

Samuel Cavallin

SKULD

STUREPLAN

KLIPPAN

LINDOME

AMALTEA



IUSTUS FÖRLAG

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2024

eISBN: 9789198891942

ISBN: 9176784215 (originalutgåva i tryck)

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.299>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

SKULD

SAMUEL CAVALLIN

IUSTUS FÖRLAG

© Författaren och Iustus Förlag AB,
Uppsala 1999
ISBN 91-7678-421-5
Omslag: Fons Vivus, 524 96 LJUNG
Tryck: ATAB-gruppen i Göteborg

Till Stella

FÖRORD

Den förste som, för ett inte föraktligt antal år sedan, uppmuntrade mig att skriva om detta tema var framlidne professor Per-Edwin Wallén. Ett postumt tack riktas till honom. Min handledare under den första tiden som doktorand var professor Hans Klette. Hans vänliga uppmuntran och entusiasm har följt mig under hela avhandlingstiden. Med tillgång till hans klara blick för praxis' betydelse, och den växelverkan som råder mellan teori och praxis, har jag många gånger kunnat återupptäcka ljuset i de tyska och svenska doktrinära tunnarna.

Därnäst måste jag rikta ett särskilt tack till professor Anna Christensen. Hennes fullständigt orädda och fördomsfria inställning till forskningen och forskarsamhället, hennes vetenskapliga skärpa, och, tillåt mig att säga, äkta rättspatos, har varit ovärderliga för fortlevnaden av avhandlingens idé.

Professor Per Ole Träskman tog efter ungefär halva avhandlingstiden över som handledare. Hans handledning har varit helt outhärlig för projektets genomförande. Genom honom fick jag flera tillfällen att lägga fram mina resultat för ett kvalificerat auditorium. Han har också genom sin skärpa mer än en gång räddat mig från allvarliga misstag. Tack för allt tålamod med manuskriptet. Dessutom vill jag tacka för omsorgen om min försörjning under det gångna året.

Intrycken från seminarierna i professor Aleksander Peczeniks hem består. Inspirationen därifrån betydde mycket för mitt arbete. Dekanus professor Peter Westberg och professor Gunnar Bergholtz har läst och kommenterat delar av vad jag skrivit. Tack för uppriktiga och väldigt roliga samtal.

Fil Dr Uta Bindreiter har ägnat mycken tid åt läsa och rätta min tyska. Men dessutom, och kanske framförallt, tackar jag för tålamodet under alla samtalen om tyska rättsfilosofer. Jur. Kand. Christoffer Wong har i allt väsentligt gjort översättningen av sammanfattningen till engelska. Tack, Christoffer, också för straffrättsliga samtal och de straffrättsliga artiklar du stuckit till mig.

Docent Per Samuelsson har varsamt och observant, i samtal och i granskning av manus, försökt att bibringa mig den enkelhet som följer på en insikt om språkets och rättsvetenskapens begränsningar och möjligheter. Mina bröder, fil. mag. Christian Cavallin och fil. dr. Jens Cavallin, har varit till ovärderlig hjälp genom sin uppmuntran och tankeskärpa.

Under avhandlingsåren har min familj alltid stött mig. Denna min skuld kan inte återgäldas. Marta, Clara, Magdalena och Teresa har dessutom hjälpt att sortera akterna från tingsrätterna. Stort tack till Tuve Löfström och

systemarkitekt Helena Löfström för kvalificerad datorhjälp. Filosofie kandidaterna Clemens Cavallin, Samuel J. Cavallin och Katarina Cavallin tackas alla varmt för initierade samtal och konstnärlig hjälp. Också Karmel i Glumslöv skall ha ett stort erkännande för korrekturläsningen.

Kurt Palmér har gjort många praktiskt värdefulla insatser för att underlätta avhandlingsarbetet.

Slutligen vill jag tacka för generösa bidrag från Emil Heijnes Stiftelse, både för min försörjning och för tryckningsbidrag, samt Institutet för rättsvetenskaplig forskning och den juridiska fakulteten i Lund för tryckningsbidrag. Till resor, litteratur och andra liknande omkostnader har jag också fått stöd genom Emmy Ekbergs stipendiefond nr 1.

Lund i augusti 1999

Samuel Cavallin

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

| | |
|---------------------|---|
| FÖRKORTNINGAR | 9 |
|---------------------|---|

| | |
|-----------------|----|
| INLEDNING | 11 |
|-----------------|----|

| | |
|--|----|
| PROBLEMET | 11 |
| AVHANDLINGENS HUVUDTES OCH SYFTE | 14 |
| METOD | 18 |
| NÅGRA AVGRÄNSNINGAR..... | 21 |

| | |
|---|----|
| KAPITEL 1 OM TILLRÄKNANDE AV STRAFFANSVAR | 24 |
|---|----|

| | | |
|-----------|--|----|
| 1.1 | INLEDNING | 24 |
| 1.2 | TILLRÄKNELIGHET..... | 25 |
| 1.3 | TILLRÄKNANDE | 25 |
| 1.3.1 | BAKGRUND | 25 |
| 1.3.2 | NÅGRA LÄROR OM TILLRÄKNANDE | 29 |
| 1.3.3 | NÄRMARE OM INDELNINGEN I SUBJEKTIVT OCH OBJEKTIVT TILLRÄKNANDE | 31 |
| 1.3.4 | SÄRSKILT OM KELSENS TILLRÄKNANDELÄRA..... | 34 |
| 1.3.5 | SVENSK DOKTRIN..... | 40 |
| 1.4 | BROTTSBEGREPPET | 41 |
| 1.4.1 | INLEDNING | 41 |
| 1.4.1.1 | Straffrättsdogmatiken och brottsbegreppet | 41 |
| 1.4.1.2 | Handling och gärning | 42 |
| 1.4.1.3 | Något om indelningen i materiell rätt och processrätt | 44 |
| 1.4.1.4 | Ett formellt och ett materiellt brottsbegrepp..... | 47 |
| 1.4.2 | BAKGRUND | 50 |
| 1.4.2.1 | Allmänt | 50 |
| 1.4.2.2 | Det materiella brottsbegreppets processuella ursprung | 53 |
| 1.4.2.3 | Framväxten av ett materiellt brottsbegrepp; det "klassiska" brottsbegreppet..... | 55 |
| 1.4.2.4 | Striden om tudelningen..... | 59 |
| 1.4.2.5 | Brottsbeskrivningsenlighet och ansvar i den ackusatoriska processformen | 62 |
| 1.4.3 | BROTTSBEGREPPETS NÄRMARE INNEHÅLL I TYSK RÄTT | 64 |
| 1.4.3.1 | Allmänt | 64 |
| 1.4.3.2 | Det klassiska brottsbegreppet | 64 |
| 1.4.3.3 | Det nyklassiska brottsbegreppet | 66 |
| 1.4.3.4 | Finalismens brottsbegrepp | 68 |
| 1.4.3.4.1 | Finalismens handlingslära..... | 68 |
| 1.4.3.4.2 | Kritiken mot finalismens handlingslära | 70 |
| 1.4.3.4.3 | Finalismens skuldlära..... | 70 |
| 1.4.3.4.4 | Kritiken mot det finalistiska skuldbegreppet | 71 |
| 1.4.3.4.5 | Finalismens oaktsamhets- och rättsstridighetsbegrepp | 71 |
| 1.4.3.5 | Kompromissen mellan finalister och "kausalister" i den härskande läran..... | 72 |
| 1.4.3.5.1 | Allmänt | 72 |
| 1.4.3.5.2 | Brottsbegreppets användning..... | 73 |
| 1.4.3.5.3 | Handlingsläror..... | 80 |
| 1.4.3.5.4 | Skuldbegrepp | 85 |
| 1.4.4 | BROTTSBEGREPPET I ENGELSK RÄTT | 88 |
| 1.4.4.1 | Inledning..... | 88 |
| 1.4.4.2 | Allmänt om <i>common law</i> -kulturen | 88 |
| 1.4.4.3 | Källorna till <i>criminal law</i> | 90 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 1.4.4.3.1 | Common law | 90 |
| 1.4.4.3.2 | Lagstiftning och förarbeten | 92 |
| 1.4.4.3.3 | Doktrinen | 97 |
| 1.4.4.4 | Något om handlingslärorna från den anglosaxiska traditionen | 98 |
| 1.4.4.4.1 | Allmänt | 98 |
| 1.4.4.4.2 | Om avsiktliga gärningar enligt H.L.A. Hart | 99 |
| 1.4.4.4.3 | Duff's icke-dualistiska gärningslära | 100 |
| 1.4.4.5 | Mens rea: brottsbegreppets skuldsida | 104 |
| 1.4.4.5.1 | Ursprunget till läran om mens rea | 104 |
| 1.4.4.5.2 | Mens rea eller mentes rea | 109 |
| 1.4.4.6 | Närmare om processuella aspekter på brottsbegreppet i <i>common law</i> -kulturen | 111 |
| 1.4.4.6.1 | Ett blandat materiellt och processuellt brottsbegrepp | 111 |
| 1.4.4.6.2 | Distinktionen mellan <i>elements of an offence</i> och <i>defences</i> | 112 |
| 1.4.4.6.3 | Frivillighetsrekvisitet som både ett materiellt "mentalt" rekvisit och ett <i>defence</i> | 113 |
| 1.4.4.7 | Mot ett icke-dualistiskt ansvarsbegrepp | 114 |
| 1.4.5 | BROTTSBEGREPPET I SVENSKSPRÅKIG DOKTRIN | 115 |
| 1.4.5.1 | Den härskande läran | 115 |
| 1.4.5.2 | Jareborgs brottsbegrepp | 119 |
| 1.4.5.2.1 | Handlingsbegreppet | 119 |
| 1.4.5.2.2 | Brottsbegreppets innehåll | 120 |
| 1.4.5.3 | Frändes brottsbegrepp | 130 |
| 1.4.5.3.1 | Allmänt | 130 |
| 1.4.5.3.2 | Funktionen | 130 |
| 1.4.6 | NÅGOT OM ÖVRIG NORDISK DOKTRIN | 134 |
| 1.5 | GRUNDRAGEN I ETT OMARBETAT TILLRÄKNANDE AV STRAFFANSVAR | 136 |
| 1.5.1 | ALLMÄNT | 136 |
| 1.5.2 | TILLSKRIVANDE OCH TILLRÄKNANDE ÄR NORMATIVA BEGREPP | 136 |
| 1.5.3 | AVBROTTSKRITERIET FÖR KAUSALITET OCH/ELLER FINALITET FINNS I SKULDPRINCIPEN | 137 |
| 1.5.4 | BROTTSBEGREPPETS OMSTRUKTURERING | 143 |

KAPITEL 2 DOLUS..... 146

| | | |
|-----------|--|-----|
| 2.1 | INLEDNING | 146 |
| 2.2 | BAKGRUND | 146 |
| 2.2.1 | ALLMÄNT | 146 |
| 2.2.2 | "GERMANSK" OCH ROMERSK RÄTT | 151 |
| 2.2.2.1 | "Germansk" rätt | 151 |
| 2.2.2.1.1 | Den "germanska" rättens förmenta konsekvensetiska grund | 151 |
| 2.2.2.1.2 | Gränsdragningen mellan viljaverk och vådaverk | 152 |
| 2.2.2.2 | Romersk rätt | 153 |
| 2.2.2.2.1 | Äldre romersk rätt | 153 |
| 2.2.2.2.2 | Yngre romersk rätt | 154 |
| 2.2.2.3 | Konklusion - Den äldre rätten stöder varken en sinnelags- eller konsekvensetik | 160 |
| 2.2.3 | SVENSK RÄTT TILL OCH MED STRAFFLAGEN | 162 |
| 2.2.3.1 | Landskapslagarna | 162 |
| 2.2.3.1.1 | Domstolsorganisationen | 162 |
| 2.2.3.1.2 | Ett materiellt och processuellt uppsåtsbegrepp | 163 |
| 2.2.3.1.3 | Konklusion – En gärningsmässig och delvis processuell prövningsmetod | 165 |
| 2.2.3.2 | Tiden under lands- och stadslagarna t o m 1734 års lag | 168 |
| 2.2.3.2.1 | "Uppsåtspresumtionen" och oskyldighetspresumtionen i domarreglerna | 168 |
| 2.2.3.2.2 | Nehrman och "uppsåtspresumtionen" i domarreglerna | 171 |
| 2.2.3.2.3 | Uppsåtskravet i övrigt enligt Nehrman och Lindblad | 173 |
| 2.2.3.3 | Förslagen från Lagkommittén år 1832 och Lagberedningen år 1844 | 178 |
| 2.2.3.4 | Tiden närmast före och efter strafflagen | 179 |
| 2.2.3.4.1 | "Bestämt" och "obestämt" uppsåt | 179 |
| 2.2.3.4.2 | Livsbrotten i strafflagen | 186 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 2.2.3.4.3 | Avskaffandet av de objektiva överskotten | 188 |
| 2.2.3.5 | Konklusion - Uppsåtsprövningen problematiserades vid 1900-talets början | 190 |
| 2.3 | UPPSÅT DE LERGE LATA OCH FERENDA | 191 |
| 2.3.1 | INLEDNING | 191 |
| 2.3.2 | UPPSÅTSDISKUSSIOEN I CIVIL- OCH COMMON LAW-LÄNDERNA | 194 |
| 2.3.2.1 | Diskussionen om uppsåt i <i>civil law</i> -kulturen | 194 |
| 2.3.2.1.1 | Allmänt | 194 |
| 2.3.2.1.2 | Tyskland | 195 |
| 2.3.2.1.3 | Danmark, Norge och Finland | 214 |
| 2.3.2.1.4 | Sverige | 218 |
| 2.3.2.2 | Om uppsåtskravet i engelsk rätt | 222 |
| 2.3.2.2.1 | Allmänt | 222 |
| 2.3.2.2.2 | <i>Intent</i> | 222 |
| 2.3.2.2.3 | Den nyare diskussionen om uppsåt i England | 240 |
| 2.3.2.3 | Konklusion - Vart pekar uppsåtsdiskussionens spjutspetsar? | 254 |
| 2.3.2.3.1 | Tre grundstrukturer för skuldprövningen | 254 |
| 2.3.2.3.2 | Mot en objektivverad uppsåtsbedömning | 256 |
| 2.3.2.3.3 | Mot en praktiskt möjlig och rättssäker uppsåtsprövning | 259 |
| 2.3.3 | UR FÖRARBETENA TILL BRB KAP 1 §2 | 260 |
| 2.3.4 | UPPSÅTSREGLER I BRB | 261 |
| 2.3.4.1 | BrB kap 1 § 2 | 261 |
| 2.3.4.2 | Särskilda uppsåtskvalifikationer i BrB | 262 |
| 2.3.4.2.1 | Allmänt | 262 |
| 2.3.4.2.2 | Skilnaden mellan motiv, direkt och indirekt uppsåt vid bedömning av fristående uppsåtsrekvisit | 263 |
| 2.3.4.2.3 | Fristående avsikts- och uppsåtsrekvisit i Brottsbalken | 264 |
| 2.3.4.3 | Uppsåtsregler i BrB kap 29 | 274 |
| 2.3.5 | SVENSK PRAXIS | 277 |
| 2.3.5.1 | Inledning | 277 |
| 2.3.5.2 | Högsta domstolens äldre praxis | 278 |
| 2.3.5.3 | Högsta domstolens praxis efter brottsbalkens ikraftträdande | 293 |
| 2.3.5.3.1 | Inledning | 293 |
| 2.3.5.3.2 | Dolus eventualis | 294 |
| 2.3.5.3.3 | Gärningsuppsåt, likgiltighetsuppsåt samt blandformer av dessa | 300 |
| 2.3.5.4 | Hovrättspraxis | 339 |
| 2.3.5.4.1 | Dolus eventualis | 339 |
| 2.3.5.4.2 | Gärningsuppsåt | 342 |
| 2.3.5.4.3 | Likgiltighetsuppsåt | 345 |
| 2.3.6 | KONKLUSION – GÄRNINGSUPPSÅT OCH DOLUS EVENTUALIS ÄR GÄLLANDE RÄTT | 348 |
| 2.4 | SLUTLIG DISKUSSION OCH KONKLUSION – VILJA OCH/ELLER VERK MÅSTE BLI VILJAVERK | 349 |

KAPITEL 3 FÖRSÖK..... 354

| | | |
|------------|--|------------|
| 3.1 | INLEDNING | 354 |
| 3.2 | FÖRSÖKSANSVARETS GRUNDER | 358 |
| 3.3 | NÅGOT OM FÖRSÖKSANSVARET I OLIKA LÄNDERS GÄLLANDE RÄTT | 360 |
| 3.4 | FÖRSÖKSPUNKTEN – METODERNA FÖR ATT IDENTIFIERA GÄRNINGEN | 363 |
| 3.4.1 | ALLMÄNT | 363 |
| 3.4.2 | HÄLLPUNKTER FÖR ATT FASTSTÄLLA FÖRSÖKSPUNKTEN | 366 |
| 3.4.3 | NÄRMARE OM KRAVET PÅ "PÅBÖRJANDE" I BRB KAP 23 § 1 | 376 |
| 3.4.4 | FARER EKVISITET | 377 |
| 3.4.5 | KONKLUSION – FÖRSÖKSPUNKTEN BESTÄMS EFTER GÄRNINGENS STRUKTUR OCH MENING | 383 |
| 3.5 | UPPSÅTSKRAVET VID FÖRSÖKSANSVAR I SVENSK RÄTT | 384 |
| 3.5.1 | ALLMÄNT | 384 |
| 3.5.2 | PROBLEMSTÄLLNING – UPPSÅTSPRÖVNINGEN ÄR BEROENDE AV GÄRNINGSIDENTIFIKATIONEN | 384 |
| 3.5.3 | UPPSÅT TILL FÖRSÖKSGÄRNINGENS INTRÄFFADE EFFEKTER OCH GÄRNINGSMOMENT | 386 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 3.5.4 | UPPSÅT TILL DET FULLBORDADE BROTTETS OBJEKTIVA REKVISIT, SOM INTE INTRÄFFAT | 387 |
| 3.5.4.1 | Avslutat försök..... | 387 |
| 3.5.4.2 | Oavslutat försök..... | 388 |
| 3.5.5 | UPPSÅT TILL FARAN FÖR FULLBORDAT BROTT | 390 |
| 3.6 | KONKLUSION – FÖRSÖKSANSVARET BEKRÄFTAR DEN ICKE-DUALISTISKA PRÖVNINGSMODELLEN | 394 |

