

IOI

SKRIFTER FRÅN JURIDISKA
FAKULTETEN I UPPSALA

PETTER ASP

Från tanke till gärning

DEL I

Legitimationsfrågor rörande förfältsdelikt

IUSTUS FÖRLAG



Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

101

Redaktör: Nils Jareborg

Från tanke till gärning

DEL I

Legitimationsfrågor rörande förfältsdelikt

PETTER ASP

IUSTUS FÖRLAG

© Petter Asp och Iustus Förlag AB, Uppsala 2005
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-610-2
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Omslag: John Persson
Tryck: Edita, Västerås 2005
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

Denna bok utgör den första delrapporten från det projekt som går under namnet *Från tanke till gärning*. Projektet är finansierat av Vetenskapsrådet och inriktat på en analys av möjligheterna att ingripa mot brottslighet på ett tidigt stadium. Projektet avses innefatta analyser av området i bl.a. rättsdogmatiskt, straffrättsfilosofiskt och rättspolitiskt perspektiv.

Det föreliggande arbetet tar sikte på vad jag har valt att kalla legitimationsfrågor, dvs. frågor som har att göra med i vilken utsträckning det kan betraktas som legitimt att gripa in med straffrättsligt ansvar på förfältsområdet (det område som tidsmässigt ligger innan den tidpunkt vid vilken skada uppstår). Enligt planerna skall boken följas upp under kommande år med en straffrättsdogmatiskt inriktad framställning rörande ansvar för förberedelse och stämpling (skrivandet beräknas vara avslutat kring utgången av 2006) samt möjligen också av en artikel rörande preventiv användning av straffprocessuella tvångsmedel (i denna del är skrivandet delvis beroende av utvecklingen).

Många har på olika sätt bidragit till att boken kommit till världen. Intresset för hithörande frågor väcktes under min tid på Justitiedepartementet (där jag bl.a. var involverad i beredningen av Straffansvarsutredningens betänkande); även om projektet är helt fristående och saknar varje koppling till departementet vill jag framföra ett tack till de inblandade (framför allt Maria Kelt och Anders Perklev) för givande diskussioner.

Vad gäller den ekonomiska sidan har Vetenskapsrådet finansierat själva rättsvetenskapandet, Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning bidragit till tryckkostnaderna och Institutet för rättsvetenskaplig forskning beviljat medel för en resa till universi-

tetet i Bergen (i syfte att diskutera projektet med forskare aktiva inom ramen för det där bedrivna projektet *Pre-aktiv strafferet*; se närmare Husabø 2003a). För detta understöd tackar jag å det värdsammaste.

Många har också hjälpt mig på min väg på annat sätt. Sålunda vill jag framföra ett varmt tack till Vagn Greve, som möjliggjorde och på många sätt bidrog till att förgylla en månads forskningsvistelse i Köpenhamn. Ett motsvarande tack – för givande diskussioner, för kommentarer till ett manuskriptutkast och för ett varmt mottagande – går till straffrättsgruppen i Bergen med Asbjørn Strandbakken, Erling Johannes Husabø och Jørn Jacobsen i spetsen. Många andra i den nordiska straffrättsmiljön har också på olika sätt bidragit genom samtal om olika frågor och i olika sammanhang; här kan räcka med att konstatera att det är en stor förmån att få verka i en tid då den nordiska straffrättsmiljön är så öppen, dynamisk och samarbetsinriktad som den är just nu.

Ett alldeles särskilt tack vill jag rikta till Nils Jareborg och Magnus Ulväng som genom att vara och verka starkt bidrar till både den vetenskapliga och den världsliga trivseln i och kring B 208 och som dessutom läst och kommenterat hela manuskriptet och lämnat åtskilliga värdefulla synpunkter.

Till sist ... Inte kan man (eller vill man) vid förordsskrivande komma ifrån sina närmaste? Här tänker jag framför allt på stjärnkvartetten Hanna, Ebba, Erik och Arvid, men också på mina föräldrar (Agneta och Bosse) och svärföräldrar (Kerstin och Rune) utan vilka livet skulle vara något annat – och tråkigare – och utan vilka vardagsplaneringen skulle rasa ihop betydligt oftare än den faktiskt gör.

Uppsala en halvsen julikväll 2005 (med ett sällsamt vackert solskensregn över domkyrkan)

PAP

Envar har sitt kynne. Jag sträckte
mig ständigt efter klarhet. [...]

WILLY KYRKLUND

Innehåll

1. Inledning	11
I. Om ämnet	11
II. Om dispositionen	13
2. Allmänt om förfäلتsdelikt	14
I. Inledning	14
II. Förfäلتsdelikt och relationen till skada m.m.	15
III. Kommentarer kring skada	18
IV. Avstånd och form	20
3. Funktion och funktionalitet	23
I. Inledning	23
II. Funktion och funktionalitet med utgångspunkt i prevention	23
III. Funktion utifrån andra utgångspunkter	28
4. Legitimitet och legitimationsfrågor	31
I. Frågeställningens karaktär	31
II. Straffideologi och legitimationsfrågor	33
III. Brottsideologi och legitimationsfrågor	39
IV. Behovet av legitimation inom straffrätten	44
V. Legitimation och kriminalisering	50
5. Inventering	56
I. Inledning	56
II. Intressedimensionen	58
III. Avståndsdimension (1) – kausalitet	61
IV. Avståndsdimension (2) – skadlighet	64
V. Avståndsdimension (3) – ansvarighet	69
VI. Avståndsdimension (4) – medborgarsyn	75

VII.	Avståndsdimension (5) – legalitet?	82
VIII.	Avståndsdimension (6) – bevisbarhet	83
IX.	Avståndsdimension (7) – nytta	86
X.	Särskilt om förfältsdelikt och överskjutande uppsåt	87
6.	Konstruktion	92
I.	Inledning	92
II.	Betydelsen av kravet på överskjutande uppsåt	92
III.	Den interna legitimationsfrågan – förlorad kontroll som utgångspunkt	99
a.	Inledning	99
b.	Uppsåt som legitimationsgrund	99
c.	Sinnelagsetik och handlingsetik	104
d.	Förskjutningar i synen på samhälls-medborgaren	112
IV.	Den externa legitimationsfrågan – fara istället för farlighet	113
V.	Försök som prototyp	116
VI.	Delikt vilka inte låter sig analyseras i försökstermer	127
VII.	Självständiga förfältsdelikt	134
a.	Självständiga förfältsdelikt med krav på överskjutande uppsåt	134
b.	Självständiga förfältsdelikt utan krav på överskjutande uppsåt	135
VIII.	Kommentarer med exkurskaraktär	135
IX.	Sammanfattning	137
7.	Tillämpning	139
I.	Inledning	139
II.	Dekonstruktion	140
a.	Inledning	140
b.	Förberedelse och stämpling analyserade i försökstermer	141
c.	Förberedelse och stämpling analyserade i samverkanstermer	144
d.	Förberedelse som egenförberedelse	144

III. Bedömning	145
a. Inledning	145
b. Förberedelse och stämpling analyserade i försökstermer	145
c. Förberedelse och stämpling analyserade i samverkanstermer	147
d. Förberedelse som egenförberedelse	150
e. Avslutning	151
8. Sammanfattning	155
Litteratur m.m.	157

1. Inledning

I. OM ÄMNET

1. Det brukar sägas att straffrätten ytterst syftar till att, i huvudsak genom undertryckande av visst beteende, förhindra skador i en eller annan mening. Samtidigt är det mycket enkelt att, t.ex. genom läsning av lagtext, konstatera att åtskilliga straffbud kriminaliserar beteende som i sig inte orsakar någon skada – låt vara att det torde vara svårt att finna en definition av skada kring vilken alla kan enas.

I svensk straffrätt finner man t.ex. delikt som kriminaliserar orsakande av (konkret) fara, tagande av risker osv., men det finns också delikt vilka överhuvudtaget inte fordrar någon form av bedömning av möjlighetsrelationen mellan den kriminaliserade gärningen och den skada som ytterst skall förhindras. Den sistnämnda formen av delikt, som ibland kallas delikt med presumerad fara,¹ innebär att fare- eller riskbedömningen helt har förlagts till normgivningsnivå. Som en sammanfattande benämning på sådana delikt som, på ovan angivet sätt, kriminaliserar gärningar som i sig inte innebär eller orsakar någon skada används i det följande termen förfältsdelikt.

2. En särskild typ av förfältsdelikt är de som för sin tillämpning fordrar att gärningen vidtas med uppsåt att göra, eller att genom gärningen åstadkomma, något ytterligare som ligger närmare den punkt där vi skulle säga att skada har uppstått.² Typexempel på

¹ Se t.ex. Strahl 1976 s. 46 och Jareborg 2001 s. 181.

² Jfr Horder 1996 s. 156 f. som framhåller att delikt med överskjutande uppsåt normalt faller in under någon av följande kategorier: (i) att begå ett mindre

dylika delikt är försök, förberedelse och stämpling där det enligt svensk rätt fordras att gärningsmannen har uppsåt till fullbordat brott.³ Förfäلتsgärningen utgör i dessa fall ett led i ett – mer eller mindre tydligt – planerat händelseförlopp; förfäلتsgärningen kan ses som ett steg på vägen till ett visst mål.⁴

3. Denna lilla bok har, som nämnts i förordet, skrivits inom ramen för ett projekt med arbetsnamnet ”Från tanke till gärning – om möjligheterna att ingripa på ett tidigt stadium mot allvarlig planerad brottslighet”. Syftet med framställningen är att ge ett bidrag till en teori om hur, och i vilken utsträckning, dessa sistnämnda typer av förfäلتsdelikt kan legitimeras. Fokus ligger alltså på sådana förfäلتsdelikt som kan betraktas som förstadier till andra brott och där det uppställs krav på att gärningsmannen skall ha uppsåt till fullbordat brott.

4. Det sagda bör preciseras på åtminstone två sätt. För det första ligger framställningens tyngdpunkt på delikt som i relation till försök ligger relativt sett tidigare i handlingsprogressen. I ett svenskt perspektiv kan man alltså säga att framställningen snarare tar sikte på förberedelse och stämpling än på försök. Skälet till detta är att medan åtskilligt tänkts och skrivits om försök har intresset för olika typer av förberedande gärningar varit mer begränsat.⁵ Detta kan naturligtvis till inte obetydlig del förklaras med att förberedande gärningar är kriminaliserade i begränsad

allvarligt brott med uppsåt att begå ett allvarligare, (ii) att begå ett brott med uppsåt att begå ”some non-criminal wrong”, (iii) att begå en icke kriminaliserad lagöverträdelse med uppsåt att begå brott, (iv) att vidta en utåt sett helt oskyldig gärning med uppsåt att begå brott. Som en femte kategori (v) talar Horder om ”crimes where the intent is by its nature ulterior”; som exempel på delikt som faller inom denna sista kategori nämner Horder bl.a. försöksbrott.

³ Se t.ex. Jareborg 2001 s. 378 f. och 396 f. och Leijonhufvud och Wennberg 2005 s. 107 f., 112 f. och 121.

⁴ Det finns dock inget som säger att planerna nödvändigtvis kommer att förverkligas (den enskilde kan ändra sig, det kan bli fysiskt omöjligt att förverkliga planerna osv.).

⁵ Jfr dock t.ex. diskussionen kring conspiracy i anglo-amerikansk rätt och diskussionen kring förstadier till medverkan i tysk rätt.

utsträckning i många länder. (Samtidigt kan redan nu förutskickas att de tankar som läggs fram i det följande i flera avseenden anknyter till den diskussion som förts kring straffbart försök till brott.) För det andra har det varit ogörligt att inte dra in också andra förfältsdelikt än sådana som bygger på ett överskjutande uppsåt i diskussionen (bl.a. eftersom användning av den typen av förfältsdelikt utgör ett alternativ till användning av förfältsdelikt med krav på överskjutande uppsåt). I kapitel 2 diskuteras närmare hur olika typer av förfältsdelikt förhåller sig till varandra och därigenom avgränsas också föremålet för denna framställning.

II. OM DISPOSITIONEN

1. Framställningen disponeras så att jag först i kapitel 2 diskuterar dels vad som kännetecknar ett förfältsdelikt, dels hur de förfältsdelikt som denna framställning i huvudsak tar sikte på kan avgränsas från andra förfältsdelikt. I kapitel 3 diskuteras därefter vilken funktion förfältsdelikten är tänkta att fylla och under vilka förutsättningar de faktiskt kan fylla denna funktion. Därefter görs i kapitel 4 ett avstamp inför den kommande analysen. I kapitlet diskuteras vad jag lägger i begreppet legitimation samt varför det finns ett behov av legitimation av straffrättsliga åtgärder. Därutöver sägs något om vilken betydelse straffideologiska och brottsideologiska utgångspunkter har för framställningens resultat.

2. I kapitel 5 går jag igenom olika aspekter på förfältsdelikt och diskuterar i vilken utsträckning de påverkar legitimationsfrågan. Kapitlet är tjänande i så måtto att det egentligen mest syftar till att lägga grunden för den analys och den modellkonstruktion som företas i kapitel 6. I kapitel 7, slutligen, tillämpas den modell som utarbetats i kapitel 6 på den svenska bestämmelsen i 23 kap. 2 § brottsbalken. I kapitlet diskuteras också i vilken utsträckning det är legitimt att utvidga straffansvaret för förberedande gärningar i förhållande till vad som gäller idag.

2. Allmänt om förfäلتsdelikt

I. INLEDNING

1. Eftersom det är långt ifrån självklart vad som utgör ett förfäلتsdelikt skall här inledningsvis sägas några ord om vad som kännetecknar förfäلتsdelikt och om olika typer av desamma. I detta sammanhang är det centrala inte att noga avgränsa förfäلتsdelikten från vad vi skulle kunna kalla skadedelikten, utan snarare att ringa in kärnan i klassen av förfäلتsdelikt. Den principiella frågan, om hur förfäلتsdelikten kan legitimeras, torde nämligen kunna diskuteras även om vi i gränsfall har svårt att klart avgränsa dessa från skadedelikten.⁶

2. Ett vanligt sätt att definiera förfäلتsdelikt – kanske det vanligaste – är att säga att ett visst delikt är ett förfäلتsdelikt om de gärningsindivider som kan hänföras dit inte nödvändigtvis orsakar skada. Kriminaliseringen bygger i stället på att delikten har någon sorts föregiven relation till skada.⁷ Gärningsindivider som faller under ett förfäلتsdelikt kan exempelvis vara inriktade på att åstadkomma skada, skapa fara för skada, innebära en risk för skada osv. Duff, som arbetar med begreppet ”Substantive and Inchoate Offences”, talar om att det kännetecknande för substantive offences är dels att de faktiskt orsakar skada, dels att skadan är primär såtillvida att den utgör skada i sig själv (jfr nedan avsnitt 2.III.3 angående sekundära skador). ”Inchoate offences” anges till skillnad härifrån vara kriminaliserade ”because of their relationship

⁶ Termen skadedelikt används i det följande som beteckning på delikt som inte är förfäلتsdelikt.

⁷ Se rörande olika typer av faredelikt Frände 1990 s. 95 f. och 1994 s. 14 ff.

to some substantive offence or primary harm”.⁸ Husak menar för sin del att skillnaden mellan ”consummate and nonconsummate offenses” bör sökas genom frågan ”whether the proscribed conduct causes harm on each occasion in which it is performed”.⁹

”All act-tokens of an act type proscribed by a consummate offense are harmful; not all act-tokens of an act-type proscribed by a nonconsummate offense are harmful.”¹⁰

Husak uttalar i sammanhanget också att nonconsummate offenses i regel – ”at least when such an offense is justified” – innefattar en risk för skada.¹¹

II. FÖRFÄLTSDELIKT OCH RELATIONEN TILL SKADA M.M.

1. Ett förfäلتsdelikts relation till den skada som straffbudet ytterst syftar till att förebygga kan vara explicit eller implicit. Det kan i sammanhanget vara illustrativt att jämföra t.ex. ett delikt enligt vilket det är kriminaliserat att orsaka fara för död (eller fara för liv om man så vill) med ett delikt enligt vilket det är kriminaliserat att köra bil påtagligt berusad.

2. Som antytts redan i inledningen kan – och detta är mer relevant i förevarande sammanhang – en uppdelning också göras beroende på huruvida ett visst förfäلتsdelikt relaterar till en annan deliktstyp som innefattar eller i vart fall ligger ett steg ”närmare” skada. En

⁸ Duff 1996b s. 129.

⁹ Husak diskuterar i en not frågan om definitionen av nonconsummate offenses möjligen bör bygga på att *inte någon* gärningsindivid innefattar skada. Som jag ser det är denna fråga relaterad till hur man ser på konkurrensfrågor och i grunden inte särskilt intressant. Om man godtar tanken att ett förfäلتsdelikt formellt kan vara förövat också om skada inträffar, finns inte skäl att inskränka definitionen på detta sätt. Jfr även Husak 1995 s. 166 för andra sätt att dra skiljelinjen.

¹⁰ Husak 1995 s. 164.

¹¹ Se rörande vad som utgör förfäلتsdelikt även Ashworth 1999 s. 460 och för en mer inskränkt definition (som endast inkluderar det som kan kallas osjälvständiga förfäلتsdelikt) Ashworth 1987a s. 8.

typ av förfälsdelikt, vi kan kalla dem de *osjälvständiga förfälsdelikten*, innefattar en referens till ett eller flera andra delikt som i sin tur kan vara antingen förfälsdelikt eller skadedelikt. I praktiken torde den omtalade referensen nästan alltid utgöras av ett krav på överskjutande uppsåt, såsom normalt är fallet vid försöksbrott. Teoretiskt sett är det emellertid möjligt att tänka sig också andra kopplingar. Sålunda skulle man kunna tänka sig ett delikt enligt vilket det – utan varje krav på överskjutande uppsåt – utgör ”förberedelse till penningförfalskning” att ta befattning med tryckpressar som är ägnade att förfälska pengar med. Typexempel på osjälvständiga förfälsdelikt i svensk rätt är – vilket torde ha framgått – försök, förberedelse och stämpling.¹²

Den andra typen av förfälsdelikt kan kallas *självständiga förfälsdelikt*, och de är självständiga i den meningen att de givits en formellt fullständig utformning, dvs. fråga är om delikt, som utan referenser till andra brottstyper, har sin fullbordanspunkt förlagd till ett stadium innan skada – den skada som man ytterst vill förhindra – har uppkommit. Också de självständiga förfälsdelikten kan innehålla krav på överskjutande uppsåt (men detta krav relaterar i så fall inte uttryckligen till ett annat delikt); ett exempel kan vara att svindleribrottet fordrar direkt uppsåt att påverka priset på vara, värdepapper eller annan egendom.¹³

Husak talar på ett motsvarande sätt om *komplexa* och *enkla* förfälsdelikt, där det som kännetecknar komplexa förfälsdelikt är att en ”complete description includes two or more act-types” – t.ex. (a1) *försök* till (a2) *mord* eller (b1) *stämpling* till (b2) *grovt rån* osv.¹⁴ Ett enkelt förfälsdelikt kännetecknas följaktligen av att ”it prescribes a single act type”.¹⁵ Exempel på enkla förfälsdelikt är vanliga faredelikt (för svensk rätts del t.ex. framkallande av fara för annan i 3 kap. 9 § eller urkunds förfälskning enligt 14 kap. 1 § brottsbalken).

¹² Exkursvis kan nämnas att ansvar tidigare lägs också på andra områden än den egentliga straffrätten. Jfr Warnling-Nerep 1987 s. 176 ff. (angående det förhållandet att avgift för olovligt byggande tas ut redan när åtgärden påbörjas).

¹³ Se 9 kap. 9 § brottsbalken.

¹⁴ Husak 1995 s. 168 f.

¹⁵ Husak 1995 s. 169.

I den mån ett osjälvständigt förfäلتsdelikt relaterar till ett annat förfäلتsdelikt kan det krävas en analys i flera led för att det skall vara möjligt att finna den skada som förfäلتsdeliktet ytterst relaterar till. Exempelvis kan ett osjälvständigt förfäلتsdelikt (försök) relatera till ett självständigt delikt som har karaktär av ett förfäلتsdelikt (här kan narkotikabrott och urkundsförfäلتskning vara tänkbara exempelkandidater).¹⁶

3. Som antytts ovan tar denna framställning i första hand sikte på sådana förfäلتsdelikt vilka uppställer krav på ett överskjutande uppsåt (ett uppsåt att göra eller att åstadkomma något som går utöver förfäلتsgärningen). Dessa förfäلتsdelikt kan i och för sig vara både självständiga (t.ex. stöld) och osjälvständiga (t.ex. försök, förberedelse och stämpling), men i fortsättningen utgår jag från uppdelningen i osjälvständiga och självständiga förfäلتsdelikt (utan att påminna om att det bland de senare finns delikt som till sin struktur motsvarar de förra).¹⁷ Diskussionen kommer med andra ord att gälla deliktstyper som försök och förberedelse (snarare än stöld och spioneri), men det hindrar inte att det som sägs om legitimationsfrågan i princip är tillämplbart också i relation till självständiga förfäلتsdelikt som innehåller ett krav på överskjutande uppsåt.

Vidare bortses i det följande helt från möjligheten att det kan finnas osjälvständiga förfäلتsdelikt, vilka *inte* uppställer krav på överskjutande uppsåt (och istället laborerar med någon annan koppling mellan det osjälvständiga förfäلتsdeliktet och grunddeliktet).

4. Avgränsningen av förfäلتsdelikten enligt det ovan sagda är naturligtvis helt beroende av vad vi räknar som skada och den frågan är på intet sätt lätt att besvara.¹⁸ Vad gäller mord, misshandel och

¹⁶ Jfr här Husak 1995 s. 168 f. som tycks mena att ett komplext förfäلتsdelikt alltid relaterar till delikt "which causes consummate harm". Se dock Husak 1997-1998 s. 603 i och före not 20.

¹⁷ Jfr Asp 2001 s. 257 ff.

¹⁸ Se även Fletcher 2000 s. 133: "Absent a catalogue of harms that the law seeks to prevent, the distinction between inchoate and consummated offenses proves to be illusive."

skadegörelse torde det vara relativt lätt att nå enighet om vad som är att betrakta som den slutpunkt då skada faktiskt har inträtt, men vid åtskilliga andra delikt är frågan betydligt besvärligare.¹⁹ Det är sålunda knappast någon slump att Duff, när han skall illustrera gränsen mellan "substantive" och "inchoate" offences använder kroppsskada – där frågeställningen är någorlunda enkel – som exempel.²⁰ Som exempel på delikt vid vilka frågan om skada inte kan besvaras utan omfattande analyser kan t.ex. nämnas urkundsförfälskning, hets mot folkgrupp, korruption (som saknar koppling till ett konkret ärende) och narkotikabrott.

5. Det bör i sammanhanget också framhållas att jag i framställningen väljer att inte bygga på en uppdelning i beteendedelikt och effektdelikt.²¹ Detta kan motiveras dels med hänvisning till att varje handling som inte är en primärhandling kan analyseras i termer av effekter,²² dels med hänvisning till att det inte finns något givet samband mellan vad som skulle vara att betrakta som effekt och vad som är att betrakta som skada. Också om man godtar en uppdelning i beteendedelikt och effektdelikt är en sådan uppdelning sålunda inte särskilt intressant i detta sammanhang, eftersom åtskilliga effektdelikt ändå skulle anses vara förfälsksdelikt.

III. KOMMENTARER KRING SKADA

1. Ovan har jag utgått ifrån att den relevanta skadan vid exempelvis ett misshandelsbrott är den smärta eller kroppsskada som drabbar offret. Frågeställningen kan emellertid lätt kompliceras ytterligare om man frångår denna utgångspunkt. Sålunda menar Robinson att:

"inchoate offenses do not punish bad intent evidenced by overt acts, but rather punish conduct which is harmful to society in a way apart

¹⁹ Se Jareborg 1970 s. 189 ff.

²⁰ Duff 1996b s. 128.

²¹ Se t.ex. Agge 1961 s. 271 ff. och Strahl 1976 s. 26 ff.

²² Se Jareborg 1970.

from the harm which might have resulted had the actor's intent been fulfilled. The harm is intangible in character, and society is its object."²³

Vad gäller svensk doktrin kan hänvisas till Lernestedt som mer generellt har argumenterat för att vad han kallar gemenskapsskada (till skillnad från offerskada) bör tillmätas större betydelse inom straffrätten; han argumenterar t.o.m. för att "den *straffrättsliga* skadan kan anses uppkomma uteslutande hos samhället/staten".²⁴ Även om offerskada också enligt Lernestedt blir av relevans när det gäller "utväljandet av vad som skall skyddas", har hans ställningstagande påtagliga konsekvenser när det gäller argumentationen kring förfälsdelikt. Med en utgångspunkt i gemenskapsskada blir typicitets- och "ägnad-att-tänkande" det centrala och skadedelikten framstår inte längre som en given utgångspunkt.²⁵

2. Personligen har jag emellertid svårt att se att man vid en diskussion kring legitim kriminalisering kan komma runt "offerskada" eller den skada som s.a.s. ligger bakom förfälsdelikten.²⁶ Man kan möjligen tala om att det ligger någon form av negativt värde i att överträda samhällets normer, och att denna utmaning mot normordningen s.a.s. innebär en sorts skada som går utöver "offerskada", men denna skada måste bedömas vara av marginell betydelse och måste dessutom sägas vara otjänlig i en diskussion kring legitim kriminalisering.²⁷

3. I sammanhanget bör också noteras att Duff betonar att överträdelser av förfälsdelikt, även om de inte orsakar skada i primär mening, kan innefatta "secondary harms".²⁸ Med detta begrepp

²³ Robinson 1975-1976 s. 269.

²⁴ Lernestedt 2003 s. 197.

²⁵ Lernestedt 2003 s. 292.

²⁶ Sålunda uppfattar jag t.ex. Kindhäusers tanke, att de abstrakta faredelikten innefattar en specifik skada som består i ett intrång i de säkerhetsbetingelser som krävs för att man bekymmerfritt skall kunna föfoga över "Güter", närmast som en omskrivning av förfälsproblematiken. Se sammanfattande Kindhäuser 1989 s. 354.

²⁷ Jfr här den diskussion som förs av Letzgus 1972 s. 211 ff.

²⁸ Duff 1996b s. 130.

avses skador som räknas som skador endast genom sin relation till en skada i primär mening. Sålunda kan rädsla eller oro för skada (i primär mening) vara en sekundär skada (t.ex. rädsla för kroppsskada, oro för att ens ägodelar skall vandaliseras osv.). Sekundära skador torde i första hand kunna vara relevanta vid gärningar vars syfte är att åstadkomma skada, där rädsla och oro naturligen kan uppkomma hos ett offer som är utsatt för målinriktade aktiviteter. Typexemplet torde vara försök och andra osjälvständiga förfäلتsdelikt. Det bör t.ex. vara uppenbart att den som har utsatts för ett mordförsök kan ha svårt att känna samma sinnesfrid som en person som inte har utsatts för ett sådant försök (och det faktum att primärskada inte har drabbat någon av dem är inget relevant skäl för att tro något annat).²⁹

Samtidigt torde inte kunna uteslutas att sekundära skador kan uppkomma också vid andra typer av gärningar. Tänkbart är t.ex. att förekomsten av en trafikultur som präglas av fullständigt respektlöst risktagande skapar inte obetydliga sekundärskador (i form av rädsla, transportval som annars inte är rationella osv.).

IV. AVSTÅND OCH FORM

1. Även om det följer av det ovan sagda – och därtill framstår som ganska trivialt – bör kanske, med bl.a. Jakobs, betonas att man vid analys av frågor som gäller avstånd och förfäلتsdelikt inte bör låta sig förblindas av lagstiftningens utformning. Den formella skillnad som finns mellan fullbordade brott å den ena sidan och försök, förberedelse, stämpling etc. å den andra behöver inte motsvaras av en reell skillnad mellan delikten vad gäller avståndet mellan gärning och skada:

”Wegen der formellen Bestimmung ist beim Mord noch Vorfeld, was bei Münzdelikten, ja selbst bei Trivialformen von Urkundsdelikten, längst Vollendung ist.”³⁰

²⁹ Liknande Toftegaard Nielsen 2004 s. 162.

³⁰ Jakobs 1985 s. 751.

För att man på ett rimligt sätt skall kunna analysera problematiken och jämföra olika delikt med varandra är det med andra ord erforderligt med en bedömning av avståndet mellan gärning och den skada som ytterst skall förebyggas (eller i vart fall med en frigörelse från den bild vi får genom att betrakta den positiva straffrätten i en viss rättordning).³¹ Vi bör sträva efter att identifiera någon form av skada som är primär i den meningen att vi inte kan gå bakom den och finna att den betraktas som en skada bara på grund av dess relation till något annat och relatera förfäلتstänkandet härtill. Samtidigt är det, som ovan noterats, klart att vi åtminstone vid vissa deliktstyper kommer att möta svårigheter i våra försök att definiera detta något som ytterst avses bli skyddat.

2. Nu bör omedelbart, och åter, sägas att dessa frågor inte behöver slutgiltigt lösas för att man skall kunna diskutera frågan om legitimering av förfäلتsdelikt. Även om klassen av förfäلتsdelikt inte skarpt låter sig avgränsas från skadedelikten, kan vi peka ut klasser av delikt vilka utan större svårigheter, och utan större kontroverser, bör kunna klassificeras som förfäلتsdelikt.

Till att börja med kan konstateras att det egentliga föremålet för denna undersökning, nämligen delikt vilka är konstruerade så som det svenska stadgandet om förberedelse och stämpling, *alltid* innebär att ett visst avstånd tillåts uppkomma i förhållande till den skada som vi ytterst söker förebygga. I själva definitionen ingår att det självständiga brott som förberedelse- eller stämplingsgärningen relaterar till inte skall ha fullbordats. Under förutsättning att vi har att göra med förberedelse till ett skadedelikt (t.ex. mord) innebär en kriminalisering av förberedelse, motsvarande den svenska, med andra ord att ansvar kan uppkomma oberoende av att det finns ett visst avstånd till den enligt straffbudet relevanta skadan. Man kan uttrycka det så att användningen av osjälvständiga förfäلتsdelikt är en teknik för att tillåta straffansvar trots avstånd.

³¹ Se för uttalanden i denna riktning i svensk doktrin t.ex. Thyren 1912 s. 37, Strahl 1976 s. 212 f., Wennberg 1983 s. 753 f., Wennberg 1985 s. 11 ff., Jareborg 2001 s. 379, Lernerstedt 2003 s. 301 ff. och Leijonhufvud & Wennberg 2005 s. 101.

Eftersom man också kan konstruera fullbordade och självständiga delikt så att de innefattar ett visst avstånd till en kränkning av det skyddade intresset, kan avståndet mellan en förberedelsegärning och det skyddade intresset växa ytterligare om vi har att göra med en förberedelsegärning som relaterar till ett (självständigt) förfäلتsdelikt.

Man skulle utifrån ett legitimationsperspektiv kunna säga att det alltid finns anledning att granska osjälvständiga brottsformer som försök, förberedelse och stämpling (eftersom de alltid innefattar visst avstånd), men att man bör vara uppmärksam på att det härutöver finns skäl att granska också självständiga delikt (eftersom också dessa kan vara konstruerade på ett sätt som innefattar avstånd, dvs. som självständiga förfäلتsdelikt).

I ett legitimationsperspektiv torde vidare gälla att de stora problemen inte gäller gränfallen, utan sådana delikt där det är okontroversiellt att påstå att vi har att göra med ett förfäلتsdelikt.

3. Till detta skall också läggas att den fortsatta framställningen utvisar att formen faktiskt har betydelse för legitimationsfrågor, vilket slagordsmässigt kan sägas innebära att man å ena sidan inte bör låta sig förblindas av form, å andra sidan heller inte bör vara blind för att form betyder något i de flesta sammanhang.

3. Funktion och funktionalitet

I. INLEDNING

1. Att kriminalisera förfäلتsgärningar kan vara attraktivt av flera olika skäl. Nedan skall analyseras vilka skäl som finns och vad de bygger på. Genomgående gäller att attraktiviteten är ideologiberoende samt att skäl som talar i andra riktningar kan anföras. Detta erinras dock inte särskilt om i det följande.

2. Grunden till varför förfäلتskriminaliseringar är attraktiva torde i första hand böra sökas däri att de åtminstone emellanåt kan antas skapa ett starkare skydd för det intresse man vill skydda. Genom att ansvaret tidigareläggs kan man skapa en skyddszon där också ett visst mått av överträdelser kan ske utan att det intresse vilket man ytterst syftar till att skydda träds för när.³² När vi på detta sätt talar om att en viss kriminalisering skapar en skyddszon är det klart att vi bygger på en metafor. I det följande kommer jag att diskutera på vilka sätt och under vilka förutsättningar metaforen är träffande.

II. FUNKTION OCH FUNKTIONALITET MED UTGÅNGSPUNKT I PREVENTION

1. Som utgångspunkt för den kommande diskussionen skall läggas ett par exempel. I klargörande syfte kommer jag att använda mig också av icke-straffrättsliga exempel, men det kan ändå vara lämpligt att inleda med ett exempel hämtat från straffrätten.

³² Jfr Koskinen i Havansi & Koskinen 2002 s. 35 som talar om att faredelikten innebär att det skapas en "ringmur kring vissa rättsgoda".

a) För att skydda människors liv och hälsa är rattfylleri kriminaliserat i de flesta jurisdiktioner. Straffansvar uppkommer redan när gärningsmannen betar sig på ett sätt som – åtminstone typiskt sett – ökar risken för skada. Straffansvaret skulle emellertid lätt kunna tidigareläggas ytterligare, t.ex. genom en kriminalisering av förtäring (eller produktion och försäljning) av alkoholhaltiga drycker. I ett dylikt fall skulle man också vid en överträdelse av den straffrättsliga förbudsregeln, dvs. när någon förtärt (producerat, försålt) alkoholhaltiga drycker, ha ett relativt långt avstånd till skyddsintresset (som träds för när först när en berusad person faktiskt kör på någon eller något).³³

Ett annat exempel kan hämtas från fotbollsvärlden:

b) Om vi förutsätter att syftet med fotbollsregler är att förhindra skador skulle regler enligt vilka spelarna måste hålla sig en meter ifrån varandra sannolikt innebära ett betydligt bättre skydd mot skador än existerande internationella fotbollsregler. Ett dylikt förbud skulle utgöra ett förfältsdelikt eftersom överträdelse inte nödvändigtvis innebär att skada uppkommer.³⁴

Dessa exempel kommer att ligga till grund för en analys av frågan om hur – på vilka sätt – förfältsdelikt kan antas bidra till att skador inte uppkommer. Utgångspunkten härvidlag torde vara att förfältsdelikt, även om den gärning som kriminaliseras i sig inte innefattar någon skada, kan bidra till att skador inte uppkommer däri-genom att de gärningar undertrycks som på ett eller annat sätt ökar risken för skada.

2. Effekten av en tidigareläggning av den punkt vid vilken ansvar uppkommer är emellertid, vilket antyds av det ovan sagda, beroende av vissa förutsättningar. Att vi är benägna att tro, att den ovan skisserade fotbollsregeln påtagligt skulle minska riskerna för skador inom fotbollen, beror för det första på att vi förutsätter att normen bidrar till att spelarna i någon utsträckning avstår från att

³³ Jfr även Husak 1992 s. 189 f. som anger att risken för alkoholrelaterade olyckor i trafiken skulle kunna minskas ytterligare om man valde att kriminalisera "drinking at a bar without a designated sober driver". En annan sak är att Husak menar att en sådan kriminalisering är tvivelaktig på grund av att gärningen inte är tillräckligt "proximate to the consummate harm".

³⁴ Det kan naturligtvis ifrågasättas om man inte genom en sådan regel också skulle förstöra idrotten fotboll.

komma närmare varandra än en meter (dvs. att normen har någon preventiv effekt). Överträdelse innebär risk för att drabbas av något som värderas negativt (ett straff, t.ex. att motståndaren får en fri- eller straffspark), vilket rimligen innebär att det framstår som mindre attraktivt att överträda normen. Förutsättningen bygger till en del, men inte uteslutande på existensen av en övervakande domarfunktion. I detta sammanhang bör dock, vilket diskuteras närmare nedan, noteras att också en regel som förbjuder gärningar vilka ligger närmare den punkt då skada inträder, bidrar till att minska antalet skador *förutsatt att den efterlevs*.

För det andra bör framhållas – och detta torde vara betydligt viktigare för vår optimism – att vi förutsätter att regelöverträdelser, till följd av nyss nämnda domarfunktion, i regel skulle beivras närmast omedelbart. För det fall att en spelare skulle komma för nära en annan spelare skulle spelet helt enkelt blåsas av. Fotbolls-exemplet bygger med andra ord dels på att normen i viss utsträckning förväntas bidra till att regelöverträdelser undertrycks, dels på de goda möjligheterna att gripa in i buffertområdet (dvs. området mellan överträdelse av förfälsdeliktet och uppkomsten av skada).

Sammanfattningsvis kan sägas att den buffertzonen som normen skapar kan vara av värde dels genom att sanktionshotet gör att normen efterlevs i någon utsträckning, dels genom att ingripande kan ske vid normöverträdelser (utan att skada behöver ha inträffat).

3. Överfört till straffrätten kan konstateras att förfälsdelikt där bör kunna tjäna ungefär samma värden som den nyss diskuterade (fiktiva) fotbollsregeln. I sammanhanget kan jämföras med det ovan givna rattfylleriexemplet.

(a) För det första torde förfälsdelikt (i viss utsträckning) kunna bidra till att undertrycka beteende som ökar risken för skador eller som är inriktat på att åstadkomma skador. Redan det faktum att det är förbjudet att köra onykter torde leda till att färre personer kör onyktra (än som annars hade varit fallet). Om det därtill vore förbjudet att producera och konsumera alkohol skulle buffertzonen bli ännu bredare (en annan sak är att ett sådant förbud torde leda till skador av annat slag).

Som ovan noterats kan det emellertid ifrågasättas huruvida detta egentligen utgör ett plus för förfältsdelikt i förhållande till skadedelikt. Om vi förutsätter normefterlevnad, är det väl egentligen ointressant på vilket avstånd "angreppet" hindras? Denna invändning torde kunna bemötas med åtminstone två olika argument.

Till att börja med torde användande av förfältsdelikt kunna minska risken för oavsiktligt orsakande av skada (om vi ägnar oss åt beteendestyrning som innebär att människor inte balanserar på gränsen kommer de mer sällan att av misstag hamna på fel sida om densamma). Vidare torde kunna sägas att användandet av osjälvständiga förfältsdelikt bidrar till att göra det mindre attraktivt att försöka åstadkomma skada etc. Sålunda talar Duff om att en straffrätt som enbart använder sig av skadedelikt:

"would be a less effective deterrent: people would be more likely to embark on criminal enterprises and to carry them through, or to engage in dangerous conduct, if they knew that they would be criminally liable only if they successfully completed the enterprise or actually caused harm."³⁵

Generellt och mutatis mutandis torde gälla att ju längre tidsperioden är mellan den tidpunkt vid vilken ansvar inträder och den tidpunkt då deliktet fullbordas, desto större risker innebär det också för gärningsmannen att utföra brottet. Detta gäller naturligtvis inte minst i förhållande till delikt som till sin natur är sådana att gärningsmannen riskerar upptäckt primärt under tiden fram till fullbordan (jfr t.ex. smugglingsbrott där fullbordade brott mycket sällan torde uppdagas).

Tilläggas kan, även om det noga taget inte rör skadeprevention i primär mening, att den prevention som förfältsdelikten står för kan vara mer värdefull än motsvarande prevention hos ett skadedelikt beroende på att förfältsdelikt i större omfattning torde förhindra det som Duff kallar "secondary harms", t.ex. rädsla för skada.³⁶

(b) För det andra möjliggör förfältsdelikten ett straffrättsligt ingripande i vad som ovan kallats buffertzonen. Det torde visser-

³⁵ Duff 1996b s. 133 f. Jfr även Toftagaard Nielsen 2004 s. 163.

³⁶ Se närmare ovan avsnitt 2.III.3.

ligen stå klart att en sådan extremt intensiv övervakning av regel-
efterlevnaden som finns på en fotbollsplan är ouppnåelig i ett
modernt samhälle (i vart fall om man inte vill ta till medel som av
andra skäl är oönskade),³⁷ men genom polisiär verksamhet och
med benäget bistånd från allmänheten torde myndigheterna åt-
minstone emellanåt ha förutsättningar att ingripa efter den tid-
punkt då förfältsdeliktet överträtts men före den tidpunkt då skada
uppkommer.³⁸

Genom att använda förfältsdelikt ger vi alltså brottsbeivrande
myndigheter möjligheter att ingripa med straffrättsliga verktyg
också innan skada orsakats. Av betydelse härvidlag är särskilt att
förfältsdelikten innebär att straff- och straffprocessrättsliga medel
– straff och straffprocessuella tvångsmedel – kommer att kunna
sättas in innan skada har orsakats och att de därigenom får en pre-
ventiv funktion.³⁹

Eftersom användningen av de straffprocessuella tvångsmedlen
regelmässigt är knuten till en misstanke om att brott har förövats
innebär en total frånvaro av förfältsdelikt att tvångsmedel endast
kan användas efter att skada uppstått (här bortses från att använd-
ning av tvångsmedel kan generera s.k. överskottsinformation och
därigenom få en preventiv ”funktion” i relation till andra brott än
det som motiverade användningen av tvångsmedlet). Genom an-
vändning av förfältsdelikt tidigareläggs möjligheten att tillgripa
tvångsmedel, vilket innebär att de – utöver uppgiften att utgöra
verktyg i den brottsutredande verksamheten – får en preventiv
funktion; de kan bidra också till att avvärja en framtida skada,
nämligen den skada som förfältsdelikten ytterst syftar till att före-
bygga.⁴⁰ Motsvarande kan sägas beträffande straff och andra sank-
tioner; straffet är visserligen repressivt, men förutsatt att det sätts
in i ett någorlunda tidigt skede i en handlingsprogress kan det
naturligtvis bidra till att en viss brottsplan aldrig fullbordas.

