

MÖJLIGHETEN ATT HANDLA ANNORLUNDA SOM EN FÖRUTSÄTTNING FÖR SKULDANSVAR – SYFTEN OCH VÄRDERINGAR

AV ARI-MATTI NUUTILA

Skuldansvarets olika nivåer

Man kan anse att det på skuld grundade klandret utgör en del av den inre stommen för vårt straffrättsliga tänkande. Det reflekterar vissa rätt oföränderliga drag av grundläggande natur i detta.

I den straffrättsliga litteraturen använder man ofta benämningen skuldprincipen som en beteckning för kravet på subjektiv skuld. Termen princip är dock vilseledande, ifall den sammankopplas med den regel/princip diskussion som förts under 1980-talet i rätts teori. Skuldprincipens karaktär av princip anknyter nämligen inte till dess förhållande till regler. Snarare kan man säga, för att använda termer som Hannu *Tolonen* har introducerat i Finland, att skuldprincipen är en del av en juridisk teori.¹ Sett ur en annan synvinkel kan skuldprincipen i enlighet med Juha *Pöyhönens* avtalsrättslig terminologi, anses utgöra en del av en rättslig modell.² Som sådan kan dess direkta användbarhet för att lösa juridiska problem vara t.o.m. synnerligen liten.³ Större betydelse får den vid utformandet av innehållet i ett straffrättsligt *tanke*system.

Läran om subjektiv skuld som en förutsättning för ansvar har samband med straffteorierna. I den finska straffrätten har man ansett att en straffteori utgörs av en tankekonstruktion, inom vars ramar man granskar grunderna och ändamålen för användningen av straff på skilda verksamhetsnivåer, och som ger sådana svar som är inbördes kongruenta på frågor som kan ställas på skilda nivåer.⁴

En juridisk teori har i allmänhet två karaktäristiska drag. För det första är det tänkande som den ger uttryck för vanligen inte monistiskt. Tänkandet innehåller flera värde- och syftepostulat som verkar i olika riktningar. Teorin syftar till att ge en begreppsmässigt konsekvent form åt en samtidig växelverkan mellan dessa postulat. För det andra uppdelas teorierna på fenomen på skilda nivåer.⁵

Flera problem anknyter till en framställning om straffteorins nivåer. En fara utgörs av att man rör sig på ett sådant abstraktionsplan att begreppssystemets relation till de fungerande rättskulturerna inte ges tillräcklig uppmärksamhet. Förhållandet mellan rätt, politik och moral kan lämnas alltför öppet, medan åter de sociala nyttoaspekterna inte struktureras tillräckligt. En begreppsbestämning som i och för sig är förtjänstfull med tanke på den straffteoretiska diskussionen kan ge en bild av det rättsliga tänkandet som inte bara är alltför allmän och alltför isolerad från sin realmiljö utan också vilseledande. De syfte- och värdemotiveringar som inkluderas i en

sådan begreppsbestämning formuleras i sådana relativt oföränderliga ramverk för analys på ett allmänt plan, som möjliggjort att man bedrivit, och som möjliggör att man kan bedriva, en kriminalpolitik som går i flera olika riktningar.^{5a}

Kort sagt: Enligt min mening skall man finna *institutionellt stöd* på rättsordningens olika plan för det straffteoretiska tänkandet.⁶ Jag försöker sammankoppla ett visst straffteoretiskt och juridiskt problem med dess realmiljö, med den finska straffrättsliga forskningen och dess sätt att strukturera. Det problem jag tar upp är »möjligheten att handla annorlunda« som en förutsättning för skuld. Jag kommer att granska hur eller med stöd av vilka skäl man i den finska straffrätten har argumenterat för att upprätthålla kravet på möjligheten att handla annorlunda som en förutsättning för straffrättsligt ansvar.

I och för sig kan man tänka sig att den straffrättsliga betydelsen av kravet på möjligheten att handla annorlunda kan förklaras med stöd av rättsnormer som kan sammankopplas med detta krav. I denna framställning försöker jag dock i första hand granska de villkor som finns för att kravet skall kunna godkännas. Sättet för min granskning kunde kanske därför kallas *justifikativt*.⁷

En av de moderna formuleringarna för kravet på möjligheten att handla annorlunda ingår i konformitetsprincipen. Denna formulering av skuldprincipen har i Norden analyserats av Nils *Jareborg*.⁸ Av gärningsmannen förutsätts förmåga och tillfälle att handla annorlunda. På basis av en språklig analys kan ett uteslutande av ansvar komma i fråga ifall gärningsmannen:

- inte hade förmåga eller tillfälle att efterkomma lagens bestämmelser, och
- ej heller skulle ha haft förmåga och tillfälle att efterkomma lagens bestämmelser, även om han gjort X, vilket han borde ha gjort och hade förmåga och tillfälle att göra.

Då möjligheten att handla annorlunda ges denna form kan man i likhet med Tapio *Lappi-Seppälä* tala om detta krav i stark bemärkelse.⁹ I svag bemärkelse kan man på motsvarande sätt tala om kravet, då en befrielse från ansvar i verkligheten kan komma ifråga också i sådana situationer, då gärningsmannen visserligen hade förmåga och tillfälle att handla annorlunda, men det *inte var skäligt* att förvänta sig ett annat beteende t.ex. på grund av att situationen var så trängande för gärningsmannen.¹⁰ Man avstår från att klandra gärningen och bestraffa gärningsmannen trots att denne haft förmåga och tillfälle att handla annorlunda.

Möjligheten att handla annorlunda avser, då kravet uppfattas i dess starka bemärkelse, i första hand tillräknelighet och tillräknenhet. Ifall en tillräknelig person har handlat på ett sätt som kan tillräknas honom uppfylls i regel skuldkravet. Åt kravet på möjligheten att handla annorlunda ger finsk rätt, då detta uppfattas i svag bemärkelse, rätt liten betydelse. Kravet på möjligheten att handla annorlunda i dess svaga bemärkelse kommer framför allt till uttryck i bestämmelsen om excess vid nödvärn (SL 3:9) och till en del i bestämmelsen om nöd (SL 3:10). Förmans befall-

ning kan kanske hänföras till samma grupp. Också bedömningen av rättsvillfarelse kan hänföras till fall som ger uttryck för kravet på möjlighet att handla annorlunda.

Avgörandet i skuldfrågan fattas i dessa fall negativt, genom att undantagsvis begränsa skuldansvaret. Den som fattar avgörandet utreder helt enkelt om det i fallet finns sådana sedvanerättsliga eller andra grunder som utesluter skuld (ursäktande grunder).¹¹ I den finska straffrättslitteraturen har Brynolf *Honkasalo* dock ansett att kravet på möjlighet att handla annorlunda i dess svaga bemärkelse har mer omfattande konsekvenser för skuldläran.

Den första motiveringsnivån kallar jag *systemnivån*. På denna nivå handlar det om en allmän modell för eller en teori om skuldansvar som är relativt oberoende av tid, plats, det faktiska samhället och dess strafflag. Skuldansvaret står i detta fall för ett ideal. Frågor som ställs är t.ex. om bestraffning överhuvudtaget kan försvaras. Det är också möjligt att presentera absoluta gränser för användningen av statsmakt. Också enligt den klassiska skolans soningsteorier är brottets sonande genom straffet i sig rättssligt. Samtidigt är det samfundets plikt.¹²

Den andra nivån kallar jag för *strafflagens nivå*. Denna nivå är real. Den hänvisar till en rättslig reglering som är i kraft i ett verkligt samhälle. Den motivering som anknyter till det straffrättsliga systemets syften är primärt medelbar. Lagstiftaren gör de syfte- och värdeval som ur samhällspolitisk synpunkt sett är de viktigaste och som på sätt eller annat skall realiseras i det straffrättsliga reaktionssystemet. De medel som används för att förhindra brottslighet har som känt indelats i allmän- och specialpreventiva. Man kan tänka sig att motivera skuldansvaret t.ex. genom att konstatera – på ett problematiskt sätt – att ett reaktionssystem som är annorlunda inte fungerar i allmän- respektive specialpreventivt hänseende. Å andra sidan kan en så effektiv användning som möjligt av tillbudsstående medel avgränsas också på andra sätt. Förhållandet mellan ett reaktionssystem som är så effektivt som möjligt och grundrättigheterna kunde upplevas som problematiskt. Man kan också tänka sig att systemets användning bör bringas i konformitet med individens autonomi och med människovärdet.

