

PROVOKATION

AV ANDREW VON HIRSCH OCH NILS JAREBORG

I sin studie över offrets ansvar för brott kan Inkeri Anttila konstatera, att det länge har setts som självklart, att provokation skall verka strafflindrande.¹⁾ När man ser närmare på det som tas som självklart händer det dock inte sällan att det inte är särskilt lätt att förstå varför det självklara skall vara självklart. Den förklaring, som en gång i tiden fick en ståndpunkt att framstå som acceptabel, är ofta sedan länge föråldrad. Vad gäller provokation tror vi att det fortfarande är riktigt att se den som en grund för strafflindring – men också att det finns skäl att på nytt tänka igenom varför strafflindring bör ske.

Ordet »provocera« – som finns i svenska texter sedan första hälften av 1600-talet – har främst använts i en rad tekniska betydelse, ehuru »framkalla« väl kan användas som generell synonym. I detta sammanhang avser vi med provocerat handlande en situation, där någon i vrede förövar en brottslig gärning (vanligen misshandel) därför att han anser, att den som gärningen riktar sig mot har kränkt honom i ord eller handling. Det förutsätts att gärningsmannen inte handlar i syfte att avvärja en fara. Någon fara behöver ej alls ha förelegat och i vart fall är faran förbi och en eventuell skada har redan tillfogats den provocerade. Handlande i en nödvärnssituation är naturligtvis också »provocerat«, men här är det definitionsmässigt undantaget från området för provokation.

Med denna definition är det uteslutet att den provocerades gärning kan anses vara *rättfärdigad*, rättsenlig på grund av en intressekollision. Någon fara för ett av rättsordningen skyddat intresse skulle inte ha uppstått, om han i stället för att i ilska »ge igen« hade lagt band på sig. Gärningsmannens intresse av att få utlopp för sin vrede är inte ett intresse som förtjänar rättsordningens skydd.

Det kan inte heller hävdas, att gärningen är rättsenlig eftersom den provocerande förtjänar en reaktion, t.ex. i form av misshandel. Det kan väl vara så att han förtjänar att bestraffas för sitt kränkande beteende, men det är en angelägenhet för statliga myndigheter, inte den som utsätts för brott.

Kan man då tänka sig att en provocerad handling är *ursäktad*?²⁾ En person är fullt ursäktad, om han inte bör klandras för att ha företagit en otillåten gärning.

1) Inkeri Anttila, »Offrets ansvar.« *Skuld och ansvar*. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson (Uppsala 1985) 168 ff, s. 172-175.

I den svenska fängelsestraffkommitténs betänkande (SOU 1986:13-15. *Påföljd för brott*) föreslås i kapitlet med straffmättningsregler bl a denna bestämmelse: »Särskilt följande omständigheter skall anses minska straffvärdet, nämligen 1. att brottet föranletts av någon annans grovt kränkande beteende, 2...«

2) Om skillnaden mellan berättigande och ursäktande omständigheter, se Nils Jareborg, *Handling och uppsåt*. En undersökning rörande doluslärans underlag (Stockholm 1969) s. 343-345.

Typexempel på relevanta ursäkter är villfarelse rörande en brottskonstituerande omständighet och tillfällig sinnesförvirring, som ej är självförvållad. Uppenbarligen behandlas provokation i angiven mening inte som en fullständigt ursäktande omständighet, utan snarare som en partiellt ursäktande omständighet. Gärningsmannen förtjänar inte lika mycket klander som den som agerar oprovocerad, men han är ändå i någon mån klandervärd och bör inte helt gå fri från ansvar. Det kan dock inte a priori uteslutas, att sökandet efter en rationell motivering till varför provokation skall beaktas leder till att man finner ett utrymme för ansvarsfrihet på grund av provokation. I första hand är emellertid att utreda, om teoribildningen överhuvudtaget kan bidra till att klargöra om provokation är en skuldreducerande omständighet.

