

STRAFFRÄTTSTEORIN OCH LAGSTIFTAREN¹

AV KIMMO NUOTIO

I rubriken har jag tagit upp två begrepp straffrättsteorin och lagstiftaren, och min avsikt är att diskutera deras inbördes relation. Det är möjligt att jag tar upp något mer abstrakta frågor än vad som kunde förväntas i detta sammanhang. Jag anser emellertid att en granskning av denna relation är en grundförutsättning för att man överhuvudtaget skall kunna ta ställning till mera konkreta frågor beträffande hur olika enskilda frågor skall/kunde regleras och kodifieras i strafflag.

Det är relativt klart vad man avser med lagstiftare och lagstiftning, trots att lagstiftningsarbetet i vid bemärkelse också innefattar många sådana fenomen, som även rent teoretiskt sett har många intressanta särdrag.

Detta gäller också den förberedande lagstiftningsverksamheten. På straffrättens område har denna i Finland haft vissa särdrag. T.ex. organisatoriskt sett har det skapats en särskild projektorganisation vid justitieministeriet för att förbereda en fullständig straffrättsreform. Detta har möjliggjort ett starkt deltagande av utomstående sakkunniga i projektet och garanterat, att såväl sociologisk-kriminologiska som straffrättsjuridiska teoretiska kunskaper har kunnat bli utnyttjade i reformarbetet. För att delta i projektarbetet har också några straffrättsexperter rekryterats till justitieministeriet.

Det är inte mödan värt att här gå in på detaljer i det finska exemplet. Men det är ändå viktigt att notera det, eftersom det teoretiska inflytandet på straffrättsreformen här har kunnat ske direkt, genom valet av deltagande personer och utan större offentlig debatt. Detta torde inte vara en helt typisk situation, om man jämför med motsvarande reformprojekt i andra länder. Vad som varit särskilt speciellt för det finska projektet är det stora antalet sakkunniga som har kunnat vara med.

Den andra delen i begreppsparat är mycket svårare att beskriva och mångtydiga i sin innebörd. Vad avser man i straffrätten med teori? Finns det överhuvudtaget något sådant?

Jag tror att man kan granska denna fråga ur åtskilliga perspektiv och synvinklar. Det är säkert sant att ordets mening är beroende av andra ords meningar, och att valet av dessa reflexionsbegrepp delvis bestämmer resultatet. Om man t.ex. ser hela den rättsvetenskapliga verksamheten som teoretisk i motsats till den praktiska lagtillämpning som domstolarna svarar för, är det säkert att vi har ganska mycket teori i vår straffrättsliga litteratur, och denna får därigenom helt karaktär av teori. Denna uppfattning framträder t.ex. i en artikelsamling av den tyska straffrättsjuristen von Buri med namnet "Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche" från år 1894.

En sådan uppfattning är föga tillfredställande. Om allt är teori är det mycket svårt att närmare formulera vad som menas därmed, och man får det intrycket att det närmast är fråga om någon slags självlegitimation av den rättsdogmatiska verksamheten.²

En grund för att framföra några tankar omkring detta tema är bl.a. en bok som jag redigerade tillsammans med Raimo Lahti 1992. Innehållet i denna bok var bidrag som diskuterade en första version av de finska förslagen till en kodifiering av vissa delar av de så kallade allmänna lärorna i straffrätten.

Boken har titeln "*Criminal Law Theory in Transition*". Jag har haft svårigheter att förstå vad som egentligen menas med denna titel. Vad är det som beskrivs? Det tycks alltså (enligt titeln) finnas något sådant som en straffrättsteori, eftersom det annars inte kunde finnas en straffrättsteori som just nu är på väg att förändras. Eller mer precist: för att något skall kunna förändras, måste det finnas någonting som existerar. Redan här har jag svårt att följa med. Men härtill kommer att teorin inte utvecklas, utan bara förändras. Det ser ut som om perspektivet vore teoriinternt, teorin skildrar sina förändringar för sig själv. Är det fråga om någon slags autopoiesis i Teubners mening?

Det är möjligt att jag nu söker mig helt i fel riktning. Centrala delar av materialet i boken är ändå rätt direkt anknutna till lagreformförslag. Man diskuterar lagreformförslag, men det som förändrar sig är inte enbart lagen utan även teorin. En möjlighet vore att säga att det teoretiska betraktelsesättet i detta sammanhang har varit kritiskt, dvs. teoretikerna har kritiserat lagstiftarens teori och gjort förslag för att förbättra den. Det kunde alltså vara möjligt att det inte är själva straffrättsteorin som förändrats genom denna diskurs, utan det som man har gjort är bara att försöka förbättra reformförslagen genom teoretisk kritik och diskussion.