³⁷ Jfr t.ex. dystopin i Bylund 1993 s. 325 ff.

³⁸ Se även Toftegaard Nielsen 2004 s. 164.

³⁹ Jfr här Ds 2005:21 s. 171 ff.

⁴⁰ Se Jakobs 1985 s. 752.

III. FUNKTION UTIFRÅN ANDRA UTGÅNGSPUNKTER

1. Den ovan förda diskussionen har, mer eller mindre uttryckligen, tagit sin utgångspunkt i en strävan efter ett förbättrat intresse-skydd; i att skademinimering och riskminimering är något i grunden positivt och eftersträvat. Förfäلتsdelikt kan emellertid också vara attraktiva utifrån vissa andra perspektiv.

2. I ett mer renodlat retributivt perspektiv kan t.ex. med Duff sägas att ett straffsystem som kriminaliserar uppsåtligt och oaktsamt orsakande av skada rimligen också bör kriminalisera dels försök att åstadkomma sådan skada, dels orimligt stort risktagande i förhållande till sådan skada:

”we must surely agree that if it is wrong to cause a harm intentionally or recklessly, it is also (and not much less) wrong to attempt to cause such harm, or to take an unreasonable risk of causing such harm.”⁴¹

Ett annat ställningstagande skulle enligt Duff innebära att systemet skulle ”speak with a strange moral voice”. För egen del tror jag att det ligger mycket i vad Duff säger, men det måste samtidigt framhållas att han, åtminstone på detta ställe, egentligen inte alls utvecklar varför orsakande av skada och försök att åstadkomma skada bör (mer eller mindre) likställas. I sammanhanget torde bl.a. kunna hänvisas till att det i många sammanhang är en slump huruvida skada uppkommer och att det därför – åtminstone – framstår som tvivelaktigt att låta inträdandet av en viss effekt vara *allena* avgörande för om straffrättsligt ansvar uppkommer eller ej.⁴² Dylika tankar torde ofta ligga bakom argumentation för att straffrätten bör fokusera på ”aktivitet” snarare än på ”prestation”.⁴³

3. Vidare bör framhållas att osjälvständiga förfäلتsdelikt som utgör förstadier till andra delikt naturligtvis kan vara attraktiva med

⁴¹ Duff 1996b s. 134.

⁴² Jareborg 1995a s. 113.

⁴³ Jfr t.ex. Ørsted 1931 (1817) s. 164 f., Ross 1974 s. 15 f., 40 f. och 78 ff. samt Lernerstedt 2003 s. 286 ff.

utgångspunkt i en gärningsmannainriktad straffrätt (eller i en gärningsstraffrätt där visst gärningsmannainriktat tänkande tillåts sippra in). Om straffrätt handlar om att identifiera farliga gärningsmän – och en person genom en oskadlig gärning har visat att hon tillhör denna kategori – finns naturligtvis ingen anledning att vänta på att skada skall uppstå innan ingripande sker.

Det torde rent av kunna hävdas att det bakom argumentation för långtgående kriminaliseringar av osjälvständiga förfäلتsgärningar inte sällan ligger någon form av glidning från skadlighet eller potentiell skadlighet (kopplad till gärningen) till farlighet eller potentiell farlighet (kopplad till gärningsmannen).⁴⁴ Frågan i dessa fall är inte så mycket om att hävda att gärningen på något sätt är farlig utan om att gärningsmannen är farlig (och måste hejdas). Följande utdrag ur en ledare i Svenska Dagbladet – det som kommenteras är Sveriges första rättegång gällande åtal för terroristbrott – kan illustrera det sagda:

”Åtalet är unikt. Inga svenskar har tidigare lagförts för så samhällsfientliga brott, och vore det inte för den inhemska villervallan i eftersvallet av flodvågskatastrofen och ovädet här hemma med stormskövad skog och utslagen elförsörjning, skulle veckans terroristrättegång ha rönt mycket större uppmärksamhet. Det hade den förtjänat. För saken handlar ytterst om vår tids nya hotbilder, som stavas aktivism, fanatism och i värsta fall terrorism. Tack och lov, säger jag, som är en något nervig typ, kunde polisen denna gång ingripa redan på skadegörelsestadiet. Hur farliga de misstänkta personerna i grund och botten är vet bara de själva, men hade de kommit halvvägs i verkställandet av den planerade utslagningen av samhällets funktioner, skulle det ha varit fasansfullt nog.”⁴⁵

I det aktuella fallet innebär naturligtvis den företagna skadegörelsen att vi kan säga att skada faktiskt inträffat, men det är likväl uppenbart att intresset för rättegången inte är betingat av vad som

⁴⁴ Jag tror t.ex. inte alltid att den nutida argumentationen helt har frigjort sig från synpunkter sådana som de som framförs i t.ex. Thyren 1914 s. 67: ”från den moderna straffrättens synpunkt ... [är] den subjektiva sidan i brottet det väsentliga: viljefarligheten är den egentliga rättsgrunden för straffet”.

⁴⁵ SvD 2005-01-16 (Maria Abrahamsson).

gjorts och av de utförda gärningarnas farlighet/skadlighet utan av gärningsmännens eventuella farlighet. Jag vill alltså påstå att exemplet illustrerar hur lätt det smyger sig in en förskjutning eller glidning från en straffprocess inriktad på att bedöma utförda gärningar (eventuellt med beaktande av överskjutande uppsåt) till en straffprocess inriktad på att stoppa en gärningsman som är farlig på ett eller annat sätt.

Exemplet med planerade terroristgärningar som riktar sig mot vitala samhällsfunktioner är emellertid också ägnat att väcka frågor om det inte under vissa förutsättningar kan vara befogat att nyttja straffrätten för syften kopplade snarare till ”gärningsmän” än till ”gärningar”.⁴⁶

⁴⁶ Jfr Denckers analys nedan i avsnitt 5.VI.

4. Legitimitet och legitimationsfrågor

I. FRÅGESTÄLLNINGENS KARAKTÄR

1. Ovan har angivits att syftet med förevarande framställning är att lämna ett bidrag till en teori om i vilken utsträckning användningen av osjälvständiga förfäلتsdelikt kan legitimeras. Det behöver knappast sägas att det i en framställning av detta format är ogörligt att göra annat än att belysa vissa aspekter rörande (de osjälvständiga) förfäلتsdeliktens legitimation. Syftet är med andra ord inte att utveckla någon mer sammanhållen eller slutlig teori härvidlag. Litet längre fram i framställningen (kapitel 6) uppställs visserligen en sorts modell som kan användas vid bedömningen av legitimationsfrågan, men denna måste betraktas som tentativ, bl.a. mot bakgrund av områdets bredd men också med hänsyn till det faktum att de flesta hållpunkterna bygger på förutsättningar vilka får anses ha motiverats otillräckligt.

I detta kapitel kommer jag dels att säga några ord om undersökningens karaktär och betydelse, dels positionera mig vad gäller vissa grundläggande ställningstaganden, dels diskutera vad jag avser med legitimation i straffrättsliga sammanhang (vilket framstår som nödvändigt mot bakgrund av att det är långt ifrån givet vad som avses med legitimation).

2. Med utsagan att ett delikt är legitimt menar jag, vilket utvecklas närmare nedan, att det från etisk (eller moralisk)⁴⁷ synpunkt är godtagbart att införa (eller ha kvar) ett sådant delikt i straffrätten.

⁴⁷ Jag väljer att betrakta termerna som närmast synonyma. Se Jareborg 1992 s. 47.

Framställningen kan, med andra ord, ytterst sägas utgöra ett försök att ge ett bidrag till en teori rörande straffrättens moraliska gränser (inom ett visst begränsat område) eller, om man så vill, till att uppställa hållpunkter för när det är moraliskt berättigat att straffrättsligt ingripa mot förfälskriminalitet. Fråga är med andra ord om en studie i *lagstiftningsetik*.

3. I det ovan sagda ligger att resultatet av analysen (oberoende av om det kan betraktas som "lyckat" eller ej) inte är rättsligt bindande i den meningen att det kan förhindra att t.ex. den svenske lagstiftaren (utan att det kan "beivras") väljer att gå på tvärs med alla eventuella rekommendationer och principer som uppställs i det följande.⁴⁸

Detta (dvs. att det finns visst utrymme för att välja att vara omoralisk) är emellertid inget speciellt för lagstiftningsetiska överväganden i jämförelse med andra etiska överväganden; lika litet som resultatet av en moralfilosofisk framställning om lögn kan förhindra A från att ljuga för B⁴⁹ kan en framställning rörande lagstiftningsetik hindra lagstiftaren från att kriminalisera gärningar i strid med de aktuella lagstiftningsetiska övervägandena.

En analys kan emellertid leda till att argument och hållpunkter (man skulle kunna tala om verktyg) tillhandahålls, vilka gör att legitimationsfrågor kan diskuteras och övervägas på ett bättre sätt än vad som annars skulle ha varit fallet. Vidare kan man säga att en teori om förfälskrimaliseringar bidrar till att definiera lagstiftaren också i den mån denne inte följer teorin; genom sitt beteende (vare sig det är avvikande eller ej) definierar lagstiftaren sig själv i förhållande till teorin.

⁴⁸ Undantag måste naturligtvis göras i den mån rekommendationerna och principerna är så välförankrade att lagstiftarens beteende kan bedömas som olagligt. I övrigt kan framhållas att det sagda inte innebär att jag menar att lagstiftningsetiska övertramp är betydelselösa i ett rättsligt perspektiv eller att jag förnekar att diskussion de lege ferenda i olika avseenden är mer eller mindre "bunden"; det är blott ett uttryck för den trivialpositivistiska och (i vardagsspråklig mening) realistiska insikten att de rekommendationer som ges är sådana att utebliven följsamhet inte innebär rättslig ogiltighet.

⁴⁹ Jag förutsätter här att det är oetiskt att ljuga.

Ambitionen kan med andra ord sägas vara att bidra till legitimationsdiskursen *genom* att utpeka relevanta frågor och problemområden, *genom* att dra vissa tentativa slutsatser och *genom* att framkasta vissa preliminära modeller för analys av legitimationsfrågor.

4. Till undvikande av missförstånd bör kanske redan inledningsvis framhållas att vare sig framställningen eller de rekommendationer som lämnas är rättsordningsspecifika. De är med andra ord inte knutna till ett specifikt rättssystem, låt vara att särskilt argument knutna till konstitutionella texter kan ha delvis olika tyngd inom olika rättsordningar.⁵⁰ Detta hindrar naturligtvis inte att svensk rätt titt som oftast används i exemplifierande syfte och att tillämpningen i det avslutande kapitlet tar sikte på svensk rätt.

II. STRAFFIDEOLOGI OCH LEGITIMATIONSFRÅGOR

1. En studie av legitimationsfrågor inom straffrätten bygger i praktiken alltid på ett antal grundantaganden, vilka inte ifrågasätts inom ramen för undersökningen. Ett viktigt sådant grundantagande är det som rör straffideologiska frågor, dvs. frågor rörande straffrättens och kriminaliseringens syften. Kopplingen mellan dylika frågor och föremålet för denna framställning torde vara ganska uppenbar; synen på straffrättens uppgifter och funktions sätt har helt enkelt väsentliga implikationer för frågan om hur förfältsdelikt kan legitimeras.

Mer generellt kan man uttrycka saken så att synen på frågan *varför* vi kriminaliserar – och ytterst kanske också *varför* vi (överhuvudtaget) har ett straffrättssystem – har betydelse för frågan om

⁵⁰ Det framstår t.ex. – även om en förändring kan skönjas beträffande den svenska situationen – som klart att sådan argumentation som diskuteras i avsnitt 4.V.5 går att ta ett steg längre i Tyskland (där konstitutionen är ett mycket levande instrument) i jämförelse med Sverige (där konstitutionen har relativt liten betydelse på rättstillämpningsnivå). Jfr t.ex. Nuotio 2004 s. 4, och Hassemer 2003 s. 58.

vad som utgör goda skäl för en kriminalisering och för vad som är relevant från legitimationssynpunkt. Samtidigt är det lika uppenbart att enighet om varför vi har ett straffrättssystem och varför vi kriminaliserar är otillräcklig för att skapa enighet i olika typer av legitimations- och kriminaliseringsfrågor.

I den närmast följande framställningen beskriver jag mina utgångspunkter. Det faktum att något upptas som en utgångspunkt hindrar inte att det senare i framställningen diskuteras eller problematiseras.

2. I grunden utgår jag ifrån att man ifråga om förklaringar rörande det straffrättsliga systemets syften osv. måste skilja på olika nivåer inom systemet. En av de första som hyfsade diskussionen kring straffideologier genom att göra dylika uppdelningar var Hart, och grundtanken har senare utvecklats av bl.a. Ross och Jareborg.⁵¹ Enligt min uppfattning är det klart att dylika uppdelningar är fruktbara och möjliggör en mer nyanserad diskussion (vilket dock inte hindrar att man bör vara uppmärksam på huruvida ställningstaganden på en nivå har eller bör ha implikationer för ställningstaganden på en annan nivå).

Inom straffrättssystemet kan man sålunda skilja på nivåerna a) kriminalisering, b) dömande och c) verkställighet av straff.

Härutöver kan man också "kliva ur" straffsystemet och ställa frågor kring straffsystemets (som helhet) syften och berättigande (även om man, såvitt avser svaren, här torde hamna ganska nära de svar som ges på kriminaliseringsnivån).

3. Ytterst kan alltså frågan ställas om varför vi har ett straffrättssystem överhuvudtaget. Frågan kan besvaras så att ett straffrättssystem torde vara nödvändigt för att upprätthålla ett fungerande samhälle. Straffrätten bidrar till att styra människors beteende dels genom att i viss utsträckning undertrycka de gärningar som kriminaliserats, dels genom att i viss utsträckning bidra till att

⁵¹ Se t.ex. Hart 1968 s. 3 ff., Ross 1970 s. 68 f. och Jareborg 1992 s. 135 ff. Se även Nuutila 2000 s. 3 ff. och Frände 2004 s. 20 ff.

undertrycka självhämd, privatjustis osv. (även om detta till inte obetydlig del är detsamma som att undertrycka gärningar som är kriminaliserade).⁵² I viss utsträckning kan man kanske också hänvisa till mer deontologiska synpunkter såsom att "förövandet av otillåtna gärningar bör mötas av en reaktion som innefattar klander",⁵³ men detta svar torde i vart fall inte ensamt kunna motivera existensen av ett straffsystem med en sådan repressionsnivå som är allmän t.ex. i dagens västeuropeiska stater.

Dessa allmänna skäl bakom straffrättssystemet torde emellertid kunna anges endast mot bakgrund av en föreställning om det diskuterade straffrättssystemets utformning (möjligen krävs också någon uppfattning om vad som utgör syftet med åtgärder inom systemet, t.ex. kriminalisering). Man kan uttrycka det så att den diskuterade varför-frågan knappast kan besvaras utan att man ser till hur hur-frågor besvaras med utgångspunkt i hur det ifrågasvarande systemet faktiskt ser ut i verkligheten.⁵⁴ Nästan all nutida diskussion kring straffsystemets syften och berättigande torde utgå från ett straffrättssystem som bygger på kriminalisering (dvs. publicerat sanktionshot) och inom vilket sanktionshotet realiseras endast i fall där någon har överträtt den norm till vilken sanktionshotet är kopplat, dvs. svaret på varför-frågorna ges mot bakgrund av denna utgångspunkt.

4. Om man går vidare ned på nivån för kriminalisering och frågar sig vad som utgör syftet med kriminalisering blir svaren inte helt avvikande från vad som gäller för systemet som helhet. Det torde

⁵² Se och jfr Frände 2004 s. 21 (som menar att svaret på denna övergripande nivå blir trivialt: "straffrättssystemet behövs så länge det inte finns något bättre medel för att garantera ett ordnat samhällsliv") och Jareborg 2001 s. 50 (för en mer komplex bild som emellertid ytterst torde gå att återföra på en grundtanke om prevention).

⁵³ Se Jareborg 2001 s. 50 (jfr även 1992 s. 138).

⁵⁴ Det är viktigt att betona att detta inte innebär att frågor avseende de olika nivåerna måste besvaras på samma sätt; det förhållandet att allmänpreventiva överväganden är centrala på kriminaliseringsnivån innebär givetvis inte att allmänpreventiva överväganden måste vara vägledande på domsnivå.

vara svårt att hävda annat än att kriminalisering i grunden syftar till att avhålla människor från att föröva sådana gärningar som är kriminaliserade, dvs. kriminalisering är i grunden en åtgärd som är förknippad med allmänpreventiva målsättningar.

Som Jareborg har konstaterat sker bestraffning i moderna straffsystem inte på annat sätt än genom ”verkställighet av publicerat hot om straff”. Redan av detta kan sägas följa att huvudsyftet med en kriminalisering är att bidra till att undertrycka det beteende som kriminaliseringen riktar sig mot. Kriminalisering är en åtgärd som ytterst syftar till allmänprevention⁵⁵ (t.ex. genom allmän avskräckning i kombination med moral- och vanebildning⁵⁶). Man kan säga att Jareborg här (på sätt som diskuterats i föregående punkt) drar slutsatser om varför-frågan genom att studera hur-frågan.

Det torde visserligen, på ett rent teoretiskt plan, inte vara omöjligt att föreställa sig ett system där kriminaliseringen har andra syften än allmänprevention (t.ex. att utgöra ett urvalsinstrument i syfte att finna kandidater till militärtjänstgöring hos härskaren) och där det publicerade hotet om ingripande bara syftar till att göra systemet någorlunda rättfärdigt. Tänkbart är också att det publicerade hotet om ingripande skall utgöra grund för en individuell bedömning av gärningsmannens omdöme och förmåga att handla rationellt osv. Dylka möjligheter betraktar jag emellertid endast som just teoretiska.

Om man godtar det sagda kommer frågan om skäl för kriminalisering ytterst att kopplas till frågan om vilka gärningar det är

⁵⁵ Se Jareborg 2001 s. 45 ff. som bl.a. (s. 48) talar om att modern straffrätt förutsätter kriminalisering och att den därmed är ”oupplösligt förenad med en allmänpreventiv motivering”.

⁵⁶ Se Andenæs 1990 s. 25 f. Jfr också Jareborg 2001 s. 47 som inte vill uppställa moral- och vanebildning ”som ett med allmän avskräckning sidoställt syfte”. För egen del menar jag att det är näraliggande att säga att syftet är prevention och att det sedan är besvärligt att på något sätt söka särskilja de mekanismer som leder till de önskade effekterna (man gör x och det leder till y på grund av z, å, ä och ö, men det finns ingen anledning att ”välja” mellan z, å, ä och ö). Se även Jareborg 1980 s. 37 rörande frågan att lagstiftaren (= deltagande politiker) kan syfta till andra saker än att undertrycka beteende.

angeläget att avhålla medborgarna från att föröva (eller annorlunda uttryckt: till frågan om vilka intressen som bör skyddas genom en kriminalisering). En rationell kriminaliseringslära kommer med stöd av det sagda att ta sin utgångspunkt i frågan: vilka gärningar innebär eller riskerar att innebära skada på skyddsvärda intressen?

5. Härfter kan man sedan gå vidare ned till domsnivå och verkställighetsnivå. För denna boks syften är det emellertid inte nödvändigt att gå in närmare på dessa frågor.

Det kan dock noteras att det faktum att hur-frågor på domsnivå besvaras på visst sätt i ett visst system kan få betydelse för frågor på kriminaliseringsnivå (och därmed också för vad som kan utgöra skäl för kriminalisering). Om man t.ex., såsom i Sverige, bygger påföljdsbestämningen på ett förtjänst- eller proportionalitetstänkande, kan hävdas att de rättvisetankar som gör sig gällande på domsnivå i någon utsträckning smittar av sig på kriminaliseringsnivå. Sålunda skulle kunna hävdas att det rättvisetänkande som gör sig gällande på domsnivå (lika förkastliga gärningar skall mötas av lika stränga straff) kan förfelas om motsvarande orättvisor uppstår på ett systemtranscendent plan, dvs. vid en jämförelse mellan gärningstyper som är respektive inte är kriminaliserade. Här kan t.ex. jämföras med:

- a) förekommande diskussioner om att straffsystemet är orättfärdigt därför att det är inriktat på viss typ av brottslighet (blue collar crime) och inte på annat lika skadligt beteende (white collar crime),
- b) diskussioner som tar sin utgångspunkt i två konkreta gärningar där den ena är kriminaliserad och den andra inte (t.ex. en jämförelse mellan att å ena sidan promenera på gatan istället för på trottoaren, vilket i Sverige är straffbelagt enligt 7 kap. 1 § och 14 kap. 9 § trafikförordningen, och att å andra sidan underlåta att hjälpa en treåring som slagit sig och hamnat med ansiktet nedåt i en vattenpöl), eller
- c) diskussioner om att ett visst betygssystem är orättvist, inte så mycket i ett internt perspektiv utan därför att det inte mäter (och därmed inte belönar) vissa viktiga typer av färdigheter.

Samtidigt, och omvänt, kan sägas att man vid besvarande av hur-frågor på domsnivå delvis bygger på hur systemet ser ut på krimi-

naliseringsnivå (förekomsten av straffskalor som är differentierade utifrån brottens svårhet är t.ex. ett faktum som talar för att hurfrågor på domsnivå bör besvaras på visst sätt).

6. Även om jag i detta sammanhang närmast tar det som en utgångspunkt att straffrättens ”general justifying aim”⁵⁷ kan uttryckas med begreppet allmänprevention, kan det närmast i illustrerande syfte vara av värde att kort se på hur frågan om straffrättens syfte påverkar frågan om vad som utgör skäl för kriminalisering.

Vi kan börja med att anta att vi befinner oss inom ramen för ett straffrättssystem som ytterst motiveras med någon form av absolut lära, dvs. där systemets existens och kriminaliseringar inom ramen för systemet motiveras utifrån ett behov av att vedergälla (etc.). Här blir frågan om vad som utgör skäl för en kriminalisering ytterst en fråga om vilka gärningar som skapar ett behov av vedergällning. Om man straffar *för att* det har syndats blir det, med andra ord, centralt att avgöra vad som är syndigt. Denna fråga är i sin tur direkt beroende av vilken typ av etik man ansluter sig till. Förutsatt att man ansluter sig till en utpräglad sinnelagsetisk ståndpunkt (enligt vilken också onda tankar är syndiga) kan man motivera bestraffning av tankar osv. (Kriminalisering är inte ett självklart inslag i ett tänkt straffrättssystem enligt denna modell, men kan motiveras utifrån den enskildes möjligheter att förutse vad han eller hon kommer att drabbas av.)

Om vi istället utgår ifrån ett straffrättssystem som vilar på individualpreventiv grund med inriktning mot rehabilitering, dvs. ett straffrättssystem som ytterst motiveras av intresset att vårda behövande individer,⁵⁸ torde frågan om skäl för kriminalisering behöva kopplas till frågan om vilka gärningar som skapar ett behov, eller

⁵⁷ Se Hart 1968 s. 8 ff.

⁵⁸ Det behöver knappast motiveras närmare att ett dylikt synsätt ter sig mycket märkligt. Individualpreventiva tankegångar torde – åtminstone med utgångspunkt i hur nutida straffsystem är utformade (hur-frågan besvarad utifrån verkligheten har betydelse för varför-frågan) – i princip kunna sägas vara otjänliga som svar på varför-frågor om vi befinner oss på nivån för systemlegitimation eller kriminalisering (men de kan möjligen vara relevanta på påföljdsbestämningsnivå och sannolikt relevanta på verkställighetsnivå). Se t.ex. von Hirsch & Jareborg 1987 s. 319.

utgör symptom på ett behov, av rehabilitering. Denna fråga är sedan i sin tur beroende av hur man ser på begrepp som "sjukdom", "onormalt" osv. (Kriminalisering är inte ett självklart inslag heller i denna typ av straffrätt; tvärtom skulle kunna hävdas att kriminalisering utgör ett udda inslag i ett dylikt straffsystem.)

III. BROTTSIDEOLOGI OCH LEGITIMATIONSFRÅGOR

1. Straffideologier har att göra med straffets syften och berättigande. Brottsideologier tar istället sikte på frågan om vad det är som gör att ett brott är förkastligt och har diskuterats i betydligt mer begränsad utsträckning än frågan om straffideologier.⁵⁹ Vad gäller brottsideologier förser oss Jareborg med tre grundläggande arketypiska ideologier:

1. den primitiva brottsideologin (enligt vilken det förkastliga med ett brott, oberoende av den ursprungliga motiveringen av dess existens, är *olydnad mot en individ i maktposition*),
2. den kollektivistiska brottsideologin (enligt vilken det förkastliga med ett brott, oberoende av den ursprungliga motiveringen av brottets existens, är *likgiltighet eller avståndstagande från lagens auktoritet*), samt
3. den radikala brottsideologin (enligt vilken det förkastliga med ett brott endast är det som gör beteendet värt att kriminalisera).⁶⁰

Jareborg pekar vidare på vissa "konsekvenser av att en viss brottsideologi dominerar straffrättsligt tänkande". Av särskilt intresse för denna framställning är att han uttryckligen drar slutsatser om kriminaliseringstekniker gällande förfälsdelikt:

"En brottsideologi kan också ha betydelse för den lagstiftningsteknik som föredras när man kriminaliserar gärningar som inte innefattar orsakande av skada. Bäst förenligt med den primitiva uppfattningen är att kriminalisera *försök*, företrädesvis i en 'subjektiv' version (utan

⁵⁹ I sammanhanget kan hänvisas till Jareborg 1992 s. 95 ff. (jfr Jareborg 2002 s. 72 ff.), Duff 2002 och Zila 2002.

⁶⁰ Jareborg 1992 s. 97 ff.

undantag för försök som är dömda att misslyckas) eftersom gärningsmannens viljeinriktning är avgörande ...

Den radikala uppfattningen är bäst förenlig med kriminalisering av *framkallande av fara eller risk*. Av traditionella eller praktiska skäl kan visst utrymme ges åt kriminalisering av försök, men då i en uttalat 'objektiv' version.

På motsvarande sätt är kriminalisering av *stämpling* väl förenlig med den primitiva uppfattningen, och kriminalisering av *farlig förberedelse* med den radikala uppfattningen.

Den kollektivistiska uppfattningen synes inte ge någon direkt ledning i hithörande avseenden, och är således förenlig med rättsläget i de flesta länder: en principlös blandning av olika typer av lagstiftnings-teknik och, i bästa fall, en mer eller mindre godtycklig kompromiss mellan 'objektiva' och 'subjektiva' teorier – den omfattning i vilken otjänliga försök är kriminaliserade är häpnadsväckande.”⁶¹

Jareborg menar alltså att den brottsideologi som dominerar i viss utsträckning kan styra valet av *lagstifningsteknik* när det gäller förfälsdelikt. Enligt den primitiva brottsideologin är det näraliggande att utforma delikt på så vis att det utvisar en viss attityd eller inställning – uppsåt i någon form bör krävas, men inte nödvändigtvis respekt för täckningsprincipen⁶² – på samma sätt som det är mindre näraliggande att kriminalisera blott oaktsamt beteende (här utvisas ingen direkt attityd).⁶³

2. En annan sak är att Jareborg särskilt påpekar att framställningen om brottsideologier överhuvudtaget inte handlar om skäl för kriminalisering; han har:

”genomgående förutsatt att det finns goda skäl för att kriminalisera det som betecknas som brottsligt, och att dessa skäl främst har att göra med beteendets skadlighet eller farlighet. Oberoende av brottsideologi (primitiv, kollektivistisk, eller radikal) är huvudskälet för att kriminalisera misshandel eller stöld att ett brottsoffer tillfogas skada.”⁶⁴

⁶¹ Jareborg 1992 s. 114 f.

⁶² Någon form av ”ond” viljeriktning torde förutsättas, men förutsatt att en sådan föreligger torde det enligt den primitiva brottsideologin inte finnas något hinder mot att bygga på objektiva överskott (t.ex. om det föreligger uppsåt att skada, men inte ens oaktsamhet i förhållande till död).

⁶³ Jareborg 1992 s. 106 f.

⁶⁴ Jareborg 1992 s. 100 f.

3. Frågan uppstår därför hur frågan om valet av lagstiftningsteknik förhåller sig till frågan om skäl för kriminalisering. Är dessa två frågor verkligen helt separata från varandra? Kan man t.ex. säga att en brottsideologi är neutral vad gäller skäl för kriminalisering samtidigt som man säger att en viss ideologi naturligen innebär att otjänliga försök bör bestraffas?

4. För egen del skulle jag vilja utveckla frågeställningen på följande sätt. De olika brottsideologierna bör i grunden och på ett teoretiskt plan (och även om de kan påverka vilken kriminaliseringsteknik som väljs) ses som neutrala i förhållande till frågan om legitim kriminalisering. De är i princip förenliga med vilken kriminaliseringslära som helst. Oberoende av vilka skäl som man lägger till grund för kriminalisering gäller enligt den radikala brottsideologin att brottets förkastlighet skall sökas i just dessa skäl (i skadan, kränkningen etc. oavsett hur denna sedan konstrueras). Och oberoende av vilka skäl som läggs till grund för kriminalisering enligt den primitiva och kollektivistiska brottsideologin gäller att brottets förkastlighet ytterst bottnar i den olydnad eller attityd som gärningsmannen uppvisar.

5. Samtidigt har jag svårt att se att man kan vara utan de reservationer ("i grunden", "i princip") som har gjorts i det föregående, bl.a. eftersom frågan om lagstiftningsteknik i viss utsträckning har betydelse för frågan om vad som utgör legitim kriminalisering.

För det första torde det inte vara att gå för långt att säga att valet av brottsideologisk utgångspunkt, åtminstone till en del, hänger samman med synen på relationen mellan stat och individ, vilken har implikationer för hur man ser på kriminaliseringsfrågor, och att man därför torde kunna se att en viss brottsideologi ofta är kopplad till vissa utgångspunkter avseende kriminaliseringsfrågor. Exempelvis torde det med utgångspunkt i en primitiv brottsideologi vara naturligt att prioritera brott mot staten högt i jämförelse med brott som enbart drabbar en enskild osv. En okvalificerad gissning är också att det rent historiskt torde gå att påvisa en sådan korrelation mellan viss brottsideologi och vissa utgångspunkter avseende kriminaliseringsfrågor. Den primitiva brottsideologin

kan väl t.ex. sägas ha varit förhärskande i tider som karaktäriseras av enväldiga men ständigt hotade härskare, av konspirationer mot denne osv.

När Jareborg talar om att det i fråga om kriminalisering av förfäلتsgärningar är bäst förenligt med den primitiva uppfattningen att kriminalisera försök i en subjektiv variant och utan undantag för försök som är dömda att misslyckas förutsätter han, såvitt jag kan förstå, att en dylik korrelation mellan ideologi och utgångspunkter föreligger. Det är nämligen principiellt möjligt att tänka sig ett straffsystem som behärskas av en primitiv brottsideologi samtidigt som grundsynen ifråga om legitim kriminalisering gör att det är uteslutet att kriminalisera otjänliga försök (för att det skall finnas behov av styrning och vara legitimt att kriminalisera något förutsätts skada, men när man har sökt styra medborgarnas beteende och de inte lyder, ligger det förkastliga också, eller t.o.m. i huvudsak, i olydnaden).

På ett motsvarande sätt torde kunna sägas att brottsideologiska utgångspunkter kan ha viss betydelse för vad man är beredd att uppfatta som skada (vilket i sin tur har betydelse för legitimationsfrågan).

För det andra har frågan om brottsideologi betydelse för legitimationen såtillvida att den primitiva och den kollektivistiska brottsideologin, genom att själva normöverträdelserna tillmäts stor betydelse, i viss utsträckning öppnar för "självrättfärdigande", åtminstone vad gäller att legitimera bestraffning i ett enskilt fall.

Det sagda kan uttryckas så att ju mer man betonar att skada och kränkning (i motsats till olydnad och attityd) är de centrala förkastlighetselementen, desto "mer" fordras för att man inte skall bry sig om att göra skillnad med hänsyn till faktorer som närhet/avstånd. Exempelvis torde det med utgångspunkt i en radikal brottsideologi krävas en entydig sinnelagsetisk utgångspunkt för att man skall kunna bortse från avståndsfrågan och likställa osjälvständiga förfäلتsdelikt och fullbordade brott. Om man utgår ifrån att förkastligheten ytterst bottnar i skada och kränkning måste man s.a.s. finna en relevant koppling till dessa element för att närhets-/avståndsdimensionen inte skall få betydelse (och den rele-

vanta kopplingen finner man inte med en renodlad handlingsetisk utgångspunkt). Så är inte nödvändigtvis fallet om man tar sin utgångspunkt i en primitiv eller kollektivistisk brottsideologi eftersom man här – åtminstone när det gäller att utdöma straff i ett enskilt fall – har en annan faktor att falla tillbaka på, nämligen attityden (den visade olydnaden eller likgiltigheten inför normordningen). På domsnivå (dvs. när det gäller utdömande av straff) innebär alltså en primitiv eller kollektivistisk brottsideologi att man automatiskt förses med viss legitimation: om det inte finns något annat fel med överträdelsen innebär den i vart fall visad olydnad eller likgiltighet.

Som antytts torde emellertid denna självrefererande legitimation egentligen bara vara av värde på domsnivå (dvs. olydnaden etc. kan bidra till att legitimera bestraffning i ett enskilt fall). Det är emellertid svårt att se att olydnaden kan bidra till att legitimera uppställandet av en viss förbudsregel (med tillhörande sanktionshot) eftersom man då hamnar i en situation där vad som helst kan legitimeras (om det alltid är fel att visa olydnad etc. kan alla typer av förbudsregler motiveras).

6. Tilläggas bör slutligen att betydelsen av valet av brottsideologi för legitimationsfrågor också begränsas av att många andra överväganden har stor betydelse och s.a.s. kan genombryta uppdelningen i brottsideologier. Detta illustreras tydligt i Jareborgs framställning: samtidigt som "valet" (något egentligt val är det knappast) av brottsideologi har viss betydelse för vad som är en naturlig lagstiftningsteknik och ofta torde korrelera med vissa utgångspunkter avseende kriminaliseringsfrågor, framhåller Jareborg särskilt att de komplicerade frågorna rörande t.ex. straffbarheten av otjänliga försök och bestraffning av försök inte kan ges ett godtagbart svar enbart genom att relatera frågorna till de tre typfallen av brottsideologier.⁶⁵

Detta kan återföras på det förhållandet att alldeles oberoende av vad vi menar gör ett brott förkastligt (skada, attityd etc.), så är ändå väldigt mycket beroende av vilken etisk utgångspunkt vi har

⁶⁵ Jareborg 1992 s. 115.

när vi bedömer förkastligheten hos en gärning eller en gärningstyp: är utgångspunkten handlingsetisk (med fokus på vad gärningsmannen faktiskt har gjort) eller sinnelagsetisk (med fokus på vad gärningsmannen velat göra)?

Om vi, i linje med den radikala brottsideologin, utgår ifrån att det som gör ett visst brott förkastligt är den skada eller kränkning som drabbar en viss person, innebär detta i kombination med en sinnelagsetisk utgångspunkt att vi när vi bedömer skadan eller kränkningen skall utgå ifrån vad gärningsmannen velat (snarare än vad han gjort). Därmed skjuts gärningsmannens inställning i förgrunden på ett sådant sätt att vi i praktiken hamnar mycket nära de resultat man skulle nå med den primitiva uppfattningen:

”Om den primära grunden för bedömningen av en kränkning av en person är vad gärningsmannen ville och trodde, inte vad han faktiskt åstadkom, finns inget skäl att i straffvärdehänseende skilja mellan försök och fullbordat brott, trots att man anser att det förkastliga hos brottet ligger i att det är inriktat på en viss typ av skada, och inte i att det ger prov på olydnad mot härskaren eller likgiltighet i förhållande till rättsordningen.”⁶⁶

Vi får anledning att återkomma till distinktionen mellan sinnelagsetik och handlingsetik nedan i kapitel 6.

IV. BEHOVET AV LEGITIMATION INOM STRAFFRÄTTEN

1. Man kan på ett allmänt plan fråga sig om en viss regel eller ett visst förbud är möjligt att legitimera. Är det t.ex. legitimt att hindra medborgarna i ett land från att dricka alkohol därför att en minoritet kommer att ta skada av excessivt alkoholdrickande? Är det legitimt att staten motverkar publicering av bilder på nakna människor av det skälet att en del av befolkningen upprörs av dem? Dylika frågor kan naturligtvis ställas också när det gäller *förhållningsreglerna* i straffrättsliga normer. Vad gäller straffrätt kan

⁶⁶ Jareborg 1992 s. 115.

särskilt framhållas att all straffrätt har ett frihetsinskränkande element (genom att visst beteende förbjuds), vilket innebär att ett ständigt motstående intresse är medborgarnas legitima intresse i att deras handlingsfrihet inte skall beskäras mer än nödvändigt.

Straffrättsliga legitimationsfrågor får emellertid en extra dimension därigenom att de kan sägas ta sin utgångspunkt i att bestraffning innebär att någon med en viss auktoritativ ställning medvetet tillfogar en annan individ lidande eller obehag (utan att detta lidande korresponderar med någon motsvarande vinst för någon annan; jfr skadeståndsrättens reparation).⁶⁷ Om man nöjer sig med denna beskrivning står bestraffning i strid med en av de allra mest grundläggande moraliska principerna, nämligen att man bör undvika att göra andra människor illa. Användande av straffrätten (genom kriminalisering och därmed sammankopplad bestraffning i enskilda fall) förutsätter därför att vi kan frambringa någon sorts legitimation inte bara för den givna förhållningsregeln utan också för själva bestraffningen. Jareborg respektive Husak har uttryckt detta på följande vis:

”Kriminalisering förutsätter, att man anser sig ha tillräckliga skäl för att bryta mot den etiska principen att man inte bör tillfoga andra lidande (det är ju orealistiskt att räkna med att straffhotet skall vara så effektivt att det aldrig behöver förverkligas).”⁶⁸

”Before legislators enact a criminal law, they had better be confident that the state would be justified in punishing persons who violate it. In other words, the state should not create crimes that will subject offenders to punishment unless it has good reason to believe that the punishment to which such persons will become subject would be justified.”⁶⁹

⁶⁷ Se allmänt t.ex. Hart 1968 s. 4 ff., Ross 1970 s. 59 ff., Jareborg & Zila 2000 s. 15, Greve 2002 s. 13 ff. och Frände 2004 s. 19 ff.

⁶⁸ Jareborg 1994 s. 325 f. och 2001 s. 48.

⁶⁹ Husak 2002 s. 351. Se även Husak 1995 s. 155. Jfr Simester & Smith 1996 s. 4 som menar att ”[t]he proper conditions of punishment are not quite the same as the proper conditions of criminalization”, men de använder då punishment i en bredare mening (som inkluderar t.ex. punitive damages).

Av citaten följer att det finns ett nära samband mellan legitimationsfrågor på kriminaliseringsnivå och legitimationsfrågor avseende bestraffning i enskilda fall. Noga taget är legitimationsbehovet kanske allra mest akut när det gäller bestraffning av en individ i ett enskilt fall (att legitimera ett hot kan vara något helt annat än att legitimera verkställighet av hotet),⁷⁰ men eftersom det förutsätts att de regler som införs vid en kriminalisering också skall ha avgörande betydelse för huruvida bestraffning skall ske eller ej gör sig samma frågor gällande också på kriminaliseringsnivå. Dessutom kan naturligtvis sägas att en kriminalisering, alldeles oavsett eventuell bestraffning, alltid utgör en inskränkning av den enskildes frihet att välja vad han eller hon vill göra, vilket i sig måste legitimeras.

I anslutning härtill finns också anledning att peka på Jareborgs betoning av "tillräckliga skäl". I grunden handlar legitimationsfrågan om att anföra skäl som kan bedömas som tillräckliga för att en kriminalisering skall vara godtagbar från moralisk synpunkt. I denna process blir såväl skäl som talar för kriminalisering som skäl som talar emot kriminalisering av relevans. Det handlar om en avvägning som måste göras även om någon enkel formel för att bedöma argumentens vikt naturligtvis inte kan ges.

2. När legitimationsfrågor diskuteras inom straffrätten fokuseras ofta på relationen mellan konsekventialistiska och icke-konsekventialistiska hänsyn. För egen del – och jag menar att ett dylikt synsätt är väl förenligt med hur straffrätten hanteras i Sverige och i andra västeuropeiska stater – vill jag, som ovan framgått, ansluta mig till den uppfattning enligt vilken det ytterst är *allmänpreventiva (konsekventialistiska) hänsyn* som motiverar existensen av ett straffsystem. Detta hindrar emellertid inte att *icke-konsekventialistiska* hänsyn sätter begränsningar avseende de sätt på vilka de all-

⁷⁰ Det är t.ex. möjligt att man i vissa fall kan legitimera användningen av ett hot som avser åtgärder som den hotande aldrig, dvs. inte under några omständigheter, kan tänka sig att verkställa (men detta har knappast relevans vad gäller kriminalisering).

mänpreventiva hänsynen får främjas. Det sagda kan förtydligas genom en liten utvikning.