Den tredje nivån är *beslutsnivån*. På denna nivå bedömer en domstol gärningarna straffrättsligt. Strafflagens straffhot realiseras i fällande domar. Också motiveringarna för skuldansvaret kan vara andra på denna nivå. Medan skuldansvaret på strafflagens nivå i första hand motiveras med samhällspolitiska syften, så kan en klanderbedömning, vari domstolen med beaktande av de särskilda omständigheterna i fallet och gärningsmannen som individ väger de möjligheter han hade att handla annorlunda, utvecklas till ett centralt element i skuldömdömet.

Jag gör skillnad mellan värdeargument och syfteargument. Ursprungligen var det Max Weber som gjorde uppdelningen i (syfte)målrationalitet och värderationalitet känd.¹³ Detta ämne har dock en, må så vara indirekt, anknytningspunkt till den diskussion om regler, principer och syften som förts på 1980-talet. Uppdelningen i syf-

teargument och värdeargument påminner om den uppdelning i syften och principer som Ronald Dworkin har gjort. Dworkin definierar syften (goals, policies) som ett befrämjande av något samhällspolitiskt syftemål. Princip (principle) åter definieras som befrämjandet av rättvisa eller social moral.¹⁴

Dworkin behandlar dock principer i första hand med tanke på rättstillämparen. Begreppen lämpar sig därför inte för en motivanalys som gäller annat än beslutsnivån. På strafflagens nivå fungerar inte uppdelningen längre. Lagstiftarens målbundna verksamhet kan i verkligheten begränsas av skilda, relativt bestående rättsuppfattningar, som ofta kallas principer. Detta är något som man ofta har sagt just om skuldprincipen. I sig grundar sig dessa principer dock på sådana samhälleliga syften och värden som man ansett vara viktiga.

En viktig omständighet med anknytning till Dworkins framställning måste dock nämnas. I sig kan syften och värden t.ex. i form av sådana handlingsdirektiv som lagstiftaren har omfattat för sig själv transformeras så att skillnaden mellan dem utplånas.¹⁵ Vi eftersträvar det som vi anser vara värdefullt och vi anser det vara värdefullt som vi eftersträvar.¹⁶ Vad vi behöver är hållpunkter för särskiljande element. Dworkins framställning erbjuder som ett alternativ att principargument anknyter till *individ*, medan syfteargument anknyter till kollektivet eller *samfundet*.¹⁷

I enlighet med den terminologi som jag använder anknyter på motsvarande sätt värdeargument till de rättigheter som rättsordningen garanterar enskilda medborgare, såsom till den personliga frihetens okränkbarhet. I detta ingår kravet på rättfärdighet. Ett syfteargument refererar i sin tur till befrämjandet av sådana samhällspolitiska syftemål som inte uppställts med tanke på den enskilda individen, som t.ex. upprätthållandet av trafiksäkerhet. Ingendera typen av argument har i och för sig i en sammanjämkning av värden och syften *prima facie* företräde. Sist och slutligen handlar det om vad som är rationell samhällspolitik. Skuldansvarets rationalitet bör avgöras genom en avvägning mellan värden och syften.¹⁸

Uppdelningen i kollektiva syften och individuella värden förefaller svara mot två centrala straffrättsliga indelningar. Dessa indelningar har man å ena sidan gjort ifråga om straffets allmänpreventiva och dess specialpreventiva verkan, och å andra sidan, ifråga om det normativa respektive det psykologiska skuldbegreppet.

Med den sociologiska skolan har man förknippat den positivistiska sociologin och den naturvetenskapliga kausaliteten. Dess medel i kampen mot brottsligheten var ett försök att *påverka individen* bl.a genom att vårda honom/henne. Straffet fastställs på basis av gärningsmannens egenskaper. Driven till sin spets innebär vårdsyftet att straffinstitutionen ersätts med ett socialhygieniskt reaktionssystem. Brottslig gärning och skuld förlora då all sin betydelse. Också en sådan person som man inte anser ha handlat oaktsamt på det sätt som vållandeansvar förutsätter, kan vara i behov av vård. Fastän man inte inom den sociologiska skolan önskade gå på här långt, kan man enligt min mening säga att den sociologiska skolans kriminal-

politiska program till sina centrala delar grundar sig på tanken att det straffrättsliga reaktionssystemet har kollektiva syften. Den sociologiska skolan förutsätter framför allt att straffet är ändamålsenligt.

Man kan anse att *allmänprevention* är det generella syftet framför allt på strafflagens nivå men inte på domsnivån. Den klassiska formuleringen av tanken på generalprevention är det psykologiska tvångets teori.¹⁹ Straffhoten verkar indirekt, medan de utdömda straffen har en omedelbart minskande effekt på brottsligheten. Teorin förutsätter att gärningsmannen åtminstone misstänker att han handlar på ett förbjudet sätt och att han i viss mån fungerar rationellt. Den ledande tanken i denna teori om moralbildning är att en brottsling inte bestraffas på grund av att han/hon handlar klandervärt, utan brottslingen stämplas som klandervärd genom straffet.²⁰

Ett beaktande av allmänpreventiva synpunkter står dock i sista hand i strid med kravet på möjligheten att handla annorlunda, åtminstone ifall vi primärt utgår från straffets avskräckande verkan. I princip skulle preventionen fungera effektivast ifall man skulle utnyttja alla de möjligheter att bestraffa som systemet erbjuder. Just preventionens betydelse har framhävts när man t.ex. i olika stater har tagit i bruk ett straffrättsligt ansvar för juridiska personer som byggs på strikt ansvar. Man kan motivera ett skuldansvar med allmänpreventiva skäl genom att hänvisa till behovet av att bevara systemets legitimitet. Detta är dock ett argument som är empiriskt och som därför förutsätter bevis. Också i detta fall är straffets primära funktion dess ändamålsenlighet. Det förefaller som om ett argument som betonar verksamhetens målbundenhet inte heller i detta fall är tillräckligt för att motivera att kravet på möjligheten att handla annorlunda skall upprätthållas.²¹

Stöd för kravet på möjligheten att handla annorlunda kan sökas genom att delvis inordna den rättsliga värderingsprocessen bland något som baseras på andra skäl än preventiva. Till villkoren för ansvar kan man foga ett *klandervärdhetsargument*. Man har ansett det vara karaktäristiskt för den normativa skolan att den har förkastat det psykologiska skuldbegreppet. Skulden fastställs inte som en inre relation mellan gärningsmannen och gärningen samt dess följder, utan den centrala skuldfaktorn utgörs av den klanderbedömning som domstolen gör och som går ut på att gärningsmannen har gjort något annat än vad han hade bort göra. Detta betyder samtidigt att värdeargumenten betonas. Då lagstiftaren försöker att i lagstiftningen realisera t.ex. sådana reformer som förbättrar rättsskyddet omvandlas de syften som uppställs till värdeargument som ger uttryck för rättfärdighet.

I det följande kommer jag att granska på vilket sätt den växelverkan mellan syften och värden som jag skisserat upp ovan framgår ur *Allan Serlachius* och *Brynolf Honkasalos* produktion. Serlachius insats på straffrättsdogmatiken kan anses vara största från slutet av 1800-talet till början av 1920-talet. Han kan betraktas som den forskare som introducerade den sociologiska skolans läror i den finska rättsveten-

skapen. Honkasalo åter verkade som straffrättsdogmatiker från 1930-talet ändå till slutet av 1960-talet. Honkasalo har i allmänhet klassificerats som den typiska finska representanten för den normativa skolan.

Med stöd av uppdelningen i olika skolar kan man anse att möjligheten att handla annorlunda för Serlachius borde förutsätta sådana självständiga skäl som är fristående från ändamålsbundenhetstänkandet. I Honkasalos fall borde det åter vara enklare att placera in möjligheten att handla annorlunda som en del av det normativa skuldbegreppet.

