

ALF ROSS SOM STRAFFRÄTTSDOGMATIKER

AV NILS JAREBORG

*The famous Danish legal philosopher and constitutional lawyer, Alf Ross (1899-1979), devoted the last decade of his life to criminal law. His extensive writings do not only concern the philosophy of criminal law but also traditional legal dogmatics (some 600 pages), in particular the doctrines of action, imputation, imputability, attempt and participation. In many of these texts, Ross develops a personal conception of the concept of a crime, emphasizing the mental elements and minimizing the role of causality. In the present article, Ross's approach is presented and criticized.**

Alf Ross föddes den 10 juni 1899, och han avled den 17 augusti 1979. När han 1969 avgick från sin professur vid Københavns universitet bestod hans straffrättsliga produktion av ett antal notiser tillkomna under åren 1926-1951 och några artiklar i dagspressen (1964-1966). Boken *Skyld, ansvar og straf* var emellertid på väg, liksom några uppsatser.¹ Under sitt emeritusdecennium skulle han komma att praktiskt taget helt ägna sig åt straffrätten, och inte bara, som man skulle kunna ha förväntat, åt straffrättsfilosofin utan även i betydande omfattning åt nationell och komparativ straffrättsdogmatik. Några av hans uppsatser förekommer i flera versioner, och några av hans uppsatser om uppsåt (forsæt) finns på flera språk. Det viktigaste i den straffrättsdogmatiska produktionen finner man samlat i *Forbrydelse og straf: Analytiske og reformatoriske bidrag til kriminalrettens almindelige del* (København 1974) och *Über den Vorsatz: Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung* (Baden-Baden 1979). Föremål för hans undersökningar är centrala delar av straffrättens allmänna del: handlingsbegreppet, tillräknelighet, tillräknande och osjälvständiga brottsformer (försök och medverkan).

I sitt förord till *Forbrydelse og straf* säger Ross att ifrågavarande texter inte bygger på hans straffrättsfilosofi, utan direkt på begreppsliga och fenomenologiska analyser och studier av dansk rättspraxis samt att de syftar både till att klarlägga problemställningar och till att utgöra underlag för reformer. Hans förhoppningar i sistnämnda hänseende var alltför optimistiska; det är knappast en överdrift att säga att Ross' straffrättsdogmatiska produktion har negligerats.

Detta är i viss mån begripligt. Ross har nämligen en tämligen privat grundläggande uppfattning om den brottsliga gärningens natur, vars konsekvenser är sådana att det i grunden blir omöjligt att stå kvar vid den härskande straffrättsdogmatiken. Jag skall försöka förklara vad denna grundläggande

* Title in English: *Alf Ross as a Criminal Law Theorist*. Original in Swedish.

uppfattning, som jag kommer att kalla „Ross' brottsbild“, går ut på och varför den bör avvisas. Det är emellertid angeläget att framhäva att åtskilliga av hans texter inte är så nära kopplade till hans brottsbild att deras värde påverkas av huruvida denna accepteras. Jag vill särskilt nämna uppsatserna om tillbakaträdande från brott och om tillräknelighet i *Forbrydelse og straf* samt boken *Über den Vorsatz*. Till denna kategori kan man med vissa reservationer även föra den stora uppsatsen om oaktsamhet.² Straffrättsdogmatikern Ross skrev ungefär 600 sidor; åtminstone hälften är obefläckad av hans brottsbild.