Vår diskussion ligger på ett principiellt plan, men det torde ändå vara belysande att ha noterat en speciell teoribildning, som nog är den av juridisk praxis och doktrin mest bearbetade. I common law behandlas provokation som en förmildrande omständighet vid uppsåtligt dödande, så att vederbörandes brott inte klassificeras som »murder« utan som »manslaughter«.³⁾ I rättspraxis har genom århundradena två principer vuxit fram: (1) gärningen måste utföras i »hot anger«, dvs i omedelbar anslutning till offrets provokation, när gärningsmannen praktiskt taget förlorat sin förmåga till självkontroll; och (2) offrets kränkande beteende måste vara av så allvarlig natur att det skulle föranleda en »reasonable person« att förlora behärsksningen. Det är inte svårt att föreställa sig att betoningen av å ena sidan gärningsmannens subjektiva tillstånd och å andra sidan en hypotes om hur en rationell person skulle reagera kan vara problematisk. Rättspraxis är också i vissa hänseenden märklig och det är svårt att värja sig mot intrycket att rättsbildningen vuxit fram utan att någon mer djupgående tankeverksamhet förekommit.

En metod att hantera frågor om en gärningsmans skuld innebär att hänvisa till den s.k. *konformitetsprincipen*: vederbörande bör inte klandras om han inte kunde rätta sig efter lagen, dvs saknade tillfälle eller förmåga att följa lagens bud (eller skulle ha saknat tillfälle eller förmåga, även om han hade gjort vad som rimligtvis kunde krävas av honom).⁴⁾ Typexempel på faktorer som utesluter ansvar är villfarelse (frånvaro av tillfälle) och vissa former av psykisk abnormitet (frånvaro av förmåga).

Är denna metod den enda? Det finns tecken på att man ansett det, t.ex. vid bedömningen av nödsituationer i common law-länder. Låt oss säga att nöd föreligger, när någon på grund av yttre förhållanden måste döda eller skada en annan person för att förhindra att själv dödas eller skadas. Ett från många synpunkter intressant fall är det som var till bedömning i rättsfallet *Dudley and Stephens* från 1884: två

3) *Russell on Crime*. 12th edition by J. W. Cecil Turner (London 1964) s. 517-553, Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*. 2nd edition (London 1983) kap. 24.

4) Se Jareborg, a. a. kap. 12.

skeppsbrutna i en livbåt dödar en tredje för att inte alla skall svälta ihjäl.⁵⁾ Dudley och Stephens ansågs inte vara ursäktade, men efter hand har nöd som en ursäktande faktor fått visst erkännande. I motiveringar härför brukar betonas att gärningsmannen »inte hade något val« eller »inte hade något egentligt val«. Om alternativet är att själv förlora livet, hur skulle man då kunna avstå från den otillåtna gärningen? Omständigheterna gör det orealistiskt att tillskriva den skeppsbrutne – förtvivlad, försvagad, omtöcknad av törst och hunger – något verkligt val, d.v.s. någon förmåga att följa lagen.

Denna förklaring övertygar dock inte helt. Hotet om en förestående död fråntar inte nödvändigtvis en person hans förmåga att behärska sitt handlande. Folk kan välja – och väljer ibland – att dö, när ett fortsatt liv implicerar oacceptabla följder. Den skeppsbrutne kunde välja att själv dö, framför att döda någon annan, och en del personer skulle handla så. Brist på mat och vatten kan påverka en persons bedömningsförmåga, men undanröjer inte nödvändigtvis hans förmåga att kontrollera sitt handlande.

På motsvarande sätt har man inte sällan velat förklara varför provokation minskar gärningsmannens skuld genom att åberopa – om än inte frånvaro av förmåga, så ändå – nedsatt förmåga att följa lagen.⁶⁾ Tydligtvis ligger en sådan tanke bakom kravet i common law att den provocerade måste handla i »hot anger«. En handling företagen i »stundens hetta« uppfattas som inte helt kontrollerad. Visserligen är förmågan till självkontroll inte helt förlorad – gärningen är därför inte helt ursäktad – men den är till del förlorad på grund av att den provocerade inte haft tid att efter kränkningen återfinna jämvikten. Han är inte riktigt sig själv och bör därför i någon mån ursäktas.