KAPITEL 4 CULPA..... 396

| | | |
|-----------|---|-----|
| 4.1 | PROBLEMSTÄLLNINGEN..... | 396 |
| 4.2 | NÅGRA AVGRÄNSNINGAR..... | 399 |
| 4.3 | BAKGRUND..... | 405 |
| 4.4 | LAGSTIFTNINGEN..... | 411 |
| 4.4.1 | LAGSKRIVNINGSTEKNIKEN | 411 |
| 4.4.2 | BROTTSBALKEN | 417 |
| 4.4.2.1 | Det allmänna skuldkravet och brottskatalogen..... | 417 |
| 4.4.2.2 | Straffvärdebestämmelserna i BrB kap 29 | 419 |
| 4.4.2.3 | Försök till oaktsamt brott..... | 420 |
| 4.4.3 | TRAFIKBROTTSLAGEN..... | 423 |
| 4.5 | FÖRARBETENA | 428 |
| 4.5.1 | STRAFFLAGSKOMMISSIONEN | 428 |
| 4.5.2 | STRAFFRÄTTSKOMMITTÉN..... | 429 |
| 4.5.2.1 | Allmänt | 429 |
| 4.5.2.2 | Kvalifikationer av aktsamheten enligt Straffrättskommittén..... | 430 |
| 4.5.2.3 | Förslaget i Straffrättskommittén om straffrihet för ringa oaktsamhet | 431 |
| 4.5.3 | FÖRARBETENA TILL TBL § 1 | 432 |
| 4.5.3.1 | Förarbetena före åklagarutredningen..... | 432 |
| 4.5.3.2 | ”I väsentlig mån brutit i aktsamhet”..... | 434 |
| 4.5.4 | EN JÄMFÖRELSE MELLAN SYNSÄTTIET I STRAFFRÄTTSKOMMITTÉN OCH FÖRARBETENA TILL TBL..... | 435 |
| 4.6 | DOKTRINEN..... | 440 |
| 4.6.1 | INLEDNING | 440 |
| 4.6.2 | TYSKLAND | 442 |
| 4.6.2.1 | Klassiska läror | 442 |
| 4.6.2.1.1 | Roxins definition..... | 442 |
| 4.6.2.1.2 | Bindings viljeteoretiska lära..... | 443 |
| 4.6.2.1.3 | Läror med utgångspunkt i föreställningsläran..... | 448 |
| 4.6.2.1.4 | Konklusion – Den klassiska läran invalidiseras bara då ett ”oaktsamhetssinnelag” förutsätts | 448 |
| 4.6.2.2 | Flerstegsläror | 449 |
| 4.6.2.2.1 | Allmänt | 449 |
| 4.6.2.2.2 | Engisch..... | 450 |
| 4.6.2.2.3 | Den härskande läran i Tyskland..... | 457 |
| 4.6.2.2.4 | Finalisterna..... | 459 |
| 4.6.2.2.5 | Diskussion och konklusion- Indelningen i subjektiv respektive objektiv oaktsamhet har främst sin grund i ”der Angelpunkt”..... | 462 |
| 4.6.2.3 | Koriaths ”objektiva” och processuella lära..... | 472 |
| 4.6.3 | NORDEN | 478 |
| 4.6.3.1 | Allmänt | 478 |
| 4.6.3.2 | Svenska klassiska läror | 479 |
| 4.6.3.2.1 | Hagströmer..... | 479 |
| 4.6.3.2.2 | Thyrén..... | 479 |
| 4.6.3.2.3 | Brottsbalkskomentaren | 485 |
| 4.6.3.2.4 | Strahl..... | 487 |
| 4.6.3.2.5 | Wennberg och Leijonhufvud | 495 |
| 4.6.3.3 | Flerstegsläror i Sverige..... | 497 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 4.6.3.3.1 | Allmänt | 497 |
| 4.6.3.3.2 | Erenius | 498 |
| 4.6.3.3.3 | Jareborg | 511 |
| 4.6.3.4 | Frändes oaksamhetslära | 559 |
| 4.6.3.5 | Norge och Danmark | 560 |
| 4.6.3.6 | Kan oaksamhet förklaras med hjälp av likgiltighetsbegreppet? | 561 |
| 4.6.3.6.1 | Oaksamhet som gärningens manifesterade likgiltighet | 561 |
| 4.6.3.6.2 | En jämförelse mellan Duffs oaksamhets- och likgiltighetsbegrepp samt likgiltighetsbegreppet i tysk och svensk litteratur | 565 |
| 4.6.3.6.3 | Konklusion – Likgiltighetsbegreppet säger inte mer än oaksamhetsbegreppet | 571 |
| 4.7 | PRAXIS | 572 |
| 4.7.1 | INLEDNING | 572 |
| 4.7.2 | NJA 1997 s 103 | 573 |
| 4.7.3 | NJA 1966 s 70 | 575 |
| 4.7.4 | NJA 1989 s 552 | 579 |
| 4.7.5 | SLUTSATS | 584 |
| 4.8 | SLUTLIG DISKUSSION OCH KONKLUSION OM OAKSAMHETSANSVARET | 584 |
| 4.8.1 | DE LEGE IATA | 584 |
| 4.8.1.1 | Lag | 584 |
| 4.8.1.2 | Praxis | 586 |
| 4.8.1.3 | Doktrinen | 586 |
| 4.8.1.3.1 | Inledning | 586 |
| 4.8.1.3.2 | Två läror sida vid sida i svensk doktrin | 586 |
| 4.8.1.3.3 | Culpaansvar uttryckt som processuella regler | 587 |
| 4.8.1.3.4 | Täckningsprincipen | 587 |
| 4.8.1.3.5 | Gränsen mellan dolus och culpa | 588 |
| 4.8.1.3.6 | Särskilt om området närmast under uppsåtsgränsen | 590 |
| 4.8.2 | DE LEGE FERENDA | 591 |
| 4.8.2.1 | Utgångspunkten för förutsättningarna för straffansvar måste tas i aktsamhetskravet | 592 |

KAPITEL 5 TINGSRÄTTSPRAXIS **596**

| | | |
|------------|---|------------|
| 5.1 | INLEDNING | 596 |
| 5.2 | DOMSMATERIALET | 596 |
| 5.3 | KLASSIFICERINGEN AV MATERIALET | 599 |
| 5.3.1 | INDELNINGEN AV BROTTEN | 599 |
| 5.3.2 | ALLMÄNT OM KLASSIFICERINGEN AV SKULDFORMULERINGARNA | 602 |
| 5.3.3 | SAMMANSTÄLLNING AV HUVUDDRAGEN I KLASSIFICERINGEN | 606 |
| 5.3.4 | DEN NÄRMARE KLASSIFICERINGEN AV MATERIALET | 608 |
| 5.3.4.1 | Uppsåtsformuleringar vid det uppsåtliga dödandet | 608 |
| 5.3.4.1.1 | Allmänt | 608 |
| 5.3.4.1.2 | Kommentarer till de olika klasserna | 608 |
| 5.3.4.2 | Negativa uppsåtsformuleringar | 611 |
| 5.3.4.2.1 | Allmänt | 611 |
| 5.3.4.2.2 | Kommentarer till klassificeringen | 612 |
| 5.3.4.3 | Oaksamhetsformuleringar | 614 |
| 5.3.4.3.1 | Allmänt | 614 |
| 5.3.4.3.2 | Kommentarer | 614 |
| 5.3.4.4 | Uppsåtsformuleringar beträffande uppsåt till misshandelsgärningen i Huvudkategori III | 616 |
| 5.3.4.4.1 | Allmänt | 616 |
| 5.3.4.4.2 | Kommentarer | 616 |
| 5.3.4.5 | Klassificeringen av TT:s inställning | 617 |
| 5.3.4.5.1 | Allmänt | 617 |
| 5.3.4.5.2 | Kommentarer | 618 |
| 5.3.5 | ÖVERSIKT ÖVER KLASSIFICERINGARNA | 619 |
| 5.4 | REDOVISNING AV HUVUDKATEGORI I-III | 621 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 5.4.1 | HUVUDKATEGORI I - UPPSÅTLIGT DÖDANDE..... | 621 |
| 5.4.1.1 | Mord..... | 621 |
| 5.4.1.1.1 | Allmänt | 621 |
| 5.4.1.1.2 | Uppsåtsformuleringarna och den tilltalades inställning | 621 |
| 5.4.1.1.3 | Förhållandet mellan skuldformuleringarna och den tilltalades inställning | 622 |
| 5.4.1.1.4 | Kommentarer | 624 |
| 5.4.1.2 | Dråp | 625 |
| 5.4.1.2.1 | Allmänt | 625 |
| 5.4.1.2.2 | Uppsåtsformuleringarna och TT:s inställning..... | 625 |
| 5.4.1.2.3 | Förhållandet mellan uppsåtsformuleringarna och TT:s inställning..... | 626 |
| 5.4.1.2.4 | Kommentarer | 627 |
| 5.4.1.3 | Huvudkategori I - Uppsåtligt dödande sammantaget..... | 628 |
| 5.4.1.3.1 | Uppsåtsformuleringarna | 628 |
| 5.4.1.3.2 | Den tilltalades inställning..... | 629 |
| 5.4.1.3.3 | Kommentarer | 629 |
| 5.4.2 | HUVUDKATEGORI II - EJ UPPSÅTLIGT DÖDANDE..... | 630 |
| 5.4.2.1 | Allmänt | 630 |
| 5.4.2.2 | Åtal för uppsåtligt dödande | 633 |
| 5.4.2.2.1 | Domar för vållande till annans död, ej genom trafikhändelse, ogillat åtal för uppsåtligt dödande | 633 |
| 5.4.2.2.2 | Domar för grov misshandel, åtal för uppsåtligt dödande | 636 |
| 5.4.2.3 | Ej åtal för uppsåtligt dödande | 638 |
| 5.4.2.3.1 | Domar för vållande till annans död, ej genom trafikhändelse, ej åtal för uppsåtligt dödande;..... | 638 |
| 5.4.2.3.2 | Domar för vållande till annans död genom trafikhändelse, ej åtal för uppsåtligt dödande | 640 |
| 5.4.2.4 | Huvudkategori II - Ej uppsåtligt dödande, sammantaget..... | 643 |
| 5.4.3 | HUVUDKATEGORI III – UPPSÅT VID DOMAR FÖR GROV MISSHANDEL | 646 |
| 5.4.3.1 | Översikt över huvudkategori III | 646 |
| 5.4.3.2 | Domar för grov misshandel (kategori 1 och 2), "rent" brott, åtal för uppsåtligt dödande | 647 |
| 5.4.3.2.1 | Uppsåtsformuleringarna och den tilltalades inställning..... | 647 |
| 5.4.3.2.2 | Kommentarer | 647 |
| 5.4.3.3 | Domar för självständig grov misshandel, "orent" brott (kategori 3), åtal för uppsåtligt dödande (14 fall) och åtal för oaktsamt dödande (14 fall)..... | 648 |
| 5.4.3.3.1 | Allmänt | 648 |
| 5.4.3.3.2 | Uppsåtsformuleringarna och den tilltalades inställning..... | 648 |
| 5.4.3.3.3 | Kommentarer | 649 |
| 5.4.3.4 | Domar för självständig grov misshandel, "rent" brott (kategori 4), åtal för detta brott..... | 650 |
| 5.4.3.4.1 | Uppsåtsformuleringarna och den tilltalades inställning..... | 650 |
| 5.4.3.4.2 | Kommentar | 650 |
| 5.4.3.5 | Domar för osjälvständig grov misshandel (kategori 5), "rent" brott, åtal för detta brott..... | 651 |
| 5.4.3.5.1 | Allmänt | 651 |
| 5.4.3.5.2 | Uppsåtsformuleringarna och den tilltalades inställning..... | 651 |
| 5.4.3.5.3 | Kommentarer | 652 |
| 5.4.3.6 | Huvudkategori III - Grov misshandel sammantaget | 653 |
| 5.5 | TYPFALL..... | 654 |
| 5.5.1 | ALLMÄNT..... | 654 |
| 5.5.2 | UPPSÅTLIGT DÖDANDE | 655 |
| 5.5.2.1 | Mord | 655 |
| 5.5.2.1.1 | Självständigt brott | 655 |
| 5.5.2.1.2 | Osjälvständigt brott | 671 |
| 5.5.2.2 | Dråp | 681 |
| 5.5.2.2.1 | Allmänt | 681 |
| 5.5.2.2.2 | Självständigt brott | 681 |
| 5.5.2.2.3 | Osjälvständigt brott..... | 695 |
| 5.5.3 | EJ UPPSÅTLIGT DÖDANDE | 705 |
| 5.5.3.1 | Allmänt | 705 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 5.5.3.2 | Vållande till annans död och grov misshandel, ej genom trafikhändelse, åtal för uppsåtligt dödande..... | 706 |
| 5.5.3.2.1 | Klasserna "Ej DD", "Ej DE" och "Ej GU"..... | 706 |
| 5.5.3.3 | Grov misshandel, åtal för (främst osjälvständigt) uppsåtligt dödande | 711 |
| 5.5.3.3.1 | Allmänt | 711 |
| 5.5.3.3.2 | Klasserna "Ej DD", "Ej DE", "Ej GU", "Övriga" och "0-res"..... | 711 |
| 5.5.3.4 | Vållande till annans död och grov misshandel, ej genom trafikhändelse, ej åtal för uppsåtligt dödande..... | 719 |
| 5.5.3.4.1 | Allmänt | 719 |
| 5.5.3.4.2 | Klasserna "CulpaG" "RiskM", "0-res"..... | 719 |
| 5.5.3.5 | Vållande till annans död genom trafikhändelse, ej åtal för uppsåtligt dödande | 723 |
| 5.5.4 | GROV MISSHANDEL "RENA" FALL, ÅTAL FÖR DETTA BROTT..... | 732 |
| 5.5.4.1 | Allmänt | 732 |
| 5.5.4.2 | Klasserna "DD", "DE", "GU" och "0-res"..... | 732 |
| 5.6 | SLUTLIG DISKUSSION OCH KONKLUSION | 738 |
| 5.6.1 | UNDERSÖKNINGENS RESULTAT I STORA DRAG..... | 738 |
| 5.6.2 | UPPSÅT VID GRÄNSEN MOT CULPA | 741 |
| 5.6.2.1 | Dolus eventualis i tingsrättspraxis | 741 |
| 5.6.2.2 | Sannolikhetsuppsåt och culpa i tingsrättspraxis | 743 |
| 5.6.2.3 | Gärningsuppsåt i tingsrättspraxis..... | 745 |
| 5.6.3 | FÖRKLARINGARNA TILL ATT UPPSÅTSRESONEMANG SAKNAS | 747 |
| 5.6.3.1 | Förklaringen att domstolen slarvat | 747 |
| 5.6.3.2 | Den tilltalades inställning som förklaring..... | 747 |
| 5.6.3.3 | Tingsrätternas utgångspunkt i gärningens mening som förklaring..... | 748 |
| 5.6.4 | LIKGLIHTHETSBEGREPPET I TINGSRÄTTERNA | 750 |
| 5.6.5 | OAKTSAMHET I TINGSRÄTTERNA..... | 753 |

AVSLUTNING..... 756

SAMMANFATTNING..... 756

TILLRÄKNANDE- OCH STRAFFANSVARSBEGREPPET..... 757

LEGALITET OCH RÄTTSSÄKERHET I STRAFFRÄTTEN..... 758

SUMMARY..... 760

INTRODUCTION..... 760

PART I MAIN FEATURES..... 760

THE ROLE OF THE FAULT ELEMENT IN THE INVESTIGATION OF CRIMINAL LIABILITY..... 760

FAULT IN SWEDISH CRIMINAL LAW..... 761

THE PURPOSE AND MAIN ISSUE..... 762

METHOD 764

PART II A CLOSER VIEW ON THE CONTENT OF THE THESIS..... 766

GENERALLY..... 766

CHAPTER 1 ON ASCRIPTION OF CRIMINAL LIABILITY..... 766

Generally 766

The Background of the Concept of Imputation and the Concept of Crime..... 767

The Difference between *Imputation Juris* and *Imputatio Moralis*..... 767

Imputatio Facti and Objective Imputation..... 768

Imputation in the Inquisitorial Criminal Process..... 768

Two Legal Imputations Were Made Two Empirical Imputations..... 769

The Criticism against the Concept of "Objective" Imputation..... 769

CHAPTER 2 DOLUS..... 770

CHAPTER 3 CRIMINAL ATTEMPTS..... 771

CHAPTER 4 CULPA..... 772

The Problem..... 772

| | |
|---|-------------------|
| Conclusions | 773 |
| The Principle of Coverage | 774 |
| The Borderline between <i>Dolus</i> and <i>Culpa</i> viewed from the side of <i>Culpa</i> | 775 |
| CHAPTER 5 PRACTICE IN THE COURTS OF FIRST INSTANCE | 776 |
| <u>KÄLLFÖRTECKNING</u> | <u>777</u> |
| FÖRARBETEN | 777 |
| ÖVRIG LITTERATUR | 779 |
| <u>RÄTTSFALL</u> | <u>798</u> |
| <u>SAKREGISTER.....</u> | <u>800</u> |

FÖRKORTNINGAR

| | |
|---------------|---|
| A.C. | Appeal Cases |
| All ER | The All England Law Reports |
| Aufl | Auflage |
| BGHSt | Bundesgerichtshof in Strafsachen; Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, hrsg. Von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwalt- schaft |
| BrB | Brottsbalken |
| BRÅ | Brottsförebyggande rådet |
| Co. Rep. | Coke Reports (Reprint 1979 in The English Reports) |
| Ds | Departementsserien |
| E.R. | English Reports |
| Ed | Edition |
| Fil lex | Filosoflexikonet (Se <i>Liibcke</i> under "Övrig litteratur") |
| GA | Goldammer's Archiv für Strafrecht |
| GS | Gedächtnisschrift |
| H.L. Rev | Harvard Law Review |
| HD | Högsta domstolen |
| HovR | Hovrätt(en) |
| Hrsg. | Herausgegeben |
| Ill.L. Rev | Illinois Law Review |
| JFT | Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland |
| JT | Juristtidningen |
| JuS | Juristische Schulung |
| JuS-L | Juristische Schulung-Lernbogen |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| K. B. | King's Bench Division |
| L.T.R. (L.T.) | The Law Times Reports |
| MB | Missgärningabalken (i 1734 års lag) |
| MFF | Motorfordonsförordningen |
| NJA II | Nytt Juridiskt Arkiv, avd II |
| NJA | Nytt Juridiskt Arkiv, avd I |
| NJM 1960 | Förhandlingarna å det tjugoandra Nordiska Juristmötet i Reykjavik, den 11-13 augusti 1960. København 1963. |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |

| | |
|--------------|--|
| NOU | Norges offentlige utredninger |
| NTfK | Nordisk Tidskrift för Kriminalvidenskap |
| Ot/JP | Oikeustiede Jurisprudentia, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Yuosikirja |
| Prop | Proposition |
| Q. B. | Queen's Bench Division |
| RB | Rättegångsbalken |
| RGst | Reichsgericht in Strafsachen; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, hrsg. Von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft |
| RH | Rättsfall från hovrätterna |
| RP | Regeringens propositioner (Finland) |
| S, s | Sida |
| SL | Strafflagen |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| SCB | Statistiska centralbyrån |
| StGB | Strafgesetzbuch (Tyskland) |
| SvJT | Svensk Juristtidning |
| T.L.R. (T.L) | The Times Law Reports |
| TBL | Lagen (1951:649) om straff för vissa trafikbrott (Trafikbrottslagen) |
| TfR | Tidsskrift for Rettsvitenskap |
| TR | Tingsrätt(en) |
| TT | Tilltalade (den tilltalade) |
| TT:e | De tilltalade |
| TTK | Terrängtrafikkungörelsen. |
| Uppl | Upplaga |
| W.L.R. | The Weekly Law Reports |
| VTF | Vår tids filosofi (Se <i>Lübcke</i> i litteraturförteckningen) |
| VTK | Vägtrafikkungörelsen |
| VTS | Vägtrafikstadgan |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |

INLEDNING

PROBLEMET

Straffrätten genomsyras av en grundläggande värdering att göra straffansvar oberoende av slumpen.¹ Skuldprincipen är ett uttryck för denna värdering. Principen gör straffansvar beroende av gärningspersoners möjligheter och försök att påverka ett aktuellt händelseförlopp i riktning mot det godtagbara handlings sätt som förväntas i det straffrättsliga normsystemet.