Oberoende härav är Ross nästan alltid fortfarande läsvärd. När jag med några få ord vill försöka karakterisera hans produktion dyker en rad ord som börjar på „i“ upp: „intressant“, „informativ“, „intelligent“, och framförallt „intensitet“ och „inlevelse“. Ross var aldrig rädd för att byta uppfattning, eller kanske snarare att lägga nya dimensioner till gamla; i rättsfilosofiskt hänseende vandrade han ju från Kelsen via Hägerström och logisk positivism till anglo-saxisk lingvistisk filosofi. Den rättsfilosof som skrev *Directives and Norms* (1968) var i åtskilliga hänseenden³ en annan rättsfilosof än den som skrev *Ret og retfærdighed* (1953). Och när Ross skriver straffrättsdogmatik finns det, utom på några få ställen (t.ex. vid diskussion av rättsstridighetsbegreppet⁴), ingenting som tyder på att han hört talas om skandinavisk realism. I varje skede framträdde han emellertid med en säregen intensiv inlevelse, uppenbarligen besjälad av en önskan att övertyga andra. Härvid gjorde han i rätt stor utsträckning andras uppfattningar till sina egna, varvid hans pedagogiska ambitioner kunde förleda honom att framträda med större pretentioner i fråga om originalitet än som var berättigade.⁵ I hans straffrättsdogmatiska produktion finns ställen där trivialiteter upphöjs till omständigheter av stor vikt, och där läroboksmässiga påståenden presenteras som närmast originella upptäckter. Dock ger detta alls inte skäl för att avstå från att läsa Ross, utom möjligen hans uppsats om brottsbegreppets definition.⁶

En fråga som inte går att undvika är vilken straffrättslig kunskap och insikt som Ross hade. Jag har fått följande intryck. Dansk litteratur och rättspraxis gjorde han sig väl bekant med, men i övrigt var hans beläsenhet begränsad till partier av standardverk och ett fåtal andra arbeten.⁷ I mycket litade han säkert på sin enorma erfarenhet och sitt sinne för väsentligheter. Men han var också otålig. Det är naturligtvis lätt att förstå att den som vid 70 års ålder börjar syssla med ett nytt rättsområde inte vare sig kan eller vill sätta sig att läsa texter på samma sätt som en oerfaren doktorand. Men det tycks mig svårt att komma ifrån att Ross inte sällan alltför snabbt avfärdade den samlade straffrättsvetenskapen och gav sig in på att röja ny mark, som sedan inte visade sig vara särskilt bördig.

Efter Ross' död försåldes hans juridiska och filosofiska litteratur antikvariskt. Katalogen omfattar, bortsett från en del betänkanden, 1400 nummer.⁸ Av dessa är ungefär 50 straffrättsliga böcker, varav över hälften är utländska (inklusive en del engelskspråkig straffrättsfilosofisk litteratur). Anteckningar och understrykningar förekommer i böcker av Agge, Andenæs, Erenius, Hoflund, Jareborg, Jescheck

och Strahl, men inte i Brottbalkskommentaren och böcker av Nelson, Schönke & Schröder, Welzel och Glanville Williams.⁹

I det följande skall jag kortfattat kommentera grunderna för Ross' straffrättsdogmatik. Som redan nämnts har Ross en speciell brottsbild; utan förståelse av denna förblir mycket av vad han säger obegripligt. Min diskussion begränsas därmed till att gälla några huvudpunkter i fyra av uppsatserna i *Forbrydelse og straf*: „Hensigt er ikke forsæt“, „Om forsøg“, „Om samvirke i forbrydelse“ och „Om accessoritet ved samvirke i forbrydelse“. Deras sammanlagda omfång är emellertid ungefär 175 sidor. Någon detaljerad granskning kan således inte komma i fråga.¹⁰

I den traditionella straffrättsdogmatiken intar frågor rörande orsakande och principer för begränsning av ansvaret för orsakade följder en central ställning. Ross menar emellertid att brott har inget med orsakande att göra. Han säger detta uttryckligen vid diskussionen av medverkan (s. 129-130).¹¹ Det framgår indirekt att detsamma gäller i fråga om en enskilt agerande gärningsman. Vad som avses är att en person har ansvar endast för orsakssammanhang inom den egna kroppen. Mänskliga handlingar, „såsom sådana“, sträcker sig inte längre (s. 14).¹²