Vi har ännu inte kommit närmare en förståelse av vad som i detta sammanhang menas med straffrättsteori eller teori överhuvudtaget. Varför behövs teorin, vad är dess värde? Jag tror att det kan vara nyttigt att utvidga perspektivet en aning och söka efter sådana idéer som kan hittas i straffrättsforskningens historia. Om man inte vill börja med Feuerbach och den tyska straffrättsforskningen i upplysningens anda kan man i stället välja Jerome Halls grundläggande arbeten i USA, främst boken *General Principles of Criminal Law*, första upplagan 1947, andra 1960. Inte bara formen är intressant, d.v.s. det att Hall ger en allmän teori över straffrätten, utan också det att teorin formuleras för att höja den vetenskapliga nivån på den juridiska litteraturen, för att systematisera straffrätten på ett sätt som låter straffrättssystemet betraktas som kunskapsobjekt, ett deskriptivt system.

Hall strävar till en deskriptiv teori om straffrätten. Han är en tämligen klar positivist, som vill placera värderingar och normativitet så klart som möjligt utanför systemet. Men ändå betonar han att straffrätten skall ge uttryck för etiska principer. En så-

dan deskriptiv teori om straffrätten skulle bestå enbart av propositioner med empiriskt-normativt innehåll. Rättspolitiska diskussioner hör inte till systemet; rättens politik är en juridisk sak och den kan utläsas ur systemets rättsprinciper, t.ex. mens rea principen. Hall ville också förverkliga ett filosofiskt eller sociologiskt program. Hans teori om den mänskliga handlingen var starkt finalistisk eller antropologisk: mänskligt handlande är medvetet och målinriktat.

Halls allmänna teori om straffrätten innehåller tre slags element: regler, doktriner och principer. Regler behövs för beskrivningen av den särskilda delen av straffrätten. De allmänna lärorna däremot rör sig på nivån för doktriner och principer. Doktriner är mera allmänna än regler men mindre allmänna än principer. Hall tänker sig att straffrättens principer är de mest generella av alla generaliseringar; en av dem är mens rea-principen. *"The combined meaning of the principles can be stated in a single generalization: the harm forbidden in a penal law must be imputed to any normal adult who voluntarily commits it with criminal intent, and such a person must be subjected to the legally prescribed punishment."* Den centrala uppgiften för straffrättsteorin är att klarlägga denna generalisering.³ Det är också viktigt att lägga märke till att i Halls teori står rättsprinciperna på sätt och vis utanför straffrätten. Principer behövs inte för att innehållsmässigt beskriva straffrätten, utan de har en mera axiomatisk karaktär. Å andra sidan kämpar Hall kraftigt för att skydda teorins möjligheter: teorin om den positiva rätten är ju möjlig bara om den positiva rätten motsvarar de grundläggande principerna.

Hall kritiserade starkt förslag att kriminalisera negligence, beteendeformer där gärningsmannen inte var medveten om sitt risktagande. Mera spännande än denna tidsbundna historiska diskussion är hans påstående, att *"the inclusion of negligence bars the discovery of a scientific theory of penal law, i.e., a system of propositions interrelating variables that have a realistic foundation in fact and values."*⁴ Hall ville alltså inte ge policy-avvägningar samma status som de egentliga rättsprinciperna.

En allmän teori om straffrätten i Halls mening är problematisk och kan ifrågasättas på åtskilliga punkter. Den ser t.ex. inte ut att vara särskilt deskriptiv, och därtill syns han utesluta det mest intressanta materialet ur systemet, nämligen rättsprinciperna. Vad han ändå gjorde var att han gav en systematisk och analytisk bild av de straffrättsliga normernas struktur och innehåll.

Man kan nog påstå att t.ex. den verksamhet som American Law Institute bedrev på 1950-talet och som ledde till att Model Penal Code accepterades 1962, inte kunde ha varit möjlig utan det systematiseringsarbete som Hall hade gjort. Vad som karakteriserar MPC är en mycket systematiskt och teoretiskt noggrann reglering av de allmänna ansvarsförutsättningarna, t.o.m. mycket noggrannare än t.ex. motsvarande reglering i den tyska strafflagen. I MPC ville man alltså gå mycket långt i teorins riktning. Detta berodde till en del på att man var enig om att den tra-

ditionella common law-stilen då det gällde dessa frågor var föråldrad. Det var uppenbart att det fanns mycket att vinna genom ett teoretiskt arbete. I England har däremot common law traditionen ända till våra dagar varit starkare, och också det senaste försöket att kodifiera de allmänna lärorna misslyckades.

Att tala om teorier i den betydelse som Hall gav ordet är inte den enda möjligheten. Teori är ett grundbegrepp i vetenskapsfilosofin och också i rättsteorin har man sysslat med teorier. Särskilt i vetenskapsfilosofiska diskussioner kring naturvetenskapens metodologi är begreppet teori grundläggande, och hänger samman med en strävan att förklara och förstå händelser. Utan teorier skulle man överhuvudtaget inte kunna tala om sanningen i vetenskaplig betydelse. Man kan tänka sig att själva ordet teori redan i den meningen hänger samman med en realistisk världsåskådning; det finns någonting som man kan veta: förklara, förstå, manipulera. Teorin är sann eller falsk, andra möjligheter finns inte.

Men om man inte delar åsikten att också den juridiska forskningen måste fylla naturvetenskapliga standarder och använda samma metodologi, måste man söka efter en speciell juridisk användning av begreppet teori.