Det problematiska med denna förklaring är att endast gärningsmannens sinnes-tillstånd beaktas. Det faktum att han är så uppretad att förmågan till kontroll är nedsatt är avgörande. Därför borde det inte ha någon betydelse varför han är så uppretad. Men detta kan inte stämma. Redan av definitionen av »provokation« följer att inte vilken vrede som helst är relevant, utan bara den som föranletts av annans *kränkande* beteende. Häri ligger att gärningsmannens skäl för att agera är av betydelse.

Mot bakgrunden av diskussionen om de skeppsbrutna i livbåten ligger det nära till hands att uppmärksamma *självbevarelse* som handlings-skäl. En gärningsman kan tänkas undgå klander, därför att han handlar i syfte att bevara sitt liv eller freda något annat av sina fundamentala intressen. Observera att frågan om självbehärs-

5) Regina v. Dudley and Stephens, 14 Q.B.D. 273 (1884). Se A. W. Brian Simpson, *Cannibalism and the Common Law* (Chicago 1984) och Andrew von Hirsch, »Review Essay: Lifeboat Law.« *Criminal Justice Ethics*, vol. 4 (1985) 88 ff.

6) Se t.ex. H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford 1968) s. 153.

ning nu blir irrelevant! Det kan hävdas, att gärningsmannen inte är klandervärd, även om han har fullständig kontroll över sig själv.

Det här sättet att förklara varför en omständighet ursäktar gärningsmannen fungerar i en del fall bättre än ett åberopande av konformitetsprincipen. Den skeppsbrutne bör ursäktas, därför att han handlade för att bevara sitt liv. Ingen kan klandras för att föredra sitt eget liv framför någon annans. Ingen kan klandras för att inte vara ett helgon. Att insistera på rättsenligt handlande när alternativet är gärningsmannens egen död vore att kräva alldeles för mycket av medborgarna.

Det är viktigt att man har klart för sig att argumentationen gäller en moralisk bedömning av gärningsmannens handlingsskäl och inte en bedömning av handlingens tillåtlighet. I en nödsituation – som inte är en nödvärnssituation – kan det aldrig vara försvarligt att döda någon annan, eftersom varje människas liv är lika mycket värt. Vid en vägning av motstående intressen blir det ingen övervikt för ett av dem. Skulle Dudley och Stephens bedömas i enlighet med nutida svensk rätt skulle man säkert finna att en tillämpning av nöddparagrafen – brottsbalken 24:4 – inte skulle leda till frikännande. Däremot kan man tänka sig att reglerna om nödexcess i 24:5 skulle föranleda sådan utgång. Uttrycket »svårligen kunde besinna sig« innefattar säkerligen situationer, där gärningsmannen helt förlorat kontrollen, men dess viktiga funktion är att ange att ansvar inte skall utkrävas när det är orimligt att av gärningsmannen kräva ett lagenligt agerande. Att denne t.ex. på grund av abnorm lättretlighet råkar ha särskilt svårt att besinna sig är i och för sig inte tillräckligt för ansvarsfrihet.

Den här typen av förklaring ser emellertid inte ut att vara till någon hjälp vid provokation. Den provocerade verkar inte handla för att freda något fundamentalt intresse. Kränkningen har ju redan inträffat.

Det kan dock göras gällande att han handlar för att freda ett sekundärt intresse. Om han inte bemöter en kränkning, förlorar han sitt sociala anseende, sitt goda namn. Denna skada uppkommer inte genom kränkningen, utan genom att han avstår från retorsion. Man behöver inte påstå att det är önskvärt att han bemöter kränkningen; det är inte fråga om att rättfärdiga handlingen. Man behöver inte heller påstå, att intresset att bevara det sociala anseendet är lika viktigt som att bevara liv eller hälsa; det är inte fråga om att helt ursäktas av gärningsmannen. Men det kan hävdas, att intresset av bevarat socialt anseende har någon vikt, varför en gärning företagen i syfte att skydda detta intresse vore mindre klandervärd.

