Men detta räcker inte. Liksom B måste bilda sig en uppfattning om vad A menar med sin språkhandling (tolkning), måste han för att kunna dra slutsatser utifrån en avsiktlig handling skaffa sig en uppfattning om hur handlingen, såsom avsiktlig, skall klassificeras och karakteriseras. Varje handling är avsiktlig under vissa beskrivningar och utan en beskrivning finns inget underlag för pragmatiska slutledningar. För att B skall kunna vilseledas räcker det dock med att han *uppfattar* handlingen som avsiktlig under en viss beskrivning; handlingen behöver alltså inte faktiskt vara avsiktlig (under den beskrivningen). Även om B rätt uppfattar A:s handling, kan det emellertid vara så att han inte är berättigad att dra några pragmatiska slutsatser, helt enkelt därför att varje handlingstyp kan ha en mängd rimliga syften och kan företas på många olika rimliga grunder, utan att det i det konkreta fallet av sammanhanget framgår hur man rimligen bör välja bland dessa. B kan förstås bli vilseledd ändå: han kan dra en slutsats utan att vara berättigad därtill.

6.2 Att indicera att q genom att säga något

Typexemplet på en pragmatisk implikation är att den som påstår något indicerar att han tror att vad han säger är sant. Nästan allt som skrivits om pragmatiska implikationer har någon anknytning till den s.k. Moores paradox: "Det regnar, men jag tror det inte"¹⁴ – en sats-sammanställning som är absurd, men som kan vara sann.¹⁵ Påståendet "Det regnar" berättigar adressaten att dra slutsatsen "A tror att det regnar", som naturligtvis motsäger "Jag tror inte att det regnar" (sagt av A vid samma tillfälle). Underlaget för slutledningen är som förut principen om handlingens vettighet eller normalitet, låt vara i form av en underprincip: *principen om talarens uppriktighet*. Presum-

¹⁴ Om Moores paradox, se förutom i fotnot 10 angivna arbeten även Jareborg s. 179 och där angiven litteratur.

¹⁵ Under särskilda omständigheter (vid hägringar, tillstånd av delirium e.dyl.) behöver språkhandlingar inte vara absurda.

tionen att den som säger något är uppriktig är av fundamental betydelse för all språklig kommunikation. Tal utan lögn är en förutsättning för att vi skall kunna lära oss språkets regler. Vidare är ju syftet med ett påstående typiskt sett att påverka andras uppfattningar och handlingar. Men ett påstående blir odugligt som påverkansmedel, om inte B utgår från att A är uppriktig. Att A påstår att p kan inte vara ett skäl för B att tro att p om inte B litar på att A talar sanning. Om inte uppriktighet vore det vanliga, så skulle vi alltså varken kunna lära oss tala eller kunna lura andra.

En del av en tro att p är att man kan anföra skäl för att "p" är sant. Om A indicerar att han tror att p indicerar han också att han kan "backa upp" påståendet. För att påståendet skall fylla någon informativ funktion måste adressaten utgå från att det finns goda skäl för att det är sant att p och att A på begäran kan producera dessa skäl. Informativ kommunikation bygger med andra ord även på en *princip om talarens vederhäftighet*. (I reklam och propaganda utnyttjas till viss del en rad knep för att förstärka intrycket av vederhäftighet eller motverka misstankar om bristande vederhäftighet.)

Båda dessa principer för språklig kommunikation är preciseringar av den allmänna presumptionen om handlingens rationalitet eller normalitet. De är relevanta för alla typer av språkhandlingar, inte bara för påståenden, även om de saknar funktion i en del fall (man kan t.ex. inte tacka eller hälsa vederhäftigt). De kompletteras av en tredje princip: *principen om adressatrelevans* – det sagda är vettigt, bl.a. om det kan förväntas intressera adressaten, är anpassat efter dennes kunskaper och brist på kunskaper, och är relativt betydelsefullt i sammanhanget. Bryter talaren mot denna princip så har yttrandet ingen rimlig funktion; adressaten begriper inte vad som sägs eller bryr sig inte om att lyssna, han påverkas inte. Tvivelsutan är brott mot denna princip mycket vanliga. De vanligaste överträdelserna består dock i att man demonstrerar sig vara en träkmåns eller en snobb, vilket inte i sig är ägnat att leda till polisanmälningar.

Som varje handling kan en språkhandling klassificeras mer eller mindre generellt. Ju precisare språkhandlingen klassificeras, desto mer specifika är dess implikationer. Men t.o.m. en mycket generell klassificering är tillräcklig för att man skall vara berättigad att dra vittgående slutsatser:

– Den som *påstår* att p indicerar, som sagts, därmed dels att han har goda skäl för att det är sant att p (vederhäftighet), dels att han tror

att p (uppriktighet), men dessutom dels att det inte är uppenbart för både A och B att B inte behöver informeras i eller erinras om saken (adressatrelevans), och dels att allt detta också gäller för vad "p" strikt implicerar eller "presupposes".

– Den som *lovar* att göra x indicerar därmed dels att han tror att B föredrar att han gör x framför att han inte gör x, dels att det inte är uppenbart för både A och B att A ändå kommer att göra x (adressatrelevans), och dels, framför allt, att han avser att göra x (uppriktighet).

– Den som *råder* B att göra x indicerar därmed dels att han tror att B har tillfälle och förmåga att göra x, dels att han tror och har skäl att tro att x är till B:s fördel (uppriktighet och vederhäftighet), och dels att det inte är uppenbart för både A och B att B ändå kommer att göra x (adressatrelevans).

– Den som *begär* att B skall göra x indicerar därmed dels att han tror att B har tillfälle och förmåga att göra x, dels att han vill att B skall göra x (uppriktighet), och dels att det inte är uppenbart för både A och B att B ändå kommer att göra x (adressatrelevans).¹⁶

Ser vi till mer preciserade språkhandlingar kan som exempel på pragmatiska implikationer framhållas följande: Den som beställer mat på en restaurang eller bensin på en bensinstation indicerar att han avser att betala för varan – eller generellt: den som ingår ett avtal indicerar att han avser att göra vad som överenskommits. Den som begär ett visst pris för en vara eller prestation indicerar att föreskrifter om pris-sättning (taxor och andra prislistor) följs. Visserligen kan inte i vår typ av samhälle påstås, att den som begär ett visst pris för en vara indicerar att varan är värd detta pris, men det kan påstås att han indicerar att priset inte är alldeles orimligt. Tar man hjälp av en induktiv generalisering kan man därför, om någon t.ex. begär ett pris för ett smycke eller ett konstverk som inte är helt orimligt bara om smycket eller konstverket är äkta, dra slutsatsen att smycket eller konstverket är äkta.¹⁷ Den som vägrar att svara på en fråga under återopande av Rättegångsbalken 36:6 första punkten, indicerar att han eller någon honom närstående har förövat brottslig eller vanärande handling.

¹⁶ Se Searle s. 54–71, som även analyserar andra typer av språkhandlingar (att fråga, tacka, varna, hälsa, gratulera).

¹⁷ Exempelen är hämtade från Griew s. 82, Smith s. 70, Schönke & Schröder s. 1323–1324, Welzel s. 348–349 och Strahl s. 40.

I praxis aktualiseras tämligen ofta frågan huruvida B har blivit lurad genom att A har lovat att göra x. Har A inte för avsikt att göra x, så följer av det sagda, att B kan vilseledas (därför att A har indicerat att han har denna avsikt).¹⁸ I doktrinen talas då om vilseledande rörande prestationsviljan, samtidigt som man varnar för att blanda ihop detta med vilseledande rörande prestationsförmågan. Varningen är befogad, men jag är övertygad om att åtskillig fåfång tankemöda hade sparats om man haft klart för sig hur prestationsavsikt och prestationsförmåga hänger ihop. Om A när han ger löftet tror att han inte kommer att ha förmåga eller tillfälle att göra x, så kan han nämligen inte ha för avsikt att göra x, utan på sin höjd avsikt att försöka göra x, vilket ju är något helt annat. Ser han det som praktiskt taget uteslutet att han skall kunna fullgöra prestationen, dvs. är han säker på att sakna tillfälle eller förmåga, så kan han inte ens ha för avsikt att försöka göra x. Det kan t.o.m. göras gällande att "avsikt att göra x" strikt implicerar "tro att har förmåga och tillfälle att göra x" (och alltså inte bara "inte tro att saknar förmåga eller tillfälle att göra x"). Enligt denna *strängare version* indicerar därför (via en strikt implikation) den som ger ett löfte att han tror att han kommer att kunna uppfylla löftet. Enligt den *mildare versionen* indicerar han blott att han inte tror att han inte kommer att kunna uppfylla löftet. Schröder ser den strängare versionen som riktig:

Rechnet der Täter sowohl mit der Möglichkeit späterer Leistungsfähigkeit wie auch mit dem Gegenteil, so spiegelt er die subjektive Tatsache vor, er sei von der späteren Leistungsfähigkeit mit Sicherheit oder doch hoher Wahrscheinlichkeit überzeugt.¹⁹

Sterzel synes vara inne på samma linje (även om han presenterar båda versionerna): det ligger

i sakens natur, att den, som afgifver en utfästelse, i och med det samma måste anses förklara, att han räknar på att kunna å vederbörlig tid fullgöra den prestation, som han ställer i utsikt, och att han är villig fullgöra densamma. Brister ettdera af dessa moment, saknar han redan i närvarande stund vilja att ställa sig förpliktelserna till efter rättelse, eller inser han, att han saknar utsikt att kunna fullgöra densamma, där icke en lycklig slump skulle komma emellan, framstår utfästelsen såsom icke allvarligt menad ...²⁰

¹⁸ Om vissa komplikationer, se Jareborg s.296–302 (När är löftet ett missvisande uttryck för A:s avsikt? Krävs avsikt att inte prestera?).

¹⁹ Schönke & Schröder s. 1325.

²⁰ Sterzel s. 175.

Ytterligare måste uppmärksammas att genom att en viss tro indiceras, så indiceras också att A har goda skäl för denna tro. Väsentliga faktorer för bedömningen av huruvida A:s tro är rationell, rimlig (vilket alltså är indicerat) är när prestationen skall äga rum och vad den går ut på. Om A har lovat att betala en viss summa pengar, så kan han ha en rationell tro att han kan betala på rätt dag, fastän de aktuella utsikterna härför är mycket små. Det är kanske gott om tid innan A skall prestera, och det är kanske möjligt för A att finna nya sätt att skaffa fram pengar.²¹ En prestation som består i att man betalar pengar är dessutom en prestation som kan slutgiltigt gå om intet på mycket färre grunder än de flesta andra prestationer. Det kan därför vara rimligt att tro att man kan betala en viss summa pengar om en månad på tämligen svaga grunder, medan det på lika svaga grunder kan vara orimligt att tro att man skall kunna utföra en utlovad arbetsprestation eller någon annan mer "sårbar" prestation.

Det vägledande rättsfallet rörande kreditbedrägeri är det s.k. taximålet, *NJA 1960 s. 529*, som emellertid är oklart på flera sätt. Domstolarna var eniga om att det inte var styrkt, att A haft för avsikt att inte betala. Det får väl antas, att man därmed menade att A:s löfte var uppriktigt, dvs. man får utgå från att han avsåg att betala på förfallodagen (vilket ju inte är detsamma som att han inte avsåg att inte betala). Kunde A verkligen avse att göra detta? Hans ekonomiska situation var bekymmersam; enligt rådhusrätten måste det för honom "ha framstått såsom synnerligen tveksamt, om han skulle kunna fullgöra betalning på den utsatta dagen". (Även om det inte är uteslutet, att han verkligen trodde sig kunna betala, så hade han knappast rimliga skäl för en sådan tro.) Samtidigt är det att gå för långt att hävda – med tanke på den tid han hade på sig och arten av prestationen – att han trodde att han inte skulle kunna betala på överenskommen dag. Slutsatsen blir därför, att A kunde avse att betala, om den mildare versionen av avsiktsbegreppet accepteras. Tolkningen av taximålet kompliceras emellertid av vad HD yttrade med anledning av att RÅ gjort gällande att A genom sin betalningsutfästelse finge anses ha förklarat att han var i stånd att infria skulden:

En betalningsutfästelse kan dock icke, när fråga är om ansvar för kreditbedrägeri, utan vidare tilläggas den innebörden att däri inrymmes en garanti för eller över huvud en förklaring om att vederbörande är solvent för sin skuld; detta kunde hava till följd, att straffansvar

²¹ Sterzel s. 175–179.

för underlåtenhet att fullgöra civilrättsliga förbindelser komme att utsträckas på ett sätt som måste ingiva betänkligheter.

Att observera är att den slutsats som avvisas är "A kommer att kunna betala" och att denna ur bedrägerisynpunkt går längre än "A tror att han kommer att kunna betala", därför att en tro att man kommer att kunna betala är förenlig med *dolus eventualis* till att man inte kommer att kunna betala. Måhända är detta så sofistiskt att man kan bortse från skillnaden och anta att vad HD avvisat helt enkelt är den strängare versionen. Det "kan" som finns i början av HD:s uttalande kan i och för sig tolkas så, att det inte vore rationellt att dra slutsatsen i fråga (ett uttryck för att den mildare versionen är riktig). Av fortsättningen framgår emellertid att det rör sig om en rättspolitiskt motiverad inskränkning i bedrägeriparagrafens tillämplighet: kommer man av ett betalningslöfte att tro att A kan betala, så får man stå sitt kast. Endast om HD menat att A trodde, att han skulle kunna betala och att det föreligger en relevant skillnad mellan slutsatserna "A tror att han kommer att kunna betala" och "A kommer att kunna betala" är HD:s motivering förenlig med den strängare versionen. Jag har svårt att tro att man inom HD har gjort sådana bedömningar, varför min slutsats blir att HD sett en slutledning i enlighet med den strängare versionen som irrationell. I så fall har Wallén rätt, när han säger, att den rättspolitiskt motiverade inskränkningen i bedrägeriparagrafens tillämplighet drabbar (enligt HD:s mening) subjektiv error.²²

Som min personliga uppfattning vill jag dock deklarerat, att jag inte kan se något fel på den strängare versionen. Att A avser att göra x implicerar strikt att han tror att han har tillfälle och förmåga att göra x (och ett uttryck för en avsikt att göra x indicerar att A har rimliga skäl för att tro detta). Med denna utgångspunkt är det synnerligen tveksamt om A i taximålet hade för avsikt att betala. HD:s principiella uttalande om vad som skall anses vara brottsligt hänför sig även till objektiv error, om den strängare versionen accepteras.

Det ligger nära till hands att förklara utgången i *NJA 1947 s. 612*, som avsåg annan prestation än betalning, med att motsvarande begränsning inte gäller för den typen av prestation.²³ Jag tror emellertid att det inte är riktigt att i detta fall se ett exempel på enbart subjektiv error. Ty även om man accepterar den mildare versionen synes

²² Wallén, Kreditbedrägeri s. 396–397.

²³ Wallén, Kreditbedrägeri s. 401–403.

mig i detta fall domstolarna ha kommit till det resultatet, att A inte kunde avse att göra x, därför att han rimligen inte kunde tro annat än att han inte skulle kunna fullgöra prestationen (det "var synnerligen osannolikt, att A verkligen skulle kunna komma i stånd att genomföra affären med C"). På motsvarande sätt kan *NJA 1962 C 654* (åtalspunkt 6) skiljas från taximålet (A:s ekonomiska ställning var "så dålig, att en dylik utfästelse med största sannolikhet ej kunnat infrias").²⁴

Antag att A försäljer varor för C:s räkning och att A och C har avtalat om villkor för försäljningen. Om sedan A ingår försäljningsavtal med B och uppbär handpenning, men bryter mot överenskomsten med C, så att risk uppkommer för att C icke skall leverera varan, så torde A kunna ha gjort sig skyldig till bedrägeri. (Se t.ex. *NJA 1958 C 811* – det avtalade priset understiger nettopriset – och *NJA 1963 C 617* – A uppbär för stor handpenning; domstolarnas motiveringar är otillfredsställande i båda fallen.) Den rimligaste förklaringen till att B blir vilseledd synes vara att A indicerar att han följer villkoren i sitt avtal med C. Han indicerar således t.ex. att han har befogenhet att sälja för visst pris eller att uppbära viss handpenning.

6.3 Att indicera att q med hjälp av vissa typer av ord

De pragmatiska implikationer som hittills berörts har varit oberoende av de ord som använts vid språkhandlingens utförande. Visserligen beror tolkningen av en sats på de ord som används, och tolkningen är ju avgörande för klassificeringen av språkhandlingen. Och visserligen är de använda ordens mening avgörande för vilken konkret slutsats som kan dras. Men underlaget för slutledningen är språkhandlingens karaktär, inte ordens betydelse.

Ibland kan pragmatiska slutsatser grundas på att de använda orden är av viss typ. Men icke heller då är ordens betydelse direkt avgörande för slutsatsens beskaffenhet.

De enklaste fallen bygger egentligen på en regel om tolkning av

²⁴ Wallén, Kreditbedrägeri s. 398–400, gör ett försök att sammanjämka taximålet och detta fall som framstår som helt orimligt av skäl som Wallén själv presenterar: ett vilseledande om betalningsdagen är också ett vilseledande om betalningsförmågan. Får man i ett löfte inte inläsa ett påstående om betalningsförmåga, så får man inte heller inläsa det som är ekvivalent med ett påstående om betalningsförmåga.