I verkligheten är saken dock inte så enkel. Vi kommer att märka att ett mycket tydligt klandervärdhetsmoment ingick i Serlachius skuldlära sådan som den presenterades i hans tidigare arbeten. Detta klandervärdhetsmoment påminde till sitt innehåll om den som omfattas av företrädarna för den klassiska skolan.²² Serlachius gav visserligen inte detta klandervärdhetsmoment en accentuerad juridisk form. Det normativa i Honkasalos skuldlära förefaller å andra sidan vara mindre än vad man kunde förvänta sig. Honkasalo övertog flera av de centrala begreppen i sin skuldlära helt oförändrade ur Serlachius senare produktion. I denna produktion hade Serlachius redan anammat den naturalistiska skuldläran.

Allt som allt skiljer sig Honkasalos och Serlachius uppfattningar om betydelsen av kravet på möjligheten att handla annorlunda inte särskilt märkbart från varandra. Skillnaderna finns ifråga om det sätt varpå klandervärdheten konstrueras och i dess materiella innehåll. I fortsättningen kommer jag att motivera mina påståenden genom att behandla Honkasalos och Serlachius produktion var för sig och med utgångspunkt i den uppdelning i nivåer och argument som jag har skisserat upp ovan.

Allan Serlachius

På det straffrättsliga systemets nivå beror straffets berättigande enligt Serlachius på den nytta som det erbjuder för skyddet av människornas rättsliga intressen.²³ Tanken på samhällsskydd var överhuvudtaget inte enligt Serlachius ett skäl som justificerade systemet. Fråga var helt enkelt om att det straffrättsliga systemet skulle garantera en viss grad av effektivitet genom att stöda de kriminaliseringar som fanns. Enligt Serlachius behöver det inte nödvändigtvis finnas något samband mellan rätt och moral. En lag som strider mot det allmänna rättsmedvetandet kan endast förlora något av sin effektivitet.²⁴

Serlachius uppfattning om strafflagens karaktär förändrades vid sekelskiftet. Ännu i sin doktorsavhandling (1897) ansåg Serlachius att normerna gav uttryck för den kollektiva viljan.²⁵ Denna tanke hade Serlachius anammat av den klassiska skolan. Inom denna hade det hävdats att strafflagen bara förstärker det som folket också annars anser vara rätt – och vad som enligt en idealistisk ståndpunkt också är rätt. Fyra år senare ansåg Serlachius däremot att det är människorna som bestäm-

mer om innehållet i straffrättsnormerna lika väl som i andra rättssatser och normernas giltighet är beroende av den mänskliga viljan. Lagens innehåll beror alltid på de människors intressen som har makten.²⁶ Staten har inte en sådan rätt att bestraffa som man inom den klassiska skolan hade hävdad att den har. Användningen av straff grundar sig på de maktförhållanden som råder i samhället och på praktiska skäl.²⁷

Hur skall man på skuldlärans nivå realisera de syften som samhällsskyddet ställer? Det uttryckliga och samtidigt enda ändamålet med straff är att i form av i lagen stipulerat lidande påverka den som bestraffas och hans/hennes omgivning.²⁸ De sätt varpå det straffrättsliga systemet fungerar är allmänprevention och specialprevention. Exaktare uttryckt realiseras specialpreventionen genom att straffet påverkar brottslingens karaktär. Sett ur specialpreventiv synpunkt är användningen av straff enligt Serlachius rationellt enbart ifall gärningsmannens psykologiska förhållande till gärningen är sådant »att detta kan anses utgöra ett tecken på sådana karaktärsegenskaper hos honom, vilka man kan förvänta bli påverkade av straffet«.²⁹

Skuldläran besvarar frågan om när detta är fallet. *Skulden* innebär för det första att gärningsmannen på ett bristfälligt sätt har uppfyllt förpliktelser som han har. Skuldbedömningens innehåll är att gärningsmannen har handlat »samhällsstridigt«, d.v.s. på ett annat sätt än vad han skulle ha kunnat och vad han borde.³⁰ »Kunnandet« syftar härvid på tillräknenbarheten. Tillräknenbarheten innebär att gärningen bevisar att också gärningsmannens sinne var samhällsstridigt.³¹ Serlachius hänvisar med det finska ordet »yhteiskunnanvastaisuus« både til gärning och gärningsman. Här översätts begreppet i det förra sammanhanget med det svenska ordet »samhällsstridighet« och i det senare sammanhanget med ordet »asocialitet«.

I detta begrepp ingick ej en klandervärdhetsbedömning enligt någon viss måttstock. Samhällsstridigheten är den egenskap hos gärningen som gör att den är kriminaliserad. Med gärningsmannens asocialitet avsåg Serlachius endast det att gärningsmannen utförde en normstridig handling medveten om de av dess egenskaper som gjort att den kriminaliserats. Begreppet förenade alltså gärningens normstridighet med den gärningsman vars viljebildning man försökte påverka genom det straffrättsliga systemet.³²

Uppsåt och vållande (culpa) är enligt Serlachius på samma sätt som hos andra anhängare av den sociologiska skolan färglösa begrepp.³³ Då Serlachius övervägde vilken verkan rättsvillfarelsen skall ha konstaterar han uttryckligen att uppsåt och vållande handlar om gärningens faktiska och inte dess rättsliga kvalitet.³⁴ Att en uppsåtlig gärning bestraffas strängare än en handling som förövats av oaktsamhet beror enbart därpå att den insikt hos gärningsmannen som uppsåtet inbegriper indikerar att gärningen exponerar ett större kontramotiv. Därför finns det ett större behov för att reagera mot uppsåtliga gärningar än mot oaktsamma.³⁵

Uppsåt och vållande är målbundna begrepp som refererar till systemets ändamål-

senlighet. Med dessa begrepp refererar man till fenomen i den verkliga världen, d.v.s. till behovet av åtgärder som har en specialpreventiv verkan.³⁶ På denna nivå kan skulduppfattningen ges beteckningen psykologisk, men något annat skulle den inte heller kunna vara. Det är nämligen en andra rangens fråga hur den rättsliga värderingsprocessen utförs.

Det som har sagts här ovan gäller dock enbart ifråga om straffets specialpreventiva verkan. Preventionen kan realiseras förutom genom att ett straff verkställs (varvid fråga är om dess specialpreventiva verkan) också genom lagens straffhot (varvid fråga är om allmänprevention).³⁷ Serlachius observerar i och för sig det problem som finns ifråga om förhållandet mellan allmänprevention och specialprevention. Han konstaterar nämligen att straffet samtidigt skall realisera bägge dessa funktioner.³⁸ Serlachius motiverar sin ståndpunkt i ett annat sammanhang. Han erkänner att den allmänpreventiva effekten kan minska om man håller fast vid kravet på att gärningsmannen skall vara tillräknelig. Serlachius konstaterar något tvetydigt att om man gör detta är det inte längre fråga om att bestraffa personen utan om att utsetta honom för en »våldsgärning«. Enligt Serlachius skulle detta vara både brutalt och på lång sikt ineffektivt med tanke på preventionen.³⁹

Skuldansvarets ratio är på nivån för strafflagen målbunden och det innehåller ej några värderingselement. Det förefaller vara problematiskt att motivera varför enbart ett straff som i specialpreventivt avseende fungerar effektivt kan fungera allmänpreventivt.⁴⁰ Man kunde motivera ett möjligt samband genom att målinriktat hänvisa till integrationsprevention och till det faktum att ett system som inte erkänner möjligheten att handla annorlunda som en ansvarsfrihetsgrund i själva verket förlorar sin godtagbarhet och sin legitimitet och därigenom sin effektivitet.⁴¹ Också detta påstående är dock ett påstående som är empiriskt, i behov av bevis.