Argumentationen har en viss bärkraft i speciella sammanhang – tyvärr inte särskilt tilltalande. Låt oss föreställa oss ett samhälle där det är en hederssak för en man, vars hustru bedragit honom, att döda hustruns förförare – i annat fall utsätts han för omgivningens förakt. Givetvis kan en sådan konvention starkt kritiseras: bortsett från den kvinnosyn den manifesterar, ger den prov på en förvriden moraluppfattning i och med att äktenskaplig trohet värderas högre än människors liv och

hälsa. Men den bedragne äkta mannen är inte svarslös. Han behöver inte hävda att konventionen och därmed gärningen är försvarbar. Det må vara så att konventionen är vettlös. Men rent faktiskt är det så att den är etablerad i det samhälle han lever i och att han rejter utsätts för omgivningens förakt, om de inte handlar på förväntat sätt. Det finns bara ett sätt för honom att bevara sitt anseende och sin sociala ställning. Att vägra att se mildare på hans retorsion, därför att man tycker att den av omgivningen accepterade konventionen inte är godtagbar, är jämförbart med att vägra att ursäktas en nödställd, därför att man tycker att det inte var bra att tyfonen sänkte skeppet och gjorde honom till skeppsbruten.

Vi överlämnar till läsaren att ta ställning till om den bedragne äkta mannen förtjänar strafflindring. Det finns emellertid anledning att betona att situationen är mycket speciell: han står inför ett verkligt hot mot ett beaktansvärt intresse. I normala fall av provokation är situationen annorlunda. Gärningsmannen agerar inte för att skydda ett intresse, utan därför att han är kränkt. En bedragaren man kan väl vara mycket arg, men han blir inte utsatt för omgivningens massiva förakt om han inte bemöter kränkningen med våld. I motsats till vad som gäller för den skeppsbrutne i livbåten försämras den kränktes situation inte av att han inte gör något. Ett anspråk på en mildare bedömning kan inte härledas från att intressen hotats, utan måste härledas från att den provocerade har blivit kränkt.

En något mer komplex typ av förklaring ser ut att behövas för den stora mängden av provokationsfall. Det verkar inte möjligt att hänvisa till enbart gärningsmannens handlingsskäl – såsom när självbevarelsemotivet åberopas som grund för att gärningsmannen ursäktas. Det verkar inte heller möjligt att hänvisa till enbart gärningsmannens psykiska tillstånd – såsom när hans oförmåga att rätta sig efter lagen utgör en giltig ursäkt. Vi måste kombinera handlingsskäl och psykiskt tillstånd.

Låt oss anta att den provocerade handlar i ett tillstånd av *harm*, d.v.s. han är inte bara arg, utan har också goda skäl att vara arg på den som han angriper.⁷⁾

För det första företar han således sin gärning därför att offret genom sitt beteende har gjort honom arg. Vi skall här lägga märke till att den som *är* arg inte nödvändigtvis måste vara upprörd eller eljest bokstavligen känna något särskilt. Vrede kan vara mer intellektuell än känslomässig och i huvudsak innefatta en benägenhet att visa fiendlighet när tillfälle ges. En sådan benägenhet kan vara länge och förstärkas med tiden, om den underblåses av grubblerier kring en tillfogad oförrätt.

För det andra har den kränkte goda skäl att vara arg. Vilken motgång som helst kan få en att bli arg, och ibland tappar man kanske helt kontrollen över sig själv. Men normalt krävs likväl av envar att han skall behärska sig. När vreden kvalificeras som *harm* är det emellertid alltid tillåtet att låta den få utlopp på något sätt. När

7) P. F. Strawson, *Freedom and Resentment and Other Essays* (London 1974) kap. 1, Jeffrey G. Murphy, »Forgiveness and Resentment.« *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 7 (1982) 503 ff.

någon lyckas att nå ett visst mål och jag själv misslyckas därmed, kan jag väl bli arg på den som lyckas, men jag har i och för sig inget giltigt skäl för att bli arg på honom. Men läget är annorlunda, om min medtävlare har ljugit eller fuskat; jag är då berättigad – inte bara att vara arg – utan också att visa att jag är arg på bedragaren.

För att en berättigad vrede skall kunna kallas harm krävs det att den riktas mot någon som gjort något illa mot en själv eller någon som står en så nära att man identifierar sig med denne. Man harmas över att bli lurad av någon. När en berättigad ilska riktar sig mot någon därför att en tredje part har kränkts kvalificeras den inte som harm, utan som *indignation*. Man kan bli indignerad över alla möjliga missdåd: repression i Chile eller Kambodja, polisövergrepp i Philadelphia eller terroristernas framfart i Västtyskland, men också över mindre allvarliga ting, såsom att ens granne A talar illa om ens granne B.