I den rättsteoretiska diskussionen har tanken om teorins roll i rättsdogmatiken varit direkt anknuten till diskussionen om rättsprincipernas status. Om man inte utgår från att den naturliga användningen av språket räcker till för att lösa juridiska tillämpningsfrågor, är man tvungen att teoretisera. Alternativet är in casu-avgöranden. Detta kan emellertid inte accepteras eftersom det skulle bryta mot de grundläggande rättsprinciperna.

Pöyhönen har analyserat juridiska teorier och funnit fem kategorier av element i dem; en viktig kategori är just rättsprinciperna.⁵ Man kan enligt honom granska de juridiska teorierna i två kontexter. I en funktionell kontext är deras uppgift att producera lösningar i juridiska frågor; i en strukturell kontext kan man analysera teoriernas struktur och element. Halls teori betonar den strukturella analysens betydelse.⁶

Å andra sidan är det svårt att förstå hur t.ex. en doktrin bildas och vad dess förhållande till rättsprinciperna egentligen är. Och hur kan en sådan teoristruktur uppfylla den funktionalistiska uppgiften?

Också om man inte vill gå djupare in i begreppsliga analyser måste man säga någonting om rättsprincipernas roll i detta sammanhang. Det förefaller nämligen vara så att det är rättsprinciperna som till stor del ger dogmatiken dess normativa innehåll. Kaarlo Tuori har formulerat skillnaden mellan grundbegrepp, begrepps-systemet och rättsprinciper på följande sätt: "... a conceptual system attempts to distill the basic structure of the field of law, while the general legal principles establish its central, morally shaded normative contents."⁷

Om man accepterar denna utgångspunkt blir det klart att vad än man avser med

straffrättsliga teorier, måste de bibehålla en kontakt med de allmänna rättsprinciperna och "förmedla" deras normativa innehåll till doktrinen. Detta skall jag konkretisera en aning. Om man nu har t.ex. olika teorier om vad som avses med uppsåt eller oaktsamhet i straffrätten, så kan man säga att lagstiftaren, om man vill "kodifiera" (eller: "stipulera" om) sådana frågor överhuvudtaget, först måste hitta de möjliga teorierna. Först därefter kommer frågan om kriterierna för ett val mellan olika teorier. Hur hittar man den bästa teorin, den som man sedan skriver in i lagtexten? Härvid måste man diskutera t.ex. de olika teoriernas förhållande till olika grundläggande principer och målsättningar.

Det finns olika svar redan på frågan om hur långt det i själva lagstiftningen lönar sig att gå i den riktning som teorin anger. Traditionellt har man i Finland varit ganska försiktig då det gäller behandlingen av teoretiska frågor i strafflagen. T.ex. den till största delen ännu gällande allmänna delen av strafflagen, som redan nu har varit i kraft mer än ett hundra år, ger uttryck för denna attityd. Då strafflagen stiftades ville man vänta på att den rättsdogmatiska forskningen först skulle utvecklas. Man trodde också att utvecklingen skulle leda till en större enighet bland straffrättsforskarna om de teoretiska frågorna.

Lappi-Seppälä har betonat att det nu finns flera viktiga principiella grunder för att gå längre än vad man gjorde för ett hundra år sedan, trots att alla de dogmatiska frågor som då var svårlösta ännu inte har fått en slutgiltig lösning. Problemet kvarstår alltså: men hur lång tid kan man vänta?⁸

Om man nu vill vara aktivare i detta avseendet, blir det en central fråga att bestämma sig för vilka valkriterier som skall användas i sådana fall som ännu är delvis oavklarade. Jag vill här bara ge några allmänna kommentarer till detta. Perspektivet är specifikt finskt.

En grund för att inte reformera teorier genom lagstiftning är att man kan anse att teorikritiken är en angelägenhet för rättsvetenskapen och domstolspraktiken. En av rättsvetenskapens uppgifter är just att föra diskussion om dessa frågor och naturligtvis också att ständigt pröva hållbarheten av de teorier som används i domstolspraktiken - i de fall och i den utsträckning sådana finns. Den rättsvetenskapliga forskningen kan och borde göra detta i ett systematiskt sammanhang. Kritiken och värderingen av skilda teorier kan baseras på flera slag av argument. T.ex. rättsprinciperna ger ofta ledning i dessa frågor. Idag vill man emellertid inte begränsa sig enbart till argument som är omedelbart "rättsinterna". Viktiga är därtill särskilt de kriminalpolitiska argumenten.