Ibland omtalas, som ett problem med att anförä allmänpreventionen som straffrättens övergripande syfte, att det medför att straffrätten drabbas av kantianska invändningar om att människor inte bör behandlas endast som medel utan som mål i sig. Poängen skulle alltså vara att vi, när vi bestraffar inom ramen för ett system som motiveras allmänpreventivt, "eldar med människor".⁷¹

Det svar straffrätten rimligen kan ge på dylika invändningar är naturligtvis att peka på att straffrätten riktar sig mot ansvariga individer som ställs till svars för sina gärningar och att allmänpreventionen inte kommer in annat än som ett övergripande mål för ett system som är uppbyggt enligt någon sorts vedergällnings- eller förtjänstprincip (bestraffning bygger på vad gärningsmannen har gjort). Huruvida hänvisningen till att straffrätten riktar sig mot ansvariga individer och gärningar som de har utfört är tillräcklig för att den kantianska kritiken fullt ut skall kunna avfärdas torde det emellertid råda delade meningar om, bl.a. av det skälet att det är oklart vilka krav som följer av Kants maxim.⁷² Den allra vanligaste invändningen mot att uppställa allmänpreventionen som överordnat syfte för straffrätten – att ett sådant straffsystem borde sanktionera bestraffning också av oskyldiga individer (förutsatt att sådan bestraffning har allmänpreventiva effekter) – drabbbar i vart fall inte ett system uppbyggt på detta sätt.

För egen del är jag beredd att acceptera straffrättens svar fullt ut, inte minst av det skälet att hänvisningen till allmänpreventionen närmast kan ses som ett *tilläggskrav* vad gäller systemets legitimation.⁷³ I hänvisningen till allmänpreventionen som ett yttersta syfte ligger, som jag ser det, inte mer än en utgångspunkt av inne-

⁷¹ Se angående Kant och hans argument i hithörande hänseenden t.ex. Cairns 1949 s. 452 f., Duff 1996a s. 9 f., Andenæs 1990 s. 92 ff. och Jacobsen 2004 s. 34 f.

⁷² Duff 1996a s. 10.

⁷³ Se och jfr Hart 1968 s. 244: "In the case of punishment, the right in question is the right of men to be left free and not punished for the good of others, unless they have broken the law when they had the capacity and a fair opportunity to conform to its requirements."

börd att det (i vart fall) är icke-legitimt att ägna sig åt att tillfoga andra människor lidande om det inte har några positiva effekter, dvs. hänvisningen innebär inte annat än ett avvisande av tanken att det kan vara legitimt att tillfoga människor lidande enbart av retributiva skäl.⁷⁴ Jag godtar alltså inte kantianska tankar om att vedergällning måste verkställas i alla situationer.

Om vi återvänder till Kants maxim antyddes ovan att det är klart att medveten bestraffning av oskyldiga i syfte att uppnå preventiva effekter är oförenlig med maximen. Låt oss fortsätta något på detta spår och ställa det mot de ovan utvecklade tankarna. Utgångspunkten är då att det inte är något större problem att inom ramen för ett straffsystem som ytterst bygger på allmänpreventiva hänsyn bestraffa "skyldiga och ansvariga" individer. Däremot är det problematiskt att medvetet bestraffa den som är oskyldig.

3. När vi kommit så långt vill jag, delvis i linje med vad jag tidigare har skrivit, hävda att vi bör kunna flytta kraven från det formella till det materiella. I sammanhanget kan hänvisas till några rader rörande straffbegreppets koppling till skuldbegreppet:

"Det bör nu noteras att när dessa filosofer talar om att straff förutsätter skuld, så används ordet skuld, såvitt kan förstås, närmast i den meningen att det motsvarar 'skyldig till det som regeln stadgar'. Särskilt tydligt är detta hos Baier. Alltså om det för utdömande av straff stadgas vissa rekvisit och dessa rekvisit uppfylls (eller på grundval av en process förmodas uppfyllas) av en viss person så är denna person skyldig i den mening som avses.

Det som jag vill hävda är nu att denna begreppsliga sammankoppling mellan straff och skuld kan tas ett steg längre. Vad jag menar är att den ovan refererade diskussionen måste kunna överföras också till innehållet i de relevanta rekvisiten. Dvs. för att definitionen av straff som en åtgärd som förutsätter skuld skall bli rimlig räcker inte att skuld likställs med skyldig i ovan angiven mening; det krävs också att rekvisiten är av sådan karaktär att det är rimligt att hålla den 'skyldige' ansvarig för det som inträffat."⁷⁵

⁷⁴ Se även Greve 1995 s. 182 f.

⁷⁵ Asp 1998 s. 385.

Samma argumentationslinje torde i princip kunna följas också när vi diskuterar legitimationsfrågor. Om vi är eniga om att bestraffning av den oskyldige utgör ett problem finns anledning att fråga sig om problemet blir mindre enbart på den grunden att den bestraffade formellt har gjort sig skyldig till något som en viss regel kräver. Återigen kan göras bruk av ett citat ur en äldre text:

”Tanken kan illustreras med ett exempel. Ponera att det funnes en regel som säger att den som är född på samma dag som en rånare skall dömas till fängelse i lägst ett och högst tio år. Den som har födelsedagen gemensam med en rånare är att betrakta som skyldig i den mening som angivits ovan. Ändå är det otillfredsställande att tala om att personen straffas *för något* (vilket var en av poängerna med att begreppsligt sammankoppla straff och skuld).”⁷⁶

På motsvarande sätt torde kunna sägas dels att en av poängerna med att uppställa icke-konsekventialistiska begränsningar av bestraffningsrätten är att säkerställa att bestraffning i enskilda fall grundas på förtjänst (och inte på förväntad påverkan på andra), dels att det blir missvisande att tala om förtjänst om man inte uppställer några som helst krav på innehållet i reglerna. När vi talar om att vi bestraffar endast ”skyldiga” individer eller individer som förtjänat straff måste begreppet ”skyldig” (och förtjänst) ges materiell substans; annars riskerar vi att åter befinna oss i en situation då vi ”eldar med människor”. Man kan uttrycka det så att ett krav bör vara att vi ger straffrätten en sådan utformning att svaret inte bara innebär en formellt bemötande av en materiell invändning; straffrättsliga normer därutöver måste legitimeras.

”None of the other normative concerns on which legal philosophers have tended to focus could hope to compensate for the injustice that inevitably occurs when a state punishes conduct that should not have been criminalized in the first place.”⁷⁷

⁷⁶ Asp 1998 s. 385.

⁷⁷ Husak 2002 s. 346. Se även Husak 1995 s. 153: ”What is the point of requiring proof of guilt beyond a reasonable doubt if the state has almost unlimited authority to criminalize any kind of conduct in the first place.”

V. LEGITIMATION OCH KRIMINALISERING

1. I detta avsnitt är det så dags att närmare förklara vad jag avser med legitimation. Som jag nämnt helt kort ovan avses härmed att det från etisk synpunkt är godtagbart att införa (eller ha kvar) ett delikt i det straffrättsliga systemet. I sammanhanget tar jag det samtidigt för givet att man kan vara etiskt berättigad att göra x utan att vare sig (i) vara etiskt förpliktad att göra x eller (ii) ha goda skäl att göra x. Detta sagda innebär att legitimationsfrågan *inte* är identisk med frågan om huruvida kriminalisering bör ske. Enkelt uttryckt kan legitimitetsfrågan sägas gälla huruvida lagstiftaren *har rätt att* (får) kriminalisera, medan kriminaliseringsfrågan kan sägas gälla huruvida lagstiftaren *har goda skäl att* (bör) kriminalisera – och de skäl som är relevanta i det första ledet (får) utgör bara en delmängd av de som är relevanta i det andra ledet (bör).

Exempel på skäl som knappast är relevanta för legitimitetsfrågan, men som kan vara centrala för kriminaliseringsfrågan kan vara att det kan ifrågasättas om preventionsbehovet är så stort att lagstiftaren bör gripa in med straffrättsliga medel (jfr p. 4 strax nedan), att det är oklart om rättsväsendets resurser kommer att vara tillräckliga för effektiv lagföring, att ett tillstånd av överkriminalisering kan riskera att leda till minskad respekt för lagarna osv.

I syfte att närmare utveckla vad jag avser med legitimitet har jag – vilket motiveras närmare strax nedan – valt att ta min utgångspunkt i att *straffvärde* är det grundläggande element som kan utgöra skäl för kriminalisering. Utifrån denna utgångspunkt kan man sedan se legitimitetsbegreppet som ett "defeasible concept";⁷⁸ detta innebär kort sagt att straffvärde i grunden är ett skäl för kriminalisering, men att det finns vissa skäl som bryter kopplingen mellan straffvärde och legitim kriminalisering. Saken kan förtydligas enligt följande: om en gärning är straffvärd, är det legitimt att kriminalisera den såvida inte a, b eller c föreligger. Modellen kan också användas för bedömning av frågan om en viss gärningstyp

⁷⁸ Hart 1951 s. 146 ff.

också *bör* kriminaliseras, men då tillkommer dels ytterligare krav i straffvärdeledet (straffvärde som är tillräckligt för att det skall vara legitimt att kriminalisera är inte nödvändigtvis tillräckligt för att man också skall ha goda skäl att kriminalisera), dels ytterligare motskäl i andra ledet.

2. Utgångspunkten är enligt min uppfattning alltså straffvärde. Straffvärde kan sägas vara en term för att beskriva hur starka *skäl för kriminalisering* som föreligger. Det här kan naturligtvis kopplas till den diskussion om förtjänst som förts ovan.

För att bestraffning skall vara förtjänt fordras att åtminstone två krav är uppfyllda (och dessa kan sägas sammanfattas i straffvärdebegreppets båda sidor, dvs. skada och skuld).⁷⁹

För det första fordras att vi kan motivera varför det bör vara otillåtet att göra på visst sätt, förklara vad som är fel med ett visst handlingssätt, motivera varför handlingssättet på ett abstrakt plan bör vara kriminaliserat. Vi måste kunna uppbringa skäl som gör att vi kan tala om bestraffning som förtjänt (och som kan bidra till att väga upp det faktum att vi genom straffet avsiktligt tillfogar en människa lidande eller obehag). Här är givet att det finns stort utrymme för olika uppfattningar, men ett absolut minimikrav som kan uppställas är att åtminstone lagstiftaren bör kunna förklara vad som är ”fel” med gärningen.

Det uppställda kravet är också trubbigt på annat sätt, nämligen såtillvida att det ofta torde vara relativt lätt att motivera att ett visst beteende är ”fel” i någon mening och därför är sådant att det kan kriminaliseras (åtminstone såsom ett bötesbrott). En jämförelse med vad som är kriminaliserat idag ger – låt vara att en ”transcendent” teori om legitimationsfrågor inte är bunden av ”varat” – vid handen att det inte kan krävas särskilt mycket av straffvärde för att en kriminalisering skall gå att motivera. Den

⁷⁹ Se här Husak 1995 s. 155 och Jareborg 2003 s. 98, som bland sina tre kriminaliseringsprinciper uppställer *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”.

nedre gränsen för att överhuvudtaget legitimera bestraffning ligger m.a.o. inte särskilt högt.

Här kan legitimationsfrågan tas vidare genom att gärningen sätts *i relation* till rubriceringen och till bestraffningen, dvs. vi kan föra frågan vidare så att den kommer att gälla begränsningar som har att göra med bl.a. straffbestämningen. När vi rör oss på bestraffningsnivån kan det bl.a. vara möjligt att argumentera begränsande utifrån proportionalitetstankar och humanitet. På detta sätt kan sägas att frågan om legitim kriminalisering har en *relativ dimension* som inte sällan förbises i kriminaliseringsteoretisk diskussion; inte sällan tycks man (litet fåfängt, kan tyckas) söka efter de absoluta gränser för legitim bestraffning.

För det andra fordras att den individ som bestraffas i någon mening kan sägas vara ansvarig för det som bestraffningen grundar sig på. Utan vissa principer om ansvarstillskrivande kan bestraffning åter karaktäriseras som en verksamhet som innebär att man "eldar med människor".⁸⁰ Dylika begränsningar kan röra relationen mellan gärningsman och gärning (inklusive följder) och syfta till att säkerställa att en person som överträder en bestämmelse kan göras ansvarig för överträdelsen, för följder som ingår i definitionen av överträdelsen (t.ex. begränsningar som har att göra med relevant orsakande eller gärningsmannens skuld i straffrättslig mening), men de kan också röra relationen mellan överträdelsen och bestämmelsens övergripande syfte. Vi kan vara eniga om vissa faror och skador och att de kan motivera kriminalisering, men vara oeniga om vem som bör kunna göras ansvarig för skadan. Istället för en bedömning av relationen mellan gärningsman och gärning kan vi alltså hamna i en bedömning i förtjänstperspektiv av relationen mellan gärning och bestämmelsens ultimära ändamål (jfr nedan avsnitt 5.V).

⁸⁰ Det låter sig naturligtvis sägas att man "offrar" personer på olika sätt. Man kan i avskräckningssyfte låtsas hålla A för ansvarig (trots att man vet att A är oskyldig) eller faktiskt (genom rätten) göra eller hålla A ansvarig för något som inte motiverar ansvar alls eller som inte motiverar ansvar för just A.

3. När vi nu har talat om förtjänst kan vi gå vidare. Också om straffvärde föreligger finns det, som antytts ovan, också vissa skäl som gör att kriminalisering av en viss gärningstyp inte kan anses legitim. Det rör sig alltså om skäl som kan användas för att frånga utgångspunkten att det som är straffvärt också är legitimt att kriminalisera. I denna del vill jag påstå att det finns åtminstone två typer motskäl som är relevanta för legitimitetsfrågan.

4. En första grupp av skäl kan knytas till huvudsyftet med straffsystemet, nämligen preventionssyftet. I den ovan diskuterade grunden för straffsystemet ligger också att frånvaro av ett behov av prevention eller frånvaro av rimlig tro på att preventiva effekter skall uppnås kan utgöra ett skäl som kan tala emot att en viss kriminalisering är legitim. Om det inte finns behov av prevention eller om det finns behov av prevention men det framstår som uteslutet att straffrätten kommer att ha någon reell betydelse, är bestraffning oetisk redan på den grunden att vi saknar skäl att bryta mot den grundläggande moraliska principen att det är fel att göra människor illa. Det sagda innebär bl.a. att en förväntad (alltför) dålig effektivitet (t.ex. en förväntan om att praktiskt taget ingen kommer att respektera förbudet) kan utgöra ett problem i legitimationsperspektiv. Samtidigt får anses stå klart att behovs-/effektivitetsfrågan i första hand torde bli av betydelse för frågan om kriminalisering verkligen bör ske och bara i relativt extrema fall kan anses vara sådan att den påverkar legitimationsfrågan. Det torde också kunna sägas att behovs-/effektivitetsfrågan torde ha störst relevans för legitimationsfrågan vad gäller delikt med ett relativt begränsat straffvärde; man skulle kunna säga att när det gäller delikt med högt straffvärde måste motskälen (dvs. frånvaro av behov eller frånvaro av förväntningar på preventiva effekter) vara mycket starka för att bryta igenom straffvärdeskälen.⁸¹

⁸¹ Jfr Jareborg 2003 s. 102 som talar om att ultima ratio-principens innebörd – om principen tvärtemot vad som är brukligt skulle ses som en princip för kriminalisering – skulle kunna vara att straffvärdeprincipen tar över andra kriminaliseringsprinciper vid brott med höga straffvärden.

5. En andra grupp av motskäl av relevans för legitimationsfrågor bygger på att straffrätten utgör en del av ett större rättssystem som ytterst har en konstitutionell bas.⁸² Detta innebär att straffbestämmelser, för att vara legitima, bör vara förenliga med allmänna rättsliga och samhälleliga utgångspunkter. Sålunda kan en straffbestämmelse som i och för sig riktar sig mot påtagligt skadligt beteende och som därtill kan förväntas vara effektiv samtidigt vara diskriminerande i något hänseende (och därför trots allt vara problematisk i ett legitimationsperspektiv). Hit torde också överväganden som bygger på i konstitutionen förankrade fri- och rättigheter såsom motstående intressen böra hänföras (t.ex. intresset av yttrandefrihet och en öppen politisk diskurs såsom motskäl vid förtal/hets mot folkgrupp). Dessa exempel är båda ganska handfasta och bottnar ytterst i grundläggande fri- och rättigheter.

Inget hindrar emellertid att man också söker stöd i konstitutionen och rättssystemet i övrigt för att framhäva att en viss typ av kriminalisering står i mindre god överensstämmelse med mer allmänna konstitutionella utgångspunkter, t.ex. att makten skall utövas ”med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet” (se 1 kap. 2 § första stycket regeringsformen). Detta kommer i det följande framför allt att ta sig uttryck såtillvida att relationen mellan stat och medborgare och statens syn på medborgarna kommer att granskas.

Inom ramen för denna grupp av motskäl finner vi också sådana skäl som har att göra med att det ibland kan saknas förutsättningar för en från rättssäkerhetssynpunkt godtagbar kriminalisering. Det kan t.ex. förhålla sig så att de gärningstyper som skall kriminaliseras inte låter sig fångas i ord på ett tillräckligt bestämt sätt eller att det kan förutses att det kan förutses att en eventuell kriminalisering kommer att leda till sådana bevisproblem som öppnar för godtycke.

⁸² Se och jfr här Nuutila 2000 för en diskussion av ”*constitutional justification*” i ett finskt perspektiv.

6. En ytterligare grupp av skäl som möjligen skulle kunna tillmätas relevans för legitimationsfrågan är att en kriminalisering, trots att de gärningsindivider som faller under deliktet är påtagligt straffvärda, också kan medföra vissa negativa effekter som över-skuggar de tänkbara positiva effekterna. Exempelvis kan det hävdas att underlåtenhet att bistå nödställd är en gärningstyp som (avgränsad på visst sätt) är uppenbart straffvärd. Skäl som möjligen skulle kunna anföras emot en kriminalisering är emellertid att den kan föranleda hjälpåtgärder som, på grund av bristande kunskaper hos den person som rycker in, riskerar att leda till stora skador eller att en kriminalisering snarare skrämmer iväg folk från en olycksplats än förmår dem att bistå.⁸³ Jag finner det emellertid tveklaktigt om dylika mothänsyn, annat än i extremfall, bör hänföra till legitimationsnivån; som utgångspunkt bör de istället tas hänsyn till vid en bedömning av om kriminalisering *bör* ske.

7. I sammanhanget kan framhållas att de ovan givna skälen naturligtvis i viss utsträckning fungerar som kommunicerande kärn. En invändning mot kriminalisering som tar sikte på bristande effektivitet kan i viss mån besvaras genom att man ger polisen tillåtelse att använda extraordinära medel. Risk finns då att det istället uppstår invändningar som har konstitutionell bas eller som grundar sig på att de negativa effekter som måste accepteras för att kriminaliseringen skall kunna göras effektiv (t.ex. en i sig önskad utökning av möjligheterna att använda tvångsmedel) överväger de positiva effekter som en kriminalisering skulle kunna tänkas ha.

⁸³ Jfr proposition 2000/01:85 s. 22.

5. Inventering

I. INLEDNING

1. Ovan har vissa generella synpunkter på legitimationsfrågor utvecklat. I detta kapitel avser jag att, mot denna bakgrund, se närmare på förfältsdelikten (i första hand de osjälvständiga) i ett legitimationsperspektiv. Det jag gör i kapitlet kan närmast betraktas som en inventering av vilka speciella legitimationsproblem som är knutna till just förfältsdelikten. De aspekter som tas upp anknyter i regel antingen till straffvärde (vilket enligt vad ovan sagts utgör grunden för legitimationsfrågan; se nedan avsnitten 5.III–5.V) eller till någon av de två grupper av motskäl som diskuterats strax ovan (se avsnitten 5.VI–5.VIII). I syfte att få utrymme att diskutera vissa punkter som tagits upp som relevanta av andra författare, finns emellertid också ett par avsnitt som inte direkt kan knytas till den modell av legitimitet som ett ”defeasible concept” som presenterats i föregående kapitel.

2. I litteraturen har åtskilliga författare behandlat frågor som rör legitimation av förfältsdelikt i allmänhet (inte minst gäller detta olika typer av faredelikt).⁸⁴ I huvudsak är emellertid fråga om framställningar med begränsad relevans för bedömningen av osjälvständiga förfältsdelikt.

Ett viktigt undantag – och en framställning som jag får anledning att återkomma till – står Husak för. Husak har, bl.a. i en uppsats om ”noncosummate offenses”, utvecklat ett antal principer som syftar till att utgöra en del av, eller ett steg på vägen mot, ”a

⁸⁴ Se t.ex. Kindhäuser 1989.

comprehensive theory of nonconsummate criminal legislation”.⁸⁵ Det som är speciellt med Husaks framställning är att han sätter de osjälvständiga förfältsdelikten i relation till de självständiga på ett sätt som är ovanligt.

Jag skall här blott presentera Husaks principer på ett sammanhållet sätt; den närmare analysen av de olika principerna återfinns nedan i de avsnitt där de passar in.

Husak tar som sin utgångspunkt dels att det behövs någon form av moraliskt grundad, men icke konsekventalistisk, kriminaliseringslära,⁸⁶ dels att de teorier som har utvecklats på detta område (här syftas framför allt på de teorier Feinberg utvecklade på 1980-talet) är av mindre värde när de ställs i relation till förfältsdelikt. Sålunda är enligt Husak ett krav på ”harm” (eller skada) mindre användbart när det gäller förfältsdelikt, vilka per definition inte orsakar någon skada.⁸⁷

De principer som Husak uppställer – med stöd av argument hämtade från domstolar och lagstiftare – är följande:

- (a) *the consummate criminal harm requirement* (vilket innebär att förfältsdelikt kan legitimeras endast om den fullbordade skada till vilken förfältsdeliktet relaterar i sig är sådan att det är straffbart att uppsåtligt åstadkomma sådan skada),
- (b) *the high culpability requirement* (vilket innebär att förfältsdelikt kan legitimeras endast om gärningsmannen uppvisar en hög grad av skuld i relation till den fullbordade skada till vilken förfältsdeliktet relaterar),
- (c) *the causal requirement* (vilket innebär att förfältsdelikt kan legitimeras endast om förfältsdeliktet verkligen skapar en risk för sådan fullbordad skada som förfältsdeliktet relaterar till),
- (d) *the proximity requirement* (vilket innebär att förfältsdelikt kan legitimeras endast om förfäلتsgärningen inte är alltför avlägsen från den fullbordade skada till vilken förfältsdeliktet relaterar), och

⁸⁵ Husak 1995 s. 151. Se även Husak 1995 s. 170 not 81: ”These principles are not conjointly sufficient to justify the enactment of nonconsummate offenses. They are only the first step toward a theory of nonconsummate legislation.”

⁸⁶ Husak 1995 s. 154 f.

⁸⁷ Husak 1995 s. 158 ff. Jfr även Horder 1996 s. 155 och von Hirsch 1996 s. 261 ff.

(c) *the persistence requirement* (vilket innebär att förfälsdelikt kan legitimeras endast om personen inte tillbakaträder från de steg han eller hon har tagit i riktning mot den fullbordade skadan).⁸⁸

Husaks första princip (a) kommer att behandlas närmare i avsnitt 5.II nedan, medan (b) behandlas i 5.X, (c) i 5.III, (d) i 5.V och (e) – som inte utvecklas särskilt långt av Husak – i avsnitt 5.VI.⁸⁹

II. INTRESSEDIMENSIONEN

1. Vad gäller skyddsintressena bakom dagens förfälsdelikt går knappast att säga något generellt. För det första är det som är speciellt med, eller kännetecknande för, förfälsdelikten inte de intressen som skyddas, utan det sätt på vilket relationen mellan delikt och intresse är utformad. Med andra ord torde det problematiska med förfälsdelikten sällan vara att söka i de intressen som avses skyddade. För det andra torde frågan om skyddsintressen te sig delvis annorlunda vid osjälvtändiga förfälsdelikt i jämförelse med de självständiga. Något skäl att i detta sammanhang närmare uppehålla sig vid frågan om skyddsintresset finns således egentligen inte.

Med utgångspunkt i uppdelningen i självständiga och osjälvtändiga förfälsdelikt skall emellertid sägas några korta ord som förtydligar det ovan sagda. När detta gjorts tas också Husaks *consume criminal harm requirement* – som onekligen rör frågan om skyddsintresse – upp till diskussion.

⁸⁸ Se Husak 1995 s. 170 ff.

⁸⁹ Det kan nämnas att Husak i en tidigare framställning (Husak 1992), som behandlar kriminalisering av droganvändning, laborerar med fyra delvis annorlunda formulerade krav: där talas sålunda om (1) *the inchoate principle* (vilken motsvarar *the consume criminal harm requirement*), (2) *the triviality principle* (vilken knappast direkt kan sägas motsvaras av något requirement i texten från 1995; "Conduct *x* should not be criminalized on the ground that it increases the likelihood of harm *y* unless *y* is a substantial harm"), (3) *the remoteness principle* (vilken motsvarar *the proximity requirement*) samt (4) *the empirical principle* (vilken motsvarar *the causal requirement*). Se närmare Husak 1992 s. 183 ff.

2. Om vi ser närmare på frågan om skyddsintresse i relation till de osjälvständiga förfäلتsdelikten kan lätt konstateras att det inte torde vara i intressedimensionen som de centrala problemen med de osjälvständiga förfäلتsdelikten bottnar.⁹⁰ Tvärtom kan det sägas att de osjälvständiga förfäلتsdelikten (möjligen med visst undantag för försök) har införts med en relativ återhållsamhet och att detta har inneburit att delikten i regel är mycket traditionella och okontroversiella vad gäller de intressen som avses skyddade (jfr t.ex. kriminaliseringen av förberedelse till mord, misshandel, människorov, våldtäkt, stöld, rån osv.). Man kan uttrycka det så att det faktum att osjälvständiga förfäلتsdelikt tillåter ett visst avstånd till skada har gjort att de i huvudsak används i förhållande till delikt som tar sikte på allvarliga brott med en hävdvunnen plats i straffrättssystemet. Dessutom innebär det faktum att osjälvständiga förfäلتsdelikt relaterar till andra existerande delikt att man via dessa (ofta) kan få klarhet i vad skyddsintresset är.⁹¹

När det gäller självständiga förfäلتsdelikt borde delvis samma synpunkter göra sig gällande, dvs. att skyddsintresset – till följd av att deliktet tar sikte på gärningar som håller sig på visst avstånd från intresset – i regel är att beteckna som ett ganska starkt och okontroversiellt intresse. I viss utsträckning är det också så, t.ex. när det gäller farekriminaliseringar på skatteområdet (vilka relaterar till ekonomiska intressen) eller på vägtrafikens område (vilka relaterar bl.a. till intresset av liv och hälsa).

Det förekommer dock att det vid införande av självständiga förfäلتsdelikt hålls tämligen öppet vad som är det egentliga skyddsintresset. I sammanhanget kan t.ex. hänvisas till den diskussion som fördes i samband med införandet av den svenska lagstiftningen med förbud mot köp av sexuella tjänster.⁹²

3. Mot bakgrund av det ovan sagda är det inte särskilt förvånande att relativt litet har sagts och skrivits om skyddsintressen i relation till förfäلتsdelikt. Den vanligaste synpunkten torde vara att delikt

⁹⁰ Jfr von Hirsch & Wohlers 2003 s. 197.

⁹¹ Husak 1995 s. 169 och 175.

⁹² Se t.ex. Lernestedt & Hamdorf 1999-00 s. 846 ff. och 2000-01 s. 111 ff.

som tillåter ett påtagligt avstånd mellan gärning och skada bör användas endast vid de viktigaste skyddsintressena.⁹³ Huvudprincipen torde kort kunna uttryckas så att kriminalisering förutsätter att en gärning är straffvärd i viss utsträckning och en gärningstyps straffvärdhet är bl.a. beroende av vilket intresse som angrips (eller hotas) och av hur nära gärningstypen står i förhållande till intresset. (Jfr nedan i avsnitt 5.IV.)

4. Innan vi lämnar intressedimensionen finns dock skäl att ägna viss uppmärksamhet åt Husaks första princip. Som ovan framhållits vill Husak uppställa ett krav på förfältskriminaliseringar som han kallar *the consummate criminal harm requirement*.⁹⁴ Kravet innebär kort och gott att den skada som ett förfältsdelikt avser att förhindra måste vara sådan att det är brottsligt att uppsåtligen tillse att sådan skada uppstår. Husak noterar, vilket ligger i linje med det ovan sagda, att kravet – eftersom det är närmast självklart vid osjälvständiga förfältsdelikt⁹⁵ – är av störst intresse som en test på skyddsintresset vid självständiga förfältsdelikt.

Det synes stå klart att *the consummate criminal harm requirement* i grunden har starka skäl för sig. Det följer närmast analytiskt att det inte kan vara mer straffvärt att riskera skada än att uppsåtligen åstadkomma samma skada.

5. Jag har emellertid svårt att se att man kan uppställa ett krav på att förfältsdelikt alltid måste relatera till sådan skada, som det *är* kriminaliserat att åstadkomma uppsåtligen (och det är nog heller inte det Husak menar).⁹⁶ Det kan nämligen finnas åtskilliga skäl som *inte* relaterar till straffvärde (jfr ovan avsnitt 4.V) som gör att

⁹³ Så t.ex. Jareborg 2001 s. 54 f.

⁹⁴ Husak 1995 s. 170.

⁹⁵ Ett undantag utgör sannolikt fortfarande conspiracy enligt common law som i vissa fall kan utgöras av en överenskommelse att utföra x också i fall där x är tillåten om den utförs utan att fråga är om conspiracy. Se t.ex. Ashworth 1999 s. 418 f., Husak 1995 s. 171 not 83 och Simester & Sullivan 2001 s. 265 f.

⁹⁶ Husak är i sammanhanget något tvetydig. På ett ställe, Husak 1995 s. 170, talas visserligen om att kravet innebär att "this consummate harm itself must be criminal" (min kursivering); senare talas emellertid om att "a nonconsummate offense ... cannot be justified unless a consummate offense ... would be justified as well"

uppsåtligt orsakande av viss skada inte är kriminaliserat. Exempelvis kan man tänka sig att uppsåtligt orsakande av denna skada är ytterst ovanligt (och inte utgör ett egentligt problem), medan oavsiktligt risktagande i förhållande till samma skada är frekvent förekommande beroende på samhällseliga strukturer.⁹⁷ Man kan också, åtminstone teoretiskt, tänka sig att sammanhållningen i ett visst samhälle är så stark att man inte funnit det nödvändigt att kriminalisera uppsåtligt orsakande av skada, men däremot finner skäl att kriminalisera obetänksamt risktagande (i förhållande till skada). Normalt torde dock tanken på någon form av värdemässig systemkoherens leda till att uppsåtligt orsakande av skada är kriminaliserat i dylika fall (alltför aparta kombinationer av kriminalisering och icke-kriminalisering torde i regel undvikas). Ytterligare ett skäl till att uppsåtligt orsakande av viss skada inte är kriminaliserat kan vara att hela regleringen har förlagts till förfälsstadiet (jfr t.ex. den svenska regleringen av skattebrott).

Principiellt torde följaktligen Husaks första princip böra formuleras så att förfälskriminaliseringar måste relatera till sådan skada vilken det *prima facie* är legitimt att kriminalisera, dvs. sådan skada som det i och för sig är straffvärt att orsaka uppsåtligen.

III. AVSTÅNDSDIMENSION (1) – KAUSALITET

1. I detta avsnitt skall först noteras att det förhållandet att en kriminalisering utgör ett förfälskdelikt skapar risk för vad vi skulle kunna kalla empiriska felbedömningar på lagstiftningsnivå. Utgångspunkten när det gäller förfälskdelikten är ju att de skall bidra

(se även s. 171: "[i]f the act of intentionally causing a result *should* not be a criminal offense ..."; min kursivering). Jag tolkar detta så att Husak inte menar att hans krav innebär att uppsåtligt orsakande av den skada som förfälskdeliktet relaterar till faktiskt måste vara kriminaliserat.

⁹⁷ Det torde också kunna sägas att det i viss utsträckning bör anses vara legitimt att kriminalisera beteende som p.g.a. aggregerade skadeverkningar leder till oönskade följder, även om ingen skulle komma på tanken att orsaka sådana skadeverkningar uppsåtligen. Jfr Husak 1995 s. 181.

till att minska risken för skador genom att undertrycka beteende som på ett eller annat sätt ökar risken för skada. På grund av att straffrätten griper in på ett stadium där skada ännu inte har inträffat skapas emellertid ett utrymme för empiriska felbedömningar. Särskilt med tanke på att man på lagstiftningsnivå ofta tvingas bygga på mycket svårbedömda empiriska relationer kan misstag å lagstiftarens sida i vart fall knappast uteslutas; det är, med andra ord, inte alltid givet att det beteende som ett förfälsdelikt syftar till att undertrycka är sådant att det ökar risken för skada. Emellanåt kanske det rent av kan förhålla sig så att lagstiftaren är fullt medveten om att de gärningar som omfattas av ett visst delikt inte ökar risken för skada, men att denne likväl – t.ex. för att vinna politiska poäng – väljer att kriminalisera dessa gärningar.

Ett exempel kan hämtas från tysk doktrin. Där talas t.ex. om att något som bidrar till att legitimera kriminalisering av överenskommelser att begå brott enligt § 30 Strafgesetzbuch är tanken på ”Willensbindung”, dvs. att man genom att komma överens med andra ”binder” sin vilja, vilket antas öka risken för att brott faktiskt skall komma till stånd.⁹⁸ Huruvida det finns stöd för ett sådant antagande framstår emellertid som en fråga på vilken det rimligen inte kan ges ett otvetydigt jakande svar och huruvida man är beredd att acceptera tanken som grund för kriminalisering beror ytterst på hur man i sammanhanget hanterar frågor om ”bevisbörda” och ”beviskrav”; jfr strax nedan i punkt 4.

2. En motsvarande risk för felbedömningar torde helt saknas när det gäller skadedelikt. Om ett delikt syftar till att undertrycka beteende som orsakar viss skada och straffansvar enligt deliktet förutsätter att dylik skada åstadkoms följer logiskt att de gärningar som omfattas av deliktet också orsakar skada. En annan sak är att det också vad gäller skadedelikt finns möjligheter till ”manipulation”, t.ex. genom att man argumenterar för att skada föreligger också i fall där man inte med någon rimlig bestämning av skadebegreppet kan påvisa skada.

⁹⁸ Roxin 2003 § 28.II.5.

3. Om sådana felbedömningar som diskuterats ovan förekommer, är det närmast givet att de påverkar legitimationsfrågan. Om det som legitimerar ett visst förfäلتsdelikt är att det bidrar till att undertrycka beteende som ökar risken för skada, innebär förekomsten av en felbedömning att själva grunden för legitimationen rycks undan.

4. I syfte att hantera detta problem uppställer Husak en princip som han kallar *the causal requirement*, dvs. ett krav på att det beteende som kriminaliseras faktiskt skall öka risken för den skada som ytterst avses förhindrad.⁹⁹ När det gäller osjälvständiga förfäلتsdelikt innebär, enligt Husak, det krav på överskjutande uppsåt (i förhållande till den skada som ytterst skall förhindras) som följer av *the high culpability requirement*¹⁰⁰ i regel också att *the causal requirement* blir uppfyllt:

”’Common sense’ indicates that persons who perform an act-token a_1 with the purpose to bring about consummate harm a_2 increase the probability that that harm will actually occur. Many attempts, for example, succeed. It is barely possible to imagine that persons are so inept that they do not increase the probability of the occurrence of a consummate harm by performing act-tokens of attempt. The same is true for other complex nonconsummate offenses.”¹⁰¹

Vad gäller självständiga förfäلتsdelikt är det emellertid, enligt Husak, besvärligare att lita till common sense. Husak vill här uppställa någon form av krav på empiriskt stöd.¹⁰²

Det finns naturligtvis goda skäl att uppställa ett krav motsvarande Husaks *causal requirement*. Jag har emellertid svårt att se att man därigenom har vunnit särskilt mycket. Den första fråga man

⁹⁹ Husak 1995 s. 172.

¹⁰⁰ Se närmare nedan i avsnitt 5.X.

¹⁰¹ Husak 1995 s. 172.

¹⁰² Husak 1995 s. 176. Se även Husak 1992 s. 192 ff. där det talas om *the empirical principle*. Som Husak själv påtalar, se Husak 1992 s. 193, är det inte sällan förenat med stora svårigheter att påvisa orsakssamband (och inte bara en positiv korrelation) mellan en faktor och en annan: ”Decades of careful scientific study were required to confirm that cigarettes cause cancer, even though researchers were long aware of the correlation between the two.”

kan ställa sig är om inte principen är i behov av precisering. Varje ökning av risken för slutlig skada kan knappast anses relevant, utan det bör fordras att riskökningen är beaktansvärd (och vad som är beaktansvärt kan variera beroende på vilken skada vi talar om). I grunden kan visserligen uppställas ett krav på någon form av riskökning, men den intressanta frågan måste rimligen bli att bedöma vilken grad av riskökning som kan anses relevant. Vidare uppstår naturligtvis också frågor om vilken grad av kunskap (och stöd för denna) som skall krävas.

I sammanhanget bör också noteras att Husak i en tidigare text anför negativ korrelation mellan avstånd och risk för skada såsom ett skäl för *the remoteness principle* (vilken får anses motsvara vad han senare väljer att kalla *the proximity requirement*), dvs. som skäl för ett särskilt krav på viss närhet.¹⁰³ Närhetskravet presenteras dock inte uteslutande som ett krav som bygger på allmän kunskap om riskökning.

5. I sammanhanget bör slutligen noteras att de problem som nu har diskuterats i stor utsträckning kan förflyttas till rättstillämpningsnivå genom uppställande av farerekvisit.

IV. AVSTÅNDSDIMENSION (2) – SKADLIGHET

1. Det är närmast uppenbart att en viktig faktor som särskiljer förfältsdelikten från andra delikt när det gäller legitimationsfrågor är att förfältsdelikten omfattar åtskilliga gärningar vilka inte medför någon skada. Förfältsdelikten innebär att straffansvar uppkommer vid en tidpunkt när gärningsmannen ännu inte gjort något som, på något rimligt sätt, kan anses ha orsakat skada på det bakomliggande skyddsintresset. I detta avsnitt skall föras en diskussion kring frågan om vilken betydelse detta har när det gäller att legitimera förfältsdelikten.

¹⁰³ Husak 1992 s. 190.

2. En av de mer utvecklade teorierna rörande vad som är legitimt att kriminalisera är Feinbergs. Enkelt uttryckt kan Feinberg, vad gäller skada eller "harm", sägas argumentera för att kriminalisering är legitim för att skydda enskildas rättigheter; för att hindra medborgare från "wrongful causing harm to others".¹⁰⁴ Det låter sig sägas att Feinberg bygger vidare på en tradition som går tillbaka åtminstone till Mill.¹⁰⁵

Det finns åtskilliga problem med att bygga en teori om legitim kriminalisering på skadebegreppet. Ett centralt problem är att snart sagt varje föreslagen kriminalisering kan sägas medföra skada i någon mening och att en oenighet om vad som bör kriminaliseras endast ersätts med en oenighet om vad som bör betraktas som skada.¹⁰⁶ (Detta kan i och för sig ses som ett förtydligande av vari oenigheten egentligen består.)

När det gäller förfälsdelikt drabbas vi av ytterligare problem eftersom det redan av definitionen av förfälsdelikten framgår att det kännetecknande för dem är att de inte förutsätter skada. En teori rörande legitim kriminalisering som bygger på skada kan nu givetvis korrigeras så att den också omfattar "risk och fara för skada", men också detta öppnar naturligtvis upp för åtskilliga meningsskiljaktigheter och det leder dessutom till att en kriminaliseringslära förlorar i skärpa. Det är helt enkelt svårt att föreställa sig att någon skulle föreslå kriminalisering av något som inte kan sägas innefatta risk för skada (i någon mening).¹⁰⁷

3. Låt oss nu övergå till den ovan utvecklade relationen mellan straffvärde och kriminalisering. Som ovan nämnts kan straffvärdet hos en viss gärningstyp sägas vara av grundläggande betydelse för frågan om kriminalisering; straffvärde kan sägas betyda "(i och för sig) värd att bestraffa".¹⁰⁸ Och om nu straffvärde kan sägas ha med

¹⁰⁴ Se t.ex. Feinberg 1984 s. 114 ff. och 243 ff.

¹⁰⁵ Se Feinberg 1984 t.ex. s. 3 ff. och 11 ff. Se även t.ex. Alexander 1994 s. 199, Husak 1995 s. 157, Duff 2001-2002 s. 13 ff. och von Hirsch 2005 s. 71.

¹⁰⁶ Se t.ex. Lernestedt 2003 kap. 5.

¹⁰⁷ Se Husak 1995 s. 159 f.

¹⁰⁸ Se Jareborg 2001 s. 52: "**straffvärd** (= det finns goda skäl att belägga den med straff)".

skäl för kriminalisering att göra, kan teorier om straffvärde och förfäلتsdelikt också säga oss något om förfäلتsdelikt och kriminalisering.

Inledningsvis bör erinras om terminologin. När jag talar om straffvärde syftas inte omedelbart på det begrepp som definieras i 29 kap. 1–3 §§ brottsbalken (med de nationella egenheter, bl.a. att straffvärdet kan påverkas av allmänpreventiva hänsyn, som finns), utan på det mer generella begrepp som ligger bakom dessa bestämmelser och som kan beskrivas som ett värde som anger ett visst brotts svårhet.

