

EN KRITIK AV KRITIKEN  
– MÖJLIGHETEN TILL BEGRÄNSANDE SÅLLNINGSGRÄNS  
VID KRIMINALISERINGSBESLUT  
EN DISKUSSION KRING CLAES LERNESTEDTS DOKTORSÄVHANDLING\*

AV PROFESSOR, JURIS DR. KIMMO NUOTIO

*Can the criminal sciences be expected to produce a theory of criminalization that would allow a detailed analysis of the requirements necessary for the legitimate use of criminalization? If not, what is the best it can do? The present article is a review of a thesis by Claes Lernestedt titled, *Criminalization. Problems and Principles* (originally, *Kriminalisering. Problem och principer*, 2003). Lernestedt's thesis examines the difficulty of assessing the rationality of decisions to criminalize behaviour – especially as they relate to the criteria used to do so, and the "problem areas" or elements of crime that are critical in regard to the legitimate use of criminalizing powers. The thesis seeks to provide a comprehensive analysis of the problems and principles related to these questions. Lernestedt takes for granted that we have too much criminal law today. His thesis focuses on the arguments that have been proposed to limit the power of the legislator. Thus, the book consists mainly of a discussion and critique of critical arguments rooted in legal philosophy, e.g., the German doctrine of a "Rechtsgut" (the act must be harmful for a legally protected interest), the concept of harm as developed by liberal theorists J. St. Mill and J. Feinberg, problems related to the distance between the act and the possible harm, and the requirement of effectivity. The Nordic science of criminal law has yet to develop a detailed doctrine of criminalization. Yet Lernestedt's thesis provides a new theoretical perspective on the limits of the criminal law. The present author aims to more thoroughly examine the merits and limitations of Lernestedt's thesis by discussing, i.e., different sources that could be referred to in producing convincing arguments concerning the limits of the legitimate use of criminalization.\*\**

---

\* *Kriminalisering. Problem och principer*, Iustus förlag, Uppsala 2003, 387 s. Disputationen ägde rum vid Stockholms universitet den 11 april 2003. Författaren till uppsatsen fungerade som fakultetsopponent vid disputationstillfället.

\*\* Title in English: *A Critique of a Critique – On the Possibility to Present Arguments that Would Limit the Legitimate Use of Criminalizations. Discussion of a Doctoral Thesis by Claes Lernestedt*. Original in Swedish.

1. *Claes Lernestedt* har valt att skriva sin avhandling om ett aktuellt tema, kriminalisering och kriminaliseringar. Det påstås ofta att straffrätten är i en kris och att en viktig orsak till krisläget är att alltför mycket redan är kriminaliserat. Straffrätten genomgår en *inflation* i och med att den expressiva funktionen – att man via kriminaliseringar och tillämpning av dessa auktoritativt vill ta ställning och klart visa att vissa beteendeformer är fel och värda att straffas – försvåras genom att man allt lättare intar nya beteendeformer i systemet. Detta bekanta fenomen kallas överkriminalisering.

Det finns länder där man nog är medveten om att straffrättens arsenal borde reserveras för de mest skadliga och klandervärda beteendeformerna i samhället. Det finns också länder där man betonar värdet av individens frihet att själv bestämma om sitt liv. I dessa länder lägger man principiellt stort värde på den s.k. *ultima ratio* –principen. Trycket är trots allt för stort. Även i dessa länder tenderar området för det kriminaliserade att hela tiden växa. Förhållandet mellan politiken och straffrätten liknar en ledning där substansen endast går i en riktning. Debatter om dekriminalisering, om sådana överhuvudtaget finns, har egentligen närmast att göra med det praktiska behovet att utveckla olika slag av andra avgiftssystem som skulle komplettera det straffrättsliga systemet. Ur medborgarens perspektiv utgör en sådan dekriminalisering vanligen ingen större avlastning. En principiell kritik tycks vara sällsynt, och blir sällan hörd. När jag i avhandlingen läste om exempel på aktuella debatter på området i Sverige kunde jag ofta peka på en motsvarighet i den finska kriminalpolitiska diskussionen. Som nyckelord kunde man nämna sexköp, doping, bruk av narkotika, bruk av alkohol på offentlig plats och deltagande i kriminella organisationers verksamhet.

Diskussionen om vad som borde vara kriminaliserat har ofta överlämnats till allmänhetens, politikens och politikernas villkor i stället för att ett egentligt vetenskapligt intresse ägnats åt tematiken. Eller, om man vill formulera detta på ett annat sätt, straffrättsvetare har nog ofta aktivt deltagit i dessa viktiga samhällseliga debatter, men vanligen har de inte kunnat erbjuda så mycket teoretiska åsikter, eftersom hela fältet på något sätt ligger lite på gränsen till straffrättsvetarnas expertis.

Detta är en viktig utgångspunkt i Lernestedts avhandling. Han vill forska kring möjligheten att *kunna säga mera* om vad som kännetecknar en godtagbar argumentation för en kriminalisering och vilka grunder som inte borde accepteras. Avhandlingens grundidé är att försöka bygga upp en sådan struktur för argumentationen kring kriminalisering att denna struktur sedan kunde ge åtminstone en viss vägledning ifråga om beslut om kriminaliseringar. Huvudfrågan är så att säga *möjligheten till en begränsande argumentation*: finns det juridiska, moraliska eller ideologiska skäl som stundom talar emot kriminalisering eller nykri-

minalisering? Är dessa skäl hållbara? Lernestedt vill särskilt relatera möjligheten att utforma en mera principiell argumentation till aktuella nutida problemområden.

2. Först ett par ord om varför uppgiften är så svår. – För det första, kriminaliseringsbeslut är politiska beslut, och huvudansvaret måste sålunda ligga hos riksdagen och politikerna. Genom skapandet av en kriminalisering introduceras i varje enskilt fall en ny norm i det juridiska regelverket. Det juridiska regelverket måste fungera också senare. Det måste behålla sitt konsistens och koherens. Den nya normen måste så att säga anpassas till i systemet genom vanliga juridiska metoder såsom tolkning, systematisering och tillämpning. För att detta skall vara möjligt får den nya systemimpulsen emellertid inte avvika alltför mycket från vad som redan finns i systemet. Rättssystemet ställer vissa krav på *vad* som är möjligt att kriminalisera och *hur* en kriminalisering bör se ut.

Om nu Lernestedt såväl normativt som deskriptivt vill utforska möjligheten till rationellt begränsande argumentation beträffande kriminaliseringsfrågor, liknar problematiken metodologiskt sätt någorlunda det som ofta görs när man skriver en teoretisk rättsdogmatisk avhandling som berör t.ex. de allmänna förutsättningarna för straffbarhet. Också då kommer man att behandla straffrättsliga teorier och principer o.dyl. Men när det enbart är fråga om lagstiftningsnivån finns inte ännu den möjligheten att man begränsar sig till tolkning och systematisering av rent juridiskt material. Det handlar även i bästa fall endast om "hypoteser" beträffande hur straffrätten skulle förändras genom införandet av en ny reglering. En vetenskap om politik kan enbart basera sig på förnuftet, om den vill nå normativa resultat.

Även om man skulle betrakta juridiska ansvarsfrågor, som säkert också ofta är fallet i Lernestedts avhandling, blir alltså synvinkeln till dessa en annan än vanligen. I den finska rättsteoretiska diskussionen har man ibland sagt att stiftandet av en lag ännu inte betyder att man därmed skulle ha skapat 'rätt' i riktig mening. Den rättsnorm som har skapats är i sig, innan den anpassas till rättssystemet via olika juridiska mekanismer och operationer, bara *råmaterial* till rätten. Och nu, när vi diskuterar kriminaliseringsfrågor och försöker teoretisera om möjligheter till en begränsande argumentation, måste vi vara öppna för sådana utgångspunkter som vanligen inte spelar en lika stor roll i ett straffrättsligt arbete.