Jag övergår nu till en annan och enligt min mening central extension i Serlachius skuldlära. Härvid framgår hur Serlachius tidigare produktion på ett viktigt sätt tar avstånd från den sociologiska skolans skuldlära. Ovan har jag konstaterat att skulden sammanfogar gärningen och gärningsmannens asocialitet på ett sätt som är rationellt bedömt utgående från specialpreventionen. Serlachius ger den psykologiska skulden också en annan innebörd. Tillräknelighet och tillräknelighet är enligt Serlachius allmänna förutsättningar för moraliskt eller rättsligt ansvar. Det förefaller m.a.o. som om Serlachius skulle förneka att det finns ett sådant straffrättsligt ansvar som inte i sig inbegriper kravet på tillräknelighet och tillräknelighet.⁴² Å ena sidan motiverar Serlachius de olika typerna av tillräknelighet med hänvisning till deras målbundenhet, men å andra sidan jämför han det straffrättsliga ansvaret med etiskt ansvar.

Skulden och den *klanderbedömning* som grundas därpå åtskiljs m.a.o. terminologiskt klart från varandra. Det fördömande som grundas på skulden är en värderingsprocess som utförs av domstolen. Synvinkeln byts radikalt. Medan de omstän-

digheter som man fäster uppmärksamhet vid under den senare bedömningsprocessen på strafflagens nivå grundas på straffrättsliga syften baserar sig skuldklandret på »rättsedliga postulat«. ⁴³ En dom som går ut på rättslig skuld innehåller förutom ett fastställande att en gärning som är icke-önskad har förövats också en bedömning som innebär fördömande och klander. Fördömandet innebär att gärningsmannen har saknat vilja att anpassa sig till samhället. ⁴⁴

Hur kan man förklara att synvinkeln byts? Serlachius behandlar denna fråga på fyra olika sätt. Den första framställningen ingår i hans doktorsavhandling (1897) och de övriga i verket »Straff och Skadestånd« (1901) samt i läroböckerna om straffrättens allmänna läror, i två upplagor utgivna år 1909 respektive 1919. Efter detta förefaller det som om Serlachius skulle ha hållit fast vid den uppfattning som han gett uttryck för 1919.

I sin doktorsavhandling anser Serlachius att skuldömdömet innebär att gärningsmannen har handlat på ett annat sätt än vad han borde ha gjort. I detta sammanhang behandlar Serlachius Liszt' och Löfflers uppfattning som avviker från hans egen därigenom att klandret inte ingår i skulden. ⁴⁵ Man kan säga att Serlachius i detta skede ställde sig nästan på gränsområdet mellan den klassiska och den sociologiska skolan.

År 1901 ansåg Serlachius att klandret grundar sig på en fiktion om att gärningsmannen kunde ha handlat annorlunda och därför på antagandet om viljans frihet. Senare anser Serlachius att orsaken ligger i de brister som i detta nu och också i framtiden föreligger ifråga om det mänskliga vetandet. ⁴⁶ Ännu år 1901 ansåg Serlachius att skälet för fiktionen om friheten var någonting helt annat och mycket mer grundläggande. Serlachius ger som en kanske något förvånande förklaring det som Kant hade formulerat som det rena förnuftets tredje antinomi, d.v.s. frihetens och kausalitetens varandra uteslutande relation. ⁴⁷ Serlachius hänvisar visserligen inte i detta fall till Kant och inte heller till någon annan författare.

Den ledande tanken är att människan samtidigt är en invånare i två världar. Å ena sidan kan beteende fullt ut förklaras genom naturliga kausalkedjor. Men å andra sidan måste man lika så fullt ut tänka sig att människan på moralens, sedlighetens och det rättsliga klandrets område har möjlighet att handla fritt.

På naturlagarnas nivå är allt som sker en effekt av föregående orsaker. Om detta inte skulle vara fallet, om m.a.o. människan skulle fungera villkorslöst, eller för att uttrycka det på ett annat sätt, helt i enlighet med sina olika impulser, skulle straffets allmän- och specialpreventiva verkan förbli mycket slumpmässig. Kausaliteten är den princip som konstituerar naturen. Detta grundläggande antagande, som har ett nära samband med forskningen inom positivistisk sociologi och kriminologi, är det fundament varpå Serlachius bygger sitt tänkande. För envar förändring finns det tillräckliga och nödvändiga kausalvillkor, vilket innebär att det som inträffade är det enda som överhuvudtaget kunde inträffa. Mänskliga gärningar utgör inte i det-

ta avseende något undantag. Man kan kognitivt förutse gärningar och då de bedöms utgående från den naturliga kausaliteten är de sådana att ingen kan ställas till ansvar för dem.⁴⁸

Medan vi inom kriminal- och rättspolitikerna kan operera med den faktiska världens kausallagar, förutsätter klandret och värderingen av beteendets rationalitet och godtagbarhet på nivån för det rättsliga beslutsfattandet (i världen för moraliskt tänkande) oundgängligen att vi utgår från att vårt handlande i visst avseende grundas på val eller möjlighet till val mellan olika alternativ. Hela vår existens grundas på denna antinomi.⁴⁹ För Serlachius är viljans frihet en oundgänglig beståndsdel i vårt tänkande.

Vad innebär detta för Serlachius uppfattning om skuldklandret? Serlachius ståndpunkt förändrades efter år 1901 klart i den riktning som den sociologiska skolan företrädde. I sin tidigare produktion fäste Serlachius uppmärksamhet vid att klanderbedömningen sammankopplar den begångna gärningens klandervärdighet med hur gärningsmannen värderas. Skuldklandrets centrala innehåll är att gärningsmannen skulle ha kunnat handla annorlunda.⁵⁰ Gärningsmannen har också enligt sin egen åsikt handlat i strid med sin plikt. I detta sammanhang kommer jag inte att granska detaljerna i Serlachius framställning. Det väsentliga är att bedömningsmomentet i normen aktualiseras bara i dess objekts vetskap.⁵¹ En sådan egenskap i viljebildningen som möjliggör en etisk klanderbedömning, utgör en allmän förutsättning för rättsligt ansvar. Psykologisk styrka att handla i enlighet med sitt eget beslut står inte i strid med kausaliteten. Enligt en granskning som grundas därpå innebär frihetsbedömningen bara att »du skulle ha kunnat handla annorlunda om du hade velat det. Och du skulle ha velat det om du hade varit annorlunda«. ⁵²

Men hur skall vi kunna klandra en gärningsman om vi samtidigt måste erkänna att han i verkligheten ej hade kunnat handla annorlunda? Serlachius anmärker att kravet på möjligheten att handla annorlunda kan ges ett meningsfullt innehåll enbart om vi ser det som ett generellt krav och inte som något som får sitt innehåll av en konkret situation. Först då vi bedömer allt enligt en generaliserande måttstock kan vi säga att händelseförloppet kunde ha varit annorlunda. I stället för att granska gärningsmannens karaktärsdrag som sådana – något som för övrigt är en omöjlighet – granskar vi de karaktärsdrag som anses vara relevanta för *genomsnittsmänniskan*.

Skuldklandret »du skulle ha kunnat handla annorlunda« innebär då följande: Du är en människa och människan skulle ha kunnat handla annorlunda. Inte du som ditt konkreta du, utan som människa.⁵³ Det relevanta draget hos genomsnittsmänniskan som läggs till grund för bedömningen av möjligheten att handla annorlunda kan enbart utgöras av viljebildningen. Ifråga om övriga karaktärsdrag, som t.ex. ifråga om själsgåvor, kan man enligt Serlachius inte anteciperera genomsnittlighet, eftersom dessa inte kan utgöra objekt för etiskt klander.⁵⁴

I sin senare produktion anser Serlachius att den betydelse som man skall tillskriva möjligheten att handla annorlunda är betydligt mindre. Redan år 1903 skrev Serlachius att frihetskategorin har en omedelbar betydelse i det straffrättsliga tänkandet endast i straffrättsteoretiskt och i metodiskt hänseende.⁵⁵ Någon direkt betydelse på juridikens nivå har detta således ej. Denna ändrade ståndpunkt kommer till synes i läroböckerna om straffrättens allmänna läror (1909 och 1919). I dem omfattade Serlachius ett skuldbegrepp som var ganska renlärt utformat i enlighet med Liszt. Detta framgår klart ur lärobokens andra upplaga, i vilken Serlachius helt hade reviderat avsnittet om viljans frihet. Serlachius hade redan tidigare konstaterat att i verkligheten är fiktionen om en fri vilja nyttig för att förebygga brott.⁵⁶

År 1919 säger Serlachius därtill något som är mycket väsentligt. Han anser nämligen att man inte kan – och inte behöver – göra någon skillnad mellan determinism och indeterminism. Brottsliga gärningar beror, liksom andra naturhändelser, dels på gärningsmannens karaktär, dels på impulser som kommer från den yttre världen. I de fall då brottet förefaller att i första hand ha eminerat ur gärningsmannens karaktär borde man förbättra honom genom straffet. I de fall åter då brottet kan förklaras av andra orsaker än gärningsmannens karaktär är det skäl att betona straffets motiv. Avsikten är härvid att få till stånd en allmänpreventiv effekt.⁵⁷ Flera problem an knyter till denna tanke. Det minsta av dessa är inte det att skillnaden mellan en vårdåtgärd och ett straff kan ligga enbart i de använda begreppen.