Begreppet skuld är synnerligen mångtydigt inte bara i juridiska sammanhang.² Redan från början skall sägas att jag inte har tagit på mig uppgiften att ge en allmängiltig definition av skuldbegreppet. Boken handlar däremot om den del av prövningen av straffansvaret, som går ut på att tillämpa skuldprincipen. Traditionellt sammanfaller den straffrättsliga skuldprövningen med prövningen av uppsåt och oaktsamhet.

Det som gör skuldprövningen särskilt svår, är att prövningsmetoderna implicerar många ideologiska och moraliska ställningstaganden exempelvis till vad en person, gärning, handling, avsikt eller underlåtenhet är för något. För att reglera bedömningen av uppsåtsgränsen måste man dessutom, inom dessa valda ramar, ta ställning för vad som är möjligt att bevisa, vad som är möjligt att reglera och slutligen om lagstiftaren, praxis eller rättsvetenskapen skall ha ansvaret för eventuella regleringar. I ett pluralistiskt samhälle, till skillnad från ett samhälle med enhetlig moraluppfattning, ställs därför rättsordningen när det gäller skuldprövningen på stora prov. Att i en ortodox rättspositivistisk anda helt avstå från moraliska bedömningar på domarens prövningsnivå är ingen lösning. Domaren måste alltid vid prövningen av oaktsamhet, åtminstone i svåra fall, föra in "utomrättsligt" material på någon nivå i bedömningsoperationen för att komplettera den i lagtexten nedtecknade skuldnormen. De juridiskt-tekniska möjligheterna att beskriva alla förutsättningar för skuld i en sluten värdeneutral text är begränsade. Detta accepteras

¹ Angående den närmare innebörden av normtyperna principer, värderingar och regler, se Peczenik, Vad är rätt? S 447ff och Frände, Legalitetsprincipen S 49ff. Jag kommer inte att närmare beskriva de olika lärororna på området, utan hänvisar främst till Peczeniks beskrivning. I Peczeniks mening är en princip i stora drag samma sak som en värdering.

² Jfr H-L Schreiber, Der Nervartz 1977, citat ur Koriath s 568: "Denn mit der Frage der Schuld gerät man nicht nur in schwierigste Probleme von Philosophie und Psychologie, sondern in ein anscheinend unentwirrbares Knäuel... (von) Streitfragen, vor einen unübersichtbaren Berg Literatur, den eine jahrzehntelange Diskussion angehäuft hat. Alles Denkbare scheint bereits gesagt, ohne daß eine Verständigung in Sicht wäre."

genomgående, trots att man ansluter sig till legalitetsprincipens præter legem-förbud, eftersom skuldnormerna antas endast fungera exculperande.

År 1867 hölls en föreläsning av Rudolf von Ihering över "Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht".³ Von Ihering lanserade ett slags "objektivt" straffansvar, som inte utgick från gärningspersonens skuld. Detta blev det avgörande startskottet för den moderna straffrättsdogmatiken, som på allvar etablerades ungefär 40 år senare genom Belings och von Liszts brottsbegrepp.⁴ Kärnan, "der Angelpunkt" som den ibland kallas i tysk doktrin, i den moderna straffrättsdogmatikens projekt var att minska skuldprincipens betydelse genom att i stället framhålla kausalitet som ett slags "objektivt tillräknande".⁵ Prövningen av straffansvaret skulle "mekaniseras" och göras mer naturvetenskaplig.⁶ Sedan dess har de stora fronterna i den straffrättsliga debatten fortsatt att handla om förskjutningar i olika riktningar av skuldens betydelse för ansvarsbedömningen. Diskussionen om straffrättsdogmatikens kärna har tidvis varit mycket livlig i projektets hemland. Resultatet av debatten tycks nu drygt 100 år senare bli allt entydigare; skuldprincipen har återtagit mycket av den mark, som förlorades under de första decennierna. Objektivt tillräknande och kausalitet har inte uppfyllt förväntningarna från slutet av 1800-talet.

Brottsbalkens genomförande kan, åtminstone när det gäller prövningen av "skuldkapaciteten" eller tillräkneligheten, markera en yttersta konsekvens av detta projektet från 1800-talet. För svensk straffrättsdogmatik blev på 1970-talet Jareborgs culpälära en vändpunkt. Culpä, som vanligtvis ses som en skuldform, infördes på den andra nivån i hans brottsbegrepp som en gärningsmässig culpa, "gärningsculpä".

Ämnesvalet i mitt arbete utgör inget undantag från debatten om straffrättsdogmatikens kärna. Även här betonas skuldprincipens roll på bekostnad av kausalitet och objektivt tillräknande. Den grundläggande juridiska utgångspunkten för detta är skuldkravet enligt gällande svensk rätt. Skuldprincipen måste beaktas enligt det allmänna skuldkravet, som formulerats i huvudregeln i BrB kap 1 § 2.⁷ Här stadgas att endast en gärning, som begås uppsåtligt skall anses som brott och att undantag från denna regel särskilt måste anges i lag.⁸ Det enda generella undantaget från huvudregeln är att uppsåtsbrist vid självförvällat rus eller annat liknande tillstånd enligt BrB kap 1 § 2 st 2 inte ger

³ Von Ihering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* s 155ff.

⁴ Schünemann, *Grundfragen (des modernen Strafrechtssystems)* s VIIIff.

⁵ Se avsnitt 1.4.1.1.

⁶ Von Wright, *Vetenskapen och förnuftet* s 9f.

⁷ *Brottsbalkskommentaren del I 1998* s 36.

⁸ Denna ordning genomfördes 19990601. Tidigare har en del specialstraffrättsliga stadganden endast krävt oaktsamhet utan att detta stadgats.

ansvarsfrihet. De i lag angivna särskilda undantagen från skuldkravets huvudregel brukar oftast vara olika former av oaktsamhetsansvar. Även om oaktsamhetsansvar är tillräckligt enligt ett stort antal straffstadganden i svensk lag, formuleras de ändå av tradition som undantag från huvudregeln. Frände menar att hela "...den straffrättsliga systematiken bygger på och utgår från uppsåtliga handlingar" och att oaktsamhetsdelikt som exempelvis fortkörning "...åker på sätt och vis snålskjuts på kärnstraffrätten."⁹

Normalt finns en avsevärd straffvärdeskillnad mellan uppsåtlig och oaktsam skuld som, t ex mellan uppsåtligt dödande och oaktsamt dödande.

Det är egentligen förvånande att det närmare innehållet i skuldkravet, särskilt beträffande den viktiga skillnaden mellan uppsåts- och culpaansvar, inte i större utsträckning i Sverige explicit reglerats i lag. Praxis på området brukar dessutom inte anses som övertygande och samstämmig.¹⁰ En grundläggande osäkerhet om gränsdragningen mellan dolus och culpa tycks finnas både inom och mellan de stora rättsliga "blocken"- *civil law*-kulturen och *common law*-kulturen.¹¹ I tysk litteratur kan man ana en viss uppgivenhet beträffande möjligheterna att överhuvudtaget kunna finna en skarp gräns, trots den där mycket stora rättsvetenskapliga insatsen under ungefär 100 år.¹² Gränsområdet mellan dolus och culpa tycks i de flesta länder utgöra en slags "gråzon".

Samhällsdebattens vågor har många gånger gått höga just när det gäller prövningen av skuldkravet för en specifik gärning, som resulterat i en människas död. Exempel på detta i Sverige är debatten år 1996 i anledning av hovrättens dom i "Klippanmålet" och reaktionen i England på domen från "the House" i fallet *Smith* ungefär 35 år tidigare.¹³

Av vad som ovan sagts följer att det är uppenbart att ett skuldkrav finns, som formulerats som ett allmänt uppsåtskrav vid straffansvar, att oaktsamhet eller

⁹ Frände, Introduktion s 193.

¹⁰ Jareborg, 1969 s 45.

¹¹ Jfr Roxin, AT s 356. Problemet rörande gränsen mellan dolus och culpa beskrivs av Roxin på följande sätt: "Die Frage, wie der bedingte Vorsatz zu bestimmen und von der (bewussten) Fahrlässigkeit abzugrenzen sei, ist nicht nur praktisch außerordentlich wichtig, sondern gilt auch als...(här citerar Roxin Welzel:) 'eine der schwierigsten und umstrittensten Fragen des Strafrechts'". Se även Smith & Hogan s 49f och s 61, Williams, Criminal Law s 55ff, Ashworth, Principles, s 153ff och s 199, Husak, s 11f och Francis Sayre, Mens Rea s 974.

¹² Herzberg, s 249. Herzberg börjar artikeln "Die Abgrenzung von Vorsatz und Bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes" med att konstatera att: "...der oft enorme theoretische Aufwand irgenwie im Sande verläuft..."

¹³ Fallen och debatten presenteras i avsnitt 2.3.2.2 under "Kravet på mens rea vid homicide och assault and battery" respektive avsnitt 2.3.5.3.3 under "'Klippanmålet' - NJA 1996 s 509.

andra lägre skuldkrav kan vara tillräckliga i vissa särskilt angivna fall och att bevisbördan måste ligga på åklagaren för de aktuella skuldkraven i enlighet med principen *in dubio pro reo* och/eller principen *in dubio mitius*.¹⁴ Det finns inget stöd för särskilda lättnader i fråga om beviskrav eller bevisbörda när det gäller de s k subjektiva rekvisiten i förhållande till andra rekvisit. En osäkerhet om att ett visst skuldkrav uppfyllts, t ex att en gärning endast med tvekan eller "eventuellt" kan anses som uppsåtlig måste därför alltid komma den tilltalade till godo. Exempel på motsatsen är många: sänkning av beviskravet vid uppsåt, överföring av skuldprövningen till påföljdsfrågan från ansvarsfrågan, eventuellt uppsåt eller sannolikhetsuppsåt. Dessa och liknande materiella och processuella lösningar verkar främst syfta till att stödja lagligheten i denna presumtvt nödvändiga "gråzon".¹⁵

Sakförhållandena förefaller vara en utmaning både mot den grundläggande skuldprincipen och mot rättssäkerhetskravet i svensk straffrätt. Orsakerna till detta ligger inte i en allmän nonchalans och/eller okunnighet från lagstiftare, doktrin och/eller praxis, utan i en överdriven skepticism beträffande de rättsliga möjligheterna att beakta skuldprincipen med rötter i den moderna straffrättsdogmatikens övertro på olika former av objektvt tillräknande.

AVHANDLINGENS HUVUDTES OCH SYFTE

Trots vikten av realism beträffande balansen mellan moral och gällande rätt i form av skrivna straffstadganden är detta inte vad avhandlingen främst skall verka för. Avhandlingen befinner sig huvudsakligen på en lägre abstraktionsnivå. Intresset är inriktat mot den särskilt påtagliga felkälla för skuldprövningen, som "der Angelpunkt" utgjort genom att postulera att alla förutsättningar för straffansvar måste delas upp i dels objektiva dels subjektiva rekvisit. Distinktionen implicerar nämligen, av i grunden handlingsteoretiska och empiriska skäl, nödvändigheten av att straffansvar skall prövas först huruvida gärningen "i sig" eller "som sådan", sedd som en ren kroppsrörelse, strider mot det straffrättsliga normsystemet och därefter om denna rena kroppsrörelse varit "täckt av" intentionalitet eller oaktsamhet som något slags fristående "inre" element, som konstateras i efterhand.¹⁶ Den

¹⁴ Jfr EMRK artikel 6:2 "Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts".

¹⁵ Jfr Jareborg, Ansvarslära s 199.

¹⁶ Här används intentionalitetsbegreppet i betydelsen "riktadhet" och särskilt för att beteckna förhållandet "...mellan det som är riktat mot något och detta andra". Se Fil.Lex s 265f.

första operationen skulle utgöra ett "objektivt tillräknande" utanför skuldprincipen och den andra ett "subjektivt tillräknande".

Avhandlingens kritiska spets är inriktad mot "der Angelpunkt" som styrmedel för straffansvarsprövningen. Jag hävdar att en sådan prövningsmetod leder in ansvarsprövningen och därmed skuldprövningen i en återvändsgränd. Den som skall bedöma om straffansvar föreligger förledd till att göra detta "inre" psykiska element till bevisstema samtidigt som detta bevisstema betraktas som något fördolt för andra än gärningspersonen. Detta skapar en bestående tveksamhet och osäkerhet i ansvarsprövningen, vilket genererar en benägenhet för tillfälliga lösningar och hjälpteorier, som syftar till att på olika sätt underlätta den presumtiva "omöjliga" bevisbördan för åklagaren, då uppsåt förnekas av TT. Lagens klara skuldkrav i form av uppsåt eller annan icke uppsåtlig skuld undermineras av att sänkningar i beviskravet, ett tveksamt och "eventuellt" uppsåt eller sannolikhetsuppsåt accepteras.

Min huvudtes är att en större rättssäkerhet och rättvisa kan uppnås genom att skuldprincipen betonas. Skuldprövningen måste däremot göras mer gärningsorienterad eller om man så vill, "objektiveras". Intentionalitet eller oaktsamhet är inte något i princip fördolt för andra än gärningspersonen utan kan observeras direkt i den mening, som gärningen manifesterar i sinnevärlden.¹⁷ Ansvarsprövningen *börjar* med att en *meningsfull* gärning prövas.¹⁸ Denna omkastning av prövningsordningen för straffansvar vilar i allt väsentligt på grunddragen i R. A. Duffs förslag på området.¹⁹ Min utgångspunkt är således att föreställningen om det nödvändiga valet, när det gäller prövningsmetoderna för straffansvar, mellan subjektivism och objektivism är ett falskt predikament, som onödigt försvårat skuldprövningen i straffrätten.

En viktig utgångspunkt för en sådan realistisk och mer rättssäker skuldprövning ligger i en större förståelse av oaktsamhetsbedömningens roll. All straffrättslig bedömning både när det gäller uppsåtliga och oaktsamma delikt utgår från en jämförelse mellan å ena sidan ett godtagbart gärningsalternativ, som är inriktat mot en godtagbar manifestation i sinnevärlden. Oaktsamhetsprövningen, som måste göras i alla mål, är en tillämpning av skuldprincipen. Denna tes utgår från Jareborgs placering av gärningsculpa i brottsbegreppet. Skuldprövningen utgör följaktligen prövningen av den aktuella gärningens (inklusive dess resultat) inriktning, mening eller syfte i en jämförelse med den

¹⁷ Begreppet "sinnevärlden" syftar här om inget annat sägs på den traditionella innebörden av "yttervärlden" eller liknande uttryck.

¹⁸ Det mycket komplexa meningsbegreppet (se t ex Fil lex s 362-366) används här i en "vanlig" betydelse, dvs en gärnings mening är gärningens "riktadhet", syfte eller poäng.

¹⁹ Se t ex Duff, Intention.

hypotetiskt godtagbart inriktade alternativa godtagbara gärningen. Skulden visar sig främst genom skillnader mellan dessa gärningar i resultatet eller gärningstypen i övrigt. Detta medför att en gärningseffekt, exempelvis utförd med indirekt uppsåt, måste jämföras med en godtagbart inriktad gärning mot ett godtagbart resultat eller moment. Man brukar uttrycka detta med att en godtagbar strävan presumeras inte föreligga vid indirekt uppsåt, liknande uppsåtsformer eller oaktsamhet.²⁰

Lösningen innebär sammantaget att tyngdpunkten vid prövningen av skuldkravet förskjuts från gärningspersonens "inre" element eller fakta mot den inriktning eller mening, som gärningen manifesterat i sinnevärlden.

Detta innebär inte att det skulle vara omöjligt att uttala sig om "inre" psykiska fakta, personliga val, insikter, avsikter eller subjektiva rekvisit. Det kan i många sammanhang vara mer praktiskt att tala om en gärningspersons avsikter eller insikter än en gärnings inriktning eller mening. Inte heller innebär detta ett förnekande eller bejakande av existensen av inre element, psykiska fakta, själsliga fenomen, människans själ, den fria viljan eller personers handlingsfrihet. Uttalanden från gärningspersonen om sina avsikter eller insikter eller andra fakta kan användas vid prövningen av hur en gärning förhåller sig till en viss av samhället förväntad godtagbar strävan, som beskrivits i straffstadgandets påbud eller förbud. Även den personliga "framtoningen" eller karaktärsbevisning kan i vissa fall vara relevant för skuldfrågan.²¹ Däremot är det avgörande för en rättssäker skuldprövning i praktiken att prövningen i normala fall *börjar* med att observera den riktning gärningen manifesterat i sinnevärlden, innan man abstraherar olika psykiska element ur den meningsfullhet som observerats i gärningen. Det är förledande för den som skall pröva straffrättslig skuld i en rättegång att *börja* prövningen av skuldfrågan i straffansvaret med att försöka fastställa de psykiska elementen. Det leder lätt till att skuldprövningen hamnar i en återvändsgränd genom att uppmärksamheten helt riktas på den tilltalades karaktär eller vad han "egentligen" tänkte på i gärningsögonblicket.

Man kan också uttrycka saken som att det primära bevistemat i skuldfrågan inte är dessa abstraherade "inre", i princip oåtkomliga, element utan den inriktning eller mening som gärningen manifesterat i sinnevärlden. Annars skulle TT:s erkännande eller utsagor i övrigt om sitt "inre" tillstånd vid gär-

²⁰ Jareborg, Ansvarslära s 217. Se även avsnitt 4.6.3.3.3 under "Insikt om ett önskat resultat räcker inte för oaktsamhet". Förhållandena gäller även beträffande indirekt uppsåt, sannolikhetsuppsåt och s k insiktsuppsåt.