Enligt de flesta teorier om gärningars straffvärde är avståndet mellan gärning och skada en viktig faktor vid bestämmande av straffvärde. Sålunda talar von Hirsch och Jareborg – som förordar en modell som tar sin utgångspunkt i vilket intresse en viss gärning gör intrång i – om ”[d]iscounts for threatened or risked harms”¹⁰⁹ och Ashworth (som bygger på von Hirsch och Jareborg) om ”remoteness”.¹¹⁰ Enighet synes sålunda råda om att avstånd kan ha betydelse.

En av få punkter som i sammanhanget kan anses vara kontroversiella på ett principiellt plan är huruvida fulländade försök, trots utebliven skada, bör bestraffas lika strängt som fullbordat brott. Men denna oenighet kan återföras på det faktum att försöket i dessa fall ligger mycket nära fullbordan (eller i vart fall vid eller nära den punkt där gärningsmannen förlorar kontrollen över huruvida brottet fullbordas eller ej).¹¹¹

Om man följer denna utgångspunkt, dvs. att avståndet har betydelse för en gärnings eller en gärningstyps straffvärde, innebär användningen av förfäلتsdelikt att straffvärdet hos de gärningar som omfattas av deliktet sjunker i jämförelse med ett skadedelikt som skyddar samma intresse. Indirekt har detta betydelse för legi-

¹⁰⁹ von Hirsch 2001 s. 152.

¹¹⁰ Ashworth 2000 s. 100.

¹¹¹ Se t.ex. Jareborg 2002 kap. 2 och Ashworth 1987b, 1988 och 1999 samt den diskussion som förs nedan i avsnitt 6.III.c.

timationsfrågan eftersom straffvärde kan sägas vara det huvudsakliga skälet *för* kriminalisering.¹¹²

En enkel modell för förfälskriminaliseringar som ofta förordas bygger sålunda på att en gärnings straffvärde (av vilket angelägenheten av en kriminalisering delvis är beroende)¹¹³ utgör en funktion av *vikten* av skyddsintresset och gärningstypens *närhet* till (skyddsintresset). Sålunda uttalar Jareborg:

”En gärningstyps straffvärde beror inte bara på det intresse eller de intressen som utgör dess skyddsintresse(n), utan även på hur ’nära’ gärningstypen står ett skyddsintresse. Vad gäller den senare frågan kan det vara konstitutivt för gärningstypen att den

- (a) innefattar en direkt kränkning av skyddsintresset (t.ex. att döda en person);
- (b) innefattar en fara för en sådan kränkning (t.ex. att utsätta en person för livsfara);
- (c) eljest innefattar en risk för en sådan kränkning (t.ex. att köra bil på fel sida av vägen före en kurva); eller
- (d) under vissa omständigheter kan bidra till att skyddsintresset kränks (t.ex. att inneha ett skjutvapen).”

Jareborg menar sedan allmänt att ju längre avståndet är mellan en gärning och en direkt kränkning av skyddsintresset, ”desto mindre anledning finns det att lägga gärningen under straff”. På (c)- och (d)-nivå finns skäl för kriminalisering endast vid de viktigaste skyddsintressena och endast om kriminaliseringen ”är påtagligt effektiv”.¹¹⁴

Man torde med andra ord kunna säga att förfälskriminaliseringar i vissa fall – där skyddsintresset är mindre viktigt eller avståndet mellan gärning och intresse är mycket stort – kan vara problematiska därför att de gärningar som omfattas är *mindre*

¹¹² Se ovan avsnitt 4.V.2.

¹¹³ Jfr Asp 1998 s. 106 ff. angående relationen mellan retrospektiv svårhetsbedömning och prospektiv bedömning av graden av angelägenhet att avhålla från visst beteende.

¹¹⁴ Jareborg 1994 s. 332 och 2001 s. 54.

straffvärda. Det kan därför vara svårt att hävda att bestraffning är förtjänt ens inom ramen för det ifrågavarande straffsystemet.

En realistisk teori om förfäلتskriminaliseringar måste emellertid ta i beaktande att också gärningar med ett mycket begränsat straffvärde faktiskt är kriminaliserade (för svensk rätts del kan t.ex. hänvisas till rena bötesbrott, varav vissa endast har penningböter i "straffskalan"). Det är därför inte helt enkelt att se att straffvärdeskälet särskilt ofta kommer att vara *ett avgörande* skäl för slutsatsen att en kriminalisering är att anse som illegitim; det torde med andra ord sällan vara en framgångsrik strategi att hävda att straffvärdet är så lågt att en kriminalisering enbart beroende på detta är att anse som *illegitim*.¹¹⁵ (Jfr ovan avsnitt 4.V.2.)

4. I samband med frågan om straffvärde bör också beaktas att gärningsmannens avsikter med en viss gärning kan inverka skärpande på straffvärdet. Man kan uttrycka det så att man vid en moralisk bedömning av en viss gärnings värde inte enbart kan se till vad som faktiskt har skett utan att hänsyn måste tas till gärningsmannens motiv, insikter och avsikter.¹¹⁶

Från strikt straffvärdesynpunkt kan det följaktligen tyckas vara lättare att legitimera ett osjälvständigt förfäلتsdelikt (som bygger på gärningen x samt på att gärningsmannen har uppsåt att åstadkomma skadan y) än ett självständigt förfäلتsdelikt (som enbart bygger på att gärningen x på lagstiftningsnivå bedömts öka risken för skadan y). Denna fråga får vi anledning att återkomma till nedan i avsnitt 6.III.b.

¹¹⁵ Denna slutsats kan givetvis problematiseras på så vis att det kan ifrågasättas om det verkligen är fråga om *kriminalisering* när det gäller brott på låg bötesnivå (och där straffrätten är mer eller mindre direkt utbytbar mot andra styrmedel). För egen del menar jag nog att en diskussion kring legitim kriminalisering bör inbegripa också dessa fall.

¹¹⁶ Se t.ex. Asp & von Hirsch 1999 s. 172 f.

V. AVSTÅNDSDIMENSION (3) – ANSVARIGHET

1. Ett annat problem som träffar förfäلتsdelikten om de betraktas i ett legitimationsperspektiv är att det avstånd som kan föreligga mellan gärning och skada gör att det åtminstone emellanåt kan ifrågasättas om det är rimligt att lägga ansvaret för den skada som till syvende og sist avses förhindrad på den enskilde gärningsmannen. De frågetecken som kan uppställas är av olika slag och de kan också variera i storlek beroende på vilken typ av förfäلتsdelikt vi har att göra med. I det följande skall utvecklas hur jag menar att problemområdet kan analyseras.

2. En första sak att notera är att de straffrättsliga principer, som syftar till att säkerställa att bestraffning riktar sig mot en ansvarig individ, i viss utsträckning kan göras irrelevanta genom användande av det lagstiftningstekniska grepp som består i att ersätta ett skadedelikt med ett förfäلتsdelikt.

För att närmare utveckla denna tankegång kan utgångspunkten lämpligen tas i ett skadedelikt som misshandel. Det som legitimerar kriminalisering av misshandel är den skada (kroppsskada eller smärta) som orsakas det enskilda offret. När en domstol tar ställning till en konkret misshandelsgärning är det i regel givet att gärningsmannen kan tillskrivas ansvar för den skada som orsakats offret (t.ex. i situationer där gärningsmannen med full kontroll huggit en kniv i offrets ben). Om saken är mindre självklar (i regel därför att orsaksförloppet har varit utsträckt och okontrollerat) finns ansvarstillskrivande principer att falla tillbaka på (jfr t.ex. kravet på gärningssculpa i svensk rätt). Dessa principer säkerställer att den person som anklagas för misshandeln också kan sägas vara ansvarig för densamma.

Det sagda är tillämpligt också när det gäller vissa typer av förfäلتsdelikt, nämligen sådana som kräver orsakande av (konkret) fara.

Vid vissa andra typer av förfäلتsdelikt – ett illustrativt typexempel kan vara innehavsdelikt sådana som vapenbrott – har emellertid de bedömningar, som vid de ovan diskuterade delikten skall

göras på rättstillämpningsnivå, helt förflyttats till lagstiftningsnivån. I det konkreta fallet fordras med andra ord överhuvudtaget ingen bedömning av hur relationen ser ut mellan gärning å ena sidan och de oönskade följder som deliktet syftar till att förhindra å den andra; gärningen presumeras att (typiskt sett) innefatta viss risk för skada.

För att verklig skada skall uppkomma förutsätts emellertid att gärningsmannen själv eller någon annan person vidtar ytterligare åtgärder eller att ytterligare omständigheter tillstöter. Detta skapar vissa särskilda problem rörande legitimationen (vilket exemplifieras nedan i punkt 5).

3. Å andra sidan kan användningen av förfäلتsdelikt, eller kanske snarare "förfäلتstänkande", sägas innebära att man åtminstone formellt kan parera kriminaliseringskritiska överväganden baserade på rättsgodatänkande. Om det är tillåtet att bygga på (i det enskilda fallet) högst artificiella kopplingar mellan gärning och bakomliggande rättsgoda kan naturligtvis nästan varje gärning kopplas till mer eller mindre oomstridda rättsgoda.¹¹⁷

Sålunda kan t.ex. förbud mot droger legitimeras med utgångspunkt i rättsgoda sådana som samhällets ekonomiska intressen (dvs. samhällets intresse av att icke belastas av skador till följd av drogkonsumtion) eller, och kanske än mer oomstritt, enskildas liv och hälsa osv.

4. För att exemplifiera det sagda kan jag här bygga på en diskussion som förts av von Hirsch och Wohlers och som bygger på en uppdelning i tre typer av delikt. Frågan vid alla dessa deliktstyper handlar inte om huruvida det är legitimt att skydda de bakomliggande intressena (eller rättsgoda) utan om huruvida den enskilde gärningsmannen verkligen bör kunna hållas ansvarig för vissa avlägsna konsekvenser som kan följa på hans eller hennes gärning; förfäلتsdelikten aktualiserar alltså frågan om *ansvarighet*.¹¹⁸

¹¹⁷ von Hirsch & Wohlers 2003 s. 196.

¹¹⁸ Se von Hirsch & Wohlers 2003 196 f. Jfr även (generellt) von Hirsch 1996.

5. Ett första problemområde är knutet till det som författarna benämner *Vorbereitungsdelikte*. Dessa utgörs av sådana delikt vars risk- eller farepotential består i att gärningsmannen själv eller någon annan kan utföra ytterligare gärningar i anslutning till den som det ”förberedande” deliktet förbjuder.¹¹⁹ Exempel skulle kunna vara vapenbrott (för att fara eller skada skall uppstå förutsätts regelmässigt ytterligare handlande av någon).¹²⁰ I denna del kan man för det första peka på att förberedelsedelikten omfattar fall i vilka det överhuvudtaget inte företas någon ytterligare handling.¹²¹ Och i övrigt kan man fråga sig huruvida det vid vapenbrott verkligen är gärningsmannens sak huruvida någon annan självständigt använder vapnet för att åstadkomma skada (Prinzip der Eigenverantwortlichkeit):

”Warum und mit welcher Begründung kann dem Handelnden die Verantwortlichkeit für eine Rechtsgutbeeinträchtigung auferlegt werden, die erst durch das eigenverantwortliche Handeln einer anderen Person herbeigeführt wurde?”¹²²

På samma sätt kan man – för de fall där faran hänger samman med framtida gärningar av den person som begår förberedelsedeliktet – ifrågasätta om det är förenligt med en rimlig medborgarsyn (se närmare nedan avsnitt 5.VI) att ingripa för att avvärja faror som bygger på att medborgaren inte förmår styra sitt eget framtida handlande på ett förnuftigt sätt.¹²³

I sammanhanget kan hänvisas till Husak som diskuterar dessa frågor i anslutning till *the proximity requirement*. Detta krav innebär att ett förfäلتsdelikt kan legitimeras endast om förfäلتsgärningen inte är alltför avlägsen från den skada till vilken förfäلتsdeliktet relaterar.¹²⁴

¹¹⁹ von Hirsch & Wohlers 2003 s. 198 och 200.

¹²⁰ Här bör emellertid också beaktas att vapeninnehav kan vara farligt på den grunden att det finns risk för att vapnet hamnar i händerna på någon som inte kan förväntas ta ansvar för sig själv (t.ex. ett barn).

¹²¹ von Hirsch & Wohlers 2003 s. 201.

¹²² von Hirsch & Wohlers 2003 s. 200.

¹²³ Se von Hirsch & Wohlers 2003 s. 201.

¹²⁴ Se Husak 1995 s. 173. Se även Husak 1992 s. 189 ff. där det istället talas om *the remoteness principle*.

Enligt Husak bygger principen på två:

”distinct but related rationales, each of which supports the judgment that adults are more likely to have a moral right to engage in conduct the further it is removed from a consummate harm”.¹²⁵

Husak hänvisar först och främst till att remoteness korrelerar negativt med risken för skada och ju mindre risken för skada är desto mer övertygande är slutsatsen att en person kan sägas ha en moralisk rätt att utföra en viss gärning (jfr ovan avsnitt 5.III).

För det andra menar emellertid Husak att kriteriet kan sägas bygga på tanken på en ”responsible human agent”. Eftersom det finns åtskilligt som gärningsmannen kan göra för att förhindra den skada som eventuellt kan uppstå kan ett förfälsdelikt som inte beaktar detta sägas slå för brett:

”Any such offense would punish persons who would have taken steps to prevent the occurrence of the consummate harm. To punish persons without first determining whether they would choose to take these steps would treat them as less responsible human agents.”¹²⁶

Man kan också med Ashworth peka på att en invändning mot att kriminalisera ”remote harms” är att ”normal causal principles appear not to support liability”.¹²⁷ Som exempel anförs att ett renodlat innehav eller strikt förberedande agerande inte orsakar skada utan ytterligare frivilligt handlande. Invändningen torde ta sikte på frågan om det kan anses rimligt att motivera A:s ansvar för gärning x med en skada i förhållande till vilken x inte är kausal; vi är s.a.s. inte framme vid den gärning varigenom skadan orsakas:

”In particular, cases in which the occurrence of harm depends on a further decision by the actor or by another (e.g. to fire the gun unlawfully) are unsuitable for criminalization.”¹²⁸

Ashworth pekar sedan på att den sociala kontexten kan användas som grund för att argumentera för att det utgör en medborgerlig

¹²⁵ Husak 1992 s. 190.

¹²⁶ Husak 1992 s. 190 f.

¹²⁷ Ashworth 1999 s. 52.

¹²⁸ Ashworth 1999 s. 52.

plikt att avstå från innehav av vissa farliga föremål och han talar om att ett dylikt generellt argument förser oss med ”a *prima-facie* justification” för dylika kriminaliseringar.¹²⁹

6. Om vi återgår till von Hirsch och Wohlers, tar dessa, för det andra, upp vad de kallar *Kumulationsdelikte*. Detta är delikt som förbjuder handlande som inte självständigt leder till någon skada, men som kan leda till skada om flera personer utför likartade gärningar. Problemet här är att enskilda överträdelser – med undantag från föga realistiska fantasiscenarion – inte räcker till för att någon skada skall uppstå. Många miljöbrott torde t.ex. vara att hänföra till denna kategori. Också i detta fall uppstår frågan i vilken utsträckning det är rimligt att hålla den enskilde ansvarig för skador som uppkommer endast genom att flera personers handlande läggs samman.¹³⁰ Frågetecknen som kan resas blir naturligtvis inte mindre av att dessa delikt ofta används på sådana områden där verksamhet som leder till inte obetydliga skador (skador vilka kanske helt överskuggar de illegala) accepteras på grund av att verksamheten är nyttig.¹³¹

7. Slutligen hänvisar författarna till kategorin *Konkrete Gefährlichkeitsdelikte*. Denna kategori omfattar gärningar vars farlighet ligger däri att gärningsmannen inte har kontroll över händelseförloppet, och därmed inte kan styra över huruvida skada uppstår eller ej, och som i sig kan leda till konkret fara eller skada (under vissa förutsättningar).¹³² Det handlar om:

¹²⁹ Ashworth 1999 s. 53.

¹³⁰ von Hirsch & Wohlers 2003 s. 199 och 207 ff. Se även Jareborg 1992 s. 157 (som i en straffvärdekontext konstaterar att ”det strider mot elementära straffrättsliga principer att lägga ansvaret för aggregerade skadeverkningar på den enskilde brottslingen”).

¹³¹ I sammanhanget kan även framhållas att den miljöskada som uppstår när en viss gärningsman begår brott ofta bara till en del har orsakats genom brottet (en annan del torde ofta ha orsakats genom t.ex. fullt lagliga utsläpp).

¹³² von Hirsch & Wohlers 2003 s. 199. Som författarna påpekar skulle man kunna tala om abstrakte Gefährdungsdelikte om det inte vore för det faktum att denna deliktstyp traditionellt omfattar också Vorbereitungs- och Kumulationsdelikte.

”Verhaltensweisen, deren Gefährlichkeit darauf beruht, dass sie zu Situationen führen, die für den Täter nicht mehr steuerbar sind und die – wenn nur ein entsprechendes Tatobjekt in den Einwirkungsbereich des Täters gelangt – ohne weiteres eine konkrete Gefährdung und gegebenenfalls auch eine Beeinträchtigung zur Folge haben können.”¹³³

Som exempel anges bl.a. schwere Brandstiftung (§ 306a Strafgesetzbuch) och trafikbrott såsom rattfylleri, olovlig körning och hastighetsöverträdelser.

Konkrete Gefährlichkeitsdelikte skiljer sig från Vorbereitungsdelikte därigenom att de kan leda till skada (eller fara) utan anknytande beteende av gärningsmannen eller av någon annan och från Kumulationsdelikte därigenom att skada (eller fara) kan inträda också utan att ett visst antal medborgare agerar på likartat sätt.

Frågeställningen här blir huruvida det är legitimt att kriminalisera gärningar vilka är potentiellt farliga, men vilka i det enskilda fallet varken leder till intrång i de bakomliggande skyddsintressena eller till konkret fara för dessa.

8. Med andra ord kan man – även om man accepterar att den skada som skall förhindras är sådan att den kan motivera användning av straffrätt – mena att kopplingen mellan gärning och skada i vissa fall inte är sådan att den som utför gärning x kan lastas för skadan y, eller i vart fall att den som utför x kan lastas för y bara om vissa särskilda skäl kan anföras. Ett sätt att söka sammanbinda gärning och skada, som både Husak och Ashworth tycks förorda, är att kräva att gärningsmannen uppvisar en hög grad av skuld i förhållande till den slutliga skadan. Frågan om huruvida detta är en framkomlig väg för att legitimera förfäلتsdelikt diskuteras närmare nedan i avsnitt 5.X samt (och mer utförligt) i kapitel 6.

9. De här diskuterade problemen har i första hand kopplats till självständiga förfäلتsdelikt. När det gäller osjälvständiga förfäلتsdelikt tycks man ofta mena att problemet är mindre eller ligger på en delvis annorlunda ledd; frågan är inte om gärningsmannen

¹³³ von Hirsch & Wohlers 2003 s. 199. Jfr även Wohlers 2000 s. 309 och 311.

(överhuvudtaget) kan göras ansvarig för den skada som ytterst motiverar kriminaliseringen (man bör väl alltid kunna ansvara för sitt eget uppsåt?), utan om gärningsmannen kan eller bör göras ansvarig redan på det stadium där straffrätten griper in.

VI. AVSTÅNDSDIMENSION (4) – MEDBORGARSYN

1. En annan viktig aspekt på förfäلتsdelikten är att hanteringen av dem har återverkningar på, eller avspeglar, synen på relationen mellan stat och medborgare (och andra individer)¹³⁴ i olika avseenden. Det är sålunda inte helt ovanligt att man inom straffrätten (både straffrättsdogmatiken och straffrättsfilosofin) menar att vissa företeelser (regler) reflekterar en straffrättsideologi enligt vilken straffrätten syftar till att ta hand om "dem" (brottslingarna) snarare än att utgöra ett system för "oss" (som ett kollektiv av samhällsmedborgare).¹³⁵ Här är särskilt intressant att notera att flera framställningar som berör, eller bygger på, detta tema också anknyter just till förfäلتsdelikten som företeelse.¹³⁶

2. En av de mer inflytelserika framställningarna som har skrivits kring förfäلتskriminaliseringar har författats av Günter Jakobs år 1985.¹³⁷ Jakobs introducerade en dikotomi mellan å ena sidan vad han kallar *bürgerliche Strafrecht* och en *Feindstrafrecht* å den

¹³⁴ I det följande talar jag om "samhällsmedborgare" i syfte att antyda att begreppet medborgarskap inte nödvändigtvis skall läsas bokstavligt och utifrån dess juridiska mening.

¹³⁵ Se t.ex. Jareborg 1995b s. 30 och Asp 2001 s. 152.

¹³⁶ I sammanhanget kan också – och mer generellt – framhållas att utpräglat viljeinriktad straffrätt ofta kännetecknar totalitära samhällen; här kan t.ex. hänvisas till nationalsocialismens starkt vilje- och gärningsmannainriktade straffrätt. Se Hartl 2000 s. 91: "Der Schwerpunkt des Willensstrafrechts beruhte auf der verbrecherischen Persönlichkeit des Täters und auf dessen innerer Vorstellungen, Unrecht zu begehen." Jfr även Letzgus 1972 s. 220: "Der Weg vom Erfolgs- zum Gefährdungsstrafrecht entspricht der modernen Entwicklung eines effektiven Rechtsgüterschutzes, ein Willensstrafrecht ist jedoch meist von polizeilichem Geist erfüllt und Kennzeichen totalitärer Staaten."

¹³⁷ Jakobs 1985.

andra. Slagordsmässigt kännetecknas detta begreppspar av att "[d]as Feindstrafrecht optimiert Rechtsgüterschutz, das bürgerliche Strafrecht optimiert Freiheitssphären."¹³⁸

Jakobs' huvudpoäng kan sägas vara att man inte ensidigt bör se till skyddet av rättsgoda (samhällsmedborgaren bör inte uteslutas betraktas som en fara för rättsgoda) utan också till gärningsmannens rättigheter (gärningsmannen bör betraktas som en samhällsmedborgare, vars privatsfär staten bör respektera). Jakobs betonar särskilt och genomgående att staten bör efterfråga eller efterforska "det interna" (t.ex. planer, syften, motiv) endast om en gärning som kan sägas vara extern och störande ger anledning härtill:

"es geht im Strafrecht eines freiheitlichen Staates nicht um eine Kontrolle der Interna einschließlich der Motive, sondern um eine Kontrolle der Externa. *Die Frage nach den Interna ist nur zur Interpretation sowieso schon störender Externa erlaubt.* Ein Verhalten muß demnach, soll es strafbar sein, unabhängig von der subjektiven Seite und ... überhaupt unabhängig von dem Verhalten des Täters in seinem Privatbereich als Störung verstanden werden."¹³⁹

Ett minimikrav för straffrättsliga ingripanden är sålunda att det har förekommit något som oberoende av gärningsmannens planer, syften, motiv etc. kan betraktas som en (extern) störning. Först när en sådan störning förekommit kan en undersökning av det "Interna" legitimeras.

"Ohne externes störendes Verhalten darf ein Subjekt nicht auf seine Interna festgelegt werden, wobei die Interna den gesamten Privatbereich umfassen, nicht nur Gedanken. Das Gesetz kann zwar den Privatbereich um abstrakt gefährdendes Verhalten beschneiden, aber dies muß ohne Blick auf den Planungszusammenhang geschehen."¹⁴⁰

Jakobs bygger, som ovan antytts, sina slutsatser på ett medborgarbegrepp som innebär att den enskilde har (eller bör ha) en privat-

¹³⁸ Jakobs 1985 s. 756.

¹³⁹ Jakobs 1985 s. 761.

¹⁴⁰ Jakobs 1985 s. 773.

sfär som går utöver makten över sina tankar och inkluderar bl.a. "Kleidung, einvernehmlichen sozialen Kontakten, Wohnung und Eigentum".¹⁴¹ Principen *cogitationis poenam nemo patitur* (ingen skall bestraffas för sina tankar) är därför alltför begränsad i en "frihetlig" stat.¹⁴² Så länge ett visst beteende håller sig inom den angivna privatsfären kan det i princip inte vara brottsligt:

"Was mit seinen Wirkungen noch voll in der Sphäre liegt, in der ein Bürger sich öffentliche Kontrolle verbitten darf, von der Intimität des Körpers bis hin zu einvernehmlichen sozialen Kontakten, kann nicht strafbare Vorbereitung oder Versuch oder gar Vollendung eines Delikts sein."¹⁴³

Jakobs underkänner följaktligen t.ex. privata överenskommelser att begå brott enligt § 30 Strafgesetzbuch liksom andra förberedelsebrott som uteslutande begås inom ramen för privatsfären.¹⁴⁴

När staten bestraffar i strid med Jakobs' rekommendationer behandlar den samhällsmedborgaren som – eller degraderar denne till – en fiende.¹⁴⁵ Och därigenom definierar staten också sig själv i någon mening.¹⁴⁶

I sammanhanget bör slutligen nämnas att en viktig gräns som Jakobs drar upp för den medborgerliga friheten är den gräns där gärningsmannens kontroll över ett visst skeende slutar:

"Die Strafbarkeit des Nicht-mehr-Beherrschbaren ist das Gegenstück der Straffreiheit der nur-internen Organisation ... Nicht Beherrschbares ist nicht intern."¹⁴⁷

Skall man sammanfatta Jakobs, i de delar som här är av relevans, kan enklast sägas att intrång i samhällsmedborgarens privatsfär får

¹⁴¹ Jakobs 1985 s. 755.

¹⁴² Jakobs 1985 s. 755: "Die Regel 'cogitationis poenam nemo patitur' ist also nur eine einzelne Konkretisierung des allgemeinen Satzes, daß allein die Interna eines Subjekts keine soziale Störung sein können."

¹⁴³ Jakobs 1985 s. 756.

¹⁴⁴ Jakobs 1985 s. 765 f. Jfr, kritisk, Roxin § 28.II.6.

¹⁴⁵ Jakobs 1985 s. 773.

¹⁴⁶ Jfr Jakobs 1985 s. 755.

¹⁴⁷ Jakobs 1985 s. 766 f. och 784.

ske endast efter att denne har gjort något externt som också kan klassificeras som störande.¹⁴⁸ Som kommer att framgå menar jag att Jakobs' grundtanke – att gränsen för legitim kriminalisering på förfältsområdet delvis måste dras med beaktande av statens relation till och funktion i förhållande till samhällsmedborgarna – är god och användbar. Samtidigt finner jag det svårt att se att tanken kan dras så långt som Jakobs hävdar (särskilt när det gäller brottsförberedande samverkan mellan individer).¹⁴⁹

3. I sammanhanget kan också hänvisas till Dencker som i anslutning till Jakobs' terminologi skisserat två "prototypische Strafrechtsmodelle".¹⁵⁰ Dencker skisserar först en "Bürgerstrafrecht" som kännetecknas av:

- att straffrättsliga ingripanden grundar sig på en begången gärning som är noggrant beskriven i lag och som kan betecknas som socialskadlig,
- att gärningsmannens avsikter, planer, motiv etc. inte självständigt eller i kombination med neutrala gärningar tillåts ligga till grund för straffansvar utan istället i första hand är relevanta därigenom att de har betydelse för straffmätningen,
- att den tillhörande straffprocessrätten börjar med en misstanke om ett begånget brott,
- att starka maktmedel visserligen kan användas i förhållande till den som är misstänkt för brott, men att denne betraktas som oskyldig till dess förfarandet avslutats,
- att den enskilde har rätt att vara passiv och det finns en princip om "Waffengleichheit", och
- att man får göra intrång i den enskildes grundrättigheter bara inom definierade ramar med anknytning till den enskilda processen.

Dencker betonar vidare skuldprincipens koppling till synen på förhållandet mellan stat och samhällsmedborgare. Skuldprincipen ba-

¹⁴⁸ Jakobs 1985 s. 761 f.

¹⁴⁹ Jfr Jakobs 1985 s. 757.

¹⁵⁰ Dencker 1988 s. 262 ff.

serar sig på antagandet om människans frihet och de konstitutionellt garanterade friheterna hänger intimt samman därmed:

”Weil (und nur: weil) die Menschen als frei angesehen werden, sich für das Recht zu entscheiden, ist ihre Freiheit als allgemeine Handlungsfreiheit garantiert; die Handlungsfreiheit eines zum Bösen, zum Unrecht determinierten Menschen zu garantieren – das sich vorzustellen fällt schwer.”¹⁵¹

Enkelt uttryckt menar Dencker alltså att man i en ”freiheitlicher Staat” utgår ifrån att samhällsmedborgarna, till dess att motsatsen har bevisats, är att se som ”zum Guten, zum Recht fähigen Wesen” och inte som farekällor.

I motsättning till denna ”Bürgerstrafrecht” ställer sedan Dencker en ”Feindstrafrecht” som bl.a. kännetecknas av:

- att människan ses som en farekälla (straffrätten bygger inte på en tanke om en ”fehlgegangenen” samhällsmedborgare utan på tanken att vissa personer har valt att vara onda, att vara rättsordningens fiender),
- att brottsbeskrivningarna utsträcks långt ut i ”förfäktet”; principiellt sett skulle en ”Feindstrafrecht” kunna bygga helt på farlighetsbedömningar; av praktiska skäl anknyts emellertid till brottsbeskrivningar på sedvanligt sätt. Dessa går dock – för att syftena bakom straffrätten skall kunna uppnås – långt ut i förfäktet. Detta kan ske antingen genom ett ”förfärligande” av objektivt oskyldiga handlingar genom överskjutande onda tankar, subjektivering, eller genom användande av gärningar vilka anses ge belägg för en farlig vilja. Dessa abstrakta faredelikt skiljer sig emellertid från Bürgerstraffrättens däri-genom att de endast kan legitimeras genom att de knyts till en farlig vilja;¹⁵²
- att straffprocessrättsliga verktyg kan sättas in innan gärningen förövats,

¹⁵¹ Dencker 1988 s. 263 högerspalt.

¹⁵² Här kan man nog tycka att man känner igen sig i den svenska utvecklingen. Jfr nedan vid not 214 angående skälen bakom det svenska förberedelsestadgandet i ursprunglig lydelse; från denna utgångspunkt kan man nog utan att vara orättvis säga att utvecklingen har gått i riktning mot ett ansvar som i större utsträckning bygger på gärningsmannens uppsåt.

- att processen bygger på skuld- och farlighetspresumtioner (vilket bl.a. avspeglar sig i användningen av lockfåglar etc.),
- att passivitetsrätten blir inskränkt eftersom det inte finns någon anklagelse för brott, och
- att man får göra intrång i den enskildes grundrättigheter efter behov och utan någon koppling till den enskilda processen.

Efter att ha uppställt dessa prototyper ställer Dencker frågan i vilken omfattning ett prototypbyte (från Bürgerstrafrecht till Feindstrafrecht) kan anses berättigat. I denna del utgår Dencker från att det faktiskt finns ”gefährliche Menschen” såsom ”Berufsskiller, Terroristen, Mafioso usw.”.¹⁵³ Några grundläggande synpunkter anges härefter. För att en ”Modellwechsel” skall kunna legitimeras fordras:

- att det förekommer hotande kriminella system som inte kan motverkas tillräckligt genom en straffrätt uppbyggd enligt den prototyp som Dencker kallar Bürgerstrafrecht,
- att dessa system hotar att leda till stora sociala skador, och
- att dessa system kan verksamt bekämpas med ”feindstrafrechtliche Regeln”.

Om dessa grundläggande förutsättningar är uppfyllda bör enligt Dencker vidare beaktas:

- att reglerna måste utformas så att handhavandet av dem inte öppnar för godtycke,
- att reglerna hålls inom restriktiva ramar så att de inte ”durch ihre zu Krasse Wertabweichung” förstör ”das Bürgerliche Strafrecht” eller genom bristande acceptans omöjliggör sin egen effektivitet, och
- att reglerna inte smittar av sig genom analogier eller ”durch die Prägung einer bestimmten Mentalität der Rechtsanwender”.

Dencker sammanfattar det sagda enligt följande:

”Der Ausnahmecharakter solcher Regelungen muß deutlich gemacht werden und ihr Einfluß eingegrenzt werden. Anderenfalls droht das,

¹⁵³ Dencker 1988 s. 265 högerspalt.

was beim Duchense-Paragraphen 1876 falsch gemacht worden ist, zum systematischen Fehler zu werden: Eine Regelung, die auf den politischen Feind gemünzt ist, entwickelt sich zum allgemeinen Grundsatz und bedroht so Bürgerstrafrecht weit über das politische Konfliktfeld hinaus, auf dem sie entstanden ist.”¹⁵⁴

4. Vi kan notera att båda de tyska rättsvetenskapare som har citerats ovan betonar ett tidigareläggande av ansvaret i kombination med ett krav på ”onda avsikter” som karaktäristiskt för en ”Feindstrafrecht”. Jakobs framhåller att staten behandlar sina samhällsmedborgare som fiender när den gör intrång i privatsfären utan att samhällsmedborgaren givit anledning härtill genom externt och störande beteende. Dencker pekar å sin sida på att man också i en ”Feindstrafrecht” använder brottsbeskrivningar, men att man flyttar bak gränsen för ansvar på olika sätt: antingen genom att man motiverar kriminalisering av oskyldiga gärningar genom tillägg av överskjutande uppsåt, onda avsikter etc. eller genom kriminalisering av gärningar vilka på sin höjd innefattar abstrakt fara och som kan innebära konkret fara endast under förutsättning att man utgår ifrån ett ont uppsåt.

5. Ett ytterligare – delvis överlappande – perspektiv som kan läggas på frågan om förfältskriminaliseringar är den moraliskt grundade tanken att samhällsmedborgaren av rättssystemet bör behandlas som en ansvarig agent. Poängen är att rätten (och inte minst straffrätten) bör vara något annat än ett system för tvångsvis kontroll av samhällsmedborgarnas beteende, nämligen ett system som ”allow[s] them as much freedom as possible to determine their own conduct”.¹⁵⁵

Som bl.a. Duff själv framhåller är det givet att det är oförenligt med denna utgångspunkt att tillåta exempelvis inkapacitering enbart på grund av förväntningar om framtida beteende. Däremot är det inte lika uppenbart inkompatibelt med tanken på en ansvarig agent att låta straffrätten komma in på ett relativt tidigt sta-

¹⁵⁴ Dencker 1988 s. 266 vänsterspalt.

¹⁵⁵ Duff 1996b s. 37.

dium i handlingsprogressen; också i detta fall förses ju samhällsmedborgaren med skäl för att avstå och behåller valet för sig själv. En alltför vid kriminalisering i denna riktning innebär emellertid att vi inte låter den potentielle gärningsmannen fungera som en moraliskt ansvarig agent – dvs. vi litar inte på att skälen vi förser honom med kommer att verka avhållande – utan vi griper in med tvång på ett stadium då skälen för ingripandet ännu i huvudsak ligger framför individen.¹⁵⁶ Ytterst innebär detta att man riskerar att hamna i en situation motsvarande den som Jakobs och Dencker talar om.¹⁵⁷

VII. AVSTÅNDSDIMENSION (5) – LEGALITET?

1. I litteraturen har vidare diskuterats huruvida det faktum att man vid osjälvständiga förfäلتsdelikt fokuserar mer på uppsåtet, än på gärningen som sådan, inte sällan också leder till legalitetsproblem, såtillvida att obestämdhetsförbudet riskerar att trädas för när. Sålunda menar Lange att § 30 Strafgesetzbuch strider mot obestämdhetsförbudet i artikel 103 II Grundgesetz på grund av "[das] Übergewicht des Gesinnungsmoments".¹⁵⁸

2. För egen del menar jag att problemet egentligen inte bör förstås som en legalitetsfråga. Förfäلتsdelikt sådana som det svenska förberedelsebrottet kan föranleda legalitetsproblem, men det finns ingenting som säger att det behöver vara så.¹⁵⁹ Också en deliktstyp som uteslutande bygger på uppsåt kan vara nog så bestämt utformad (exempelvis är det svårt att se att "direkt uppsåt att döda" är en mer otydlig avgränsning än "beröva annan livet"). Det faktum

¹⁵⁶ Duff 1996b s. 387 ff.

¹⁵⁷ Jfr även Husak 1995 s. 174 (i anslutning till *the persistence requirement*).

¹⁵⁸ Kohlrausch & Lange § 49 a.III.

¹⁵⁹ Detta synes också vara Roxins mening. Se Roxin 2003 § 28.II.6: "Auch werden nicht vage Gesinnungen, sondern klar bezeichnete Verbrechensvorbereitungen bestraft. Das ist wegen der Vorverlegung der Strafbarkeit rechtsstaatlich nicht unproblematisch; aber gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt es nicht."

att en viss deliktstyp framhäver gärningsmannens uppsåt eller avsikter och ställer begränsade krav vad gäller gärningen kan emellertid leda till stora bevisproblem. Denna fråga behandlas i nästkommande avsnitt.

VIII. AVSTÅNDSDIMENSION (6) – BEVISBARHET

1. Ovan har argumenterats för att det inte finns någon nödvändig koppling mellan förfäldsdelikt och legalitetsproblem. En annan sak är att förfäldsdelikt som bygger på ett överskjutande uppsåt, och där de s.k. objektiva rekvisiten skjuts i bakgrunden, kan öppna för godtycke, bristande enhetlighet och diskriminering, vilket beror både på att det (generellt sett) är svårt att vederlägga bedömningar angående uppsåt och på att man – genom att tunna ut de rekvisit som är hänförliga till vad gärningsmannen faktiskt gör – också gör underlaget för uppsåtsbedömningen bräckligare.

2. Låt oss börja med det förstnämnda problemet. Det är visserligen sant att vi mycket ofta kan dra ganska säkra slutsatser om gärningsmannens insikter och avsikter på grundval av vad han eller hon faktiskt gör (gärningen utgör s.a.s. bevisfaktum för uppsåt),¹⁶⁰ men det finns likväl särskilda bevisproblem förknippade med uppsåtskravet.¹⁶¹

För det första kan sägas att bevisproblemen blir stora i de flesta fall där vi rör oss i uppsåtets gränsland. I fall där det gäller att bedöma hur gärningsmannen har uppfattat sannolikheten eller risken för något visst eller att bedöma huruvida gärningsmannen har varit likgiltig inför (eller accepterat) något rör vi oss på ett område där det i praktiken alltid kommer att råda osäkerhet kring de nyanser och grader gällande gärningsmannens insikter och inställningar som faktiskt efterfrågas. I många fall torde inte ens gär-

¹⁶⁰ Jareborg 2001 s. 308.

¹⁶¹ Se t.ex. Strandbakken 2003 s. 388 ff. Det bör kanske tilläggas att de problem som diskuteras i detta avsnitt inte förutsätter att man utgår ifrån en strikt dualism (kropp/själ). Se t.ex. Duff 1990 s. 129 ff.

ningsmannen själv (som ändå måste sägas vara i en privilegierad position) ha klart för sig exakt vad han eller hon uppfattade om sannolikheten för något visst eller vad han eller hon hade för inställning. Kort sagt lämnas ett inte obetydligt utrymme för bedömningar å åklagares och domares sida.

För det andra, och det är minst lika viktigt, kan sägas att de bedömningar som måste göras i praktiken nästan aldrig kan vederläggas. Det är när det gäller ansvarsförutsättningar hänförliga till gärningen (åtminstone i viss utsträckning) möjligt att föreställa sig att bevisning kommer fram som (också i praktiken) vederlägger en slutsats som en domstol dragit om vad en viss person har gjort sig skyldig till (det kan t.ex. träda fram ett vittne som berättar att den tilltalade överhuvudtaget inte har varit på platsen, det kan komma fram en videokassett som utvisar att en viss effekt inte alls orsakats av den tilltalade osv.). När det gäller bedömningar av uppsåt i fall som inte är alldeles uppenbara, torde man i regel kunna utgå ifrån att möjligheten att det skall framkomma något som vederlägger den bedömning som görs av en domstol är så liten att den kan betraktas som teoretisk.¹⁶² Därmed kan också sägas att den bedömning som t.ex. en domstol skall göra blir ”friare” såtillvida att den görs med vetskap om att den inte kommer att kunna påvisas vara direkt felaktig.

3. Till detta skall läggas att man, vid kriminalisering av gärningar som sträcker sig långt ut i förfäktet, i regel minskar kraven på gärningen och kompenserar detta med ett överskjutande uppsåt (se vidare avsnitt 5.X). Detta innebär att underlaget för uppsåtsbedömningen blir mer begränsat vilket i sin tur medför att bedömningarna blir svårare och osäkrare än de annars skulle ha varit.¹⁶³ I likhet med Husabø menar jag att detta ökar risken för oriktiga fällande domar,¹⁶⁴ och jag menar också att det ökar risken för att

¹⁶² Helt torde dock inte kunna uteslutas att t.ex. nya vittnesmål kan leda till att det bedömda beteendet måste omtolkas fullständigt.

¹⁶³ Här kan jämföras med det krav på att gärningen är ”objektivt mistänkelig” som, visserligen utifrån en ganska extrem subjektiv utgångspunkt, i dansk rätt förfäktats bl.a. av Lassen 1879. Se närmare nedan avsnitt 6.VIII.

