

OM RÄTTVISA I KRIMINALPOLITIKEN*)

AV PATRIK TÖRNUDD

Vi kommer aldrig att någon morgon vakna upp i ett rättvist samhälle. Rättvisa är en undanflyende kvalitet. Vi kan besluta halvera trafikdöden eller antalet fångar före årtiondets slut. Men vad rättvisan beträffar, kan vi vara nöjda, om utvecklingen synes gå i rätt riktning – och samtidigt ha klart för oss att varje förbättring leder till nya, skärpta krav.

Utvecklingens riktning är, självfallet, icke förutbestämd och ökad rättvisa för mig är ej heller alltid ökad rättvisa för dig.

1. Två perspektiv på rättvisan

Samhällsvetenskapens klassiska Gemeinschaft/Gesellschaft typologi erbjuder en fruktbar utgångspunkt för en diskussion om rättvisan i kriminalpolitiken. I det av jämvikt, samhörighet och gemenskap präglade Gemeinschaft-samfundet är rättvisa i första hand det enstaka fallets rättvisa, säkerställd genom procedurregler snarare än genom beslutsregler.¹⁾ Motsatsen representeras av det på arbetsfördelning, utbyte, utbildning och organisation grundade Gesellschaft-samfundet, där även rättsvården bygger på en generell och abstrakt uppsättning beslutsregler, som garanterar förutsägbarhet och ensartad behandling av lika fall.

För oss i Norden ter det sig ofta självklart att förknippa rättvisebegreppen med den senare nämnda typen av rättvisa, eftersom behovet att utveckla en rättsapparat lämpad för ett modernt, tekniskt och ekonomiskt utvecklat samhälle just har inneburit en satsning på en högggradigt organiserad, regelstyrd apparat. Den samfundscentrerade, holistiska rättstradition som Max Weber avsåg med termen *Khadijustiz* är emellertid än livskraftig och inrymmer just de element av balans och harmoni som de gamla grekerna uppfattade som essensen i rättvisebegreppet.²⁾ Många bedömare har förutspått en renässans för Gemeinschaft-samfundets rättviseideal.

Vilken plats intar vårt rättssystem i fluktuationerna mellan dessa idealtyper? Om vi vill anlägga ett tidsperspektiv bortom dagens, blir den frågan vansklig att besvara. Sätillvida befinner vi oss i en spännande rättspolitisk situation, att åtminstone på straffrättens område förefinns *både* strävanden, som siktar till en fördjupning av den regelstyrda, förutsägbarhetsorienterade rättvisan och strömningar med motsatt syfte.

*) Artikeln bygger på ett föredrag i serien »Studia Juridica 1982« och är en något omarbetad version av en artikel publicerad på finska i antologin »Studia Juridica 1982«, red. J. Kekkonen. Helsingfors Universitet, Helsingfors 1982.

Nytt och klassiskt

I de senaste tio årens internationella straffrättsliga debatt har den förstnämnda riktningen varit i centrum för uppmärksamheten. De klassiska rättviseteserna har gått mot en renässans, som kulminerat i den amerikanska »just deserts« – skolan, enligt vilken straffrättsystemet har till uppgift att skipa rättvisa – punkt och slut. Den snäva uppgiftsformuleringen får åtminstone till en del sin förklaring av de speciella förhållandena i USA. I ett samhälle, där man är van att mäta frihetsstraffets längd i år snarare än i månader och där den kriminalpolitiska diskussionen om påföljdernas effekt utgår från dikotomin individualprevention/avskräckning, är det förstas svårt att lansera trovärdiga modeller för det straffrättsliga systemet, som utgår från att det skulle vara ett rationellt kontrollpolitiskt styrmedel.³⁾

I Norden är situationen en annan.⁴⁾ Av insikten att kriminalpolitiken är en del av samhällspolitiken följer att kraven på framtidsorienterad rationalitet måste utsträckas även till straffrättsystemet. På frågan varför en förbrytare skall straffas svarar den amerikanske nyklassikern: »Därför att han *förtjänar* att straffas«. Ett framtidsorienterat svar ges av t.ex. den finska straffrättskommitten, som hänvisar till ett antal nyttiga följdverkningar – bl.a. på brottsligheten – av att straffrättsystemet fungerar som det skall.⁵⁾

Dessa nordiska förväntningar om nyttoeffekter innebär inte åsidosättande av rättvisekraven. Jag hänvisar till läroboksdefinitionen av kriminalpolitikens två målsättningar: a) minimering av lidande, skador och andra samhällseliga kostnader, som orsakas av brottsligheten och av brottslighetskontrollen samt b) rättvis fördelning av dessa samhällseliga kostnader.⁶⁾ Vad innehåller då kravet på rättvis fördelning?