²¹ Duff, Criminal Attempts s 190.

ningstillfället utgöra de enda bevisfakta som kunde användas för bevisemat. Ett historiskt exempel på denna syn är institutet insättande på bekännelse.²²

Bevisemat måste vara något som förevarit i sinnevärlden. Därmed inte sagt att något, som antas ligga i "innervärlden" inte existerar. Detta kan bara, som fenomen utanför sinnevärlden, inte vara föremål för en bevisning i en rättegång. Om bevisemat beskrivs som något som inte föreligger i sinnevärlden är det ett falskt bevisema. Det äkta bevisemat för åklagaren är då istället det som anges som bevisfakta för bevisemat; dvs nedslaget eller gärningens manifestation i sinnevärlden. Normalt beskrivs bevisningen av uppsåt, med en term från den legala beviseteorin, som en "indirekt" bevisning. Genom att observera vissa yttre företeelser, kan man sluta sig till de "inre" fenomenen. Men om de "inre" fenomenen är otillgängliga för andra, existerar ingen slutsats om något "inre". Åklagarens verkliga uppgift är då endast att presentera ett knippe yttre fakta och inte något "inre". Man kan förmoda att rättslivet anpassar sig till denna verksamhet. Fastän bevisemat anges som uppsåt till en effekt eller ett moment eller uppsåt till risk, känner åklagare, advokater och domstolar till att endast vissa typiska knippen av fakta i sinnevärlden är tillräckliga för att utgöra bevisfakta för det i princip "omöjliga" bevisemat. Dessa yttre fakta utgör m a o det äkta bevisemat. Genom en sådan tyst kompensation kan rättslivet fortsätta relativt ostört åtminstone i rutinfall.

Uppfattningen om "omöjligheten" skapar emellertid förutsättningar för bestående rättsosäkerhet och informella disparata lösningar i olika domstolar. I vissa fall avgörs skuldfrågan och ansvarsfrågan genom att ett "omöjligt" bevisema uppställs för åklagaren. I andra fall medger man att bevisemat visserligen är "omöjligt" men att man i så fall måste kompensera åklagaren genom att bevisbördan lindras eller beviskravet, utredningskvalitén och/eller utredningskvantiteten efterges för detta "omöjliga" bevisema. Ibland löses det tänkta problemet med det "omöjliga" bevisemat, genom att uppsåtskravet helt enkelt formuleras om och sänks till enbart ett culpakrav. Uppsåtskravet formuleras t ex som en insikt om viss sannolikhet eller riskinsikt istället för en säker insikt eller t o m endast att en viss strävan eller insikt borde ha förelegat. Detta ger upphov till en svåröverskådlig gråzon mellan dolus och culpa bestående av disparata typer av materiella eller processuella lättnader för åklagaren.

Två vägar, som beskriver bevisemat vid uppsåtsbevisningen på ett tydligt sätt, är därför i huvudsak tillgängliga för att lösa problemet.

²² Inger, Institutet "insättande på bekännelse" s 14ff.

Den ena vägen är att helt överge det "omöjliga" bevisemat och koncentrera skuldbevisningen på vissa typiska knippen av yttre fakta, såsom att användandet av ett visst vapen innebär uppsåt till den normala effekten av denna gärning. Dessa fakta beskrivs noggrant och ges en normativ rang; föreligger sådana fakta anses också uppsåt föreligga. En annan möjlighet, inom ramen för en sådan "uppsåtsabolitionism", är att helt överföra uppsåtsprövningen från ansvarsfrågan till påföljdsfrågan och ändra huvudregeln från ett uppsåtskrav till ett oaktsamhetskrav. Införandet av en tredje skuldform följer samma spår. Lösningarna på denna väg förutsätter dock en ny omfattande lagstiftning.

Den andra vägen är att ta uppsåtskravet i gällande rätt på allvar och kräva att uppsåtet utgör bevisemat. Denna lösning förutsätter att bevisemat, uppsåt, är något "yttre" och är direkt tillgängligt för andra än gärningspersonen. Om man accepterar att personer i vanliga fall, åtminstone inom samma språkområde, kan kommunicera med varandra, förutsätter detta att intentionalitet eller gärningars (t ex "talgärningars") riktning eller mening kan avläsas av andra än den som utför gärningen. Min utgångspunkt är att det är möjligt att direkt i en gärnings nedslag i sinnevärlden kunna skilja denna från händelser, som inte är meningsfulla i den bemärkelse som en gärning normalt antas vara meningsfull. Det är möjligt att i normala fall börja och slutföra en bedömning av en gärnings inriktning med gärningens manifestation i sinnevärlden. Detta bevisemat utgör uppsåt i lagens mening. Därmed inte sagt att alla uppsåtsbedömningar är lätta. Det sagda går främst ut på att avproblematisera uppsåtsbedömningen när det gäller den generella antagna omöjligheten beroende på dess "inre" karaktär och otillgänglighet.

Avhandlingen går sammanfattningsvis ut på att *beskriva* huvuddragen av skuldprövningen i svensk straffrätt, *förklara* varför den ter sig som problematisk samt *visa* hur skuldprövningen kan göras mer rättssäker.

METOD

I nordisk straffrättsdoktrin är det naturligt att man vid behandlingen av centrala straffrättsliga problem ger relativt stort utrymme åt jämförelser med främmande rätt, företrädesvis tysk rätt.²³ Jag har funnit det nödvändigt att också använda inslag från *common law*-traditionen. Skälet till detta är främst det massiva genomslag som praxis har i den traditionen. Man skulle därför kunna säga att en traditionell, straffrättslig, komparativ juridisk metod an-

²³ Se t ex Jareborg, *Fragment och Essays*, s 180ff respektive s 11, Herlitz, *Parities to Crime*, s 19, Waaben 1957 s 11ff samt dispositionen i *Straffansvarsutredningen* del I.

vänds. Problemet att avgöra vad som kan anses som en straffvärd uppsåtlig och inte uppsåtlig gärning är ett på många sätt likartat och aktuellt problem för alla länder i bägge rättskulturerna. Detta innebär inte att utländsk rätt och utländsk rättsvetenskaplig litteratur här i regel givits en högre ställning av auktoritetsskäl än vad som är vanligt i svensk straffrättslig litteratur.²⁴

I avhandlingen används ofta engelsk rätt i komparationssyfte. *Common law*-kulturen kan ses som *civil law*-kulturens levande straffrätts historia. Men framför allt kan den användas som ett mönster för att förstå hur en härskande praxis och domarrätt fungerar i dag jämfört med den av "Professorenrecht" åtminstone under de senaste 100 åren präglade *civil law*-kulturen.²⁵ Normalt brukar utländsk rätt redovisas först efter svensk rätt. Jag har valt att flera gånger frångå den ordningen, eftersom svensk straffrättsdoktrin oftast befinner sig i ett direkt beroendeförhållande till utländsk doktrin. Det är rimligare att förlagan redovisas före sin efterföljare. Framförallt gäller detta tysk doktrin men ibland också anglosaxisk tradition, som särskilt under de senaste decennierna har haft ett stort inflytande på straffrättsdogmatiken både i Sverige och Tyskland.

I arbetet används en traditionell rättskällelära.²⁶ Beträffande rättskällornas inbördes påverkan gäller dock här vissa speciella förhållanden. Det är uppenbart att de olika rättskällorna påverkar varandra.²⁷ Doktrinen påverkar t ex lagstiftningsarbetet och praxis. Praxis ger en återkoppling både till doktrinen och lagstiftningsarbetet. En sådan påverkan rubbar i princip inte den inbördes hierarkiska ordningen mellan rättskällorna. Men förutsättningen för att denna ordning skall kunna fungera praktiskt är att varje rättskälla i auktoritetshänseende fungerar självständigt när den används i den juridiska argumentationen. Prejudikaten måste kunna förmedla sitt budskap självständigt i förhållande till doktrinen för att kunna fungera på en högre auktoritativ nivå än doktrinen. Om en teori utarbetats av doktrinen och denna utgör ett raster genom vilket prejudikaten utväljs, framställs och tolkas i litteraturen finns risken för att prejudikatens hierarkiska ställning rubbas till förmån för doktrinens ställning, om inte domstolarna har ett annat forum än doktrinen. Doktrinens tolkande verksamhet visavi prejudikaten kan utspelas i ett samförstånd mellan doktrin och praxis men kan även präglas av motsatsen. Om tysk och nordisk straffrätt kan kallas "Professorenrecht", härskar domarna på ett när-

²⁴ Se t ex Jareborg, Fragment s 180ff och Peczenik, Vad är rätt s 260, 264f och s 268.

²⁵ Jfr Hruschka, Strukturen der Zurechnung s 1.

²⁶ Peczenik, Allmän rättslära s 209ff. Rättskällornas inbördes hierarkiska ställning antas bäst motsvara följande ordning: Rättskällor som skall, bör och får beaktas.

²⁷ Jfr Peczenik, Vad är rätt? s 211.

mast motsatt sätt i *common law*-länderna.²⁸ Det är givet att inte endast prejudikat befinner sig på olika nivåer i rättskällornas hierarki i de olika kulturområdena utan även att valet av prejudikat och tolkningen av dem sker på rättsvetenskapens villkor i långt högre grad i *civil law*-kulturen än i *common law*-kulturen. Uppsåtsgränsens dragning har främst varit ett rättsvetenskapligt projekt i *civil law*-kulturen. Traditionellt sägs i doktrinen och förarbetena att praxis accepterat en gråzon i enlighet med den traditionella skuldläran i gränssnittet mellan *dolus* och *culpa*, samtidigt som man påpekar att rättsläget i praxis i vissa hänseenden är oklart. En viktig fråga är därför om praxis verkligen motsvarar denna beskrivning.

Särskilda krav finns därför här på att undersökningen av praxis skall vara höggradigt fristående från de traditionella tolkningsförutsättningar, som man brukar använda sig av i doktrinen. För att kunna beskriva vad praxis säger om sig själv, har jag valt att, utöver den bild doktrinen och förarbetena ger av praxis, utgå från en undersökning av tingsrätternas domar. De mönster, som visar sig i tingsrättspraxis, kan då användas som ett tolkningsunderlag för överrättspraxis. Avgörande är om hela praxis, både överrätter och underrätter, har eller inte har ett tolkningsbart gemensamt sammanhållet sätt att lösa gränsdragningen.

Detta innebär inte att den traditionella inbördes hierarkin mellan prejudikat och annat opublicerat material frångås. Man kan kalla ansatsen att närma sig praxis genom att "gå in genom köksvägen och ut genom den stora vägen" istället för att gå direkt in och ut genom "den stora vägen". Man kan visserligen diskutera i vad mån en massiv enig tingsrättspraxis, utan stöd i överrättspraxis eller i strid med denna, skulle kunna anses som gällande rätt. Men en principiell skillnad består mellan tingsrättspraxis och prejudikat i och med att tingsrättspraxis endast kan göra sig gällande i kvantitativt hänseende i förhållande till prejudikaten. En sådan motsättning kan åtminstone ses ett uttryck för en osäkerhet om innehållet i gällande rätt. Men här placeras tingsrättsdomar, som inte är prejudikat, inom gruppen rättskällor, som "får" beaktas dock före både förarbeten, rättsvetenskaplig litteratur och utländsk

²⁸ Bogdan, Komparativ rättskunskap s 85ff s 91 och 107f. Enligt min mening är det nordiska rättssystemets självständighet i förhållande till de stora "familjerna" överdriven, i varje fall när det gäller det här behandlade straffrättsliga området. Nordisk och svensk straffrätt tillhör "tveklöst" "den kontinentaleuropeiska gruppen." Här används främst begreppen *civil law*-kulturen respektive *common law*-kulturen för att beteckna de två stora rättsliga familjerna.

rätt.²⁹ Frågan om dessa rättskällors hierarkiska inbördes förhållande ägnas inte någon särskild uppmärksamhet.

Tingsrättsmaterialet utgörs av alla domar under fyra år för uppsåtligt och oaktsamt dödande och under två år för grov misshandel, där brottet var huvudbrott och förskyllt fängelse. Undersökningen av övriga publicerade och opublicerade fall har koncentrerats till det mönster, som undersökningen i tingsrättspraxis skapat. På detta sätt har jag velat ge tingsrätterna ett slags tolkningsföretråde i förhållande till doktrinen när det gäller att tolka överrättspraxis.

Avhandlingen består av fem kapitel utöver olika register, inledning och avslutning. Kapitel 1 utgör ett förberedande kapitel och visar de allmänna dragen i den lösning, som närmare beskrivs i de följande 3 kapitlen om dolus, försök respektive culpa. Redovisningen av undersökningen av tingsrättspraxis är förlagd till det sista kapitlet, omedelbart före avslutningen. Detta är den motsatta ordningen för "upptäcktsordningen". Placeringen av kapitel 5 som sista kapitel utgör också en markering av att en traditionell rättskällelära används. Det finns inget behov av att här pressa den traditionella juridiska metodläran, när det gäller tingsrättspraxis' roll. Samstämmigheten mellan tingsrättspraxis och övrig praxis är stor på rättsområdet, även om detta inte alltid är doktrinen övertygelse. Mönstret i tingsrättspraxis är en förutsättning för förståelsen av övrig praxis och andra rättskällor. Men klassificeringen av formuleringarna i tingsrättspraxis och tolkningen av dessa förutsätter samtidigt den teoretiska diskussionen. Avhandlingen innehåller därför många hänvisningar till kapitel 5 för att göra det möjligt att även följa "upptäcktsordningen".

NÅGRA AVGRÄNSNINGAR

Undersökningen fokuseras på det klassiska straffrättsliga området som utgörs av gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet, främst vid livsbrotten. Detta görs, utöver vad som antytts ovan, av följande praktiska skäl:

Om svåra fall av prövningen av gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet skall kunna lösas på ett rättssäkert sätt, förutsätts att distinktionens båda enheter definieras på ett enhetligt sätt. Hela skuldproblematiken impliceras följaktligen i distinktionen.

²⁹ Peczenik, Vad är rätt? s 216. Jfr dock Westberg, Kasuistiska marginalanteckningar s 75ff, Domstols officialprövning s 58 och Avhandlingsskrivande och val av forskningsinsats s 421ff. Westberg verkar vara benägen att i vissa lägen tillerkänna en sådan "subjuridik" en högre rättskällelig status. Detta gäller dock civilrättsliga sammanhang.

Inom och mellan de båda rättskulturerna är man i stora drag enig om yttergränserna för skuldkravet.³⁰ Den "övre" gränsen utgörs av att ett bestämt uppsåt att begå en viss brottslig gärning inte är straffbart, om inte detta uppsåt kan förknippas med en sådan gärning. Blotta tankar och motiv tillerkänns sällan något straffvärde. Den nedre gränsen på skuldens traditionella straffvärdeskala, dvs gränsen mellan oaktsamhet och ren våda, brukar med olika termer beskrivas som ett krav på att det åtminstone stod i mänsklig makt att på något sätt undvika gärningen.³¹

De prejudikat och skolexempel som används i båda rättskulturerna för att beskriva rättsläget vid uppsåtsgränsen, brukar av tradition hämtas från livsbrotten eller grova våldsbrott. Avgränsningen av undersökningen till främst dessa brottskategorier kan därför motiveras av kompatibilitetsskäl. Dessutom skall nämnas att inom dessa brottskategorier är rättssäkerhetsargumenten särskilt viktiga.

Rus- och/eller affekttillstånd förekommer särskilt ofta i samband med våldsdåd. Båda tillstånden anses ge upphov till problem i samband med uppsåtsbedömningen. Problematiken i dessa fall är ofta principiellt lika. I båda fallen klandras ofta gärningspersonen för en gärning, som föregått den straffvärda. Inte bara rus utan även affekttillstånd kan anses självförvållat, då ingen provokation ägt rum och gärningspersonen på något sätt anses ha haft förmåga att stoppa affekttillståndet. Oursäktligheten vid affekttillstånd och rus hänger samman med att man anses vara skyldig att kontrollera sina eventuella dåliga egenskaper respektive rustillstånd. Problemen i samband med nedsatt medvetande vid rustillstånd är mer rättsligt uppmärksammade än liknande problem vid affekttillstånd. Rustillståndet är ofta enkelt hänförligt till det berusningsmedel, som använts. Därav följer behovet av och möjligheten till särskild lagstiftning beträffande ett undantag från skuldprincipen vid rus. När det gäller affekttillstånd finns av naturliga skäl få möjligheter till en särskild lagstiftning.³²

Minst tre olika åsikter om hur stadgandet i BrB kap 1 § 2 st 2 skall tolkas förekommer i praxis och doktrinen. Man menar dels att skuldkravet helt skall efterges eller att uppsåt eller oaktsamhet skall fingeras, då gärningspersonen var berusad, dels att en prövning måste göras av vad gärningspersonen skulle ha gjort, om han varit nykter och dels att bestämmelsen endast innebär en

³⁰ Jareborg, Fragment s 173ff.

³¹ Exempel på ansvar för rena tankar finns i engelsk rättshistoria beträffande förräderibrottet och i vissa fall i vår rättshistoria, då djur straffades. Se Wachtmeister, s 165ff och Williams, Criminal Law s 3. Williams anser dock att straffbara önskningsar om suveränens död förutsatte åtminstone ett litet steg mot en gärning.

³² Jfr Dreher/Tröndle s 129f.

erinran om att uppsåt och oaktsamhet inte är uteslutna vid självförvållat rus. Praxis använder sig av alla tre metoderna.³³ Det allmänna intrycket från det material om tingsrättspraxis som ingår i avhandlingen, är att alla tre metoder förekommer, men att man närmast betraktar stadgandet som en uttrycklig erinran om att rustillstånd inte är ett giltigt försvar och att domstolarna, när gärningarna begåtts under påverkan av rus, inte utesluter uppsåt eller oaktsamhet utan gör en vanlig bedömning av uppsåtet eller oaktsamheten. I de flesta fall tycks bedömningarna utgå från en sedvanlig uppsåtsbedömning. Ett visst stöd för den tredje modellen i förhållande till de andra prövningsmodellerna kan alltså skönjas.

Man kan således utgå från att problemen i samband med skuldbedömningen, då gärningen begåtts under rus, inte döljer de andra mer principiella frågorna om straffrättslig skuld. Enligt tingsrättsundersökningen koncentrerar domstolarna sig inte i första hand på gärningspersonens "inre", vare sig det gäller gärningar begångna under eller utan rus eller affekt.³⁴ Jag behandlar därför inte skuldproblemen genomgående annorlunda när det gäller ansvaret för gärningar begångna med respektive utan berusning eller affekt. I praxisundersökningen bortses från rusfrågans betydelse för skuldbedömningen, utom där en sådan inverkan är särskilt tydlig.

³³ Straffansvarsutredningen, s 147ff.

³⁴ Se avsnitt 5.6.1, 5.6.2.3 och 5.6.3.3ff.