¹⁶⁴ Husabø 1999 s. 377 och 2003b s. 221.

mer eller mindre ovidkommande faktorer (såsom att gärningsmannen tidigare har gjort sig skyldig till brott eller tillhör en viss grupp i samhället) tillmäts betydelse vid bedömningen. I den bästa av världar skulle man möjligen kunna förlita sig på att detta problem upplöses av sig självt – ett dåligt underlag för uppsåtsbedömningen bör betyda att det är svårt för domstolen att finna vare sig uppsåt eller icke uppsåt styrkt, vilket i sin tur (kombinerat med de beviskrav som normalt upprätthålls i brottmål)¹⁶⁵ bör leda till frikännande – men i en sådan värld lever vi inte.

4. Särskilt centralt att hålla i minnet är att straffrätten inte bara utgör grunden för bestraffning, utan därutöver ligger till grund för tvångsmedelsanvändning vid vilken helt andra beviskrav tillämpas. Detta medför att straffbestämmelser kan vara mycket användbara för myndigheterna trots att det är i regel är svårt att bevisa att brott har begåtts (därför att det för användning av tvångsmedel fordras blott "sannolika skäl" eller uppfyllande av något annat liknande beviskrav). I ett mer medborgarfokuserat och rättsstatsinriktat perspektiv kan man uttrycka samma sak genom att säga att straffbestämmelser som rent straffrättsligt skulle kunna betraktas som mer eller mindre ofarliga och oanvändbara (eftersom de förutsätter full bevisning om något som nästan aldrig kan bevisas) ändå kan vara högst problematiska därför de kan ligga till grund för tvångsmedelsanvändning (där beviskraven är lägre).¹⁶⁶

5. De problem som här diskuteras kan i och för sig sägas vara besläktade med de problem som är knutna till legalitetsprincipen. Liksom när det gäller annan begreppsbildning menar jag emellertid att det finns skäl att använda så många begrepp som vi behöver för att kunna kommunicera nyanserat och ge uttryck för relevanta distinktioner, och jag menar nog att det finns skäl att göra skillnad på om osäkerhet är att hänföra till rättsfrågeplanet (obestämthetsförbudet) eller till sakfrågeplanet (bevisbarhet).

¹⁶⁵ Se rörande beviskravet vid subjektiva rekvisit t.ex. Jareborg 2001 s. 309 och Strandbakken 2003 s. 395 ff.

¹⁶⁶ Se t.ex. NOU 2003:18 s. 174 (vedlegg 2: Husabø).

IX. AVSTÅNDSDIMENSION (7) – NYTTA

1. Det faktum att förfälsdelikt tillåter ett avstånd mellan brottsbeskrivningsenlighet och skada medför inte bara att det finns en risk för kriminalisering av gärningar vilka inte ökar risken för skada. Därutöver innebär det faktum att förfälsdelikten tillåter sådant avstånd till skada en ökad risk för att de gärningar som kriminaliseras på ett eller annat sätt är nyttiga och att denna nytta uppväger de risker som gärningarna medför. Också gärningar vilka inte utgör förfälsdelikt kan naturligtvis vara nyttiga i viss utsträckning, men det torde vara sällsynt att nyttoaspekten överväger.

2. Det är lätt att konstatera att nyttotänkandet emellanåt föranleder att mycket riskfyllt beteende tolereras medan beteende som innefattar begränsade risker kriminaliseras. Ett exempel på att mycket riskfyllt beteende tolereras med hänvisning till nyttoaspekter är biltrafik (vilket inte är generellt kriminaliserat men betydligt mer riskfyllt än mycket annat).¹⁶⁷ Det omvända torde kunna sägas t.ex. om främjande av utländskt spel (vilket är kriminaliserat trots att det torde innebära relativt begränsade risker). Det sagda torde i och för sig inte bara bero på nyttoöverväganden; tradition torde spela en inte obetydlig roll.

3. Nyttoaspekten vid förfälskriminaliseringar diskuteras av Husak i relation till kravet på empiriskt stöd för att en viss gärningstyp ökar risken för skada (*the empirical principle/the causal requirement*).¹⁶⁸ Han säger att kravet på dylikt empiriskt stöd måste tillämpas med förnuft och anpassas till andra principer. En sådan princip är att kravet på empiriskt stöd måste ställas högt ("the causal connection

¹⁶⁷ Denna form av dubbelmoral torde vara en av orsakerna till att man från politiskt håll strävar efter att upprätthålla tanken på en nollvision (inga döda i trafiken); man vet att trafiken är farlig men nödvändig. Hävdandet av en nollvision blir här ett sätt att freda sig från denna insikt genom att ett indirekt påstående om att olyckorna egentligen är onödiga.

¹⁶⁸ Se ovan avsnitt 5.III.

between x and y must be more firmly established”) om gärnings-
typen har ett påtagligt värde i sig.¹⁶⁹

Ashworth talar istället, i samband med en diskussion kring kriminalisering av innehav av farliga föremål, om att en form av cost-benefit-analys bör göras. Med hänvisning till Feinberg¹⁷⁰ – och det allmänna argumentet för tillåtlighet av vapen i USA – sägs sålunda att varje angripare som kan avskräckas eller upptäckas tack vare att privat vapeninnehav är tillåtet sannolikt motsvaras av åtskilliga oskyldiga som skjutits av våda eller i samband med olika typer av gräl. Ashworth pekar sedan på att ekvationen säkerligen ser annorlunda ut när det gäller köksknivar:

”where the frequent opportunities for harmless culinary use probably dwarf the numbers of injuries or deaths, accidental or otherwise”.¹⁷¹

4. Nyttواسpekten är sammantaget en faktor som bör beaktas vid kriminalisering. Som ovan nämnts är jag dock, tentativt, av den åsikten att nyttoaspekten snarare är relevant vid frågan om kriminalisering *bör* ske (än vid frågan om kriminalisering *får* ske). Som utgångspunkt kan därför nyttoaspekten lämnas därhän vid en diskussion kring legitim kriminalisering.

X. SÄRSKILT OM FÖRFÄLTSDELIKT OCH ÖVERSKJUTANDE UPPSÅT

1. En särskild aspekt av betydelse för legitimationen av förfältskriminaliseringar har att göra med gärningsmannens inställning till den skada som ytterst skall förhindras.

Här finns naturligtvis mycket stort utrymme för variation. Om vi utgår ifrån att syftet med vapenbrott är att förhindra personskador kan vi t.ex. jämföra vapensamlaren A, som köper in ett vapen utan licens i syfte att ständigt förvara det i ett kassaskåp, och

¹⁶⁹ Husak 1992 s. 193.

¹⁷⁰ Feinberg 1984 s. 195 f.

¹⁷¹ Ashworth 1999 s. 53.

personen B som köper ett motsvarande vapen i syfte att senare använda det vid ett mord. A saknar varje tanke på att vapnet skall kunna komma att användas för att skada en person (hon är på sin höjd omedvetet oaktsam), medan B har för avsikt att använda vapnet på just detta sätt.

För att klargöra den straffvärdemässiga betydelsen av avsikter kan vi också jämföra ett försöksbrott med ett fall där motsvarande fara uppkommer på grund av oaktsamhet, t.ex. jämföra den klumpige värnpliktige A som av våda avlossar ett skott som missar hans kamrater med någon meter och personen B som i syfte att döda skjuter mot ett tilltänkt offer men missar.

För tillfället kan räcka med att konstatera att det torde stå alldeles klart att vi enligt gällande rätt bedömer A:s och B:s handlingar väsentligt olika i de båda exemplen och att detta i princip uteslutande beror på gärningsmannens inställning till den skada som delikten ytterst syftar till att förhindra.

2. Som noterats ovan i avsnitt 5.I har Husak bland sina principer för legitimering av förfäلتsdelikt uppställt vad han kallar ett *high culpability requirement*, vilket betyder att gärningsmannen skall uppvisa en hög grad av skuld i förhållande till den skada som ytterst skall förhindras från att inträda. Mer konkret innebär detta ett krav på att någon av de mer straffvärda formerna av uppsåt skall föreligga i relation till skada.¹⁷² I realiteten innebär detta att Husak uppställer ett krav på att ett (kvalificerat) överskjutande uppsåt föreligger hos gärningsmannen. Oaktsamhet i förhållande till skada skulle med andra ord inte vara tillräckligt för att legitimera straffansvar för förfäلتsgärningar.

Detta kriterium är kanske på sitt sätt sympatiskt, men enligt min uppfattning är analysen alltför förenklad. Husak bortser nämligen från två förhållanden.

För det första bortser han från den betydelse som gärningsmannens personliga ansvar har för gärningens straffvärde. Om vi uppställer ett krav på ett kvalificerat överskjutande uppsåt i förhål-

¹⁷² Husak 1995 s. 171 f. och 175 f.

lande till skada såsom förutsättning för bestraffning av en förfäls-gärning innebär detta ofrånkomligen att gärningens straffvärde kommer att bedömas vara betydligt högre än det straffvärde som gärningen skulle förskylla utan det kvalificerade överskjutande uppsåtet. Ofta torde det t.o.m. förhålla sig så att det överskjutande uppsåtet används för att legitimera bestraffning av en gärning som överhuvudtaget inte kan anses straffvärd det överskjutande uppsåtet förutan. För att illustrera detta kan lämpligen ett exempel från dansk rätt – som har ett synnerligen omfattande försöksansvar¹⁷³ – användas. Antag att A köper en ask tändstickor med uppsåt att sätta B:s hus i lågor. Detta torde utgöra ett försök till mordbrand enligt dansk rätt och, åtminstone under vissa förutsättningar, ha ett straffvärde som motsvarar ett inte obetydligt fängelsestraff. Om vi reducerar bort A:s uppsåt från denna gärning får vi en gärning som – självklart – är icke kriminaliserad och tillåten.

Att uppställa ett överskjutande uppsåt utgör följaktligen inte endast ett sätt att begränsa ansvaret, utan också ett sätt att utöka detsamma. Uppsåtet kan sägas vara inculperande såtillvida att alternativet hade varit icke kriminalisering eller kriminalisering med ett väsentligt lägre abstrakt straffvärde. Enligt min mening kan Husaks andra princip därför inte utan vidare betraktas som begränsande vad gäller förfälsdelikt. Om man följer denna princip har man m.a.o. gjort ett val där man samtidigt har valt bort andra möjliga (och kanske viktigare) begränsande principer. Det är inte givet att en kriminalisering enligt vilken ansvar förutsätter ett kvalificerat överskjutande uppsåt (och där straffvärdet blir relativt högt) skall anses ha ett försteg – från legitimationssynpunkt – framför en konstruktion som bygger på tillämpning av täckningsprincipen.

För det andra bortser Husak från de problem som finns när tekniken med överskjutande uppsåt används på ett alltför extensivt sätt. Bl.a. kan just det faktum att det uppställs ett krav på ett kvalificerat överskjutande uppsåt i viss utsträckning antas leda till en

¹⁷³ Se t.ex. Greve 2004 s. 74 ff. och Toftegaard Nielsen 2004 s. 161 ff.

urvattning av de krav som relaterar till gärningen; användandet av ett krav på överskjutande uppsåt är vad som legitimerar att kraven vad gäller gärningen sätts lägre (vi har s.a.s. från början klart för oss att vi har att göra med en "brottsling").

3. I sammanhanget kan hänvisas till Jakobs' kritik av förfälskriminaliseringar. Jakobs betonar, som ovan nämnts, att varje medborgare har (eller bör ha) en privatsfär omfattande inte bara tankar utan också kläder, bostad osv. För att respektera denna fordras att staten i vart fall inte utan att medborgaren gör sig skyldig till vad Jakobs kallar en extern störning får efterfråga det interna:

*"Die Frage nach den Interna ist nur zur Interpretation sowieso schon stören-der Externa erlaubt. Ein Verhalten muß demnach, soll es strafbar sein, unabhängig von der subjektiven Seite und ... überhaupt unabhängig von dem Verhalten des Täters in seinem Privatbereich als Störung verstanden werden."*¹⁷⁴

Dessa tankar står – på ett teoretiskt plan – inte nödvändigtvis i motsättning till Husaks *high culpability requirement*. Förutsatt att de gärningar som bestraffas uppfyller det krav på externt störande beteende som Jakobs uppställer, finns inget som hindrar att det interna (dvs. i detta fall uppsåtet) dras in som tolkningsdatum när det gäller att förstå och bedöma gärningen. Huruvida Husaks och Jakobs' teorier verkligen låter sig förenas på detta sätt beror bl.a. på i vilken utsträckning Husaks andra principer är begränsande. Det torde emellertid kunna konstateras att Husaks *high culpability requirement* tenderar att leda till att gränsen för straffansvar förläggs till ett tidigt stadium (och att det därför i viss utsträckning – åtminstone på ett praktiskt plan – kan sägas motarbeta hans *proximity requirement*).

I grunden torde de olika angreppssätten hos Husak och Jakobs kunna återföras på det faktum att Husak har ett mer begränsat perspektiv på frågeställningen. Man kanske skulle kunna uttrycka det så att där Husak diskuterar moralfilosofiskt grundade begränsningar som gäller vad en person bör kunna hållas ansvarig

¹⁷⁴ Se ovan avsnitt 5.VI.

för, diskuterar Jakobs socialfilosofiskt grundade begränsningar avseende straffrättens utbredning.

Mot bakgrund av det sagda står det redan nu klart att den spänning som finns inbyggd i frågan om hur man i ett legitimationsperspektiv bör se på ett krav på överskjutande uppsåt kommer att inta en central position i den följande framställningen; boken fokuserar ju på osjälvständiga förfältsdelikt vid vilka överskjutande uppsåt är en mer eller mindre självklar ingrediens.

6. Konstruktion

I. INLEDNING

1. I detta kapitel görs ett försök att, utifrån den inventering som har gjorts i föregående kapitel, konstruera en modell för bedömning av i vilken utsträckning osjälvständiga förfältsdelikt kan legitimeras.

2. Framställningen är upplagd så att jag i avsnitt 6.II lägger grunden för en dikotomi mellan delikt med och utan överskjutande uppsåt (vilket samtidigt bidrar till att motivera varför denna framställning i första hand fokuserar på osjälvständiga förfältsdelikt) och med stöd av denna dikotomi söker jag också påvisa att legitimationsfrågan beträffande osjälvständiga förfältsdelikt är tvådimensionell. I de följande avsnitten, 6.III–6.VI söker jag sedan utveckla denna utgångspunkt och göra den operationell. Härutöver innehåller kapitlet ett avsnitt där det sägs något om relationen mellan de osjälvständiga och de självständiga förfältsdelikten (avsnitt 6.VII), ett avsnitt med kommentarer av exkurskaraktär (avsnitt 6.VIII) samt en sammanfattning (avsnitt 6.IX).

II. BETYDELSEN AV KRAVET PÅ ÖVERSKJUTANDE UPPSÅT

1. I den följande framställningen kommer jag att bygga på tanken att det i ett legitimationsperspektiv finns en principiell skillnad mellan förfältsdelikt som innehåller ett krav på överskjutande uppsåt (i huvudsak osjälvständiga förfältsdelikt, men också vissa

självständiga) å ena sidan och övriga förfälsdelikt å den andra. Eftersom denna utgångspunkt på intet sätt är självklar, skall i det följande motiveras på vilket (eller vilka) sätt de osjälvständiga förfälsdelikten intar en särställning. Den tes som drivs kan sägas vara: *att ett krav på överskjutande uppsåt i viss utsträckning innebär att vi anteciperar vissa belastande faktorer till nackdel för gärningsmannen, vilket innebär vissa särskilda (deliktsinterna) legitimationsproblem.*

2. Ovan har frågan om överskjutande uppsåt kortfattat behandlats i anslutning till Husaks argumentation för ett *high culpability requirement*. Härvid har bl.a. konstaterats att ett uppställt överskjutande uppsåt inte endast bidrar till att begränsa ansvaret (allt annat lika gör det naturligtvis det) utan också till att legitimera (a) bestraffning överhuvudtaget (alternativet till kriminalisering med överskjutande uppsåt är ofta icke-kriminalisering), och (b) strängare bestraffning (alternativet till kriminalisering med överskjutande uppsåt är ibland bestraffning av en annan gärning med betydligt lägre straffvärde).

Ett överskjutande uppsåt kan alltså sägas ha både en *begränsande* och en *kvalificerande* funktion.

Detta är naturligtvis inget unikt just för överskjutande uppsåt; på samma sätt förhåller det sig med alla ansvarsförutsättningar inom straffrätten. Det är t.ex. väsentligt mer belastande att bli dömd för att uppsåtligen ha begått gärningen x än att bli dömd för att av oaktsamhet ha utfört gärningen x (och väsentligt mer belastande att bli dömd för att ha orsakat kroppsskada än att bli dömd för att ha orsakat fara för kroppsskada).¹⁷⁵ Samtidigt innebär ett uppsåtskrav en ansvarsbegränsning sett i relation till ett oaktsamhetskrav (liksom ett krav på kroppsskada innebär en ansvarsbegränsning i relation till ett krav på fara för sådan skada). Följaktligen kan de rekvisit som uppställs i en straffbestämmelse ses som både en begränsning och en kvalificering av deliktet. Motsvarande tanke, fast i omvänd riktning, ligger till grund för farhågor om att

¹⁷⁵ Jfr Asp 1999 s. 713 och 2000-01 s. 610 f.

en utvidgning av t.ex. våldtäktsbegreppet kan "urvattna" betydelsen av det.

3. Av vad som ovan sagts framgår att både självständiga förfältsdelikt och osjälvständiga förfältsdelikt kriminaliserar gärningar vilka inte i sig orsakar någon skada. Det speciella med osjälvständiga förfältsdelikt är att det genom kravet på överskjutande uppsåt finns en mycket mer påtaglig koppling till den skada som ytterst avses förhindrad (eller åtminstone till ett framtida läge som ligger närmare skada än själva förfältsdeliktet). Gärningsmannen skall ha uppsåt till att skada skall uppstå (på ett eller annat sätt) eller åtminstone uppsåt att något skall inträffa som s.a.s. tar oss ytterligare ett steg närmare skada (fråga kan ju vara om ett osjälvständigt förfältsdelikt som i sin tur relaterar till ett självständigt förfältsdelikt; ett exempel kan vara det osjälvständiga förfältsdeliktet försök till urkundsförfalskning – också om gärningsmannen hade lyckats i sitt uppsåt hade vi befunnit oss på ett stadium innan skada inträtt).

Det sagda kan uttryckas så att det mellan osjälvständiga och självständiga förfältsdelikt råder en skillnad beträffande *vad* gärningsmannen görs ansvarig för. Vid osjälvständiga förfältsdelikt läggs gärningsmannen till last inte blott det tillstånd som skapats genom gärningen utan han eller hon tillskrivs också en sorts *kuiperat ansvar för det som det överskjutande uppsåtet avser* (trots att detta ännu inte inträffat). Vid förfältsdelikt utan överskjutande uppsåt är extensionen i det gärningsmannen läggs till last mer begränsad (gärningsmannen läggs blott till last att han faktiskt utfört en gärning som är förknippad med vissa risker eller med viss fara).

4. Ytterligare ett sätt att uttrycka samma sak är att säga att uppsåtet vid osjälvständiga förfältsdelikt blir delvis inculperande medan så inte är fallet vid självständiga förfältsdelikt. Därmed kan också förfältsdelikten med överskjutande uppsåt sägas närma sig en slags sinnelagsetisk utgångspunkt (låt vara att det är skillnad på att utslutande bygga på sinnelaget och att beakta sinnelaget som en faktor av flera vid en straffvärdebedömning).

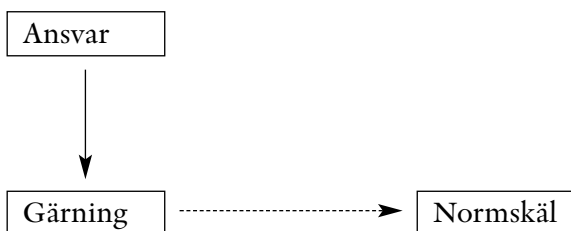
5. Mer konkret visar sig denna belastande effekt – i lagstiftningen – på två olika sätt. För det första innebär det faktum att en viss gärning, på grund av att gärningsmannen har överskjutande uppsåt, faller under ett osjälvständigt förberedelsedelikt antingen a) att en gärning som annars inte är kriminaliserad blir att bedöma som brottslig eller b) att gärningen kan bedömas enligt en förhöjd straffskala (enligt straffskalan för det osjälvständiga förfäلتsdeliktet istället för enligt straffskalan för ett annars tillämpligt självständigt förfäلتsdelikt). För det andra finns vid straffvärdebedömningen i regel möjligheter att ta hänsyn till gärningsmannens överskjutande uppsåt (enligt svensk rätt både enligt 29 kap. 1 § andra stycket och enligt 29 kap. 2 § 1 brottsbalken).

6. Det ovan sagda kan nu föras vidare till en diskussion rörande de legitimationsproblem som uppstår vid delikt med respektive utan krav på överskjutande uppsåt. Som redovisats ovan har von Hirsch och Wohlers fört en diskussion om delikt som bygger på skador som på ett eller annat sätt är avlägsna från gärningen, och därvid ifrågasatt om inte principer om "fairer Zurechnung" (fair imputation) ställer upp vissa begränsningar när det gäller att, genom självständiga förfäلتsdelikt, göra personer ansvariga för avlägsna (möjliga) konsekvenser av deras handlande.¹⁷⁶ Viktigt att observera här är att von Hirschs och Wohlers diskussion utgår ifrån delikt vid vilka möjliga konsekvenser inte tillräknas gärningsmannen på annat sätt än som grund för en generell kriminalisering; möjlig skada utgör endast ett normskäl, dvs. ett skäl att ha det ifrågavarande deliktet.¹⁷⁷ Gärningsmannen görs med andra ord inte ansvarig för (den avlägsna) effekten på annat sätt än genom att denna ligger till grund för en kriminalisering (som inte explicit relaterar till den skada som motiverar kriminaliseringen). Det är sålunda i sig fullt legitimt att hålla gärningsmannen ansvarig för det som läggs honom eller henne till last. Problemet är att kriminaliseringens legitimitet kan ifrågasättas mot bakgrund av det

¹⁷⁶ Se ovan avsnitt 5.V.

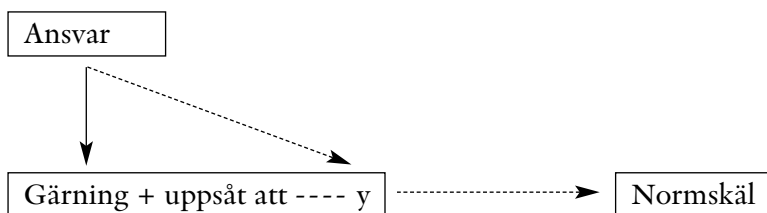
¹⁷⁷ Se rörande normskäl och beslutsskäl t.ex. Asp 2002 s. 160 ff.

avstånd som finns mellan gärningen och den skada som slutligt avses förhindrad. Problemet rör med andra ord relationen mellan norm och normskäl. Det sagda kan illustreras med en skiss (där en streckad linje indikerar legitimationsproblem):



Det bör tilläggas att rutan med ordet "gärning" i detta fall kan syfta på en överträdelse av ett delikt med presumerad fara, en överträdelse av ett delikt som förutsätter en ägnat att-bedömning, en överträdelse av ett konkret faredelikt osv. Med gärning avses alltså gärning i vid mening (inklusive eventuella följder, beledsagande omständigheter osv.). Att gärningsmannen kan hållas ansvarig för gärningen (i denna mening) säkerställs genom tillämpning av sedvanliga straffrättsliga principer för tillräknande; förutsatt att dessa är rimligt utformade uppstår sålunda inte några legitimationsproblem i denna del. Den fråga som uppstår är istället om kriminaliseringen av gärningen kan legitimeras utifrån de intressen som ytterst avses skyddade.

Vid osjälvständiga förfältsdelikt ser problematiken annorlunda ut. Här uppstår *utöver* frågan om relationen mellan norm och normskäl (är det t.ex. rimligt att kriminalisera förberedelse när det som ytterst skall förhindras är den skada som orsakas genom det brott som förberedelsen relaterar till) också frågan om tillräknande inom ramen för kriminaliseringen. Det kan, med andra ord, ifrågasättas inte bara huruvida kriminaliseringen är legitim beroende på dess relation till de ultimära målen, utan också huruvida det är rimligt att lägga gärningsmannen till last något som han ännu inte har utfört (och kanske inte ens har börjat utföra).



7. Man kan sammanfatta det sagda så att de rekvisit som uppställs av lagstiftaren har betydelse i två riktningar. Å ena sidan bidrar de till att legitimera kriminaliseringen (ju mer rekvisiten förutsätter i form av skada etc., desto lättare är det att legitimera kriminaliseringen av ifrågavarande gärning); å andra sidan bidrar de till att definiera vad den enskilde belastas med (ju mer rekvisiten förutsätter i form av skada etc., desto mer belastande är det att ha blivit fälld till ansvar). Från principiell synpunkt – och om vi utgår ifrån att det är legitimationsfrågan som är av intresse – uppstår därför delvis olika frågeställningar:

a) När det gäller självständiga förfältsdelikt blir huvudfrågan om *kriminaliseringen* kan rättfärdigas (eftersom det som gärningsmannen läggs till last är oskadligt).

b) När det gäller osjälvständiga förfältsdelikt blir huvudfrågan tude-lad. Den gäller:

(b.i) dels frågan om vi kan rättfärdiga att gärningsmannen faktiskt läggs till last det som straffbudet omfattar (eftersom det som gärningsmannen läggs till last är något som han faktiskt ännu inte gjort, utan bara tänkt); detta kan sägas vara en fråga om fair imputation som sällan ställs eftersom det i regel tas för givet att man kan tillräknas sina egna avsikter,

(b.ii) dels frågan om kriminaliseringen kan rättfärdigas (eftersom det som gärningsmannen läggs till last är oskadligt).

8. Det sagda kan förtydligas ytterligare genom att man uppmärksammar olika betydelser av termen oskyldig. En första, och traditionell, innebörd av begreppet (i) är att man förnekar att man har gjort något som motsvarar rekvisiten ("jag har inte dödat x" eller, vid förberedelse, "jag har inte tagit befattning med det avsågade hage/geväret" eller "jag har inte haft uppsåt att begå ett rån").

I linje med vad som ovan sagts torde kravet på att bestraffning skall avse skyldiga individer kunna tas ett steg längre och överföras till det materiella innehållet i bestämmelserna.¹⁷⁸ En andra innebörd av begreppet oskyldig (ii) blir då att man – på sätt som illustreras genom den första figuren (s. 96) – visserligen inte förnekar att man har gjort något som motsvarar rekvisiten, men att man förnekar att det man anklagas för är straffvärt ("jag har inköpt narkotika, men jag kan konsumera den utan fara och det är inte mitt ansvar att narkotika leder till samhällsproblem"). Det som är speciellt med osjälvständiga förfälsdelikt är att ifrågasättandet inte bara såsom under (ii) gäller kriminaliseringens relation till normskälen, utan också (iii) gäller relationer inom bestämmelsen. Kriminaliseringen kan ifrågasättas inte bara därför att den straffbelägger icke straffvärt beteende, utan därför att den implicit lägger gärningsmannen till last något som det framstår som osäkert om vi kan tillskriva honom eller henne. Den enskildes invändning skulle närmast bli:

"Jag har visserligen gjort det som är kriminaliserat, men jag har ännu inte nått den punkt då det är rimligt att lägga mig till last det som indirekt läggs mig till last; det är en väldig skillnad på att avse att göra något och att faktiskt göra något."

9. Det som nu sagts om att ett överskjutande uppsåt medför ett slags kuperat ansvar för förhållanden som inte realiserats gör att vi bör ställa frågan: *när är ett sådant ansvar rimligt?*

En preliminär utgångspunkt kan vara att ett sådant ansvar är rimligt åtminstone från och med den tidpunkt då gärningsmannen förlorar kontrollen över huruvida ett intrång i de bakomliggande intressena (som det överskjutande uppsåtet relaterar till) kommer att ske, dvs. då gärningsmannen kan sägas ha visat sig *vara beredd att offra* de intressen som avses bli skyddade. Det är möjligt att ansvar i viss utsträckning kan motiveras dessförinnan, men det bör i så fall motiveras särskilt. Denna utgångspunkt kommer att underbyggas i nästkommande avsnitt för att därefter utvecklas närmare i avsnitt 6.V.

¹⁷⁸ Se ovan avsnitt 4.IV.

III. DEN INTERNA LEGITIMATIONSFRÅGAN – FÖRLORAD KONTROLL SOM UTGÅNGSPUNKT

a. Inledning

1. I detta avsnitt skall jag – genom att granska delikt med krav på överskjutande uppsåt i tre olika perspektiv – söka underbygga den nyss angivna utgångspunkten, dvs. att det är rimligt att tillskriva någon ansvar för det som det överskjutande uppsåtet avser från den tidpunkt då denne någon förlorar kontrollen över huruvida det överskjutande uppsåtet förverkligas.

2. De perspektiv som anläggs bygger på följande punkter:

- att ett krav på överskjutande uppsåt i viss utsträckning kan bidra till att rätta ut vissa frågetecken som gäller gärningsmannens relation till det som legitimerar kriminaliseringen, vilket kan göra det lättare att legitimera dylika förfältsdelikt än andra förfältsdelikt (se avsnitt 6.III.b);
- att ett krav på överskjutande uppsåt kan innebära att vi förflyttar oss mot en sinnelagsetisk utgångspunkt (eller ger sinnelagsetiska överväganden företräde) på kriminaliseringsnivå (se avsnitt 6.III.c);
- att ett krav på överskjutande uppsåt kan innebära en förskjutning i den syn på medborgaren som kommer till uttryck genom strafflagstiftningen (se avsnitt 6.III.d).

b. Uppsåt som legitimationsgrund

1. Som ovan framhållits är det krav på överskjutande uppsåt som uppställs vid osjälvständiga förfältsdelikt också begränsande. I det begränsande, att endast den som har (överskjutande) uppsåt i förhållande till y görs ansvarig, ligger naturligtvis ett slags ”plusfaktor” i ett legitimationsperspektiv. Som diskuterats ovan i avsnitten 5.V och 6.II kan det vad gäller många självständiga förfältsdelikt ifrågasättas om det är rimligt att hålla en viss person ansvarig för den skada som ytterst motiverar kriminaliseringen. Om A vidtar gärningen x och den i vissa fall (som inte nödvändigtvis har med A:s fall att göra) ökar risken för y (skada) kan det sålunda ifrågasättas om A bör göras ansvarig för y.

Om A gör x med uppsåt att y är det naturligtvis i många fall mindre problematiskt att hålla A ansvarig på grundval av eller med stöd i faktorer som har att göra med y; om A bör kunna göras ansvarig för något är det väl just sådant som han eller hon har uppsåt i förhållande till? Såvitt kan förstås är det just med stöd av denna tankegång Husak vill uppställa sitt *high culpability requirement*.

2. I denna del bör dock framhållas att vi, när vi diskuterar osjälvständiga förfäلتsdelikt, har anledning att göra skillnad på två typer av förfäلتsuppsåt.

Den ena möjliga typen av uppsåt (i) har att göra med uppsåt i förhållande till eventuella följder av den gärning som företas eller i förhållande till olika omständigheter som beledsagar denna gärning och gör att den kan beskrivas på visst (brottsbeskrivningsenligt) sätt. Sålunda kan A när han vidtar x ha direkt uppsåt att (medelst x) åstadkomma y (A:s syfte med att göra x är att x skall leda till y), ha stark tro att x kommer att leda till y (A tror sig veta att x kommer att leda till y); A kan också vidta x med stark tro att omständigheten y föreligger (A tror sig veta att y föreligger) etc.

Den andra typen av uppsåt (ii) har att göra med uppsåt att senare, efter gärningen, vidta ytterligare åtgärder. Exempelvis kan A när han vidtar x^1 ha uppsåt (ha fattat ett beslut) att senare göra x^2 som leder till y.

3. Man kan uttrycka det så att det första fallet (i) tar sikte på frågan om A:s uppsåt till ett händelseförlopp som är knutet till x (att x leder till y eller att x kan beskrivas på visst sätt med hänsyn till att y föreligger), medan det andra (ii) tar sikte på frågan om vad A har fattat för beslut om framtida handlande när han vidtar x.¹⁷⁹

¹⁷⁹ I tysk doktrin talas om kuperade effektdelikt å ena sidan och om ofullbordade tvådelade delikt å den andra. Se t.ex. Jescheck & Weigend 1996 § 30.II.1 och Schoch 1969 s. 88 ff. I princip torde kunna sägas att det vid kuperade effektdelikt är fråga om uppsåt (i) och vid ofullbordade tvådelade delikt om uppsåt (ii). Se även Jareborg 1969 s. 264 ff. och Ross 1974 s. 31 f. om avsikt i betydelsen (i) och (ii). Se och jfr även Robinson 1997 s. 129 ff.

4. Poängen med att skilja dessa typer av uppsåt åt är att det finns ett kvalitativt språng dem emellan.¹⁸⁰

Uppsåt (i) kan – eftersom det är kopplat till beskrivningen av en redan utförd gärning – sägas indikera vilka gärningar gärningsmannen (redan) har accepterat att göra till sina; uppsåtet utvisar s.a.s. vilka beskrivningar av gärningen som A vid gärningsögonblicket är beredd att acceptera. Uppsåt (ii) kan blott sägas indikera att gärningsmannen har haft en viss avsikt att (senare) göra något.

5. När denna uppdelning gjorts torde det först och främst stå klart att förekomsten av uppsåt (i) i förhållande till y leder till att problemen med att göra A ansvarig på grundval av y blir betydligt mer beskedliga. Förutsatt att vi inte har att göra med otjänlighet och med bortseende från eventuella möjligheter att tillbakaträda, utgör A:s handlande ett typfall av (avslutat) försök till brott.

När det gäller uppsåt (ii) är det svårt att vara lika generell, vilket beror på att uppsåt (ii) inte förutsätter att gärningen x har en mer omedelbar koppling till y (y behöver inte vara något som x kan leda till eller en föreliggande omständighet som gör att x kan beskrivas på visst sätt; y kan vara helt frikopplad från x) och att det därför finns många variabler som kan göra att ett uppsåt (ii) inte bör tillmätas särskilt stor betydelse. Uppsåtet kan t.ex. vara villkorat av framtida faktorer vilkas inträffande är osannolikt, eller innebära att något skall göras efter mycket lång tid (jag beslutar idag att göra något om två år etc.) varvid många faktorer kan tillstöta som gör att avsikten att göra x^2 överges. Enkelt uttryckt kan man inte enbart på grundval av ett uppsåt (ii) att y säga att det är rimligt att göra gärningsmannen ansvarig på grundval av y.¹⁸¹

¹⁸⁰ Jfr Alexander & Kessler 1996-1997 s. 1138 ff. som bl.a. (s. 1139) talar om att "the mental state" som krävs för inchoate crimes "cannot be identical to those required for completed crimes and completed attempts, for the defendant committing an inchoate crime is aware or believes that there is still time to desist and renounce. That awareness or belief is at least one qualitative distinction between the mental states of completed and inchoate crimes."

¹⁸¹ Jfr t.ex. von Wright 1971 s. 103 ff. (104): "Between now and times t' and t all sorts of things may happen. A may change his plans (intentions), or he may forget them. A may also change his view of what he has to do in order to achieve his

6. Att man kan tala om en kvalitativ skillnad mellan de ovan omtalade typerna av uppsåt framgår måhända tydligast genom en illustration som utvisar att de båda uppsåtsformerna inte fullt ut är utbytbara. Sålunda torde uppsåt (ii) generellt anses vara otillräckligt för ansvar för avslutade försök enligt svensk rätt. Antag att A har fattat ett beslut att döda B genom att skjuta ihjäl honom i samband med en skyttetävling. Antag vidare att A en vecka innan tävlingen ligger och övningsskjuter (utan varje tanke på att B kan vara i närheten) och det visar sig att B befunnit sig alldeles i närheten av målområdet och med några centimeters marginal undgått att träffas av A:s kuler. Även om A kan sägas ha uppsåt att döda B (och trots att övriga förutsättningar för försöksansvar föreligger) torde det vara uteslutet att hålla A ansvarig för försök till mord.

7. I sammanhanget kan också hänvisas till att den diskussion som i modern doktrin har förts kring likabestrafning av försök och fullbordat brott i huvudsak har fokuserat på avslutade försök. Ingen torde ha pläderat för ett allmänt likställande av oavslutade försök och fullbordat brott. Denna diskussion torde i huvudsak bygga på tanken om kontroll, men den kan i sin tur sägas återspegla skillnaden mellan uppsåt (i) och (ii). Vid avslutade försök – dvs. uppsåt (i) – har gärningsmannen (i regel)¹⁸² släppt kontrollen över huruvida brottet fullbordas, och kan följaktligen sägas ha visat en beredskap att uppsåtligen begå det fullbordade brottet. Vid oavslutade försök – dvs. fall där gärningsmannen har uppsåt (ii) – har han eller hon ännu inte nått den punkt vid vilken sådan beredskap är visad; gärningsmannen har ännu kontroll över huruvida brottet kommer att fullbordas eller ej.

8. Diskussionen under denna punkt har lett fram till slutsatsen att det är en väsentlig skillnad på uppsåt (i) och uppsåt (ii). Generellt sett innebär varje krav på överskjutande uppsåt en tydligare kopp-

aim.” Jfr även Alexander & Kessler 1996-1997 s. 1140 ff. (där de bl.a. visar att uppsåt (ii) alltid är villkorat på olika sätt) och 1168 ff.

¹⁸² Jfr diskussionen om frivilligt tillbakaträdande nedan i avsnitt 6.V.6.

ling mellan den kriminaliserade gärningen och det som ytterst motiverar kriminaliseringen. När uppsåt (i) föreligger kan man i regel säga att gärningsmannen har visat sin beredskap att uppsåtligen begå det fullbordade brottet; vid uppsåt (ii) är någon sådan beredskap ännu inte visad. Det är en sak att bestämma sig för att göra x, en annan sak att faktiskt göra x.

Denna slutsats stödjer den i föregående avsnitt angivna utgångspunkten att ansvar är rimligt åtminstone från och med den tidpunkt då gärningsmannen förlorar kontrollen över huruvida ett intrång i de bakomliggande intressena kommer att ske. Vid den tidpunkten kommer nämligen också att ske en övergång från ett uppsåt (ii) till ett uppsåt (i).

9. I sammanhanget bör kanske, till undvikande av missförstånd, tilläggas att en person naturligtvis kan ha (och ofta har) någon form av uppsåt (i) också när denne överträder ett delikt som för sin tillämpning förutsätter uppsåt (ii) och omvänt. A som beställer sprängmedel via Internet kan t.ex. företa denna gärning med uppsåt (ii) att senare använda sprängmedlet för att spränga något i luften (och enligt svensk rätt skulle detta vara avgörande för huruvida brott är förövat), men samtidigt kan A naturligtvis ha uppsåt (i) att genom beställningen åstadkomma en situation där han eller hon har förmåga/möjlighet att begå brottet. Omvänt kan A som skjuter mot någon för att döda denne ha uppsåt (i) att döda (vilket enligt svensk rätt skulle vara avgörande för huruvida brott är förövat) samtidigt som A har uppsåt (ii) att ta något från offret, att gömma liket i skogen osv. När jag ovan har talat om övergången från uppsåt (ii) till uppsåt (i) som den relevanta tidpunkten har jag (naturligtvis) utgått från att vi diskuterar uppsåt i relation till de framtida förhållanden som är rättsligt relevanta vid respektive brottstyp, t.ex. död (vid försök till mord) eller explosion som innebär fara (vid försök till allmänfarlig ödeläggelse) osv.

c. Sinnelagsetik och handlingsetik

1. Ett krav på överskjutande uppsåt innebär enligt ovan en ökad extension i ”det som gärningsmannen läggs till last”. I vissa fall kan man gå så långt som att säga att det väsentligen är *uppsåtet* (i motsats till gärningen) som är belastande för gärningsmannen. Ett exempel skulle kunna vara en kriminalisering som innebär att en person kan göra sig skyldig till förberedelse till rån genom att, med uppsåt att begå rån, skaffa sig en samling (inbrotts)verktyg (bräckjärn, skruvmejslar etc.) som är av sådant slag att de återfinns i vart och vartannat villaförråd. Gärningen att införskaffa dessa verktyg är naturligtvis, med bortseende från uppsåtet, tillåten; straffvärdet ligger närmast uteslutande i uppsåtet.

Med stöd av det anförda skulle kunna sägas att användandet av osjälvständiga förfäلتsdelikt tenderar att (i varierande utsträckning) ge uppsåtet en inculperande funktion, vilket innebär en förflyttning i riktning från en handlingsetisk mot en sinnelagsetisk position som utgångspunkt för straffrätten.¹⁸³

2. Begreppsparet sinnelagsetik/handlingsetik har i svensk doktrin använts framför allt av Jareborg (som själv förordar en handlings-etisk utgångspunkt). Frågan om vilken etisk utgångspunkt vi bör lägga till grund för våra straffrättsliga bedömningar, har i första hand behandlats i samband med frågan om bestraffning av försök (där ett utpräglat sinnelagsetiskt ställningstagande leder till att avslutade försök skall bestraffas lika strängt som fullbordade brott).

Som Jareborg uttrycker det är den grundläggande frågeställningen vilken betydelse straffrättslig skuld skall ha.¹⁸⁴ Skall den vara *inculperande* eller *exculperande*?

Relevansen för vår frågeställning synes härmed bli uppenbar. Utifrån en sinnelagsetisk utgångspunkt är möjligheterna att legitimera bestraffning av osjälvständiga förfäلتsdelikt betydligt större än utifrån en handlingsetisk utgångspunkt. Förutsatt att man är beredd att gå långt i sinnelagsetisk riktning behöver det överhuvudtaget inte vara någon skillnad på att *vilja* något och att *göra* något.