Brist på utrymme hindrar mig från att gå närmare in på frågor om kreditbedrägeri och att referera rättsfallen. Se närmare, förutom Wallén, Kreditbedrägeri, Strahl i SvJT 1949 s. 177 och i SvJT 1964 s. 92, Brottsbalken s. 329–331 och Thornstedt i SvJT 1970 s. 64.

använda uttryck: *maximiprincipen* eller presumptionen om det starkaste anspråket. Detta specialfall av principen om adressatrelevans har betydelse för uttryck som ingår i en skala eller annan rangordning. Att säga att ens hustru har fött ett barn är definitivt vilseledande, om hon faktiskt har fött tvillingar. Om man med rätta kan säga att något är livsfarligt, men i stället säger att det är besvärligt, så har man indicerat att det inte är livsfarligt. Om A säger att några av gästerna har kommit, så har han indicerat att inte alla har kommit. Säger han att det är möjligt för B att göra x, så indicerar han att det inte är nödvändigt för B att göra x. Maximiprincipen behövs för att förhindra slutledningar av denna typ:

Om alla har kommit, så har några kommit. – Om några har kommit, så har några inte kommit. – Alltså: Om alla har kommit, så har några inte kommit.

Den felaktiga slutsatsen förhindras, om man antar att användningen av "några" i den första villkorssatsen indicerar "Inte alla har kommit". Maximiprincipen har också betydelse för negerade satser: att påstå att vattnet inte är hett indicerar att det i alla fall är varmt.²⁵

Ett annat sätt att luras utan att ljuga är att vara inkonsekvent i användningen av ett ord. Förutsättningarna är dels att ett ord uttalas i flera satser, dels att ordet naturligen kan användas och därmed tolkas på flera sätt. Att ord kan användas på varierande sätt är det vanliga, utan att det för den skull behöver bli tal om att ordet har flera betydelser. Den varierande användningen kan bero på t.ex. *vaghet* (det är inte avgjort hur gränsen för ordets tillämpning skall dras; exempel är "skog" och "skallig"), *öppen struktur* (olika grupper av kriterier är var för sig tillräckliga för att ordet skall vara tillämpligt; exempel är "religion" och "uppsåt") eller *relativitet* (användningen av ordet innefattar att det omtalade jämförs eller på annat vis sätts i relation till något annat; exempel är "liten", "konservativ", "nyttig" och "jämlig"). Om nu A och B har lika mycket hår på sina huvuden, så är det missvisande att påstå att A är skallig och B inte skallig, fastän det rör sig om gränsfall. Felet är inte att en viss mängd hår ibland klassificeras som skallighet och ibland som icke-skallighet. Felet är att ordet "skallig" används inkonsekvent vid ett och samma tillfälle. Utifrån principen om adressatrelevans kan nämligen sägas, att den som använder

²⁵ Se Ryding s. 46–53 och Fogelin s. 18–23. Här bortses från ironi och understatements (se ovan avsnitt 2).

samma uttryck om två saker indicerar att ingen beaktansvärd skillnad föreligger mellan dem och att den som använder olika uttryck om två saker indicerar att det föreligger en beaktansvärd skillnad mellan dem. Det senare gäller även för det fall att ord med olika *emotiv laddning* används (två ord kan ha sammanfallande sakliga tillämpningsområden, men olika emotiv valör; jämför "envis" och "karaktärsfast", "alkoholskadad" och "försupen", "terrorist" och "frihetskämpe"). Det emotiva elementet måste antas ha ett rationellt underlag. Varje sak kan ses ur olika synpunkter, men konsekvensen kräver att man inte växlar synpunkt utan att detta markeras. Inkonsekvent användning av ord möjliggör utnyttjande av positiva känslor till egen fördel och negativa känslor till andras nackdel.²⁶

Värdeomdömen används i mycket stor utsträckning i informativt syfte. Om adressaten uppfattar omdömet syfte på detta sätt kan han bli vilseledd, därför att han tror att värderingen har företagits utifrån andra utgångspunkter än som skett. Utifrån principen om adressat-relevans kan slutsatser ofta dras om att den använda måttstocken, värderingsstandarden, är normal, eventuellt ett uttryck för den dominerande smakriktningen, eller eljest relevant med hänsyn tagen till adressatens intressen (talaren kan t.ex. antas anpassa sitt omdöme till vad han vet vara adressatens säregna smak eller värderingar).²⁷

Det kan också framhållas, att användningen av uttryck för emotioner och andra känslor (inklusive gester och kontrollerbara miner) indicerar att talaren har känslan i fråga (på grund av uppriktighetsprincipen).²⁸

6.4 Att indicera att q genom att inte göra något

Om A genom att göra x indicerar att q och därmed får B att tro att q, så är det naturligtvis genom sin handling x som han har vilselett B och icke genom handlingen i förening med en underlåtenhet att tala om att handlingens pragmatiska implikationer inte gäller i det särskilda fallet. Visserligen är det tänkbart att B tvekar om q är sant och då tar hjälp av ett resonemang om att A säkert skulle ha sagt något om allt inte vore i ordning. Men den underlåtenhet som då är aktuell får inte grundas på en förväntan om att A inte missbrukar

²⁶ Se närmare Ryding s. 58–116.

²⁷ Ryding s. 85–90. Rörande vissa fall i engelsk och tysk rättspraxis, se Griew s. 80, Smith s. 76–78, Schönke & Schröder s. 1322.

²⁸ Ryding s. 82–85.

de pragmatiska implikationerna, utan måste ha ett mer självständigt underlag.

Att A inte gör x är en underlåtenhet under förutsättning att A brukar göra x eller bör göra x, dvs. om det mot bakgrunden av en regelbundenhet eller en regel kan förväntas att A skall göra x. Denna förväntan är i och för sig förenlig med visshet om att A faktiskt inte kommer att göra x. För att underlåtenheten i praktiken skall vara ett medel för vilseledande krävs att just B väntar sig att A skall göra x under vissa omständigheter (en personlig förväntan på induktivt eller normativt underlag). Ytterligare en förutsättning för att B skall få en felaktig uppfattning är förstås att han tror att A *inte* underlåter att göra x, när denne i det konkreta fallet inte gör x.

De klaraste fallen av underlåtenhet är de där en norm – juridisk, moralisk, etc. – påbjuder att A skall göra x, men A inte gör x. Utgår B från att A faktiskt följer regeln, dvs. att det faktum att A inte gör x står i överensstämmelse med regeln, så motiveras han till en felaktig slutsats, om A faktiskt inte följer regeln. Om A har lovat att till B rapportera en viss sorts händelser och A inte hörs av, då är B berättigad att dra slutsatsen att ingenting relevant har inträffat. Om en viss sorts handling förutsätter samtycke av A och B med A:s vetskap börjar utföra handlingen, och A då inte ingriper, så är B berättigad att dra slutsatsen att A samtycker. På grund av sin ställning borde A nämligen ha ingripit för att förhindra handlingens utförande om han haft något emot att den utfördes. Sentensen ”Den som tiger, han samtycker” bygger således på att den som tiger, när han borde ha sagt något för det fall han har något att invända, indicerar att han inte har något att invända. Liksom beträffande handlingar är det den allmänna principen om handlingens (eller icke-handlingens) vettighet eller normalitet som är operativ: man får utgå från att A inte bryter mot regler, åtaganden, etc.²⁹

Om A har upplysts om sin skyldighet att till försäkringskassan anmäla när han börjar arbeta, och A inte lämnar något meddelande härom, så är den person, som vid försäkringskassan på något sätt ställer penningmedel till A:s förfogande, berättigad att vid varje tillfälle utanordnande av sjukpenning aktualiseras dra slutsatsen, att A har avhållit sig från arbete (*SvJT 1964 rf s. 81*).³⁰ En konsekvens härav är

²⁹ I frågan, se t.ex. Andenæs s. 430–432, 441, Hägerström s. 315, Sterzel s. 102–103.

³⁰ Se Wallén s. 339–343, Wallén, Prejudikat s. 206, Strahl s. 40, Strahl i SvJT 1967 s. 421–422, Brottsbalken s. 328.

att bedrägeribrottet är fullbordat redan vid utanordnandet av medlen, om beaktansvärd risk då förelegat för att de skulle mottas av A. En kvittering av A (t.ex. på en postanvisning) behövs dock i regel för bevisning av uppsåt i förhållande till förmögenhetsöverföringen.

Om A uppbär dubbel betalning, och B förväntar sig att A skall tala om för honom att han fått för mycket, men A inte gör detta, så kan B bli vilseledd att fortsätta att betala ut dubbel lön e.dyl. En pragmatisk slutsats utifrån en icke-handling kan således konstituera vilseledande och därmed bedrägeri, utom när en dubbelbetalning sker en enstaka gång eller ej är periodisk.³¹

Varje språklig framställning förutsätter ett urval. Verkligheten är deskriptivt outtömlig. Ett urval av fakta kan emellertid vara mer eller mindre rättvisande. Ett urval av satser behöver inte innehålla ett enda osant påstående, men kan likväl vara grovt vilseledande. Felaktiga slutsatser dras då utifrån vad som sagts och vad som inte sagts. Ett element av underlåtenhet tillhör de motiverande faktorerna. Det som kan göra ett *ensidigt urval* av språkhandlingar vilseledande är att A genom sin kombination av handlingar och icke-handlingar bryter mot en regel för språklig kommunikation, nämligen principen om adressatrelevans. Om A säger att C är mycket vacker och att D är mycket vacker, men inte säger något om den tredje systemen E, som är i ungefär samma ålder, så är adressaten B berättigad att dra slutsatsen att E inte är mycket vacker. Att säga något om en eller flera individer i en grupp eller klass av företeelser, med uteslutande av övriga individer, indicerar att dessa senare inte är värda att särskilt framhåvas i ifrågavarande hänseende. De är normala, genomsnittliga, icke avvikande, ordinära, ointressanta, oväsentliga. Adressaten behöver inte särskilt informeras därom. Att framhäva vissa förändringar indicerar på motsvarande sätt att inga andra väsentliga förändringar har förekommit. Ett meddelande om avskaffande av livstids fängelse indicerar att dödsstraff inte införts i stället. Eftersom en del förändringar är normala, kan tvivel ibland uppkomma rörande vad som egentligen är indicerat. När man säger att svenska bruttonationalprodukten ökat med vissa procent under tio år och inte säger något om inflationen, har man då indicerat att normal inflation samtidigt förekommit eller har man indicerat att någon inflation som är värd att tala om inte har ägt rum?

Ett urval av påståenden kan emellertid leda till helt andra slutsat-

³¹ *NJA 1939 s. 138*, kommenterat av Strahl i *SvJT 1945 s. 54*.

ser. För att så skall ske måste urvalet uppfattas som en *exemplifiering* eller som ett *uttryck för finkänslighet*. I det förra fallet blir slutsatsen att icke omtalade individer eller företeelser har samma egenskaper som de omtalade, i det senare fallet att det icke omtalade är än mer anmärkningsvärt. Inte sällan är en framställning oklar på så sätt att flera motstridiga slutsatser kan dras.³²

Som exempel på vilseledande urval må ur rättspraxis anföras *NJA 1964 s. 268*: den som anger C som arrangör av ett lotteri, men inte anger att också han själv är arrangör och jämte C har ekonomisk vinning av lotteriet, indicerar att C ensam är arrangör.³³

Om det på särskild grund förväntas, att A skall göra x och x i så fall ingår i en serie handlingar, så utgör visserligen dessa handlingar den miljö som gör icke-handlingen begriplig såsom underlåtenhet, men som underlag för en slutledning räcker det med att ange underlåtenheten. Om det t.ex. vid ansökan om försäkring är föreskrivet att upplysningar skall lämnas i vissa hänseenden, och A i någon del icke lämnar uppgift (i *NJA 1923 s. 523* förteg A att den häst han önskade försäkra var halt), har han således redan genom underlåtenheten – och icke genom det skeva urvalet (handling jämte icke-handling) – indicerat att inget väsentligt var att säga i saken.

Undantagsvis kan ett urval ske utan att språkhandlingar företas. Om det förväntas att urvalet skall ske efter vissa principer, indicerar A som eljest att han följer dessa.

7 ANTYDNINGAR

I det föregående har jag presenterat en rad metoder att säga något utan att bokstavligen göra det. En del av dessa har varit metoder att luras utan att ljuga. Gemensamt för dem är att A säger eller inte säger något eller eljest gör eller inte gör något, vilket får B att tro att q, och vidare att om A säger något så är det inte "q". B drar en slutsats utifrån vad A gör eller inte gör. Slutsatsen kan vara mer eller mindre väl grundad, den kan vara nödvändig eller blott tänkbar. Ibland blir A bunden av de ord han använder, ibland har han möjlighet att ta avstånd från de slutsatser B dragit.³⁴ Ur bedrägerisynpunkt är det

³² Se närmare Ryding s. 12–44, som talar om normalitetsantagande, konstansantagande, likhetsantagande och finkänslighetsantagande och som formulerar vissa regler för val mellan olika kompletteringar utifrån sådana antaganden.

³³ Kommenterat av Strahl i SvJT 1967 s. 420.

³⁴ Se även Black s. 58–63.

väsentliga dock huruvida B fått den felaktiga uppfattningen på grund av en slutledning från vad A gjort eller inte gjort.

De genomgångna fallen utgör inget annat än exempel, om än de viktigaste, på olika sätt att *antyda* att q. Om "q" innehåller något ned-sättande eller kränkande, talar man hellre om insinuationer. Eftersom den huvudprincip som legitimerar alla pragmatiska implikationer – principen om handlingens rationalitet, vettighet, rimlighet eller normalitet – är så generell och ger utrymme för många olika kriterier att operera, är det mycket svårt att överblicka hur långt den leder.

Som ytterligare exempel kan anföras de slutsatser vi drar vid sammanställningar av flera satser i vissa situationer:

"Jag fick AB i rättshistoria. Min pappa är professor i ämnet."

"Stundom överskred han gränsen för det passande. Han adlades under sitt sista år av drottningen."³⁵

Helt allmänt kan sägas, att ett yttrande antas ha en förklarande funktion (dvs. anger orsak, skäl eller motiv), om sammanhanget är sådant att vi väntar en förklaring och ingen annan kandidat härför finns eller om yttrandet inte har någon begriplig funktion annat än som förklaring. Betoningar och annan emfas kan också vara faktorer som för med sig pragmatiska implikationer. "Han *sade* att han hade gjort läxan": här kan under vissa omständigheter indiceras att gossen har ljugit. "Gå till pastor Jansson, han är kristen" och "I den här kyrkan är alla välkomna": här kan man sluta sig till att inte alla aktuella pastorer är kristna respektive att det finns kyrkor där inte alla är välkomna. Emfasen antas ha en funktion och det har den bara om en kontrast är åsyftad.³⁶ Satir, parodi och ensidig citering är utmärkta medel att indirekt tillskriva någon vissa egenskaper eller åsikter.

Nu uppställer sig givetvis frågan i vilken mån vilseledande genom antydningar faller under Brottsbalken 9:1. Att icke allt vilseledande är "vilseledande" följer redan av att man på rättspolitiska grunder måste avstå från att ingripa mot en del fall av vilseledande, ehuru gärningsmannen direkt lämnat felaktiga uppgifter.³⁷ Dessa inskränkningar av det straffbelagda området berör huvudsakligen subjektiv

³⁵ Slutord i en minnesruna uppläst i brittisk radio. Citerat hos Ryding s. 119. Se närmare Ryding s. 117–122.

³⁶ Se Grant s. 322.

³⁷ T.ex. överdrivet lovprisande av en varas kvalitet (reklam), lögner om och förtiganden av framtidsplaner, inköpspris (för att skydda vinstmarginaler), m.m., och vilseledande smakomdomen i viss utsträckning; se t.ex. Sterzel s. 193–195, 201–202, Andenæs

error. En närmare undersökning av var gränserna för bedrägeriansvar går är naturligtvis utesluten i detta sammanhang. Lagtexten ställer emellertid inga krav på att vilseledandet skall vara av viss beskaffenhet. Man torde därför kunna utgå från att varje vilseledande genom antydningar är ett "vilseledande", såvida icke ett påtagligt rättspolitiskt behov av en reduktionstolkning påvisas. En komplicerande faktor, som skall beröras i korthet, är att det finns en straffrättsdogmatisk princip som säger att underlåtenhet endast under vissa särskilda omständigheter får likställas med handling, när fråga är om ansvar för kommissivdelikt. Och vid vilseledande genom antydningar har man haft mycket svårt att komma underfund med vad som är "handling" och vad som är "underlåtenhet".

8 HANDLING ELLER UNDERLÅTENHET?

Otvivelaktiga fall av uppväckande av villfarelse genom handling är följande:

- (1) A påstår "q" och B kommer därför att tro att q.
- (2) A antyder att q genom att säga något eller genom annan handling och B kommer därför att tro att q.³⁸

Lika klart är att villfarelse uppväcks genom underlåtenhet i följande fall:

- (3) A gör inte x och om A hade gjort x, så skulle A ha förhindrat att B kom att tro att q. Handlingen x måste vara förväntad på sådan grund som är relevant enligt läran om oäkta underlåtenhetsbrott (garantställning eller av A framkallad fara för att B skulle komma att tro att q). Att A inte gör x får i detta fall inte vara ett skäl för B att tro att q. A försummar således att avbryta den kausalprocess som leder till att B kommer att tro att q.³⁹ Denna variant av vilseledande blir även tillämplig när A påstår eller antyder att q, men då inte har uppsåt att vilseleda. A:s handling bildar nämligen ansvarsgrundlag på sådant sätt att han blir skyldig att undanröja risken för att B skall hamna i villfarelse, om han – innan B slutgiltigt accepterat att det är sant att q – kommer till insikt om att B kommer att vilseledas, såvida A ej ingriper.

s. 448–450, Strahl i SvJT 1945 s. 54, SOU 1940:20 s. 132 och Brottsbalken s. 326 och 329.