KAPITEL 1 OM TILLRÄKNANDE AV STRAFFANSVAR

1.1 INLEDNING

Begreppen för tillräknelighet och tillräknande av ansvar eller brott är grundläggande för straffrättsdogmatiken. Tillräknandet ses ibland som det centrala elementet i rättsordningen och ibland enbart som en beteckning för skuldprövningen.³⁵ Uppfattningen om innehållet i dessa begrepp sammanhänger intimt med varandra och med frågan om skuldbegreppets innebörd.³⁶

Begreppet har, åtminstone indirekt, också en avgörande betydelse för konstruktionen av två sorters tillräknande: ett objektivt och ett subjektivt.³⁷ I och för sig rör det objektiva tillräknandet främst hur den nedre gränsen för ansvar skall utformas, något som här inte är ett förstahandsintresse. Men om ett objektivt "gärningsansvar" kan skiljas från ett subjektivt skuldansvar, har detta återverkningar på hela ansvarsfrågan och därmed även för begreppen "skuld" och "skuldformer". Gränsen mellan det objektiva och det subjektiva måste i så fall kunna dras och kan endast dras genom att begreppen för subjektivt och objektivt tillräknande definieras.

I svensk straffrättslig litteratur beskrivs ofta brottsbegreppet som det mest grundläggande, medan däremot tillräknandebegreppet ofta ges denna roll i tysk litteratur.³⁸ Här behandlas begreppen för tillräknelighet och tillräknande före ansvars- och brottsbegreppet. Avsnittet beskriver huvuddragen i begreppens utveckling och utmynnar i några slutsatser och ställningstaganden inför den fortsatta framställningen.

³⁵ Se t ex Koriath, s 456: "Die ganze Rechtsordnung ist ein komplexes Gefüge von Zurechnungen." Se även Strahl, 1976 s 76f.

³⁶ Hruschka, Strukturen der Zurechnung s 1.

³⁷ Se Frände, Legalitetsprincipen s 196 och Introduktion s 12 samt 104, där Frände ändrat sin något negativa inställning till Jareborgs konstruktion gärningsculpa, men hävdar en gärningsculpa som mera "påminner om... det tyska 'objektive Zurechnung' (objektivt tillräknande).

³⁸ Se t ex Hruschka, Zurechnung s 1f.

1.2 TILLRÄKNELIGHET

Gränsen mellan tillräknelighet och otillräknelighet skall enligt svensk lag i princip vara en påföljdsgräns och inte en ansvarsgräns. En "praktisk" otillräknelighetsgräns kvarstår i påföljdsdelen i svensk straffrätt. Skälet för att upprätthålla en sådan gräns i påföljdsdelen respektive ansvarsdelen är de samma: gärningspersonen tillräknas ansvar/påföljd för att han/hon kunde följa lagen. En "praktisk" gräns torde därför dras på samma ställe som en teoretisk. Det finns anledning att förmoda att frågan om gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet i hög grad präglas av om huvudfrågan i processen handlar om otillräknelighet, vare sig denna är "praktisk" eller teoretisk. Föreligger otillräknelighet av något slag, prövas inte skulden i normala fall. Skuldfrågans behandling om tillräknelighet – praktisk eller teoretisk- förelegat utgör därför två skilda undersökningsobjekt. Det är inte meningsfullt att samredovisa material med två så olika förutsättningar.

Eftersom man allmänt inom både *civil-* och *common law*-kulturen håller sig med en teoretisk tillräknelighetsgräns, skulle också en sammanblandning av skuldfrågor, som behandlar fall där tillräknelighet inte formellt beaktades, ge upphov till kompatibilitetsproblem för resultaten i denna undersökning. Försöket i Brottsbalken att avskaffa tillräknelighetsrekvisitet har inte fått någon nämnvärd efterföljd i andra länder i vår omvärld. Dessutom är det frågan om inte Sverige överger sin isolerade situation, om man skall döma av Straffansvarsutredningens förslag.³⁹

Jag har av dessa skäl valt att behandla den traditionella skuldproblematiken och inte frågan om uppsåt eller skuld, då "praktisk" eller "teoretisk" otillräknelighet föreligger. I undersökningen av praxis behandlas i princip endast domar där domstolen dömt till påföljden fängelse och inte överlämnande till psykiatrisk vård. Denna avgränsning används också genomgående i hela avhandlingen, även när det gäller andra rättskällor än praxis.

1.3 TILLRÄKNANDE

1.3.1 BAKGRUND

Åtminstone sedan först Pfufendorf och därefter Kant har man skilt mellan begreppsparen *imputatio physica (facti)* och *imputatio moralis* respektive

³⁹ Straffansvarsutredningen del I s 55.

imputatio facti och imputatio juris.⁴⁰ Begreppet tillräknande är en översättning från den tyska översättningen av det latinska uttrycket imputatio.⁴¹ Kants definition av tillräknande lyder:

Zurechnung in moralischer Bedeutung ist das *Urteil*, wodurch jemand als Urheber... einer Handlung, die alsdann *Tat* (factum) heisst und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus der *Tat* bei sich führt, eine rechtskräftige ..., sonst aber nur eine *beurteilende* *Zurechnung* ...sein würde. Diejenige... Person, welche rechtskräftig zuzurechnen die Befugnis hat, heisst der *Richter* oder auch der *Gerichtshof*...

Person ist dasjenige *Subjekt*, dessen Handlungen einer *Zurechnung* fähig sind.⁴²

Här beskriver Kant skillnaden mellan moraliskt och juridiskt tillräknande, vad som tillräknas, karaktären av tillräknandeoperationen, vem som tillräknar och vem som tillräknas. Debatten om tillräknandet har handlat och handlar fortfarande om att besvara just dessa frågor.

Den avgörande betydelsen av distinktionen mellan moraliskt och juridiskt tillräknande är given på grund av legalitetsprincipen, som emellertid inte implicerar ett krav på en *absolut* gräns mellan rätt och moral. Inte desto mindre verkar en oklarhet beträffande gränsen mellan moraliskt och juridiskt tillräknande ofta utgöra den grundläggande svagheten i läror om tillräknande och skuld. En oklar gräns skapar en benägenhet att förväxla juridiska beslut i rättegångens egentliga dogmatiska beslutssammanhang med heuristiska beslut i överläggningsfasen. Föreställningen om ett objektivt tillräknande är ett exempel på detta. Värdet av distinktionen gör sig således påmint genom hela min framställning, även om den nordiska straffrättsdogmatiska debatten mera sällan explicit handlar om detta.

Uppdelningen av det juridiska tillräknandet i två sorter, ett objektivt och ett subjektivt, diskuteras däremot ofta och öppet, främst i tysk rätt.⁴³ I denna debatt aktualiseras uttryckligen frågan om vem som tillräknas, vad som tillräknas och indirekt den viktiga skillnaden mellan juridiskt och moraliskt tillräknande.

Ett argument för ett objektivt "faktiskt" tillräknande har varit ett historiskt argument för begreppet "imputatio facti". Jescheck menar att tudelningen av

⁴⁰ Koriath, s 17f.

⁴¹ Koriath, s 17.

⁴² Kant, *Die Metaphysik der Sitten* s 334. Citat ur Koriath, s 17.

⁴³ Se avsnitt 1.3.3 och 1.4.3.

brottsbegreppet i dels objektiva och yttre rekvisit, dels subjektiva och inre rekvisit, går tillbaka på indelningen mellan *imputatio facti* och *juris*.⁴⁴ Men *imputatio facti* var ursprungligen, åtminstone enligt Feuerbach, en beteckning för

...die Zurechnung zur *Handlung*, d. h. zur Zweckverwirklichung des *freien Willens* (eines Zurechnungsfähigen).⁴⁵

Detta förefaller vara motsatsen till den betydelse begreppet "objektivt tillräkande" fick i den moderna straffrättsdogmatiken.⁴⁶ Jeschecks uppfattning av begreppet "*imputatio facti*" verkar vara grundad på en historisk missuppfattning. *Imputatio facti* var det *förfarande*, genom vilket en händelse betraktades som en gärning.⁴⁷ Begreppet fungerade som ett processrättsligt begrepp. Det var inte fråga om ett "objektivt" konstaterande enbart av kroppsrörelser eller händelseförlopp "i sig", som Jescheck föreställde sig.⁴⁸ *Imputatio facti* utgjordes av ett beslut om att tillskriva en gärning till en *oidentifierad* person, dvs en viss brottslig gärning förelåg till skillnad från enbart en händelse.⁴⁹ Detta synsätt korresponderar med den inkvisitoriska processens beståndsdelar.

Den inkvisitoriska processen var uppdelad i två skilda processer: dels generalinkvisitionen, som enbart utmynnade i om en gärning - inklusive en oidentifierad persons styrning eller uppsåt - kunde anses som ett brott, dels specialinkvisitionen, som enbart rörde frågan om en viss person var "ägare" till gärningen. Ett konstaterande av ett brott, *constare de delicto*, utan att utpeka en viss gärningsperson, dock under antagande av "någon" gärningsperson, var således nödvändigt för att överhuvudtaget sätta igång en specialinkvisition mot en viss person. Domaren ansågs i denna process inte ha rätt att rikta anklagelsen mot en viss person.⁵⁰ Generalinkvisitionen utmynnade i ett *beslut* om att utredningen och specialprocessen kunde sättas igång, eftersom ett brott preliminärt konstaterats; inte ett tillräkande av en viss person.⁵¹ Men beslutet utgick inte från att man konstaterat en objektiv kroppsrörelse utan intentionalitet. Man konstaterade att en viss brottslig gärning blivit begången av en *i princip okänd person*. Bedömningen resulterade alltså i ett beslut om att en viss gärning hade status som brott, men inte en bedömning av enbart kroppsrörelser som "yttre fakta", skilda från en person och "inre fakta". Gärningen, som

⁴⁴ Jescheck, AT s 160f och s 179.

⁴⁵ Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung s 251ff.

⁴⁶ Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung s 251ff.

⁴⁷ Hruschka, Zurechnung s 34ff.

⁴⁸ Hruschka, Zurechnung s 35 och Koriath, s 18 och s 259.

⁴⁹ Hruschka, Zurechnung s 35.

⁵⁰ K Hall, Corpus delicti s 10.

⁵¹ K Hall, Corpus delicti s 4.

bedömdes som brott, var därför en personlig gärning. En annan sak var att gärningspersonen i rättsligt hänseende var okänd till dess att gärningsmannaskapet konstaterats i en specialinkvisition. Det egentliga tillräknandet bestod i ett uttalat och tydligt rättsligt beslut, där en viss individ ålades ansvar och påföljd efter det i princip obligatoriska erkännandet. Uppsåtsfrågan var redan avgjord i generalinkvisitionen. Frågan om tillräknandet var identisk med frågan om ett *visst* gärningsmannaskap. Genom två myndighetsbeslut, dels ett om att ett brott förevarit, dels ett om att en viss person tillräknades detta brott, fastställdes ansvaret och straffet. Det som var kvar att göra efter generalinkvisitionen var ett tillräknande i ordets vardagliga innebörd nämligen att tillskriva en person en färdig brottsbedömd gärning. Den slutliga fasen, "condemnatio", utgjordes av ett beslut om tillräknande av ansvar och påföljd.⁵² I och med detta beslut förelåg imputatio juris och därmed imputatio plena.

I den gamla inkvisitoriska processen var det därför klart vad som tillräknades, vem som tillräknades, tillräknandets juridiska karaktär och varför en gärning tillräknades. Brottslig gärning var åtminstone delvis ett moraliskt fenomen, som genom beslutet i generalinkvisitionen fick en juridisk stämpel och transponerades till en brottsbeskrivning. Denna gärning implicerade därvid en oidentifierad persons intentionalitet, uppsåt eller förmåga att utföra något annat än det som utfördes. Detta skulle möjligen kunna kallas ett "objektivt" tillräknande. En "objektiv" normalperson tillräknades nämligen en viss gärning och viss rättsverkan att gå vidare till specialinkvisition knöts till beslutet i en slags mellandom.

Ungefär f o m upplysningstiden började istället brottet enbart beskrivas "materiellt" i lagtext, och ungefär samtidigt började generalinkvisitionen uppgifter gradvis överföras till ett självständigt utredningsväsende. Man bytte ut de två inkvisitionsprocesserna mot två trappsteg i samma rättegång, där brottsbeskrivningen uppdelades i två grundbeståndsdelar; en objektiv "yttre" del och en subjektiv "inre" del. Trappstegen i rättegången tänktes som empiriskt genomförda induktioner av dels "yttre" och objektiva, dels "inre" och subjektiva brottsegenskaper. De yttre avsåg händelser eller "rörelser" befriade från varje slag av "inre" egenskaper. De "inre" var "inre" psykiska rörelser, som skulle täcka dessa "yttre" rörelser. Domstolen hämtade brottsbeskrivningens objektiva rekvisit ur lagtexten, jämförde dem med gärningens kausala verkningar i yttervärlden och konstaterade att gärningen kausalt orsakat effekten och att gärningen var i enlighet med stadgandets text. Inget juridiskt beslut behövdes. Det objektiva tillräknandet framstod som en nödvändig konklusion i kraft av den kausala handlingsläran.

⁵² K Hall, Corpus delicti s 4 och s 7.

I och med att den gamla straffprocessen försvann, förlorades också den processuella förutsättningen för ett normativt och auktoritativt *beslut* i en "mellandom" angående en gärnings verkningar och brottsbeskrivningsenlighet. Utan denna officiella "mellandom" i processen tillhör det "objektiva" tillräknandet överläggningsfasen i rättegången. Dess fortlevnad, liksom därmed också distinktionen mellan objektivt och subjektivt tillräknande, garanteras endast av den kausala handlingslärans och det därpå grundade brottsbegreppets tänkta empiriska nödvändighet.

Detta enkla schema bröts successivt ned av kritiken under 1900-talet. Tillräknandets och skuldens normativa karaktär förstärktes i olika vågor. Men problemet är att de nödvändiga processuella förutsättningarna för mer än ett normativt tillräknande i brottmålsprocessen förlorats. Varken en processuell eller empirisk nödvändighet stöder därför distinktionen objektivt och subjektivt tillräknande. I dag finns följaktligen en utbredd osäkerhet i tysk och nordisk doktrin om vad det juridiska tillräknandebegreppet omfattar, vilken dogmatisk karaktär beslutet om tillräknande har, vem som tillräknas och vad som tillräknas.

1.3.2 NÅGRA LÄROR OM TILLRÄKNANDE

Ett antal olika läror om tillräknande med hög komplexitet finns i tysk doktrin, trots att (eller kanske för att) man anser begreppet vara straffrättsdogmatikens mest grundläggande begrepp.⁵³ Skuldbegreppet, handlingsbegreppet och frihetsbegreppet ses ibland som härledda ur detta bärande centrala begrepp, och hela straffrättsdogmatiken som en tillämpad lära om tillräknande.⁵⁴ Hruschka menar att om inte föreställningen om ett tillräknande föregår handlingsbegreppet och skuldbegreppet, utvecklas olika slags felaktiga ontologiska handlingsbegrepp.⁵⁵ Detta menar Hruschka vara problematiskt, eftersom dessa inte visar att en händelse är en handling för att den nödvändigtvis föregås av en bedömning och en beskrivning av denna händelse såsom en handling.

Koriaths lära utgår från ett intentionalistiskt handlingsbegrepp som han närmast hämtat från von Wright.⁵⁶ Koriath har viss sympati för Hruschkas anglosaxiskt inspirerade "attributiva" gärnings- och tillräknandelära men han

⁵³ Hruschka, *Zurechnung* s 1ff, Jacobs, AT s 125f och Koriath s 22, 101 och 231.

⁵⁴ Hruschka, *Zurechnung* s 3. Jacobs AT s 126 och Koriath s 254: "Strafrechtsdogmatik ist angewandte Zurechnungslehre."

⁵⁵ Hruschka, *Zurechnung* s 4.

⁵⁶ Koriath, s 23.

ägnar det största utrymmet åt Kelsens lära.⁵⁷ Paradoxalt nog är det rättspositivisten Kelsen som starkast betonat begreppets centrala roll och byggt ett helt rättsteoretiskt system på detta.⁵⁸ Rättspositivismens segertåg under 1900-talets första decennier medförde annars att begreppen, främst tillräknelighetsbegreppet, ibland ansågs som umbärliga.⁵⁹

Två åtskilda lärotyper verkar ännu i viss mån stå emot varandra, å ena sidan klassiska teorier, främst baserade på volitiva eller kognitiva lösningar och å andra sidan normativa teorier.⁶⁰ Enligt den klassiska lärotypen är tillräkandet *en nödvändig följd* av att en uppsåtlig eller oaktsam handling befunnits vara orsakad av en kontrollerad eller frivillig gärning. Prövningen av tillräkandet anses ofta vara identisk med prövningen av dolus och oaktsamhet. I denna mening finns endast ett egentligt och subjektivt tillräkande i den klassiska lärotypen. Tillräkandet är här en konsekvens av "individens förhållande till gärningen".⁶¹ En gärning tillräknas en viss person. Att tillräkna i denna mening är därför att förknippa ett händelseförlopp eller kroppsrörelse med någon på grund av en gärningspersons psykiska dispositioner över gärningen.⁶² Utgångspunkten är att en handling utgörs av dels ett yttre förlopp och dels ett inre förlopp.⁶³ Tillräkande skulle därmed automatiskt följa det "inre" förhållningssätt, som gärningspersonen visat.

Flertalet av tillräkandelärorna i tysk doktrin är klassiska endast i den mening att de är kognitiva och volitiva, eftersom man samtidigt betonar nödvändigheten av två sorters tillräkanden.⁶⁴ Hruschkas och Kelsens normativa läror avvisar däremot tanken på ett objektivt tillräkande i egentlig mening.⁶⁵ Hruschkas "askriptivistiska" lära utgår från att satsen "han gjorde detta" inte är ett faktum i tid och rum, utan uttrycker ett tillräkande, i vilket en person endast på grund av en regel görs ansvarig för en viss gärning.⁶⁶

⁵⁷ Koriath, s 98ff.

⁵⁸ Kelsen, Gott und Staat s 187 och Koriath, s 231.

⁵⁹ Hruschka, Zurechnung s 3.

⁶⁰ Koriath, s 232.

⁶¹ Strahl, 1976 s 76.

⁶² Koriath, s 104ff och s 115.

⁶³ Koriath, s 105.

⁶⁴ Koriath s 117f och Puppe, 1987 s 595. Puppe räknar upp 13 prominenta företrädare för den härskande läran, där man utöver kausaliteten som band mellan gärning och effekt använder sig av ett objektivt tillräkande, som uttryckts som ett tillräkande på grund av att en otillåten risk förverkligats.

⁶⁵ Hruschka, Zurechnung s 1f.

⁶⁶ Koriath, s 131 och Hruschka, Zurechnung s 3 not 4a. Hruschka hänvisar här till H. L. A. Hart, Geach, Feinberg och White.