Det är mycket utmanande och spännande att forska så i utkanten av eller på gränsen till straffrätten, men detta är också mycket krävande. Och de risker som man är tvungen att ta är oerhört stora. Först tar man risken att man inte anses höra till den riktiga straffrättsvetenskapen. Den risken torde emellertid inte vara så stor, eftersom just ett sådant nytt perspektiv kan vara nyckeln till förståelse av

varför vår straffrätt mår så illa. Vad som behövs är just en kriminalpolitisk-straffrättslig studie för att kunna behandla dessa fenomen som inte i grund och botten enbart är juridiska. För det andra är man tvungen att hämta hjälp från olika vetenskapsgrenar och traditioner, vilket gör det hela mycket mera arbetsdrygt. Utanför den hårda rätten, om man vill uttrycka detta lite vulgärt, finns ideologier. (Naturligtvis har också rätten som sådan mycket med ideologier att göra!) Då är det inte längre enbart straffjurister man har som diskussionspartner, utan först och främst rätts- och moralfilosofer. Den materiella justificationen som en kriminalisering eventuellt behöver eller kan ha, är bara delvis ett straffrättsligt eller straffjuridiskt ärende. Jag anser att Lernestedt i stort sett har lyckats med att föra en diskussion om ett flertal väsentliga punkter på denna "mark" mellan politik, moral och rätt.

Begränsningar i möjligheten att skapa nya kriminaliseringsnormer kommer delvis också – detta är helt naturligt – från författningen, alltså juridik i en specifik mening. I författningen bestäms om lagstiftningsprocedurer o.dyl. Nuförtiden har författningsrättens roll ofta utvidgats i den mening att också frågor beträffande innehållet i ny lagstiftning ses i ljuset av de begränsningar och den 'programmering' som har skett på denna nivå. Individens friheter och rättigheter och samhällets kollektiva intressen och mål, som har skrivits in i den nationella författningen i form av dess grundlag, är en viktig källa av ideologiska och juridiska värderingar och är därför också en naturlig grund för en granskning av kriminaliseringarnas godtagbarhet. Mänskliga rättigheter delar vissa av dessa egenskaper med grundrättigheterna.

För Sveriges del får man i verket den uppfattningen att man inte har velat gå den vägen lika långt som i Tyskland eller i Finland, där man ganska öppet i olika sammanhang diskuterat straffrättens förhållande till författningsrättsliga normer. Må detta sedan bero på straffrättare eller på författningsrättens svenska särdrag, dvs. att det kanske finns färre möjligheter till en juridisk kontroll av kriminaliseringsbeslut och mera utrymme för fritt politiskt handlande, har detta faktum i varje fall säkert inneburit vissa svårigheter att dra nytta av sådant utländskt material som kanske saknar motsvarighet i det svenska systemet. Författningen kan ofta ha vissa 'naturrättsliga' egenskaper, den förkroppsligar det som binder ihop individerna till ett samhälle, den kan läsas som ett slags samhällskontrakt – någonting som de s.k. rationalistiska naturrättsteoretikerna var intresserade av på 1600- och 1700-talet. Det är inte förvånande att Lernestedt mer eller mindre måste gå igenom allt det väsentligaste på detta område. Egentligen just därför att det inte tycks finnas så mycket att hämta från de källor som har utnyttjats, kunde man ha gått ännu djupare i den politiska teorin och filosofin samt förena enskilda traditioner med vissa betoningar i det hur begränsningen utformas. Liberalism, kommunitarism, republikanism osv. kunde mer öppet ha jämförts med var-

andra som politiska bakgrundsteorier innehållande vissa typiska grundläggande antaganden om brott och brottsligheten, och troligen också om gränsen för det straffbara.

Läsaren får ofta komma i åtnjutande av Lernestedts synteser, särskilt i kapitel 3 där allmänna legitimationsfrågor behandlas. Kriminaliseringsfrågan relateras där till en rad intressanta frågor som har att göra med individens förhållande till statsmakten. Vi får lära oss hur svårt det egentligen är att på ett materiellt sätt definiera straffrättens legitima uppgifter i en modern välfärdsstat, vilken även borde kunna förstås som en rättsstat. Den här kontexten ger en förklaring på varför temat öppnar sig i så många olika riktningar. Kanske skulle en koncentration på färre synpunkter ha möjliggjort en analys på djupet.

En risk med den valda forskningsstrategin är att man egentligen inte ens kan vänta sig att nå några värst konkreta resultat. Det är ju osannolikt att man skulle kunna konstruera en allmän, objektivt godtagbar och konkret förteckning på de krav som skall ställas. Man skulle behöva en positiv definition av den substantiella kriminalpolitiken! Om rättfärdigandet av en kriminalisering egentligen är en ideologisk fråga som rör sig kring t.ex. individens och statsmaktens inbördes förhållanden, om alltså kriminaliseringsprinciper sist och slutligen är ett uttryck för en viss kontingent straffrätts- och rättskultur, kan man troligen inte vänta sig att utan egna normativa val kunna konstruera en fungerande teori. Uppgiften kunde alltså redan *per definitionem* egentligen vara omöjlig att utföra.

3. Vi får veta att det i Sverige finns en förteckning på förutsättningar som en godtagbar kriminalisering måste uppfylla. Denna förteckning formulerades i *Åklagarutredningen* år 1992 och påstås (s. 21) sedan ha blivit principiellt godkänd av riksdagen – vilket torde vara en överdrift. En nykriminalisering förutsätter enligt förteckningen att följande fem faktorer bör föreligga:

- 1) Ett beteende kan föranleda påtaglig skada eller fara.
- 2) Alternativa sanktioner står inte till buds, skulle inte vara rationella eller skulle kräva oproportionerligt höga kostnader.
- 3) Straffsanktion krävs med hänsyn till gärningens allvar.
- 4) Straffsanktion skall utgöra ett effektivt medel för att motverka det icke önskvärda beteendet.
- 5) Rättsväsendet skall ha resurser att klara den eventuellt ytterligare belastning som kriminaliseringen innebär.

I Finland har man elaborerat en liknande doktrin i samband med den allmänna teorin om hur grundrättigheterna kan begränsas genom lagstiftningsåtgärder. Också i Finland är denna trend någonting nytt och har stimulerats särskilt av författningsreformen från år 1995.

Sådana principer som kan formuleras som rättsligt eller ideologiskt bindande är ju vanligen vaga och stannar på en ytlig nivå. Man kan sällan hoppas på att de allena, utan vidare konkretisering, skulle leda fram till ett ställningstagande beträffande begränsningens godtagbarhet. Mera behövs alltså, men vilka är dessa instrument och hur kommer vi dit?

Borde man inte ha börjat med några konkreta exempel på kriminaliseringar som är problematiska eller som lätt kunde omvandlas så att de blir problematiska? I bakgrunden till lagstiftningspraxis existerar nog tysta spelregler som har med saken att göra. T.ex. ett rekvisit beträffande "framkallande av fara" får inte vara konstruerat så att "(D)en som betar sig så att beteendet är ägnat att framkalla fara straffas ...". Redan legalitetsprincipen ställer krav på rekvisitens bestämdhet. Denna bestämdhet kan nås med olika medel. Också skuldkravet (t.ex. att uppsåt krävs) kan fungera som ett preciseringsverktyg. Nu börjar man på en mycket abstrakt nivå och läsaren får vänta länge innan saken blir mera konkret.

"Problem och principer" står det i rubriken. Då frågar man sig: är det inte värt eller är inte meningen att sträva efter en riktig *teori* om kriminalisering, dvs. en teori om kriminaliseringsprinciper? Och om detta inte lyckas, varför skulle en sådan uppgift vara omöjlig? Det är kanske också en aning problematiskt att ha termen "princip" i rubriken, eftersom författaren inte vill satsa så mycket på principer, utan vill ha någonting annat istället. 'Det räcker inte med att formulera principer', står det skrivet på s. 21.

Principer är alltså vaga och de måste ges ett innehåll. Författaren pendlar mellan ett normativt och ett deskriptivt synsätt. Principer har legitimerande kraft. Författaren har valt att utföra den typ av forskning som går ut på en kritisk utvärdering av sådana principiella och begränsande synpunkter som har presenterats av andra författare. Det är fråga om att kritisera tolkningar av kritiska principer. Syftet är att 'sortera innehållet i en presenterad verktygslåda' (s. 23) och en systematisering och bearbetning av teorier om hur gällande rätt borde se ut (s. 24). Den normativa argumentationen som står bakom en sådan begränsande kritik granskas för att man skall kunna se om det finns någonting hållbart i argumentationen som man kunde bygga på.