³⁸ Se t.ex. Brottsbalken s. 328–331, Schönke & Schröder s. 1323–1326.

³⁹ Bockelmann s. 440–442.

Icke varje orsakande av en felaktig uppgift är ett vilseledande:

(4) Om B tror att q och det är sant att q, men A förändrar fakta så att det inte längre är sant att q, så har B visserligen hamnat i villfarelse genom vad A gjort, men A har inte vilselett honom, eftersom A:s gärning icke varit ett skäl för B att omfatta den felaktiga uppfattningen. Ett typexempel är tjuvåkning på tåg: konduktören tror att alla har visat biljett, men när A går ombord på tåget och gömmer sig blir denna uppfattning felaktig.⁴⁰

(5) Om A förhindrar att B får sådana upplysningar eller sådana bevis att han kan bilda sig en riktig uppfattning, så har A inte heller vilselett B.⁴¹ (Här förutsätts att B inte redan tror att q.) Med hjälp av läran om oäkta underlåtenhetsbrott kan dock ett vilseledande konstateras, om A på relevant grund förväntas icke förhindra att B får korrekt uppfattning (= (3)).

De problematiska fallen är de där det faktum att A inte gör x är motiverande för att B kommer i villfarelse:

(6) I fråga om ensidigt urval av fakta råder i tysk doktrin enighet om att man har att göra med "Handlung". Läran om oäkta underlåtenhetsbrott anses således vara irrelevant.⁴²

(7) När icke-handlingen har mer självständigt informationsvärde skulle däremot denna lära behöva tillämpas, precis som när icke-handlingen saknar motiverande inverkan.⁴³ I svensk doktrin har Sterzel anslutit sig till samma uppfattning:

Såsom grundval för falska föreställningar kan underlåtenheten uppträda, äfven där den förutsatta förpliktelsen endast är af moralisk art. Men härmed har man äfven kommit öfver till ett gebit, till hvilket rättsordningens tvångsmedel icke sträcka sig.⁴⁴

I detta hänseende blev Sterzel på goda grunder kritiserad av Hägerström, även om dennes förklaringar lämnar en del att önska i fråga

⁴⁰ Se Bockelmann s. 438–439, Schönke & Schröder s. 1329, Welzel s. 349, Brotsbalken s. 346.

⁴¹ Schönke & Schröder s. 1325; jämför Griew s. 82 (är "deception").

⁴² Bockelmann s. 437, Schönke & Schröder s. 1323, 1326, Welzel s. 348. För engelsk rätt, se Griew s. 80–81.

⁴³ Bockelmann s. 437, Schönke & Schröder s. 1326, Welzel s. 348–349. Se dock Loewenheim s. 12–14: icke när blott en slutsats är möjlig och denna är objektivt grundad (rationell).

⁴⁴ Sterzel s. 103, se närmare s. 102–119. På s. 99 framhålls, att en del författare betecknar en motiverande underlåtenhet som "aktivt" förfarande; se även Andenæs s. 340.

om klarhet. Straffrättskommittén framhöll, att ett tigande kan ha karaktär av uttrycksmedel, t.ex. som jakande svar på en fråga.⁴⁵ Strahl säger härom, att A i så fall vilseleder ”genom vad som bör anses vara en positiv handling”, eftersom han använder sitt beteende som uttrycksmedel.⁴⁶ Den tyska inställningen kan därför inte anses vara i sin helhet accepterad i svensk rätt.

För fallen under (6) och (7) gäller att en icke-handling har avgörande del i uppkomsten av B:s villfarelse. B kommer att tro att q, bl.a. därför att A inte gör x. Det måste då vara missvisande att säga att underlåtenheten här inte skall betraktas som underlåtenhet utan som handling; det är ju som icke-handling den är operativ. Man behöver inte använda sådana uttryckssätt för att motivera att läran om oäkta underlåtenhetsbrott inte skall tillämpas. Att denna lära inte skall tas till bruk står för mig helt klart. Skälen för min ståndpunkt är två.

För det första: det är inte sällan mycket svårt att skilja mellan handling och underlåtenhet som motiverande faktorer, när A indicerar att q. Det som föranleder en viss slutsats kan vara en ren underlåtenhet, men icke-handlingen blir begriplig bara i ett sammanhang, en miljö av handlingar och underlåtenheter. Antydningar genom handlingar kan i praktiken bli motiverande därför att man uppmärksammar att A inte gör något.⁴⁷ Som Andenæs framhåller:

Handling og unnlatelse må vurderes i sammenheng, ikke løsrevet fra hverandre. Særlig gjelder dette når der finner en personlig kontakt sted mellom partene; en kan her overhodet ikke abstrahere unnlatelsen fra den omgivende situasjon.⁴⁸

För det andra: vid antydningar genom icke-handling är kausalitetsförhållandena helt annorlunda än dem som råder i de fall där läran

⁴⁵ SOU 1940:20 s. 131; se även Brottsbalken s. 327 (”jämställa med uttryckligt påstående”).

⁴⁶ Strahl s. 41. Se även Smith s. 71–72.

⁴⁷ Den som passerar en kassa i en självbetjäningsbutik torde indicera att han är behörig att passera på sätt som sker, dvs. att han inte tagit andra varor än dem han visar upp. (Se Schönke & Schröder s. 1324–1325, Wallén, Snabbköpsaffärer s. 468, Thornstedt s. 250, häradsrätten i *SvJT* 1965 rf. s. 35.) Normalt bedöms dock sådana fall som stöld, icke som bedrägeri.

I det fall att man inte visar upp någonting alls är det i praktiken uppenbarligen detta negativa faktum som föranleder slutsatsen, trots att vi egentligen har att göra med en antydning genom handling. Även i normalfallet händer det väl att man tänker på att A inte visar upp mer än vissa varor och därav drar slutsatsen att han inte tagit mera.

⁴⁸ Andenæs s. 433. Se även Sterzel s. 96, 100 och 127.

om oäkta underlåtenhetsbrott tas till hjälp. Om man vid ett vanligt fall av kommissivdelikt begånget genom underlåtenhet tänker bort den underlåtande personen och icke sätter något i stället, så kommer just det att hända som den underlåtande anses ha orsakat. Om man i ett fall av antydningar genom underlåtenhet gör motsvarande tankeoperation, så blir resultatet det omvända: B kommer *icke* att råka i villfarelse. Orsakssambanden är således av identisk natur vid antydningar genom underlåtenhet och vid antydningar genom handling.⁴⁹

Det skall dock sägas, att det finns ett par faktorer som verkar i riktning mot utjämning av skillnaderna mellan de två betraktelsesätten. De som förordar en tillämpning av läran om oäkta underlåtenhetsbrott bygger för bedrägeriets del ut denna lära: som extra ansvarsgrundlag uppförs ”Treu und Glauben”, dvs. om *tro och heder* kräver att man lämnar upplysningar i saken, så är man skyldig att göra detta.⁵⁰ Utgår man i stället från den uppfattning som jag anser vara mer motiverad och således bortser från läran om oäkta underlåtenhetsbrott, torde det bli oundvikligt att behov uppkommer av reduktionstolkningar av ”vileledande”. Tänkbart är att man bör utesluta all subjektiv error som uppväcks genom att A icke gör x.⁵¹ Gränsen för relevant vileledande skulle då gå vid de fall där A icke gör x trots att det av en redlig och hederlig person rimligen kan begäras att han gör x (och B kommer att tro att q därför att han utgår från att A är redlig och hederlig).⁵² Uppenbarligen blir ändå gränsen mellan brott och icke-brott mycket oskarp: ”oredlig” och ”ohederlig” är vaga ord, olika kri-

⁴⁹ Det var detta som Hägerström åsyftade med sin terminologiskt olyckliga utredning (se s. 320–323) och som Strahl (s. 41) åsyftar när han säger, att A:s beteende ”är icke blott en betingelse för den andres vileledande och efterföljande disposition utan orsakar det också enligt lagarna för skeendet.” Av Strahl, Orsak s. 273 framgår att Strahl sedermera insett att orsakssamband vid bedrägeri inte konstateras med hjälp av generella orsakslagar; numera skulle han därför säga att beteendet är inte bara en betingelse för villfarelsen utan orsakar den också ”enligt det reala skeendet”.

⁵⁰ Se t.ex. Schönke & Schröder s. 1326–1327, Andenæs s. 449–450.

⁵¹ Enligt Andenæs s. 451 bör man dock inte helt utesluta möjligheten att beakta subjektiv error.

Sterzel s. 97 ger uttryck för åsikten att all subjektiv error vid vileledande genom antydningar faller utanför det straffbara området.

⁵² En synnerligen komplicerad fråga är i vilken mån en säljare har att upplysa om dolda fel och farliga egenskaper hos det han säljer. Sterzel (s. 137–147 och 162–173) försöker precisera vissa hederlighetsregler för sådana och likartade fall. När säljaren själv har maskerat ett fel (utan att då ha bedrägeriuppsåt) skulle enligt Sterzel (s. 123–126) läran om oäkta underlåtenhetsbrott vara tillämplig (A har framkallat fara för vileledande). Både

terier är tillräckliga i olika sammanhang, för olika personer och för olika tider.

Som sammanfattning av detta avsnitt är Griews ord träffande:

We are therefore not concerned with whether the accused had a duty to reveal facts, but whether he appeared to state or deny them. The second problem is one of policy: in what cases is it desirable to impose criminal liability for silence that appears to make an assertion.⁵³

LITTERATUR

Andenæs, *Straffbar unnlatelse: Et bidrag til strafferettsdogmatikken*. Oslo 1942.

Andersson & Furberg, *Språk och påverkan*. 2. uppl. Lund 1967.

Austin, *How to Do Things with Words*. Oxford 1962.

Black, *Models and Metaphors*. Ithaca, N. Y. 1967.

Bockelmann, "Betrug verübt durch Schweigen." *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen 1961 s. 437–458.

Brottsbalken jämte förklaringar. Band I. Utg. av Beckman, Holmberg, Hult & Strahl. 2. uppl. Stockholm 1968, 3. uppl. Stockholm 1970.

Chipman, "Material and Illative Implication." *Mind* 1971 s. 179–193.

Ekelöf, "Semantik och juridik." *SvJT* 1966 s. 497–505.

Hägerström (s. 329–331) och Andenæs (s. 445) synes utan diskussion anta att en underlåtenhet att upplysa om dolda fel normalt inte är motiverande.

I *SvJT* 1947 rf. s. 20 hade A ändrat en bils vägmätare från 1 584 mil till 584 mil. (Se Strahl s. 41 och Strahl i *SvJT* 1949 s. 179.) Köparen kom förstås att tro att bilen gått endast 584 mil. Frågan är hur A har orsakat denna tro. En del skulle väl säga, att det skett genom handling, och närmare bestämt den handling varigenom egenskapen maskerades: A har producerat ett visst utseende hos saken, och B kommer att tro att saken är vad den synes vara. (Se Schönke & Schröder s. 1326, Welzel s. 348, Smith s. 66.) Men det faktum att just A maskerat egenskapen är helt utan betydelse för B:s villfarelse; det kunde lika gärna ha varit någon annan som gjort det. Det kan därför inte vara genom denna handling som A motiverar B till en felaktig tro. I stället får man fråga sig om A genom sitt försäljningsanbud indicerar att det saluförda saknar fel som inte utan svårighet kan upptäckas eller åtminstone inte utsatts för förändringar som döljer de faktiska egenskaperna. Eftersom det i vart fall är tveksamt att ett försäljningsanbud har sådana pragmatiska implikationer, får man kanske anta att den vilseledande faktorn objektivt sett är att A icke talar om att saken förändrats, fastän tro och heder kräver av honom att avslöja detta.

⁵³ Griew s. 81.

- Fogelin, *Evidence and Meaning*. London 1967.
- Furberg, *Locutionary and Illocutionary Acts*. Göteborg 1963.
- Grant, "Pragmatic Implication." *Philosophy* 1958 s. 303–324.
- Griew, *The Theft Act* 1968. London 1968.
- Hungerland, "Contextual Implication." *Inquiry* 1960 s. 211–258.
- Hägerström, "Sviktigt förtigande." *SvJT* 1939 s. 311–335.
- Jareborg, *Handling och uppsåt: En undersökning rörande doluslärens underlag*. Stockholm 1969.
- Linsky, *Referring*. London 1967.
- Loewenheim, *Anstiftung durch Unterlassen*. Gelnhausen 1962.
- Nowell-Smith, *Ethics*. Penguin ed., Harmondsworth 1961.
- Nowell-Smith (Implication), "Contextual Implication and Ethical Theory." *The Aristotelian Society*: Supplementary Volume XXXVI, 1962 s. 1–18.
- Ryding, *Att luras utan att ljuga*. Lund 1971.
- Schönke & Schröder, *Strafgesetzbuch*. 15. Aufl. München 1970.
- Searle, *Speech Acts*. Cambridge 1969.
- Smith, *The Law of Theft*. London 1968.
- SOU 1940:20. Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om förmögenhetsbrott.
- Sterzel, *Bidrag till läran om bedrägeribrottet*. Uppsala 1919.
- Strahl, *Kompendium i straffrättens allmänna del*. 7. omarb. uppl. Uppsala 1969.
- Strahl (Orsak), "Orsaksrekvisitet i straffrätten." *Festskrift till Ivar Agge*, Stockholm 1970 s. 271–293.
- Strahl (SvJT), Rättsfallskommentarer i *SvJT* 1945, 1949, 1964 och 1967.
- Strawson, "On Referring," Omtryckt i *Essays in Conceptual Analysis*, ed. by Flew, London 1956 s. 21–52.
- Strawson (Logic), *Introduction to Logical Theory*. London 1952.
- Strawson (Reference), "Identifying Reference and Truth-Values." *Theoria* 1964 s. 96–118.
- Thornstedt, "Några reflexioner rörande tagande av varor i självbetjänningsbutiker." *SvJT* 1968 s. 250–252.
- Thornstedt (SvJT), [Anmälan av *Brottsbalken* 2 uppl.] *SvJT* 1970 s. 62–64.
- Vendler, *Linguistics in Philosophy*. Ithaca, N. Y. 1967.
- Wallén, "Om sjukkassebedrägerier." *SvJT* 1963 s. 321–347.
- Wallén (Kreditbedrägeri), "Något om kreditbedrägeri i svensk rätt." *Festskrift till Ivar Agge*, Stockholm 1970 s. 393–405.

- Wallén (Prejudikat), "Prejudikat rörande sjukkassebedrägerier?" *SvJT* 1964 s. 204–206.
- Wallén (Snabbköpsaffärer), "Tillägnelse av varor i snabbköpsaffärer: stöld, bedrägeri eller bedrägligt beteende?" *SvJT* 1964 s. 465–470.
- Welzel, *Das deutsche Strafrecht*. 10. uppl. Berlin 1967.
- Williams, "Language and the Law." *The Law Quarterly Review* 1945 s. 71–76, 179–195, 293–303 och 384–306.

III

In short, judgments of coherence, simplicity, and so on are pre-supposed by physical science. Yet coherence, simplicity and the like are values. Indeed, each and every one of the familiar arguments for relativism in ethics could be repeated in connection with these epistemic values. The argument that ethical values are metaphysically "queer" because (among other things) we do not have a sense organ for detecting "goodness" could be modified to read "epistemic values are ontologically queer because we do not have a sense organ for detecting simplicity and coherence". The familiar arguments for relativism or noncognitivism from the disagreement between cultures concerning values (arguments that are often driven by the fashionable, but I believe wholly untenable, pictures of different cultures as "incommensurable") could be modified to read that there are disagreements between cultures concerning what beliefs are more "coherent", "plausible", "simpler as accounts of facts", and so on; and in both the case of ethics and the case of science, there are those who would say that when cultures disagree, saying that one side is objectively right is mere rhetoric.

HILARY PUTNAM

Vad är en princip?

Festskrift till Åke Frändberg, Uppsala 2003, s. 137–144.

1. I juridiken och rättsteorin talas mycket om principer. Alla vet väl vad en princip är? – i vart fall i princip. Frågar man juris studerande om saken brukar ord såsom "(liksom en) regel", "allmän" och "grundläggande" försiktigt föreslås. För att få klarhet i saken slår man upp *Juridikens termer*, men det visar sig att "princip" inte är en (viktig) juridisk term. *Svenska Akademiens ordlista över svenska språket* bidrar med "grundsanning; grundsats".

Den vetgirige kan inte låta sig nöjas med detta, så han eller hon beger sig till ett välsorterat stadsbibliotek, exempelvis det som finns i Uppsala. På någon timme kan man lära sig ganska mycket om principer.