Ross lägger avgörande vikt vid en distinktion mellan två sorters verb: aktivitetsverb och prestationsverb (s. 15-16), vilken torde avses svara mot Gilbert Ryles distinktion mellan „task verbs“ och „achievement verbs“. ¹³ (Jag har själv tidigare använt beteckningarna „verksamhetsverb“ och „utförandeverb“.¹⁴) Aktivitetsverb hänför sig till kroppsliga eller mentala aktiviteter, medan prestationsverb endast indirekt hänför sig till sådana aktiviteter genom att ange en följd som orsakats av en sådan aktivitet. Som exempel på aktivitetsverb nämner Ross bl.a. „sjunga“, „dansa“, „promenera“, „meditera“, „planlägga“, „berätta“, „uppmåna“, „hota“, „se“, „höra“ och „lyssna“, och som exempel på prestationsverb bl.a. „döda“, „tvinga“, „spränga“, „övertala“, „uppfatta“, „räkna ut“, „hjälpa“ och „irritera“. Ross medger att det kan vara svårt att tillämpa distinktionen och försöker förklara den närmare. Han synes dock underskatta svårigheterna; ett par av hans egna exempel på aktivitetsverb, „uppmåna“ och „hota“, är inte övertygande, eftersom sådana handlingar förutsätter att deras innebörd uppfattats av adressaten.

En svårighet vid läsningen av Ross är att han ibland utgår från hur lagen borde vara skriven, och ibland från hur den är skriven. Distinktionen mellan aktivitetsverb och prestationsverb utgör grunden för ett angrepp på traditionell lagstiftningsteknik: lagen bör skrivas om, så att det framgår att förbud och påbud avser aktiviteter, inte prestationer. Samtidigt har Ross naturligtvis klart för sig att lagens formuleringar till övervägande del avser prestationer. En konsekvens av den vikt han lägger vid distinktionen prestation/aktivitet är att han inte synes se några problem med en distinktion mellan effektdelikt och beteendedelikt (korrelatförbrydelser).¹⁵

Utifrån idén om aktivitet som det för vilket en gärningsman ansvarar lägger

Ross ut följande progressionsordning för en „veludviklet forbrydelse“ (s. 147, se närmare s. 102-109 och även t.ex. s. 40-41):

1. beslutsprocessen,
2. förberedelsen,
3. påbörjat utförande,
4. avslutat utförande,
5. fullbordat brott, och
6. efterföljande tillgodogörande av brottets resultat.

Ross vill hantera dessa stadier på följande sätt, såvitt gäller en ensamt agerande gärningsman. Att besluta att begå ett brott bör alltid vara straffritt. Att förbereda ett brott bör i vissa fall vara straffbart.¹⁶ (Häri ligger en kritik mot en alltför omfattande försöksreglering i gällande dansk rätt.) Den viktiga skiljelinjen blir den mellan led 2 och led 3. Fullt ansvar bör inträda från det att verkställandet påbörjats. Eftersom aktiviteten är det väsentliga finns det ingen anledning att skilja mellan led 3 (som motsvarar påbörjat försök) och led 4 (som motsvarar fulländat försök), särskilt som denna distinktion enligt Ross är svår att upprätthålla vid beteendedelikt. Skillnaden mellan försök och fullbordat brott bör vara irrelevant för lagstiftaren. Ross godtar dock att man låter en faktiskt inträffad skada eller annan följd påverka straffmätningen; på grund av allmänpreventiva skäl kan man inte bortse från i samhället förekommande rättviseförställningar även om de är grundlösa. Sammanfattningsvis: i Ross' brottsbild försvinner distinktionen mellan försök och fullbordat brott, liksom distinktionen mellan ofulländat och fulländat försök. Kvar står endast en distinktion mellan förberedelse till brott och utfört brott. Det kan nämnas att som utfört brott kan ifrågakomma handlingar som enligt svensk försökslära inte ens utgör påbörjat försök (t.ex. att börja köra bil mot den bank som man tänker råna).

Hur skall man nu lagstiftningstekniskt nå detta resultat? Ross föreslår dels en allmän bestämmelse som säger att vad som föreskrivs för ett brott skall tillämpas på den som påbörjat brottets utförande (s. 109), dels att bestämmelser om enskilda brottstyper direkt beskriver de straffbelagda handlingarna (varvid handling = aktivitet). Ross ger bara ett enda exempel på en bestämmelse av den sistnämnda typen, nämligen vad som skulle hända med den danska bestämmelsen (straffeloven § 237) om mord (manddrab). Redan detta exempel gör att det finns starka skäl att tro att Ross på ett för hans projekt helt förödande sätt har underskattat de lagtekniska svårigheterna.