I Tyskland har som bekant under de två senaste decennierna den riktning varit mycket stark som försökt bygga den straffrättsliga systematiken på kriminalpolitiska teorier, och även använda kriminalpolitiska argument i enskilda teoretiska frågor. Detta är inte särskilt nytt: straff- och preventionsteoretiska frågor har naturligt-

vis diskuterats livligt redan länge. Kanske har även den ursprungliga betydelsen av ordet straffrättsteori varit preventionsteoretisk. T.ex. för Ludwig Bar när han 1882 skriver om de preventionsteorier som han kallar straffrättsteorier: "Man theilt die Strafrechtstheorien gewöhnlich ein in absolute und relative."⁹

Bara ifall den teoretiska rättsvetenskapliga diskussionen är tillräckligt livlig kan man anta att det bildas relativt klara positioner i de skilda teoretiska frågorna. I ett sådant fall torde det även vara klart, vilka slags argument som talar för de enskilda teorierna. Härvid vore det kanske också möjligt att komma underfund med vad den förhärskande opinionen i den dogmatiska litteraturen är, och vad t.ex. högsta domstolens linje i praktiken är.

I Finland finns det inte i detta nu speciellt mycket systematisk juridisk forskning av denna typ. Det som särskilt har saknats är sådana texter, där man betraktar frågor som berör straffrättens allmänna läror ur ett helhetsperspektiv, m.a.o. framställningar där man ger en tolkning av de viktigaste materiella idéerna och principerna samt av deras inbördes ställning. Roxins lärobok kunde nämnas som ett utländskt exempel i detta avseende. Den juridiska forskningen i Finland har inte tillfredsställande fyllt denna funktion. Å andra sidan är det också skäl att nämna att inte heller högsta domstolen särskilt ofta tar klar ställning i teoretiska frågor.

Det här är en del av den finska pragmatiska traditionen, och inte enbart en följd av luckor i den teoretiska forskningen. Det är under alla omständigheter skäl att fastslå att också domstolspraktiken är osäker i teoretiska frågor; då det gäller dessa frågor kan man inte tala om en särskilt långtgående diskurs mellan den juridiska forskningen och rättskipningen.

Allt detta leder till att det hos oss är relativt svårt att hitta klara svar på frågor av typen: vilken teori är gällande rätt i Finland? Men om detta stämmer uppkommer en annan fråga: hur kan man reformera något sådant som bara kan fastställas med stor svårighet och oklarhet? En reformist måste nämligen egentligen vara också positivist. Bentham, en av de första som försökte att rationalisera och reformera den engelska rätten genom att kodifiera den, var starkt positivistisk i den meningen.¹⁰ Hur kan man lösa detta dilemma? Kan man förbigå problemet genom en organisation som innebär att straffrättsvetenskapen deltar i straffrättsreformen genom omedelbar medverkan av vissa företrädare för forskningen?¹¹

Jag vill inte säga att resultatet med beaktande av rådande förhållanden är misslyckat. Vad jag menar är att de traditionella rollerna i dessa fall kanske är viktigare än vad man har förstått. Om man tänker på t.ex. möjligheterna till att utöva teorikritik i den form som CLS har gjort i USA, förutsätter det att det finns vissa teorier och opinioner som kan användas för att initiera kritiken. Vissa ting tyder på att man inom strafflagsprojektet ganska så mycket har diskuterat också olika teoretiska frågor. De som aktivt har deltagit i projektet har därför antagligen fått det intrycket, att det redan finns en tillräcklig diskussion om dessa frågor. Men denna pro-

jektinterna diskussion kan inte uppfylla samma funktioner som en egentlig vetenskaplig diskussion.

Det kan vara att de frågor som behandlas här till en del sammanhänger med den nordiska pragmatiska traditionen, eller vissa karakteristiska drag i vår uppfattning om den juridiska forskningen. Raimo Lahti har i en artikel betonat att den straffrättsdogmatiska systematiken och de straffrättsliga begreppen måste ha en tillräcklig kontakt med den praktiska realiteten; också i dogmatiskt arbete borde man koncentrera sig på frågor som har praktisk betydelse.¹² Detta gäller säkert alldeles speciellt för lagstiftarens arbete, eftersom lagstiftning ju är fundamentalt praktisk verksamhet. Men problemet är att hela relationen mellan teori och praktik är mycket svår att bestämma. Hur kan man direkt skapa en kontakt till verkligheten? Teorier är ju också mycket praktiska instrument, om man betonar deras funktionalistiska uppgifter. Men vad är teoriernas förhållande till verkligheten?

Teubner kunde säga att teorier är konstruktioner som konstruerar en egen verklighet för sig.¹³ Är det mera korrekt att begripa uppsåtet realistiskt och psykologiskt än att se uppsåtet som en teoribaserad konstruktion? Luhmann igen kunde betrakta begrepp som medel för iakttagelser.¹⁴ Någoting motsvarande kunde man finna i CLS-forskningen, där man har talat om ett skifte av problemställning: tidigare gällde det att skriva om rätten i en kontext (typ Law and Sociology), nu skriver man om kontexten i rätten (typen Sociology in Law). Härvid är man änyo särskilt intresserad av teoretiska frågor i rättslig forskning.¹⁵

Något liknande skriver också Jareborg i sina filosofiska texter om att all varseblivning har en metafysisk sida, alla fakta är teoriladdade, och människans verklighet är delvis skapad av människan själv.¹⁶

Därtill kommer att den finska straffrättsvetenskapliga forskningen i så hög grad har präglats just av arbetet i lagberedningen, att lagstiftarens synvinkel ofta har kommit att dominera också vetenskapliga artiklar. Detta är ett mera allmänt problem, som också sammanhänger med en kriminalpolitisk betoning: samma kritik kunde delvis riktas mot Roxin. I texten hörs lagstiftarens röst, inte vetenskapsmannens.