Det första man träffar på i uppslagsböcker är Gavriilo Princip, f. 1894, en man som handlade utifrån sina principer. Han betecknas som bosnisk nationalist och agitator, och det var han som den 28 juni 1914 i Sarajevo mördade ärkehertigen Franz Ferdinand och dennes morganatiska¹ hustru, Sophie von Chotek. Eftersom ärkehertigen var brorson till kejsaren Franz Joseph och tronföljare i Österrike-Ungern, kunde händelsen som bekant göras till förevändning för ett

¹ Säkert vet inte alla vad ett morganatiskt äktenskap är, så det är väl bäst att förklara saken, särskilt som sådana "äktenskap till vänster" inte lär ha funnits i svensk rätt. Det rör sig om i sig giltiga äktenskap mellan en högtättad man och en lågättad kvinna, där hustru och barn inte får del av mannens ställning och egendom.

krig. Gavril Princip hade vid dådet inte fyllt 20 år, och han dömdes till det högsta straff som lagen tillät för en sådan person, nämligen 20 års fängelse. Han dog emellertid av tuberkulos med kriget, dvs. 1918.

Vi jurister tar lätt för givet att en princip är något normativt, dvs. att principer är främst rättsliga eller moraliska. Per Olof Eke-löf har skrivit en bok om *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*, Andrew Ashworth en om *Principles of Criminal Law* och George Edward Moore en om *Principia ethica*. Men så kommer vi ihåg att få år efter Moores bok utgavs *Principia mathematica* av Lord Bertrand Russell och Alfred North Whitehead, och att den bok som gjorde Sir Isaac Newton berömd heter *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*. 1900-talets teoribildning inom fysiken är späckad med principer: komplementaritetprincipen (både vågmodellen och partikellmodellen måste användas för hantering av elektromagnetisk strålning), inom kvantteorin finns Bohrs korrespondensprincip, Heisenbergs osäkerhetsprincip, en identifikationsprincip och en Pauli-princip, och inom relativitetsteorin har Einstein en relativitetsprincip och en ekvivalensprincip. Osv. Det finns i enlighet med modern vetenskapsteori god grund att hävda att också sådana principer har viss normativ karaktär, men tanken är nu väckt att principer finns på alla tänkbara vetenskaps- och livsområden – en tanke som förvandlas till visshet hos den som undersöker saken litet närmare.

Sedan får man reda på att i latinsk översättning börjar Första Moseboken på följande sätt: In principio creavit Deus coelum et terram (I begynnelsen skapade Gud himmel och jord), och Evangeliet enligt Johannes så här: In principio erat verbo (I begynnelsen fanns Ordet).

En princip är en princip, men "princip" är ett ord. Ord är tankeverktyg, och verktygs historia kan ge nyttiga insikter.

Av "primus (först) capere (taga)" bildades "primocaps", som blev "princeps" (källa, orsak, det som kommer först), som i sin tur gav "principium" (ursprung, början).

(Men "princeps" – femininum "principissa" – gav också "prins", "prince", "Prinz", osv. – respektive "prinsessa", osv. Orden finns nästan likalydande i svenska, danska, norska, engelska, franska, holländska, flamländska, tyska, italienska, spanska, portugisiska, rumänska, tjeckiska, serbo-kroatiska, osv. I germanska språk finns parallellorden "furste" och "furstinna", osv. (den som är först); dock inte i engelskan (jämför ordningstalet "first"). Hos oss har "prins" och "prinsessa" fått

en mer kunglighetsteknisk betydelse. Medan Niccolò Machiavellis *Il principe* översätts till engelska som "The Prince", måste den heta "Fursten" på svenska.)

Ytterligare bläddrande i ordböcker, såsom *Oxford English Dictionary* och andra som sammanfattar stor lärdom, ger vid handen att man något förenklat har att göra med två huvudgrupper av betydelse hos "princip".

Enligt den första, som synes ha en bakgrund i skolastisk filosofi, är en princip något relativt konkret med kausal verkan. En princip likställs med början, ursprung, källa, yttersta grunden, något fundamentalt eller primärt som frambringar eller bestämmer vissa resultat.

Enligt den andra är en princip något abstrakt och tankemässigt: en grundsanning, en (natur)lag, en (självklar) utgångspunkt för bevisföring och annan argumentation, ett handlingsmotiv, en sammanhållande grund eller idé vid konstruktion av något abstrakt eller konkret, inklusive författningar, maskiner, instrument, byggnader, städer, osv.

2. Det gemensamma för principer verkar vara att de finns före, under eller över något annat. En princip är något som kommer före något annat, utgör grunden för något annat eller styr något annat. Detta andra kan vara många olika saker, t.ex. den hela fysiska världen, en viss sorts fortskaffningsmedel, ett rättssystem eller klassen av en viss persons handlingar. En princip verkar alltid ha att göra med kausalitet eller rationalitet, med orsak eller skäl.

Jean Piaget fann i sina studier kring barns intellektuella utveckling att mindre barn inte skiljer mellan naturens lagar och människornas lagar. Åke Frändberg lär oss att detsamma gäller de gamla grekerna:

Naturalism has its origin in a time when no clear distinction between the factual – what is – and the normative – what ought to be – is made. A striking example of this is a formulation by Anaximander, where he places such a universal law (what we should call "a law of nature" in the sense used by natural science) on an equal footing with a law where a judge sentences a criminal (what we should call a legal rule, or norm). In a way, this distinction has not to this very day been fully acknowledged within the natural law tradition.²

² Frändberg, "Naturalism and Positivism", *Libens merito: Festskrift till Stig Strömholm på sjuttioårsdagen 16 september 2001* (Kungl. vetenskapssamhällets i Uppsala Handlingar nr 21, Uppsala 2001, s. 139–146) s. 141.

Om man tror att både naturens och människornas lagar är givna av Gud, framstår inte heller skillnaden som "principiell". För egen del tror jag, som antytts ovan, att urval och formulering av satser som ges rangen av naturlagar har ett mycket starkt normativt inslag. Detta utesluter inte att man i de sammanhang där det har en poäng håller fast vid en principiell skillnad mellan det empiriska och det normativa. Jag avstår från att ta ställning till om distinktionen kan upprätthållas vad gäller logik och modeller för rationell argumentation.

En viss typ av moralprinciper, nämligen den "konventionella" moralens principer, synes ha en blandad karaktär, genom att det rör sig om social sed, vanor, regelbundenheter, som samtidigt uppfattas som normerande. Den "konstruktiva" moralens principer, de som används vid rationell argumentation i etiska frågor, är däremot enbart normativa.³

(Det kan ha sitt intresse att notera att den empiriska världen har "lagar" men inte "regler". Ändå talar vi (metaforiskt) om regelbundenheter som något som förekommer "i regel", dvs. som om det vore styrt av någon regel.)

Principer kan upptäckas, men också uppfinnas. Detta gäller såväl empiriska som normativa principer. Vi är kanske vana vid att se rättsliga principer som styrande för en regelmateria, men det är naturligtvis fullt möjligt att man upptäcker att en uppsättning regler ger uttryck för en princip (se vidare nedan under 5.). Notera att distinktionen mellan det empiriska och det normativa inte är identisk med distinktionen mellan något deskriptivt och något normativt. En normativ princip (som upptäcks) kan betecknas som "deskriptiv" och en empirisk princip (som uppfinnas) kan betecknas som "normativ".

Principer kan användas för olika syften. De kan som osäkerhetsprincipen vara förklarande. De kan som komplementaritetsprincipen vara pragmatiska. De kan som explosionsmotorns princip vara organiserande. Osv.

I ett givet sammanhang är en del principer "grundläggande", "fundamentala", "primära" eller "självklara", medan andra inte är det. Och en del principer är mer "allmänna" eller "abstrakta" än andra. Så även om alla principer är på något sätt grundläggande eller primära eller allmänna eller abstrakta, så kan det vara lämpligt att använda

³ För en diskussion av moralregler, etiska principer, förhållandet mellan rätt och moral, m.m. hänvisas till Jareborg, *Straffrättsideologiska fragment* (Uppsala 1992) s. 29–64.

sådana adjektiv för att markera en skillnad i "principiter" (även om detta ord kanske inte har förekommit i skrift förrän nu).

3. I det följande talas enbart om rättsliga principer. Ledande personer inom rättsteorin, såsom Ronald Dworkin och Robert Alexy, har hävdat att det finns en ("principiell") skillnad mellan regler och principer. Denna skulle bestå i att regler antingen följs eller inte följs, medan principer kan följas mer eller mindre. En liknande tanke utvecklades mer utförligt av Nils Kristian Sundby och Torstein Eckhoff under 1970-talet i termer av "regler" och "riktlinjer". Jag framförde vissa synpunkter i frågan, vilket ledde till en diskussion med Eckhoff (Sundby hade då avlidit). Den resulterade i att Eckhoff godtog min ståndpunkt att "riktlinjer" (och därmed också principer) lämpligen bör anses vara en underklass av klassen "regler", inte något sidoordnat.⁴ Det närmast följande är en sammanfattning av ett antal distinktioner som jag fortfarande anser vara klargörande.

Det finns många olika sorters regler. Indelningar och terminologi varierar. En vanlig indelning är den mellan pliktregler och kvalifikationsregler, särskilt i Sverige ofta kompletterad med kategorin kompetensregler. För egen del föredrar jag att skilja mellan "förhållningsregler" och "definitoriska regler". Sådana distinktioner har påtagligt pedagogiskt värde.

Något för alla förhållningsregler gemensamt är att de innehåller en s.k. modal term, en "deontisk operator": skall, bör eller får (eventuellt med negationer). Lyfter man ut operatoren ur en regel, återstår ett beskrivet handlingsmönster, det med vilket ett faktiskt handlande jämförs. Ordet "norm" kommer av latinska "norma", som betyder "vinkelhake". Det framstår därför som passande att använda "norm" för det aktuella handlingsmönstret (även om "norm" ofta används som synonym till "regel"). Få regler gäller för alla i alla sammanhang, varför grundstrukturen måste ge uttryck för att handlingsmönstret aktualiseras endast om vissa villkor är uppfyllda:

Operator: skall (osv.): *Norm:* om V, göra X

Ytterligare möjligheter till distinktioner följer av innebörden av de olika operatorerna:

⁴ Jareborg, "Regler och riktlinjer", *TjR* 1979 s. 385–410, Eckhoff, "Retningslinjer og 'tumregler'", *TjR* 1980 s. 145–163, Jareborg, "Regler og riktlinjer – en replik, *TjR* 1981 s. 436–444, Eckhoff & Sundby, *Retssystemer: Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2. reviderte utgave ved Torstein Eckhoff (Oslo 1991) s. 112.

Pliktregler (förbud och påbud): ”skall”

Permissiva regler: ”får”

Tumregler: ”bör”

Fler varianter av operatorer erhålls om man tillåter negationer. Negationen kan emellertid lika väl placeras i normen. ”Du får inte göra X” betyder detsamma som ”Du skall göra inte-X”. (Ett intressant fenomen är att i talspråk används ”får” rätt ofta i betydelsen ”skall” eller ”måste”).

Det finns i detta sammanhang inte anledning att gå in på hur kategorierna kvalifikationsregler, kompetensregler och riktlinjer kan hanteras utifrån den skisserade begreppsbildningen. Min slutsats är att de på olika sätt utgör underklasser av de angivna regeltyperna.

Däremot finns det anledning att peka på en grundläggande skillnad mellan å ena sida pliktregler och permissiva regler och å andra sidan tumregler. Från de förra kan man inte göra undantag utan att ändra regelns innehåll. Jag har därför kallat dem ”dogmatiska regler”. Från de senare kan däremot undantag göras utan att regeln behöver ändras. Man bryter inte nödvändigtvis mot regeln genom att inte följa den. Dvs. man kan i vissa fall sägas ”tillämpa” regeln utan att man följer det föreskrivna handlingsmönstret. Att man ”bör” göra något betyder detsamma som ”generellt finns det goda skäl att följa normen (det uppställda handlingsmönstret), men om du på grund av de särskilda omständigheterna kan finna (mycket) goda skäl för att avvika från normen, så får du göra det”. I olika sammanhang kan mer eller mindre starka skäl krävas för att man skall vara berättigad att avvika från normen. Ordet ”bör” står därför mer för en zon än för en linje. Ibland kan ett böra-krav ligga nära ett skall-krav, medan det andra gånger kan innebära en påtaglig frihet.⁵

4. Jag skall nu försöka förklara vad en rättsprincip enligt min mening bör anses vara. Det är inte fråga om att förklara vad en rättsprincip ”egentligen” är – min inställning till sådana ontologiska frågor är grundmurat oförstående – utan om att ge begreppet rättsprincip ett någorlunda tydligt och användbart innehåll, vilket också återspeglar termens användning i juridiskt språkbruk. Syftet med förklaringen är

⁵ Den konstruktiva moralens ”plikter” skiljer sig från rättsliga plikter däri att de inte kan ha samma skall-karaktär. Ett ställningstagande har alltid böra-karaktär. När skälen framstår som mycket starka är det dock vanligt att man talar om att man ”måste” eller ”inte får” göra så eller så. Detta gäller även när diskussionen avser lagstiftningsetik. Se t.ex. kapitel 1 ovan, avsnitt 3.

inte heller att ge underlag för en skarp gränsdragning; om något är en princip eller inte är ju inte särskilt viktigt.

En rättsprincip är alltid en rättsregel. En rättsprincip är alltid en böra-regel. En rättsprincip är således en rättsregel som inte nödvändigtvis överträds om man inte följer den. Det normala är att rättsprinciper är delvis oförenliga. Ett exempel är att straffrättslig och straffprocessrättslig lagstiftning domineras av två principer som ofta kommer i direkt konflikt med varandra: rättssäkerhetsprincipen och effektivitetsprincipen. När det är vanligt att principer står i strid med varandra, uppkommer ett behov av metaprinciper. Sådana finner man kanske enklast i rättskälleläran. Principen att man bör följa tydlig lagtext kan råka i strid med principen att man bör följa tydliga lagförarbeten. Vilken metaprincip som bör uppställas beror delvis på vilket rättsområde som är aktuellt.

Lagstiftare uppställer sällan böra-regler. Om det sker, har reglerna normalt funktionen av stränga riktlinjer. Ibland – på låg statsrättslig nivå – kan en sådan regel vara vad Georg Henrik von Wright kallar en ”teknisk norm”, dvs. en instruktion eller anvisning om hur man bör gå till väga för att nå ett visst resultat.

Alla böra-rättsregler kan naturligtvis inte kallas principer. Då skulle vi förlora kontakten med det förhållandet att en princip måste vara något överordnat eller grundläggande.

Mitt förslag till förtydligande av innebörden av att en rättsregel är ”överordnad” eller ”grundläggande” är följande. Om vi utgår från den ovan återgivna grundformen för en regel och bland villkoren bryter ut en faktor som anger vem som är regelns adressat, och en faktor som anger ifrågavarande rättsområde, så har en princip följande grundform:

Adressat: P: Rättsområde: R: Operator: bör: Norm: göra X

Normen, handlingsmönstret, är således inte villkorat utan kategoriskt för ifrågavarande adressater. I en rättsordning är dessa normalt antingen lagstiftare eller domare eller andra rättstillämpare. För dessa fungerar en princip som uttryck för etablerade, kristalliserade, stående (åtminstone föregivet) goda skäl för att göra eller inte göra något visst vid beslutsfattande på ett visst rättsområde.

Principer kommer sällan till uttryck i författningstext. Om så sker, är syftet att påminna om vissa grundläggande värden eller mål som bör förverkligas på ett visst område. Ibland ges en princip uttryck i en pliktregel (skall-regel); se t.ex. RF 2:10. Detta lagrum bygger på

legalitetsprincipen, men eftersom det innehåller en pliktregel vore det missvisande att säga att det kodifierar (några aspekter av) legalitetsprincipen.

5. Varifrån kommer principerna, om de nu inte promulgeras? De flesta torde ha "författats" inom rättsvetenskapen, men häri ligger ingenting märkligt. Av alla gällande rättsregler är det en mycket liten del som har författats av lagstiftare. En rättsteori, som inriktar sig på rättsregler som är giltiga i den meningen att de har formulerats av dem som enligt författningen är behöriga att utfärda dem, är verklighetsfrämmande. De flesta rättsregler är konstruktioner som utgör resultat av rättslig argumentation inom de ramar som makthavarna tillhandahåller. Argumentationen är således – jämförd med etisk argumentation – i grunden bunden, och såtillvida i viss mån kanske inte helt rationell.

Rättsprinciperna kan hänföra sig till rättsreglernas innehåll, men även till den rättsliga argumentationen som sådan (metodologiska principer). Exempel på det förstnämnda är den internationella privaträttens nationalitets- och hemvistprinciper. Exempel på det sistnämnda är lex superior-principen.

Rättsprinciper kan liksom andra principer uppträffa, skapas, men de kan också upptäckas, dvs. extraheras ur en regelmateria. Man kan t.ex. finna att ett rättsområde domineras av en princip om att män skall favoriseras framför kvinnor.

Rättsprinciper tillgodoser olika syften. De kan vara förklarande, rättfärdigande eller organiserande (systematiserande). De kan ha funktionen att sammanfatta värden som bär upp en regelmateria, de kan underlätta lagstiftning, de kan användas för att lösa interna regelkonflikter, osv.