Ross vill ersätta „Den som dræber en anden, straffes for manddrab ...“ med „Handlinger der er egnet til med overvejende sandsynlighed at forvalde en andens død straffes som manddrabshandling ...“ (s. 41). Av den föregående argumentationen synes framgå att den metod som skall användas är följande. Efter det att handlingsverbet omformulerats till att avse en aktivitet objektiveras ett sannolikhetsuppsåt i förhållande till den skadliga följden, dvs. ett farerekvisit

läggs till handlingsrekvisitet. Sådana brottstyper kallar Ross angreppshandlingar. De kompletteras av mindre straffvärda brottstyper där handlingen är „farlig“ men inte så farlig som en angreppshandling. I båda dessa fall krävs insikt (i relation till faran eller farligheten) som Ross döper till „forsæt“ respektive „hensynsløshed“. Saknas insikt kan gärningsmannen eventuellt straffas för att ha begått ett oaktsamt brott. (För Ross kan oaktsamhet inte vara medveten, utan bara omedveten, dvs. gälla situationer där gärningsmannen „borde ha insett“ faran eller farligheten.) (Se närmare s. 22-31.)

Det skall inte förnekas att det är tekniskt möjligt att skriva lag på det sätt som förutsätts, när det som skall översättas är något så enkelt formulerat som att orsaka någons död. Men det skulle vara intressant att se hur Ross skulle hantera t.ex. en bedrägeri-, förskingrings-, förfalsknings- eller korruptionsbestämmelse. Om den straffbelagda aktiviteten genomgående beskrivs bara som „handlingar som är ägnade att med övervägande sannolikhet leda till en viss följd“, så måste starkt betvivlas att man åstadkommit något annat än att radera vissa distinktioner; man har inte på något sätt gjort tydligare vilka aktiviteter som omfattas av kriminaliseringen.

Ett förhållande som väcker förundran är att Ross i sitt lagtextförslag rörande mord/dråp inte följer sitt eget recept (dvs. använder ett objektiviserat sannolikhetsuppsåt) utan skriver „er egnet med overvejende sandsynlighed at forvalde en andens død“. Saken blir inte mindre märklig när man ser vad Ross 1975 skriver i en uppsats som behandlar fareproblematiken.¹⁷ Hans argumentation i denna har ett flertal syften. Bland annat avvisas en distinktion mellan konkret och abstrakt fara. Antingen föreligger fara eller också föreligger inte fara. S.k. abstrakta faredelikt är rena beteendedelikt. (Även om Ross har rätt i att terminologin är olycklig, så förbiser han ett flertal distinktioner, bl.a. den mellan att en brottsbeskrivning kräver bevisning om någon sorts farlighet (som inte uppgår till fara) och att en brottsbeskrivning inte kräver sådan bevisning.) Av särskilt intresse i sammanhanget är att ett risktagande, som inte nödvändigtvis innefattar konkret fara (exempelvis att köra bil på fel sida i en kurva där sikten är skymd) av Ross konstrueras som putativt brott, dvs. som försök till ett farebrott. Han beaktar inte att att detta åtminstone i gällande rätt får ingripande konsekvenser för kriminaliseringen av oaktsamhetsbrott. Uttryckssättet „ägnad att framkalla fara“, som han alltså själv använder i formuleringen av bestämmelsen om mord/dråp, döms ut med följande ord: „Det er en logisk jammerlig måde at uttrykke det enkle forhold på, at der efter omstændighederne skal straffes ikke blot for fuldbyrdet, men også for putativ forbrydelse, altså hvis situationen bedømt på grundlag af de omstændigheder der var kendelige for“ vederbörande „fremstod for ham som farlig“.¹⁸ Enligt sin egen bedömning har Ross således framfört ett modellförslag som innebär att beskrivningarna av de enskilda brotten formuleras på ett logiskt jämmerligt sätt, i termer av putativa brott. Det otjänliga försöket blir det arketypiska brottet.