Serlachius nämner det klander som ingår i skuldskandret närmast bara i den framställning som gäller excess vid nödvärn och den som gäller nöd.⁵⁸ I sitt förslag till strafflag (1920) inkluderade Serlachius en specialbestämmelse för situationer då motiveringsmöjligheten är exceptionell.⁵⁹ I sin bedömning rekommenderar Serlachius en skälighetsprövning. I sista hand är det skäl att söka stöd i vår uppfattning om rättvisa. Straffets allmänpreventiva verkan förutsätter nämligen att straffet åtminstone såtillvida skall stå i konformitet med det allmänna rättsmedvetandet att det inte direkt kränker detta.⁶⁰

Ett värderingselement ingick i Serlachius strafflära i den form den hade i hans tidigare verk. Serlachius åtskilde tydligt – på samma sätt som den klassiska skuldläran och den sociologiska skolans skuldlära – gärningsmannens beslutsfattande och verksamhet som objekt för bedömning och den rättsliga klanderprocessen i sig. Något exakt innehåll gav Serlachius dock inte värderingselementet. I sina läroböcker om straffrättens allmänna läror försökte Serlachius tvärtom lösgöra klandervärdeheten så till den grad från sin skulduppfattning att det enda som återstod var ett ospecificerat fördömande som ingick i skuldskandret samt en skälighetsprövning som gällde vissa situationer då gärningsmannens motivation varit exceptionell. Efter år 1901 ingår kravet på möjligheten att handla annorlunda inte längre som en specificerad allmän förutsättning för ansvar.

Brynolf Honkasalo

Honkasalos skulduppfattning är mångtydig och mycket svår att tolka. Till en del beror detta på att Honkasalo förefaller att ha försökt förena den klassiska skolans, den sociologiska skolans samt den normativa skolans ledande tankar. Därtill kommer att Honkasalo ofta endast gav tolkningsrekommendationer för hur man skulle lösa skuldlärens problem i stället för att systematisera och strukturera skuldläran teoretiskt.

Honkasalos skulduppfattning påminner om Serlachius'. Samhället använder straff för att uppställa sådana motiv för brottslingens viljebildning som kommer samhället till godo. Det som rättfärdigar straff är samhällets rätt att försvara sig själv.⁶¹ På samma sätt som Serlachius anser Honkasalo att strafflagen är en kausalfaktor som påverkar människornas viljebildning genom allmän- och specialprevention. Enbart ett sådant straff varmed man kan påverka gärningsmannens och andra människors motivering kan realisera detta ändamål.⁶² Straffets huvudsakliga uppgift är att resocialisera den asociala viljan eller att åtminstone oskadliggöra den.⁶³ Liksom Serlachius förutsätter Honkasalo att straffet samtidigt skall ha både allmänpreventiva och specialpreventiva syften.⁶⁴ Detta krav motiverar Honkasalo dock ej.

Skuldbedömningens funktion ligger däri att man av den psykologiska relationen mellan gärning och gärningsman kan sluta sig till den viljans asocialitet som utgör gärningens grund.⁶⁵ Vad innebär denna asocialitet? Honkasalo definierar inte detta begrepp på ett allmänt plan på annat sätt än genom att konstatera att t.ex. insikten om att gärningen är oförenlig med det mänskliga samlivets krav indicerar en asocial sinnesart.

Det förefaller som om Honkasalo önskade ge dessa begrepp samma innebörd som Serlachius hade gjort. För detta talar också att Honkasalos enda referens på denna punkt är en hänvisning till Serlachius lärobok. Ovan konstaterade jag att Serlachius i detta fall med gärningsmannens asocialitet inte avsåg någonting annat än att gärningsmannen utfört en normstridig gärning fastän han på något sätt var medveten om dess natur.⁶⁶ Också Honkasalos framställning ger stöd för detta. I sin framställning om tillräknelighet konstaterar Honkasalo att asocialitet förekommer i form av socialt skadligt viljande, önskande eller godkännande.⁶⁷ *Skulden* är en realitet och inte i dess helhet ett värdeomdöme.⁶⁸

Honkasalo definierar också i första hand tillräknelighetens olika arter som den psykologiska relationen mellan gärning och gärningsman.⁶⁹ Asocialitet var alltså för Honkasalo en sådan viljebildning som på ett ur preventionssynpunkt sett förnuftigt sätt kan påverkas genom sanktioner. Det är inte ett begrepp som förutsätter en normativ måttstock, vilket däremot det normativa elementet gör enligt Honkasalos uppfattning.

I den normativa skulduppfattningen placerades möjligheten att handla annorlun-

da vanligen i ett *särskilt skuldmoment* och ett sådant ingår också i Honkasalos skuldbegrepp. Enligt Honkasalo är det inte alltid ens i de fall då kraven på tillräknelighet och tillräkenbarhet är uppfyllda möjligt att kräva att gärningsmannen handlar normenligt. Detta är fallet i sådana situationer då strafflagen förlorar den motiverande påverkan som den vanligen har. Honkasalo hänvisar i ett senare sammanhang till situationer då det inte enligt allmän livserfarenhet är berättigat att förvänta sig att en person handlar på ett sätt som är rättsenligt.⁷⁰

I princip skulle det normativa elementet förutsätta ett avgörande som överensstämmer med dess innehåll alltid då elementet kan tillämpas.⁷¹ Honkasalo anför som stöd för denna sin ståndpunkt dels »strafflagens anda« och dels »straffrättsens yttersta syftemål«. En mer specificerad grund är den att man kan tänka sig att en gärning begås under sådana exceptionellt trängande omständigheter att den inte ådagalägger något behov för att specialpreventiva åtgärder riktas mot gärningsmannen. Inte heller allmänpreventiva hänsyn förutsätter ett klanderomdöme. Ett klander kunde tvärtom minska systemets allmänna legitimitet. Därtill kommer att bara en gärning som visar att gärningsmannen har en asocial sinnesart förutsätter att den blir sonad.

Honkasalos hänvisning till soningsstraffet förstärker man om man beaktar hans moraluppfattning. I den installationsföreläsning som han höll år 1937 då han tillträdde professuren i straffrätt vid Helsingfors universitet ansåg Honkasalo nämligen att de tankemodeller som byggde dels på soningstanken, dels på prevention hade en gemensam beröringspunkt: preventionstanken realiseras inte om man inte beaktar det rättsmedvetande som folket besitter.⁷² Preventionsytftet är primärt och hänvisningen till soningen innebär förmodligen inte något annat än angivandet av en förutsättning för att preventionen lyckas.

Det normativa skuldelementet utgör ett självständigt skuldelement men det förekommer därtill som en beståndsdel i samband med bedömningen av rättsvillfarelse, nöd och excess vid nödvärn.⁷³ Då Honkasalo behandlar frågan om rättsvillfarelse ger han uttryckliga motiv för varför det normativa skuldelementet bör accepteras. Vad betyder då egentligen det normativa elementet? Ingår det i skulden någonting objektivt, något som finns utanför gärningsmannen och som är oberoende av honom? Ingår det i skuldbegreppet ett sådant element (de rådande omständigheterna) som är en omständighet oberoende av subjektet? Exakt uttryckt så ingår de yttre omständigheterna eller de rådande förhållandena inte enligt Honkasalo i skuldens normativa element. I detta ingår däremot ett sådant psykologiskt tillstånd som förorsakas av mer eller mindre trängande omständigheter och som förhindrar en normal motivation.