Att rättsprinciper och andra rättsregler "gäller" har således ofta ingen eller svag koppling till utövning av lagstiftningsmakt. Något förenklat kan man säga att en rättsregel (som inte är en princip) gäller, därför att promulgerade bestämmelser och de värden och principer som bär upp systemet tillåter att regeln hör till systemet. Gällande rätt är inte nödvändigtvis entydig.

Vad som menas med att en rättsprincip gäller bör nog beskrivas på ett något annorlunda sätt – och det är i så fall detta som gör att det är klargörande och praktiskt att skilja rättsprinciper från andra rättsregler.

Jag vill hävda att det som gör att en rättsprincip gäller inom ett

rättssystem beror på (1) huruvida den bidrar till att ge uttryck för eller sammanfatta viktiga värderingar eller andra bedömningar, och (2) huruvida den bidrar till att göra systemet värderingsmässigt sammanhängande.

Härav följer att rättsprinciper, olikt de flesta andra rättsregler, gäller mer eller mindre, därför att de ger uttryck för värden av olika dignitet eller vikt. Och olika värden har olika vikt på olika rättsområden. Men det förhållandet att legitima värden, och därmed också principer, kan strida mot varandra behöver inte vara en svaghet. Insikten härom tvingar fram principiella ställningstaganden, och något paradoxalt bidrar detta till att den rättsliga argumentationen blir mer rationell och till att systemet stärks genom att bli mer sammanhängande. Det finns också anledning att erinra om att principer ibland kommer i klungor och formar grundläggande ideologier. Ett exempel på detta är rättsstatsideologin, om vilken vi lärt oss så mycket i Åke Frändbergs personligt koncisa texter.

Rättsdogmatik som vetenskap

Svensk Juristtidning 2004 s. 1–10.

1. Högskolelagen föreskriver att universitet och högskolor bl.a. skall anordna forskning och att deras forskarutbildning skall ge de kunskaper och färdigheter som behövs för att vederbörande självständigt skall kunna bedriva *forskning*. Om forskningens frihet sägs att forskningsproblem får fritt väljas, forskningsmetoder fritt utvecklas och forskningsresultat fritt publiceras. Problem, metoder och resultat. Inte ett ord om idéer, teorier och forskningens syften. Detta är kanske begripligt, men borde man inte någon gång möta ordet *vetenskap*? I högskoleförfattningarna talas visserligen om att utbildningen skall ske på vetenskaplig grund, att professorer måste ha vetenskaplig skicklighet och att lektorer måste ha vetenskaplig kompetens. Men begreppet vetenskap ges ingen självständig roll. Även i rektorers högtidstal framhävs forskning och produktion av något som kallas ”ny kunskap”. Vetenskap nämns endast i sammansättningar för angivande av olika vetenskapsområden. Vetenskaplig verksamhet och forskning förutsätts uppenbarligen vara detsamma. Nyckelordet förutsätts vara *kunskap*.

Det kan förefalla småaktigt att lägga någon vikt vid denna byråkratiska jargong. Jag vill emellertid hävda att den är partisk. Den upphöjer den naturvetenskapliga vardagsforskningen till grundmodell för vetenskaplig verksamhet. En forskning i vilken man använder sofistikerade metoder som ger vissa tydliga resultat, ”ny kunskap”, av detaljkaraktär.

Det är i och för sig riktigt att forskning och kunskap hör ihop. Forskning handlar om att ta reda på hur någon sorts verklighet är beskaffad. Svaret på en forskningsuppgift är "Så här är det!" Frågorna lyder t.ex. "När?", "Var?", "Vem?", "Hur?", "Vad?", "Varför?" – "Varför?" främst som en fråga om kausalitet.

Allt som är forskning hör naturligtvis inte hemma på ett universitet eller en vetenskaplig institution. De flesta journalister anser att de sysslar med forskning, och en del gör det också. Framförallt äldre herrar ger sig in på s.k. släktforskning – en del gör det i förhoppningen om finna fint folk bland förfäderna (Axel Oxenstierna, Karl XV eller åtminstone någon biskop). Böcker, filmer och TV-program kan sällan produceras utan ett visst mått av föregående forskning, låt vara att vederbörande föredrar att tala om något som de kallar "research".

Vi måste därför skilja mellan *vetenskaplig forskning* och annan forskning. Forskning kan vara vetenskaplig på två sätt. Den kan ske med vetenskapliga metoder och den kan ske i vetenskapligt syfte. Jag återkommer till detta.

I det sagda ligger att forskning inte är detsamma som vetenskap eller *vetenskaplig verksamhet*. Einstein definierade vetenskap som ett försök att rekonstruera tillvaron med begreppsbildningens hjälp till ett i möjligaste mån sammanhängande system. Vetenskaplig verksamhet innefattar alltid någon sorts forskning, men den specifikt vetenskapliga uppgiften är en annan. Om forskning leder till kunskap, så leder vetenskaplig verksamhet till *insikt och förståelse*. Den viktiga frågan är "Varför?" i betydelsen "Varför tror du att ...?", dvs. man frågar efter skäl och inte efter orsaker.

2. I vetenskaplig verksamhet kan man urskilja åtminstone fem olika aspekter eller, om man så vill, fem olika typer av arbetsuppgifter.

(a) *Forskning* är grunden.

(b) Men det som forskningen ger – kunskap eller information eller data – måste bearbetas, dvs. *syntetiseras, systematiseras, struktureras*.

(c) Det hela sammanfattas i någonting som kan kallas *verklighetsrekonstruktion*, som naturligtvis också präglas av systematisering och strukturering. Med "rekonstruktion" avses då inte att man försöker återskapa något förlorat, utan att man "bygger om" en verklighetsbild.

(d) I praktiken sker en ständig återkoppling mellan dessa tre aspekter och den fjärde, nämligen *kritisk analys*. För att verksamheten skall förtjäna att kallas vetenskaplig måste alla dess aspekter kunna ifrågasättas.

(e) Den femte arbetsuppgiften består i att tala eller skriva. Varje redovisning av vetenskaplig verksamhet utgörs av en sorts *berättelse*. Ordet "berättelse" skall tas på allvar. Dels därför att det hela rör sig om att kommunicera med andra människor. Dels därför att det är omöjligt att berätta om något utan att implicit oavbrutet bygga på värderingar. Varje berättelse förutsätter ständiga val mellan vad som är relevant och irrelevant, viktigt och oviktigt, centralt och perifert, träffande och mindre träffande, precist och oprecist, konsekvent och inkonsekvent, osv. Beskrivningar, deskriptiva framställningar, betraktas inte sällan som mindre meriterande än analyser och systematiseringar. Generellt kräver de kanske mindre intellektuellt arbete, men goda koncisa beskrivningar förutsätter gott omdöme och hårt arbete.

Den här karakteristiken av vetenskaplig verksamhet leder till två reflexioner. Den ena är att man vid *bedömning*, dvs. värdering, av vetenskapliga prestationer rimligtvis måste beakta alla sidor av verksamheten, inklusive själva berättelsen, men också projektet som helhet. Det blir därmed inte särskilt svårt att uppställa en serie rätt olikartade grupper av kvalitetskriterier.

Den andra reflexionen gäller *vetenskaplig rollfördelning*. Eftersom vetenskaplig verksamhet är så komplex kan inte alla vara lika duktiga på allting. Det finns lärda forskare som saknar analytisk och konstruktiv begåvning. Det finns kritiska analytiker som inte är särskilt lärda eller konstruktiva. Det finns konstruktiva genier som överlåter kritisk analys och forskningens grovarbete till andra. Vetenskap är ett kollektivt projekt, inte bara synkront utan också diakront: man möter ibland bilden av de unga som klättrar upp på de gamles axlar och trycker ner dem i glömskan.

Raisins may be the best part of a cake; but a bag of raisins is not better than a cake; & someone who is in a position to give us a bag full of raisins still cannot bake a cake with them, let alone doing something better.

LUDWIG WITTGENSTEIN

3. Jag nämnde att svaret på en forskningsuppgift är "Så här *är* det!" Svaret på en vetenskaplig uppgift är snarare "Så här *bör* det vara!", dvs. det finns goda skäl för att uppfatta verkligheten på detta sätt, det finns goda skäl att använda denna verklighetsbild, denna teori, denna komplexa begreppsbildning, osv. för att tillgodose de syften som är viktiga för ifrågavarande vetenskapsområde. Ibland kan man våga säga "Så här *måste* det vara!" – om det hela skall hänga ihop.

Människan är ett nyfiket djur som inte kan låta bli att spekulera över hur saker hänger ihop, vad som har hänt och kommer att hända, vad som är bästa lösningen på ett problem, osv. Den västerländska vetenskapen går ut på göra sådana spekulationer så bra, så fruktbara som möjligt. Vetenskaplig verksamhet är mänsklig verksamhet som kan rättfärdigas endast om den utgör ett led i något som ytterst bidrar till människors överlevnad, välfärd och behovstillfredsställelse. (Detta ligger nära en definition av rationalitet.) Vilket naturligtvis inte hindrar att fysik utnyttjas för att producera bomber och rättsdogmatik utnyttjas för att förtrycka människor.

En anledning till att det ligger nära till hands att se *naturvetenskaperna* som paradigmatiska är förstås att de har varit så framgångsrika. Men framgång är relativ till vilka syften man har. Det som utmärker naturvetenskaperna är den starka betoningen av att deras forskningsresultat och vetenskapliga rekonstruktioner och modeller skall bidra till förutsägelser och kontroll. Uppfylls dessa syften ligger vägen öppen för teknologiska revolutioner. Däremot är det inte så att naturvetenskaperna är bättre än andra på att finna Sanningen med stort s. Det brukar sägas att alla naturvetenskapliga teorier är falsifierade, och på inget annat vetenskapsområde är omsättningen av teorier och modeller så snabb.

Varför är naturvetenskaperna då så framgångsrika? De tilldelas förstås mer resurser än andra vetenskaper. Men jag tror att Richard Rorty har rätt när han säger att en viktig förklaring är att finna i naturvetenskapernas i relevanta hänseenden mer moraliska klimat: stor öppenhet, relativt hög intellektuell hederlighet och allmän omutbarhet, tålmod, argumentation i stället för påtryckningar, och inte minst: tolerans mot idéer som kan förefalla orimliga eller bisarra, därför att man vet att det är sådana idéer som ligger bakom vetenskapliga revolutioner – vad Einstein tänkte ut när han åkte spårvagn till och från arbetet på en schweizisk patentbyrå har revolutionerat vår världsbild, samtidigt som det för det s.k. sunda förnuftet framstår som nonsens och egentligen inte kan utsägas i annat språk än matematik.

The real achievement of a Copernicus or a Darwin was not the discovery of a true theory but of a fertile new point of view.

LUDWIG WITTGENSTEIN

4. Det är nu hög tid att föra in *rättsdogmatiken* i resonemanget. Jag utgår från ni har en egen uppfattning om vad rättsdogmatik är, och tänker därför inte gå in på någon närmare karakteristik. Den kortaste

beskrivningen av rättsdogmatik är att den består i *rekonstruktion av rättssystem*. Ett syfte med min framställning är att försöka påvisa att det inte är fel att säga "vetenskaplig rekonstruktion av rättssystem".

Ordet "dogmatik" leder förstås tanken till teologi och därmed bristande förutsättningslöshet. Jag kan inte se att detta är problematiskt. Rättsdogmatik förknippas primärt med rekonstruktion av gällande rätt och därmed också med begränsningar som uppställs genom maktutövning och beslutsfattande av lagstiftare och domstolar. Detta hindrar dock på intet sätt att man vid rättsdogmatisk argumentation vidgar perspektivet och går utanför gällande rätt. All vetenskaplig verksamhet går ut på att finna nya svar och bättre lösningar. Det är helt legitimt för rättsdogmatiker att söka efter ideala lösningar. Eftersom rättsdogmatik, i motsats till annan rättsvetenskap, är så att säga systemintern, måste man emellertid i regel utgå från en speciell bundenhet till det som gör det möjligt att identifiera systemet, dvs. en viss sorts maktutövning.

För övrigt är det ju så att en helt förutsättningslös argumentation och därmed en helt förutsättningslös vetenskap är en omöjlighet. Allting kan ifrågasättas, men allting kan inte ifrågasättas samtidigt. Tvivel förutsätter att man tror på något. Oenighet förutsätter att man är överens om något. Och det förhållandet att allting kan utsättas för kritik innebär inte att vi måste eller bör utsätta allting för kritik. Det finns ingen säker grund för kunskap och insikt, men för att överleva måste vi ta saker för givna. Att leva är att ta risker, och det gäller också det vetenskapliga livet.

5. Lagstiftaren stiftar lagar, domaren dömer och rättsdogmatikern konstuerar ett normativt system som ger mening åt lagarna och domarna. Rättsdogmatikern är kanske inte lika nödvändig för en rättsordning som de två andra aktörerna, men det är lätt att föreställa sig hur primitiv rättsordningen skulle vara om rättsdogmatiken aldrig hade funnits.

Att rättsdogmatiken är mänskligheten till *nytta* kan således inte betvivlas. Det finns för övrigt en intressant parallell till naturvetenskapernas inriktning på förutsebarhet och kontroll. Rättsdogmatikens bidrag till en rättsordning är i praktiken nödvändigt för en rimlig förutsebarhet, dvs. rättssäkerhet för enskilda, och för en effektiv kontroll av myndigheters (inklusive regeringens och riksdagens) beslutsfattande, dvs. rättstrygghet.

En annan sak är vilka krav på nytta man bör ställa på enskilda

vetenskapliga arbeten. Hur bör nyttoaspekten påverka bedömningen av en avhandlings kvalitet? Och för vem bör man skriva? Vem bör vara berättelsens adressat?

Rättsdogmatik skrivs ofta för en förhållandevis bred läsekrets. Det är t.ex. rätt sällan som doktorsavhandlingar vänder sig enbart till den s.k. forskningsfronten – om de gjorde det, så behövde omfånget inte bli större än 150 sidor. Däremot är det vanligt att domare och andra rättstillämpare förutsätts kunna ha praktisk nytta av doktorsavhandlingar. (En del forskningsbyråkrater verkar dock tycka att svaret på frågan vem man bör skriva för är "Ingen!" – det viktiga är statistiken över antalet avlagda examina.) Även läro- och handböcker används som medium för vetenskaplig produktion på ett sätt som inte är vanligt på andra vetenskapsområden.

Nyttoaspekten är viktig men den kan lätt överdrivas. Det som är nyttigt på kort sikt blir ofta onyttigt på lång sikt. Framtidens lagstiftare och rättsdogmatiker kan vara viktigare adressater än samtidens.

Sometimes a sentence can be understood only if it is read at the *right tempo*. My sentences are all to be read *slowly*.

LUDWIG WITTGENSTEIN

6. Det har sagts att den västerländska filosofins historia består av fotnoter till Platon. Det ligger en hel del i detta. Platons dikotomi mellan skenverklighet och verklig verklighet har tyranniserat europeiskt tänkande, och den har kombinerats med andra grundläggande dikotomier: kropp och själ, objektivt och subjektivt, fakta och värden, beskrivning och värdering, osv. Det finns en avvikande utvecklingslinje från Hegel – som avskaffade Kants Ding an sich – över Nietzsche och Heidegger till Derrida, men det är inte många som tycker att den bidrar till någon nämnvärd förståelse för de syften som här är aktuella.

Rättsdogmatiken som vetenskap blev stor och stark i 1800-talets Tyskland. Den tidens rättsdogmatiker var fulla av självförtroende. Under 1920- och 1930-talen hände något som underminerade mångas självförtroende. En allmän filosofisk väckelserörelse växte fram under mottot "Avskaffa metafysiken!" Dess centrum var den s.k. Wienkretsen med Carnap som det viktigaste namnet. I många länder fanns lokala rörelser. Ett exempel är den s.k. Uppsalaskolan med Hägerström som portalfigur. Vad det hela handlade om var inte så mycket att avskaffa metafysiken som att tämja den. Man behöll Platons, Descartes', Humes och Kants dikotomier, men placerade dem

direkt i den vardagliga verkligheten. Meningsfullt och vetenskapligt är endast det som kan verifieras eller falsifieras; vetenskap gäller fakta; vetenskap är värderingsfri; vetenskap måste bedrivas med naturvetenskapernas metod (som identifieras med den hypotetiskt-deduktiva metoden); värden är inte fakta; värdeutsagor är känslouttryck och kan därför inte vara sanna eller osanna.

Rättsdogmatikerna fick således veta att de inte var vetenskapliga. De sysslar ju med normativa system, dvs. något som egentligen inte existerar (annat än som enskilda personers tankeinnehåll), och med värderingar, dvs. känslouttryck som inte kan göra anspråk på sanning eller ens rationalitet. Man kan inte förundra sig över att en del rättsdogmatiker förlorade självförtroendet.

Enkelheten i det logiskt-positivistiska budskapet är förförisk. Människan vill ju helst att utgångspunkter och förklaringar skall vara enkla. Därför ligger det en hel del i påståendet att man inte kan vederlägga filosofier – om de dör beror det på ålderdomssvaghet. Tyvärr verkar den logiska positivismen i högsta grad vara levande, framförallt *utanför* filosofiska och vetenskapsteoretiska kretsar. I dessa uppfattas den sedan länge inte som fruktbar. De recept som gavs för hur man måste göra för att vara vetenskaplig fungerar helt enkelt inte. Det uppställda kriteriet för vetenskap kunde varken verifieras eller falsifieras, varför hela företaget blev att beteckna som ovetenskapligt utifrån dess egna kriterier.