1.3.3 NÄRMARE OM INDELNINGEN I SUBJEKTIVT OCH OBJEKTIVT TILLRÄKNANDE

I tysk doktrin syftade ursprungligen ofta objektivt tillräknande på "das Urteil über die Frage zu verstehen, ob ein Erfolg als die 'Tat' eines bestimmten Menschen anzusehen ist".⁶⁷ I nyare tysk doktrin förklarar begreppet varför en effekt kan anses tillhöra en viss gärning, *utöver* eller *istället för* kausalitetsförklaringar.⁶⁸ Denna reviderade lära framträdde i början av 1930-talet men slog igenom först i och med de moderna riskteorierna på 1970-talet.⁶⁹ Kausaliteten är här ett empiriskt fenomen och det objektiva tillräknandet ett normativt fenomen. I den nyare läran försöker man förklara att en effekt tillhör en handling på grund av kausalitet men att detta faktum kan upphävas av normativa skäl. Man brukar enligt den nyare läran säga att gärningen, för att vara ansvarsgrundande, måste ha förverkligat en otillåten risk. Det objektiva tillräknandet får därmed en liknande ansvarsbegränsande roll som adekvat kausalitet och gärningsculpa.⁷⁰

Subjektivt och objektivt tillräknande skulle då inledningsvis kunna beskrivas som att subjektivt tillräknande innebär att tillräkna en person eller göra en person ansvarig för en viss gärning och objektivt tillräknande att tillräkna en gärning eller göra en gärning "ansvarig" för en viss effekt. Det subjektiva tillräknandet överensstämmer närmast med en vardagsspråklig betydelse av "tillräknande".⁷¹ Det objektiva tillräknandet framstår som ett rent juridiskt begrepp. Skillnaden mellan objektivt och subjektivt tillräknande bestäms vanligtvis av om kriterierna för tillräknandet kan sägas vara subjektiva eller objektiva.⁷² Ett tillräknande på grund av att insikt om en effekt förelegat kallas subjektivt respektive på grund av att en viss effekt orsakats av en viss gärning för objektivt. Denna klassificering genombryts dock mer eller mindre ohämmat i de olika lärorerna.

⁶⁷ Hruschka, Zurechnung s 2.

⁶⁸ Puppe, 1987 s 595 särskilt not 1, där denna förklaring förknippas med den ovan nämnda uppräknningen av 13 tyska moderna straffrättsliga verk.

⁶⁹ Koriath, s 455.

⁷⁰ Se t ex Koriath, s 537: "Die Risikoerhöhungslehre ist nach dem hier vertretenen Verständnis praktisch dieselbe Theorie wie die Adäquanstheorie." Jareborg menar dock att detta inte är fallet. Han gör skillnad mellan läror som utgår från riskförhöjning och läror där utgångspunkten är otillåten risk. Roxin menar att adekvanteorin är ett embryonalt förstadium till den nya läran om otillåten risk. Se Roxin, Finalität s 242.

⁷¹ Koriath, s 138 och Norstedts svenska ordbok.

⁷² Koriath, s 98.

Skillnaden mellan "tillräkna" och "göra ansvarig" verkar ibland bestå i att begreppen i olika mån förknippats med den statliga institutionella straffrätten.⁷³ I den mån ansvarsbegreppet och tillräknandebegreppet båda uppträder i straffrättsliga sammanhang torde därför "göra ansvarig" och "tillräkna" vara synonyma begrepp. Ansvarsbegreppet används också alltmer istället för begreppet "brott".⁷⁴ Användandet av "ansvar" till skillnad från "brott" markerar en betydelseförskjutning i riktning mot en betoning av att brottet konstitueras i en normativ tillräknandeoperation på bekostnad av förklaringsmodeller som utgår från brottsrekvisit som faktiska egenskaper hos ett brott som ett empirisk fenomen. Enbart ett begreppsbyte från subjektivt och objektivt tillräknande till tillräknande av personligt ansvar och ett "opersonligt" eller annat tillräknande skapar dock inte en större klarhet om distinktionen. Ett exempel på detta är att Jareborg genomgående undviker begreppsparat subjektivt och objektivt i sitt brottsbegrepp och ersätter detta med rekvisit för personligt ansvar och rekvisit för otillåten gärning.⁷⁵

Objektivt tillräknande har kritiserats i tysk doktrin framförallt utifrån frågan om vem eller vad som tillräknas i dogmatisk mening samt för att man givit kausaliteten en betydligt större uppgift än den förmått att bära.⁷⁶ Fastän det är uppenbart att gärningar kan orsaka en effekt, anser man det inte vara klart vilka effekter som skall anses höra till en gärning.⁷⁷ Puppe anser att begreppet objektivt tillräknande är oklart.⁷⁸ Armin Kaufmann frågar sig hur begreppet kommer att gestalta sig i ett subsumtionsförfarande.⁷⁹ Han menar att objektivt tillräknande tydligt visar sig inte vara något objektivt tillräknande eller överhuvudtaget ett tillräknande i dogmatisk mening:

⁷³ Koriath, s 17.

⁷⁴ Exempel på detta är titelvalen: "Ansvarslära", "Straffansvar" samt "Straffansvarets gränser".

⁷⁵ Jareborg, Ansvarslära s 24f.

⁷⁶ Koriath, s 405 och s 535 samt Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung s 258f.

⁷⁷ Koriath, s 444f.

⁷⁸ Puppe, 1987 s 595, Keinapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Arthur Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie s 273 och Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung s 270f. Armin Kaufmann menar att problemet objektivt tillräknande inte hör till straffrättens allmänna del utan till dess speciella del. Se även Preuss, Untersuchungen och Maiwald, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko". Dessa två författare menar att begreppet beskriver "einen zusammenfassenden Begriff für eine mehrfach auftretende normative Struktur." Se även Bloy, René JuS-Lernbogen 6/1988 s L-44 angående oenigheten om innebörden i begreppet objektivt tillräknande.

⁷⁹ Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung, s 258f.

Es zeigt sich also, daß bei allen Merkmalen, die aus der Formel der imputatio objectiva zu entwickeln sind, offensichtlich das Wissen des Täters als Beurteilungsgrundlage unentbehrlich ist.⁸⁰

Koriath pekar på de grundläggande problemen i den nyare läran om objektivt tillräknande genom att säga: "Die Zurechnungsfrage, eine normative Frage, wird durch eine empirische Regel, die normativ eingeschränkt wird, gelöst."⁸¹ Han skriver vidare:

Die Grundlagen lauten: (i) Die Trennung von Unrecht und Schuld. Objektive Zurechnung spielt sich im Kontext dessen ab, was Unrecht genannt wird. Es wird angenommen, daß es möglich ist, Unrecht durch Kausalität darzustellen. (ii) Weiter gehört ein naturalistischer Handlungsbegriff dazu. (iii) Vervollständigt werden die Grundlagen schließlich durch eine infolge einer etwas unvollständigen Rezeption der Lehre Mills nur rudimentär entwickelten Kausaltheorie.⁸²

Eftersom betingelseteorin eller andra liknande juridiska kausalitetsteorier fungerar på normativ basis, menar han att det inte ges någon förklaring till vad det kompletterande normativa objektiva ansvaret skulle vara i dogmatisk mening.⁸³

Koriath menar att distinktionen är problematisk av åtminstone fem skäl:⁸⁴

(1) Den finala handlingsläran, som de flesta tyska författare ansluter sig till, motsäger den kausala handlingsläran med den klassiska indelningen, som gjordes av von Liszt och Beling i yttre och inre förhållanden. Handlingar enligt den härskande tyska handlingsläran betecknar en helhet, som inte kan reduceras till en struktur, som består av dels något inre, dels något yttre. Indelningen i objektivt och subjektivt tillräknande förutsätter således mer eller mindre den numera i tysk doktrin övergivna kausala handlingsläran.

(2) Ordningen att först tillräkna det objektiva och därefter det subjektiva förutsätter att begreppsomfånget hos de vanligen använda kriterierna för objektivt tillräknande, kausalitet, riskförhöjning och/eller teleologi, är lika. Detta kan ifrågasättas. Dessutom uppkommer problemet hur dessa begrepp förhåller sig till vilja och handling.

⁸⁰ Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung s 260.

⁸¹ Koriath, s 456 och s 525.

⁸² Koriath, s 455.

⁸³ Koriath, s 457.

⁸⁴ Koriath, s 99f.

(3) Objektivt och subjektivt tillräknande är koordinerade med "Schuld" och "Unrecht". Men åtminstone det senare begreppet är normativt. Hur sker då övergången mellan de "yttre" objektiva empiriska storheterna som begreppet "Unrecht" har bildats av, till

...die Welt des Rechts? Unrecht kann ja nicht unmittelbar etwas mit empirischen Größen zu tun haben? Das wäre ein arger naturalistischer Fehlschluss.

(4) Koriath frågar sig om det verkligen förhåller sig som det vanligtvis sägs, nämligen att det är effekter av gärningar som tillräknas. Detta är i så fall betänkligt, eftersom gärningar och följd inte enkelt går att skilja åt, särskilt vad beträffar s k handlingsdelikt.

(5) Slutligen säger han:

Das letzte Problem ist vielleicht das größte. Tatsächlich *beginnt* die Dogmatik mit der *Trennung* von objektiver und subjektiver Zurechnung. Das setzt voraus, daß man - vielleicht in intuitiver Form - *schon weiß, was Zurechnung ist.*

Koriath menar att konsekvensen av detta är:

In dem Sinne, in dem man gewöhnlich von objektiver Zurechnung spricht, gibt es keine objektive Zurechnung.⁸⁵

Förstått ungefär som ett krav på att det är nödvändigt att vid bedömning av straffansvar pröva ett opersonligt ansvar, är det svårt att inte omedelbart hålla med Koriath. Det skulle i den meningen varken finnas ett särskilt personligt eller opersonligt ansvar, bara ansvar eller inte ansvar.⁸⁶

1.3.4 SÄRSKILT OM KELSENS TILLRÄKNANDELÄRA

Kelsens tillräknandelära kan översiktligt beskrivas enligt följande:⁸⁷ Två viktiga frågor besvaras inte av vare sig volitiva, teleologiska eller "askriptivistiska" läror. För det första; varför måste förmågan att undvika ett visst förlopp, teleologi, regler, eller vilja vara grunden för tillräknandet? För det andra, vilket sammanhang finns mellan rättsordningen och tillräknandet?⁸⁸ Dessa två frågor konturerar kärnan i hans lära. Den avgörande utgångspunkten är, som väntat,

⁸⁵ Koriath, s 404.

⁸⁶ Se nedan avsnitt 1.4.5.2.2 under "Skuld som 'personligt ansvar'".

⁸⁷ Koriath, s 145.

⁸⁸ Koriath, s 145.

en skarp skillnad mellan moraliskt och rättsligt tillräknande. I linje med hans rättsteori i övrigt är rättsliga regler till skillnad från moraliska alltid förbundna med någon slags rättslig sanktion.⁸⁹ De rättsliga reglerna är också till skillnad från andra regler strängt bundna till en stats rättsordning.⁹⁰ Även om rättsliga begrepp kan ha sina moraliska motsvarigheter, måste de förbli rent rättsliga. Begrepp som "Unrecht" och "Schuld" är inte naturliga egenskaper hos en gärning utan endast "... als Bedingung einer Sanktion ist eine Handlung Unrecht."⁹¹ Det moraliska tillräknandet är i hög grad en vardagsspråklig angelägenhet. Moraliskt tillräknande syftar vanligtvis i vardagsspråket på att i moraliskt hänseende anse en individ som "Urheber" för en gärning. Ett sådant tillskrivande kan ha olika innebörd i olika kulturer, eftersom normen i logisk mening föregår både kausalitet och teleologi.⁹² Tillräknandet är därför i följd av sin normativa karaktär, icke-kausalt, icke-teleologiskt och icke-volitivt.⁹³

Aus der Norm, nicht aus der Seele des Zurechnungssubjektes ist das Zurechnungsprinzip zu holen.⁹⁴

Allein aus der Norm ist das Prinzip der Zurechnung zu holen.⁹⁵

Tillräknande är således

...die Verbindung, die zwischen den innerhalb der Norm zusammengefassten Elementen besteht, jene Verbindung, die grammatisch durch das "Soll" hergestellt wird.⁹⁶

...eine ganz eigenartige, von der kausalen und teleologischen völlig verschiedene und unabhängige Verknüpfung von Elementen.⁹⁷

Oaktsamhetsklandret utgör strängt taget ensam grunden för Kelsens argumentation för att tillräknandet inte på något sätt nödvändigtvis är förbundet med vilja eller andra psykiska element.⁹⁸ Att oaktsamhet skulle ha sin grund i att gärningspersonen kunde ha gjort på annat sätt är efter hans deterministiska synsätt en fiktion. Tillräknandet vid oaktsamhet är endast grundat på att

⁸⁹ Koriath s 232.

⁹⁰ Koriath, s 232.

⁹¹ Koriath, s 233.

⁹² Koriath, s 147.

⁹³ Koriath, s 147.

⁹⁴ Kelsen, Hauptprobleme s 77.

⁹⁵ Kelsen, Hauptprobleme s 75.

⁹⁶ Kelsen, Hauptprobleme s 71.

⁹⁷ Kelsen, Hauptprobleme s 72.

⁹⁸ Koriath s 152.

undvikandet av normstridigheten var "gesollt" och befinner sig helt och hållet i "böra-världen".⁹⁹

Koriath förklarar detta närmare:

Die ganze Rechtswelt wird als ein Gefüge von Zurechnungsprozessen rekonstruiert, ihre Elementarform, der Zurechnungsakt, ist ein volitiver Akt, eine Entscheidung.

Kelsen definierat Zurechnung als Verknüpfung von Elementen durch en volitiven Akt, dessens Sinn en Norm är. Die als Elementer bezeichneten Größen sind Handlungen, entweder zwei Handlungen zweier Personen (typisch für heteronome Normen wie Rechtsnormen) oder zwei Handlungen en Person, wie im Falle von Normen en autonomen Moral.¹⁰⁰

Kelsen zeigt ... daß Zurechnung en Prinzip sui generis är, das auf Normen (nicht Kausalität, Teleologie oder dem (sic) Willen) bezogen är.¹⁰¹

Kelsen menar att övergången sker från "böra-världen" till sinnevärlden i och med tillräknandet och sanktionsutdömandet. Detta är en följd av vad han kallar "das Vergeltungsprinzip";

Das Problem der moralischen oder rechtlichen Verantwortlichkeit ist wesentlich mit dem der Vergeltung verbunden; und Vergeltung ist Zurechnung des Lohns zum Verdienst, der Busse zur Sünde, der Strafe zum Unrecht.¹⁰²

Alle Vergeltung ist Zurechnung; aber nicht alle Zurechnung ist Vergeltung.¹⁰³

Ansvar blir det värdeneutrala uttrycket för att tillräknande har skett och skuld det negativt värderade resultatet av ett tillräknande.¹⁰⁴ Juridiskt tillräknande är en specifik form av att göra någon ansvarig i rättslig mening.¹⁰⁵ Här föreligger en skillnad i förhållande till Hruschkas föreställning om att tillräknandet alltid sker genom att ett "Ko-subjekt" tillräknar en person en gärning. I Kelsens

⁹⁹ Koriath, s 146f och s 153.

¹⁰⁰ Koriath, s 231.

¹⁰¹ Koriath, s 232.

¹⁰² Kelsen, Rechtslehre s 96.

¹⁰³ Kelsen, Rechtslehre s 105.

¹⁰⁴ Koriath, s 232f.

¹⁰⁵ Koriath, s 232.

mening kan en individ utan fattningsförmåga handla.¹⁰⁶ Tillräknandet bestäms efter om denna individ kan berömmas eller klandras.

Personer och gärningar kan inte utan vidare åtskiljas i Kelsens begrepps-värld.¹⁰⁷ Hans utgångspunkt är att personbegreppet och samhällsbegreppet har sina rötter i en religiös mytologisk värld. Den religiösa världsåskådningen menar han i grund och botten vara en samling normer, vilka i sin tur skapat ett samhälle i vilket begreppen för människan eller personen tjänat som "Normadressaten".¹⁰⁸ Det moderna naturvetenskapliga sättet att se person och människa ser Kelsen främst uppträda som ett skifte av den grundläggande frågeställningen. Nu frågar man inte längre efter *varför* man är förpliktad att bete sig på det ena eller andra sättet utan beteendet uppfattas som en verkan av en orsak. Kelsen menar att detta medför svårigheter för rättsvetenskapen, eftersom begreppsapparaten i rättsvetenskapen är bemängd med i grunden analoga religiösa föreställningar om staten som en "Makro-Anthropos" och personen som en "Rechtsseele".¹⁰⁹ Den "rena rättsläran" måste enligt Kelsen frigöra sig från dessa spekulationer. I straffrättslig mening utgörs följaktligen staten endast av den samlade relevanta rättsliga normmassan, personer endast "normadressater" och gärningar endast gärningsbeskrivningar eller omsatser till primärnormen, som innehåller ett påbud till domaren att utdöma påföljder. Kelsen undviker därför personbegreppet som en beteckning på en individuell människa.

Gärningsmannaskap förhåller sig till tillräknande enligt följande:

Wenn, falls ein Mensch eine verdienstliche Tat, eine Sünde oder ein Verbrechen begeht, die Frage der Zurechnung sich stellt, so ist nicht die Frage, wer die verdienstliche Tat, die Sünde, das Verbrechen begangen hat - das ist eine Tatfrage; die moralische oder rechtliche Frage der Zurechnung ist: wer ist verantwortlich für das in Betracht kommende Verhalten? Und diese Frage lautet: Wer soll dafür belohnt werden, wer soll dafür bestraft werden? Es ist der Lohn, die Busse, die Strafe, die als spezifische Folgen einer spezifischen Bedingung zugerechnet werden. Und diese Bedingung ist das Verhalten, das Verdienst, die Sünde oder das Verbrechen darstellt. Die Zurechnung des Lohnes zum Verdienst, der Busse zur Sünde, der Strafe zum Verbrechen, schließt die im üblichen Sprachgebrauch allein hervortretende Zurechnung zur Person in sich.¹¹⁰

¹⁰⁶ Koriath, s 232.

¹⁰⁷ Koriath, s 232f.

¹⁰⁸ Kelsen, Gott und Staat s 173f.

¹⁰⁹ Kelsen, Gott und Staat s 191.

¹¹⁰ Kelsen, Rechtslehre s 103f.

Denn nicht die einzelne Handlung oder Unterlassung des Menschen ist es, der zugerechnet wird, die zur Verantwortung gezogen werden kann, sondern ein Ganzes, das sich als ethische oder rechtliche Einheit darstellt, die Person... Das Eigenartige des Zurechnungsprozesses beruht gerade darin, daß die Handlung oder Unterlassung mit der Person – dieser gedachten Einheit – indentifiziert (sic) wird.¹¹¹

Frågan om grunden för gärningsmannskapet är olika hos Kelsen och Hruschka. Tillräknandet befinner sig hos bägge författarna i "böra-världen". Koriath sammanfattar Hruschkas handlingslära, baserad på "attributismen" eller "askriptivismen", i följande två punkter:

(i) Die pragmatische Rolle eines Satzes wie "Er tat es" ist nicht, ein raum-zeitliches Ereignis, einen Vorgang oder einen Zustand zu *beschreiben*, sondern eine *Zurechnung* vorzunehmen oder jemanden für das, was er getan hat, verantwortlich zu machen.¹¹²

(ii) Ohne Bezug auf *Regeln* können Handlungen (Handlungsweisen) nicht identifiziert werden.¹¹³

För Hruschka finns frågan om gärningsmannskap överhuvudtaget inte i sinnevärlden utan endast i "böra-världen". I Hruschkas lära förblir också begrepp som gärning, gärningsperson, skuld, uppsåt och culpa rent normativa begrepp utanför sinnevärlden.