4. Sedan något om rättshistoriens roll i avhandlingen. I början tyckte jag att den var marginell – men det finns vissa viktiga poäng som man måste ta upp. I och för sig är framställningen i kapitel 2 mycket givande och kompakt, och författaren har tolkat straffrättssystemets utveckling på ett givande och intressant sätt. Men vissa problem återstår. Ett av dem kunde kallas för anakronism-problemet: hur långt tillbaka i tiden kan man blicka med en modern begreppsarsenal? Vad vi här och nu uppfattar som en kriminalisering uppfattades inte på samma sätt på 1500-talet, dvs. under en tid när lagen inte 'stiftades' på samma sätt som nuförti-

den. Författaren tycks inte vara värst medveten om sådana risker. Lag är ju inte heller samma sak som rätt. Möjligtvis kan också en historisk periodisering efter lagreformer vara missvisande. Det inledande kapitlet är i sig rätt bra framställt, men trots allt måste man ställa sig frågan om skribenten har kunnat fånga hela den vida bilden av kriminaliseringarnas räckvidd och förändringarna i denna? På ett allmännare ideologiskt plan har nog en del sagts om brottens olika dimensioner.

Ett problem med en användning av straffrättshistorisk forskning när man vill behandla området för vad som varit straffbart, hänger ihop med att man i själva den straffrättshistoriska forskningen har fokuserat intresset närmast på grövre former av brott, dvs. kärnstraffrätten. Gränfenomen, dvs. mindre allvarliga brott och särskilt straffbestämmelser som står utanför brottsbalken (dvs. den centrala lagen oberoende av dess namn), har man inte fäst motsvarande uppmärksamhet vid. Lernestedt tycks vara medveten om saken, men går inte så mycket in på ämnet (se dock t.ex. s. 54).

Under den senaste tiden har intresset i att forska kring historien om *polisrätten* eller *politirätten* (på tyska *Polizeirecht*) ökat. I Frankfurt har *Michael Stolleis* haft ett större projekt med historien om offentlig rätt som tema. En tidig studie presenterades år 1983 av *Marc Raeff* ("The Well-Ordered Police State", New Haven, London). Den tyska diskussionen om farekriminaliseringarnas historiska ursprung och utveckling tangerade åtminstone delvis denna polisrättsliga forskning. Just handlingskriminaliseringarna (där inga följder krävs) och farekriminaliseringarna har nämligen växt utanför själva strafflagen. På 1500- och 1600-talet saknades ännu en modern rättssystematik som är elementär för vår självförståelse, och t.ex. skillnaden mellan straffrätten och förvaltningen var relativ. Det fanns t.ex. bindande trafikregler i stora europeiska städer redan på 1600- och 1700-talet.

Det viktigaste är egentligen inte att den här forskningspolitiska nyinriktningen i viss mån förändrar vår syn på straffrättens utveckling, utan att den förändrar vår syn just på det faktum att *handlingsdelikten* var närvarande redan tidigt (skadeansvaret är kanske ändå inte den enda urgamla ansvarsmodellen – strävan efter ett renodlat handlingsansvar är inte heller nytt). Man kunde säga att en del av denna *Polizeirecht* senare – senast på 1800- och 1900-talet – delvis blev intagen i den riktiga straffrätten samtidigt som delar av den införlivades i andra rättsområden.

Svensk straffrättshistoria avviker kanske också i vissa hänseenden från den tyska. Varför presenteras endast svensk rätt i den historiska delen? I den tyska världen hade man omfattande lagkodifieringar i slutet av 1700-talet och i början av 1800-talet, men i Sverige var situationen en annan. Den ideologiskt helt föråldrade 1734 års lagen var länge i kraft. I den tyska världen var *das Allgemeine*

*Preussische Landrecht* från år 1794 vägledande och var med sina 20 kapitel en moderniserad och preventionsorienterad strafflag. Lagen innefattade en hel mängd färdkriminaliseringar (begreppet allmänfarliga brott lanserades för första gången!) och t.o.m. sådana kriminaliseringar som hade med livet i hemmen och privatsfären att göra. Egentligen hade t.ex. *P.J.A. Feuerbachs* kritik av den 'moderna' straffrätten just denna lag som sitt mål. Kantiansk straffrätt var redan då en form av filosofisk kritik mot en formlös straffrätt som hade sålt sina begränsande principer. Den idealistiska rättsfilosofin var redan under sin tid ett kritiskt program. Vi känner till hegelianer såsom *Abegg*, *Köstlin* osv. Därefter kom den sociologiska skolan med *von Liszt* i spetsen, sedan det neokantianska tänkandet på 1920-talet (*Mezger*), finalismen på 1930-talet (*Welzel*), osv. Straffrättsteorierna och -ideologierna har alltid alstrat kritiker. Det är egentligen frågan om en tradition av kritik! Kritiken har alltid riktats mot den härskande doktrinen och opinionen, och denna kritik har ibland varit relevant även vad avser kriminaliseringsfrågor.

Ett problem med en snäv och närmast "lagpositivistisk" syn på straffrättens historia är också att straffrättsvetenskapens roll i straffrättsutvecklingen egentligen inte noteras. Straffrättsvetenskapen är inte oskyldig utan har spelat en viktig roll. Jag tänker på fenomenet såsom t.ex. den idealistiska filosofins betydelse för 1800-talets straffrättsvetenskap, eller just den sociologiska skolans inflytande i Norden i början av 1900-talet. (Se t.ex. den nedan hänvisade källan *Christian Häthén*, 1990, för den svenska strafflagstiftningens del). Varför hade man inte kunnat försöka tolka hur de olika ideologierna såg på området för det kriminaliserade och de principer som var gällande i denna mening? I ett vidare perspektiv kunde man också ha försökt tolka olika tiders "straffrättskulturer" och säga någonting om de krafter och ideal som i dessa spelat den viktigaste rollen.

5. Straffrättsideologier behandlas rätt mycket. Kunde man inte i stället ha talat om en *straffrättskultur* eller om en *kriminaliseringskultur*? (Detta ord kunde ha använts såväl i en deskriptiv som i en normativ betydelse.) Man kommer nämligen - också senare - att i olika sammanhang tangera temat om det straffrättsliga *Zeitgeist* när t.ex. texter av författare som *Claus Roxin* och *Winfried Hassemer* eller - från nordiskt håll - *Vagn Greve* och *Nils Jareborg* behandlas. I viss mening kunde termen "kultur" egentligen bättre ha täckt det som man är ute efter. Nu blir framställningen om den historiska utvecklingen isolerad samtidigt som man måste erkänna att framställningen inte är optimal som en introduktion till ämnet. Om man skulle ha valt en annan lösning skulle man bättre ha kunnat koppla en historisk förståelse till arbetets andra substansdelar.

Lernestedt har inte haft några klara förebilder eller modeller för hur ett arbete i ämnet kunde framställas och vilken uppläggning som bäst skulle passa för uppgiften. När man forskar i ett viktigt ämne hamnar man naturligtvis aldrig helt och hållet i ett *terra incognita* – här har Lernestedt säkert haft det problemet att han vill rikta sin forskning till ett sådant publikum som inte består av brittiska moralfilosofer eller tyska straffrättsteoretiker, utan i stället av svenska och nordiska straffrättare. I svensk rättsvetenskap känner jag inte till klara förebilder även om temat nog har behandlats t.ex. i Alf Ross' och Nils Jareborgs skrifter, och kanske senast i boken 'Varning för straff' som också har blivit översatt till engelska. Men alla dessa inspirationskällor har inte kunnat hjälpa till med att lösa problemet rörande hur en avhandling i temat kunde se ut.

Egentligen är den enda boken jag känner till som särskilt har tillägnats frågor om kriminalisering Jonathan Schonshecks '*On Criminalization – An Essay in the Philosophy of the Criminal Law*', från år 1994. Schonsheck är från New York. Här är det alltså frågan om en moralfilosofisk studie om de moraliska legitimeringsvillkoren för en kriminalisering. Schonsheck betraktar inte problematiken som en juridisk legitimeringsfråga. - Schonshecks studie har troligen varit en viktigare källa än vad man genast kan se, då Lernestedt följer en viktig idé som troligen Schonsheck själv har utvecklat. Han var nämligen inte nöjd med sådana teorier som genast började med *pro et contra* –argumentering, att väga skälen för och emot varandra, utan ville skapa ordning i proceduren genom att formulera de olika steg som ska tas enligt en modell av 'filtering', filtrering. Lernestedt vill bygga på den här idén så att man kan ordna olika frågor i en sådan rangordning att man inte behöver ta fram alla problem på en gång. En filter-approach förutsätter att man kan särskilja olika frågor och problemområden från varandra. Jag tror att detta även är Lernestedts främsta mål: att skapa ordning i argumenteringen. Genom en klarare ordning kan vi bättre förstå räckvidden och kraften av begränsarens kritiska argumentation. (Begränsaren - denna term används flitigt. Det är frågan om en presenterad kritik som skulle innebära en begränsning av en godtagbar kriminalisering. Begränsaren: 'Den som i en aktuell fråga förespråkar begränsningar'.)