Man hade glömt bort det som är Kants viktigaste insikt: att det teoretiska förnuftet är underordnat det praktiska förnuftet. Men som nämnts var Kant ändå inte oskyldig till att filosofi och vetenskapsteori målade in sig ett hörn. Den hegelska vägen ut är alltför snårig. En annan väg har brutits, med Wittgenstein och Quine som främsta vägröjare, och med efterföljare som Kuhn, Hesse, Harré, Davidson, Putnam och Rorty.

Philosophy hasn't made any progress? – If someone scratches where it itches, do we have to see progress? Isn't it genuine scratching otherwise, or genuine itching? And can't this reaction to the irritation go on like this for a long time, before a cure for the itching is found?

LUDWIG WITTGENSTEIN

7. Min egen bild av vad som har hänt under det senaste halvsekle i vetenskapsteorins frontlinje ser ut så här. Dikotomier har ersatts av kontextbundna distinktioner. Det finns ingen värderingsfri vetenskap. Det finns ingen grundläggande ontologi; vad man anser vara verkligt

beror på i vilken mån det är praktiskt fruktbart att behandla det som verkligt. Det finns ingen grundläggande kunskapsteori: hur man når fram till kunskap, insikt, förståelse är direkt beroende av vilken sorts verklighet man hanterar. Beskrivning är bara en av många typer av språkhandlingar, och beskrivningar är inte sanna därför att de avspeglar verklighetens rätta struktur. Vår relation till den fysiska omvärlden är enbart kausal, den har inget begreppsligt innehåll utöver det som vi själva skapar. Sanning är ett normativt begrepp. När vi lär oss att använda ett språk lär vi oss också indirekt de värderingar som ligger till grund för de distinktioner, sedvanor och institutioner som förkroppsligas i språkets begreppsbildning. Språk, begrepp och teorier är redskap för tillgodoseende av mänskliga syften, inklusive vetenskapliga syften. Som nämnts är naturvetenskaperna särskilt inriktade på förutsägelse och kontroll. Det gäller även en del samhällsvetenskaper. T.ex. historiska vetenskaper har väsentligen andra syften. George Santayana hävdade att den som inte vill lära av historien får uppleva den igen. (Heinrich von Sybel gjorde å sin sida gällande att det enda man kan lära av historien är att människor inte lär sig något av historien.) Ur vetenskaplig synvinkel är emellertid detta av mindre vikt än att man vill motverka mytbildning, partisk ensidighet och selektiv glorifiering eller nedvärdering. Människan kommer alltid att försöka ge sig en plats i ett historiskt sammanhang. Då är det viktigt att se till att lögnen och förenklingen inte tar hem spelet.

Det är naturligtvis inte alldeles populärt att säga att det inte längre finns några filosofiska ämnen som heter ontologi och epistemologi, utan att deras frågeställningar har relativiserats och tagits över av de enskilda vetenskaperna.

Det är inte heller särskilt populärt att säga att filosofins historia inte är något annat än historia, att äldre tiders filosofer inte har särskilt mycket att säga som är av hjälp idag, att deras problem inte är våra problem. Det är lätt att glömma bort att nästan all europeisk filosofi före 1900 har skrivits i ett strängt klimat av kyrkligt kunskaps- och moralmonopol.

Reading the Socratic dialogues, one has the feeling: what a frightful waste of time! What's the point of these arguments that prove nothing & clarify nothing.

LUDWIG WITTGENSTEIN

8. Fortfarande möter man en viss osäkerhet hos rättsdogmatiker: *Är det verkligen vetenskap man sysslar med?* Osäkerheten är relaterad till främst tre punkter. Den första föregivet svaga punkten gäller *vetenskaplig metod*.

I sammanhang där man bedömer anslagsansökningar från flera vetenskapsområden har jag rätt ofta mött irriterade kommentarer över de akademiska juristernas hänvisningar till traditionell rättsdogmatisk metod e.dyl. Man förväntar sig att forskning skall ske med hjälp av någon sofistikerad vetenskaplig metod, t.ex. regressionsanalys eller kol 14-metoden eller masspektrometri eller kärnmagnetresonans.

Det finns naturligtvis inte någon anledning att inte vara uppriktig: rättsdogmatisk forskning använder i regel ingen vetenskaplig metod. Man läser skriven text på samma sätt som man läser en tidning eller en roman. I stor utsträckning gör man på samma sätt i samhällsvetenskapliga och humanistiska vetenskaper.

Som jag nämnde tidigare kan forskning vara vetenskaplig på två sätt. Man kan bedriva forskning *med vetenskapliga metoder*, dvs. med metoder som i sig är resultat av vetenskaplig verksamhet. Det finns till och med vetenskapsområden som handlar om utvecklande av vetenskapliga metoder; statistik är väl det bästa exemplet. Men man kan också bedriva forskning *i vetenskapligt syfte*, och det är detta man gör inom rättsdogmatiken. Det vetenskapliga syftet att rekonstruera ett fragment av ett visst rättssystem styr naturligtvis vad man bör inrikta forskningen på. Någon vill säkert påstå att just detta *är* en viss metod, men då har man inte brytt sig om den distinktion jag velat göra.

Ingenting blir automatiskt vetenskapligt därför att man använder en viss metod, och vilka metoder som är fruktbara beror på hur den vetenskapliga uppgiften är beskaffad. En s.k. traditionell rättsdogmatisk metod innebär att man tar sin utgångspunkt i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och rättsdogmatisk litteratur. Detta är i sig invändningsfritt. Men den vetenskapliga verksamheten har inte mer än börjat.

Det finns alltså ingen allmän vetenskaplig metod. Men det finns en allmän *vetenskaplig inställning*: att inte sluta att fråga "Varför?" förrän man för tillfället är nöjd eller inte har tid att hålla på längre.

9. Den andra föregivet svaga punkten gäller själva *objektet* för forskning och annan vetenskaplig verksamhet. Rättssystem är ju, i den mening som här avses, normativa (eller ideella eller ideologiska)

system. Ett rättssystems verklighetskaraktär är annorlunda än verklighetskaraktären hos andra vetenskapsobjekt. Det enda som är jämförbart är normativ etik, som dock än så länge inte på allvar har etablerat sig som en särskild vetenskap av modernt snitt. Mot bakgrund av den internationella etableringen av mänskliga rättigheter och det ökade intresset för rättvisa mellan generationer, mellan världsdelar och mellan typer av levande varelser, tror jag dock på att disciplinen normativ etik kommer att uppleva en renässans.

Inom rättsteorin har man vant sig vid begreppet institutionella fakta, dvs. "artificiella" fakta som skapas genom tillämpning av regler. Att någon är statsminister eller äger en cykel är lika mycket ett faktum som att någon är skallig eller att en sak är gjord av metall. Och som jag redan antytt är det motiverat att tala om normativa system som existerande redan därför att det är mest praktiskt att göra så. Om alla abstraktioner skulle anses vara överkliga, suddar man ut åtskilliga årtusenden av intellektuell utveckling. Förnekar man att rättssystem och andra normativa system kan vara verkliga, då förnekar man också att språkregler är verkliga, dvs. meningsfull kommunikation skulle vara överklig och därmed "egentligen" omöjlig. Den som hävdar det har såvitt jag förstår motsagt sig själv genom att förutsätta det som förnekas.

I fysik, sociologi och historia studeras en verklighet som redan finns eller har funnits. Jag har hört sägas att rättsdogmatik är ju så annorlunda. Rättssystemet är ju styrande; verkligheten kommer så att säga efteråt. Verkligheten får anpassa sig efter kartan, och inte tvärtom kartan anpassa sig efter verkligheten. Resonemanget är förstås förvirrat. Rättsdogmatikens verklighet är själva rättssystemet som normativt system, inte det som systemet resulterar i ifråga om mänskligt handlande när dess regler tillämpas av myndigheter och enskilda. Den verkligheten studeras främst i rättssociologin. Detta innebär naturligtvis inte att det är rättsdogmatiskt ointressant hur myndigheter och enskilda tillämpar regler. Tvärtom blir rättsdogmatik tämligen meningslös om den inte beaktar vad som sker i omvärlden. Men det är inte *den* verkligheten som rekonstrueras i rättsdogmatiken, utan det normativa systemet.

10. Den tredje föregivet svaga punkten gäller den roll som *värden och värderingar* spelar inom rättsdogmatiken.

Jag har använt en stor del av mitt liv för att försöka demonstrera, direkt och framförallt indirekt, att värdeutsagor inte på något avgö-

rande sätt skiljer sig från andra utsagor ifråga om sanningsvärde och rationalitet. Här måste jag nöja mig med några enkla påpekanden.

Som jag redan nämnt är varje beskrivning, varje begreppsbildning och varje begreppsanvändning impregnerad av värderingar. Man kan till och med säga att i varje handling som går ut på att kommunicera med andra ligger en personlig eller standardiserad värdering – att det finns skäl att säga något. Ingenting kan identifieras utan att man börjar tala om det. (Kommunikation, kunskap och insikt förutsätter att vi kan komma överens om vad vi tänker och tror, och att vi gör det utan att bli utsatta för tvång.)

Det finns en viss klass av utsagor som kan kallas värdeutsagor. Ett exempel är ”Den här teorin är bättre än den där”. Inom fysiken är det fullkomligt naturligt att använda sådana utsagor. Varför skulle man då inte få göra det i rättsdogmatiken? Visserligen är kriterierna för godhet inte desamma, därför att verksamhetens syften inte är identiska – därför att olika värden skall tillgodoses. Om det är så att naturvetenskapernas syften anses vara viktigare än andra, så har man ju uppenbarligen baserat hela resonemanget på en diskutabel värdering.

Inom nationalekonomin försökte man – det gäller särskilt Gunnar Myrdal – på 1930-talet lösa det s.k. värderingsproblemet genom att inledningsvis redovisa vilka värderingar man hade och sedan kasta sig över den egentliga vetenskapen inom de värderingsramar som man ställt upp. Det kan naturligtvis vara förtjänstfullt att man klarlägger värderingsmässiga utgångspunkter för ett vetenskapligt projekt. Men förfaringssättet är aningslöst, om man tror att man därigenom får kontroll över värderingarna. Trots allt tal om den djupgående skillnaden mellan fakta och värden, beskrivningar och värderingar, finns det ingen som har vågat sig på att i grunden försöka skilja mellan det ena och det andra. Som Hilary Putnam säger beror detta på att ”we live in a messy human world in which seeing reality with all its nuances ... and making appropriate 'value judgments' are simply not separate abilities.”

Det är i fråga om värderingar människor kan nå den högsta graden av intersubjektivitet, dvs. den högsta graden av objektivitet hos trosföreställningar. Detta beror på att det som är mest gemensamt för människorna är erfarenheten av obehag, av att fara illa, lida eller plågas, erfarenheten av att se andra lida och erfarenheten av att göra andra illa. Ingenting är för oss mer rationellt än att motverka lidande, åtminstone på längre sikt.

Tvivlet på att rättsdogmatiken är en ”riktig” vetenskap beror nog ytterst på att det finns en koppling till politik och till moral. Politisk argumentation är sällan opartisk – diskussionen förs i regel mellan intressegrupper. Moral uppfattas av många som en privatsak eller social sed. Visst är det så att *politiska beslut* har betydelse för rättssystemets existens och innehåll. Men därav följer naturligtvis inte att rättsdogmatisk argumentation är att jämföra med (parti)politisk argumentation. Och visst är det så att rättsdogmatisk och *moralisk argumentation* rätt ofta sammanfaller – men då rör det sig om kritisk social moral, om en öppen argumentation utifrån grundläggande mänskliga värden. Ta bort detta och vi står inför ett monster: en godtycklig maktmaskin.

Spelar det någon roll om man klassificerar rättsdogmatik som en vetenskap eller som något annat? Kanske inte, men den som säger att rättsdogmatik inte är vetenskap måste bemötas, om omdömet bygger på fördomar eller förlegad filosofi. Upplysningstidens rationalism har haft en betydelse för den mänskliga utvecklingen som inte kan över-skattas. Vi finner den idag nedlagd i det s.k. sunda förnuftet, ”common sense”, där den ersätter äldre tiders kyrkliga förkunnelse. Men lika litet som Gud, kan Förnuftet (med stort F) hjälpa oss att finna Sanningen (med stort S). All sanning är skriven med litet s, och all sanning skapar vi själva i våra försök att hantera tillvaron. Darwin är en bättre lärofader än Descartes: våra trosföreställningar har sin grund i anpassning till omgivningen – de är inte någon sorts avspeglingar eller bilder av en färdig verklighet.

IV

Misstro alltid en vetenskap, som fordrar fler instrument än ett glas vin!

LARS GYLLENSTEN

Jag anser att uppfinningen av en ny maträtt är en mycket mer intressant händelse än upptäckten av en ny stjärna, ty vi har alltid nog av stjärnor. Jag kommer inte att anse vetenskaperna vara tillräckligt beaktade eller på ett godtagbart sätt representerade hos oss, så länge jag inte ser en kock i Institutets första klass.

Läkaren M. HENRION DE PENSEY (president i Cour de Cassation) i samtal med astronomen Pierre Simon de Laplace (cirka 1810)

Uppfinningen av en ny rätt bidrar i högre grad till människosläktets lycka än fyndet av en ny stjärna på himlen.

JEAN-ANTHELME BRILLAT-SAVARIN (domare i Cour de Cassation) i *Physiologie du goût* (1825)

Opera och allmän rättslära

Humanvetenskapliga dagar. Bilaga till Dagens Nyheter, 1985, s. 7–8.
Process och exekution: Vänbok till Robert Boman,
 Uppsala 1990, s. 225–229.

Den svenska processrätten är så beskaffad att rättegången bör präglas av principerna om omedelbarhet, koncentration, muntlighet och offentlighet.¹ Ingenstades är detta ideal så nära förverkligande som i en operaföreställning. Jag har därför – när jag nu inte hann skriva färdig uppsatsen ”Rödvin och processrätt” – valt att hedra Robert Boman genom att ur byrålådan dra fram manuskriptet till min installationsföreläsning.



Europarådet har förklarat 1985 vara musikens år och denna installation äger rum² i en humanistisk vecka. Men kombinationen opera och allmän rättslära kan ändå te sig alltför märklig. Låt mig därför börja litet försiktigt: med kombinationen opera och juridik.

Min företrädare i ämbetet, prorektor³ Stig Strömholm, har skrivit en bok om teatterrätt.⁴ Operan är ju den kungliga teatern, så där-

¹ Se Ekelöf, *Rättegång V*, vilken upplaga som helst, i början.

² Den 22 mars 1985.

³ Numera [1990] rektor.

⁴ *Teatterrätt: Teaterns rättsliga ansvar för innehållet i föreställningar*, Stockholm 1971.

med kan vi tills vidare anse operan i juridiken vara avklarad. Outforskad är däremot juridiken i operan. Men samtidigt har vi den hela tiden framför ögonen.

Av svenska lagverk är det framförallt Brottsbalken som aktualiseras. I Giuseppe Verdis *Aida* påträffar vi sålunda den egyptiske armékaptenen Radames, som gör sig skyldig till vårdslös befattning med hemlig uppgift eller kanske till och med landsskadlig vårdslöshet. Maximistrafet hos oss är två respektive fyra års fängelse, men Radames döms av en prästerlig domstol att begravas levande.

I Verdis nästa opera hör vi *Otello* utropa: "Cassio, non sei più capitano". Vi är nu över på venetiansk förvaltningsrätt, och som jurister har vi all anledning att fråga om Otellos beslut om degradering var giltigt eller ogiltigt, interimistiskt eller slutligt, överklagbart eller icke överklagbart. Besvärshänvisning gavs i vart fall inte.

Giacomo Puccinis *Gianni Schicchi* handlar om hur man åstadkommer ett giltigt testamente. De juridiska problemen får en speciell dimension genom att blivande testator redan är död.

I Richard Strauss' *Rosenkavaljeren* möter vi baron Ochs auf Lerchenau. Namnet är valt med viss omsorg. Han är också gammal, ful och pank. Han avser att ingå äktenskap med Sophie von Faninal, ung, vacker och rik. Men hon är dotter till en uppkomling och han är – enligt egen utsago – "eines hochadeligen Blutes blühender Spross", vilket gör det naturligt för honom att kräva slottet och godset Gaudersdorf, oin-tecknat, att överlåtas före och skilt från hemgiften såsom morgongåva. Den stackars juristens försök att förklara att morgongåvan, i motsats till hemgiften, har en oemotståndlig konstitutionell benägenhet att förflytta sig från mannen till hustrun, möts att kompakt oförstånd.

Ytterligare ett exempel på att juridisk insikt är betydelsefull: Mozarts⁵ *Figaros bröllop* kan i väsentliga delar inte förstås, om man inte ha klart för sig att i det feodala Spanien hade godsherrn ius primae noctis, dvs. rätt till första natten vid underlydandes äktenskap. Förvaltaren Figaro försätter Conte di Almaviva i en situation där denne kan rädda ansiktet endast genom att ge upp denna rättighet. Greven försöker sedan göra det bästa av situationen genom att se sig

⁵ [Den person som efter sin död har blivit känd såsom Wolfgang Amadeus Mozart var döpt till Ioannes Chrysostomis Wolfgangus Theophilus, kallades av pappa Leopold ofta Wolfgang Gottlieb, men var under sin livstid mest känd såsom Wolfgang Amadé – det sistnämnda namnet inhämtat i Italien.]

som moraliskt berättigad till det han juridiskt avstått från: Figaros blivande hustru Susanna bör rimligtvis belöna honom för hans stor-sinhet.