Kelsens tillräknandelära kan sammanfattas enligt följande:

En människa kan i Kelsens mening göra något som inte tillräknas och den som tillräknas är inte enbart en människa utan en enhet som består av en individ och en gärning. *Tillskrivandet* (dvs konstaterandet av det faktum att en människa är "Urheber" till en händelse) befinner sig helt i sinnevärlden. *Tillskrivandet* består endast i att en människa gör en *observation* av att en annan människa är kausalt förknippad med en händelse och att en enhet, som kallas "person", av dessa två enheter uppstått. En person är endast en sådan konstaterad "normadressat". *Tillskrivande*begreppet kan sägas beteckna ungefär samma sak som den ursprungliga betydelsen av "objektivt tillräknande". Kelsen är determinist i sträng mening.¹¹⁴ Däremot skall sägas att Kelsen inte drar sig för att tala om vilja, även om han inte ser den som "fri". Tillräknandet är en viljeutövning från den som tillräknar. Denna viljeutövning

¹¹¹ Kelsen, Hauptprobleme s 144f.

¹¹² Koriath, s 131, Hruschka och Zurechnung s 1.

¹¹³ Koriath, s 131, Hruschka och Zurechnung s 1.

¹¹⁴ Se avsnitt 4.1.

behöver dock inte vara "fri". En sådan vilja kan i princip utövas både av djur och maskiner. En människas orsakande, påverkan eller styrning av ett händelseförlopp är således inte skilt från en maskins eller ett djurs. Kelsen menar att man måste avlägsna sig från den mytologiska föreställningen om personen som själ eller "rättssjäl". Personbegreppet beskriver *endast* en enhet persongärning, som tillräknas. I straffrättslig mening befinner sig personer i sinnevärlden som mottagare av individuella straffrättsliga normer eftersom vissa händelse av kausalitetsskäl kan förknippats med vissa individer. Kelsen kunde förmodligen även tänka sig *potentiella* normadressater, vilka är skapade efter en statistisk undersökning av normadressater. Denna enhet – (gärningperson) – kan varieras. Exempelvis kan i vissa rättssystem djur, juridiska personer och människor som inte är medvetna om sina gärningar, tillräknas påföljder.

Tillräknandet av ansvar och påföljd till person befinner sig helt i böravärlden. Förknippandet av ansvar och påföljd utgörs helt av *beslutet* att döma ut en påföljd till "normadressaten". Formen för detta förknippande är en ren norm, där en viss person ges en viss konkret påföljd. Denna *individuella* norm *skapar* av domaren i och genom tillräknandet. Domaren *tillräknar* en person ansvar genom en sanktion, som uttalas i en individuell norm. Den norm som ålägger domaren att ålägga alla brottsliga gärningar (inklusive gärningspersoner) en sanktion, kallar han den generella normen.¹¹⁵ Omsatsen i denna generella norm är den sekundära normen.¹¹⁶ När domaren tillräknar *skapar* han en individuell norm, som innehåller en normativt bestämd adressat, som är identifierad som en viss människa bunden till en viss händelse.

Kelsens lära innehåller en grundläggande svårighet. På något sätt har en enhet av människa och händelse – en s k normadressat – tillkommit *före* tillräknandet. Det är svårt att förstå på vilket sätt och i vilken värld gärningsmannskapet kan förklaras inom ramen för Kelsens tänkande. Vad var det som fick händelse och människa att bli en "enhet", om man inte kan förlägga denna "Verknüpfung" till "böra-världen"? Vilka rent fysiska fakta består bandet mellan person och gärning av? Det kan enligt Kelsen inte vara teleologi, vilja eller pseudovilja, eftersom det finns oaktsamma gärningspersoner, som tillskrivs effekter. Detta är nämligen Kelsens huvudargument för att tillräknandet inte kan ha en volitiv grund. Kelsen försöker att undvika problemet genom att skilja mellan tillskrivande och tillräknande.¹¹⁷ Men distinktionen förklarar inte, varken empiriskt eller normativt, varför en viss människa förknippas med en viss händelse. Man kan tänka sig att Kelsen

¹¹⁵ Kelsen, *Essays* s 242.

¹¹⁶ Kelsen, *Essays* s 243.

¹¹⁷ Kelsen, *Rechtslehre* s 154.

lämnat frågan åt sidan, eftersom han anser den i grunden tillhöra den mytologiska verkligheten. Detta faktiska förhållande måste då i enlighet med den avmytologiserade världsbilden beskrivas som kausalitet, dvs ungefär som att djuret människa påverkar verkligheten som andra individer och grupper i djurvärlden. Men Kelsen förklarar å andra sidan kausalitet som något, som har närmast ett mytologiskt ursprung i "urhämnden".¹¹⁸ Avståndet är kanske ändå inte så långt mellan grunden för Kelsens tillskrivandebegrepp och traditionella läror om tillräknande. Det kan nämnas att Koriath, som i huvudsak stöder Kelsens tillräknandelära, ansluter sig till en intentionell gärningslära.¹¹⁹

1.3.5 SVENSK DOKTRIN

Strahl skriver följande om begreppen tillräknelighet och tillräknande i svensk straffrättsdogmatik:

Man har brukat tala om *dolus* och *culpa* såsom de båda former i vilka gärning kan tillräknas. Med uttryckssättet har man velat markera en skillnad mellan tillräknande, *imputation*, och tillräknelighet, *imputabilitet*. Det senare begreppet avser individens beskaffenhet, det förra individens förhållande till gärningen. Tillräknelighet har ansetts vara en förutsättning för tillräknande. Efter tillkomsten av BrB användes begreppet tillräknelighet och det däremot svarande begreppet otillräknelighet inte i den svenska straffrätten. Själva föreställningen att vissa är otillräkneliga på grund av sina egenskaper medan andra är tillräkneliga är främmande för denna. Termen tillräknande åter är obehörlig, när den ej längre erfordras för att hålla begreppen *dolus* och *culpa* isär från begreppet tillräknelighet.¹²⁰

Visserligen är tillräkneligheten formellt avskaffad i och med Brottsbalken men det rättsliga fenomenet finns ändå kvar, som ovan påpekats, som en "praktisk" tillräknelighet i påföljdsprövningen och förmodligen även på åtalsstadiet.¹²¹ Man kan fråga sig vad som vunnits genom att avskaffa begreppet i ansvarsdelen. Man blir inte av med problemet bara genom att överföra pröv-

¹¹⁸Särskilt belysande är här den förståelse von Wright har för Kelsens kausalitetslära i boken "Vetenskapen och förnuftet": "En annan betydande lärd, som intresserat sig för grekernas världsuppfattning, är rättsfilosofen Hans Kelsen i arbetet *Society and Nature* (1943). Kelsen har framförallt fäst sig vid analogien mellan å ena sidan brott och straff och å andra sidan orsak och verkan. Det grekiska ordet *aitia* betyder, liksom f. ö. det finska ordet *syy*, både skuld och orsak."

¹¹⁹ Koriath, s 402.

¹²⁰ Strahl, 1976 s 76 ff. Brottsbalkskommentaren använder inget av begreppen i sin beskrivning av förutsättningarna för straffansvar. Se även Wennberg, Introduktion till straffrätten s 22 ff.

¹²¹ Jfr Straffansvarsutredningen s 493.

ningen till påföljdsdelen. Straffansvarsutredningen har föreslagit att tillräknelighetsbegreppet i enlighet med den "s k tillräknelighetsläran inom straffrätten" återinförs i Sverige.¹²² I konsekvens med vad Strahl tidigare anfört skulle det därför vara nödvändigt att även återinföra tillräknandebegreppet i svensk straffrättsdogmatik, om förslaget blir verklighet.

1.4 BROTTSBEGREPPET

1.4.1 INLEDNING

1.4.1.1 STRAFFRÄTTSDOGMATIKEN OCH BROTTSBEGREPPET

Brottsbegreppets systematik fungerar ofta som en disposition för framställningar om straffrättens allmänna läror. Frände menar att straffrättens allmänna läror t o m oftast uppfattas som synonyma med brottsbegreppet.¹²³

I de senaste av Jareborgs läroböcker har brottsbegreppet fått en mer traditionell ramfunktion än i hans tidigare verk.¹²⁴ Av sammanlagt 374 sidor i boken "Ansvarslära" handlar 223 sidor om allmänna läror inom brottsbegreppets ram.¹²⁵ Avsnittet "Ideologi och metod" finns samlat efter behandlingen av brottsbegreppet på de övriga 93 sidorna. I boken "Gärningslära" bestäms innehållet av brottsbegreppets ena huvudkategori: "otillåten gärning."

Brottsbegreppet indelas traditionellt i två huvudkategorier; den subjektiva delen och den objektiva delen. I tysk doktrin skiljer man mellan "Unrecht" och "Schuld", i angloamerikansk tradition mellan actus reus och mens rea, och i svensk doktrin mellan subjektiva och objektiva rekvisit eller rekvisit för "otillåten gärning" och "personligt ansvar".¹²⁶ Jescheck kallar denna fundamentala tudelning för "der Angelpunkt der Verbrechenslehre" och "...das zentrale Dogma der modernen Zurechnungsdogmatik".¹²⁷ Koriath skriver:

¹²² Straffansvarsutredningen, s 471ff och s 492.

¹²³ Se Frände, Introduktion s 7 och Om växelverkan mellan straffrätt och straffprocessrätt ur ett finländskt perspektiv s 226, Cross and Jones, s 50ff och 65 ff samt Williams, Criminal Law s 1ff.

¹²⁴ En jämförelse mellan dispositionen i boken Brotten I samt böckerna Ansvarslära och Gärningslära ger detta mönster.

¹²⁵ Ett avsnitt på 58 sidor i dessa omfattar dock osjälvständiga brottsformer.

¹²⁶ Se t ex Jareborg, Brotten I s 40 och Ansvarslära s 21 och Straffansvarsutredningen del I s 81ff. Även Wolter använder begreppet "personale Zurechnung" från i varje fall år 1979 i boken, "Objektive und personale Zurechnung".

¹²⁷ Jescheck, AT s 161 och Koriath, s 259 och 329.

Wichtig ist vor allem, daß die Trennung von Unrecht und Schuld offenbar *eine Art archimedischer Punkt* der modernen Strafrechtsdogmatik sein soll, gegen den es, wie bei solchen Punkten nicht anders zu erwarten, nur wenige Opponenten gibt.¹²⁸

Den centrala lärosatsen att tillräknandet och brottsbegreppet måste indelas i två delar, en objektiv och en subjektiv del, har förblivit kärnan och grundstenen för straffrättsdogmatiken sedan 1890-talet. Detta har vittgående systematiska och praktiska implikationer, bl a för gränsdragningen mellan dolus och culpa. Kritiken mot tudelningen av tillräknandet och konsekvenserna av denna distinktion, träffar följaktligen även "den moderna straffrättsdogmatikens" brottsbegrepp.

Brottsbegreppets framväxt redovisas översiktligt med viss tyngdpunkt på tysk litteratur, eftersom Tyskland är upphovslandet för den "moderna" straffrättsdogmatiken och brottsbegreppet i *civil law*-kulturen.¹²⁹ Brottsbegreppets syfte och användning uppmärksammas särskilt. Kriminalpolitiken har nämligen växlat med de ideologier som kommit och gått, samtidigt som begreppet bibehållit sin grundstruktur, en struktur som från början var målmedvetet inriktad mot vissa kriminalpolitiska syften. Förhållandena alstrar anomalier och spänningar skapade mellan olika implicita och explicita målsättningar.

Det närmare innehållet i kategorierna oaktsamhet och uppsåt redovisas i de följande kapitlen 2 och 4. Särskilda ursäkter eller ansvarsfrihetsgrunder, preskriptionsbestämmelser och krav som rör territoriella eller nationella begränsningar behandlas inte självständigt i detta kapitel.

1.4.1.2 HANDLING OCH GÄRNING

Handlingsbegreppet och gärningsbegreppet är grundläggande för de olika framställningarna av brottsbegreppet samtidigt som de har ett skiftande begrepps innehåll. Intentionalitet beskrivs ibland som en så grundläggande egenskap hos handlingar och gärningar att denna utgör handlingsbegreppets kärna.¹³⁰ Handlingsbegreppet och gärningsbegreppet skulle i så fall vara beroende av intentionalitet i ontologiskt hänseende, om ontologi kan sägas vara en beskrivning av de egenskaper, som en gärning inte kan mista utan att upphöra att vara en gärning.¹³¹ Samtidigt är det uppenbart vid oaktsamhetsansvar för

¹²⁸ Koriath, s 259.

¹²⁹ Om begreppet "modern" i detta sammanhang, se Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts s 113ff..

¹³⁰ Se t ex Welzel, SR s 33: "Menschliche Handlung ist Ausübung der Zwecktätigkeit".

¹³¹ Ontologi är ett svårt begrepp. Förutsatt att en egenskap är ontologisk om den utgör en del av "ett varandes väsen", återstår frågan om vad ett väsen är för något. Förutsatt att ett

gärningars effekter, att ett visst förlopp med viss effekt kan beskrivas som en oaktsam *gärning*, utan hänsyn till att brist på intentionalitet för effekten föreligger. Detta förhållande kvarstår trots lösningsförslag i form av en undermedveten intentionalitet eller betoningar av intentionaliteten till handlingsmedlen i stället för gärningens effekt.

I varje fall kan en händelse utan någon mänsklig observerbar mening, lika lite som en ren tanke, betecknas som en gärning.¹³² Handling och kroppsrörelse representerar två olika aspekter på mänskligt beteende.¹³³ Jareborg menar att "Skillnaden kan liknas vid skillnaden mellan att se en boksida som en *meningsfull* tryckt text och att se den som ett mönster av svarta märken."¹³⁴ Endast *meningsfulla* gärningar eller misstänkt meningsfulla gärningar kan vara föremål för straffrättsliga åtgärder. Ett sådant grundantagande kan också tänkas ingå i en ontologisk gärningslära. Meningsfullheten är emellertid, såsom jag använder begreppet, främst en aspekt på en gärning, som betraktaren och bedömare formulerar.

Trots detta är det vanligt i straffrättsdogmatiken att beskriva underlåtenhet att handla som en gärning. Förklaringen till detta torde delvis finnas i underlåtenhetens grundläggande betydelse för lagstiftningstekniken. Hela det straffrättsliga regelsystemet präglas av en grundläggande förväntan om ett visst godtagbart beteende.¹³⁵ Luhmann definierar rätten som

*...Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht.*¹³⁶

Normer betecknar han som "kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen".¹³⁷ Även om en sådan rättsuppfattning är snävt rättssociologisk, är den användbar i straffrätten som en karaktäristik för regeltekniken. Brottet mot en straffrättslig regel, vare sig det uttrycks i ett förbud eller påbud, är med detta synsätt en av domstol konstaterad underlåtenhet att bete sig på detta förväntade godtagbara sätt. Ett straffstadgande kan uttryckas positivt som ett påbud,

varandes väsen är de egenskaper som detta varande inte kan mista utan att upphöra att vara sig självt kan gärningens ontologi sägas vara en beskrivning av de egenskaper som en gärning inte kan mista utan att upphöra att vara en gärning. Förutsatt alltså att man talar om en nominal-essens och inte en real-essens, kan gärningars ontologi syfta till att beskriva de egenskaper, som en gärning måste ha för att kallas en gärning i konventionellt hänseende. Se Fil lex.

¹³² Se Duff, s 129ff samt kapitel 2

¹³³ Jareborg, Gärningslära s 52.

¹³⁴ Jareborg, Gärningslära s 52. Min kursivering.

¹³⁵ Jareborg, Gärningslära s 56.

¹³⁶ Luhmann, Rechtssoziologie s 105. Se även Koriath, s 45.

¹³⁷ Luhmann, Rechtssoziologie s 43.

dvs en förväntan på att en viss gärning skall utföras, eller negativt som ett förbud, dvs en förväntan om att man endast skall avstå (dvs vara passiv eller göra något annat) från en viss gärning. Om en gärning kan subsumeras under ett omissiv- eller kommissivdelikt är således i hög grad beroende av ett beslut av lagstiftaren och den som utfört subsumtionen att vissa karaktäristika skall vara rättsligt relevanta. Utan att närmare gå in på denna problematik anser jag att det är möjligt att använda gärningsbegreppet som ett överbegrepp för handling och underlåtenhet, om inget annat sägs.¹³⁸ Gärningsbegreppet används här för en handling eller underlåtenhet, som bedömts vara meningsfull.

Jareborg menar att gränsen "...mellan *handling och följd* är helt godtycklig. ...Lika konventionell är gränsen mellan *handling och omständighet*."¹³⁹ Även om detta kan försvaras, anser jag det vara bekvämt att ibland beteckna sådana aspekter på gärningar med dessa konventionella uttryck. När begreppen här används på detta sätt betecknas inte en artskillnad mellan dessa gärningselement.

I detta avsnitt används av kompatibilitetsskäl begreppet handling ibland utan att därmed menas en handling till skillnad från underlåtenhet. Av tradition används t ex begreppet "handlingsteori" eller "handlingslära" och inte "gärningslära" eller "gärningsteori" för att beteckna en teori om handlingar, som även i vissa fall kan tänkas innefatta en teori om underlåtenheter.

De vanligaste handlingslärorerna behandlas i huvuddrag nedan i samband med de olika brottsbegreppen.

1.4.1.3 NÅGOT OM INDELNINGEN I MATERIELL RÄTT OCH PROCESSRÄTT

Ekelöf finner ingen avgörande hållpunkt för att beskriva en sträng åtskillnad mellan "formell rätt", dvs processrätt, och "materiell rätt."¹⁴⁰ Kriteriet för distinktionen har antagits vara att den formella regelmassan utmärks av handlingsregler för rätten och den materiella av handlingsregler för medborgarna. Ekelöf finner emellertid att båda regeltyperna ofta har dubbla adressater. Lindblom skriver följande om skillnaden mellan formell och materiell rätt:

Till grund för systematiken i modern civilprocess ligger - i Sverige liksom i många andra länder - en åskådning som skiljer mellan formell och materiell rätt och därför betecknas som dualistisk. Enligt den

¹³⁸ Jfr Jareborg, Gärningslära s 52.

¹³⁹ Jareborg, Gärningslära s 52. Jfr även Puppe, 1987 s 599.