Även om man bortser från alla praktiska svårigheter med en sådan lagstifnings-teknik, måste frågan ställas om den kan vara rättspolitiskt godtagbar. Ross ställer inte denna fråga, möjligen därför att han utgör från att han i princip håller sig inom ramen för vad som redan är straffbelagt i dansk rätt. Jag vågar inte ha någon uppfattning härom, men kan konstatera att för svensk rätts del skulle Ross' lagstifningsmetod innebära en mycket radikal utvidgning av det straffbelagda området, vilken skulle stå i strid med hos oss accepterade principer för kriminalisering. Dessutom torde en användning av hans lagstifningsmetod innebära en påtaglig försämring av rättssäkerheten i det att det blir betydligt svårare att förutse vad som kan bedömas falla under en brottsbeskrivning.

Att en gärningsmans uppfattning om den situation vari han gör något är den för straffansvar primärt konstitutiva faktorn blir än tydligare när man läser vad Ross skriver om medverkan. Medverkan är en aktivitet, inte en prestation (s. 129-130). Medverkan är att verka tillsammans med andra, oberoende av om man har framgång eller inte. Ross utgår från att det typiska brottet styrs av en aktionsplan. När flera personer samverkar i brott, är deras olika bidrag samordnade under en för dem gemensam aktionsplan, som ger den samlade verksamheten ett meningsinnehåll. Envar är ansvarig för helheten (s. 160-165). Fullt ansvar inträder redan på förberedelsestadiet, dvs. när mer än en person är inblandad bör all förberedelse vara straffbelagd. Detta innebär bl.a. att ingen medverkan kan misslyckas och att försök till medverkan är detsamma som förberedelse (s. 171-174). Lagtekniskt vill Ross skilja mellan huvudmän, medgärningsmän och medhjälpare, varvid medgärningsmannaskap föreligger redan när två personer beslutat begå brott och en av dem förbereder detta (s. 211-212). Anstiftan klassificeras inte som medverkan, utan som en brottstyp *sui generis*, som innebär att någon på visst kvalificerat sätt „tilskynder“ (en aktivitet) annan att föröva brott (s. 165-170, 212, 227-231). Systematiken bygger på en princip om solidariskt ansvar för alla inblandade och en idé om en aktionsplan som förutsätter att brottslighet är noga planlagd och organiserad. Maffians verksamhet blir förebilden för brottslighet med mer än en inblandad. I praktiken måste kravet på aktionsplan i många fall fingeras, vilket Ross indirekt erkänner när han hävdar att det solidariska ansvaret skall gälla andras gärningar som på grund av ett gemensamt beslut eller en gemensam „förståelse“ (tyst överenskommelse?) „måtte påregnes“ (s. 151, 225). Detta kan inte förstås på annat sätt än att en medverkandes ansvar gäller även vissa gärningar av andra medverkande vilka inte omfattas av hans uppsåt men som på grund av omständigheterna kunde förväntas (se även s. 121).

Ross' utförliga behandling av hur medverkansansvar bör regleras utgör ingen höjdpunkt i hans produktion, men en detaljerad kritik är i detta sammanhang knappast värd besväret. En för mig avgörande invändning är att även här leder hans dogmatik till en alltför långtgående kriminalisering.

Det är hög tid att ställa frågan hur det kommer sig att Ross bygger en hel

straffrättsdogmatik på att endast aktiviteter, inte prestationer, skall beläggas med straff och att det som konstituerar kriminaliseringen främst är innehållet i en (ibland närmast fiktiv) aktionsplan, dvs. den handlandes uppfattning om sin situation och följderna av egna och andras aktiviteter. Ross argumenterar inte om dessa utgångspunkter. Han deklarerar att det är irrationellt att sträcka ansvaret längre än till aktiviteter (s. 14). Och villfarelse kan naturligtvis inte bara exkulpera, utan även „kulpera“ (s. 96). Ross ansluter sig därmed utan diskussion till den straffrättsliga tradition som ser skuld som konstitutiv för brott.