Rättvisa på olika nivåer

Rättvisekravet innefattar för det första fasthållande vid de för straffrättsystemet gällande traditionella kvalitets- och rättssäkerhetskraven. Att straffa oskyldiga är orättvist liksom även att straffrättsligt likvärdiga fall leder till uppenbart olikvärdiga straff. Att stävja nyttotänkandets excesser anses ofta vara en av rättviseargumenteringens centrala uppgifter. I Norden har vi nu i stort sett lyckats avvärja det hot som det orealistiska satsandet på tvångsvård i påföljdssystemet innebar.⁷⁾ I dagens läge gäller det att försöka göra systemet mer rättvist bl.a. genom att eliminera smygstraff bland de administrativa påföljderna, reformera kriminaliseringsstrukturen och utveckla straffmättningsreglerna.

Det kriminalpolitiska reformarbetet har även andra utgångspunkter. När den finska straffrättskommitten presenterar och motiverar olika element i det straffrättsliga systemet, sker det vanligen med formeln »både rättvis och ändamålsenlig«. I rättsfilosofin har det skrivits mycket om hur svårt det är att förena rättvisa och ändamålsenlighet; straffrättskommitten synes däremot förlita sig på att

man, genom att *parallellt* tillämpa rättvise- och ändamålsenlighetsargumentering mycket ofta kan nå fram till samma slutresultat.⁸⁾

Anhängare av den amerikanska »just deserts«-ideologin, brukar i diskussioner ställa sig avvisande till tanken på en sådan parallelism. Än svårare blir det att sammanjämka deras synsätt med den s.k. »nya kriminalpolitiken« i Norden, om vi övergår till att diskutera kriminalpolitikens målsättningar och *kontrollpolitikens fördelningsproblem*.⁹⁾

Insikten att varje medborgare bär – utöver vad till skattebetalarplikten hör – sin del av ansvaret för en minimering av de av brottsligheten förorsakade skadorna anses ofta vara ett rättvisekrav. Upp till en viss gräns är det rättvist att belasta alla medborgare med vissa inskränkande påbud och förbud i t.ex. alkohol- och trafiklagstiftningen, även om dessa bud egentligen blott behövs för att få bukt på en liten oregerlig minoritet. Vi kan här välja att tala om solidaritet, men vi kan även välja att tala om rättvisa. Det är fråga om den klassiska regeln att kräva proportion mellan resurser och ansvar. På den resursrika medborgaren kan vi ställa strängare krav om att han skall bidra till brottslighetskontrollen t.ex. genom att bemöda sig om att undvika att försätta någon i frestelse. Detta är »både rättvist och ändamålsenligt«.

Förmåga att förhindra skador skapar ansvar i proportion till förmågan. Principen kan appliceras på kriminaliseringsstrukturen. På samma sätt som man vid straffmätning tar hänsyn till det faktiska spelrum olika individer har i en svår situation, beaktar man jämväl vid utformning av straffstadgandenas innehåll de olika krav som kan ställas på individer med olika förutsättningar. Av en högt utbildad individ, tränad i att fatta rationella beslut kan krävas relativt god förmåga att förutse olika indirekta skadeverkningar av sitt handlande. Behovet att öka faredelikten i moderna strafflagar kan även ses mot den bakgrunden.