Också ett annat prolem sammanhänger med detta. I sitt skuldbegrepp placerar Honkasalo det normativa elementet jämsides med tillräkenbarheten och tillräkneligheten. Normativiteten blir ett separat element på brottets subjektiva sida. Honka-

salo hänvisar visserligen också till en allmän normativitet som ingår som en del i skuldomdömet.⁷⁴ Skuld och skuldklander åtskils ej. En konsekvent följd av detta är att samma skäl som stöder tillräknelbarheten stöder skuldelementet. Dess rationalitet hänför sig i första hand till preventionen.

Det normativa elementet är enligt Honkasalo ett rättsligt och inte ett moraliskt begrepp. Honkasalo anser inte att den rättsliga skulden förutsätter en sådan möjlighet att handla annorlunda som ingår i det etiska ansvaret. Tydligast framgår detta ur Honkasalos kritik av Serlachius. Han anser att Serlachius misstog sig då denne infogade frågan om viljans frihet som en del i skuldklandret.⁷⁵ I sin lärobok upprepar Honkasalo sin uppfattning om att ifall straffet justifieras med att det behövs för att skydda samhället mot brottslighet så har samhället rätt att skydda sig själv oberoende av om gärningsmannen hade kunnat handla annorlunda eller ej. Samhällets rätt grundar sig inte på viljans frihet, utan på i vilken grad straffet kan tjäna till att ge samhället skydd utan att i alltför stor utsträckning kränka andra mänskliga intressen.⁷⁶ Honkasalo specificerar dock inte vilka dessa intressen är.

Avslutning

Sammanfattningsvis kan man säga, att möjligheten att handla annorlunda får från Serlachius och Honkasalo en motivering av följande slag.

På *systemnivån* har Serlachius i sin tidigare produktion en klar motivering som påminner Kants tankegångar och som sammankopplar rättslig skuld med etisk skuld. Honkasalo ser förklaringar på denna nivå som överflödiga:

På *strafflagens nivå* härleder såväl Serlachius som också Honkasalo en förvånansvärd stark motivering till skuldprincipen ur special- och allmänpreventiva ändamål. I detta hänseende är ju Honkasalos uppfattning överraskande därför att han har ansetts vara en representant av den normativa skolan.

På *beslutsnivån* har också Serlachius en klar moment av gärningsmannens klanderfördighet som grund för den straffrättsliga skulden. Hos Honkasalo kan man förvänta ett sådant ställningstagande. Men intressant är det, att både Serlachius och Honkasalo motiverar skuldomdömet rationalitet genom hänvisning till förutom klanderbedömningen också till straffrättssystemets preventiva ändamål. En sådan motivering skulle man ha väntat att upptäcka bara i Serlachius naturalistiska skuldlära.

Jag har inte ens försökt att strukturera min egen uppfattning om de frågor som jag har framställt. Det skulle förutsätta en skild behandling.⁷⁷ Jag hoppas att åtminstone en sak har framgått klart. Preventiva skäl är inte tillräckliga för att motivera kravet på möjligheten att handla annorlunda som förutsättning för bestraffning. Inte ens den modell för etiskt ansvar som Serlachius skisserade upp i sin tidigare produktion och som i filosofin ofta tematiseras i formen »ought implies can« ger tillräckliga skäl. Också om straffbarheten skulle ge uttryck för klander, förutsätter klandret inte bestraffning.

Innehållet i kravet på möjligheten att handla annorlunda bestäms i en operation vari också andra skäl än de preventiva skälens vikt prövas. Mot varandra ställs reaktionssystemets relativa effektivitet för realiserandet av rationella samhälleliga syftemål samt de krav på rättvisa och humanitet som systemet ställer.

Jag avslutar min framställning genom att citera *H. L. A. Hart*, som enligt min mening har lyckats formulera problemets kärna. Han konstaterar att kravet på möjligheten att handla annorlunda kan leda till att preventionen minskar, men »...we must cease to regard the law as merely a causal factor in human behaviour ... for it is clear that we look on excusing conditions as something that protects the individual against the claims of the rest of society.«⁷⁸

Adresse: T.f. överassistent i straff- och processrätt

Ari-Matti Nuutila
Juridiska fakulteten
Åbo Universitet
Calonia 347
SF-20500 Åbo

NOTER

- 1 *Tolonen, Hannu*, Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Juhlajulkaisu Allan Hutun 1928-5/11-1988. Turku 1988, s. 177 och 192-193.
- 2 Se om avtalsmodeller *Pöyhönen, Juha*, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten soveltelu, Vammala 1988, s. 79-116.
- 3 Begreppet »möjlighet att handla annorlunda« kan knappast fungera tillfredsställande i systematiseringen och tolkningen av grunder som utesluter skuld. Därtill är begreppet alltför vagt och alltför lite särskiljande. Se också *Jareborg, Nils*, Handling och uppsåt, Stockholm 1969, s. 359, och *Lappi-Seppälä, Tapio*, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa, Vammala 1987, s. 283-284.
- 4 I *Lappi-Seppälä* 1987 (s. 124-144 jämte där nämnd litteratur), ingår en förtjänstfull framställning om justifieringsproblem.
- 5 Som exempel på analys grundad på en uppdelning på olika nivåer kan man nämna framställningen i *Ross, Alf*, Responsibility and Punishment, London 1975, särskilt s. 43-60, och i *Jareborg, Nils*, Straffets syfte och berättigande, TfR 1985, s. 1-17.
- 5a Jag har granskat detta ämne mera detaljerat i ett annat sammanhang. Se *Nuutila, Ari-Matti*, On the Principle of Guilt in Finnish Criminal Justice - Intentionality, Knowledge and Motivational Factors as Preconditions for Criminal Liability. Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law System (ed. by R. Lahti and K. Nuotio), Helsinki 1990, s. 110-121.
- 6 Om institutionellt stöd, se *Tolonen* 1988, s. 188.
- 7 Om begreppen justifikation och djupjustifikation, se t.ex. *Lappi-Seppälä* 1987, s. 127, och *Pöyhönen* 1988, s. 94-101. I denna framställning har jag medvetet låtit bli att ta ställning till skillnaden mellan justifikation och djupjustifikation.
- 8 Se särskilt *Jareborg* 1969, s. 355-385 och *densamme*, Brotten, Första häftet, Lund 1984, s. 40-45. Om analytisk formulering, se *von Wright, Georg Henrik*, Filosofisia tutkielmia, Juva 1985, s. 78-83.
- 9 *Lappi-Seppälä* 1987, s. 139.
- 10 *Lappi-Seppälä* 1987, s. 139. Se också *Ross* 1975, s. 160 och 171-173.
- 11 Se *Lahti, Raimo*, Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä, Vam-