¹⁸³ Se Husabø 1999 s. 376.

¹⁸⁴ Jareborg 1992 s. 117.

Som grund för diskussionen i denna del bör rekapituleras de huvudsakliga argumenten för respektive position. (Det bör här åter erinras om att argumenten i huvudsak har anförts vid diskussionen om bestraffning av försöksbrott.)

3. För den sinnelagsetiska positionen har argumenterats framför allt utifrån ett rättviseperspektiv. Slumpen skall inte ha någon betydelse för bestraffningen.¹⁸⁵ Sålunda bör ett avslutat mordförsök som misslyckas beroende på slumpmässiga faktorer i princip bestraffas lika strängt som ett fullbordat mord. Ytterst kan också hävdas att en handlingsetisk position (där resultatet tillmäts betydelse) innebär att man laborerar med objektiva överskott¹⁸⁶ (såtillvida att den som beroende på slumpmässiga faktorer ”råkar lyckas” bestraffas strängare än den som misslyckas trots att skulden är densamma).¹⁸⁷ Enkelt uttryckt kan sägas att resultat av handlingar alltid är i någon mån slumpmässiga och att det därför (från sinnelagsetisk utgångspunkt) finns skäl att fokusera på det som gärningsmannen ”väljer” (vilket ytterst är gärningen i snäv mening, dvs. med bortseende från icke helt kontrollerbara effekter).¹⁸⁸

4. För den handlingsetiska positionen argumenteras i den centrala frågan (hur försök skall bestraffas) bl.a. med hänvisning till att en sinnelagsetisk position leder till att det uppstår flera besvärande asymmetrier, bl.a. mellan beröm och klander (beröm får man sällan bara för goda avsikter, vilket inte hindrar att goda avsikter kan vara en partiell ursäkt när saker och ting inte går så bra) och mellan uppsåt och oaktsamhet (oaktsamhet som skuldform kan

¹⁸⁵ Se t.ex. Ashworth 1987b.

¹⁸⁶ Så Lernestedt 2003 s. 292 f.

¹⁸⁷ Denna beskrivning är tvivelaktig såtillvida att ett ”överskott” kan konstateras bara om det sätts i relation till hur andra gärningar bestraffas. Ser man bara till gärningsmannens gärning finns inget *överskott* (det ”objektiva” och det ”subjektiva” korresponderar). Och det överskott som kan påvisas i relation till hur andra gärningar bestraffas är inte objektivt utan *både objektivt och subjektivt* täckt. Mer rättvisande är att tala om att man inom straffrätten ibland får dra fördel av s.k. moral luck.

¹⁸⁸ Ytterst kan alltså den sinnelagsetiska positionen sägas bygga dels på ett förnekande av ”resultant moral luck”, dels på att denna moraliska utgångspunkt bör överföras också till straffrätten.

omöjliga ges en inculperande funktion).¹⁸⁹ Från handlingsetisk utgångspunkt kan också hänvisas till att ett synsätt enligt vilket gärningar delas upp i gärning/följd osv. är missvisande eftersom gärningar bör betraktas med utgångspunkt i att de är sociala företeelser; A som har gjort en farlig omkörning och därvid dödat 5 personer har gjort något annat än B som gjort en farlig omkörning där allt har gått bra, och förutsatt att A är kan tillskrivas ansvar för gärningen (omkörning som har dödat 5 personer) kan han också klandras för denna. Detsamma, att vi har att göra med en social företeelse, kan sägas om moraliska omdömen; när vi bestraffar leker vi inte gud utan deltar såsom medmänniskor i en social aktivitet där det handlar om att försöka kommunicera med en person kring vad han eller hon har gjort.¹⁹⁰

5. Själv menar jag att det åligger de som förordar en sinnelagsetik att motivera både varför man skall särbehandla s.k. ”resultant moral luck” i relation till annan relevant ”luck” och varför gränsen för kontroll skall dras där den gör, dvs. mellan gärning och resultat.¹⁹¹ I detta sammanhang torde emellertid denna knut inte behöva lösas fullständigt; det torde vara tillräckligt att konstatera att den diskussion som förs på allvar gäller (a) *besträffningen* av (dvs. straffmätningen gällande) (b) *avslutade försök*.

Diskussionen har med andra ord befunnit sig på straffmättningsnivå och handlat om hur en i och för sig kriminaliserad gärning bör värderas från straffvärdemässig synpunkt. Det bör – här hänvisas till framställningen i avsnitt 4.V ovan – vara uppenbart att denna diskussion inte är direkt överförbar till frågan om beslut om kriminalisering. Vid kriminalisering gör sig inte bara straffvärde-

¹⁸⁹ Se framför allt Jareborg 1992 s. 117 f.

¹⁹⁰ Se Duff 1996c s. 38.

¹⁹¹ Till detta skall läggas att det framstår som svårsmält att man skall bygga på vad gärningsmannen väljer just när det gäller straffmätning (och kriminaliseringsöverbäganden) vid försöksbrott. I många andra sammanhang (särskilt när det gäller kriminalisering av oaktsamma gärningar) torde det var uteslutet att bygga bara på vad man väljer, vilket gör att den eftersträlvade rättvisan blir kuiperad, eller i vart fall mycket begränsad i sin utsträckning. Jfr här vad som sägs om rättvisa i avsnitt 4.II.5.

mässiga skäl gällande utan också en rad andra hänsynstaganden. Även om utgångspunkten är att man förnekar förekomsten av resultatrelaterad ”moral luck” fordras alltså för att detta skall få avgörande betydelse för legitimationsfrågan dels att man är beredd att överföra detta till juridikens straffvärdebedömningar, dels att man är beredd att ge dessa straffvärdebedömningar avgörande betydelse för legitimationsfrågan. Sammantaget kan sägas att det anförda påvisar att man inte tagit de sinnelagsetiska utgångspunkterna särskilt långt (få torde t.ex. på allvar plädera för en kriminaliseringslära byggd på en mer renodlad sinnelagsetik; en sådan lära skulle leda till att principen cogitationis poenam nemo patitur skulle anses irrelevant).¹⁹²

Diskussionen har vidare handlat om situationer (avslutade försök) där man – om man fokuserar på den kontrollerade gärning som vidtas av gärningsmannen (dvs. bortser från okontrollerade följder) – kan säga att den försöksgärning som vidtas av gärningsmannen är den samma som den som vidtas av den gärningsman som begår ett fullbordat brott. De som argumenterar från vad som här kallas en sinnelagsetisk utgångspunkt nöjer sig alltså med att kräva att fulländade försök skall bestraffas lika som fullbordade brott. Det sagda innebär ingen kritik mot denna ståndpunkt, men det visar att den förda diskussionen inte nödvändigtvis kan tillmätas särskilt stor betydelse för legitimationen av förfäلتsgärningar. Valet av ståndpunkt har betydelse i relation till straffvärdet hos avslutade försök (och straffvärdet har som ovan utvecklats betydelse för legitimationsfrågan); samtidigt är avslutade försök den från legitimationssynpunkt mest oproblematiske varianten av osjälvständiga förfäلتsdelikt. (En reservation måste dock göras för otjänliga avslutade försök, där legitimationsfrågan torde kunna betecknas som omstridd. I denna del kan räcka med att säga att otjänlighetsfrågan inte blir lika intressant vad gäller sådana förberedande åtgärder som denna framställning i första hand syftar till

¹⁹² Jfr Hartl 2000 t.ex. s. 91 ff., 206 ff. och 266 ff. som visar att det också inom ramen för nationalsocialistisk ”Willensstrafrecht” fanns gränser för hur långt man var villig att gå i subjektiverande riktning.

att analysera. Avståndet innebär dels att otjänlighet sällan föreligger, dels att det torde vara mer eller mindre självklart att åtgärder som faktiskt kan sägas vara otjänliga bör ligga utanför det straffbara området.)

6. Kriminalisering av förberedande åtgärder på ett sådant stadium där gärningsmannen ännu har kvar kontrollen över händelseförloppet kan alltså sägas gå ut över och förbi den diskussion som förts kring bestraffningen av fulländade försök. För det första innebär övergången från straffvärdediskurs till kriminaliseringsdiskurs att också andra skäl än straffvärde gör sig gällande (och därmed får de rättviseargument som kopplats till den sinnelagsetiska ståndpunkten – också om de accepteras i sak – en något mer tillbakaskjuten position). För det andra gäller diskussionen inte längre bara fulländade försök (gärningsmannen förutsätts inte längre ha nått vägs ände), vilket innebär att man utifrån rättviseargumentet inte längre kan komma fram till att straffvärdet är det samma för alla gärningar endast på den grunden att de vidtas med samma uppsåt.

7. I det följande kommer jag att utgå ifrån att den sinnelagsetiska positionen (möjligen) kan vara försvarbar såvitt avser rättviseargumentet. Men om man bortser från detta rättviseargument har jag mycket svårt att se att det finns några beaktansvärda argument för en sinnelagsetisk grundinställning inom straffrätten. Straffrätten är – vilket tas för givet närmast som en utgångspunkt – en social praktik som handlar om att undertrycka skadligt beteende och om att på samhällsnivå hantera olika typer av konflikter. Det är svårt att se att det inom denna ram finns ett legitimt behov av att styra annat än sådant beteende som på ett eller annat sätt är riskfyllt, farligt eller skadligt. Till detta skall läggas att en sinnelagsetisk grundinställning lätt kommer i konflikt med vissa av de allra mest grundläggande utgångspunkterna för ett demokratiskt samhälle.

8. I sammanhanget kan exkursvis tilläggas att en av de mer centrala diskussionspunkterna när det gäller bestraffning av försök gäller betydelsen av i vilken utsträckning gärningsmannen har kon-

troll över händelseförloppet (jfr strax ovan); denna fråga har diskuterats bl.a. av Jareborg och han har därvid fokuserat på *farlighet*. Jareborg tolkar förespråkarna av likabestrafning av avslutade försök på så sätt att de menar att avslutade försök är farligare än oavslutade och att det därför är befogat att göra skillnad på avslutade och oavslutade försök.¹⁹³ Han vänder sig sedan mot denna utgångspunkt och menar att farlighetsgraden hos ett försök inte sammanfaller med uppdelningen i avslutade och oavslutade försök. Jareborg är vidare inne på att farligheten på något sätt tycks förutsättas vara korrelerad med kontroll över det yttre skeendet, men menar att det av detta inte följer något:

”Det låter sig utan vidare sägas, att gärningsmannen i regel har mindre kontroll över det yttre skeendet vid oavslutade försök än vid avslutade försök, och att kontrollen ofta är densamma vid avslutade försök och fullbordade brott. Men härav följer ingenting. Graden av kontroll kan variera oerhört inom klassen av fullbordade brott. Inte sällan har gärningsmannen kvar kontrollen över huruvida skada skall uppstå även efter det att brottet har fullbordats.”¹⁹⁴

9. Jag kan hålla med om det som sägs, men tror samtidigt att det kontrollkrav som ”sinnelagsetikerna” uppställer snarast skall uppfattas så att det är det faktum att gärningsmannen – vid oavslutade försök – ännu har kvar kontrollen, inte över *att* brottet fullbordas men över *att det inte* fullbordas, som har viss betydelse. Man skulle, måhända litet paradoxalt, kunna uttrycka det så att också de som argumenterar från en sinnelagsetisk utgångspunkt lägger avgörande vikt vid vad gärningsmannen faktiskt har gjort (åtminstone fram till den punkt där gärningsmannen förlorar kontrollen över händelseutvecklingen). Som antytts är dylika hänsynstaganden emellertid inte särskilt lätta att motivera utifrån renodlat sinnelagsetiska utgångspunkter; det kan rent av hävdas att man, även om det råder olika meningar gällande straffvärdebedömningen, ligger relativt nära en handlingsetisk position.¹⁹⁵

¹⁹³ Jareborg 1992 s. 118 f. och 2002 s. 40.

¹⁹⁴ Jareborg 1992 s. 119.

¹⁹⁵ Se här även Lernestedt 2003 s. 290 som i syfte att undvika onödig polarisering vill göra en tredelning (i sinnelagsetik, handlingsetik och effektetik).

Också med utgångspunkt i en handlingsetisk position är det nämligen – om vi bortser från fall av otjänlighet och sålunda förutsätter någon grad av fara – lätt att motivera bestraffning av avslutade försök. De är i regel farliga till följd av att gärningsmannen – med uppsåt att åstadkomma skada – släppt kontrollen över händelseutvecklingen.¹⁹⁶ Inte heller ligger dylika försök nödvändigtvis särskilt långt från fullbordat brott rent straffvärdemässigt. Backar man ytterligare blir det emellertid svårare att från handlingsetisk utgångspunkt bygga upp straffvärdet, eftersom detta då i stor utsträckning måste sökas just i det faktum att gärningsmannen haft visst uppsåt.¹⁹⁷

10. Det går naturligtvis att ta den sinnelagsetiska positionen betydligt längre än vad som gjorts här och från straffvärdemässig synpunkt likställa också helt olikartade gärningar (rent förberedande åtgärder, oavslutade försök, avslutade försök etc.) som är vidtagna med samma grundläggande uppsåt, men då har man gått bortom de ovan använda rättvise- och kontrollargumenten. Det handlar då inte längre om att gärningsmän som vidtar ”samma” kontrollerade gärning (och med samma uppsåt) också bör bedömas på samma sätt (vilket kan sägas innebära att man strävar efter att eliminera slumpens eller egentligen resultatets betydelse); istället handlar det om att gärningsmän som har samma uppsåt bör behandlas på samma sätt (vilket kan sägas innebära att man, i någon utsträckning, söker eliminera betydelsen också av att gärningsmannen faktiskt vidtagit vissa gärningar). Som framgått ovan ställer jag mig avvisande till dylika tankar. Såvitt känt är det heller ingen som på allvar argumenterar i denna riktning inom den moderna straffrättsvetenskapen och det behövs inte mycket fantasi för att se vart en sådan utgångspunkt leder.

Man kan alltså konstatera att en bestraffning av osjälvständiga förfälsdelikt (som bygger på ett överskjutande uppsåt) tenderar

¹⁹⁶ Det kan förhålla sig annorlunda i de fall gärningsmannen visserligen gjort allt som å hans sida är nödvändigt men där det ändå finns ett utrymme för att förhindra brottets fullbordan.

¹⁹⁷ Jfr dock nedan avsnitt 6.IV.6.

att leda i riktning mot en sinnelagsetik eftersom gärningsmannens ansvar snarare bygger på vad han eller hon har haft uppsåt att göra än vad han eller hon faktiskt har gjort. Detta blir särskilt tydligt om man väljer att kriminalisera gärningar vid vilka gärningsmannen har kvar kontrollen över händelseförloppet. Också med utgångspunkt i distinktionen mellan handlingsetik och sinnelagsetik kommer vi alltså tillbaka till den ovan diskuterade utgångspunkten, dvs. att ansvar byggt på ett överskjutande uppsåt är rimligt från den stund gärningsmannen släpper kontrollen över händelseutvecklingen (då kan en kriminalisering motiveras också utifrån handlingsetisk synpunkt och från sinnelagsetisk synpunkt kan också argumenteras för ett likställande rent straffvärdemässigt). Stöd för denna utgångspunkt ger också det faktum att också de som argumenterar från sinnelagsetisk utgångspunkt i regel väljer att nöja sig med att argumentera kring just fulländade försök.

11. Det sagda har syftat till att visa att också den intensiva diskussion som har förts kring straffvärdet hos försök har kretsat kring den punkt som enligt vad som ovan anförts kan användas som grundbult vid argumentationen kring förfälsdelikt (nämligen kontrollfrågan). Samtidigt har det ovan sagda kanske också visat att det i slutänden är mindre fruktbart att föra diskussionen om legitimationsfrågor utifrån en ren dikotomi. Också om man intar en utpräglad sinnelagsetisk hållning torde det uppstå frågor om hur långt man är beredd att gå i praktiken (en genomförd och renodlad sinnelagsetik skulle på det straffrättsliga området få mycket omfattande och svåröverskådliga konsekvenser). Mer direkt uttryckt kan sägas att man, även om man i viss utsträckning gör skulden inculperande, naturligtvis kan uppställa gränser för det kriminaliserade området; en sinnelagsetisk position innebär alltså inte med nödvändighet att alla skuldfyllda tankar bör utgöra brott. På samma sätt är det (även om det är mindre tydligt) svårt att föreställa sig ett straffsystem byggt på en renodlad handlingsetik. Det synes t.ex. inte vara särskilt problematiskt att tillmäta "sinnelaget" betydelse för straffvärdebedömningen (och därmed också för legitimationsfrågan) i den utsträckning som det argumenteras för i detta kapi-

tel. Kanske skulle man kunna säga att andra hänsynstaganden bryter igenom distinktionen mellan handlingsetik och sinnelagsetik när vi börjar diskutera legitimationsfrågor. (Men man skulle förstås lika gärna kunna säga att vissa hänsynstaganden till "sinne-laget", utöver de som följer av sedvanliga skuldtäckningskrav, är helt *förenliga* med en handlingsetisk utgångspunkt.)

d. Förskjutningar i synen på samhällsmedborgaren

1. Tendensen i sinnelagsetisk riktning innebär också en förskjutning i riktning mot en ny medborgarsyn i linje med vad som ovan redovisats, dvs. i riktning mot en fiendestraf frätt. När staten börjar leta efter och lägga sig i vad människor tänker (vad deras avsikter är etc.) också innan de har gjort något som i rimlig mening kan betecknas som störande behandlas människorna som potentiella farekällor snarare än som medborgare.

På samma sätt kan man i linje med Duff säga att ett förtida ingripande (ett ingripande på ett stadium då skälen för ingripande i huvudsak ligger "framför" individen) innebär att individen berövas sin status av moralisk agent, som själv får ta ansvar för sina handlingar och deras konsekvenser. Dessa båda aspekter på förfälsdelikt med överskjutande uppsåt har behandlats ovan i avsnitt 5.VI. och skall inte ytterligare utvecklas här.

2. Däremot skall jag söka påvisa att vägen mot en fiendestraf frätt eller mot ett straffrätt som inte behandlar medborgaren som en moraliskt ansvarig agent på allvar beträds först när förfälsdelikten utsträcks till sådana skeenden där gärningsmannen ännu har kvar kontrollen över händelseutvecklingen. I förhållande till Jakobs, som ju bygger på att det inte är legitimt att staten lägger sig i det "interna", kan hänvisas till explicita formuleringar av författaren själv; Jakobs framhåller sålunda uttryckligen att "[n]icht Beherrschbares ist nicht intern".¹⁹⁸ Följaktligen är det vid "nicht Beherrschbares" legitimt att använda gärningsmannens uppsåt som en byggsten.

¹⁹⁸ Se närmare ovan avsnitt 5.VI.

På ett liknande sätt kan beträffande Duffs synpunkt sägas att individen knappast med stöd av argumentet att han eller hon bör behandlas som en ansvarig moralisk agent kan ha ett anspråk på frihet från ingripande i ett läge där han eller hon har släppt kontrollen över huruvida skada inträffar eller ej. Individen har i detta skede visat sig vara beredd att acceptera sin gärning under en handlingsbeskrivning som innefattar skada och därmed visat sig beredd att offra de intressen som skall skyddas; därmed har individen också nått den punkt då hon inte längre kan ta ansvar för gärningens oskadlighet.¹⁹⁹

3. Med den ovan angivna utgångspunkten – dvs. att det är legitimt att tillskriva gärningsmannen ansvar på grundval av ett över-skjutande uppsåt åtminstone när han eller hon släpper kontrollen över händelseutvecklingen – kan alltså också sådan kritik som Jakobs och Duff för fram besvaras.

IV. DEN EXTERNA LEGITIMATIONSFRÅGAN – FARA ISTÄLLET FÖR FARLIGHET

1. I de närmast föregående avsnitten har jag dels försökt påvisa att det beträffande osjälvtändiga förfälsdelikt finns vissa specifika deliktsinterna legitimationsproblem (avsnitt 6.II; när är det legitimt att ålägga någon ett ansvar för vad denne avsett att göra, men faktiskt inte gjort?), dels sökt påvisa att kontrollförlust är ett nyckelord vad gäller denna legitimationsfråga (avsnitt 6.III). Denna tanke skall utvecklas vidare i nästkommande avsnitt, men innan jag går vidare vill jag påminna om att det inte är tillräckligt att lösa den interna legitimationsfrågan; härutöver måste i linje med vad som sagts i avsnitt 6.II.7 kriminaliseringen som sådan kunna motiveras med hänsyn till skälen bakom normen. Antag att vi har ett

¹⁹⁹ Jfr ovan i avsnitt 5.VI.3 om Denckers, med skuldprincipen sammankopplade, presumption om att människan är fri att välja det goda; man skulle kunna säga att också denna presumption blir ohållbar vid den tidpunkt då den enskilde släpper kontrollen över händelseförloppet.

straffbud som kriminaliserar företagandet av x med uppsåt att y. Här måste det kunna legitimeras inte bara att kriminaliseringen innebär att personer får ansvara för y trots att de ännu inte gjort något som har lett till y (den interna legitimationsfrågan), utan också att det bör vara förbjudet att göra x med överskjutande uppsåt att y (den externa legitimationsfrågan).

2. Utgångspunkten i denna del bör rimligen sökas i straffrättens (föregivna eller förutsatta) uppgifter. I denna bok tar jag det mer eller mindre för givet att straffrätten ytterst syftar till att undertrycka beteende som är skadligt (eller som ökar risken för skada).²⁰⁰ Därmed fordras, för att vi skall kunna legitimera ett viss osjälvständigt förfältsdelikt, att vi kan påvisa att det beteende som kriminaliseras på något sätt korrelerar med skada (ökad risk för skada etc.).

3. En första notering att göra härvidlag är att man i och för sig kan tänka sig att bedömningen av huruvida sådan korrelation föreligger förläggs helt till normgivningsnivå, ungefär såsom sker vid delikt med s.k. presumerad fara. Detta förutsätter emellertid att lagstiftaren relativt precist anger vilket beteende som kriminaliseras – man kan inte göra någon bedömning av korrelationen mellan a och b om man inte har en någorlunda god bild av vad som utgör a – och det framstår därför inte som en framkomlig väg vid mer generellt hållna osjälvständiga förfältsdelikt (såsom t.ex. försök, förberedelse och stämpling). Detta argument bortfaller dock om man tänker sig ett osjälvständigt förfältsdelikt som bara relaterar till ett annat självständigt delikt och där brottsbeskrivningen avseende det osjälvständiga förfältsdeliktet är preciserad på ett sådant sätt att den kan ligga till grund för en generell (abstrakt) farebedömning.

4. Härtill bör emellertid också läggas att en straffbarhet som inte alls bygger på att det beteende som kriminaliseras uppvisar någon relation till skada (etc.) – men ändå innebär att gärningsmannen

²⁰⁰ Jfr ovan avsnitt 4.II.

åläggs ett kuperat ansvar för det som det överskjutande uppsåtet avser – närmar sig en sinnelagsetisk ståndpunkt som går långt utöver och förbi det rättviseargument som vanligtvis läggs till grund för den sinnelagsetiska ståndpunkten (jfr ovan avsnitt 6.III.c). Med Letzgus skulle man alltså kunna säga på följande sätt:

”Voraussetzung einer Bestrafung muß bei einer so weiten Vorverlegung der Strafbarkeit ein *objektiv* faßbares Moment sein, da man sonst allzu sehr in die Nähe eines Willens- oder gar Gesinnungsstrafrechts geraten würde.”²⁰¹

Ytterligare kan sägas att frånvaron av någon form av farebedömning riskerar att leda till att fokus förflyttas från frågan om vad gärningsmannen gjort till frågan om huruvida gärningsmannen är farlig.

5. Med hänsyn till det sagda finns skäl att uppställa någon sorts kontrollkrav avseende fara, och i denna del skulle man naturligtvis kunna tänka sig att man – såsom bl.a. sker i tysk doktrin – analyserar olika generellt hållna gärningstyper (försök till anstiftan, överenskommelser om att begå brott osv.) i syfte att utreda huruvida de på ett mer generellt plan kan antas medföra ökade risker etc. för brott eller för att finna generella kriterier för dylik fara.²⁰² Det framstår emellertid – med hänsyn till att enskilda fall kan se mycket olika ut – som oklart huruvida det är möjligt att nå resultat som är generaliserbara i sådan utsträckning att man kan avvara farebedömningar i det enskilda fallet.

6. Det torde visserligen kunna sägas att ett uppsåt att y ofta i sig kan ses som farekonstituerande i förhållande till y (uppsåt utgör s.a.s., via handlande i enlighet med uppsåtet, en kausal faktor i förhållande till y), men detta är knappast annat än en grovt tillyxad huvudregel. Det är t.ex. tydligt att otjänlighetsfrågan kan aktualiseras vid alla typer av osjälvständiga förfäلتsdelikt, låt vara att otjänlighetsproblematikens relevans torde korrelera ganska starkt med tidpunkten för farebedömningen; ju närmare den tänkta full-

²⁰¹ Letzgus 1972 s. 136.

²⁰² Jfr t.ex. Letzgus 1972 s. 123 ff.

bordanspunkten bedömningen görs, desto oftare torde otjänlighetsproblematiken aktualiseras.

7. Min slutsats blir därför att det inte torde vara möjligt att ge någon annan rekommendation än att osjälvständiga förfältsdelikt bör innehålla rekvisit som säkerställer att en farebedömning görs i det enskilda fallet. Den närmare konstruktionen av ett sådant farerekvisit (krav på fara eller undantag för ofarlighet) måste vara beroende av hur deliktet i övrigt konstrueras, varför jag avstår från att ge några närmare rekommendationer angående utformningen. Ett farekrav som det som uppställs i brottsbalken vad gäller förberedelse och stämpling (icke ringa fara för fullbordan) synes emellertid i sig vara fullt acceptabelt.

8. I denna framställning avstår jag från att slutligt ta ställning till frågan om i vilken utsträckning otjänliga försök bör bestraffas. Jag vill emellertid särskilt framhålla att det som ovan sagts om vikten av förlorad kontroll när det gäller den interna legitimationsfrågan inte med nödvändighet innebär att otjänliga försök (som innefattar förlorad kontroll) bör vara straffbara. Den externa legitimationfrågan måste ju också lösas.

V. FÖRSÖK SOM PROTOTYP

1. Det osjälvständiga förfältsdelikt som ligger närmast konsumtionspunkten (fullbordanspunkten) är försök till brott. I det följande skall jag – mot bakgrund av den analys som gjorts i föregående avsnitt – söka påvisa att försök kan sägas inta ett slags särställning bland de osjälvständiga förfältsdelikten och att försöksbrottet kan användas som en första utgångspunkt vid en prövning av i vilken utsträckning andra osjälvständiga förfältsdelikt kan legitimeras.²⁰³

²⁰³ I sammanhanget kan hänvisas till den norska icke accessoriska medverkansläran som förenklat uttryckt innebär att den medverkande ”som har gjort sin innsats” kan göras ansvarig för försök oberoende av om det senare tillskapas ett

2. Utgångspunkten för det som sägs i det följande är för det första att med försök avses försök till ett skadedelikt. Om vi tänker oss ett försök till ett förfälsdelikt fordrar en legitimation av försöket dels att vi kan legitimera förfälsdeliktet, dels att vi kan legitimera att försök till detta förfälsdelikt är kriminaliserat. I dylika fall kan försöksbrott således inte sägas inta någon särställning.

För det andra förutsätts att med försöksbrott avses delikt som vad gäller försökspunkten avgränsas på ett sätt motsvarande det som gäller enligt straffrätten i t.ex. Sverige, Tyskland eller England och Wales. Det som sägs är följaktligen inte applicerbart på ett sådant vidsträckt försöksbegrepp som det som finns i Danmark. (Poängen med det som sägs i det följande är att använda försöksbrottet som prototyp för att påvisa att vissa förberedelsekriminaliseringar är legitima och i detta perspektiv är det naturligtvis litet besvärligt att ta sin utgångspunkt i ett försöksbrott vilket kan sägas omfatta också förberedelsegärningar.)

För det tredje, slutligen, bortses helt från problematiken med otjänliga försök. Detta kan motiveras med att det i regel är det faktum att det vid försök fordras en relativ närhet till fullbordanspunkten som gör att vissa försöksgärningar kan betecknas som otjänliga; om man tar ett steg tillbaka från försökspunkten blir det sålunda ofta möjligt att hävda att fara för fullbordan förelegat.²⁰⁴ Till detta skall läggas att det torde vara mycket sällan som någon argumenterar för kriminalisering av andra osjälvständiga förfälsdelikt (t.ex. förberedelse) också i fall av otjänlighet; det är just närheten (det omedelbara i "angreppet") som gör att en kriminalisering av otjänliga försök kan framstå som attraktiv. Vad gäller förberedelse är fullbordan i de flesta fall möjlig och i övriga fall torde ansvar regelmässigt vara uteslutet (jfr t.ex. den svenska

medverkansobjekt. Se t.ex. Husabø 1999 s. 199 ff. och 311 ff., Andenæs 2004 s. 338 f. och Mæland 2004 s. 88 f. Den norska medverkansregleringen är speciell också såtillvida att det inte finns någon generell medverkansbestämmelse (detta kommer dock att ändras när den nya norska strafflagen träder ikraft).

²⁰⁴ Jfr Asp 2001 s. 243 not 17, där det framhålls att det inte är givet att man vid en bedömning av huruvida fara förelegat skall ta sin utgångspunkt just i försökspunkten, och Jareborg 2001 s. 387 f. för argument emot att vidga perspektivet vid farebedömningen.

regleringen enligt vilken det fordras mer än ringa fara för fullbordan för att ansvar skall uppkomma). I vart fall finns, i linje med de överväganden som har gjorts i föregående avsnitt, skäl att uppställa någon typ av farekrav.

3. Låt oss börja med att konstatera att de särskilda problem med att legitimera förfäلتsdelikt som har diskuterats ovan i allmänhet är begränsade vad gäller försöksbrott.

Beträffande intressedimensionen intar visserligen försök knappast någon särställning, men denna dimension är, som ovan utvecklats, inte heller kopplad just till förfäلتsdelikten. Det är med andra ord fullt tänkbart att lagstiftaren väljer att kriminalisera försök att skada intressen vilka överhuvudtaget (dvs. inte ens om de faktiskt skadas) förtjänar straffrättsligt skydd. På samma sätt är det emellertid möjligt att lagstiftaren väljer att kriminalisera avsiktligt orsakande av sådan skada; problemområdet är med andra ord inte direkt kopplat till förfäلتsdelikten.

Vad gäller frågan om avstånd och kausalitet kan framhållas att det sällan torde ifrågasättas att försöksbrott generellt sett (och med undantag för vissa ganska extrema fall av otjänliga försök) innebär en ökning av risken för fullbordan och att undantagen rör gärningsindivider och inte deliktstypen som sådan. Med parafrasering av Husak kan sägas att sunt förnuft säger oss att gärningar som företas i syfte att åstadkomma skada och i någon mening innebär att gärningsmannen går från förberedelse till verkställighet ökar risken för sådan skada.²⁰⁵

När det gäller avståndsdimensionen och dess relation till straffvärde och skadlighet torde visserligen kunna sägas att inte heller försök innebär att någon skada (i den mening som termen här används) orsakas. Klart är emellertid dels att försök torde vara den typ av förfäلتsdelikt som i störst utsträckning kan sägas orsaka "secondary harm" – om någon försöker skada mig har jag i regel större anledning att känna mig skakad än om någon vidtar blott förberedande åtgärder för att skada mig eller, utan uppsåt att skada mig, vidtar en handling som under vissa förutsättningar kan

²⁰⁵ Jfr ovan avsnitt 5.III.4.

leda till att jag skadas – dels att försök straffvärdemässigt är den typ av förfälsdelikt som ligger närmast motsvarande skadedelikt.²⁰⁶ I sammanhanget kan vidare hänvisas till den debatt som förs kring frågan om försök alltid bör bestraffas lindrigare än fullbordat brott,²⁰⁷ även om man utgår från standpunkten att försök bör bestraffas lindrigare än fullbordat brott, torde kunna sägas att de flesta är eniga om att straffvärdet för försök generellt sett inte är obetydligt i relation till straffvärdet för fullbordat brott.

När det gäller avståndsdimensionen och dess relation till ansvarighet är försöken också långt mer oproblematiska än många andra förfälsdelikt. För det första förutsätter försök, till skillnad från andra förfälsdelikt, en relativt påtaglig närhet mellan gärning och fullbordat brott, vilket gör att tvivel rörande ansvarsfrågan som bygger på avstånd får mindre bäring. För det andra förutsätter försök uppsåt att utföra fullbordat brott, vilket har betydelse för frågan om det är rimligt att bygga gärningsmannens ansvar på den skada som det fullbordade brottet skulle ha innefattat. Som ovan betonats är det emellertid inte givet att ett uppsåt (ii), som förutsätts vid oavslutade försök utan vidare kan läggas till grund för slutsatsen att gärningsmannen bör kunna läggas den avsedda skadan till last. Just vid försök torde emellertid närheten till den tidpunkt då gärningsmannen förlorar kontrollen över händelseutvecklingen kunna läggas till grund för en presumtion rörande det faktum att gärningsmannen har varit beredd att ta också de avslutande stegen, vilket skulle innebära att ett uppsåt (i) förelåg. (Jfr strax nedan punkt 5.)

²⁰⁶ I sammanhanget kan t.ex. hänvisas till de svenska straffskalorna: för försök gäller allmänt bötesminimum som minimistraff (fängelseminimum om det fullbordade brottet har ett minimistraff på två år eller mer) och som maximistraff gäller samma straff som för det brott vilket försöket avser. För förberedelse och stämpling gäller allmänt bötesminimum som minimistraff och som maximum gäller det straff som ligger närmast under det som gäller för fullbordat brott ("[s]traff ... skall bestämmas under den högsta ... gräns som gäller för fullbordat brott"), dock med den ytterligare begränsningen att högre straff än fängelse i två år får bestämmas endast om fängelse i åtta år eller däröver kan följa på det fullbordade brottet. Se 23 kap. 1 § och 23 kap. 2 § brottsbalken.

²⁰⁷ Se t.ex. hänvisningar i not 111 ovan.

Också om vi utgår ifrån det medborgarperspektiv som tas upp av Jakobs är försöksbrotten relativt sett oproblematiska. Försök innefattar generellt sett (återigen bortses från vissa otjänliga försök) en sådant externt störande beteende som Jakobs kräver för att det skall vara legitimt att efterforska det interna (och beträffande vissa försök kan efterforskandet av det interna rättfärdigas genom att händelseförloppet inte längre behärskas av gärningsmannen). På motsvarande sätt kan i relation till Denckers och Duffs argumentation – att staten till dess motsatsen bevisats bör utgå ifrån att medborgarna kommer att ta ledning av strafflagens normativa budskap och rätta sig efter lagen – anföras att försök regelmässigt ligger så nära fullbordanspunkten att gärningsmannen kan sägas ha visat sig beredd att offra de intressen som straffrätten skyddar.

4. Ett andra steg i analysen kan vara att (positivt) motivera varför åtminstone försök till relativt allvarliga skadedelikt bör vara kriminaliserade, även om detta till viss del blir en spegelbild av vad som anförts i föregående punkt. Här vill jag anföra två huvudsakliga argument.

För det första skiljer sig straffvärdheten hos försök inte från straffvärdheten hos det fullbordade brottet som försöket relaterar till på ett sådant sätt att det enbart från straffvärdesynpunkt alltid finns skäl att göra skillnad i kriminaliseringsavseende. Detta gäller åtminstone vid självständiga skadedelikt vars straffvärde inte är obetydligt.²⁰⁸ Man kan med andra ord säga att straffvärdeargument i inte obetydlig utsträckning talar för kriminalisering, åtminstone vid allvarligare brottstyper. Denna slutsats bygger i stor utsträckning på vad som strax ovan sagts om kausalitet, skadlighet, ansvarighet osv. (straffvärde ses m.a.o. som en funktion av skada och ansvar för skada).

För det andra kan en kriminalisering av försöksgärningar legitimeras utifrån preventionssynpunkter, och här syftar jag inte i första hand på att en försökskriminalisering kan förväntas ha positiva effekter från preventionssynpunkt. Mer centralt är det koherensbaseade argumentet att en straffrätt som inte kriminaliserar

²⁰⁸ Jfr avsnitt 3.III.2 ovan.

försök (på något sätt) skulle kunna betecknas som en straffrätt som kommer i konflikt med en av sina egna utgångspunkter, nämligen att straffrätten är till för att förhindra att viss skada uppstår. Systemet talar med kluven tunga om det ytterst säger sig bygga på (skade)prevention och samtidigt inte anser sig behöva bry sig om gärningar vilka är omedelbart inriktade på att åstadkomma skada.

När en person begår en gärning som visar att hon är beredd att offra de intressen som straffrätten syftar till att skydda, kan således både förtjänstankar och preventionstankar sägas legitimera ett straffrättsligt ingripande.

Även om det kan finnas goda skäl att bygga på en handlingsetik (som lägger vikt vid vad som faktiskt har skett) och låta gärningsmannen dra fördel av moralisk tur, saknas skäl att låta straffsystemets gränser styras uteslutande av slumpen:

”there is no reason why a human system for judging and formally censuring the behaviour of others should be a slave to the vagaries of chance”.²⁰⁹

5. Ovan har argumenterats för att försök i många avseenden är relativt oproblematiska i ett legitimationsperspektiv. Detta gäller åtminstone med beaktande av de förutsättningar som ovan utvecklats (se punkt 2).

I den förda argumentationen ligger emellertid implicit ytterligare en förutsättning som inte närmare har berörts, nämligen att försök kan sägas innebära att gärningsmannen har visat sig vara beredd att offra de intressen som kriminaliseringen avser att skydda. Denna förutsättning kan möjligen behöva beröras något i två olika perspektiv.

För det första kan det behöva motiveras att försök faktiskt utvisar en dylik beredskap. I denna del anknyter min argumentation till uppdelningen i avslutade och oavslutade försök.

Vad gäller avslutade försök torde förutsättningen förklara sig själv. Hit räknar jag i detta sammanhang bara avslutade försök som innebär att gärningsmannen förlorar kontrollen över huruvida brottet fullbordas; beträffande andra avslutade försök, t.ex. där

²⁰⁹ Ashworth 1999 s. 462.

gärningsmannen på natten monterar en bilbomb under en bil som kan komma att användas först nästa morgon, får stöd sökas i vad som sägs om oavslutade försök. När man medvetet (med uppsåt) släpper kontrollen över huruvida ett visst intresse skadas visar man i gärning att man är beredd att offra intresset.

Ifråga om oavslutade försök är förutsättningen mer problematisk. Eftersom det återstår visst handlande innan beslutet att försöka kan sägas vara oåterkalleligt, finns det utrymme för att hävda att gärningsmannen ännu inte har visat en sådan beredskap som jag efterlyst ovan. I denna del måste emellertid försöksregleringen anses bygga på en *presumption* av innebörd att den som uppnått försökspunkten förutsätts vara beredd att fullfölja gärningen. Denna tanke kommer åtminstone indirekt till uttryck i doktrinen. I sammanhanget kan t.ex. hänvisas till följande uttalande av Jareborg:

”Ett verkligt eller (möjligen) planerat uppehåll i händelseförloppet innan något gjorts, som exemplifierar det första typfallet, får anses medföra att försökspunkten ännu inte är nådd. Ibland sägs som förklaring här till, att vederbörande inte är tillräckligt bestämd i sitt uppsåt (trots att uppsåtsrekvisitet i och för sig är uppfyllt). Uttryckssättet kan vara förvirrande. Bristen kan visserligen bestå i att kravet på visst brott inte är uppfyllt, dvs. gärningsmannen har ingen konkret föreställning om hur brottet skall begås. Men i andra fall är detta krav uppfyllt, och för dessa räcker det att notera, att *gärningsmannen inte gärna kan sägas ha påbörjat utförandet av ett brott, när det ännu inte är klart att han är beredd att verkligen göra något som täcks av brottsdefinitionens verb.*”²¹⁰

På samma sätt kan man se Högsta domstolens upprepade påpekanden om att försökspunkten inte bör läggas för långt ifrån fullbordanspunkten som ett sätt att säkerställa att den ovan beskrivna presumptionen kan upprätthållas.²¹¹ Man kan uttrycka det så att presumptionens trovärdighet är beroende av att avståndet mellan försöksgärningen och ”fullbordanspunkten” (citattecknen motiveras nedan under punkt 6) är begränsat.

Det låter sig följaktligen sägas att också de oavslutade försöken härleder sin legitimation från tanken att gärningsmannen visat sig

²¹⁰ Jareborg 2001 s. 384 (min kursivering).

²¹¹ Se t.ex. NJA 1991 s. 332 och NJA 1995 s. 405.

vara beredd att offra de intressen som skyddas. Noga taget kan gärningsmannen sägas ha visat sådan beredskap först när han eller hon förlorar kontrollen över händelseförloppet, men en sådan beredskap anses, beroende på att försöksansvaret uppkommer först vid en tidpunkt då gärningsmannen påbörjat verkställigheten av gärningen, kunna presumeras också i vissa andra fall.²¹²

Sammanfattningsvis får vi alltså tre grupper av försöksbrott:

- avslutade försök vid vilka gärningsmannen förlorat kontrollen över händelseförloppet,
- avslutade försök vid vilka gärningsmannen behåller kontrollen över händelseförloppet, samt
- oavslutade försök.