I motsats till vad som någon gång gjorts gällande, innebär detta identifierande av nya kausalkedjor med motsvarande utvidgat moraliskt ansvar, inte att det moraliska klander, som riktas gentemot förbrytare av gängse typ, därmed automatiskt skulle lindras. Det finns inte något en gång för alla fixerat mått av ansvar, som blott omfördelas. Att kriminalpolitikens arsenal vidgas gör inte den enskilde individen mindre ansvarig för sitt handlande. En annan sak är att en mer diversifierad kontrollpolitik kan göra det möjligt att inskränka bruket av fängelsestraff och andra speciellt skadliga påföljdsformer och att sparsamhet vid bruket av destruktiva straff är både rimligt och rättvist.¹⁰⁾

Rättvisans fiender

Denna tolkning av rättvisekravet i definitionen av kriminalpolitikens målsättningar kan skapa intrycket att rättvisa definierats så, att det innehåller allt som är gott och eftersträvansvärt. En sådan uttunning av de centrala etiska begreppen är farlig. Kontrollpolitiken bygger på motstridiga målsättningar och det vardagliga besluts-

fattandet innebär att man ständigt måste ge avkall på än den ena, än den andra abstrakta principen. Det är illusion att tro att vi ständigt kan garantera likställighet, rättssäkerhet och rättvisa.

Värderingarna måste definieras tillräckligt snävt, för att påminna oss att de ofta står i konflikt med varandra. Vilke är då rättvisans fiender? Krassa resurshänsyn ställer gränser för tillfredsställande av alla rättsliga värderingar. Förmodligen avtjänar i detta ögonblick någon fånge i Finland straff för ett brott, som han är oskyldig till. Men den risken kan inte elimineras ens genom tiodubbling av rättsväsendets resurser. Än viktigare än resursbristen är emellertid beslutsfattarnas och experternas okunskap och brist på fantasi. Den senare hindrar oss från att tolka traditionella kontrollpolitiska problem som rättviseproblem. Okunskap och tanklöshet kan leda till improvisationer som, förr eller senare, inses hota rättvisan.

Ett aktuellt exempel är den i framförallt Amerika framväxande inkapaciteringsideologin. Speciellt sådan långvarig anstaltsisolerings – av Inkeri Anttila betecknad som »isolerings på grund av brott som inte begåtts« – där prognosmodellerna tillåts leda till extra frihetsberövande för personer, som icke skulle ha begått något nytt brott, ter sig uppenbart orättvis. Det bör understrykas, att denna typ av inkapacitering inte skall förväxlas med principen om straffskärpning för återfallsförbrytare. Den senare kan, i vissa fall och under vissa förutsättningar betraktas som rättvis, den förra icke.

Den offentliga debatten kan, när den som är bäst, fördjupa medvetenheten om rättviseaspekterna. Som bekant är emellertid den kontrollpolitiska debatten i regel ytlig, aggressiv och kortsiktig. I Norden – kanske tydligast i Sverige – har debatten i dagstidningarna och TV i stor utsträckning kommit att domineras av grupper av professionella opinionsbildare, som med populistiskt nit och aggressivitet i reportagespalterna drivit någon populär tes. Värdepluralism och nyansering är inte samma sak som rättvisa men uppenbart är att rättvisan kan hotas av ett opinionsklimat, som kännetecknas av höggradig konformism och maktkoncentration i opinionsledarskapet: det blir då frågan om kampanjer snarare än om debatt.

En ofta ställd fråga är emellertid, om inte den upphetsade skribenten, som i tidningarnas läsarspalt rasar över släpphänt kriminalpolitik, eller de dagstidningsjournalister, som stryker de populistiska strömningarna medhårs, just representerar det spontana och ofördärvade rättsmedvetande som bättre än experterna inser vad rättvisan kräver. Frågan får en speciell aktualitet av de moderna strömningar som vill satsa på lokalsamfund, informell kontroll, decentralisering, och av regelsystem ohämmad, mänskönära improvisation. Är icke bysamfundet eller kvartersgemenskapen just en sådan Gemeinschaft, i vilken Max Webers *Khadi* skulle kunna realisera det i Domarreglerna antydda, ickebyråkratiska domaridealet?¹¹⁾

Alla strävanden att minska på rättssystemets tungrodda byråkrati är välkomna. Jämbördiga parter skall kunna i godo göra upp både civilrättsliga tvister och min-

dre brott utan att myndigheterna blandas in – detta är bl.a. en utgångspunkt för de aktuella strävandena att utvidga systemet med målsägandebrott i Finland. Förlikningsexperimenten kan tjäna samma målsättningar. Det är emellertid viktigt att dessa och liknande strävanden att främja informell konfliktlösning anvisas en klart bestämd plats i kontrollsystemet.