Mycket av arbetet är en kritik av kritiken, alltså en genomgång av argument som påstås ha en begränsande kraft. Alltså: kritik mot kritik. Metoden kunde sägas vara diskursiv – man vill lyssna och kritiskt utvärdera möjliga former av begränsande argumentation, och ofta får sedan olika "stora namn" slåss med varandra innan vi får höra om det fanns någonting att hämta i den granskade debatten. Detta skulle vara ett typiskt förfaringssätt i ett moralfilosofiskt verk, men förekommer sällan i en juridisk avhandling.

Ett sådant krävande arbete kräver en flitig forskare och ett klart och tydligt sätt att skriva. Verket vittnar om sådana egenskaper. Det som har valts som forskningens syfte genomförs noggrant. Avhandlingen är skriven med mycket säker hand. Litteraturhänvisningarna, såvitt jag har kunnat kontrollera dem, är pålitliga och sakliga och de små misstag eller problem som jag har hittat är så få och sällsynta att jag inte ens vill ta upp dem här. Jag skulle säga att ett stort verk ibland har stora problem, och den här boken är så pass teoribemängd att det är värt att just dessa eventuella större problem eller utmaningar lyfts fram i stället för de små formaliteterna.

6. Man kunde göra upp en förteckning på vissa allmänna frågor kring forskningen som kunde ha möjliggjort en annan konstruktion. Som den första frågan vill jag nämna kriminaliseringens ställning mellan politik och juridik. Vilken är egentligen 'källan' till de begränsande principerna. Är dessa principer rättsliga, ideologiska eller rationellt betingade? Och kunde det ha funnits någonting att hämta i en teoretisk analys av rättens konstruktion, av naturrettsläran, av "rättens gränser"? Råmaterialkaraktären av normer som 'ännu inte har tolkats' hänger ihop med frågan att man ju vid lagstiftningsåtgärder måste åtminstone *anticipera* lagtillämpningen? Då frågar man sig hur konkret man egentligen kan och borde diskutera t.ex. systeminternt viktiga synpunkter på allmänna läror om begrepps-bildning, på koherens och konsistens, och vad dessa 'rationalitetsvillkor' egentligen beror på.

Hurudan är till sin natur den kritik som kan väntas vara inbyggd i olika slags filter? Om man åter utvidgar perspektivet kommer man också att ställa följande fråga: hur förhåller sig författaren till kritiken? Kunde själva avhandlingen i någon mening ses som kritisk eller ideologikritisk? När det är frågan om "kritik mot kritik", betyder detta att det är frågan om 'avslöjande kritik'? Hur stark är den konstruktiva sidan i kritiken? – Och varför har man inte behandlat den mera radikala kritiken av användningen av kriminaliseringar som har förts fram t.ex. av abolitionister? *Jean-Jacques Rousseau* skulle ha varit en spännande motpol till *John Locke*, och t.ex. *Thomas Wilhelmsson* har pekat på problemet med att man vanligen, för att kunna presentera mikrokritik, är tvungen att ta makrolegitimationen av systemet för given ("...från mikrokritik till makrolegitimation"). En radikalare samhällsteori kunde säkerligen ha gett stöd för en radikalare kritik, och därmed också för radikalare begränsande principer.

Sveriges särställning i avhandlingen väcker också vissa frågor. Varför har man i vissa punkter koncentrerat sig på svensk rätt och svenska synpunkter men i andra har man använt sig av en bredare basis? Vi får ju förklaringen att svensk rätt enbart används som exemplifierande material (s. 25), men ibland torde perspektivet vara mera svenskt än vad detta skulle förutsätta. Man frågar sig om det

stämmer att den 'teori' som behandlas är allmängiltig men att de specifika problemen har hämtats från det svenska samhället och den svenska lagstiftningen? Utländsk teori, t.ex. tysk straffrättsteori och angloamerikansk moral- och politisk filosofi, behandlas på ett omfattande sätt. I vilken mening är det viktigt att teorin härstammar från ett visst land? – Man kunde ju säga att en stor del av t.ex. den liberalistiska politiska filosofins diskussion om individens och statsmaktens inbördes förhållande har en lokal anknytning men är å andra sidan relativt allmängiltig i en västerländsk tradition. Lernestedt beskriver (s. 24-25) sin utgångspunkt som en *begränsad universalism*, vilket egentligen inte ger så mycket mera information om saken.

Vad är viktigare för författaren, diskussionen och förslagen om olika *normativa* synpunkter på hur området för det kriminaliserade borde se ut, eller en *deskriptiv/analytisk* syn på hur argumentationen i dessa frågor i verkligheten är strukturerad? Och är ett normativt projekt över huvud taget möjligt: kan det egentligen finnas en allmängiltig och värdeneutral *teori* eller *analys* om kriminaliseringar? Tendensen att man betonar att utgångspunkten är mera procedurbetonad kunde ses som en i och för sig förståelig utväg ur dilemmat – men den lösningen måste som sådan vara en besvikelse.

Och finns det egentligen någon motstridighet mellan *filter-approachen* och *princip-approachen*? Varje fråga möjliggör eventuellt någon slags filtrering – sällning av dåliga eller icke-godtagbara argument – och därmed sällning av eventuellt icke-godtagbara kriminaliseringar. Sedan en titt på de fyra givna filterkandidaterna – de kunde egentligen ha kallats för principer t.ex. enligt följande: intresseprincipen, skadeprincipen, avståndsprincipen, effektivitetsprincipen. Varför kallades de emellertid inte så? Skulle detta på något sätt ha förstört idén om filtrering? Och vad är sist och slutligen fel med principer och balansering? Det skulle ju vara nästan naturligt att inse att en balansering sist och slutligen måste ske. Vi kan alltså inte nå ett konkret kriminaliseringsbeslut genom att vi enbart skulle följa den filtreringsordning som har presenterats i avhandlingen.

Åtminstone en mycket viktig princip, *ultima ratio* –principen, har inte behandlats i avhandlingen. Denna princip fungerar enligt en annan logik än de fyra behandlade områdena. *Ultima ratio* kräver nämligen alltid en *jämförelse med andra regleringsmöjligheter*. Förutom *ultima ratio* -principen finns det säkert också andra principer som skulle kräva en avvägning vid tillämpningstillfället. Enligt finsk doktrin krävs 'tungt vägande samhälleliga skäl' för en kriminalisering. Dessa kan inte reduceras till de givna fyra filtren.

Att en avvägning inte kan undvikas är egentligen naturligt, eftersom att om man ser kriminaliseringen som en begränsning av individens handlingsfrihet (eller handlingsvalfrihet, eller egentligen: individens legitima användning av sin frihet att handla), måste vi sist och slutligen göra en avvägning mellan 'nyttan'

och de 'kostnader' som förorsakas av en sådan restriktion. Detta torde också motsvara Lernerstedts tänkande. Idén torde nämligen vara att hellre klargöra det som kommer *innan en sådan avvägning* skall göras. De filter som ges har inte förmodats vara uttömmande. Detta tema om diskussionens räckvidd borde ha behandlats mera uttryckligt.

Också vissa straffrättsliga frågor har uteslutits ur arbetet. Till sådana områden hör t.ex. EG/EU-rätten, där det sker rätt mycket just nu och där man nog skulle ha haft stort intresse av att se kritiskt på de principer som styr användningen av straffrätt. Kriminalpolitiken blir nämligen allt mera internationell. En annan principiellt viktig avgränsning är pressfrihetsärendena: just i sådana fall kunde man uttryckligen ha noterat att den frihet som man tänker begränsa genom en kriminalisering ibland kan vara av särskild vikt. I vissa fall åter tycks avgränsningen att man inte betraktar den subjektiva sidan, det som man oftast kallar för förutsättningar för personligt ansvar, vara problematisk. Detta problem har t.ex. att göra med hur man uppfattar ett 'paradigmatiskt' brott vara konstruerat, och särskilt på de ställen där man diskuterar olika brottsideologier fattas egentligen vissa dimensioner i 'verktygslådan'. Men allt som allt är det klart att man inte kan täcka allt i ett arbete. I sig är det bra att man presenterar sina val, även om en kritisk läsare kanske kan försöka läsa arbetet också *e contrario*: kan man faktiskt påstå att allt som inte har varit avgränsat verkligen har behandlats?