De två teserna, som vi kan kalla aktivitetstesens och putativtbrottstesens, är till innehållet olika, och man kan mycket väl godta den ena utan att godta den andra. Aktivitetstesens såsom Ross formulerar den kan jag inte påminna mig ha träffat på hos någon annan, medan putativtbrottstesens åtminstone av straffrättsteoretiker har hållits levande sedan medeltiden och kanske har rötter i romersk rätt. Men som sagt: Ross ansluter sig båda. Det finns inte heller anledning att i det här sammanhanget behandla dem olika. Gemensamt för dem är nämligen tanken att ansvar skall både begränsas och konstitueras av något varöver personen ifråga har full kontroll. (I praktiken sker dock sedan en viss utvidgning genom oaksamhetsansvar och solidariskt medverkansansvar.)

I engelskspråkig moralfilosofi och straffrättsteori har frågan om betydelsen av „moral luck“ diskuterats ganska intensivt under de senaste tjugo åren, ofta konkretiserat till frågan om försöksbrottets straffvärde jämfört med det fullbordade brottets straffvärde. Min egen hantering av problematiken har utgått från en distinktion mellan sinnelagsetik, moraluppfattningar som lägger avgörande vikt vid personers avsikter och motiv, och handlingsetik, där även följder varöver vederbörande inte har fullständig kontroll ges betydelse och där skuld inte inculperar, medan frånvaro av skuld exculperar. Valet mellan sinnelagsetik och handlingsetik ser jag som ett val mellan två etiskt metafysiska uppfattningar, ett val som för straffrättens del bör göras utifrån överväganden rörande rättssäkerhet och statens roll i ett sekulariserat, demokratiskt samhälle, under beaktande av praktikabilitetshänsyn. Det kan också noteras att putativtbrottstesens får bisarra konsekvenser vid brott begångna av omedveten oaksamhet, och att beröm i olika sammanhang, även moraliskt beröm, i praktiken görs beroende av vad man faktiskt lyckas åstadkomma, oberoende av det sker under fullständig kontroll.¹⁹

Med Ross' syn på saken blir den här typen av argumentation irrelevant: det gäller inte att utforma straffrätten på bästa sätt utan vi står inför ett val mellan en rationell och en irrationell straffrätt.

Nu kan man förstås använda Ross' egen metod och nöja sig med att blankt påstå att den av Ross avfärdade uppfattningen visst är rationell; det finns inget problem. Vill man vara något mer rationalistisk kan till en början konstateras att mänsklig rationalitet måste ha med mänskliga värden att göra. Mycket grovt kan man indela handlingsskäl i tillfredsställandet av egna kortsiktiga behov och

intressen, tillfredsställandet av egna långsiktiga behov och intressen och tillfredsställandet av för större eller mindre grupper gemensamma behov och intressen. Mänsklig rationalitet kan sägas innebära att nå en rimlig balans mellan dessa olika typer av handlingsskäl.²⁰

Richard Rorty, min favoritfilosof för närvarande, skiljer mellan tre olika rationalitetsbegrepp:

1. Rationalitet såsom förmåga att hantera sin omgivning genom att anpassa sina reaktioner på yttre stimuli på ett komplext och nyanserat sätt (överlevnadsskicklighet).

2. Rationalitet såsom förmåga att uppställa andra mål än överlevnad och att hierarkiskt ordna sina värden och intressen, dvs. den typiskt mänskliga förmågan att gå utöver anpassning av medel till givna mål.

3. Rationalitet såsom förmåga till tolerans, att avstå från aggressiva reaktioner mot avvikande, och förmåga att ändra sina vanor och sin personlighet, att finna nya värden och intressen.²¹

Sådana allmänna funderingar kring rationalitet ger oss emellertid ingen som helst ledning om vi vill bemöta Ross. Frågan gäller någonting relativt konkret: när överskrider våra metoder och vanor rörande tilldelning av moraliskt klander gränsen till det irrationella? Den som senast har diskuterat saken är Antony Duff i sin i stora delar lysande bok om försök till brott.²² Duff påminner om att moraliskt klander som en praxis hör hemma i mänsklig social interaktion där vi uppträder som berörda, som medverkande på ett mer påtagligt sätt än som kallt objektiva observatörer eller bedömare. Om man som Ross önskar begränsa rationellt moraliskt klander till att bygga på en gudomlig bokföring av den typ som kan tänkas upprättas med sikte på den Yttersta Domen bör det åligga en att förklara vad som är så speciellt med just moraliskt klander, varför det i motsats till andra värderingar skall utövas i ett emotionellt vakuum. Att kräva att man inte skall bry sig om hur det går, dvs. att en orsakad skada är irrelevant för bedömningen av vad en gärningsman gjort, är detsamma som att säga att det moraliskt och straffrättsligt är likgiltigt om en person lever eller dör.