För det första gäller det att minnas, att det mästa råda balans mellan rättssystem och samhällets utvecklingsnivå.¹²⁾ Ett höggradigt organiserat samhälle med hög utbildningsnivå kan inte tolerera uppenbart godtycke. Vi har bättre förutsättningar än tidigare generationer att analysera och identifiera de orätter, som uppstår då lika fall behandlas olika i straffrättskipningen. Enhetligheten och graden av differentiering i straffrättens regeluppsättning måste stå i proportion till både experternas och genomsnittsmedborgarnas förmåga till differentiering. Speciellt viktigt är att eliminera sådana brister i regelsystemet, som leder till oskäligt stränga reaktioner.

Men låt oss gärna ge mer spelrum åt de antibyråkratiska strävanden, som tillåter lindrigare, eller på sin höjd lika stränga reaktioner som det officiella systemet. Enligt denna *lindrigare systemets princip*¹³⁾ bör vi pröva kvaliteten hos de aktuella förliknings- och närkontrollprojekten.¹⁴⁾

Vi skall inte blunda för risken att avbyråkrativering kan leda till diskriminering. I den informella kontrollens av regler ohämmade argumentering kan det gå så, att de opinionsmässigt starka privilegieras. Den är lätt att väcka sympatier för den som är ung och vacker och som kan vädja till välklingande bevekelsesgrunder. Det är därför på sin plats att ständigt påminna om att straffrättsystemet har till uppgift att erbjuda skydd mot godtycke och maktmissbruk även åt de impopulära och ensamma individerna, som inte har någon som värtaligt för deras sak inför den allmänna opinionens rättsskrank. Detta är kanske straffrättsystemets allra viktigaste rättssäkerhetsfunktion.

Anti-Kant: rättvisa är ej allt

Till slut upprepar jag den ovan framförda varningen att vi inte skall lockas innefatta allt som är eftersträvansvärt i begreppet rättvisa. Det finns andra viktiga målsättningar. Vi skall glädjas över att rättvisan har utgått med segern i många hårda konflikter, där den hotats av teknokratisk rationaliseringsiver eller av populistiska hetskampanjer.

Men ibland måste även rättvisekraven vika. De flesta av oss önskar leva i ett samhälle, med vid beredskap till nåd och förlåtelse och med vilja att ställa medkänsla och andra humana värden framom kravet på rättvisa.

Litteraturhänvisningar

1. Se Eugene Kamenka: »What is justice?« s. 6-9. I antologin »Justice« (edited by E. Kamenka & A. Ehr-Soon Tay). London 1979.

2. Kravet på harmoni och ensartad behandling, i den bemärkelse att varje förbrytare skall dömas till ett straff som exakt motsvarar »skadans art« var, visserligen, enligt Aristoteles något annat än den rättvisprincip, som avser proportionalitet i fördelningen av nyttigheter (Aristoteles: Den Nikomachiska etiken. Översättning av M. Ringbom, Borgå 1967, s. 133-134. Måhända har man i rättsfilosofin överbetonat denna distinktion. Redan Aristoteles samtida tillämpade ett relativt sofistikerat straffrättstänkande, som krävde proportionalitet mellan skuld (t.ex. grad av tillräknebarhet) och straff (se t. ex. D. M. MacDowell: Athenian Homicide Law, Manchester 1963, s. 59-68). Ätminstone i straffrätten kan vi, om vi så vill, se proportionalitetsprincipen som en överordnad princip, under vilken kravet på lika behandling inom varje delkategori subsumeras.

3. Andrew von Hirsch har under sina resor i Sverige och Finland vältaligt försvarat den amerikanska »just deserts«-ideologin, som enligt honom för en desperat kamp mot den allt mäktigare inkapaciteringsrörelsen. Sina teser har von Hirsch lagt fram i talrika publikationer, av vilka den senaste är boken »Past or future Crimes«. Manchester University Press, Oxford 1985.