Det skall betonas, att harm innefattar att någon har goda skäl att vara arg och visa sin ilska. Däremot behöver han inte ha goda skäl att göra det som han gör för att manifestera sin ilska. Tvärtom är ju utgångspunkten vid t.ex. provocerad misshandel att gärningsmannen inte är berättigad att föröva misshandel. Vad vi är ute efter är att finna en förklaring till varför provokationen gör den oberättigade misshandeln mindre klandervärd.

Kan det vara så att harmen gör det särskilt svårt för gärningsmannen att behärska sig? Ibland kanske, men det räcker inte som förklaring. Det förhållandet att han har goda skäl att vara arg gör det inte nödvändigtvis svårare för honom att behärska sig. Och som antytts ovan är det förhållandet att en känsla är stark inte tillräckligt för en mildare bedömning av en handling vari den tar sig uttryck. Man kan t.o.m. säga att ett av straffrättens syften är att tvinga folk att behärska just sina starka känslor av vrede, hat, o.s.v.

Den som är arg bör således hålla vreden i schack och se till att den inte glider över i handling till skada för annan. Har han fått en framgångsrik moralisk fostran, skall samvetet fungera som en tygel. Brister han i självbehärskning, så har han gjort något som en moralisk person inte bör göra och det gör i och för sig inte hans gärning mindre klandervärd.

Men när vreden är kvalificerad som harm är läget inte så entydigt. Såsom Jeffrie Murphy har påpekat, kan vid en kränkning ett vredesutbrott vara den från moralisk synpunkt riktiga eller bästa reaktionen.⁸⁾ Den som inte kan visa sin harm vid allvarliga kränkningar har inte sällan alltför dålig självkänsla och tillmäter sin egen person och sina rättigheter alltför lågt värde.

Om det således är i sin ordning och t.o.m. önskvärt att den kränkte demonstrerar sin harm, blir samvetet inte bara en tygel, utan också en sporre. Den kränkte är rättmätigt arg, ilskan skall inte bara behärskas; det är också legitimt att låta den få utlopp i t.ex. rena känslouttryck, erinringar och inledande av rättsliga åtgärder. Det

8) Se Murphy, a.a.s. 505.

är blott *vissa* sätt för känsloutlopp som inte kan tillåtas och som gärningsmannen därför förutsätts hämma.

Vad vi kan iakttä är att etiska skäl drar åt motsatta håll. Enligt vår mening är det skälet till att en provocerad person förtjänar mindre klander än den som är oprovocerad. Att moraliskt relevanta skäl står i strid med varandra hör till vardagen. Den vanliga bedömningen är alltid att den som då gör fel förtjänar mer sympati än den som har moralen helt emot sig. Bedömning av straffrättslig skuld innebär inget annat än en moralisk bedömning av varför en person företog en otillåten gärning. Redan det faktum att någon form av retorsion är motiverad från moralisk synpunkt gör gärningsmannen mindre klandervärd. Om retorsionen innebär en bagatellartad förlöpnig, t.ex. en förolämpning av föga allvarlig natur, kan man väl tänka sig att den helt ursäktas, om gärningsmannen utsatts för en mycket grov kränkning.

Den kränktes svårighet att hantera sin reaktion på en provocerande handling behöver inte vara kunskapsmässig. Om en kollega kränker mig får jag i otvetydiga ordalag säga vad jag tycker om det, klaga för andra kolleger och ta upp saken med arbetsgivaren. Men det är alldeles klart att jag inte får misshandla honom eller bränna upp manuskriptet till hans senaste uppsats. Det som är problematiskt för den provocerade är i regel att transformera sin insikt i handling. Han bör vara arg och han bör göra något, men han får inte gå över en viss linje. Där står den där förfärliga kollegan och skryter med vad han har gjort, skrattar åt mig och förklarar att ingen kommer att bry sig om mina klagomål. Jag vet att jag inte behöver tolerera detta. Går jag för långt är jag säkerligen klandervärd, men inte lika mycket som den som inte kränkts. Klandret bör mildras, därför att övertrampet delvis skedde på grund av, inte i strid mot, en moraliskt godtagbar impuls. Det som är avgörande är emellertid inte att förmågan till självbehärskning är nedsatt, utan att kraven på självbehärskning sätts lägre.