Straffrätten bör inte tillåtas bli reducerad till moralism, där klandret av brottslingar överskuggar allt annat; straffrätten bör vara moralisk i den meningen att den bör vara känslig för vilka värderingar den ger uttryck för i sin praxis, vilka „moraliska budskap“ som den för fram. En moralistisk straffrätt som självbelåtet bekämpar „fiender“ med alla medel är inget annat än ett verktyg för förtryck, som lätt kan få fascistiska övertoner i det att det viktiga inte är vad någon gör, utan vem som gör det, den som är „ond“ (brottslingen) eller den som är „god“ (brottsbekämparen). En moralisk straffrätt, som ser även brottslingar som medmänniskor, har inte råd att vid moraliska bedömningar såsom något irrationellt avfärda vad som för de flesta är viktigast, nämligen vad som faktiskt händer. Enligt Ross bör det för straffrätten vara utan betydelse om den vårdslöse bilisten dödar ett barn eller om han är nära att köra på barnet. Det är nämligen

irrationellt att lägga vikt vid detta vid tilldelning av moraliskt klander. Det är följaktligen också irrationellt av den värdslöse bilisten att tycka att han har gjort något värre när han har dödat ett barn än när han har varit nära att göra det.

Den modell för moraliskt klander som Ross och andra „subjektivist“ tar som mer eller mindre självklar kan knappast vederläggas; metafysiska positioner kan sällan påvisas vara sanna eller falska i vanlig mening. Men detsamma gäller den modell som Ross avfärdar som irrationell. Därmed blir fältet öppet för mer pragmatiska överväganden. Jag har redan sagt tillräckligt härom för att ingen tvekan borde råda om att jag inte ser några nämnvärda förtjänster hos Ross' brottsbild.

Noter:

- ¹ Se *Festskrift til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross* (København 1969) s. 538-539.
- ² „Om kriminell uagtsomhed“, *NTJK* 1978 s. 69-114. I en not till rubriken anges att uppsatsen ingivits till tidsskriftens redaktion i januari 1978. Förklaringen härtill är att det föregående häftet innehöll en av mig författad uppsats om två sorters culpa, där på ett flertal punkter likartade uppfattningar framfördes. I dag framstår uppsatsen som värdefull genom sin omfattande exemplifiering.
- ³ Ross är dock fortfarande värdeteoretisk non-kognitivist (s. 64-69).
- ⁴ „Studie i forbrydelsebegrebets definition“, *SvJT* 1976 s. 241-271, på s. 248-257.
- ⁵ Ett exempel på att gränsen till det otillbörliga överskrids är när Ross i *Directives and Norms* förtiger att han hämtat åtskilligt från J.L. Austin.
- ⁶ Se not 4.
- ⁷ Ett nästan obegripligt misstag begår Ross när han säger att Gillis Erenius är författare till den enda nordiska monografien om kriminell oaksamhet och sedan hänvisar till *Criminal Negligence and Individuality* (1976); se i not 2 a.a. s. 94. Ross tycks således aldrig sett Erenius' doktorsavhandling *Oaksamhet* (1971) som är ett helt annat verk. Möjligen har Ross trott att doktorsavhandlingen har översatts till engelska.
- ⁸ Lyngé & Søn, Catalogue 355, Prof. Alf Ross' efterlade bogsamling, med förord av prof. Sten Gagnér.
- ⁹ I sammanhanget finns anledning att nämna att priset för Vagn Greves *Studier i Færdselsstrafferet* var satt till 150 kr (med dedikation, oläst?), medan priset för min doktorsavhandling *Handling och uppsåt* var satt till 125 kr (med understrykningar och noteringar, sönderläst?).
- ¹⁰ Vad gäller Ross' kritik av uppsåtsformerna avsikt (direkt uppsåt enligt svensk terminologi) och eventuellt uppsåt (*Forbrydelse og strafs* s. 9-77) nöjer jag mig med följande kommentar.
Hans även i andra sammanhang upprepade påstående att avsikt/hensigt inte är uppsåt/forsæt bygger dels på ett cirkelresonemang, dels på att straffbestämmelser skall tolkas i enlighet med Ross' nya dogmatik, och dels på att Ross bryter mot sin egen princip om ansvar för putativa brott.
Hans kritik av eventuellt uppsåt bygger i huvudsak på att gärningsmannens karaktär blir avgörande för huruvida brott begås. Jag delar i stor utsträckning Ross' kritiska synpunkter, men har numera den uppfattningen att det rent begreppsligt inte är något fel på eventuellt uppsåt, eftersom hur man än formulerar denna uppsåtsform så är den logiskt ekvivalent med den hypotetiska varianten av eventuellt uppsåt som i sin tur är logiskt ekvivalent med begreppet likgiltighet. Problemet är därför närmast att bestämma vad som i praktiken skall tillåtas tjäna som skäl för en bedömning att gärningsmannen har varit så likgiltig inför existensen av en omständighet eller inträffandet av en följd att han bör anses ansvarig för uppsåtligt brott. I likhet med Ross menar jag att man bör stanna vid att låta ett visst mått av insikt eller förståelse vara avgörande, varvid kravet på insikt dock bör sättas högre än vid övervägande sannolikhet; se straffansvarsutredningens betänkande *Straffansvarets gränser* (SOU 1996:185) Del I s. 55 („insett, uppfattat eller antagit“) och motiveringen i kap. 3.