De försök som avses i den första strecksatsen utvisar att gärningsmannen varit beredd att offra de intressen som kriminaliseringen avser att skydda, vilket gör att den interna legitimationsfrågan blir oproblematisk. Beträffande sådana försök som avses i de båda andra strecksatserna har gärningsmannen visserligen inte visat sådan beredskap, men ansvar kan legitimeras på den grunden att gärningsmannen (med beaktande av den tidsmässiga närheten till den tidpunkt vid vilken gärningsmannen förlorar kontrollen över händelseförloppet) ändå kan presumeras ha sådan beredskap. I det följande räknar jag till de avslutade försöken endast sådana försök som avses i den första strecksatsen. De försök som avses i den andra strecksatsen behandlas följaktligen såsom oavslutade.

6. Ett förtydligande som bör göras i förhållande till det ovan sagda är att det avstånd som i första hand är relevant vid en diskussion kring legitimationsfrågor rörande försök knappast är avståndet mellan den gärning som läggs till grund för ansvar å ena sidan och den punkt där skada uppstår å den andra. Relevant bör snarare

²¹² Jfr här Thyren 1926 som från en annan utgångspunkt når näraliggande resultat. Jfr även Alexander & Kessler 1996-1997 s. 1140 ff. & 1168 ff. som med utgångspunkt i överväganden som ytterst baseras på en distinktion mellan uppsåt (i) och uppsåt (ii) går betydligt längre och argumenterar för att oavslutade försök överhuvudtaget inte bör bestraffas.

vara avståndet mellan den gärning som läggs till grund för ansvar och den punkt vid vilken gärningsmannen kan sägas ha visat sig beredd att offra de intressen som ytterst avses skyddade (dvs. antingen den punkt vid vilken gärningsmannen förlorar kontrollen över huruvida skada inträffar eller den punkt vid vilken det kan anses vara berättigat att uppställa en sådan presumtion som ovan har diskuterats).

Man kan t.ex. lätt tänka sig att tiden mellan gärning x som utförs av A och skadan y som ytterst avses förhindrad är mycket lång utan att det för den skull är särskilt problematiskt att göra A ansvarig för att ha utfört x och att basera detta ansvar på relationen mellan x och y. Ett någorlunda rent (därmed inte nödvändigtvis realistiskt) exempel skulle kunna vara att A innan hon ger sig av på en världsomsegling lämnar frysen full med preparerade (dvs. förgiftade) matlådor som hennes make B förutsätts äta när han kommer hem från en lång äventyrsresa i Sydamerika. Inte ens om det skulle visa sig att det är mycket lång tid till den tidpunkt då B faktiskt kommer hem och börjar titta i frysen, utgör avståndet mellan gärning och skada något större problem i legitimationshänseende; A är naturligtvis ansvarig för den skada som eventuellt uppkommer och det är heller inte – åtminstone förutsatt att A saknar kontroll över ett eventuellt tillbakaträdande – särskilt besvärligt att motivera ett försöksansvar. (Om A under en tid har full kontroll över möjligheten att tillbakaträda – det går att tänka sig sådan möjligheter också i relation till de givna exemplet, men de framstår som så fantasifulla att jag väljer att inte återge dem – skulle det kunna argumenteras för att den punkt vid vilken A förlorar kontrollen över händelseutvecklingen uppstår först vid den tidpunkt då A inte längre kan tillbakaträda. Ett dylikt resonemang förutsätter emellertid att A kan anses berättigad att räkna med möjligheten att tillbakaträda. Denna möjlighet bortses emellertid ifrån för tillfället.)

Betydligt mer problematiskt i ett legitimationsperspektiv är ett exempel som bygger på att motsvarande avstånd ligger mellan den gärning som läggs till grund för ansvar och den punkt vid vilken A kan sägas ha visat sig beredd att offra de intressen som straffrät-

tens syftar till att skydda. Antag t.ex. att vi vet att A köpt in ett visst giftigt ämne med avsikt att ett år senare, när B kommer hem från sin äventyrsresa, bjuda B på en välkomstmiddag innehållande en dödlig dos av det giftiga ämnet. Det är mycket möjligt att ett förfälsdelikt enligt vilket A kan bestraffas för detta är legitimt, men det kan inte begrundas med hänvisning till de överväganden som ovan gjorts beträffande försök; avståndet mellan A:s gärning och den punkt vid vilken hon avser att vidta den slutliga gärningen gör att vi får svårt att motivera en presumtion av innebörd att gärningar motsvarande A:s inköpsgärning berättigar slutsatsen att A varit beredd att offra de intressen som ytterst avses skyddade.

Ovan har påpekats att eventuella möjligheter att tillbakaträda kan påverka det ovan förda resonemanget. Problemet har sin grund i:

- (1) att de ovan framförda tankegångarna bygger på att försöket kan sägas utvisa att gärningsmannen genom att ta det slutliga steget mot fullbordan visar sig vara beredd att offra de intressen som straffrätten avses skydda,
- (2) att det påstås att denna beredskap kan visas trots att det är ett betydande avstånd mellan den gärning som läggs till grund för ansvar och den skada som avses förhindrad (men att bedömningen påverkas påtagligt av vilket avstånd som föreligger mellan den gärning som föranleder ansvar och den punkt vid vilken gärningsmannen visar en beredskap att offra de intressen som avses skyddade), samt
- (3) att det faktum att gärningsmannen har kontroll över möjligheten till tillbakaträdande innebär att denna slutledning blir tvivelaktig också i sådana fall där det föreligger avstånd mellan den gärning som föranleder ansvar och den skada som avses förhindrad.

Det sagda kan illustreras genom en jämförelse som tar sin utgång i två högst vardagliga (och i regel icke kriminella) gärningar:

- a) gärningen att gå med i en bokklubb där avtalet innebär att man med köptvång kommer att få en bok varje månad under ett års tid (noga taget innebär väl detta ett avtal om köp av tolv böcker med successiv leverans).
- b) gärningen att gå med i en bokklubb där avtalet innebär att man föreslås en s.k. månadsbok (som kommer om man inte avbokar den).

Här torde kunna sägas att medan gärning a) berättigar slutsatsen att gärningsmannen visat sig vara i handling är beredd att köpa böcker, kan detsamma inte kan sägas om gärning b) och detta trots att båda gärningarna kan sägas innebära att personen gjort allt vad som ankommer på henne för att böckerna skall anses beställda. Gärningen att köpa böcker torde i allmänhet ses som relativt neutral från moralisk synpunkt,²¹³ varför det kanske är svårt att se relevansen av möjligheten till tillbakaträdande. Om vi istället tar ett exempel som bygger på en gärning som i ett moraliskt perspektiv är klart värdeladdad (t.ex. en påtagligt berömvärd gärning) framstår relevansen måhända som klarare:

- a) gärningen att såsom tjänsteman vid ett kärnkraftverk visa sig beredd att offra sin hälsa (utsätta sig för radioaktivitet) för att förhindra en kärnkraftolycka.
- b) gärningen att vid ett kärnkraftverk ta en anställning som innefattar en plikt att vid haveri vidta vissa säkerhetsåtgärder trots att det är riskabelt för den egna hälsan (dvs. att ta på sig en skyldighet att offra sin hälsa).

Naturligtvis finns det utrymme för att hävda att också den senare av de två gärningarna i exemplen är berömvärd, men någon medalj (för annat än lång och trogen tjänst) torde delas ut enbart för den första gärningen. Detsamma, vill jag hävda, bör gälla även för klandervärda gärningar.

7. Det sagda kan sammanfattas genom att säga att osjälvständiga förfälsdelykt som kan analyseras i termer av försök – där gärningsmannen antingen förlorat kontrollen över händelseutvecklingen fram till fullbordat brott *eller* ligger så nära denna punkt att han eller hon kan presumeras vara beredd att fullfölja gärningen dithän – också kan betraktas som legitima. En förutsättning för

²¹³ Det kan naturligtvis finnas undantag med hänsyn till innehållet (men dylika undantag torde i och för sig – och förutsatt att man inte intar en mycket moralistisk ståndpunkt – mycket sällan förekomma i existerande bokklubbars sortiment). Tänkbart är också att bokklubbsaspiranten är bokoholist och (i syfte att tillse att hemmet har plats för ett köksbord) givit sin partner ett löfte att inte köpa fler böcker.

det sagda är naturligtvis att det inte finns särskilda omständigheter som inte har att göra med förfältsfrågan som talar i motsatt riktning (exempelvis kan ju det intresse vilket straffbudet syftar till att skydda vara sådant att det överhuvudtaget inte kan legitimera bestraffning).

Ovan har talats om förlorad kontroll och därigenom visad beredskap osv. Det kan vara värt att erinra om att den beredskap (att offra de intressen som skyddas genom det självständiga delikt till vilket förfältsdeliktet relaterar) som visas är viktig inte därför att gärningsmannen därigenom visar upp någon särskild karaktär etc., utan därför att vi, utan klara bevis för att gärningsmannen i det enskilda fallet har sådan beredskap, bör utgå från motsatsen. Utgångspunkten bör med andra ord vara att det är legitimt att lägga gärningsmannen till last det som det överskjutande uppsåtet avser endast under förutsättning att gärningsmannen kan sägas ha visat sig beredd att gå dithän.

VI. DELIKT VILKA INTE LÅTER SIG ANALYSERAS I FÖRSÖKSTERMER

1. Beträffande delikt vilka inte låter sig analyseras i försökstermer fordras emellertid ytterligare överväganden; utgångspunkten bör vara försiktighet när det gäller att använda osjälvständiga förfältsdelikt utöver vad försöksanalogin motiverar. Vi måste i dessa fall kunna motivera att vi bygger på ett överskjutande uppsåt (med de konsekvenser det har; se ovan avsnitt 6.II) trots att gärningsmannen ännu inte förlorat kontrollen över händelseförloppet, dvs. ännu inte har släppt kontrollen över huruvida de skyddade intressena skadas eller ej. I det följande skall jag peka på ett antal situationer där jag menar att det kan vara befogat att kriminalisera förfältsdelikt trots att den beskrivna försöksanalogin brister.

2. En första synpunkt som möjligen skulle kunna motivera kriminalisering av förfältsgärningar är att vissa gärningar inte kan ha (praktiskt taget) något annat syfte än att utgöra förberedelse i för-

hållande till brottsliga gärningar. Exempel skulle kunna vara anskaffning av föremål som överhuvudtaget inte har något (civilt) legalt användningsområde (t.ex. anskaffande av automatvapen). Med en sinnelagsetisk utgångspunkt där de krav som uppställs på gärningen mest syftar till att garantera ett underlag för uppsåtsbedömningen bör rimligen en sådan "ändamålskaraktär" hos gärningen vara tillräcklig för att legitimera ett osjälvständigt förfälsdelikt som bygger på att denna gärning utförs med överskjutande uppsåt att begå brott som är anknutet till gärningens ändamålskaraktär.

Om man inte har en dylik utgångspunkt, bör vissa tilläggskrav uppställas. Det faktum att någon har utfört en gärning som kan sägas ha en otvetydig brottslig ändamålskaraktär med uppsåt att utföra brott säger nämligen i sig ingenting om gärningens eventuella farlighet. Det är – även om underlaget för bedömningen möjligen kan sägas vara något säkrare när gärningsmannen faktiskt har tagit ett otvetydigt steg mot fullbordan – fortfarande osäkert om gärningsmannen faktiskt är beredd att utföra det fullbordade brottet (varför det fortfarande framstår som tvivelaktigt att ålägga honom eller henne ett sorts kuperat ansvar för detta redan vid förberedelsegärningen), och en gärning som har en otvetydig brottslig ändamålskaraktär behöver i sig inte innebära någon fara (jfr t.ex. anskaffande av en dyrk som saknar legalt användningsområde). Jag är därför inte övertygad om att denna synpunkt håller fullt ut.

3. Därmed kommer vi över på en annan näraliggande synpunkt, nämligen att ansvar som delvis bygger på ett överskjutande uppsåt bör kunna legitimeras om gärningen i sig är sådan att det är legitimt att kriminalisera den oberoende av det överskjutande uppsåtet. Argumentationen är då uppbyggd enligt följande. Det är legitimt att kriminalisera gärningen x med hänsyn till de faror eller risker som (åtminstone) generellt sett är knutna till gärningen. Det är vidare legitimt att vid straffvärdebedömningen beakta gärningsmannens avsikter. Alltså är det legitimt att kriminalisera gärningen x och betrakta det överskjutande uppsåtet som en försvårande omständighet.

Detta sagda innebär att straffrättsligt ingripande som delvis bygger på ett överskjutande uppsåt kan legitimeras om det samtidigt bygger på en gärning som är sådan att den i sig innefattar sådan fara som det självständigt (dvs. utan hänsyn till det överskjutande uppsåtet) är legitimt att kriminalisera. Det överskjutande uppsåtet får då i praktiken bara betydelse vid straffmätningen. Intressant att notera är att liknande tankegångar ursprungligen torde ha legat bakom den svenska förberedelsebestämmelsens utformning. I förarbetena talas sålunda om att kriminaliseringen bör begränsas till sådana gärningar som är farliga i sig och inte bara som ett led i en konkret brottsplan:

”Där en brottsplan icke genomförts så långt att man måste räkna med dess fullföljande fram till fullbordat brott såsom något aktuellt, bör kriminaliseringen begränsas till sådana handlingar, vilka med hänsyn till risken för tillkomsten av brott äro samhällsfarliga till sin typ och icke allenast såsom led i en konkret brottsplan.”²¹⁴

Denna synpunkt torde i och för sig i viss utsträckning kunna bidra till att legitimera ett förberedelsebrott utformat såsom det svenska förberedelsebrottet, i vart fall såvitt gäller fall av befattning med hjälpmedel i den ursprungliga lydelsen där det handlade om att ta befattning med gift, sprängmedel osv. Det torde emellertid stå klart att det svenska förberedelsestadgandet också enligt den ursprungliga lydelsen åtminstone formellt omfattade gärningar vilka var fullt tillåtna det överskjutande uppsåtet förutan. Exempelvis torde bestämmelsen ha omfattat det fallet att en person helt legalt (t.ex. såsom aktiv tävlingsskytt) köper in ett skjutvapen med uppsåt att döda någon.

Klart är att man utifrån det sagda kan föreställa sig två skilda lagstiftningstekniker. För det första kan man använda utgångspunkten som stöd för att skapa osjälvständiga förfäلتsdelikt som ytterst bygger på att förfäلتsgärningen är farlig (typiskt sett farlig etc.) också det överskjutande uppsåtet förutan, t.ex. förberedelse till mord som består i befattning med automatvapen med uppsåt att döda. För det andra kan man använda utgångspunkten som stöd för

²¹⁴ NJA II 1948 s. 192.

att skapa självständiga förfältsdelikt och därvid låta det överskjutande uppsåtet få betydelse blott som en försvårande omständighet antingen vid gradindelningen eller vid straffvärdebedömningen.

För egen del menar jag att den sistnämnda lagtekniska lösningen i grunden är att föredra och den ståndpunkten bygger på tanken om att straffrättslig rubricering bör utgå från *principen om representativ rubricering*, dvs. principen att beteckningen av det brott gärningsmannen döms för någorlunda väl bör representera vad denna har gjort och därtill vara i överensstämmelse med grunden för kriminaliseringen.²¹⁵ Det bör t.ex. stå klart att en dom avseende förberedelse till mord framhäver den koppling till slutlig skada som bygger på det överskjutande uppsåtet på ett helt annat sätt än en dom avseende grovt vapenbrott (som blir grovt därför att gärningsmannen haft avsikt att döda):

”If I try to injure another person, I relate myself as closely as I can to that harm ... [T]o call [en gärning] an attempt is ... to emphasize its close relation to, as an incomplete version ... of that paradigm.”²¹⁶

Och om nu gärningsmannens ansvar i huvudsak bygger på att gärningen är farlig, och vi är i en position där det framstår som osäkert huruvida det verkligen är rimligt att fullt ut lägga gärningsmannen till last det som det överskjutande uppsåtet avser, så bör den sistnämnda varianten (dvs. att beakta det överskjutande uppsåtet som en försvårande omständighet) vara bättre förenlig med principen om representativ rubricering. En fördel med en sådan lagstiftningsstrategi är också att den tydligare framhäver att legitimationsfrågan avseende grunddeliktet (dvs. legitimationsfrågan avseende vapenbrottet) måste lösas först; det görs s.a.s. klart att grunden för deliktet inte ligger i gärningsmannen och dennes överskjutande uppsåt. Man kan säga att vi genom att välja en dylik lagstiftningsteknik försäkrar oss om att endast gärningstyper vilka det är legitimt att kriminalisera på grund av deras inneboende egenskaper kommer att ligga till grund för ansvar.

²¹⁵ Se Horder 1996 s. 161 ff.

²¹⁶ Duff 1990 s. 202 f. Det paradigm som det hänvisas till beskrivs enligt följande (s. 201): ”the paradigm of action, and of responsible agency, is completed action in which there is no separation between subjective and objective”.

4. En tredje synpunkt som kan göras gällande är att ansvar för förberedande gärningar, utöver vad som ovan diskuterats, kan vara legitimt i vissa fall där man genom att skapa en situation av *socialt tryck*, eller där man (efter inspiration från tysk rätt) kan tala om att det har skapats *viljebindningar*, ökar risken för att brott skall komma till stånd. Poängen här skulle vara att det är skillnad på att tänka och planera och eventuellt vidta åtgärder för att förbereda sig själv, i syfte att senare utföra något, och att planera och vidta förberedande åtgärder i grupp. Genom att skapa (eventuellt ömsesidiga) förväntningar på visst handlande och genom att personer ”investerar” (pengar, engagemang etc.) i ett visst projekt blir det också svårare att låta projektet rinna ut i sanden. Det torde kunna sägas att det finns ett mer eller mindre stadgat talesätt enligt vilket ”det bästa sättet att få en sak gjord är att berätta om sina avsikter för andra”.²¹⁷

Denna synpunkt är nog taget knappast inkompatibel med den ovan förordade försöksanalogin eftersom den gärningsman som deltar i dylika kollektiva förberedelser ofta i någon mening torde kunna sägas förlora kontrollen över händelseförloppet.

Dessa grundtankar rimmar väl med den härskande läran i tysk doktrin enligt vilken straffgrunden för § 30 Strafgesetzbuch är de faromoment som ligger å ena sidan i igångsättandet av ett icke kontrollerat kausalförlopp, å andra sidan i en sorts ”Willensbindung” (som bygger på att man genom att samverka med andra ”binder” sig att begå brott på ett annat sätt än om man agerar ensam).²¹⁸

I sammanhanget kan också hänvisas till Letzgus som argumenterar för att ensidig (t.ex. vid anstiftansförsök) eller ömsesidig (t.ex. vid överenskommelser att begå brott) ”Suggestionswirkung” eller ”Psychischen Stärkungen” – som gör det svårt att frigöra sig från ett beslut att begå gärningen – är vad som närmast kan ligga till

²¹⁷ Se även synpunkter refererade av Letzgus 1972 s. 123 ff.

²¹⁸ Se t.ex. Roxin 1979 s. 170 f. och 2003 § 28.II.5. Se och jfr även Jakobs 1983 avsnitt 27.I, Jescheck & Weigend 1996 § 65.I.2 och Stratenwerth & Kuhlen 2004 § 12.III.2 randnummer 170 och 179. Jfr dock vad som sagts ovan i avsnitt 5.III.1 om att kausalitetsfrågan (dvs. den empiriska frågan om ett visst beteende faktiskt ökar risken för brott) ingalunda är självklar.

grund för straffbarheten enligt § 30 Strafgesetzbuch.²¹⁹ Det bör särskilt betonas att Letzgus menar att endast förberedande åtgärder som begås av flera i förening och där det har kommit till ”einen ernsthaften, unbedingten und generell tauglichen Tatentschluß eines oder mehrerer präsumtiver Täter” är straffvärda.²²⁰

Denna synpunkt torde, vilket bör ha framgått, i första hand bli av relevans för bedömningen av kriminalisering av stämplingsgärningar, såsom överenskommelse att begå brott, försök till anstiftan osv.

I denna del bör särskilt noteras att situationer där flera personer är inblandade i förberedande åtgärder kan aktualisera dels stämplingsbrottet, dels tillämpning av medverkansreglerna (förutsett att någon individ nått den punkt då förberedelseansvar inträder). Det sistnämnda är särskilt intressant mot bakgrund av att det med tillämpning av medverkansreglerna finns en möjlighet att gå ”bakåt”. Vad som när medverkansgärningen företas inte behöver vara straffbart alls (eftersom det ännu inte finns något medverkanobjekt; ingen har nått förberedelsestadiet) kan vid en senare tidpunkt (när t.ex. en förberedelsegärning vidtas) bli straffbart såsom medverkan till förberedelse. När vi väl nått det stadium i handlingsprogressen där stämplings- eller förberedelseansvar inträder möjliggör alltså reglerna om medverkan ytterligare steg ”bakåt”. Detta är, om inte annat, en synpunkt som enligt min uppfattning gör det svårt att hävda att den här utförda analysen är för begränsande i fråga om möjligheterna att ingripa mot osjälvständiga förfäلتsdelikt på ett tidigt stadium.

²¹⁹ Se Letzgus 1972 s. 126 ff. (t.ex. s. 135). Se även Letzgus 2004 s. 61: ”Die weite Vorverlegung der kriminalpolitischen Verteidigungslinie bei Vorstufen der Beteiligung ... bedarf ganz besonderer Begründung. Diese kann wiederum nicht im subjektiven Bereich, d.h. im deliktischen Willen des Täters liegen, sondern könnte allein in einer möglicherweise besonderen Gefährlichkeit einzelner Fälle versuchter Beihilfe ihre Rechtfertigung finden. Der einheitliche Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit von Vorstufen der Beteiligung ist der Gedanke der Konspiration, die sich in dem durch Suggestion und eine bestimmte Art physischer [skall rimligen vara psykischer; jfr Letzgus 1972 s. 222 och 2004 61 ff.] Stärkung beeinflussten Tatentschlusses des Täters manifestiert.”

²²⁰ Se sammanfattande Letzgus 1972 s. 222 f.

5. En fjärde hållpunkt för när ett utvidgat förberedelseansvar kan vara legitimt kan sökas i det faktum att en gärning som ingår i en noggrant planerad brottsplan kan vara att bedöma på annat sätt än enstaka gärningar. Synpunkten – som är mycket tentativ och uppkastad närmast som en försöksballong – återspeglas i den diskussion som förs i anslutning till frågan om brottsenhet inom ramen för den straffrättsliga konkurrensläran.

Normalt sett torde t.ex. 100 olika stölder från en och samma person bedömas som 100 olika brott (100 olika enheter) vilket bl.a. får betydelse för frågan om gradindelning (om det är tillåtet att lägga ihop de olika gärningarna kan stölden bli grov, men om man betraktar stölderna var och en för sig är fråga om stölder av normalgraden). I vissa fall när olika gärningar har ett tydligt inbördes sammanhang kan det emellertid vara befogat att bedöma alla gärningar i ett sammanhang (t.ex. om en person stjälar en avancerad elektronisk utrustning bit för bit).²²¹

Motsvarande synpunkt skulle kunna göras gällande när det gäller bedömningen av legitimationsfrågan i relation till osjälvständiga förfälsdelikt. Antag t.ex. att en person planerar att, genom en antal gärningar x, y, z, å, ä, och ö, sätta viss offentlig verksamhet ur funktion (t.ex. trafiken på en viss järnvägssträcka). Gärningen x kan t.ex. bestå i viss fysisk skadegörelse som i sig inte är ägnad att hindra trafiken men som har betydelse när ä utförts, gärningen y i tillgrepp av ritningar som är nödvändiga för utförande av sabotage, gärningen z i ett dataintrång varigenom vissa inställningar som skapar förutsättningar för den slutliga sabotagegärningen ö osv. I dylika fall skulle man kunna argumentera för att gärningsmannen redan genom att påbörja serien av gärningar kan sägas ha visat en sådan beredskap att sätta sina planer i verket att man kan motivera en sådan presumtion som ovan har diskuterats i anslutning till bedömningen av oavslutade försök; även om gärningsmannen efter utförande av gärningarna x, y och z ännu inte har släppt kontrollen över händelseförloppets fortsatta utveckling skulle kunna hävdas att han eller hon har gjort tillräckligt för att det skall vara legitimt att bygga ansvaret på det som det överskjutande upp-

²²¹ Jfr t.ex. Jareborg 1995a s. 213 ff.

såtet avser. I sak innebär detta inte annat än att man utsträcker de synpunkter som gör sig gällande vid oavslutade försök med stöd av det faktum att man i vissa situationer rimligen bör betrakta flera gärningar i ett sammanhang.

6. Mot det sagda skulle kunna invändas att det i allt för stor utsträckning begränsar användandet av osjälvständiga förfältsdelikt. Jag har emellertid svårt att se att det kan finnas ett reellt behov av att på rent straffrättslig grund ingripa mot presumtiva gärningsmän som (i) agerar på egen hand och (ii) inte har tagit befattning med något som det i sig är legitimt att kriminalisera befattnings-tagande med. En annan sak är att det möjligen kan finnas människor som kan behöva omhändertas på annan grund.

VII. SJÄLVSTÄNDIGA FÖRFÄLTSDELIKT

a. Självständiga förfältsdelikt med krav på överskjutande uppsåt

1. Ovan har med hänvisning till (vad jag efter Horder har valt att kalla) principen om representativ rubricering argumenterats för att det i vissa fall vore att föredra om man kunde ersätta osjälvständiga förfältsdelikt med självständiga förfältsdelikt där det överskjutande uppsåtet ges betydelse endast såsom en försvårande omständighet antingen vid straffmätningen eller vid gradindelningen.

2. Till detta bör läggas att självständiga förfältsdelikt med krav på överskjutande uppsåt i detta perspektiv kan vara att föredra framför t.ex. ett försöksansvar (ett stölldelikt motsvarande det svenska – som fordrar tagande och tillägnelseuppsåt – skulle kunna anses jämförbart med försök till tillägnande) just därför att man genom att nyttja tekniken med självständiga förfältsdelikt med krav på överskjutande uppsåt representerar gärningen såsom *både* en viss framgång *och* ett misslyckande (tagandet lyckades, men tillägnandet misslyckades).²²²

²²² Se närmare Horder 1996 s. 162 ff.

b. Självständiga förfältsdelikt utan krav på överskjutande uppsåt

1. Ovan har de problem som är kopplade till bruket av osjälvständiga förfältsdelikt framhävts och det har argumenterats för att självständiga förfältsdelikt som inte bygger på ett överskjutande uppsåt (men där förekomsten av sådant uppsåt kan beaktas såsom en försvårande omständighet) i grunden är att föredra.
2. Detta är naturligtvis en inte helt okomplicerad ståndpunkt eftersom man utifrån denna hamnar just i de legitimationsproblem som bl.a. von Hirsch & Wohlers samt Husak har uppmärksammat.²²³ Att närmare analysera legitimationsfrågor rörande självständiga förfältsdelikt ligger emellertid utanför syftet med denna framställning.
3. Så mycket kan dock sägas att man knappast bör se olika deliktstyper som kommunicerande kärn, där argumentation om att vissa deliktstyper är problematiska i ett legitimationsperspektiv på något sätt bör kompenseras med automatik genom användning av en annan deliktstyp. Utgångspunkten är givetvis att varje kriminalisering måste legitimeras hållbart och självständigt.

VIII. KOMMENTARER MED EXKURSKARAKTÄR

1. I detta avsnitt skall blott exkursvis ges ett par kommentarer till de resultat som framkommit ovan.
2. För det första kan det vara värt att notera att man kan nå likartade slutsatser utifrån helt andra utgångspunkter. I den meningen kan denna text sägas vara försonande; den förklarar varför man trots mycket olikartade utgångspunkter ofta kommer tillbaka till likartade frågeställningar och hållpunkter, vilket här skall exemplifieras med vad Lassen skrivit om försök i dansk rätt.

²²³ Jfr ovan avsnitt 5.V och 5.X.

Lassen skrev 1879 en avhandling med titeln ”Forsøgets Strafbarhed”, som än idag utgör den enda danska monografen på området. Lassen utgick, i Ørstedes anda, från en mycket extrem subjektiv grundinställning:

”Retsordenen har med andre Ord allerede Interesse i, at intet Retsbrudssindelig eksisterer. Lovgiveren har derfor Grund til att forbyde et saadant Sindelags Eksistens og til at straffe det ikke blot, naar det har affødt en Forbrydelse, der afgjørende vidner om dets Eksistens, men ogsaa forsaavidt som dets Eksistens ligesaa vel ad anden Vej kan paavises. En yderligere Strafbetingelse end Retsbrudssindelagets Eksistens vilde der overhoved ikke være nogen Grund til at opstille, dersom Sindelaget altid med fotografisk Nøjagtighed afspejlede sig i Yderverdenen.”²²⁴

Utifrån denna grundinställning diskuterar Lassen sedan vilka gärningar som s.a.s. är tillräckliga för att man med en tillräcklig grad av säkerhet skall kunna fastslå att ett erforderligt uppsåt föreläggat. Mot bakgrund av att Lassen menar att ett erkännande inte kan anses som tillräckligt bevis för att ett tillräckligt fast uppsåt att begå brott föreläggat,²²⁵ blir hans konklusion (sammanfattad på ett förenklat sätt) att det fordras att a) att försöket antingen har nått den punkt som för gärningsmannen framstår som avgörande eller den punkt där man utifrån psykologisk erfarenhet ”maa antages at ville holde ud til dette Øjeblik”²²⁶ och b) att försökshandlingen ”tillige er objektivt mistænkelig”.²²⁷

Mot denna bakgrund uttryckte Lassen viss kritik mot § 45 i den dåvarande danska strafflagen (som i allt väsentligt motsvarande straffeloven § 21). Lassen framhöll visserligen att frånvaron av ett krav på att försökshandlingen skall vara objektivt ”mistænkelig” såvitt känt inte hade haft några stötande konsekvenser. Bl.a. pekade han på att det sällan blir tal om att åtala ”umistænkelige” gärningar på grund av svårigheterna att få fram bevis. Men Lassen

²²⁴ Lassen 1879 s. 4.

²²⁵ Lassen 1879 s. 48 ff.

²²⁶ Jfr vad som sagts ovan i avsnitt 6.V.5 om avslutade och oavslutade försök.

²²⁷ Lassen 1879 s. 134 f.

menade samtidigt att det inte gick att förneka att bestämmelsen gav:

”Anklagemyndigheden et Værn, bagved hvilket den uangrikelig kan ’inddrage Uskyldige under en Kriminalproces’, navnlig ved at berøve den Sigtede det Værn, der, naar Forsøgsstraffen indskrænkes til objektivt mistænkelige Handlinger, vilde ligge i Anklagens Specialisering.”²²⁸

Dessutom framhöll Lassen att bestämmelsen förutsatte antingen att bevis om att uppsåtet har en sådan styrka ”til at holde ud til det afgjørende Øjeblik” alltid kan få genom erkännande (vilket enligt Lassen var oriktigt) eller att sådan styrka hos uppsåtet inte är en betingelse för försöksansvar (vilket enligt Lassen var lika oriktigt).²²⁹

3. För det andra kan också noteras att den här förda argumentationen i viss utsträckning ger stöd för, eller i vart fall är förenlig med, tanken att frivilligt tillbakaträdande bör föranleda ansvarsfrihet vid oavslutade försök (i den mening termen här används). Om gärningsmannen ännu inte – genom att släppa kontrollen över händelseförloppet fortsatta utveckling – visat sig beredd att göra intrång i de intressen som skyddas ter det sig tvivelaktigt att lägga honom eller henne till last det som det överskjutande uppsåtet avser.²³⁰

IX. SAMMANFATTNING

1. Ovan har jag försökt påvisa att osjälvständiga förfäلتdelikt fordrar en dubbel legitimation. Det fordras dels att man kan rättfärdiga att gärningsmannen läggs det till last som straffbudet omfat-

²²⁸ Lassen 1879 s. 144 f.

²²⁹ Lassen 1879 s. 145 f.

²³⁰ Här ligger man ganska nära den modell avseende frivilligt tillbakaträdande som bygger på att ”the defense of abandonment is that it is conceptually connected to the attempt itself. The effort to desist and to check the consequences of the attempt shows that the ’criminal intent’ was not as firm as would have been required for the execution of the offense.” Fletcher 1998 s. 184.

tar, trots att han eller hon ännu bara har en ”subjektiv” relation till vissa delar av detta (dvs. i relation till det som det överskjutande uppsåtet avser), dels att man kan rättfärdiga kriminaliseringen som sådan, dvs. att det kan rättfärdigas att (ännu) oskadligt beteende kriminaliseras (avsnitt 6.II).

2. Vad gäller den interna legitimationsfrågan har jag försökt underbygga tanken att det är legitimt att göra en individ ansvarig för vad han eller hon avser att göra först när han eller hon vidtar steg för att realisera dem och därigenom åtminstone i någon utsträckning förlorar kontrollen över händelseförloppets utveckling (avsnitt 6.III). Jag har sedan sökt bygga vidare på en analogi till försöksbrotten (avsnitt 6.V), vilket förenklat uttryckt har lett vidare till slutsatsen att förutsättningar för att legitimera osjälvständiga förfältsdelikt föreligger dels (och närmast tautologiskt) när individen medvetet släpper kontrollen över skeendet (t.ex. genom att lämna fortsättningen i händerna på någon annan), dels när man med stöd av gärningsmannens agerande kan uppställa en presumtion om att denne varit beredd att släppa kontrollen över händelseförloppet och därigenom kontrollen över huruvida de bakomliggande intressena skadas. Jag har emellertid också sökt peka på vissa situationer där försöksanalogin inte framstår som helt träffande, men i vilka det ändå kan diskuteras om inte ett förberedelseansvar är att anse som legitimt (avsnitt 6.VI). Det är givet att dessa utvidgande tankar bör tillämpas med försiktighet.

3. Vad gäller den externa legitimationsfrågan har jag – eftersom det torde vara ogörligt att bedöma farligheten hos allmänt hållna delikt generellt och i förväg – rekommenderat att man vid osjälvständiga förfältsdelikt uppställer någon sorts farerekvisit som fordrar en bedömning av fara i det enskilda fallet (avsnitt 6.IV).

4. Slutligen har jag också sagt något om relationen mellan osjälvständiga förfältsdelikt och självständiga förfältsdelikt (avsnitt 6.VII) och givit några kommentarer med exkurskaraktär (avsnitt 6.VIII).

7. Tillämpning

I. INLEDNING

1. I detta avsnitt skall det modellförslag som utarbetats i föregående kapitel användas i syfte att föra en diskussion kring frågan i vilken utsträckning det svenska straffstadgandet i 23 kap. 2 § brottsbalken låter sig legitimeras. Den analys som görs är relativt översiktlig och syftar i första rummet till att ange vilka delar av bestämmelsen som framstår som mer eller mindre oproblematiska och vilka som framstår som mer besvärliga, men också till att diskutera huruvida det kan anses legitimt och behövligt att utvidga ansvaret för förberedande åtgärder utöver vad som gäller idag.
2. Redan här kan förutskickas att analysen utvisar att bestämmelsen omfattar gärningstyper vid vilka bestraffning svårigen kan legitimeras och att dessa fall i princip uteslutande är att hänföra till de situationer där en ensam gärningsman vidtar förberedande åtgärder inför brott som denne själv avser att utföra eller som denne senare avser att främja. Mot denna bakgrund är det naturligtvis svårt att se något utrymme för en utvidgad kriminalisering i dessa fall.
3. Den fortsatta framställningen disponeras så att jag först kommer att ”dekonstruera” bestämmelsen i 23 kap. 2 § brottsbalken i syfte att dela in den i tre olika deliktstyper (avsnitt II) för att sedan kommentera dessa utifrån den modell som konstruerats i kapitel 6 (avsnitt III).

II. DEKONSTRUKTION

a. Inledning

1. Redan en översiktlig studie av 23 kap. 2 § brottsbalken utvisar att bestämmelsen omfattar ganska olikartade gärningar. Man kan t.ex. skilja dels mellan uppsåt att utföra brott och uppsåt att främja brott, dels mellan befattning med hjälpmedel och lämnande eller mottagande av (vad som tidigare kallades) förlag och vederlag. Härutöver finns också ett antal högst olikartade stämplingsgärningar.

2. Också inom respektive klass kan man emellertid göra vissa distinktioner, exempelvis mellan att ta befattning med hjälpmedel i syfte att senare lämna det vidare för att främja brott (t.ex. att köpa en pistol i syfte att senare lämna den till en tilltänkt gärningsman) och att ta befattning med hjälpmedel i syfte att *därigenom* främja brott (t.ex. att lämna en pistol till en tilltänkt gärningsman).²³¹

3. Framställningen i de kommande avsnitten syftar till att, på grundval av dylika uppdelningar, bryta ned bestämmelsen i 23 kap. 2 § brottsbalken och därigenom tillskapa ett antal deliktstyper som sedan konfronteras med de tankar som har presenterats i de tidigare kapitlen.

4. För att underlätta kommunikationen kring de olika förberedelse- och stämplingsformer som är kriminaliserade finns skäl att inledningsvis redogöra för innehållet i 23 kap. 2 § brottsbalken. Om vi håller oss till det område vilket säkert omfattas av 23 kap. 2 §²³² finner vi följande gärningsformer:

- (1) att motta förlag/vederlag med uppsåt att utföra brott,
- (2) att lämna förlag/vederlag med uppsåt att främja brott,
- (3) att ta befattning med hjälpmedel med uppsåt att utföra brott,

²³¹ Jfr ovan avsnitt 6.III.b.

²³² Jfr Asp 2004 s. 59 f. för en preliminär analys som utvisar att fler gärningstyper än de listade möjligen omfattas av kriminaliseringen.

- (4) att ta befattning med hjälpmedel med uppsåt att främja brott,
- (5) att söka anstifta någon till brott,
- (6) att åta sig att utföra brott,
- (7) att erbjuda sig att utföra brott, samt
- (8) att i samråd med annan besluta att begå brott.

b. Förberedelse och stämpling analyserade i försökstermer

1. Förberedelse och stämpling kan naturligtvis – och ett sådant synsätt är i viss utsträckning naturligt med hänsyn till hur de systematiskt hanteras i svensk rätt – ses som särskilda typer av osjälvständiga brottsformer vid sidan av framför allt försök och medverkan. De kan emellertid – vilket mot bakgrund av den ovan utförda analysen är av särskilt intresse – också i stor utsträckning analyseras i termer *av* försök och medverkan.

2. Det är sålunda inte särskilt svårt att se att flera av de gärningsformer som listades i föregående avsnitt (7.II.a.4) kan analyseras i termer av *försök till medverkan*. Den person som utför den förberedande gärningen har påbörjat utförandet av visst brott (medverkan till brott) utan att detta har kommit till fullbordan (om så vore fallet skulle regleringen i 23 kap. 2 § brottsbalken i princip sakna intresse). Sålunda kan sägas:

- att gärningen (2) att lämna förlag eller vederlag med uppsåt att främja brott kan ses som ett (i regel avslutat) försök till medverkan,
- att gärningen (4) att ta befattning med hjälpmedel med uppsåt att främja brott, beroende på vilken typ av befattning det är fråga om, kan ses som ett (oavslutat eller avslutat) försök till medverkan, och
- att gärningen (5) att söka anstifta någon (tautologiskt uttryckt) kan ses som ett försök till anstiftan.

3. Medverkan till brott betraktas i regel – vilket är naturligt på samma sätt som ovan – som en osjälvständig brottsform. I detta sammanhang är det emellertid centralt att framhålla att medverkan till brott förutsätter ett medverkansobjekt (något att medverka till). Medverkansobjektet kan i och för sig utgöras av ett

osjälvständigt brott, t.ex. en försöksgärning, en förberedelse- eller stämplingsgärning eller rent av ett annat medverkansbrott, men vi kan för närvarande bortse från denna möjlighet. Om vi gör detta kan konstateras att medverkan förutsätter ett medverkansobjekt och det innebär i sin tur att ansvar för medverkan förutsätter att en otillåten gärning har fullbordats: utan medverkansobjekt inget medverkansansvar. Detta innebär också att medverkansansvar – vi bortser fortfarande från medverkan där medverkansobjektet utgör en osjälvständig brottsform – förutsätter att den skada, fara, kränkning, risk etc. som ligger i medverkansobjektet (dvs. det självständiga delikt som utförs av gärningsmannen) har realiserats.

Det sagda visar att försöket att medverka, om det hade lyckats, hade resulterat i det tillstånd (t.ex. en kränkning av rättsgoda, fara för rättsgoda osv.) som den självständiga kriminaliseringen syftar till att undertrycka. Skillnaden gentemot ett försök till ett självständigt delikt ligger således inte så mycket i själva strukturen i tänkandet, utan i något annat. Man kan uttrycka det så att man om man ser förverkligandet av en brottsbeskrivningsenlig följd som ett förberedelsegärningsmannens ”eget projekt” så har han eller hon verkligen *påbörjat* utförandet av gärningen.²³³

Därmed är naturligtvis inte sagt att det inte finns skillnader. En del av skillnaden i jämförelse med traditionella fall av försöksbrott ligger däri i att de tänkta kausalkedjorna mellan förberedelsegärningen och fullbordanspunkten ofta är längre och mer komplicerade än normalt. I fall (2) fordras sålunda att det ”verktyg” som den person som utför den förberedande gärningen avser att använda faktiskt begår en brottslig gärning och i fall (5) fordras att det ”verktyg” som avses använt reagerar positivt på anstiftansförsöket och utför den gärning som anstiftansförsöket avser att åstadkomma. Vad gäller fall (4) är det svårt att säga något om kausalkedjorna på ett abstrakt plan eftersom de gärningar som faller därunder kan se mycket olika ut. En andra del av skillnaden återfinns däri att vi faktiskt har kopplat in medverkansläran, vilket innebär att det finns ytterligare en människa, som inte används

²³³ Jfr Letzgus 1972 s. 136 f.

uteslutande som ett verktyg, inkopplad i kausalkedjan och detta gör måhända att det kan vara näraliggande att i första hand koppla ansvaret till denne. Man kan låta detta komma till uttryck genom att säga att det långt ifrån alltid är näraliggande att se förverkligandet av medverkansobjekt som ett förberedelsegärningsmannens eget projekt.