Att operans värld är full av juridik är således klart. Men det var ju allmän rättslära (eller rättsfilosofi) jag skulle tala om. Låt mig börja i en annan ände.

Antag att stenåldersmännen Berglund och Lundberg möts. Berglund vill gärna ha Lundbergs getter och vice versa. De vet att om de ger sig på varandra med stenyxorna så blir båda illa skadade. Var och en vill därför helst att den andre för ett ögonblick skall vända ryggen till. Det fjärde möjligheten är att båda uppger tanken på att skaffa nya getter. Om ett naturtillstånd råder så finns inte fler alternativ. Men om herrarna välsignats av en uppfinning, viktigare än hjulet, nämligen avtalet, så kan de göra mera: t.ex. komma överens om att inte slå varandra eller om att besöka en tredje person, Grundberg, slå honom i huvudet och ta hans getter. Civilisationen har gjort sitt intåg i historien.

Vad som förutom någon sorts språk är logiskt nödvändigt och tillräckligt för att ett löfte eller ett avtal skall komma till stånd är en central rättsfilosofisk fråga. Kanske det räcker med att man finner det vara viktigt att några andra skall lita på en; med andra ord skulle det räcka med en elementär moralisk sedvänja av innebörd att man inte skall skada vissa andra. Men kanske det behövs något mer: konstitutiva regler, spelregler för en social institution. I vilket fall som helst kommer vi snart över till en annan central rättsfilosofisk problematik: Hur kan en vana bli en norm? Hur kan en regelbundenhet bli en regel?

Operan hjälper oss knappast på dessa punkter, så låt mig därför ta upp en annan tråd. Institutioner såsom löften och avtal är nödvändiga för kulturell utveckling. Men det är lätt att glömma hur sårbara de är. Envar skulle alltid vinna på att ha möjlighet att bryta sina löften, förutsatt att alla andra håller sina. En ständig frestelse till löftesbrott finns således. När någon faller för frestelsen, minskar andras intresse av att motstå samma frestelse. Genom tilltagande löftesbrott undermineras institutionen. Försvagad tilltro leder slutligen till sammanbrott: ingen vågar lita på någon annan. En liknande dubbel sårbarhet finns i fråga om påståenden. Om inte de flesta för det mesta är uppriktiga kan till slut ingen ens lära sig tala. Om inte de flesta för det mesta håller sina löften kommer till slut alla mänskliga relationer att försvinna.

Löftets, avtalets, dubbla sårbarhet – det enskilda löftets sårbarhet och själva institutionens sårbarhet – finns med säregen tydlighet åskådliggjord i Richard Wagners *Der Ring des Nibelungen*.

1848 började Wagner skriva på texten till en opera som skulle heta Siegfrieds Tod. Planen växte och fem år senare hade han gjort text till fyra sammanhängande operor. Musiken till *Das Rheingold*, *Die Walküre* och halva *Siegfried* var färdig 1857. Arbetet låg sedan i huvudsak nere under ett decennium, då Tristan und Isolde och Die Meistersinger in Nürnberg tillkom. Siegfried fullbordades och med *Götterdämmerung* var helheten klar och kunde såsom sådan uruppföras i Bayreuth 1876, nära trettio år efter det att arbetet påbörjades.

Det är inte möjligt att här ens antyda vad detta gigantiska och komplexa verk innehåller. På scen tar det åtminstone femton timmar effektiv tid att framföra. Inspirationen kommer nog mer från Eddan än från Nibelungenlied. Själva ringen är en härskarring, som ger världsmakt åt den innehavare som avsvurit sig all kärlek. Den smids av stulet rhenguld av Alberich, bosatt i Nibelheim. Huvudpersonen är inte hjälten Siegfried, såsom först var tänkt, utan Wotan, dvs. Oden. Wotan har ingått entreprenadavtal med jättarna Fasolt och Fafner rörande byggande av Walhall. Deras lön skall vara gudinnan Freia, som har förmåga att hålla sig och andra evigt unga. Wotan vägrar fullgöra sin del av avtalet. Som skadestånd får jättarna allt det guld som Alberich stulit från rhendöttrarna. Wotan har förvärvat detta genom rån mot Alberich. Ringen vill han behålla, men det lyckas inte. Fafner dödar Fasolt och vaktar allt guld i skepnad av en drake. Wotans son- och dotterson Siegfried dödar Fafner. Ringen finns sedan omväxlande hos Siegfried och f.d. valkyrian Brünnhilde, Wotans dotter, tills den av Brünnhilde återställs till rhendöttrarna samtidigt som gudarnas värld går under.⁶

Man brukar säga att vad det hela egentligen handlar om är konflikten mellan makt och kärlek. Alberich avsvär sig all kärlek, men alla hans planer att nå makt kommer till korta mot kärleken. Wotan

⁶ [Amtsrichter Ernst von Pidde avskedades 1933, varefter han skrev *Richard Wagners "Ring des Nibelungen" im Lichte des deutschen Strafrechts*. Boken utgavs efter bearbetning och uppdatering av en släkting efter författarens död på 1960-talet och finns tillgänglig i nyutgåva (Ullstein Verlag 2003). Den kan sägas utgöra en stämningsansökan avseende händelserna i Nibelungens ring. Summan av straff som enligt författaren borde utdömas enligt tysk rätt är fem livstidsstraff och i övrigt sammanlagt ungefär 90 års fängelse. Enligt min bedömning (2006) skulle tillämpning av nutida svensk straffrätt innebära att ytterligare en mycket stor mängd brott måste anses ha begåtts.]

vill ha både makt och kärlek och förlorar all makt. Wagner lär ha varit påverkad av Schopenhauer, och Wotans storhet skulle i så fall ligga i att han till sist frivilligt avstår från makten. För egen del tycker jag det är så och så med frivilligheten: alltför stor är likheten med kyrkofäder som predikar dygd först när förmågan att synda gått förlorad. Kanske passar Nietzsche bättre än Schopenhauer: i gudaväldets undergång ligger en dröm om en värld för en ny sorts människa, som står främmande för våld, bedrägeri och girighet. Vi kan inte heller komma ifrån att Brünnhilde är ett gudabarn, som av sin fader görs till människa och offerar sig själv till världens frälsning. En uppenbar analogi med Nya Testamentet störs dock av att Brünnhildes handlande i mycket motiveras av kärleken till Siegfried, i vars död hon medverkar.

Jag kommer nu till den rättsfilosofiska sidan av Nibelungens ring. Alberich lägger en förbannelse över ringen, när han blir av den, och det är nog vanligt att se förbannelsen som någon sorts orsak till vad som sedan händer. Detta förefaller ytligt. I Rhenguldet möter vi Wotan, evigt ung, med sitt askspjut, fullt med runor som materialiserar alla avtal som ingåtts mellan gudar, jättar och människor. När Wotan vägrar infria sitt löfte till jättarna, förmanar Fasolt honom: Vad du är, är du endast på grund av avtal. Gång på gång återkommer avtalsbundenheten, som har sin egen musik, ett eget ledmotiv. I Valkyrian klarar Wotan inte att bortse från äktenskapskontrakts betydelse, och han klagar bittert över att han är slav under de avtal som gör honom till herre. I Siegfried förebrår Erda – urmodern och också Brünnhildes moder – Wotan med frågan: "Den, som skipat rätt, den, som helgat eden, skändar all rätt, hägnar mened?"

Vad som sätter skeendet i gång är alltså ett avtalsbrott som följs av flera. En liten spricka vidgar sig efter hand till en klyfta som uppslukar gudarnas värld. Wotans manövrer åt olika håll visar sig vara fruktlösa. Han misslyckas i sina försök att täta sprickan med ett nyuppfunnet instrument, den orädda hjälten, först Siegmund, som han själv tvingas förgöra, sedan Siegfried, som närmast påskyndar processen.

Nibelungens ringa kan ses som en monumental illustration av satsen *Pacta sunt servanda*. Avtal bör hållas – annars går världen under. Hålls inte löften, så är det slut med civilisationen.

Denna moraliska sanning uttömmar dock inte rättsfilosofin i Nibelungens ring. I Ragnarök får vi av första nornan veta hur Wotan fick tag i sitt askspjut, det som var urkund för alla avtal och som gick

i stycken vid Wotans konfrontation med Siegfried. Wotan bröt en gren av världsträdet, Yggdrasil. Såret kunde inte läkas: asken för-
tvinar och dör. Gudarnas makt, byggd på lag och rätt, vilar således
ytterst på en våldshandling, ett gigantiskt miljöbrott, ty när trädet
dog blev världen dödlig. Wotan har med andra ord förgiftat världen
två gånger: den första gången på ett mer långsamt verkande sätt.

Här finns utrymme för olika tolkningar. Om vi inte betraktar det
som någon olycka att vi är dödliga, tror jag att man kan se belyst ett
historiskt faktum: ingen rättsordning har etablerats utan våld. Och vi
kan kanske dra ännu djupare lärdom om vad vi – utanför utopierna
– måste tolerera i fråga om vad för sorts rätt som gäller: rätten sitter
inte i spjutstängs ände, men bakom domaren står en man med spjut.

Lindblomaren

Festskrift till Per Henrik Lindblom, Uppsala 2004, s. 333–334.

Med maträttsfallet Lindblomaren har maträttsläget i någon mån förtydligats, även om målet är tämligen okomplicerat: vit fisk på lindblomsgrönt underlag. Rätten (*fiscus lindblomiensis*) kan emellertid ges olika tolkningar; se vidare nedan. Det finns i sammanhanget skäl att understryka att *access to fish* är en mänsklig rättighet.

Förundersökning kan utföras viss tid i förväg. Förberedelse är obligatorisk och följs av huvudförhandling i enlighet med omedelbarhetsprincipen. Redan nu bör framhållas att EU:s rambeslut om frysning av egendom inte är tillämpligt. Som tvångsmedel används huvudsakligen en skarp kniv.

Stämning rekommenderas genomgående, men ansökan erfordras inte. Stämningen torde i regel vinna laga kraft senast när talan väcks i maträttssalen. Frekvensen av genmälen brukar vara korrelerad med *modus bibendi* enligt *lex fori*.

Rätten skall efter erforderlig handläggning skyndsamt utlämnas genom handräckning till den som delgivits och hörsammat kallelse till personlig inställelse vid förrättningen. Själva verkställigheten ombesörjs av part i enlighet med muntlighetsprincipen.

Vegetarianism får anses utgöra ett processhinder. Målet kan ogillas, men det vore maträttsstridigt att avvisa det i andra fall än det nyss nämnda. Enligt doktrinen får en myndig person klaga över målet, dock endast utanför maträttssalen. Överklagande med mat-

rättsverkan förutsätter att målet inte utgör ett självmål utan i stället ett led i en näringsverksamhet, dvs. när det finns en målsägande med rättsligt grundad talerätt.

Ett flertal gästers tacksamhet uttrycks genom grupptalan. I samband därmed begånget osant intygande medför inte ansvar för rättegångsförseelse; se BrB 24:4 (nöd).

Nedan angivna processföring avser en person. Kumulation sker genom multiplikation.

Det lindblomsgröna i målet är ostridigt. Man utgår från en purjolök per person. Den förstnämnda rensas, tvättas och skärs i lika stora bitar (½–2 cm), vilka läggs i kokande saltat vatten och kokas 4–5 min. Låt purjolöken rinna av, tillsätt salt och peppar och blanda purjolöken med ett par fint klippta blad mynta och 1 cl (2 tsk) vinäggrett. Den sista kan med särskild maträttsverkan göras på en del vitvinsvinäger, en del vatten, litet salt och peppar samt åtta delar olja, helst jordnötsolja och/eller valnötsolja och/eller druvkärneolja.

Vid syn av rätten bör purjolöken vara vackert placerad som en rund platta. Ovanpå denna underrätt placeras sedan det fiskala bevis temat, den s.k. överrätten. (Jfr det engelska talesättet: The proof of the fish is in the eating.)

Man kan vid bevisföringen välja mellan summarisk överrättsprocess och överrättsprocess med ytterligare besvär.

Summarisk lindblomare förekommer i två fakultativa varianter. I båda använder man en bit fiskfilé (150–200 g), enligt fast överrättspraxis piggvar, torsk eller gös. Man företar kroppsbesiktning och beslagtar skinn och ben samt gnider in fisken med litet salt. Vid *indirekt* summarisk process gnider man också in litet olja, varefter man företar ångkokning 6–8 min. Vid *direkt* summarisk process steker man fiskbiten i (helst klarnat) smör eller ank- eller gåsflott cirka 3 min. på varje sida, efter att ha panerat den i vetemjöl eller nyriver parmesan.

Bevisföring genom en *dispositiv lindblomare* innebär en presumption för en annan maträttskraft. Den förutsätter också mer rättshjälp. Det är här tydligt att det inte rör sig om samma gärning. Den grundläggande processhandlingen är sjudning (ej kokning) i vispgrädd 8–10 min. Själva saken kan härvidlag även utgöras av (stjärtbit av stor) gädda. Salta, peppra och dekorera med exempelvis räkor, kräftor, hummer, tryffel, rysk eller orysk kaviar. Immanuel Kant skulle ha täckt fisken med senap, men gör inte det. Processkostnadernas storlek avgör om besvären är ordinära eller extraordinära.

Processen kan naturligtvis drivas som ett småmål (*access just to fish*), men enligt det allmänna maträttsmedvetandet torde den böra ingå i en maträttsföljd (*just access to fish*), varigenom gästerna ges tillfälle att avkunna positiv mellandom. Kumulation med andra mål inom fastställd rättsordning är inte tillåten, annat än med vattenmål. Till dessa räknas även ärenden som avser utskänkning av alkoholhaltiga drycker. Vid överdriven onykterhet kan part i målet dock inte åberopa laga förfall.

Från Platon till Träskman
 eller
Om filosofer i köket

Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2004 s. 359–365.

**1 BÅDE TRÄSKMAN OCH PLATON HAR VARIT I
 SIRACUSA OCH SETT HUR DE GAMLA GREKERNA
 HÖGG I STEN!**

När jubilaren TRÄSKMAN första gången – december 1976 – besökte ISISC (*Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminale*) i Siracusa, kunde han vid incheckningen på Grand Hotel Villa Politi (*molto confortevole* enligt Michelins röda guide) konstatera att redan de gamla grekerna högg i sten. I hotellets trädgård ligger stenbrottet *Latomia dei Cappuccini*. Halvannan kilometer väster därom finner man det mer spektakulära stenbrott som med förutsebar mänsklig omsorg har givits namnet *Latomia del Paradiso*.

Efter persernas militära framgångar i Mindre Asien försköts i slutet av 500-talet f.Kr. den grekiska kulturens tyngdpunkt till Sicilien och södra Italien. Först 100 år senare tog Aten över den ledande ställningen. Syrakusa hade emellertid ingen tanke på att böja sig för Aten. Staden hade grundats i mitten av 700-talet av dorer från Korint och

förblev en vän till Korint och Sparta. Den hade växt ohejdat och var i vart Europas största stad, med ungefär samma folkmängd som idag (drygt 100 000). De ledande i Aten hade emellertid bestämt sig för att införliva den viktigaste och rikaste staden på Sicilien i sitt imperium. Nyckelord: prestige och skattskyldighet. En expedition med sensationell slagstyrka sändes iväg under ledning av den värtalige *Alkibiades*: 140 skepp med 6 000 man. Kriget pågick under drygt ett år med växlande framgångar. Det avgörande sjöslaget ägde rum den 3 september 413 f.Kr. i Syrakusas hamn, vars utlopp syrakusanerna hade spärrat. Atenarna blev krossade. Alkibiades flydde till Sparta. Sin tids främste atenske fältherre, *Nikias*, avrättades. *Thukydides* beskriver händelsen som den viktigaste i Hellas' hela historia och en totalkatastrof för Aten. Överlevande soldater och sjömän spärrades in i Syrakusas stenbrott. *Frans G. Bengtsson* skildrar deras liv i en sonett:

Omkring står stadens folk och skrattar gott
vid att se män, som fordom buro lagen
runt Jonien och den blå Arkipelagen,
nu bryta sten i Syrakusas brott.

När den sedermera världsberömda filosofen PLATON (427–347 f.Kr.) år 388 f.Kr. första gången besökte Syrakusa kunde således även han konstatera att redan de gamla grekerna högg i sten, även om taken till stenbrotten då ännu inte hade rasat in. I Syrakusa härskade den synnerligen effektive diktatorn – med titeln ”tyrann” – *Dionysios*, som vid 25 års ålder hade gripit makten år 405 f.Kr. och behöll den till sin död år 367 f.Kr. Om denne berättas många historier, varav några kanske är sanna. Hans paranoia var med all sannolikhet väl utvecklad. I de paradisiska stenbrotten lät han hugga ut den grotta som kallas ”Dionysios öra” (*Orecchio di Dionisio*). Akustiken där påstås vara så god att tyrannen i sitt rum kunde höra varje viskning. Ingen barberare fick komma honom nära med en kniv. När så behövdes brände hans döttrar av hans skägg med rödglödgade nötskal. Han hade egna kulturella ambitioner och skrev poesi. Hans dikter lästes vid de olympiska spelen, men blev utskrattade. När en lärd fånge vid ett tillfälle hämtades ur stenbrotten för att bedöma en diktuppläsning av tyrannen, vände han sig – efter att hovfolkets bifall äntligen tystnat – till vakterna med orden ”För mig tillbaka till stenbrotten!”.