4. För att understryka att den relativa uppvärdering av de klassiska elementen i straffrättsideologin, som måste följa på förkastandet av tvångsvårdsideologin, inte är samma sak som den amerikanska, vid det förlutna fixerade »just deserts«-ideologin, har, i olika sammanhang uttrycket »den nya kriminalpolitiken« kommit till användning. Uttrycket avser alltså en framtid-orienterad, allmänpreventionsrationaliserad kriminalpolitik av nordisk typ, som ger hög prioritet åt både humanitet och rättvisa. Se härom t.ex. Patrik Törnudd: Nyklassicismen i kriminalpolitiken, Nordisk tidskrift för kriminalvetenskap 1/79-80, s. 21-26 samt Inkeri Anttila & Patrik Törnudd: »Reasons for punishment« i antologin »Crime and crime control in Scandinavia«, edited by Norman Bishop. Scandinavian Research Council for Criminology, Oslo 1980.

I ett debattinlägg »Neue tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien« (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 3/1983, 739-748) har Inkeri Anttila i detalj klarlagt hur den nordiska orienteringen skiljer sig från den amerikanska nyklassicismen.

För att understryka den nordiska - speciellt den finländska - rättvisorienteringens särart har man ibland även använt uttrycket »human nyklassicism« (Lauri Lehtimaja: Towards plain and predictable justice. University of Turku, Department of Public Law, Volume A 12.

Andra aktuella finländska debattinlägg, som belyser rättviseproblematiken i straffrätten, är t.ex. Hannu Takala: »Klassisen rikosoikeuden renessanssi«, Sosiologia 1/1978; Klaus Mäkelä: »Rikosoikeudellisen järjestelmän yhteiskunnalliset tehtävät« i antologin »Realistit, idealistit, tutkijat«, red. R. Hannula m. fl. Helsinki 1979; Raimo Lahti: »Criminal Sanctions in Finland: A System in transition« Scandinavian Studies in Law, Stockholm 1977.

5. Straffrättskommittens betänkande, kapitel II. Komiteebetänkanden 1976: 2. Helsingfors 1977 (förkortad svensk version). Jmfr. motsvarande uppgiftsformulering i Nils Jareborg: »Determinism och straffrättsligt ansvar« i »Skuld och ansvar: Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson«. Iustus förlag. Red. N. Jareborg och P. O. Träskman. Uppsala 1985, s. 3-4.

6. För samhällsvetare förtrogna med anglosaxisk terminologi är det naturligt att tolka begreppet »kostnad« abstrakt, så att det innefattar även immateriella värden. Missförstånd har ibland förekommit.

Den citerade definitionen av kriminalpolitikens målsättningar var framgångsrik vid FN:s 5:te kriminalpolitiska världskongress i Geneve 1975. I kongressresolutionerna hänvisas till nödvändigheten av »redistribution of costs« och understrykes att kostnadsminimering och rättvis fördelning är jämbördiga målsättningar. (Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of offenders, United Nations, New York 1976, s. 41-51).

Frågan om hur kostnaderna skall fördelas har i Finland analyserats av bl.a. Raimo Lahti: »Rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisestä ja jakamisesta« (Minimering och fördelning av de av brottsligheten föranledda samhälleliga kostnaderna). Oikeustiede 1972:1. Helsinki 1972.

7. När man i Norden på 1960-talet började ifrågasätta tvångsbehandlingsideologin, riktades de första, på rättviseargumentering baserade kritiska debattinläggen mot systemen för behandling av specialgrupper såsom alkoholister, barn o.dyl. – se t.ex. Nils Christie: »Tvangsarbeid og alkoholbruk«, Oslo 1960 och Inkeri Anttila: »Om rättskyddet och likställigheten i det påföljdssystem som angår rättsstridiga gärningar begångna av barn«. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 1-3/1962.

Nästa steg var ett generellt avståndstagande från tvångsbehandlingsideologin och krav att brottsligheten i första hand skall kontrolleras med andra medel än det straffrättsliga systemet. Se t.ex. Inkeri Anttila: »Konservativ og radikal kriminalpolitik i Norden«. Ntfk 3/1967 och antologin »Varning för vård«, red. Lars D. Eriksson, Borgå 1967.

8. Egentligen är det frågan om parallell rationalisering: att straffa den kalkylerande förbrytaren strängare är utan tvivel rationellt, eftersom han räknar med straffhotet, men det är även rättvist eftersom hans brottsliga vilja är intensivare, hans mått av skuld större.