Att provokation bör föranleda lägre straff beror således i regel på att gärningsmannen har goda skäl att vara arg på den han angriper och att han är berättigad att på något sätt ge utlopp för sin harm. Vad han gör är i sin kärna moralenligt. Har han däremot blivit arg utan godtagbara skäl – t.ex. därför att den som tillfogat honom skada inte kunde hjälpa att så skedde – och låter vreden få utlopp, så förtjänar han ingen sympati. Från moralisk synpunkt är det oacceptabelt att moralen inte respekteras. Vid rättmätig vrede är däremot den kränktes agerande också tecken på moralisk sundhet.

Antag emellertid att den som känner harm felaktigt tror sig ha goda skäl att vara arg. En bilförare som körde på honom var inte vårdslös, utan förlorade plötsligt medvetandet utan förvarning. Liksom i övrigt vid skuldbedömningen är det då gärningsmannens subjektiva upplevelse som är utgångspunkten. Den som uppriktigt tror sig vara kränkt förtjänar i princip minskat klander, oberoende av om han faktiskt är kränkt eller ej. En reservation måste dock göras för fall där vederbörandes

tro inte är rationell och han kan klandras för att inte ha gjort tillräckligt för att utöna sanningen. Dessutom är »moralvillfarelse« ofta irrelevant.

Låt oss avslutningsvis konfrontera denna förklaring med common law-doktrinen. Som nämnts ovan krävs dels »hot anger« och dels att en »reasonable person« skulle förlora behärsknigen. Det senare kravet anknyter, även om det är illa formulerat, till idén om att den provocerade måste ha goda skäl för att bli arg. Det förra är i sin ordning vad gäller »anger«; om gärningsmannen inte vore arg kunde man inte säga att han var provocerad i den mening som diskuteras (all hämnd är inte provocerad). Däremot finns det ingen anledning att kräva att retorsion sker i omedelbar anslutning till provokationen. (Harmen kan för övrigt tillta med tiden). Det vore däremot meningsfullt att kräva detta, om anledningen till att gärningsmannen ses som i viss mån ursäktad hade att göra med bristande kontrollförmåga, d. v. s. en förklaring med anknytning till konformitetsprincipen. Undantagsvis kan väl också en sådan förklaring vara den riktiga, men då är det å andra sidan irrelevant vad som skulle ha hänt en rationell person. När någon blir så upprörd att han förlorar all behärskning kan grunden för att klander hålls tillbaka inte vara att han betar sig på ett rimligt eller rationellt sätt, utan att hans reaktion inte helt kan tillskrivas hans personlighet. Slutsatsen blir alltså att common law-doktrinen på ett opåkallat sätt förenar drag från två skilda grunder för straffminskning.⁹⁾

Denna artikel utgör en starkt förkortad version av »Provocation and Culpability«, som kommer att utges i *New Perspectives on Responsibility* (edited by Ferdinand Schoeman) 1987. Översättningen publiceras med tillstånd av Cambridge University Press, som innehar upphovsrätten.

Artikeln bygger på ett seminarium vid Juridiska fakulteten i Uppsala, maj 1985. Vi vill gärna tacka seminariedeltagarna, särskilt Barry Feld, Ulf Göranson, Lena Holmqvist, Alvar Nelson och Lennart Åqvist, för deras bidrag till diskussionen. Vi tackar också Ferdinand Schoeman, Richard Singer och Per Ole Tråskman för värdefulla synpunkter på det engelskspråkiga manuskriptet.

Adresser:

Professor Andrew von Hirsch,
100 Hudson Street, New York, N.Y. 10013

Professor Nils Jareborg,
Järpvägen 35,
S-752 52 Uppsala

9) Tanken att det kan finnas två skilda grunder för strafflindring antyds av Andrew Ashworth, *Sentencing and Penal Policy* (London 1983) s. 168.