Det finns vissa verk som jag tror kunde ha varit nyttiga för arbetet, men som jag inte kunde finna i källförteckningen. Jag vill bara kort nämna dem här: *Robert Alexy*, principteoretiker, grundrättsteoretiker, t.ex. boken *Theorie der Grundrechte*, 1985. *Otto Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996; *Jürgen Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992; *Erik Anners*, *Brottet, straffet och polisen i den europeiska rättsutvecklingen*, 1997; *Christian Häthén*, *Straffrättsvetenskap och kriminalpolitik. De europeiska straffteorierna och deras betydelse för svensk strafflagstiftning 1906 – 1931*, 1990. Jag ser det alltså inte som en brist i sig att de inte blev diskuterade.

Avhandlingens syfte är att studera normativ begränsande kritik riktad mot det kriminaliserade områdets utformning. Författaren vill granska kritiken och se vad som kan hämtas ur den vida diskussionen beträffande vissa problemområden. Avhandlingen syftar till att pröva om sådan normativ kritik kan framföras som kunde uppfylla en sällningsfunktion.

7. I det inledande kapitlet redogörs för avhandlingens syfte, forskningsläget, metod och material, avgränsningar och verkets uppläggning. Där presenteras bl.a. grundidéerna i forskningen på ett klart och koncist sätt. Läsaren får redan här en ungefärlig bild av vad man kommer att möta senare. Författaren ser som sin främsta strävan i undersökningen att skapa ordning i den procedur där frågan

om en kriminaliserings godtagbarhet borde behandlas. Betoningen är alltså – försiktigt i sig – proceduriell. Om man inte kan vara säker på framgång på den materiella sidan, är det säkert redan en förtjänst om man har lyckats skapa ordning i debatten. Dessutom kunde man säga att en stor mängd spännande utländskt material presenteras för den nordiska läsarkretsen. Detta gäller såväl den tyska diskussionen om rättsgoda, *Rechtsgüter*, som den angloamerikanska diskussionen kring *John Stuart Mills* 'harm-principle' som har förts vidare av flera kända teoretiker, bl.a. av *Joel Feinberg*.

Efter den historiska introduktionen börjar själva undersökningen i kapitel 3. Här introduceras läsaren i flera allmänna teoretiska diskussioner, vilka utgör en viktig bakgrund för den senare framställningen. Här får vi bekanta oss med hur *John Locke*, *Thomas Hobbes*, *John Rawls* och *Robert Nozick* förstod statens uppgifter och gränserna för statens maktutövande över individen. Här genomgås också olika teorier om demokratin. Texten innehåller rikligt med citat som inte alltid optimalt illustrerar den behandlade tänkarens perspektiv på saken. T.ex. Hobbes åsikter borde ha tagits fram innan man behandlade Locke, det rationella naturrättstänkandets vissa gemensamma grundidéer (t.ex. behovet att skapa en legitim ordning) kunde ha behandlats mera systematiskt, man kunde ha diskuterat äganderättens särställning i dåtida litteratur, man kunde ha tagit i beaktande modern sekundärlitteratur i ämnet, osv. Men även i den form som texten är skriven är den i och för sig givande.

Borde man inte ha granskat den andra stora nutida samhällsfilosofiska riktningen, kommunitarismen? (*Michael Walzer*, *Alasdair MacIntyre*, *Martha Nussbaum*, *Charles Taylor* samt andra – *Nicola Lacey* har dock tagits upp!) – I slutet av avsnittet om samhällsfördrag (s. 68) kan vi läsa: 'De teoretiska utgångspunkterna för fördraget ter sig nu som då verklighetsfrämmande'. Men dessa är ju till sin natur normativa 'hypoteser', inga beskrivningar av verkligheten? Är det så lätt att komma ifrån sådana antaganden?

I demokratiavsnittet skulle jag ha väntat mig se Habermas, som just har försökt presentera en normativ rekonstruktion av en demokratisk rättsstat (som även är en välfärdsstat) i sin *Faktizität und Geltung*. Demokratitemat har också rätt mycket med författningsrätten att göra. Folkstyre är inte den enda dimensionen i en politisk demokrati. Just i en välfärdsstat behöver man rättsstatliga gränser för maktutövningen. Inom den politiska teorin har dessa frågor behandlats av s.k. republikaner som t.ex. Philip Pettit. Också själva den moderna demokratiteorin kunde ha gett mera i detta hänseende.

Därefter är det skäl att återvända till temat om författningens betydelse på området. Själv ser jag egentligen författningarnas bestämmelser, som garanterar individen vissa grundläggande friheter och rättigheter, som en slags renässans av idealismens och naturrättslärans idéer i den nutida sekulariserade rätten. Lerne-

stedt ger det intrycket att individens författningsrättsligt skyddade rättigheter egentligen inte har någon särskild betydelse vid det svenska lagstiftningsarbetet. Denna del av författningen är inte aktiv i Sverige – författningen är inte levande. Men kan det faktiskt vara så att man inte ens kunde utveckla eller tolka fram mera på detta område? Man kunde nämligen säga att om så är fallet så finns det ännu mera utrymme och behov av en riktig doktrin om kriminaliseringsprinciper, och att den möjligtvis just kunde förankras i sådant författningsrättsligt material (eller sedan i en politisk filosofi). Borde man inte tvärtemot försöka aktivera grundrättighetsdiskussionen och de begränsare som går att finna där? – Det är nämligen det sistnämnda som har hänt i Finland (även om grundrättsdebatten i viss mån är oförutsebar och även kunde leda till ökade krav på kriminaliseringar).

I *Robert Alexys* verk har rättsprincipernas roll i den författningsrättsliga argumentationen behandlats omfattande. Det typiska för Alexy är en balansering och optimering av allmänna rättsprinciper vid den tyska ex post domstolskontrollen (*BVerfG*) av grundrättigheterna. Av tysk straffrättslig litteratur kunde *Otto Lagodny's: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, och *Ivo Appels: Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Straffens* ha uppmärksammats.

Beträffande teorin om rättsprinciper anser jag att framställningen förblev en aning osystematisk. T.ex. *Ronald Dworkins* normativa teori om rättssystemet (*Law's Empire*, 1986) kunde ha tagits med i sin helhet för att förklara varför principer egentligen kan fungera som begränsare till *policies*, politiska målsättningar. I detta sammanhang får vi veta även något om hur det går med den finska grundrättighetsargumentationen (s. 107-109).

Också en hel del allmänna debatter kring straffrättens kris presenteras. Vi får göra bekantskap bl.a. med den viktiga Frankfurt-skolan med *Winfried Hassemer* i spetsen. En annan viktig person är *Claus Roxin* med sin i författningen grundade funktionalism. Här har vi *H.L.A. Hart* och den berömda moralisten *lord Devlin*, *Ronald Dworkin*, osv. Och här har vi *Vagn Greves* och *Nils Jareborgs* kritiska analyser om straffrättens *Zeitgeist*. Straffteorier och straffideologier granskas. Allt som allt, är det här kapitlet en viktig introduktion till hela problemfältet som sedan i de senare kapitlen granskas mera tematiskt i syfte att hitta de rätta filtren.

8. I kapitel 4 träffar vi på det första filtret eller topos, *intressen*. Där granskas t.ex. vad som i den tyska traditionen har avsetts med att kriminaliseringar alltid har som syfte att skydda rättsgoda (*Rechtsgut*). Den tyska rättsgodatankens historiska utveckling följs från början av 1800-talet till 1990-talets diskussioner där *Roxin* och *Hassemer* varit de kanske två främsta teoretikerna. Detta avsnitt illu-

strerar åter ett historiskt betraktelsesätt, men det kopplas inte till den egentliga historiska inledningen.