Parallellismen är kanske så tillvida skenbar att man i regel utgår från en rationaliseringsmodell och sedan söker tilläggsargument med hjälp av den andra modellen – se Torsten Eckhoff: »Justice and social utility« i »Festskrift till F. Castberg«, Halden 1963, 83-84

Eckhoff nämner i detta sammanhang – med hänvisning till Hans Kelsen – att även rättvisa kan tolkas som en nyttighet, men han anser att en sådan terminologi leder till alltför hög abstraktionsnivå. Andra rättsfilosofer som ifrågasatt utilitarism som fördelningskriterium har emellertid så tillvida gjort det lätt för sig att de knutit utilitarismen till mycket snäva kriminalpolitiska målsättningar (t.ex. H. L. A. Hart: *Punishment and responsibility*, Oxford 1969, Harald Ofstad: *Ansvar og handling*, Oslo 1980. Jmfr. P. Törnudd: »Kvalificerade förmögenhetsbrott de lege ferenda«. *Kriminologiska forskningsinstitutet M:14*, Helsingfors 1971, s. 73.

9. Se Lahti 1972 op.cit.: P. Törnudd: »Ett halvfärdigt strafflagsförslag«. Institutionen för offentlig rätt vid Turun Yliosto, Åbo 1977, s. 67-75 samt ovan nämnda FN-publikation.

10. För att belysa rättvisespekten kan vi föreställa oss att man som alternativ till det nuvarande systemet skulle straffa färre personer, men i stället ge dem desto strängare straff. Några experter fruktar att det föreslagna slopandet av den villkorliga frigivningen skulle leda till att de långa fängelsestraffens andel skulle öka.

11. En konkret modell för rättssystemet i ett framtida, på lokalsamfund grundat samhälle har skisserats av Beth Grote Nielsen i »Nyklassisk strafferet i det tætte samfund«, *Kriminalistisk instituts stencilserie Nr. 4*, København 1979.

12. Kravet att graden av differentiering i det rättsliga systemet skall motsvara ifrågavarande samhälles utbildningsnivå kan sättas i relation till den sociologiska insikten att just i de högt utvecklade samhällena leder alltför långt drivna krav på likformigt beteende till kriser. Se Erik Allardt: »Samhällsstruktur og sociala spänningar«. Tammerfors 1965.

13. Favor defensionis principen ses ibland som en tillämpning av en generell legalitetsprincip. Det råder utan tvivel ett klart samband mellan rättvisidealens renässans och strävan att framhäva legalitetsprincipen. De som i början av 1970-talet önskade tala för rättvisidealerna i kriminalpolitiken kunde t.om. kalla sig själva »neo-legalister« när de krävde snävare latituder genom slopande av orealistiska straffmaxima, överflyttande av de med fängelse belagda brotten till strafflagen o.dyl. i syfte att garantera klarhet och konsekvens (P. Törnudd: »Kommunkaatio ja lainkirjoitustekniikka«. (Kommunikation och lagteknik) i »Oikeus ja politiikka«, red. P. Lindholm och H. Seppänen, Jyväskylä 1971).

Det bör understrykas att de aktuella strävandena att skapa klarare regler för beslutsfattandet konsekvent siktat till stävande av godtycke som leder till strängare alternativ. Vid lindring bör utrymmet för fri prövning vara större. Den principen slogs uttryckligen fast av den arbetsgrupp som utarbetade de nya straffmättningsreglerna i Finland. (H. Grönqvist m. fl. »Ehdotus rangaistuksen mittaamissääntöksi«. *Lainsäädäntöosaston julk. 1/75*, Helsingfors 1975). Tack vare denna medvetna asymmetri minskas den risk för konflikt mellan normalstraffprincipen och rättvisekraven, som Pekka Koskinen varnat för: »Oikeudenmukaisen rikosoikeudellisen kontrollijärjestelmän mahdollisuus«, i »Studia Juridica 1982«, red. J. Kekkonen. Helsingfors Universitet, Helsingfors 1982.

14. Se t.ex. Nils Christie: »Limits to pain«. Oslo 1981, och Juhani Iivaris och Martti Grönfors rapporter om det s.k. förlikningsexperimentet i Vanda (t.ex. *Uusi Kriminaalihoolto 2/1985*).