- ¹¹ Sidhänvisningarna i texten gäller *Forbrydelse og straf*.
- ¹² I *Directives and Norms* ansluter sig Ross till ett annat handlingsbegrepp (s. 112): „By an ‚act‘ I mean the intentional production of a certain effect or change. An act is consequently individuated by its effect.“ På s. 116 förklaras begreppet handling (act) vara primärt i förhållande till en aktivitet (activity), dvs. en aktivitet består av handlingar.
- ¹³ Ross hänvisar till *The Concept of Mind* (1949) s. 143 f.
- ¹⁴ I anslutning till Kenny, *Action, Emotion and Will* (1963) s. 171-186. Se „Effektdelikt och beteckedelikt“ (*Festskrift till Ivar Agge*, 1970, s. 176-192) s. 181.
- ¹⁵ Min slutsats i a.a. är att den rubricerade distinktionen är ohållbar.
- ¹⁶ Beskrivningen av kretsen av straffbara gärningar uppfyller emellertid knappast legalitetsprincipens krav: „som efter deres beskaffenhed, eller de omstændigheder hvorunder de er foretaget, må vække formodning om at være foretaget i forbryderisk øjemed“.
- ¹⁷ „Om „konkret“ og „abstrakt“ fare“, *TjR* 1975 s. 402-428.
- ¹⁸ A. a. s. 419.
- ¹⁹ Se mina arbeten *Straffrättsideologiska fragment* (1992) s. 49-51, 114-120, „Criminal Attempts and Moral Luck“, *Israel Law Review* 1993 s. 213-226 och „Criminal Attempts and Penal Value“, *De lege*, årg. 6 (Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström, 1996) s. 117-134.
- ²⁰ Se t.ex. *Straffrättsideologiska fragment* s. 51-53, 224-226.
- ²¹ Richard Rorty, „Rationality and Cultural Difference“, *Truth and Progress: Philosophical Papers*, Volume 3 (1998, s. 186-201).
- ²² R.A. Duff, *Criminal Attempts* (1996), särskilt kap. 12. Se därtill min uppsats „Ett filosofiskt försök: Om Duffs försökslära“, *Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1998 s. 229-236.

Adresse: Professor, jur. dr. Nils Jareborg
Juridiska Institutionen
Uppsala Universitet
Box 512
SE - 751 20 Uppsala.