Platons politiska utopiska filosofi, lättast tillgänglig i *Staten*, är en riktig rysare. Staten bör styras av en grupp filosofer med all makt i sina händer. Filosoferna skall vara kungar, insiktsfulla, rättrådiga och

oegennyttiga. Till sin hjälp bör de ha en samhällsklass av ”väktare”, rättrådiga män och kvinnor som utbildats intellektuellt, moraliskt och fysiskt för att sköta polisiära, byråkratiska och militära uppgifter. Bland väktarna kan inte finnas något utrymme för fasta känslomässiga relationer, och framfödda barn tillhör kollektivet. Det upplysta förnuftet anses lösa alla problem. Den stora massan av befolkningen har bara att lyda buden uppifrån. Till dessa bör höra förbud mot s.k. sköna konster – musik, litteratur, bildkonst, osv., inklusive kulinariska konster. Sådant är samhällsfarligt, eftersom känslorna påverkas bortom förnuftets kontroll.

Träskman har återvänt till Siracusa åtskilliga gånger. Platon kom tillbaka två gånger, första gången år 367 f.Kr. Dionysios hade efterträtt av sin son, *Dionysios II*. En nära släkting till denne, *Dion*, hade själv gärna blivit tyrann, men nöjde sig tills vidare med att försöka övertala tyrannen att med Platons hjälp inrätta en filosofistat i Syrakusa. Platon hade säkert stora förhoppningar om att bli en av de ledande männen i Syrakusa. Dessutom var Dion en av hans i mer än en betydelse älskade pojkar. Tämligen snart landsförvisades emellertid Dion på grund av misstankar om planering av statskupp, och det visade sig snart att få tyrannen intresserad av filosofi. Efter mindre än ett år reste Platon hem. Tyrannen ville emellertid gärna ha Platon som hovdekoration, och han lyckades äntligen – mot löfte att häva landsförvisningen av Dion – få Platon att återkomma till Syrakusa år 361 f.Kr. Denne tröttnade efter drygt ett år. Löftet hölls inte, och tyrannens filosofiska intresse blev allt mindre påtagligt. År 357 f.Kr. tog Dion makten i Syrakusa, men när han blev mördad tre år senare förlorade Platon allt intresse för Sicilien – och så hade han ju hunnit bli 70 år.

2 TRÄSKMAN ÄR KOKKONSTNÄR, MEN HUR VAR DET MED DE GAMLA GREKERNA?

Mathållningen i det gamla Grekland var tämligen enkel. Ingredienserna var i huvudsak bröd, havregryn, bönor, linser, vitlök, morötter, rovor, sallat, oliver, ägg, ost, fisk, honung samt frukt som efterrätt: äpplen, dadlar, fikon, druvor, päron och granatäpplen. Kött förekom sällan, i princip endast i rituella sammanhang. Kött tillagades alltid av män, medan all annan mat lagades av fria kvinnor eller slavinnor.

ARISTIPPOS från Kyrene (ca 435–355 f.Kr.) – liksom Platon lärjunge till SOKRATES (ca 470–399 f.Kr.) – var antagligen ett mat-

vrak. Sokrates själv var ointresserad av mat. Han tillskrivs påståendet att medan andra levde för att äta, åt han för att leva. ARISTOTELES (384–322 f.Kr.) var som vanligt den mest förnuftige, och han framställde kocken som sinnebild för de praktiska konsterna.

Platon hade samma uppfattning som Sokrates. Torra fikon och oliver räckte gott. Han fördömde kokkonst och glädje vid matbordet. Inte att undra på: han fördömde alla konster och stod inte ut med att andra hade trevligt och var glada. Enligt honom uppkommer njutning av att ett tomrum fylls. Eftersom andlig näring är av större värde än fysisk näring, bör man satsa på den andliga, och det gäller dessutom att ta det försiktigt. Han uppfattade det moraliskt-andliga klimatet i Syrakusa som förfärligt. Inte nog med att syrakusanerna inte sov en enda natt ensamma. De njöt av en hög kulinarisk kultur (enligt Platon detsamma som hejdlöst frosseri) och var inte sena att belöna framstående kockar. Ett bevarat recept tyder dock inte på något gastronomiskt förfall: Linda in en fisk tillsammans med oregano i fikonlöv, bind om med snöre och se till att inte koka för länge.

Det kan inte uteslutas att Träskman någon gång funnit det sicilianska köket utgöra en viktig del av underlaget för beslut om resa till Siracusa. I så fall skulle Platon ha uttryckt sitt ogillande.

Det brukar sägas att ordet *lagom* saknar direkta motsvarigheter i andra språk och därför är svårt att översätta. Ordet är dativ pluralis av "lag" och betyder ungefär "enligt lagarna, inte för mycket och inte för litet". Det är möjligt att själva ordet är speciellt. Begreppet är emellertid uråldrigt och universellt. Vi möter det hos PYTHAGORAS (ca 570 – ca 497 f.Kr.), mannen bakom det gyllene snittet. Vad gäller mat och dryck bör man inte överskrida det rätta måttet: bröd, råa och kokta grönsaker, klart vatten – om aftonen vin – och förstås den av honom älskade honungen. Vi möter det hos den gyllene medelvägens filosof, Aristoteles, för vilken en bagare förklarade att en deg inte får knådas alltför snabbt eller alltför långsamt utan skall knådas på det "rätta sättet". Också hos EPIKURO (341 – ca 270 f.Kr.) möter vi lagom-begreppet. Visserligen älskade han ost, han undervisade i en vacker trädgård, och han hävdade vid ett tillfälle – vilket han säkert ångrade – att magens njutning är början och slutet av allt gott. Men han och hans lärjungar utpekades av sina meningsmotståndare som vulgära "måttlöst förätna djur", och det var förtal, parodi och mobbning. Beteckningen "epikuré" brukar numera anses stå för "(kräsen) njutningsmänniska". Redan detta är en överdrift, om man vill vara historiskt korrekt.

Skeptikern KARNEADES (ca 213 – ca 128 f.Kr.) var ständigt upptagen med att fundera på hur ingenting egentligen finns. Även om han försökte äta, kom han av sig på vägen mellan fat och mun. Hans överlevnad säkerställdes av att hans ledsagerska, *Melissa*, såg till att skeden kom in i munnen. Karneades har gått till rätthistorien genom att formulera det straffrättsliga problem som kallas *Karneades plank*: Två förlista sjömän och en plank som inte bär båda. Hur bör man straffrättsligt bedöma den som vinner kampen om plankan och därigenom orsakar att den andre drunknar? Rättfärdigande nöd eller helt ursäktande nöd eller delvis ursäktande nöd eller ingen strafflindring alls?

En annan bisarr person var kynikern DIOGENES (död ca 323 f.Kr. vid hög ålder), han som bodde i en tunna. Eftersom allt finns i allt och allt hänger samman, så finns det, ansåg han, t.ex. köttdeklar i bröd och bröddeklar i kål. Det är följaktligen tämligen oviktigt vad man äter. Han lär ha dött av kolera efter att ha blivit smittad genom att äta rå bläckfisk.

Det sagda ger vid handen att den i rubriken ställda frågan egentligen inte låter sig besvaras. Bland de gamla grekerna fanns det alla sorter av ätare, från frossare till asketer. Några har kanske varit gastro­nomer. Kokkonstnärerna är nästan alltid anonyma, eftersom de i regel var kvinnor. Ett undantag är syrakusanen *Michaikos*, en man som verkade vid *Hieron I:s* hov (omkring år 470 f.Kr.). Det påstås att denne skulle ha skrivit Västerlandets första kokbok, och av en antik författare kallades han kokkonstens *Fidias*.

3 TRÄSKMAN ÄR GASTRONOM, MEN HUR VAR DET MED IMMANUEL KANT?

Om man vill beskriva den västerländska filosofins historia mycket kortfattat, kan man uppställa följande ekvationer:

Platon + 2000 år av idéer/pladder = Kant

Kant – 200 år av idéer/pladder = Wittgenstein

Härav framgår att IMMANUEL KANT (1724–1804) är mycket viktig. Han gjorde en vacker konstruktion av allting. Hans inställning till kokkonsten kan man rimligtvis inte gå förbi.

Det torde också framgå av ekvationerna att ytterligare några filosofer kanske borde nämnas för fullständighetens skull. Särskilt viktig är i så fall RENÉ DESCARTES (*Renatus Cartesius*, 1596–1650). Denne

var nämligen, enligt vad *Charles Emil Hagdahl* rapporterar, gastro-
nom. Descartes kom år 1649 till drottning *Kristina* på det iskalla
Stockholms slott, där han ådrog sig lunginflammation och dog efter
några månader.

Kant väcktes varje morgon exakt kl. 5 av sin betjänt *Lampe*. Han
frukosterade iklädd morgonrock och nattmössa. På mössan hade han
ibland en liten trekantig hatt, kanske för att skydda sina idéer mot
nedkylning. Frukosten bestod av två koppar te och en pipa tobak.
Han längtade efter kaffe men drack inte kaffe. Kaffeoljan ansåg han,
liksom många andra, vara skadlig, och med sträng tillämpning av det
kategoriska imperativet undertryckte han lustprincipen. Efter arbete
vid skrivbordet och på universitetet i Königsberg intog han äntligen
mat, i form av middag exakt kl. 12. Mycket mat, som han förtärde *mit
einem starken Appetit*. Stora mängder smör gick åt tillsammans med
kött och grönsaker. All mat – och med det menas *all* mat – beströks
med senap. Kants favoriträtt var kabeljo, varav han gärna tog en extra
portion (i en djup tallrik) när han var riktigt mätt.

Kant var inte gastronom, utan gourmand. I rättvisans namn bör
tilläggas att han helst åt i vänners lag, och vid måltiden talade han
om mat, inte om filosofi eller revolutioner. Men med "vänner" avses
förstås män. För Kant var kvinnor och barn någon sorts främmande,
inte fullt rationella varelser. Promenadkäppen var nog inte avsedd
att användas bara mot hundar. Kvinnans mått av människovärde här-
leddes från köket.

4 DET ÄR LIVSFARLIGT ATT INTE TA KÖKSVÄGEN!

Man torde nästan alltid kunna finna sätt att överleva, utan påtaglig
svält och andra umbäranden, även om man inte är intimt bevandrad
i kokkonsten. Det finns emellertid många exempel på hur illa det kan
gå om man intar en nedlåtande hållning till denna. Vi tänker då inte
främst på triviala, ehuru nog så dödliga, förgiftningar av stenmurkla,
bolmörtsskivling, vit flugsvamp, lömsk flugsvamp, panterflugsvamp,
brun flugsvamp, röd flugsvamp, toppig giftspindling, orangebrun
giftspindling, gifttråding, topptråding, sidentråding, osv.

Markisen JEAN ANTOINE DE CONDORCET (1743–1794) var en
märklig man på många sätt. I motsats till Kant ansåg han att kvinnor
var lika förnuftiga som män och att de bör åtnjuta lika rättigheter. I
Nationalencyklopedin beskrivs han av *Sven-Eric Liedman* på följande
sätt: de Condorcet

kan sägas förkroppsliga upplysningstiden bättre än någon annan: skolad i exakt vetenskap, politiskt vaken och verksam, en tveklös utvecklingsoptimist. Hans framstegstänkande blev av stor betydelse under 1800-talet.

Markisen de Condorcet verkar således ha varit en sällsynt klok och bildad människa. Men ingen är ju perfekt, och vad gäller kokkonsten var han närmast enfaldig. Som moderat girondist förföljdes han av jakobinerna. Han hade – våren 1794 – gömt sig undan i sin parislägenhet, men blev tvungen att hastigt fly. Efter att hela natten ha irrat omkring på landsbygden uppsökte han ett värdshus för att få något att äta. Man erbjöd honom en omelett. "Merci!" "Hur många ägg?" Det är oklart om markisen hade klart för sig att begreppet omelett logiskt förutsätter begreppet ägg. Han försökte emellertid med "Tolv!?". Vårdshusvärden tittade på markisens alltför välskötta händer och fann alla rimliga beviskrav uppfyllda. Markisen låstes in och jakobingendarmer tillkallades. Hans dödsår nämns ovan.

En annan av alla dessa stora män som aldrig sett ett kök från insidan var den tyske nykantianen ERNST CASSIRER (1874–1945), för övrigt professor i Göteborg 1935–1941. Hans hustru bad honom en gång, då hon låg sjuk och ingen annan var till hands, att värma litet mjölk åt henne. Cassirer lyckades så småningom hitta en kall glasflaska mjölk, vilken han satte direkt på den heta spisen. Inom kort önskade han att han inte hade gjort det.

5 KAN MAN UTESLUTA ATT TRÄSKMAN ÄR FILOSOF?

LUDWIG WITTGENSTEIN (1889–1951) var asketiskt lagd. Han vistades helst i otillgängliga delar av Norge, där han slapp se människor. Han skänkte bort sin enorma ärvda förmögenhet – för säkerhets skull dock till sina syskon. Hans mathållning är legendarisk. Det var honom likgiltigt vad han åt, det viktiga var att det alltid var samma mat (*wenn es nur immer das gleiche wäre*). Idag skulle man väl se honom som stamkund på McDonalds. Provianteringen begränsades till frukt och havregryn. Matlagningsrepertoaren omfattade havregrynsgröt. Kastrullen lär ha diskats endast när det var fysiskt omöjligt att tillaga ny gröt.

Under första världskriget var Wittgenstein frivillig österrikisk frontsoldat. Det påstås ha varit hans lyckligaste tid. Han skrev: *Am besten kann ich jetzt arbeiten, während ich Kartoffeln schäle*. Jag föreställer mig gärna att också Träskman fått en och annan genial tanke

när han har skalat potatis – eller när han med mer sofistikerade metoder närmat sig ädla delar av växt- eller djurriket.

Föreliggande forskningsrapport synes närmast utvisa att de största bland filosofer är de minsta bland gastronomer. Är då detta en helt säker slutsats? Ingalunda! Det finns också sådana som HANNAH ARENDT (1906–1975), som beklagade sig över att hennes gäster envissades med att berömma hennes filosofi och hennes böcker i stället för att lägga märke till den omsorg hon nedlagt vid matlagningen. Kan man då omvänt dra slutsatsen att en framstående kokkonstnär inte är filosof? Ej heller detta! Då kan man inte heller dra slutsatsen att Träskman inte är filosof? Just så! Slutligen, kan man dra slutsatsen att Träskman är filosof? Förvisso icke, ty förundersökningen kräver i denna del viss komplettering.

Mycket av det ovan sagda bygger på två synnerligen läsvärda böcker: Sture Linnér, *Sicilien: Strövtåg i rummet och tiden* (Norstedts förlag, Stockholm 1999).

Francesca Rigotti, *La filosofia in cucina: Piccolo critica della ragion culinaria* (Società editrice il Mulino, Bologna 1999); översättning till tyska av Barbara Kleiner, *Philosophie in der Küche: Kleine Kritik der kulinarischen Vernunft* (Verlag C. H. Beck, München 2002).

när han har skalat potatis – eller när han med mer sofistikerade metoder närmat sig ädla delar av växt- eller djurriket.

Föreliggande forskningsrapport synes närmast utvisa att de största bland filosofer är de minsta bland gastronomer. Är då detta en helt säker slutsats? Ingalunda! Det finns också sådana som HANNAH ARENDT (1906–1975), som beklagade sig över att hennes gäster envissades med att berömma hennes filosofi och hennes böcker i stället för att lägga märke till den omsorg hon nedlagt vid matlagningen. Kan man då omvänt dra slutsatsen att en framstående kokkonstnär inte är filosof? Ej heller detta! Då kan man inte heller dra slutsatsen att Träskman inte är filosof? Just så! Slutligen, kan man dra slutsatsen att Träskman är filosof? Förvisso icke, ty förundersökningen kräver i denna del viss komplettering.

Mycket av det ovan sagda bygger på två synnerligen läsvärda böcker: Sture Linnér, *Sicilien: Strövtåg i rummet och tiden* (Norstedts förlag, Stockholm 1999).

Francesca Rigotti, *La filosofia in cucina: Piccolo critica della ragion culinaria* (Società editrice il Mulino, Bologna 1999); översättning till tyska av Barbara Kleiner, *Philosophie in der Küche: Kleine Kritik der kulinarischen Vernunft* (Verlag C. H. Beck, München 2002).



DENNA BOK INNEHÅLLER tretton texter av varierande karaktär. Alla har publicerats tidigare, den första 1970 och den sista 2006. De flesta av dem har sin grund i föredrag och har fått behålla sin prägel därav.

Boken kan sägas utgöra sista delen i en serie av samlade utvalda uppsatser, där de föregående delarna är *Essays in Criminal Law* (1988), *Straffrättsideologiska fragment* (1992) och *Scraps of Penal Theory* (2002). Den sistnämnda boken innehåller engelskspråkiga versioner av kapitlen 1, 3 och 4 i förevarande volym.