Den egentliga normativa dimensionen av rättsgodabegreppet tycks inte vara särskilt betydande, men en viss deskriptiv och systematiserande potential går att finna. Lernestedt själv vill inte använda begreppet rättsgoda utan talar i stället om intressen. Genomgången av det tyska rättsgodabegreppets historia är i varje fall väl utförd. Den här begreppshistorian har också redan blivit dokumenterad i flera tyska undersökningar, men i nordisk litteratur har man troligen inte tidigare presenterat denna utvecklingslinje lika grundligt. Man kunde kanske ha noterat att *Rudolf von Jhering* var en viktig teoretiker som påverkade Franz von Liszt – och att von Jhering som en specialist i romersk rätt med sin *Zweck im Recht I–II* var ett viktigt led mellan s.k. begreppsjurisprudens och full intressejurisprudens. Von Jhering kallade sig *samhällsutilitarist* jämfört med *Jeremy Bentham*s mera individcenterade nyttoteori. Den tyska teorin har i allmänhet haft en kanske mera "samhällelig" syn på saken än vad som varit fallet i det individcenterade liberalistiska tänkandet. Själv anser jag att den nationalsocialistiska doktrinen kanske inte är idéhistoriskt så viktig, men det är snarare en smaksak.

Winfried Hassemer, med sin kritik mot funktionalismens excesser, är en viktig person i detta sammanhang: han vill hålla fast vid individuella rättsgodas primära ställning i förhållande till kollektiva rättsgoda. I detta sammanhang kunde man i ännu större omfattning ha tagit upp nyare tyska analyser om straffrättens kristillstånd. Rättsgodaproblematiken är egentligen bara *ett exempel* på krisfenomen i denna diskussion. Hassemer lämnar så att säga den dogmatiska nivån och skriver om straffrättskulturen, om samhällets och straffrättens förändringar. Claus Roxin åter, är viktig därför att han betonar straffrättens subsidiära roll i rättsgodaskyddet och de rättsligt skyddade intressenas förankring i författningen: rättsgoda 'buntar egentligen bara ihop' vad som redan uttrycks i författningen. På något sätt tycks Lernestedt vara överkritisk i detta sammanhang. Varför måste man förkasta hela idén bara därför att vi inte är helt nöjda med våra analyser av begreppet? Vi är ju i varje fall tvungna att göra distinktioner beträffande olika slags skyddade intressen.

Lernestedt skriver: 'Den transcendenta rättsgodadoktrinen position måste idag förstås i ljuset av Tysklands historia'. Detta stämmer säkert. Det finns alltså ett behov att skydda den enskilda individen. Men detta behov finns ju också i andra stater? – För övrigt: författaren har inte lagt märke till att i Tyskland redan författningen själv ställer individen framom samhället. I *GG Art 2 Abs 1* kan vi läsa att var och en själv fritt får utveckla sin personlighet ('*die freie Entfaltung der Persönlichkeit*') såvitt inte andras rättigheter kränks.

Sedan går man över till en deskriptiv intressedimension (s. 159). Lernestedt föredrar termen intresse. (Vilket är förhållandet till *intressejurisprudensens* ut-

gångspunkter?) Ett viktigt avsnitt handlar om intressebegreppets koppling med innehavareproblematiken. Vem är den vars intressen det är frågan om? Är innehavaren individen, samhället eller staten? – Samhället definieras som en grupp individer, vilket är en aning förvånande (s. 159-160). Enligt Lernestedt är alla brott ”i slutändan riktade mot såväl envar enskild som samhället och dess yttersta upprätthållare av ordningen, staten.” Läsaren måste då fråga sig: är det så lätt att låta ”alla intressen flätas ihop”?

Jag hade hoppats på att se en mera nyanserad granskning av kollektiva intressen som skyddsobjekt. I vissa fall kan man nämligen klart se att uttrycket kollektivt intresse egentligen är en konstruktion som säkert bygger på individuella intressen. Vi kunde exempelvis tänka oss begreppet trafiksäkerhet. Trafiksäkerhetens ”nivå” har att göra med olycksstatistiken. Vi, så att säga, iakttar trafiksäkerhetens tillstånd med vissa sociologiska kunskapsmetoder, men om vi vill, kan vi lika väl säga att bakom statistiken står konkreta olyckor med sina offer. Om vi vill förbättra olycksstatistiken kan det vara befogat att också diskutera straffrättsliga åtgärders roll i det hela. – Men vi har också sådana kollektiva intressen som inte kan reduceras till individnivån. Exempelvis vid förfalskningsbrotten känner vi allmän tillit till äktheten av handlingar som ett viktigt skyddsintresse. Men hur denna tillit uppstår och hur mycket enskilda förfalskningsgärningar skadar denna tillit, är svårt att bestämma.

S. 175 fn 197 innehåller ett litet misstag: ”I finsk rätt upptas trafikbrotten bland de allmänfarliga brotten.” Detta stämmer inte. – Man frågar sig också varför det betydligt oftare finns hänvisningar till finsk och tysk rätt men så sällan till de andra nordiska länderna? Har Finland och Tyskland mera att erbjuda på detta fält?

Slutresultatet blir dock att intressebegreppets potential i begränsningsavseende är begränsat. Begreppet fungerar bättre deskriptivt i systematiserande uppgifter.

9. I kapitel 5, det andra huvudkapitlet, behandlas *skadan* som ett andra filter. Först måste det alltså finnas ett intresse som skyddas, sedan är den skada som förorsakas just skadan i förhållande till ett intresse. Skadan måste i någon mening vara mätbar. Skada har i angloamerikansk litteratur definierats som *'setback to interest'* eller *'wronging'*. En viktig del i kapitlet är genomgången av angloamerikansk litteratur vad avser harm-principen. Efter Mill och Feinberg och deras kritiker tas fyra underordnade temata upp, dvs. att skadan måste åsamkas någon annan (”Harm to others”), offense (med mindre allvarlig skada), paternalism och omoral som sådan. Därefter följer ett femte tema som Lernestedt själv har konstruerat i sammanhanget: otillbörlig vinst som en slags skada. Även vissa andra specialfrågor tas upp.

För att kunna ta ställning till hur viktig skadedimensionen är för en kriminaliserings godtagbarhet, måste vi först bekanta oss med frågan vem som egentligen drabbas av brottet, är det individen, samhället eller staten? Lernestedt tycks luta mot att skadan alltid är någonting *socialt*, även om det skulle vara frågan om rättsgoda som är 'individens'. En större del av den angloamerikanska litteraturen kritiserar för att ha fokuserat sig alltför mycket på individens syn på skadan. Detta gäller också *von Hirsch/Jareborgs* försök att skapa en levnadsstandardmodell för gradering av skadedimensionen ('*gauging criminal harm*'). Lernestedt tycks vilja understryka *gemenskapsskadedimensionen* på bekostnad av *offerskadedimensionen* (s. 190 ss.) även om framställningen ter sig en aning kryptisk. Det är klart att Lernestedt ser den straffrättsliga skadan uppkomma utslutande hos samhället/staten, men detta behandlas egentligen i senare delar av boken.

Jareborg har utvecklat vissa grundläggande skillnader mellan tre möjliga brottsideologier, dvs. svar på frågan 'vad är fel med att begå brott'. Dessa ideologier bär namnen 'primitiv – kollektivistisk – radikal'. Enligt en radikal uppfattning är attityderna inte relevanta, brottet riktas enbart mot offret. Offerskadan = kriminaliseringsgrund = det som är fel med brottet.

Genom att lyfta fram gemenskapsskadedimensionen blir Lernestedt tvungen att omtolka också brottsideologierna. Man kunde också fråga sig om en sådan nyorientering egentligen motsvarar vår intuition? Egentligen har en stor del av den kritiska forskning som tillägnats straffrättens krisfenomen *valt som sitt mål en 'systemfunktionalism' som anser kollektiva skyddsintressen vara viktigast och söker nå dessa mål med medel som hotar såväl individens handlingsfrihet som straffrättens kapacitet att hantera hela mångfalden av modern brottslighet*. Gemenskapsskadetänkandet tycks närma sig en sociologisk/systemteoretisk syn på straffrättsliga normer. Är det så att vi kan godkänna en gemenskapsskadebetoning om vi annars är goda liberalister och enbart ser till den yttre verkligheten – den yttre handlingen, och inte attityderna? Kan man då "skydda individen" om inte konflikten utan (också) skadan stjäls av samhället/staten?

Harm-idén konkretiseras i fyra specialtemata: *Harm to others, offense, paternalism* och *omoral som sådan*. I "harm to others" tas John St. Mills uppfattningar som utgångspunkt. Harm to others visar sig vara ett bra kriterium, men alltför öppet för olika tolkningar. *Others* – hellre andra individer än själva samhället som sådan. Vad sedan avser kategorin 'Offense': Feinberg tycks framskrida för snabbt till balansering. Von Hirsch diskuterar offense-kategorin med ett tillägg: offense-karaktären av en gärning måste stödas med "valid reasons for objecting to the conduct". Men inte heller detta tycks lyckas. Det visar sig vara rätt svårt att objektivt bestämma beteendets offensiva natur.