4. Även om det är lätt att tala om försök till medverkan på ett generellt plan, är området komplext. Skälen till att det stannar vid försök till medverkan istället för vid medverkan (till försök, till fullbordat brott osv.) kan nämligen vara mycket olikartade och hänförliga antingen till "försöksgärningen", till huvudgärningen eller till relationen dem emellan.²³⁴

5. I tysk doktrin talas t.ex., beträffande försök till anstiftan, om (1) die mißlungene Anstiftung (vilket innebär att anstiftaren aldrig lyckas framkalla ett beslut om att begå brott hos den anstiftade), (2) die erfolglose Anstiftung (den anstiftade fattar ett beslut om att begå brott men uppger planen eller blir förhindrad innan försökspunkten nås), (3) die untaugliche Anstiftung (den anstiftade har redan från början fattat beslut om att begå det ifrågavarande brottet eller så är detta omöjligt att utföra), (4) die unwirksame Anstiftung (den anstiftade fattar beslut om att begå brottet, men överger beslutet och fattar senare ett annat och oavhängigt beslut om att begå brott), (5) die unvollkommene Anstiftung (den anstiftade missförstår något och begår därför ouppsåtliga brottet; i förhållande till uppsåtsbrottet föreligger då ett anstiftansförsök), (6) der qualitative Täterexzeß (den anstiftade beslutar att begå brott som kvalitativt avviker från det avsedda), (7) die teilweise vollendete Anstiftung (den anstiftade utför ett grunddelikt, medan avsikten var att denne skulle begå ett kvalificerat delikt).²³⁵

²³⁴ Se t.ex. Letzgus 1972 s. 67 och 2004 s. 50: "Entsprechend der Anstiftung kann auch Beihilfe ihrer mehrschichtigen Struktur wegen aus mancherlei Gründen scheitern."

²³⁵ Se Roxin 2003 § 28.III.1 och Letzgus 1972 s. 22 ff.

På ett likartat sätt kan man sedan dela upp fall av försök till medhjälp (som dock är straffbelagda i begränsad utsträckning i Tyskland), dvs. man kan tala om mißlungene Beihilfe, erfolglose Beihilfe, untaugliche Beihilfe, unwirksamme Beihilfe etc.²³⁶

c. Förberedelse och stämpling analyserade i samverkanstermer

1. Tydligt är vidare att man kan urskilja vissa typer av förberedelse- och stämplingsgärningar som inte kan analyseras i försökstermer, men vid vilka det uppkommer sådana viljebindningar eller ett sådant socialt tryck att den agerande – just genom att blanda in andra – ändå kan sägas ha i någon utsträckning förlorat kontrollen över händelseförloppet.

2. I denna del är naturligtvis den gärningstyp som upptagits under punkt (8), dvs. överenskommelse om att begå brott, helt central. Här förutsätts liksom i många andra punkter medverkan av flera personer, men härutöver fordras enligt samrådsrequisitet en ömsesidighet som knappast återfinns i någon av de andra punkterna i 23 kap. 2 § brottsbalken.

3. Det finns emellertid inget som utesluter att också andra gärningstyper analyseras på motsvarande sätt. Att t.ex. (1) motta förslag för brott, att (3) motta hjälpmedel med uppsåt att utföra brott och att (6) åta sig att utföra brott kan t.ex., åtminstone under vissa förutsättningar, ses som olika sätt att binda upp sig för att utföra eller medverka till en viss gärning eller åtminstone skapa motsvarande förväntningar.

d. Förberedelse som egenförberedelse

1. Ett tredje typfall som kan urskiljas är de fall där den agerande på egen hand och utan att involvera andra människor vidtar förberedelser avseende ett brott.

2. Eftersom alla andra former av förberedelse och stämpling förutsätter kontakt med andra människor på ett eller annat sätt, kan

²³⁶ Se Letzgus 1972 s. 65 ff. och Letzgus 2004.

fråga här bara vara om de gärningstyper som ovan angivits under (3) och (4), dvs. befattning med hjälpmedel med uppsåt att utföra respektive främja brott.

3. Vad gäller (3) befattning med hjälpmedel med uppsåt att utföra brott är det naturligtvis lätt att konstruera situationer som avser egenförberedelse, t.ex. att den agerade (i syfte att senare själv använda hjälpmedlet) anskaffar ett vapen, konstruerar en bomb, sammanställer ett datorvirus osv. Det bör emellertid stå klart att också (4) befattning med hjälpmedel med uppsåt att främja brott kan förövas utan att den agerande behöver involvera andra människor annat än som tillränkta gärningsmän, t.ex. när den agerande införskaffar ett hjälpmedel som är tänkt att lämnas till en gärningsman som ännu inte alls är involverad i den agerandes planer.

III. BEDÖMNING

a. Inledning

1. I de tre följande avsnitten diskuteras, med utgångspunkt i den typfallsindelning som nyss gjorts, huruvida och i vilken utsträckning osjälvständiga förfäلتsdelikt kan anses legitima.

2. Det faktum att bedömningen görs i förhållande till typiserade klasser av gärningar gör naturligtvis att man, samtidigt som man vinner i begriplighet och överskådlighet, förlorar i precision (vilket innebär att ytterligare distinktioner och nyanseringar egentligen måste göras inom respektive typfallsklass). Detta erinras bara undantagsvis om i det följande.

b. Förberedelse och stämpling analyserade i försökstermer

1. Mot bakgrund av den ovan utförda analysen kan konstateras att de gärningsformer som kan analyseras i termer av försök till medverkan i grunden bör betraktas som legitima. Detta gäller emellertid endast under vissa förutsättningar.

2. För det första bör uppmärksammas att legitimiteten är beroende av att "försökspunkten" inte förläggs alltför tidigt, dvs. ansvarsinträde bör förläggas till den tidpunkt då den agerande förlorar kontrollen över händelseutvecklingen, eller, möjligen, till en tidpunkt där den agerande är så nära den tidpunkt vid vilken han eller hon förlorar kontrollen att man kan uppställa en presumtion av innebörd att denne varit beredd att utföra gärningen (jfr ovan avsnitt 6.V.5.). Fråga är här om att legitimera att den agerande åläggs ett kuperat ansvar för något som denne ännu inte gjort (det som ovan kallats den interna legitimationsfrågan).

Det kan emellertid – även om det inte har någon bäring på legitimitetsfrågan – tilläggas att det, vad gäller förberedelsegärningar, sällan torde finnas goda skäl att utnyttja den senare möjligheten, dvs. att låta ansvar inträda vid en tidpunkt innan den agerande förlorar kontrollen över händelseförloppet. Vid försöksbrott kan ett tidigarelagt ansvarsinträde motiveras av praktikabilitetsskäl och trovärdighetsskäl (när en önskad effekt kan inträda omedelbart efter avslutat försök framstår det som orimligt att det straffrättsliga ansvaret inträder först vid en tidpunkt som man i regel inte vågar invänta). Eftersom "försöket" vid förberedelsegärningar i regel inte medför någon överhängande fara för fullbordan av huvudbrottet (kausalkedjorna är regelmässigt relativt långa) är det svårt att se att motsvarande behov finns när det gäller förberedande gärningar.

3. För det andra är ansvar legitimt endast under förutsättning att man på något sätt (det naturliga är att uppställa något slags fare-rekvisit) garanterar att gärningen kan sägas innebära fara för brottets fullbordan. Poängen här är att frånvaro av fara (i någon mening) innebär att den externa legitimationsfrågan lämnas olöst och att sinnelaget, eller gärningsmannens farlighet, i sig tillåts legitimera det straffrättsliga ansvaret.

4. I sammanhanget bör uppmärksammas att framför allt anstiftansförsöken kan behöva diskuteras på ett mer differentierat sätt eftersom tanken på förlorad kontroll som kriterium inte framstår som helt träffande i alla situationer. Det är tänkbart att vissa an-

stiftansförsök överhuvudtaget inte tas på allvar av den utsatte. Dessa fall kan möjligen lösas genom ovan förordade farerekvisitet (legitimationsproblemen gäller åtminstone delvis den externa legitimationsfrågan). Vid anstiftansförsök kan vidare den agerande ofta på olika sätt behålla kontrollen över händelseutvecklingen. Detta gäller både vid anstiftansförsök som överhuvudtaget inte lett till accept och anstiftansförsök som visserligen lett till accept men inte till utförande. I det senare fallet kan fortsatt kontroll föreligga t.ex. därför att den anstiftade är beroende av viss information för att kunna utföra brottet eller därför att den anstiftade klargjort att denne kommer att agera enbart efter att betalning har skett. I någon utsträckning finns emellertid vid anstiftansförsök möjlighet att söka stöd också i vad som sägs i nästkommande avsnitt.

c. Förberedelse och stämpling analyserade i samverkanstermer

1. Kriminaliseringar som avser förberedelsegärningar som närmast kan analyseras i samverkanstermer (utan att de samtidigt kan analyseras i försökstermer) är något besvärligare att legitimera än de som behandlats i föregående avsnitt, bl.a. eftersom tanken på kontrollförlust bara ibland eller indirekt kan tillämpas.
2. Vad gäller detta perspektiv på förberedelsegärningar kan erinras om att Letzgus, i linje med vad som ovan utvecklats, menar att endast förberedelsegärningar som begås av flera i förening och där det har kommit till *"einen ernsthaften, unbedingten und generell tauglichen Tatentschluß eines oder mehrerer präsumtiver Täter"* är straffvärda eftersom de, via beslutet om att begå brott,²³⁷ når den grad av farlighet som bör krävas för kriminalisering. Samverkansperspektivet blir alltså enligt Letzgus det helt centrala eftersom han menar att farligheten ligger i ensidig eller ömsesidig psykisk påverkan mellan flera deltagande.
3. Ofta torde dylika samverkansfall innebära att den enskilde åtminstone i någon utsträckning förlorar kontrollen över huru-

²³⁷ Se ovan avsnitt 6.VI.4.

vida brott förövas. Detta blir tydligt om man tänker t.ex. på fall av långtgående planering med flera inblandade där de planerade gärningarna skall utföras enskilt av var och en utan samordning vid genomförandet. I andra fall är kontrollförlusten av mer beskedligt slag och det kan då diskuteras i vilken utsträckning tanken på socialt tryck, viljebindningar bör vara tillräckligt för att besvara den interna legitimationsfrågan.

4. Personligen är jag nog beredd att i grunden godta dylika tankegångar, även om det naturligtvis vore önskvärt om underlaget för att bedöma vilken betydelse socialt tryck osv. faktiskt har vore mer robust. Med andra ord är jag beredd att godta kriminalisering av förberedelsegärningar som kan analyseras i samverkanstermer som legitim, *under förutsättning* dels att man på allvar överväger vilka gärningstyper som kan innefatta sådan kontrollförlust eller sådana bindningar att man kan lösa det interna legitimationsproblemet, dels att man uppställer ett krav på en farebedömning i det enskilda fallet (för att lösa det externa legitimationsproblemet).²³⁸

5. Vad gäller den förstnämnda frågan torde det vara näraliggande att se det som möjligt att argumentera för att i vart fall gärningstyperna (6), att åta sig att utföra brott, och (8), att i samråd med annan besluta att begå brott kan betraktas som legitima med hänvisning till det sociala tryck som åtminstone i vissa fall kan antas uppstå i dylika situationer.²³⁹

²³⁸ Jfr Jareborg 1992 s. 114 som talar om att ”kriminalisering av *stämpling* [är] väl förenlig med den primitiva uppfattningen, och kriminalisering av *farlig förberedelse* med den radikala uppfattningen”, och som därigenom kan tyckas ge uttryck för en annan uppfattning än den som här företräds. Citatet bör emellertid knappast läsas så att det ger uttryck för en motsatsställning mellan stämpling och farlig förberedelse. Med den uppfattning som här kommer till uttryck skulle man kunna säga att kriminalisering av *vissa* stämplingsgärningar är legitim just därför att gärningarna *utgör* en sorts *farlig förberedelse*.

²³⁹ Jag har inte kunnat finna att den bitvis mycket hårda kritik som riktats mot conspiracy i anglo-amerikansk rätt slår direkt mot denna slutsats. Jfr t.ex. Johnson 1973 och Clarkson & Keating 1998 s. 509 ff. Bl.a. kan sägas att kritiken delvis riktar sig mot den specifika konstruktionen av conspiracy i engelsk och amerikansk rätt.

Härtill torde kunna argumenteras för att också gärningstyperna (1) och (3) kan legitimeras på motsvarande sätt. En reservation måste dock göras för att åtminstone typfall (3) kan utgöra ren egenförberedelse, t.ex. i situationer där den som lämnar (t.ex. säljer) hjälpmedlet är helt fristående från den mottagande personen (dvs. är en helt fristående leverantör som saknar varje intresse i vad den agerande gör med hjälpmedlet).²⁴⁰

Däremot framstår det som högst tvivelaktigt huruvida det kan anses legitimt att kriminalisera (7), dvs. att erbjuda sig att utföra brott. Detta kan närmast analyseras som ett försök att åstadkomma en sådan situation som i sig kan legitimera kriminalisering – om erbjudandet accepteras övergår man till gärningstyp (6) – dvs. närmast som ett försök till förberedelse. Det framstår med andra ord som tvivelaktigt om det kan anses legitimt att göra A ansvarig på grundval av y i en situation där (i) A visserligen har uppsåt till y, men inte gjort annat än (ii) utfört en gärning som innebär visst risktagande i förhållande till att det uppstår en situation där A förlorar den fulla kontrollen över y:s förverkligande, och (iii) där vi vet att risken inte förverkligades (dvs. det uppstod inte en sådan situation där A förlorar den fulla kontrollen över y:s förverkligande).²⁴¹

6. När detta sagts bör reservationsvis tilläggas att det framstår som klart att delikt som bygger på samverkanstanken lätt blir mycket breda och därigenom inkluderar högst olikartade gärningar (vars straffvärde divergerar betydligt). Till viss del kan detta omhändertas om det, i linje med vad som här rekommenderas, uppställs ett allmänt farerekvisit. Samtidigt kan det naturligtvis ifrågasättas om

²⁴⁰ Detta leder vidare till slutsatsen att A som *lämnar* något i vissa fall bör kunna bli ansvarig trots att B som *mottar* detta något inte bör kunna hållas ansvarig (på grund av att den interna legitimationsfrågan blir att bedöma annorlunda i förhållande till A i jämförelse med B). Jfr här Spencer 1987 s. 159 f. Detta är möjligen ett resultat som kan ifrågasättas; det kan i sammanhanget finnas skäl att erinra om att det som diskuteras endast är legitimationsfrågan (inget hindrar m.a.o. att man beaktar det faktum att kriminalisering av B:s mottagande *inte kan* legitimeras vid bedömning av frågan om A:s lämnande *bör* kriminaliseras).

²⁴¹ Se och jfr Letzgas 1972 s. 176 f.

det är acceptabelt att införa delikt som i grunden slår väldigt brett och vars tillämpningsområde slutligen avgörs genom en ofta besvärlig farebedömning i enskilda fall (det riskerar att bli litet av en fullmakt till domaren att bestraffa det som framstår som straffvärt). Jag vill därför betona att det krav som ovan uppställts, nämligen att man ”på allvar överväger vilka gärningstyper som kan innefatta sådan kontrollförlust eller sådana bindningar att man kan lösa det interna legitimationsproblemet”, bör tas just på allvar.

d. Förberedelse som egenförberedelse

1. Kriminalisering av förberedelsegärningar som enbart kan analyseras i termer av egenförberedelse är den klart mest besvärliga kategorin i ett legitimationsperspektiv, och det är framför allt den interna legitimationsfrågan som är svårlösbar.

2. Vi befinner oss alltså i en situation där a) varken försökstanken eller samverkanstanken är tillämplig som legitimationsgrund för förberedelseansvar och där b) den agerande inte har nått försökspunkten (avseende försöksbrott). För att anknyta till bestämmelsen i 23 kap. 2 § brottsbalken kan det handla om en person som i linje med typfall (3) köper in ett hjälpmedel i syfte att senare använda det, eller, i linje med typfall (4) köper in ett hjälpmedel i syfte att ge det till en tilltänkt gärningsman som ännu inte har kontaktats.

3. Som torde ha framgått ovan (se avsnitt 6.VI.2) kan det interna legitimationsproblemet knappast lösas enbart med hänvisning till hjälpmedlets ändamålskaraktär. Däremot synes det (i linje med vad som sägs i 6.VI.3) inte finnas något att invända mot en kriminalisering som enbart omfattar sådana gärningar (t.ex. befattning med visst hjälpmedel) som det skulle vara legitimt att kriminalisera också det överskjutande uppsåtet förutan. Om så är fallet är det svårt att se att det finns några hinder mot att kriminalisera gärningen också såsom ett osjälvständigt förfäلتsdelikt med krav på överskjutande uppsåt.

Här måste emellertid flera tillägg och reservationer göras.

För det första synes det stå klart att 23 kap. 2 § brottsbalken i

nuvarande lydelse (men sannolikt även enligt den ursprungliga lydelsen) omfattar sådan befattning med hjälpmedel som omöjligt kunnat kriminaliseras utan uppställande av ett krav på över-skjutande uppsåt.

För det andra kan det, med åberopande av principen om representativ rubricering, hävdas att en kriminalisering såsom ett självständigt förfäلتsdelikt (där det överskjutande uppsåtet enbart ges relevans som en försvårande omständighet vid straffmätning eller gradindelning) i grunden är att föredra framför en kriminalisering av gärningen såsom ett osjälvständigt förfäلتsdelikt.

e. Avslutning

1. Den ovan gjorda analysen har utvisat *dels att* vissa delar av 23 kap. 2 § brottsbalken kan ifrågasättas på grund av att det (ännu) inte finns tillräcklig grund för att lägga gärningsmannen till last det som det överskjutandet uppsåtet avser (dvs. problemen är kopplade till den interna legitimationsfrågan), *dels att* skiljelinjen mellan problemfritt och problematiskt inte går mellan de olika gärningstyper som listats ovan.

2. En sammanfattning som gäller under förutsättning av (i) att den externa legitimationsfrågan löses genom uppställande av någon form av farerekvisit, och (ii) att den läses mot bakgrund av de övriga förutsättningar som diskuterats ovan i avsnitten 7.III.b – 7.III.d (t.ex. beträffande ”försökspunktens placering”) kan ha följande utseende:

(1) att motta förlag/vederlag med uppsåt att utföra brott; kan legitimeras utifrån samverkanstanken (jfr avsnitt 7.III.c).

(2) att lämna förlag/vederlag med uppsåt att främja brott; kan legitimeras utifrån försökstanken (jfr avsnitt 7.III.b).

(3) att ta befattning med hjälpmedel med uppsåt att utföra brott; kan i vissa fall legitimeras utifrån samverkanstanken, men bör i fall av ren egenförberedelse i grunden betraktas som illegitim (jfr avsnitt 7.III.c och 7.III.d).

(4) att ta befattning med hjälpmedel med uppsåt att främja brott; kan i vissa fall legitimeras utifrån försökstanken, i andra fall utifrån sam-

verkanstanken, men bör i fall av ren egenförberedelse i grunden betraktas som illegitim (jfr avsnitt 7.III.c och 7.III.d)

(5) att söka anstifta någon till brott; kan i vissa fall legitimeras utifrån försökstanken förutsatt att "försökspunkten" förläggs tillräckligt sent; i fall där gärningsmannen har fortsatt kontroll över händelseutvecklingen måste samverkanstanken åberopas (jfr avsnitt 7.III.b).

(6) att åta sig att utföra brott; kan legitimeras utifrån samverkanstanken (jfr avsnitt 7.III.c).

(7) att erbjuda sig att utföra brott; kan svårligen legitimeras (jfr avsnitt 7.III.c).

(8) att i samråd med annan besluta att begå brott; kan legitimeras utifrån samverkanstanken (jfr avsnitt 7.III.c).

3. Det sagda innebär att jag inte rakt av kan rekommendera att vissa led slopas (medan andra står kvar). Om man skulle vara intresserad av att lösa dessa legitimitetsproblem är det enklaste naturligtvis att uppställa vissa tilläggskrav i de punkter som framstår som problematiska eller att införa vissa generella undantagsregler. Exempelvis skulle man kunna tänka sig att punkterna (3) och (4) inskränktes till att gälla fall där den agerande haft kontakt med andra, samt att man övervägde huruvida det finns skäl att införa självständiga förfältskriminaliseringar avseende befattning med särskilt farliga hjälpmedel. Ett annat alternativ är att införa en undantagsregel av innebörd att vad jag har kallat egenförberedelse inte skall omfattas av kriminaliseringen.²⁴²

²⁴² Möjligt är att man också inom ramen för gällande rätt skulle kunna hävda att åtminstone vissa av de gärningstyper, vars kriminalisering framstår som tvivelaktig från legitimitetssynpunkt redan idag faller utanför det straffbara området till följd av det existerande farerekvisitet. Tanken skulle vara att det faktum att det beträffande en viss gärningstyp finns interna legitimitetsproblem också (och samtidigt) innebär att det är svårt att påstå att (mer än ringa) fara för fullbordad föreligger. Någon skulle kanske vilja hävda att man då bortser från att gärningsmannen faktiskt kan vara *farlig* och att det därigenom föreligger fara för fullbordad. Det är möjligt att denna invändning håller, men man skulle också kunna påstå att egenfarlighet är en helt annan typ av fara än den som normalt diskuteras i straffrättsliga sammanhang och att dylik fara helt enkelt inte är relevant. Detta är emellertid en dogmatisk fråga som jag får anledning att återkomma till i nästa rapport från detta projekt.

4. Om vi vänder på perspektivet och diskuterar huruvida ett utvidgat ansvar kan vara motiverat är den ovan utförda analysen något ”besvärlig”, eftersom den i stor utsträckning stänger vägen för ett utvidgat ansvar för egenförberedelse (och det är just vid egenförberedelse som man möjligen kan peka på situationer där ett utvidgat straffansvar kan framstå som önskvärt). Låt mig utveckla detta något. Vad gäller situationer där flera personer är inblandade i förberedande åtgärder är det, särskilt med hänsyn till att medverkan till förberedelse- och stämpling är kriminaliserad, svårt att se något reellt behov av ytterligare kriminalisering. Vad gäller egenförberedelse kan man möjligen måla upp situationer där ett utvidgat förberedelseansvar framstår som viktigt (i vart fall från preventiv synpunkt),²⁴³ men som framgått ovan utvisar den utförda analysen närmast att ansvaret för egenförberedelse redan är för långtgående.

Detta kan tyckas vara problematiskt, men som ovan framgått betvivlar jag starkt att det – utöver de fall av egenförberedelse där straffansvar kan legitimeras utifrån tanken på befattning med farliga hjälpmedel – egentligen finns något behov av ingripande på *straffrättslig grund*.²⁴⁴ Om man finner ett oundgängligt behov av att kunna ingripa preventivt torde denna fråga kunna hanteras utanför straffrätten (och i den mån man ingriper på ett så tidigt stadium att straffansvar inte kan legitimeras är det svårt att tro att frånvaro av straffansvar kan upplevas som en egentlig brist).²⁴⁵

5. Jag hyser naturligtvis inga illusioner om att några förändringar av lagstiftningen kommer att ske till följd av de analyser som presenteras i denna bok. När detta nedtecknas skrivs det den 8 juli 2005 i almanackan – dvs. det är dagen efter terrordåden i London

²⁴³ Jfr t.ex. SOU 1996:185, del I, s. 294.

²⁴⁴ Se ovan avsnitt 6.VI.6.

²⁴⁵ I sammanhanget kan, utan att det på något sätt innebär ett ställningstagande till de förslag som lämnas där, hänvisas till Ds 2005:21 vari föreslås en reglering som (s. 11) ”gör det möjligt att under vissa förutsättningar använda tvångsmedel i syfte att kunna förebygga eller förhindra särskilt allvarlig brottslighet som hotar viktiga samhällsvärden”. (Det behöver knappast sägas att också en dylik reglering kan vara behäftad med inte obetydliga problem från rättsstatlig synvinkel.)

– och det politiska klimatet är knappast sådant att avkriminalisering avseende förberedande åtgärder kommer att stå på dagordningen under den närmaste framtiden. Jag hoppas emellertid att de här utförda analyserna kan vara av värde vid diskussion och analys av sådana krav på nykriminalisering som med all säkerhet kommer att följa i terrorismens fotspår.

8. Sammanfattning

1. I förevarande avsnitt vill jag avslutningsvis peka på några av de centrala resultaten av den ovan utförda analysen. Resultaten är beskrivna på ett så kortfattat sätt att beskrivningen med nödvändighet blir missvisande. Punkterna bör med andra ord inte läsas självständigt.

2. Framställningens huvudsakliga resultat kan beskrivas i följande punkter:

- Straffrättsliga normer måste legitimeras materiellt eftersom straffrätten annars hamnar i konflikt med grundläggande moraliska principer; man kan inte bemöta materiella invändningar med formella svar. (Se särskilt avsnitt 4.IV.)
- Frågan om huruvida straffrättsliga normer är legitima eller ej kan inte enbart analyseras i absoluta termer; härutöver bör anläggas ett *relativt perspektiv* (där legitimiteten delvis görs beroende av vad den enskilde lastas för och av vad som kan drabba den som bryter mot normerna). (Se särskilt avsnitt 4.V.)
- Frågan om huruvida osjälvständiga förfäلتsdelikt är legitima är *tvådimensionell* och fordrar besvarande av dels den interna, dels den externa legitimationsfrågan. (Se särskilt avsnitt 6.II.)
- Osjälvständiga förfäلتsdelikt som kan analyseras i *försökstermer* samt förfäلتsdelikt som kan analyseras i *samverkanstermer* är i grunden ofta legitima, medan motsatt utgångspunkt får anses gälla vid egenförberedelse (där gärningarna ännu inte kan analyseras i försökstermer). (Se avsnitten 6.III, 6.V och 6.VI.)

- En analys i försökstermer utvisar att man beträffande avståndsfrågan inte bara bör fokusera på avståndet mellan gärningen och den skada som ytterst söker förebygga, utan också på avståndet mellan gärningen och den tidpunkt vid vilken gärningsmannen förlorar kontrollen över det fortsatta händelseförloppet. (Se avsnitt 6.V.)
- Vad gäller generellt formulerade osjälvständiga förfäلتsdelikt bör det till besvarande av den externa legitimationsfrågan i regel uppställas krav på en bedömning av fara i det enskilda fallet. (Se avsnitt 6.IV.)
- Det faktum att legitimitetsfrågan delvis måste analyseras i ett relativt perspektiv innebär att osjälvständiga förfäلتsdelikt (med krav på överskjutande uppsåt) inte har något självklart försteg i jämförelse med självständiga förfäلتsdelikt (utan krav på överskjutande uppsåt). (Se avsnitten 6.II och 6.VII.)

[...] Framgången må ha varit måttlig

WILLY KYRKLUND

Litteratur m.m.

- Agge, Ivar, *Straffrättens allmänna del*. Föreläsningar. Andra häftet. Stockholm 1961.
- Alexander, Larry, "Harm, Offense, and Morality." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 1994 s. 199–216.
- Alexander, Larry & Kessler, Kimberly D., "Mens Rea and Inchoate Crimes." *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1996-1997 s. 1138–1193.
- Andenæs, Johs., *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*. Artikkelsamling. Oslo 1990.
- Andenæs, Johs., *Alminnelig strafferet*. 5 uppl. (Magnus Matningsdal & Georg Fredrik Rieber-Mohn.) Oslo 2004.
- Ashworth, Andrew, "Defining criminal offences without harm." *Criminal Law*. Essays in Honour of J.C. Smith. Utg. av Peter Smith. London 1987a, s. 7–23.
- Ashworth, Andrew, "Belief, Intent and Criminal Liability." *Oxford Essays in Jurisprudence*. Third Series. Utg. av John Eekelaar & John Bell. Oxford 1987b, s. 1–31.
- Ashworth, Andrew, "Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law." *Rutgers Law Journal* 1988 s. 725–772.
- Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*. 3 uppl. Oxford 1999.
- Ashworth, Andrew, *Sentencing & Criminal Justice*. 3 uppl. London 2000.
- Asp, Petter, *EG:s sanktionsrätt*. Ett straffrättsligt perspektiv. Uppsala 1998.
- Asp, Petter, "Skattetilläggen och oskuldspresumtionen." *Skattenytt* 1999 s. 702–714.
- Asp, Petter, "Skattetilläggsregleringens förenlighet med Europakonventionen." *Juridisk Tidskrift* 2000-01 s. 606–620.
- Asp, Petter, *Straffansvar vid brottsprovokation*. Stockholm 2001.
- Asp, Petter, *EU & straffrätten*. Studier rörande den europeiska integrations betydelse för den svenska straffrätten. Uppsala 2002.
- Asp, Petter, "Om relationalistisk metod – eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap." *Konsten att rättsvetenskap*. Den tysta kun-

- skapen i juridisk forskning. Utg. av Petter Asp & Kimmo Nuotio. Uppsala 2004, s. 47–67.
- Asp, Petter & von Hirsch, Andrew, "Straffvärde." *Svensk Juristtidning* 1999 s. 151–176.
- Bylund, Torleif, *Tvångsmedel I. Personella tvångsmedel i straffprocessen*. Uppsala 1993.
- Cairns, Huntington, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*. Baltimore 1949.
- Clarkson, C.M.V. & Keating, H.M., *Criminal Law*. Text and Materials. 4 uppl. London 1998.
- Dencker, Friedrich, "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? – Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung –." *Strafverteidiger* 1988 s. 262–266.
- Ds 2005:21 (Departementsserien). *Tvångsmedel för att förebygga eller förhindra allvarlig brottslighet*.
- Duff, R.A., *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*. Oxford 1990.
- Duff, R.A., "Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment." *Crime and Justice*. A Review of Research. Volume 20. Chicago 1996a, s. 1–97.
- Duff, R.A., *Criminal Attempts*. Oxford 1996b.
- Duff, R.A., "Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts." *Harm and Culpability*. Utg. av A.P. Simester & A.T.H. Smith. Oxford 1996c, s. 19–44.
- Duff, R.A., "Harms and Wrongs." *Buffalo Criminal Law Review* 2001–2002 s. 13–45.
- Duff, R.A., "Conceptions of Crime." *Flores juris et legum*. Festschrift till Nils Jareborg. Utg. av Petter Asp, Carl Erik Herlitz & Lena Holmqvist. Uppsala 2002, s. 183–196.
- Feinberg, Joel, *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. Volume One. Oxford 1984.
- Fletcher, George P., *Basic Concepts of Criminal Law*. New York 1998.
- Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law*. Oxford 2000 (ursprungligen utgiven 1978).
- Frände, Dan, "Farebegreppet och strafflagsreformen." *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1990 s. 95–115.
- Frände, Dan, "Faredeliktens allmänna läror." *Oikeustiede Jurisprudentia* 1994 s. 5–100.
- Frände, Dan, *Allmän straffrätt*. Helsingfors 2004.
- Greve, Vagn, "Forholdet mellem EU-strafferet og national strafferet." *Varning för straff*. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utg. av Dag Victor. Stockholm 1995, s. 175–189.
- Greve, Vagn, *Straffene*. 2 uppl. København 2002.

- Greve, Vagn, *Det strafferetlige ansvar*. 2 uppl. København 2004.
- Hart, H.L.A., "The Ascription of Responsibility and Rights." *Logic and Language* (First Series). Utg. av Antony Flew. Oxford 1951, s. 145–166.
- Hart, H.L.A., *Punishment and Responsibility*. Essays in the Philosophy of Punishment. Oxford 1968.
- Hartl, Benedikt, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*. Berlin 2000.
- Hassemer, Winfried, "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?" *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Utg. av Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch & Wolfgang Wohlers. Baden-Baden 2003, s. 57–64.
- Havansi, Erkki & Koskinen, Pekka, *Finlands straff- och processrätt*. En introduktion. Helsingfors 2002.
- Horder, Jeremy, "Crimes of Ulterior Intent." *Harm and Culpability*. Utg. av A.P. Simester & A.T.H. Smith. Oxford 1996, s. 153–172.
- Husabø, Erling Johannes, *Straffansvarets periferi*. Medverking, forsøk, forebuing. Bergen 1999.
- Husabø, Erling Johannes, "Pre-aktiv strafferet." *Tidskrift for strafferet* 2003a s. 97–106.
- Husabø, Erling Johannes, "Verdival og lovtekniske utfordringer ved revisjon av straffelova kap. 8 og 9." *Tidskrift for strafferet* 2003b s. 217–237.
- Husak, Douglas, *Drugs and Rights*. Cambridge 1992.
- Husak, Douglas, "The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses." *Arizona Law Review* 1995 s. 151–183.
- Husak, Douglas, "Reasonable Risk Creation and Overinclusive Legislation." *Buffalo Criminal Law Review* 1997–1998 s. 599–626.
- Husak, Douglas, "Reflective Equilibrium between Punishment and Crime." *Flores juris et legum*. Festskrift till Nils Jareborg. Utg. av Petter Asp, Carl Erik Herlitz & Lena Holmqvist. Uppsala 2002, s. 345–368.
- Jacobsen, Jørn RT, *Menneskevern eller menneskeverd?* Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet. Bergen 2004.
- Jakobs, Günther, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Berlin 1983.
- Jakobs, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaften* 1985 s. 751–785.
- Jareborg, Nils, *Handling och uppsåt*. En undersökning rörande doluslärans underlag. Stockholm 1969.
- Jareborg, Nils, "Effektdelikt och betendedelikt." *Festskrift till Ivar Agge*. Stockholm 1970, s. 176–192.
- Jareborg, Nils, "Kriminalisering." *Straff och rättfärdighet – ny nordisk debatt*. Utg. av Sten Heckscher, Annika Snare, Hannu Takala & Jørn Vestergaard. Stockholm 1980, s. 33–45.

- Jareborg, Nils, *Straffrättsideologiska fragment*. Uppsala 1992.
- Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära*. Uppsala 1994.
- Jareborg, Nils, *Straffrättens gärningslära*. Stockholm 1995a.
- Jareborg, Nils, "Vilken sorts straffrätt vill vi ha? Om defensiv och offensiv straffrättspolitik." *Varning för straff*. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utg. av Dag Victor. Stockholm 1995b, s. 19–37.
- Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*, Uppsala 2001.
- Jareborg, Nils, *Scraps of Penal Theory*. Uppsala 2002.
- Jareborg, Nils, "Kriminalisering som ultima ratio regis? Ett försök att reda ut begreppen." *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII*. Pekka Koskiselä 1.1.2003 omistettu. Utg. av Raimo Lahti & Tapio Lappi-Seppälä. Helsingfors 2003, s. 89–102.
- Jareborg, Nils & Zila, Josef, *Straffrättens påföljdslära*. Stockholm 2000.
- Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5 uppl. Berlin 1996.
- Johnson, Philip E., "The Unnecessary Crime of Conspiracy." *California Law Review* 1973 s. 1135–1188.
- Kindhäuser, Urs, *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt 1989.
- Kohlrausch, Eduard & Lange, Richard, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*. 43 uppl. Berlin 1961.
- Lassen, Julius, *Forsogets Strafbarhed*, Köpenhamn 1879.
- Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, *Straffansvar*. 7 uppl. Stockholm 2005.
- Lernestedt, Claes, *Kriminalisering*. Problem och principer. Uppsala 2003.
- Lernestedt, Claes & Hamdorf, Kai, "Sekköpskriminaliseringen – till skydd av vad?" Del I och del II. *Juridisk Tidskrift* 1999-00 s. 846–858 och 2000-01 s. 111–131.
- Letzger, Klaus, *Vorstufen der Beteiligung*. Erscheinungsform und ihre Strafbarkeit. Berlin 1972.
- Letzger, Klaus, "Vorstufen der Beihilfe." *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*. Utg. av Otto Triffterer. Heidelberg 2004, s. 49–65.
- Mæland, Henry John, *Innføring i alminnelig strafferet*. 3 uppl. Bergen 2004.
- NJA (Nytt juridiskt arkiv) 1991 s. 332.
- NJA 1995 s. 405.
- NJA II 1948.
- NOU 2003:18. (Norges offentlige utredninger.) *Rikets sikkerhet*. Straffelovkommisjonens delutredning VIII.
- Nuotio, Kimmo, "En kritik av kritiken." *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 2004 s. 1–23.

- Nuutila, Ari-Matti, "Crime, Punishment, and Fundamental Rights." *Turku Law Journal* 2000 s. 1-17.
- Proposition 2000/01:85. *Förberedelse till brott m.m.*
- Robinson, Paul H., "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability." *UCLA Law Review* 1975-1976 s. 266-292.
- Robinson, Paul H., *Structure and Function in Criminal Law*. Oxford 1997.
- Ross, Alf, *Skyld, ansvar og straf*. Köpenhamn 1970.
- Ross, Alf, *Forbrydelse og straf*. Analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del. Köpenhamn 1974.
- Roxin, Claus, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Band 2. Besondere Erscheinungsformen der Straftat München 2003.
- Schoch, Adolf, *Subjektive Elemente des Tatbestandes*. Winthertur 1969.
- Simester, A.P. & Sullivan G.R., *Criminal Law*. Theory and Doctrine. Oxford 2001.
- Simester, A.P. & Smith, A.T.H., "Criminalization and the Role of Theory." *Harm and Culpability*. Utg. av A.P. Simester & A.T.H. Smith. Oxford 1996, s. 1-17.
- SOU 1996:185 (Statens offentliga utredningar). Del I. *Straffansvarets gränser*.
- Spencer, J.R., "Trying to help another person commit a crime." *Criminal Law*. Essays in Honour of J.C. Smith. Utg. av Peter Smith. London 1987a, s. 148-169.
- Strahl, Ivar, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*. Stockholm 1976.
- Strandbakken, Asbjørn, *UskylDSPresumsjonen*. "In dubio pro reo". Bergen 2003.
- Stratenwerth, Günter & Kuhlen, Lothar, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 5 uppl. Köln 2004.
- Thyrén, Johan C.W., *Principerna för en strafflagsreform*. II. Brotts objektiva sida. Lund 1912.
- Thyrén, Johan C.W., *Principerna för en strafflagsreform*. III. Brottsbegreppets subjektiva sida. Försök. Subjektsflerhet. Sammanfattning af de legislativa resultaten i delarne I-III. Lund 1914.
- Thyrén, Johan C.W. "Om s.k. kuperade brottsrekvisit med särskilt avseende på försöket." *Nordiska Juriststämman i Stockholm och Uppsala den 5-18 september 1926*. Hälsningstal och föreläsningar. Utg. av Tore Alméns minnesfond. Stockholm 1926, s. 382-388.
- Toftegaard Nielsen, Gorm, *Strafferet I*. Ansvar. 2 uppl. København 2004.
- von Hirsch, Andrew, "Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation." *Harm and Culpability*. Utg. av A.P. Simester & A.T.H. Smith. Oxford 1996, s. 259-276.

- von Hirsch, Andrew, *Proportionalitet och straffbestämning*. De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok 2001. Utg. av Nils Jareborg. Uppsala 2001.
- von Hirsch, Andrew, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*. Berlin 2005.
- von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, "Straff och proportionalitet." *Nordisk Tidskrift för Kriminalvetenskap* 1987 s. 300–324.
- von Hirsch, Andrew & Wohlers, Wolfgang, "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung." *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Utg. av Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch & Wolfgang Wohlers. Baden-Baden 2003, s. 196–214.
- von Wright, Georg Henrik, *Explanation and Understanding*. London 1971.
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Sanktionsavgifter – särskilt vid olovligt byggande*. Stockholm 1987.
- Wennberg, Suzanne, "Bör tillbakaträdande från försök medföra ansvarsfrihet?" *Festskrift till Hans Thornstedt*. Utg. av Gillis Erenius, Olle Hoflund, Madeleine Löfmarck, Per-Edwin Wallén & Suzanne Wennberg. Stockholm 1983, s. 753–773.
- Wennberg, Suzanne, *Försök till brott*. Stockholm 1985.
- Wohlers, Wolfgang, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlin 2000.
- Zila, Josef, "Två iakttagelser rörande brottsideologier." *Flores juris et legum*. Festskrift till Nils Jareborg. Utg. av Petter Asp, Carl Erik Herlitz & Lena Holmqvist. Uppsala 2002, s. 743–754.
- Ørsted, Ander Sandøe, *Skrifter i udvalg*. Strafferetlige skrifter i udvalg. Første afdeling. Udgivet af Bestyrelsen for det Anders Sandøe Ørstedske prismedaille-legat, ved Troels G. Jørgensen. København 1931. (Innehåller bl.a. Eunomia, 2 Del, *Over de første grundregler for straffelovgivningen*. 1817.)

Här har vi penslar och färg
det räcker till
och vi målar liksom som vi vill
För livet är lek och spel
och vi leker våra spel
och går en stund på jorden

ULF LUNDELL

It's not as easy as it was
or as difficult as it could be
for the Samurai in autumn

NEIL TENNANT