Jag skall ännu ta upp ett problem i detta sammanhang, som direkt är anknutet till det jag just har behandlat. De i Finland föreslagna paragraferna gällande kodifieringen av de allmänna lärorna är mera extensiva än de tidigare paragraferna. Raimo Lahti är nöjd med detta, och skriver, att "(T)he relative role of legal practise and legal jurisprudence shall... decrease in the formulation of the basic structure of criminal law." Å andra sidan har man så långt som möjligt försökt undvika att binda formuleringarna till någon speciell dogmatisk struktur som ännu inte har blivit ostridig. Man vill främja legalitetsprincipen genom noggrannare reglering, men man vill inte binda sig mera i teoretiska frågor än vad som är nödvändigt.

Jag är inte helt övertygad om att projektet har lyckats i detta krig på två fronter.¹⁷ T.ex. uppsåtsparagrafen (Strafflagen 2:6) kodifierar en uppsåtsteori som

inte har särskilt många förespråkare i världen, och dessutom är terminologivalet mycket tekniskt. Man talar om avsikten att uppfylla brottsrekvisiten, eller det att gärningmannen "anser det vara en säker eller högst trolig följd att hans gärning eller underlåtenhet uppfyller förutsättningarna i brottsrekvisiten". Inte ens tyskarna, som man så ofta kritiserar för deras konstruktivism, har gått så här långt i sin lagstiftning.

I fråga om oaktsamheten har man inte kommit mycket närmare en teoretisk lösning än vad som skulle ha varit fallet utan en paragrafstipulering. Jag vet inte, om det egentligen gör saken mycket klarare, om man säger (som i SL 2:7) att "oaktsamhet innebär straffbar vårdslöshet." I andra momentet specificeras definitionen med hänvisning till två kriterier: brottsbeskrivningen har uppfyllts eftersom gärningsmannen bryter mot sin aktsamhetskyldighet trots att han kunde ha uppfyllt den. Egentligen transporteras alltså hela frågan ett stycke framåt. Nu borde man lösa frågan beträffande aktsamhetsnormer eller -skyldigheter. Vad har egentligen skett? Man har bundit culpateorin till en idé om aktsamhetskyldigheter. Man har dock inte vunnit någonting, eftersom man inte har sagt någonting om dessa.

Det är också oklart varför man i detta fall skall ha ett särskilt stadgande om konformitetsmöjligheten, eftersom det redan i bestämmelsen i SL 2:2 ställs ett allmänt krav på skuld. En annan och ännu viktigare sak är att en så noggrann paragraf också skulle kräva en imputationsregel beträffande det culpösa ansvaret för förorsakade följder. Aktsamhetskyldigheterna beskriver inte hela denna problematik, och en sådan formulering som föreslagits kunde t.o.m. vara farlig i det avseendet, med tanke t.ex. på versari in re illicita -läran.

Detta har knappast varit avsikten. Tapio Lappi-Seppälä har uppgett att det inte finns något intresse av att göra en skillnad i culpalläran mellan medveten och omedveten oaktsamhet. Detta kan vara riktigt men man kan i så fall också fråga sig varför? Räcker enbart kriminalpolitiska skäl som argument, när det gäller frågan om man skall, och i så fall varför, kriminalisera omedvetet handlande?

Jag vill inte gå in i detaljer då det gäller de enskilda paragraferna i förslaget och problem i formuleringen av dem. Jag tar fram bara några sådana punkter som har med mitt tema att göra.

Om möjligtvis de nya paragrafernas, om inte uppgift så åtminstone resultat, är att de också begränsar ramen för den dogmatiska forskningen, kan det vara problematiskt att man än så länge i den finska straffrättsvetenskapen har diskuterat internationellt sett "nya" ideer och teorier i mycket liten utsträckning.

T.ex. den av Raimo Lahti högt värderade Roxin, som på en generell nivå tycks ha mycket gemensamt med Lahtis grundideer,¹⁸ har genom sina teorier uttryckligen helt omformulerat många frågor som berör kausalitetsläran, culpalläran och skuld-läran. Är det egentligen så att vi önskar förhindra att diskussion förs kring t.ex. teo-

retiska frågor rörande objektivt tillräknande, därför att dessa inte passar in i vår (i lag) vedertagna culpastruktur? Också Jareborgs lära om gärningsculpa skulle strida mot den culpaparagraf som föreslagits eftersom han inte använder begreppet aktsamhets skyldighet utan har en egen teori.