Ifråga om paternalism behandlas två delområden. Jag orsakar mig själv något (*självskada*) och jag orsakar någon annan något (*annanskada*). Vi får bekanta oss med en snäv och en bred paternalism, med en direkt/indirekt paternalism och med en ren/oren paternalism. Paternalismtemat har ett visst samband med den allmänna utgångspunkten. *Om man starkt betonade samhällsskadan, skulle det inte finnas ett så stort utrymme för paternalismargumentet som begränsare.* Styrkan av paternalismargumentet tycks alltså bero på hur strikt liberalist man är. Brottsideologiska frågor spelar här åter en roll. Man måste nu fråga sig: borde man inte i viss omfattning acceptera att man kriminaliserar trots paternalismargumentet? T.ex. bilbältesföreseelse är ju ett mycket effektivt medel till extremt låga kostnader. Om man i varje fall sitter i sin bil, förlorar man ganska lite av sin frihet genom att ha bältet fastspänt (se även texten på s. 68 och s. 223).

I sig är det värdefullt att försöka analysera paternalismargumentets innebörd noggrannare än vad som vanligen gjorts, och man måste nog erkänna att hela begreppet är en aning problematiskt om man tänker på skadlighetens olika möjliga dimensioner. Men blir argumentet då egentligen svagare för den skull? Lärnestedt tycks ta det för givet att ett "omförhandlat samhällskontrakt" skulle tillåta även sådana kriminaliseringar som skadar samhället via självskada (s. 222-223). Synsättet är åter aningen sociologiskt, vilket i sig är "realistiskt".

På s. 218 får vi läsa: "Samtidigt kan jag inte se någon bärande saklig grund för att göra straffrättslig skillnad mellan 'självskada' och 'annanskada'." Då frågar man sig om exempelvis skillnaden mellan självmord och dödande på begäran kan anses vara filosofiskt sett helt obefogad? Finns här ingen moraliskt relevant skillnad? Från en liberalistisk synpunkt torde ju en sådan skiljedragning vara livsviktig. Självbestämmanderätten är nämligen en viktig rättighet. Här kunde man också ha diskuterat eutanasi-problematiken och läkararbetet över huvud taget. Det är intressant att märka att paternalismdiskussionen, så att säga, tycks ha dogmatiska följder t.ex. vad avser samtyckesproblematiken.

Beträffande moralismargumentet vill jag här lyfta fram ett tema, *the bare knowledge problem*. Det som sker privat angår inte andra, eller är det så? Privat – offentlig -distinktionen blir enbart relativ, eftersom även privata saker kan ha sociala följder. Men kan man kriminalisera en omoralisk gärning som sker privat men som vi vet att utförs? Om man följer Hart och väljer 'individual liberty' som utgångspunkt, räcker det inte med 'bare knowledge'. *Von Hirsch*, i motsats till Feinberg, föreslår att moralismen ges ett visst utrymme, för att undvika att den andra kategorin, *offense*, utvidgas alltför mycket. Den här diskussionen är givande, för det mesta kanske därför att vi så ofta har tolkat termen "offense" mera tekniskt och inte förstått dess bakgrund i en konkret "kränkning". I avsnittet behandlas även den klass som kallas för "otillbörlig vinst". Kriminaliseringar av den typen handlar om illegitima fördelar, exempelvis *freerider*-problematiken

(eller *freeloader* som det står i texten). Kriminaliseringar av denna typ anses kännetecknas av bristande solidaritet hos gärningsmannen.

Skadeavsnittet är viktigt, men det finns en hel del begreppsligt arbete som skall klaras av innan man kommer fram till egentliga konkreta tillämpningar. I slutsatserna kan vi läsa att (s. 270): "Skadebegreppet har en viss begränsande potential, men merparten av den diskussion som förs i 'skade'-termer flätas dock intressen, innehavare och negativ påverkan samman, något som töjer skadebegreppet till innehållslöshetens rand." Var hela färden således onödig?

10. I kapitel 6 tilläggs intresse- och skadedimensionen en tredje dimension, ett tredje potentiellt filter: kriminaliseringens avstånd från den konkreta skadan. Här behandlas de kriminaliseringsfrågor som har med förstadiet att göra, t.ex. förberedelse, försök och olika typer av farekriminaliseringar.

Detta avsnitt är starkare 'eget' jämfört med de tidigare. Avståndsproblematiken behandlas efter en tudelning. Det talas om teknisk avståndsmätning och om materiell avståndsmätning. Den tekniska avståndsmätningen grundar sig på *juridisk-tekniska begrepp*. Enligt den materiella avståndsmätningen ser man mera konkret på handlingsprogressen.

Lernestedt lägger större vikt på materiell än på teknisk avståndsmätning. På den tekniska sidan kritiseras idén att man tar effekten, skadan som den givna utgångspunkten. Lernestedt vill lägga större vikt på själva handlingen – och lämna kausalkedjan utan relevans för kriminaliseringen. – Det som krävs påminner om den finska straffrättskommitténs extrema *social engineering* -förslag på 1970-talet: "Mera farekriminaliseringar, bort med t.ex. dödsvållandekriminaliseringar!" (Se *Straffrättskommitténs betänkande 1976:72*, Helsingfors 1977.)

Lernestedt vill kombinera Jareborgs s.k. *handlingsetik* (som hos Jareborg dock baseras på skadetänkande) med *Andrew Ashworths* mera handlingsorienterade tänkande (utan att dela Ashworths *sinnelagsetik*). Jag tror att det fundamentala problemet ligger i att straffrättsligt och moraliskt ansvar täcker yttre handlingar - hellre: gärningar - som redan är mera än bara 'viljebaserade kroppsrörelser'. Det är inte endast frågan om att kunna rationalisera straffrättsligt ansvar på ett sådant sätt att farekriminaliseringar skulle dominera. En rättvis imputation, tillräknande av följder, måste vara ett värde i sig: människor skall ses som ansvariga subjekt, och subjektet bär ansvaret för det som de gör. Detta var för övrigt utgångspunkten också i klassisk tysk doktrin. Se därtill Jareborg-citatet på s. 288 "... vad som för de flesta är viktigast, nämligen vad som faktiskt händer". Och det händer faktiskt mera än enbart kroppsrörelser! - Exempelvis förorsakande av fara är ett sätt att beskriva en typisk gärning i en typisk kontext, och det är inte säkert att idén om en *handlingsprogress* här kan användas utan svårighet. Man kunde också peka på att kanske just när man skall tolka vad ett brott i grund

och botten egentligen är, kan det ses som en begränsning att man inte har tagit den subjektiva sidan – det personliga ansvaret – med i diskussionen.

Två andra poäng: kanske det inte ens stämmer att skadan historiskt sett har varit en utgångspunkt (se Polizeirecht-frågan)? Om man ser på de förslag som har gjorts beträffande en ökad betoning av farenkriminaliseringar, har en viktig grund för försiktigheten att följa sådana rekommendationer varit just att området för det som är kriminaliserat därigenom utvidgas. Egentligen har alltså de traditionella kraven på kausalitet och en konkret orsakad följd i verkligheten markerat det paradigmatiska brottet, och polisbestämmelserna som följer en annan logik har man försökt hålla utanför den materiella straffrätten. En rationalisering av straffansvaret med ideal hämtade ur socialpolitiskt och sociologiskt tänkande, såsom det föreslogs av den finska straffrättskommitténs betänkande, återspeglade sin tids syn på straffrättens moderniseringsbehov. En experimentering med sådana idéer har lett till att man bättre förstår vikten av att hålla fast vid vissa centrala traditionella kriminaliseringstekniker.

Den här Zeitgeist-problematiken har ofta tagits fram i den tyska diskussionen. Man kunde nämna *Cornelius Prittwitz* med sin bok *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt a.M. 1993 och boken *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts / Mit Beiträgen von Peter-Alexis Albrecht*. Frankfurt a.M. 1995. I flera fall av nutida kritisk straffrättsforskning har man velat kritisera en (system)funktionalism som bär delansvaret för en inflation i användningen av straffhot.