- mala 1974, s. 287. Se också *Frände, Dan*, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs 1989, s. 179-180.
- 12 Som ett exempel på en begränsning på systemnivå kan nämnas Immanuel Kants förbud mot instrumentell användning, *Kant, Immanuel*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Leipzig 1933, s. 51-54. Det är dock skäl att notera att också förklaringar av detta slag kan, då de placeras in på strafflagens nivå, återföras till frågan om statens uppgifter och funktion. Hos Kant t.ex. grundar sig det att en gärning förtjänar straff i sista hand på samhällets allmänna rättfärdighet. Att argumenten placeras på skilda nivåer följer inte av deras substans utan av deras systematiska placering.
 - 13 *Weber, Max*, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1972, s. 12.
 - 14 Se *Dworkin, Ronald*, Taking Rights Seriously, London 1977, s. 22.
 - 15 Dworkin konstaterar själv att skillnaden kan försvinna på detta sätt. *Dworkin* 1977, s. 22-23.
 - 16 Tolonen anmärker att situationen är en annan ifall vi talar om fenomen på skilda nivåer. Samhälleliga syftemål som iklätts formen av normer får i domstolarnas verksamhet den generaliserbarhet som är utmärkande för handlingsregler. Syftemålen kan förändras till principer. *Tolonen, Hannu*, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, moraalien ja politiikan suhteesta. Oikeustiede-Jurisprudentia XXII 1989, s. 362-265. Artikeln skall publiceras på engelska i Scandinavian Studies in Law i närmaste framtiden.
 - 17 *Dworkin* 1977, s. 90.
 - 18 Den uppdelning som jag har omfattat här svarar mot den uppdelning som Raimo Lahti har gjort av de principer inom rättsdogmatiken som besitter ett inre samband, i rättfärdighets-, nytto- och humanitetskrav. I detta sammanhang behandlas inte humanitetskravet. Se *Lahti, Raimo*, Pohjoismaiden rikinaalipolitiikan ajankohtaisia kehityssuuntia, Jurisprudentia Turkuensis. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961-1986, Helsinki 1986, s. 237-243. Se också *Lahti, Raimo*, On Finnish and Scandinavian Criminal Policy. Cahiers de Defence Sociale 1989, s. 69-71.
Till en operation där olika intressen vägs mot varandra hänvisas t.ex. i Strafflagsprojektets förslag till bestraffning av juridiska personer. Se *Oikeushenkilön rangaistusvastuu*. Rikoslakiprojektin ehdotus. OM:n lainvalmisteluosaston julkaisu 13/1987, s. 6. Där konstateras att skuldprincipens innehåll skall fastställas på det sätt som det samhälleliga utvecklingsbehovet förutsätter.
 - 19 Se *Feuerbach, Anselm Ritter von*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 12. Originalausgabe 1836, s. 23-29.
 - 20 Se *Jareborg* 1969, s. 364.
 - 21 Uppfattningen att ett straff är ineffektivt ur allmänpreventiv synpunkt om gärningen inte visar att gärningsmannen haft skuld härstammar ursprungligen från Bentham. *Bentham, Jeremy*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1789), London 1982, s. 160-162 (kapitel XIII § iii). Denna uppfattning har kritiserats med rätt av Hart och Jareborg. Se *Hart, H. L. A.*, Punishment and Responsibility, OUP 1968, s. 40-50 och *Jareborg* 1969, s. 366-368. Osäkerhet råder därtill om de olika sätt varpå en allmänpreventiv effekt kan uppstå. Se därom *Frände* 1989, s. 131-143.
 - 22 Serlachius själv vägrade hänföra sig vare sig till den klassiska eller till den sociologiska skolan. *Serlachius, Allan*, »Uudet taivaanrannat« rikosoikeudessa, Lakimies 1911, s. 139.
 - 23 *Serlachius, Allan*, Suomen rikosoikeuden oppikirja. I osa. Yleiset opit, Helsinki 1909, s. 24-25. Se också *Serlachius, Allan*, Sananen nuorsaksalaisesta kriminalistikoulusta, Lakimies 1903, s. 77.
 - 24 Se t.ex. *Serlachius, Allan*, Lainopin alkeet, Porvoo 1910, s. 16-17 och *densamme*, Lainsäätäjän valta, Lakimies 1921, s. 5-7.
 - 25 *Serlachius, Allan*, Bristande lagkunskap och dess inverkan på straffbarheten, Helsingfors 1897, s. 17.
 - 26 *Serlachius, Allan*, Straff och Skadestånd, Helsingfors 1901, s. 9-13. Se också *Serlachius* 1909, s. 25-26.
 - 27 *Serlachius* 1909, s. 75.
 - 28 *Serlachius* 1909, s. 22 och 24.

- 29 *Serlachius* 1909, s. 128.
- 30 *Serlachius* talar om »skuld i sakligt hänseende«. *Serlachius* 1909, s. 113. I sin tidigare produktion talar *Serlachius* om samma sak med en något annan betoning som pliktstridig verksamhet. »Skuld yttrar sig som pliktvidrigt handlande, d.v.s. i ett handlings sätt, som innebär en bristande underkastelse af individen under de honom besjälade rättsidéerna, rättsnormerna.« *Serlachius, Allan*, Orsak och verkan i straffrätten med speciell hänsyn till begreppet skuld, JFT 1898, s. 1.
- 31 *Serlachius, Allan*, Suomen rikosoikeuden oppikirja. Ensimmäinen osa. Yleiset opit, 2. painos, Helsinki 1919, s. 68. Se också *Serlachius* 1909, s. 24-25 och *Serlachius* 1919, s. 19-20.
- 32 Samhällsstridighet ger enligt min mening en felaktig uppfattning om begreppets innehåll. Med beaktande av *Serlachius* lagbegrepp borde han enligt min mening ha talat t.ex. om gärningens och gärningsmannens intressestridighet. *Serlachius* 1909, s. 24-25 och *Serlachius* 1919, s. 19-20.
- 33 *Serlachius* 1909, s. 142 och *Serlachius* 1919, s. 136. *Serlachius* anser att en gärning är i sedligt avseende helt färglös. Den varken godkänns eller förkastas. »Uppsåt och vållande anger med andra ord inte gärningens inriktning – mot något gott eller ont – utan den kraft, varmed gärningen går i den ena eller den andra riktningen«. *Serlachius* 1909, s. 142-143.
- 34 *Serlachius* 1909, s. 148.
- 35 *Serlachius* 1909, s. 142-144.
- 36 T.ex. Hiltunen har kritiserat *Serlachius* för att denne inte erkänner att vållandet har en normativ karaktär. *Hiltunen, Paavo*, Syllisyyskäsite rikoksen uusimisessa, Vammala 1951, s. 177. Hiltunens kritik förfelar enligt min mening sitt mål. I detta sammanhang behandlar *Serlachius* inte hur gärningar begångna av oaktsamhet skall bedömas. Det värderande elementet som ingår i skuld behandlas i samband med skuldömdömet. Se också opponentens utlåtande, *Salmiala, Bruno*, Lakimies 1952, s. 252.
- 37 *Serlachius* 1909, s. 27-28.
- 38 *Serlachius* 1909, s. 29.
- 39 *Serlachius* 1901, s. 69-70.
- 40 Se också *Klami, Hannu Tapani*, Oikeustaistelijat, Porvoo 1977, s. 104.
- 41 Denna term härstammar från Roxin. Se *Roxin, Claus*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht. Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, s. 306. Detta tema återkommer i Roxins senare produktion.
- 42 Fråga är i detta fall om »skuld i formell bemärkelse«, vilket innebär att det som förutsätts för att man med stöd av gärningens natur skall kunna sluta sig till hurudan gärningsmannen är existerar. *Serlachius* refererar inte till behovet av specialpreventiva åtgärder, utan han utgår helt enkelt från att en gärningsman kan klandras enbart ifall kraven på tillräknelighet och tillräknenbarhet uppfylls. *Serlachius* 1909, s. 113.
- 43 *Serlachius* 1909, s. 113. Se också *Serlachius* 1919, s. 105.
- 44 *Serlachius* 1909, s. 113. Se också *Serlachius* 1919, s. 109.
- 45 *Serlachius* 1897, särskilt s. 44-47.
- 46 *Serlachius* 1909, s. 114. Se också *Serlachius* 1919, s. 105.
- 47 I och för sig var detta tema föremål för de forskares intresse som vid denna tid intresserade sig för Kant. Beträffande Kants ursprungliga formulering, se *Kant* 1933, s. 74-77.
- 48 Av denna orsak var det nödvändigt att rikta de åtgärder varmed man avsåg att minska brottsligheten i första hand mot orsakerna till brott, och inte mot de människor som hade handlat under en sådan påverkan av orsakerna som var en nödvändig kausal följd av dem. *Serlachius* 1909, s. 115.
- 49 *Serlachius* använder verkligen begreppet »antinomi« också i den andra upplagan av sin lärobok. *Serlachius* 1909, s. 116, samt *Serlachius* 1919, s. 109. Se också *Serlachius* 1897, s. 9-11.
- 50 *Serlachius* anser att det är helt problemfritt att anse, att en gärning är förkastlig och icke-önskvärd med stöd av dess egenskaper. Detta betyder däremot inte att vi automatiskt fördömer gärningsmannen. *Serlachius* 1901, särskilt s. 18-19.