Jag skall för en stund återvända till Model Penal Code. I denna har man gått rätt långt i teorins riktning. I detta fall var motiveringen att man ville ta i bruk en rationellare begreppssystematik. Följden var att man skrev mycket noggranna paragrafer om de teoretiska frågorna. T.ex. paragrafen (Section 2.03.) om kausalitet och imputation omfattar mer än en hel sida. Och vad hände? Man kunde trots allt inte ge särskilt exakta normativa riktlinjer för rättsskipningen i dessa frågor. Man hade inte lyckats fånga imputationsläran i form av en självständig fungerande juridisk teori. Därför har man också sagt att praktiken inte skulle vara annorlunda, om denna paragraf helt saknades. Teorin kan alltså rent normativt sett vara tom och irrelevant, och då måste man söka dess funktioner på annat håll.

Nils Jareborg torde vara den mest teoretiska nordiska straffrättsforskaren. Det kan hända att hans lära om gärningsculpan inte heller ger så mycket direkt normativt innehåll åt begreppet culpa, utan bara beskriver en form som möjliggör att vissa frågor beträffande det straffrättsliga ansvaret analyseras och diskuteras. Det materiella innehållet måste hämtas utanför teorin, t.ex. ur domsstolspraxis. Men det är ju möjligt att teorins uppgift inte enbart behöver vara en normativ beskrivning av verkligheten, beskrivning av substantiella företeelser. Den kan t.ex. också fungera som ett argumentations- och tolkningsschema.

Jag har tillsvidare inte berört rättsprinciperna särskilt mycket. Jag har bara konstaterat att de tycks vara centrala om man tänker på det normativa innehållet i juridiska begrepp. Det speciella med de allmänna läroorna är just deras nära samband med rättsprinciperna. När man utfärdar bestämmelser om de allmänna läroorna, lagstiftar man på sätt och vis också om rättsprinciper. Men det är mycket svårt att formulera bestämmelser om dem, eftersom deras inverkan är, eller borde vara, så vidsträckt.

Ifråga om rättsprinciperna har det har ju sagts att det egentligen inte finns någon rationell möjlighet att skilja mellan de lege lata och de lege ferenda -perspektiv. Rättsprinciper som accepteras får betydelse redan då detta sker. Deras giltighet är inte av formell natur, utan baserar sig enbart på deras idéella värde. Man kunde kanske säga, att om princip och regel är varandras motsatser, så är den bästa möjligheten att få rum för ett "principstyrt" beslut att avskaffa strikt reglering. Om det inte finns regler, måste principer användas.

Reglernas uppgift är att skydda rättssystemets exakthet och bestämdhet, och kodifierade teorier gör till en del detsamma. De utesluter konkurrerande teorier. Kodifiering av en princip kan därför också vara farligt för en princip. Jag anser, att t.ex. formuleringen av legalitetsprincipen i SL 2:1 ger en mycket vag bild av den grund-

läggande principen. Den nämner bara en dimension av principen, och kanske inte ens den viktigaste dimensionen.¹⁹

Principerna sammanhänger också med kontextualiseringen av straffrätten. En svag punkt i Model Penal Codes systematisering är kanske just detta, att den beskriver en universell imputationsstruktur för brott och tappar bort enskilda kontexter. Det som blir kvar är att frågan om imputation måste avgöras på basen av en allmän princip om rättvisa.

I den tyska doktrinen har man gått mycket längre då det gäller kontextualisering: man ställer frågor som berör ansvar skilt för sig i olika kontexter, och använder en rad mer konkreta principer för att kunna bestämma gränserna för ansvaret. Man har också gått långt i att separat analysera olika handlingskonstellationer. Jag anser att man därmed kanske har kommit litet närmare möjligheten att se de sociala dimensionerna som ligger bakom enskilda gärningar. Jag tänker här t.ex. på Wolfgangs Frischs funktionalistiska straffrättsanalyser. Man kunde dock säga att också han på sätt och vis söker efter en universell struktur för straffrättsligt ansvar. Han vill inte stanna på nivån för imputationsrelaterade rättsprinciper, utan går bakom dem och analyserar straffrättsligt ansvar i termer av klandervärt riskskapande.

Det är svårt att veta hur mycket man egentligen har tänkt på frågor av detta slag i det finska strafflagsprojektet. Omedelbart säger paragraferna inte någonting alls om sådana rättsprinciper som socialadekvans, förtroendegrundsatsen, tillåten risktagning etc.

Och det kan vara bra så. Men naturligtvis måste man behandla dessa frågor i motiveringarna till lagtexten. För att kunna diskutera paragraferna borde man alltså egentligen redan känna till lagförslaget motiveringar! En annan lösning vore att helt tåga i motiveringarna och låta dessa frågor diskuteras senare i den dogmatiska litteraturen. Denna lösning vore dock hieroglyfisk. Den skulle på nytt "öppna" paragraferna och lagstiftarens intentioner och ge utrymme för olika möjliga tolkningar. Problemet ligger kanske däri att så snart man går in på teoretiska frågor, blir det svårt att undvika att ta ställning till också många andra teoretiska frågor.