Den materiella avståndsmätningen är i och för sig viktigare för Lernestedt än den tekniska. Men problemet är att det inte finns så mycket konkret att börja med. Resultatet blir närmast att författaren inte är positivt inställd till den typ av begränsningar som innebär en efterhandskontroll av intresseskydd, dylik den som skedde när man krävde att ett brott förutom brottsbeskrivningsenligt även ska vara samhällsfarligt. Formalismens fördelar går då förlorade, dvs. det är bättre att försöka med samhällsfarligheten som en del – om det behövs – i själva gärningsbeskrivningen.

11. I det sista egentliga kapitlet 7 tas kravet på kriminaliseringens effektivitet fram. Här får man det intrycket att effektivisering och dynamisering av straffrättsliga regleringar egentligen redan länge har återspeglat sig i utvidgningar av området för det kriminaliserade: effektiviseringskraven tycks inte vara en negativ och begränsande kritikform, utan kritikformen används allra mest av förespråkarna för utvidgningar. I det här sjunde kapitlet beskrivs egentligen den svenska lagstiftningskulturens svagheter vad avser en rationell liberalistisk begränsning av straffansvaret. När man presenteras alla de givna exemplen, förstår man bättre

varför författaren inte tror på en snabb omvändning av den konkreta kriminaliseringspolitiken genom en introducering av begränsande filter.

Som ett begrepp låter effektivitet lite snävt i detta sammanhang. De författningsrättsliga lagstiftningsprinciperna kräver ju att ett klart samhälleligt behov för en kriminalisering förefinns, och att kriminaliseringen som lösning ger ett lyckat svar just på detta behov. Regleringen måste så att säga väntas "fungera". Och det måste vara möjligt att tillämpa regleringen utan t.ex. diskriminella följder etc. I tysk litteratur har man diskuterat effektivitetsproblematiken med hänvisningar till krav på *Angemessenheit* eller *Erforderlichkeit*. Det kan troligen också finnas en asymmetri mellan nykriminalisering / avkriminalisering i detta sammanhang. Effektivitetskravet spelar säkert en större roll när det är frågan om nykriminalisering än när vi talar om avskaffande av en existerande kriminalisering.

De exempel som ges rörande konkret effektivitetsargumentering väcker frågan om man trots allt borde ha skrivit också om *ultima ratio* –principen? Den är ju kanske den viktigaste begränsande principen, och den tycks ha blivit glömd. I början antydde Lernestedt att man inte behöver behandla denna princip därför att alla är ense om att den är bindande.

Som avslutning görs en hel del viktiga kritiska anmärkningar beträffande sättet hur kriminaliseringar i verkligheten används i dag. Möjligtvis är vi på väg tillbaka till en förmodern kasuistik. En kontextuell reglering med "målade rekvirit" som inte är tänkta att tas på allvar är vanligare än tidigare. Antalet "narrativa", "berättande", stadganden i samband med en betoning av straffrättens symboliska funktion: man vill genom ordval visa att man klart tar avstånd – doping, narkotika, osv. Även detta fenomen har ofta tagits upp i den tyska diskussionen.

12. Vad blev kvar på hand efter den långa färden? Vid sidan av en negativ kritik fick vi fyra *positiva* krav för en kriminalisering: för att vara godtagbar måste den

- skydda något skyddsvärt
- riktas mot beteende som orsakar (eller kan orsaka) skada
- riktas mot beteende med viss närhet till vad straffbudet tänks skydda
- ha viss förmodad effektivitet

Dessa är de personligt föreslagna begränsningar som eventuellt inskränker den politiska dispositionsfriheten, eller som åtminstone skapar bättre underlag för en strukturerad diskussion. (Men blev det så mycket mera än vad som redan fanns i tidigare formuleringar, t.ex. i den tidigare förteckningen i Åklagarutredningen?)

På slutrakan börjar författaren bli mer och mer medveten om språkets betydelse i konstruktionen av verkligheten. Ord betyder inte alltid det som sägs, eftersom att hela fältet normativt är så värdeladdat. Ingen vill vara paternalist eller moralist, men för att undvika detta urvattnas ofta andra viktiga principer. På s.

356 talas om en "avnormativisering" av "infekterade begrepp". Den här punkten illustrerar rätt bra varför färden trots allt var nödvändig: innan man kan börja en egen teoribildning måste man kritiskt gå igenom det som andra redan har föreslagit. Lernestedt kunde beskrivas som en ensam riddare som gärna skulle vilja tro på den kritik och de kritiker som har presenterats av andra, exempelvis av Frankfurt-skolan, men som saknar tron även på deras utgångspunkter. Tidigare hos *Critical Legal Studies* -forskningen hade man en motsvarande "disillusionment" som en central utgångspunkt. Man förkastade liberalismens formalistiska utgångspunkter utan att egentligen tillägna sig någon annan motsvarande ideologisk basis.

Också Lernestedt tycks vara av den åsikten att en klassisk liberalism inte längre är trovärdig. Idén om en privatsfär eller 'zon' hos brottslingen kan inte riktigt försvaras såsom t.ex. *Günther Jakobs* i flera av sina uppsatser har försökt kräva. – Men är det inte här hellre frågan om hur liberalismen borde anpassas till dagens säkerhetskrav?

På s. 354-355 behandlas rättsgodetänkandet och konstitutionen. Lernestedt beskriver dilemmat: Om man "förrättsligade" rättsgodeidén skulle den förlora en del av sitt kritiska icke-rättsliga potential. Men om man inte skulle göra detta, då skulle man bli fastlåst i en klassisk materiell idealism (och kritiken skulle inte få någon rättslig status). Men är detta nu egentligen ett riktigt problem? Straffrättsvetenskapen har dock åtminstone – om inte annat – en kritisk makt över hur olika problem beskrivs och besvaras. Är det inte i stället så att det åter behövs samarbete mellan olika vetenskapsgrenar? Juridisk kritik av en principlös kriminaliseringspraxis kunde eventuellt baseras på t.ex. konstitutionen och människorättskällor, en moralisk kritik på ett motsvarande sätt på moralfilosofiska principer, en kriminalpolitisk kritik på måttstocken beträffande rationell kriminalpolitik. Termen "rationell kriminalpolitik" har egentligen inte alls diskuterats. Det är ju i den kontexten som man skulle vänta sig att en teori möjligen kunde utformas. Det måste ju vara förnuftet som sist och slutligen bär hela projektet.

Det är inte så säkert att man kan samla alla dessa olika kritikmöjligheter till en enskild stor teori. Rättfärdigande och kritik är så att säga två sidor av samma mynt. Möjligheterna till kritik beror ju på vilket slags rättfärdigande vi är ute efter. Det finns så att säga både rättslig och icke-rättslig kritik. All icke-rättslig kritik kan troligen inte internaliseras i rättssystemet, men detta är kanske inte heller ens nödvändigt. Man kunde ha skrivit någonting om olika kritikformer och deras räckvidd och inbördes förhållanden. Själv anser jag det vara mycket viktigt att kunna formulera sådana principer som sedan effektivt kan kontrollera lagstiftningsverksamheten. En besvikelse i den nutida teoretiska diskussionen borde inte leda till en kapitulation, utan man borde försöka fördjupa insikten i stället. – Detta torde ju också vara ganska nära Lernestedts syn på saken.

På s. 355 behandlas kriminaliseringsfilter som vapen. Dessa vapen ges åt lagstiftaren för att lagstiftaren eventuellt själv moraliskt kunde binda sig till dem. En *moralisk självbindning* skulle alltså garantera att dessa filter respekteras i lagstiftningsarbetet. – Om detta skulle ske, skulle man kunna säga att verket har varit mer än lyckat! Man skulle framtvinga lagstiftaren till ställningstaganden. Ett mera analytiskt sätt att använda begrepp behövs: och möjligen har ett underlag givits för en bättre kriminaliseringsdiskussion.

Inom liberalismens teori har man inte tillräckligt mycket diskuterat frågor kring skyddet av kollektiva intressen. Liberalismen är åtminstone till en del gammalmodig, den måste anpassas till det samhällseliga projektet som vi experimenterar med. Begränsarens 'tal' är alltså inte heller helt pålitligt. Man vet inte vem man kunde lita på. Vi står inför Rousseaus dilemma. Det finns ingenting att börja med. Man borde kanske följa 'sitt hjärtas röst', eller hur? Men vi vet ju vad som borde göras!

Adress:

Institutionen för straff- och processrätt mm.

FIN-00014 Helsingfors universitet

E-post: kimmo.nuotio@helsinki.fi