- 51 Serlachius ståndpunkt ifråga om bedömning av rättsvillfarelsen förklaras till en del av att han omfattade Bindings normteori. Serlachius förutsatte att både vilja och kunskap om normerna var en förutsättning för att en gärning skulle utvisa skuld. *Serlachius 1897*, s. 10-38 och 40-44. Denna uppfattning bibehöll Serlachius i hela sin produktion.
- 52 *Serlachius 1901*, s. 27-28.
- 53 *Serlachius 1901*, s. 36-38. Se också *Serlachius, Allan, Päiväsakkojärjestelmä, Lakimies 1921*, s. 204.
- 54 Något etiskt fördömande ingår inte i det rättsliga klanderomdömet. Serlachius talar därför endast om att det är fel att döma en person som inte frivilligt har brutit mot lagen. Serlachius förutsätter ej att lagen har etisk godtagbarhet. *Serlachius 1901*, s. 39-40. Detta tema återkommer också t.ex. hos Hart. Se *Hart, 1968*, s. 37-40.
- 55 Se *Serlachius 1903*, s. 75-76. Se också *Serlachius, Allan, Hajanaisia mietettä Norjan uuden rikoslain johdosta. Lakimies 1903 (Serlachius 1903a)*, s. 190-191.
- 56 *Serlachius 1909*, s. 115-116, och *Serlachius 1919*, s. 106-107. Till detta ansluter sig också Serlachius uppfattning om att det inte finns någon »himmelsvid« skilnad mellan den klassiska och den sociologiska skolan. *Serlachius 1911*, s. 141. Denna uppfattning kom sig av Serlachius moraluppfattning. Vad som är etiskt rätt och fel förändras samtidigt med att uppfattningen om vad som är nyttigt och onyttigt förändras. *Serlachius 1903*, s. 78. I en straffrättskipning som grundas på den klassiska skolans läror är på viljefrihetens dogm grundade soningsstraffet i verkligheten vanligen sådant, att man bedömer att det också ur allmän- och specialpreventiv synpunkt sett är tillräckligt för att förebygga framtida brott. *Serlachius 1903a*, s. 190-191.
- 57 *Serlachius 1919*, s. 211-213. Serlachius refererar till recidivister och konstaterar att dessa bestraffas strängare just därför att brottet i första hand utgår ur gärningsmannens karaktär, som sedan tillrättavisas genom straff.
- 58 Ifråga om excess vid nödvärn hänvisar Serlachius till »försvararens svåra situation och till att nöden inte har någon lag«. *Serlachius 1909*, s. 110. I sin behandling av nöd hänvisar Serlachius till yttre förhållanden. Ett skolexempel som han använder är miljonärens hund som angriper backstugusittarens enda get. Den bedömningsgrund som Serlachius anför i detta fall är, att också en liten skada drabbar den fattiga hårt. Serlachius motiverar att backstugusittarens gärning mot hunden i detta fall är förlätlig genom att hänvisa till »det mänskliga i denna handling och till möjligheten att förstå handlingen«, *Serlachius 1909*, s. 96-98.
- 59 Den föreslagna bestämmelsen i SL 6:9 skulle ha kunna tillämpats på en gärning som är begången under sådana ovanliga förhållanden, att det straff som lagen stadgar för gärningen förefaller vara oskäligt strängt. Som motivering för denna bestämmelse anför Serlachius att det »i det levande livet finns situationer, i vilka det inte är möjligt att mäta en gärning med sådana mått som lämpar sig för det alldagliga livet«. Bestämmelsen skulle ha varit tillämplig för gärningar begångna under mycket exceptionella förhållanden. *Serlachius, Allan, Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. Yleinen osa, Helsinki 1920*, s. 9 och 25.
- 60 *Serlachius 1909*, s. 35-36 och s. 98.
- 61 *Honkasalo, Brynolf, Allan Serlachius-Särkilahti. Muistosanoja, Lakimies 1951*, s. 384-385.
- 62 *Honkasalo, Brynolf, Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa, 2. painos, Helsinki 1965*, s. 29-30.
- 63 *Honkasalo, Brynolf, Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa, 2. painos, Helsinki 1967*, s. 21.
- 64 *Honkasalo, Brynolf, Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa, Defensor Legis 1943*, s. 159-160. Se också *Honkasalo, Brynolf, Nulla poena sine lege, Helsingfors 1937*, s. 41.
- 65 *Honkasalo 1967*, s. 11 och 13.
- 66 Se framställningen ovan vid fotnot 32.
- 67 *Honkasalo 1967*, s. 85.
- 68 *Honkasalo 1967*, s. 11. Se också *Honkasalo 1951*, s. 384-385. Honkasalo konstaterar att den straffrättsliga skulden enbart förutsätter att gärningsmannen har en sådan relation

- till sin gärning, som tillräkneligheten förutsätter, m.a.o. att han har insett effekten av sin viljehandling eller att han åtminstone skulle ha kunnat inse den.
- 69 *Honkasalo* 1967, s. 75-80. Uppsåtets enda normativa element är insikten om gärningens rättsstridighet. Se *Honkasalo* 1967, s. 109-111. Vållandets (oaktsamhetens) objektivitet betonas av Honkasalo särskilt. I det sammanhanget talar han om en viljebildning som är samhällsetiskt normal och om ett normalt beaktande av samlivets krav. *Honkasalo* 1967, s. 79-80 och s. 120-124. Utriainen anser att Honkasalo genom dessa definitioner av tillräknelighet följde de tyska traditionalisterna. *Utriainen, Terttu, Syllisyys muuttuvana käsitteenä*, Vammala 1984, s. 166-167.
- 70 *Honkasalo* 1967, s. 13-16. Den beteendenivå som ingår i klanderbarheten definierar Honkasalo inte närmare. Detta tema skulle ge stoff till en särskild granskning. Jag nöjer mig med att hänvisa till Utriainen. Se *Utriainen* 1984, s. 148-151.
- 71 Honkasalo medger att normens användbarhet för att lösa problem är låg och att skuldansvaret med stöd av den utesluts bara i ett fåtal fall. Det förefaller som om Honkasalo med detta menar, att det normativa elementet i ett idealiskt straffsystem skulle begränsa skuldlandret, ifall ett utdömande av straff inte skulle stå i överensstämmelse med straffrättens allmänna syftsmål. I ett existerande samhälle är normens relativa effektivitet i social praxis ännu så låg, att den inte kan anses vara giltig. I enlighet med nuvarande terminologi kunde man säga, att det normativa elementet fyller normens godtagbarhetsfunktion men inte effektivitets- och giltighetsfunktionerna. Också Lahti förutsätter att normerna har en relativ effektivitet. Se *Lahti* 1974, s. 287 och *Hiltunen* 1951, s. 191.
- 72 Straffrättsliga reformer kan enligt Honkasalo leda till gynnsamma resultat enbart under förutsättning av att de kan tillfredsställa det rättsliga tänkandet hos folket. Också det motsatta gäller: Den uppfattning som folket har om vilket straff som är riktigt för en gärning är ingalunda oberoende av nyttoaspekter. Å andra sidan konstaterar Honkasalo, att den uppfattning om vad som är rätt som folket hyser inte är ett resultat av rationellt tänkande, utan den är bara en intuitiv uppfattning. Också i detta fall ser man hur en motivering av skuldprincipen som enbart grundas på prevention leder till suspekta, på intuition grundade, moraliskt färgade omdömen. Se *Honkasalo, Brynolf, Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin*, Defensor Legis 1937, särskilt s. 48-57. En del av denna framställning ingår också i *Honkasalo* 1965, s. 30-33.
- 73 *Honkasalo* 1965, s. 163-164 och s. 175. *Honkasalo* 1967, s. 106-111. Honkasalo anser att bestämmelsen om excess vid nödvärn är den enda som ger uttryck för ett normativt element.
- 74 *Honkasalo* 1967, s. 17.
- 75 *Honkasalo* 1950, s. 384.
- 76 *Honkasalo* 1967, s. 20.
- 77 Jag hänvisar till sådana nya framställningar som skrivits av t.ex. Hans-Heinrich Jescheck, Winfried Hassemer, Claus Roxin, Eduard Dreher, Nils Jareborg, Günther Jacobs, Alf Ross och H. L. A. Hart.
- 78 *Hart* 1968, s. 44.