Det är kanske värt att kort diskutera frågan om man överhuvudtaget, och speciellt beträffande det aktuella lagreformsarbetet, behöver en allmän teori eller systematik om straffrättsligt ansvar. Man kunde ju också tänka sig att det är helt olika grundidéer och teorier som ligger bakom olika paragrafer. I några fall kunde man betona straffrättsbegränsande rättsstatliga aspekter, i vissa andra särskilda kriminalpolitiska aspekter.²⁰ Man har ju traditionellt sökt stöd för analyser av straffrättens allmänna läror på två håll: i filosofin och i kriminalpolitiken.

T.ex. Model Penal Codes kommentarer förefaller vara ganska starkt filosofiskt orienterade. Detta är något som också i allmänhet är karaktäristiskt för den engelskspråkliga litteraturen. En handlingsteoretisk analys verkar ofta leda till monolitiska teorier som betraktar de enskilda gärningarnas struktur, men kanske

inte lyckas få fram mycket av gärningarnas sociala bakgrund. Särskilt i den engelskspråkiga världen tycks det i dag finnas ganska mycket forskning som kan sägas vara direkt språk- eller handlingsfilosofiskt orienterad.²¹ Detta kan leda till att man åtminstone i någon mån tappar bort kriminalpolitiska aspekter och sociala dimensioner.

I den tyska rättskulturen förekom tidigare mycket diskussion om handlingar i straffrätten. Men denna diskussion arbetade med andra slags teoretiska impulser och den har till stor del försvunnit idag. I Tyskland har de funktionalistiska betoningarna lett till att ett systemperspektiv har dominerat i forskningen och hela begreppsbyggnaden har transformerats i denna riktning. Risk och fara har utvecklats till straffrättens grundbegrepp i ett kriminalpolitiskt orienterat straffrättstänkande. Men just dessa begrepp har man inte riktigt kunnat förklara och analysera. I stället för att komma närmare verkligheten har man konstruerat en ny verklighet.

Egentligen hamnar de båda riktningarna - om man nu kan kalla dem så - i särskilda rättsteoretiska, kunskapsteoretiska och rättsfilosofiska positioner, som sedan påverkar hela arbetssättet. Det förefaller som om den kriminalpolitiskt orienterade forskningen inte har kunnat upphöra vara filosofisk. Det funktionalistiska tänkandets begreppssystematik representerar en ny syn på verkligheten, där risker och faror är dominerande: sådana ting som man inte kan se utan motsvarande teoretiska begrepp.²²

Ifall man kan uppfatta filosofi av den anglosaxiska typen respektive kriminalpolitiken överhuvudtaget som orienteringsalternativ i detta sammanhang, är det möjligt att de båda har sådana principiella för- och nackdelar, som i lagstiftningsarbetet fordrar att man inte eftersträvar en fullständig enhetlig systematik. Men är det då möjligt att med sådana teoribildningar uppnå en koherent världsåskådning? Så länge som man inte har bearbetat motsvarande teoretiska modeller av det straffrättsliga ansvaret i den inhemska straffrättsliga litteraturen är det under alla omständigheter mycket svårt att se klart för sig vad det hela implicerar.

I Norden kan man säga att det är Jareborg som i sina arbeten har utvecklat en filosofiskt inriktad analytisk modell för straffansvaret. Men i Finland har den allmänna tonvikten på kriminalpolitiken inte lett till motsvarande kriminalpolitiskt orienterade teoretiska modeller för straffansvaret. Detta trots att man på ett allmänt plan tycks betona just dessa aspekter.

Vad blir då slutsatsen?

Om man frånsäger den opublicerade forskning som möjligen/antagligen har gjorts inom strafflagprojektet, kan man säga att den finska teoretiska straffrättsforskningen inte har kunnat ge tillräcklig form åt den finska straffrätten för att man överhuvudtaget skulle kunna formulera frågan om teorins förhållande till lagstiftningsarbe-

tet på ett exakt sätt. Av detta skäl borde man åtminstone vara mycket försiktig i lagskrivningen när det gäller behandlingen av teoretiska frågor. Särskilt gäller detta i fråga om valet av sådan terminologi som så att säga har teoretiska implikationer.

Den fara som finns är inte bara den att man i den framtida teoretiska forskningen i alltför hög grad reducerar perspektivet till lagstiftarens och lagens perspektiv (dvs. att man bara skriver kommentartexter), utan också att man glömmar bort den straffrättsjuridiska forskningens egna uppgifter och möjligheter till kritik och värderingar ur olika synvinklar.

Forskningen borde skyddas mot att hamna alltför nära domarens eller lagstiftarens positioner. Straffrätten får aldrig "bli färdig".

Min förhoppning är att det aktuella lagstiftningsprojektet åtminstone lär oss värdet av den juridiska forskningen och att forskarnas primära uppgift är att forska. Medelbar påverkan är forskningens typiska och traditionella form. Den nya strafflagen kunde naturligtvis stimulera forskningen och ge nya impulser.

Problemet med teorins förhållande till lagstiftningen och problemet beträffande teorins roll i hela straffrättssystemet kommer inte att försvinna. Jag hoppas att man i framtiden bättre kan bearbeta grundfrågorna inom den juridiska forskningen, och att man därvid verkligen kan dra nytta av de erfarenheter som man har kunnat samla medan strafflagsprojektet pågått.

Adress: Assistent, jur. lic. Kimmo Nuotio
Juridiska fakulteten
PB 4
FIN-00014 Helsingfors Universitet

Noter

1. Artikeln återger ett föredrag som författaren höll på ett nordiskt seminarium i straffrätt vid Helsingfors Universitet den 7-9 januari 1994. Vissa kompletteringar har gjorts senare. Artikeln har språkligt bearbetats av Per Ole Träskman.
2. Ibland används ordet "teori" synonymt med ordet "dogmatik". Se t.ex. Naucke, An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts, 3 *Brigham Young University Law Review* (1984), 305-321; Eser, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung I*, Freiburg i.Br. 1987, 19-25.
3. *Ibid.*, 18.
4. Hall, Negligent Behavior Should Be Excluded from Penal Liability. 63 *Columbia Law Review* (1963), 632-644.
5. Pöyhönen, On the Role of Theories in Legal Dogmatics, *Rechtstheorie* 1981, 131.
6. Se General Principles..., 26: "... penal theory systematizes and elucidates the structure, factual meaning and ethical rationale of penal law."
7. Kaarlo Tuori, The General Doctrines in Public Law. *Scandinavian Studies in Law*, 1987, 175-199 (175).
8. Lappi-Seppälä, The Doctrine of Liability and the Draft Criminal Code for Finland, i Lahti/Nuotio, *Criminal Law Theory in Transition*, 1992, 214: "The basic virtues of

codification, the values of certainty, consistency, comprehensibility and accessibility of criminal law, strongly support efforts to include in the general part of penal code also those parts that have previously belonged only to the doctrine and theory of criminal law.”

9. V. Bar, *Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*. Berlin 1882, 201 fn 1.
10. En tolkning av Benthams "implicit teori" om lagstiftningen, se P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, 1987, 163: "Bentham insisted that before the law can be reformed we have to distinguish very clearly what it currently is from what we think it ought to be."
11. Hall skriver i *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, 1958, 237: "Sound treatises are the essential instruments of systematization of the law and the prerequisite of its codification."
12. Raimo Lahti, *Recodifying the Finnish Criminal Code of 1889*, i: Lahti/Nuotio (Ed.), *Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law*, Helsinki 1990, 76-78.
13. How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. 23 *Law & Society Review* (1989), 727-757 (730): "... Under a constructivist social epistemology, the reality perceptions of law cannot be matched to a somehow corresponding social reality "out there". Rather, it is law as an autonomous epistemic subject that constructs a social reality of its own."
14. T.ex. *Soziologie des Risikos*, 1991, 24: "Sowohl Objekte als auch Begriffe sind unterscheidungsabhängige Konstrukte eines Beobachters." Redan etymologiskt hänger ordet teori ihop med syn. Luhmanns konstruktivistiska och objektivistiska rättssociologi kan kritiseras på grund av att rätten bara betraktas funktionalistiskt som ett medel för stabilisering av beteendeförväntningar. En systemteoretisk modell når inte rättens samhällsintegrativa aspekter. Den leder till uppfattningen att rätten inte har någon direkt kontakt till verkligheten. Hela problemet sammanhänger också med frågan om vardagsspråkets möjlighet att förmedla kommunikation över gränserna mellan skilda system. En bra kritik, som är riktat mot både Luhmann och Teubner, finns i Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, 62-78.
15. Se generellt Nelken, *Criminal Law and Criminal Justice: Some Notes on Their Irrelation*, i: I. Dennis (ed.), *Criminal Law and Justice*, London 1987, 145-155.
16. *Straffrättsideologiska fragment*, 1992, 19-21.
17. Det skall nämnas att man i strafflagsprojektet har fortsatt lagberedningsarbetet gällande strafflagens allmänna del sedan detta ursprungligen skrevs. Under det fortsatta lagberedningsarbetet har särskilt formuleringarna av culpaparagrafen undergått många förändringar.
18. Se t.ex. *Recodifying...* (fn 11), 76-78; Roxin, *Rikoslainopin kriminaalipoliittisesta merkityksestä*, *Lakimies* 1989, 329.
19. Francois Ewald, *L'etat providence*, 1986, 507, skriver: "... c'est le propre des principes de ne pas se réduire aux formules qui les expriment."
20. Se också framställningen i Ashworth, *Towards a Theory of Criminal Legislation*, 1 *Criminal Law Forum* (1989), 41-63.
21. T.ex. Alan R. White, *Grounds of Liability. An Introduction to the Philosophy of Law*, Oxford 1985; R.A. Duff, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford 1990; Michael Moore, *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford 1993. Se också diskussionen i Nelken (fn 15), 140-145.
22. Detta torde mycket klart motsvara det som Jareborg kallar den metafysiska sidan av all varseblivning. I och för sig är det intressant att lägga märke till att Jareborgs syn på kunskapsteorin så mycket bygger på Richard Rortys arbete, närmast *Philosophy and the Mirror of Nature*, 1979. Rortys berömda analys av empirismens metafysik har varit viktigt också för teoribildningen inom CLS.