¹⁴⁰ Ekelöf, I s 43ff.

uppfattningen betraktas civilrätten som en reglering av rättsförhållandenas *inhåll*, den materiella rätten. Vid sidan av den står de regler som bestämmer *formerna* för hur man uppnår rättsskydd. Man talar, inte sällan en aning förklenande, om den formella rätten, processrätten.¹⁴¹

Lindblom behandlar här främst civilprocessen men det sagda gäller förmodligen i än högre grad straffprocessen. Han menar att den skarpa skillnaden i svensk rätt mellan formell och materiell rätt kan föras tillbaka till Bülows berömda processrättsliga arbete från 1868.¹⁴² Bülow menade att skillnaden mellan materiella och processuella frågor låg "tief im Wesen des Processes begründet".¹⁴³ Wrede framställde år 1884 distinktionen som en dikotomi; formella och materiella frågor var "...i själva verket oförenliga".¹⁴⁴ Han föreställde sig att man kunde avgöra skillnaden genom att betrakta "sakens *inre beskaffenhet*".¹⁴⁵

Lindblom menar att rättegångsbalken

...domineras helt av Bülows synsätt, som vid det här laget uppfattades som så självklart riktigt att man inte ens gick in på skälen för att skilja mellan formella och materiella frågor utan bara gick på i ullstrumporna. Såvitt jag vet har man inte i något land vid något tillfälle gått så långt som vi har gjort här i Sverige i det hänseendet.¹⁴⁶

Hur formell och materiell rätt förhåller sig till varandra klarlägger inte Lindblom närmare men han konstaterar att formella "...och materiella regler lever alltså i ett invecklat ömsesidigt förhållande."¹⁴⁷ Kanske man i dag kan tycka att detta är mer eller mindre självklart. Men motsatsen gäller faktiskt för gällande straffprocessrätt och i stora delar för den härskande straffrättsdogmatikens läror, särskilt när det gäller skuld och bevisningen av skuld. Visserligen finner man ofta uttryck för åsikten att bevisningen av skulden och de materiella förutsättningarna för straffrättslig skuld lever i detta ömsesidiga invecklade förhållande, men man drar sällan konsekvenserna av detta förhållande.¹⁴⁸ När

¹⁴¹ Lindblom, Studier i processrätt s 15.

¹⁴² Lindblom, Studier i processrätt s 18f.

¹⁴³ Lindblom, Studier i processrätt s 18f.

¹⁴⁴ Lindblom, Studier i processrätt s 20.

¹⁴⁵ Lindblom, Studier i processrätt s 21.

¹⁴⁶ Lindblom, Studier i processrätt s 20.

¹⁴⁷ Lindblom, Studier i processrätt s 23.

¹⁴⁸ Ett markant undantag från oktober år 1998 är Frändes uppsats: "Om växelverkan mellan straffrätt och straffprocessrätt ur ett finländskt perspektiv" s 221ff. Frände talar inte bara om ett beroendeförhållande utan om en växelverkan mellan materiell och formell straffrätt.

det kommer till de enskilda skuldproblemens lösning, arbetar man oftast utifrån föreställningen om en strängt dualistisk syn på formell och materiell rätt. Orsaken till detta är enligt min mening att Bülow's tänkesätt och dagens straffrättsdogmatik i allt väsentligt är rotad i samma tid och i samma paradig. Frågan är om inte här finns ett nödvändigt beroendeförhållande; den absoluta åtskillnaden mellan formell och materiell rätt var en förutsättning för den rent materiella straffrättsdogmatiken.¹⁴⁹ Språnget från äldre straffrätt till modern straffrätt under 1800-talets sista årtionden utgjordes i stora delar av ett språng från legalitet via processen till legalitet via materiella textbundna stadganden.

Sammanfattningsvis kan man enligt min mening konstatera detta invecklade och ömsesidiga beroendeförhållande mellan materiella och formella regler utan att för den skull alldeles ge upp skillnaden dem emellan. En närmare bestämning av relationen mellan straffrättsliga processuella regler och materiella regler faller utanför detta arbetes ram.¹⁵⁰ Men så mycket kan konstateras att antagna bevissvårigheter vid skuldbevisningen, vilka ofta givit upphov till processuella lättnader för åklagaren, samtidigt givit "rabatter" i form av sänkningar av straffvärdet för den tilltalade. Ibland förklaras skillnaden i straffvärde och skuldform mellan dolus- och culpaansvar främst genom att uppsåtsinvändningar inte accepteras, och att därför åklagaren befriats från att bevisa uppsåtsskuld.¹⁵¹

Det viktiga är här att inte bortse från detta förhållande, när innehållet i skuldkravet skall beskrivas. Allt för ofta förbises detta i den straffrättsliga diskussionen.¹⁵² Följden blir en blindhet för fundamentala teoretiska och praktiska problem, eftersom dessa antas bara vara processuella.

¹⁴⁹ K Hall, *Corpus delicti* s 134.

¹⁵⁰ En entydig logiskt-begreppslig skillnad mellan faktum och rätt har ifrågasatts i Lindell, *Sakfrågor och rättsfrågor* s 196. Trots dessa svårigheter måste man enligt Lindell ändå hålla fast vid denna distinktionstyp som huvudregel. (A a, s 384) Enligt denna huvudregel förklaras rättsfaktum normalt som ett *omedelbart relevant faktum* för rättsföljderna i målet till skillnad från bevisfakta som endast är ett *medelbart relevant faktum*. Rättsfaktum är alltså en del av regeln; *om* rättsfaktum *så* följd. Bevisfaktum är inte en del av regeln utan; *om* bevisfaktum *så* rättsfaktum *så* rättsföljd. I detta fall gäller alltså: *Om* gärning *så* insikt eller uppsåt *så* rättsföljd. På en viss abstraktionsnivå är inte rättsregel och bevis som förutsättningar för rättsregeln klart åtskiljbara som Lindell hävdar. Men på en lägre abstraktionsnivåer är skillnaden mellan rättsregel och de fakta som skall subsumeras under denna av avgörande betydelse. Särskilt gäller detta oaktsamhetsprövningen. Se vidare a a, s 53f

¹⁵¹ Se avsnitt 4.6.2.3.

¹⁵² Jfr Agge-Thornsted s 141. Författarna anför ett utvidgat uppsåtsansvar utöver direkt och indirekt uppsåt nödvändigt främst för att: "...det är stundom svårt att överbevisa den som sannslöst nekar till brott om indirekt eller direkt uppsåt". Samtidigt säger man, när det

1.4.1.4 ETT FORMELLT OCH ETT MATERIELLT BROTTSBEGREPP

I BrB kap 1 § 1 definieras brott som en gärning för vilken straff är stadgat i författning. Denna formella definition av brott anger endast att *en* nödvändig allmän förutsättning föreligger, nämligen att en viss i författning beskriven gärning är belagd med straff.¹⁵³ Utöver detta grundläggande rekvisit måste även ett stort antal andra nödvändiga rekvisit konstateras för att en gärning skall kunna anses vara ett brott. Exempel på sådana är att en gärningsperson existerar och den allmänna uppsåtsregeln i BrB kap 1 § 2. Följaktligen finns dels ett formellt definierat brottsbegrepp, dels ett brottsbegrepp i materiell mening. För att ett materiellt brottsbegrepp skall kunna bli hanterbart, måste rekvisiten beskrivas på ett annat sätt än med en uppräknig. En indelning måste ske i typer eller klasser. Brottsbegreppet måste alltså avse brottsförutsättningar av allmän karaktär.

Inte alla kategorier av rekvisit kan härledas direkt ur lagtexten.¹⁵⁴ Indelningar av rekvisit i objektiva, subjektiva, rättsstridighetsrekvisit och rekvisit för gärningsculpa är däremot kategorier som inte har sitt direkta stöd i lagtexten utan är produkter av doktrinen rättsvetenskapliga ansträngningar för att skapa en rationell systematik. Ett materiellt brottsbegrepp kan definieras som helheten av alla nödvändiga och tillräckliga brottsförutsättningar, som framgår direkt eller indirekt av de straffrättsliga stadgandena.¹⁵⁵ Utrymmet för rättsvetenskapens definitionsförsök och klassificeringsförsök är begränsat till dels den positiva rättsordningens innehåll, dels till vad som anses kunna härledas indirekt av denna på grundval av traditionell rättsvetenskaplig metod.

Allvarliga försök har gjorts att definiera brottsbegreppet utanför den positiva rättens ramar genom att identifiera detta med hjälp av moraliska eller sociologiska kriterier.¹⁵⁶ Innan principen *nullum crimen sine lege* trängt igenom på allvar, sågs brottsbeteckningarna i stort sett som notoriska fakta.¹⁵⁷ Valet av brottsbeteckning var inte särskilt problematiskt. Fanns inte en brottsbeteck-

gäller valet av sannolikhetsuppsåt kontra eventuellt uppsåt, att det finns både "...principiella och bevistekniska skäl ... mot det hypotetiska provet." Slutligen säger man i samma stycke att till "...till förman för eventuellt uppsåt talar, att det på ett teoretiskt klart sätt avgränsar uppsåtsområdet mot culpa..."

¹⁵³ Jareborg, Ansvarsläran s 20.

¹⁵⁴ Se exempelvis Hurwitz, s 5 ff.

¹⁵⁵ Frände, Introduktion s 6.

¹⁵⁶ Hurwitz, s 6f. Han kallar detta för en materiellrättslig bestämning av brottsbegreppet.

¹⁵⁷ K Hall, Corpus delicti s 4.

ning, som stämde helt med det önskade beteendet, skapades en "extraordinär" brottsbeteckning. Detta var naturligt i ett moraliskt enhetligt samhälle med en muntligt och kasuistiskt präglad rättsordning. Även senare försök i denna riktning, mot bakgrund av en ambition att skapa en enhetlig värdegemenskap med tvång, gjordes under nazitiden i tysk doktrin. Som exempel kan nämnas definitionsförsök av viss "medborgaranda", eller att en gärning kunde bestraffas och anses som brott om den "...nach gesundes Volksempfinden Strafe verdient".¹⁵⁸ Ett materiellt brottsbegrepp av denna typ är oförenligt med legalitetsprincipens præter legem-förbud. Det finns ingen anledning att diskutera möjligheten av ett renodlat utompositivrättsligt brottsbegrepp. Kontinental doktrin arbetar med ett materiellt positivrättsligt brottsbegrepp som syftar på helheten av alla brottsförutsättningar enligt en viss rättsordning. Det materiella brottsbegrepp som här diskuteras, om inget annat sägs, är principiellt underordnat den positiva rätten. Därmed inte sagt att diskussionen i doktrinen om de utompositivrättsliga dragen i brottsbegreppet helt är avslutad. Inte heller att brottsbegreppet i alla delar måste vara rent materiellrättsligt.

Straffrätten i *common law*-kulturen är av tradition uppbyggd som en *case law*. Om straffrätten i *civil law*-kulturen med tysk rätt i spetsen kan sägas vara en "Professorenrecht", är det naturligt att en straffrättsdogmatik och ett brottsbegrepp inte existerar i anglosaxisk tradition på samma sätt i *common law*-kulturen som i *civil law*-kulturen. Detta innebär enligt min mening inte att straffrättssystematiken i *common law*-kulturen för den skull apriori skulle vara underlägsen den kontinentala med en mer "utvecklad" systematik. Inte heller innebär det att rättssäkerheten är sämre. Brottsbegreppet i *common law*-kulturen innehåller t ex processuella komponenter, som enligt min mening skulle kunna bidra till en utveckling av det kontinentala brottsbegreppet. Frågan är om inte en sådan utveckling kan öka rättssäkerheten.

Väsentliga delar av brottsbegreppet i svensk straffrätt framgår av lagtexten. Dock har både antalet sådana allmänna beståndsdelar i brottsbegreppet och deras inbördes ordning utvecklats huvudsakligen inom rättsvetenskapen.¹⁵⁹ Brottsbegreppet har utvecklats i första hand av tysk straffrättsdoktrin under de första decennierna av detta sekel. Beteckningen "Professorenrecht" antyder att rättsvetenskapen har haft en stark ställning i förhållande till andra rättskällor i tysk straffrätt. Därmed har brottsbegreppet i vissa avseenden både till innehåll och systematik kommit att göra anspråk på att i sig uttrycka absoluta förutsättningar för att ett brott skall anses föreligga. Anspråken grundar sig således dels på den nämnda auktoritativa ställningen för rättsvetenskapen

¹⁵⁸ Frände, Legalitetsprincipen s 27 och s 28 not 84.

¹⁵⁹ Se t ex Frände, Legalitetsprincipen s 169.

i kontinental, företrädesvis tysk, rättskultur, dels den hävdade motsägelsefriheten i argumenteringen. Framförallt baserades dessa på den föreställda giltigheten av (natur)vetenskapliga psykologiska och sociologiska teorier om gärningar, personer och samhälle. Därmed får de traditionella lärorna om brottsbegreppet paradoxalt en *utomrättslig* materiell grund. Tolkningsföretaget för rättsvetenskapen och därmed doktrinen när det gäller omfattningen av brottsbegreppets olika kategorier har sina rötter i föreställningar om en rättsvetenskap som en "ren" (natur)vetenskap.¹⁶⁰ I takt med kritiken mot detta paradigm, har brottsbegreppet utvecklats från ett strängt formellt slutet brottsbegrepp med rötterna i en naturvetenskapligt präglad "psykologistraffrätt" mot ett mer utompositivt materiellt brottsbegrepp, grundat på "riskstraffrätt".¹⁶¹ Som exempel på det senare kan nämnas Roxins föreställning av kränkningen av det rättsgoda som en allmän brottsförutsättning, grundat på "(eine, SC) teleologisch-kriminalpolitische Verbrechenslehre". Han hävdar visserligen ett positivt rättsligt begrepp vid sidan av sin kritik mot von Liszts slutna begrepp och absoluta åtskillnad mellan straffrättsdogmatik och kriminalpolitik men också att (i princip positivt rättsliga) kriminalpolitiska målsättningar kan ha företräde framför systematiska argument. Som exempel på detta nämner han företrädet för kriminalpolitiska mål framför en utgångspunkt i brottsbegreppets tudelning i objektivt och subjektivt när det gäller att lösa problem i medverkansläran.¹⁶² Roxins funktionalistiska och *relativt* "öppna" brottsbegrepp baseras emellertid på en intressegemenskap och ett harmoniskt samarbete mellan lagstiftare, domare och rättsvetenskap. Endast under dessa förutsättningar är hans funktionalistiska och materiella brottsbegrepp genuint positivt rättsligt. Utan denna fungerande intressegemenskap kan rättskällornas olika kriminalpolitiska tolkningar av en önskad målsättning istället konkurrera om tolkningsföretaget.

¹⁶⁰ Ross, Om Ret og Retfærdighed s 431 och Roxin, AT s 147f.

¹⁶¹ Roxin, AT s 174f.

¹⁶² Roxin, AT s 175. Se även avsnitt 4.6.3.3.3 under "Sätts medverkans läran ur spel i vissa fall utan distinktionen mellan personlig culpa och gärningsculpa?"

1.4.2 BAKGRUND

1.4.2.1 ALLMÄNT

En teori går inte under så snart den kan falsifieras, utan anses falsifierad (förmodligen i bästa fall) först om en "bättre" alternativ teori dyker upp.¹⁶³ Detta bör gälla för juridik i allmänhet och brottsbegreppet i synnerhet.¹⁶⁴ Historiskt har nämligen det ungefär 100-åriga klassiska brottsbegreppets grundläggande strukturer varit häpnadsväckande livskraftiga, trots en massiv kritik av grunderna för begreppsbyggnaden.¹⁶⁵ Framförallt har, som Jan Riis Flor uttrycker det, Gilbert Ryles "destruktiva ärende" i boken *The Concept of Mind* från 1949 "...att tillbakavisa den dualistiska människouppfattningen, som varit dominerande under de senaste 300 åren..." varit framgångsrik.¹⁶⁶ Ryle har beskrivit den dualistiska handlings- och människouppfattningen i sin kritiska granskning av vad han kallar "Descartes' myt" eller "språket om spöket i maskinen". Ryles synsätt kan sammanfattas enligt följande:

- kroppen finns i både tid och rum, men själen eller medvetandet finns bara i tiden
- kroppen kan beskrivas mekaniskt, men inte medvetandet
- kroppen är tillgänglig för offentlig observation, medan själen är privat,
- en person har omedelbar kännedom om sitt eget själsliv genom medvetandets "självevidenta" karaktär och introspektion, medan andra personers själsliv aldrig kan vara omedelbart tillgängligt
- det själsliga uppfattas som händelser och tillstånd som kan orsaka händelser och tillstånd hos kroppen.¹⁶⁷

Ryle menade att utvecklandet av den mekaniska naturuppfattningen efter renässansen medförde att allt i naturen, därmed också människan och mänskliga handlingar, i princip måste kunna beskrivas mekaniskt. Kroppsrörelser tänktes därför som förorsakade av själsliga eller mentala rörelser. Han menade att detta genererade några typiska problem:¹⁶⁸

¹⁶³ Hansson, Metod eller anarki, s 42ff.

¹⁶⁴ Hansson, Metod eller anarki, s 43.

¹⁶⁵ VTF, s 586ff.

¹⁶⁶ VTF, s 592.

¹⁶⁷ VTF, s 586.

¹⁶⁸ VTF, s 587f.

1. Problemet att beskriva dessa säregna mentala händelser försökte man lösa genom att beskriva ett själsmaskineri av kvasimekanisk natur.
2. Problemet att förstå sambandet mellan "själsmaskineriet" och kroppsmaskinen, försökte man lösa genom ett orsakssammanhang mellan tillstånd och händelser.
3. Problemet om kunskap är möjlig om andras medvetande förblev egentligen olöst.

Riis Flor beskriver Ryles upplösning av dessa problem under rubriken "Dualismens bankrutt" på följande sätt:¹⁶⁹ Ryle menar att ingen principiell svårighet finns att uppnå kunskap om andra människors mentala dispositioner och avsikter. Normalt är dessa offentligt tillgängliga. Inte heller är förhållandet mellan "själ och kropp" särskilt problematiskt. "Påståenden om en persons medvetande eller själ är nämligen bara ett speciellt slags påstående om personen."

Upplösningen av det tredje problemet är att det inte finns en

...principiellt väsentlig skillnad mellan kunskapen om det egna själslivet och kunskapen om andras. Att vara medveten om något är inte detsamma som att vara i ett särskilt tillstånd av självinsikt. Det är inte alls två handlingar som utförs: att medvetet utföra en räkneoperation är inte att utföra dels räkneoperationen, dels en uppmärksamhetsakt som är riktad mot räkneoperationen. Det är i stället att utföra räkneoperationen på ett bestämt sätt...

Implikationerna av Ryles kritik träffar grunderna för det klassiska brottsbegreppet och framförallt de skuldläror, som baserats på en skarp tudelning av brottsrekvisiten i en objektiv och en subjektiv art. Särskilt problem nummer tre påverkar metodvalet när det gäller att dra gränsen mellan dolus och culpa.

Förutsatt att Ryle har rätt, borde straffrättsdogmatiken ha genererat ett brottsbegrepp, som inte baseras på det "Descartes' myt". Inga allvarliga försök i den riktningen har gjorts i den kontinentala doktrinen. En förklaring till varför det klassiska brottsbegreppet överlevt kan vara frånvaron av ett bättre brottsbegrepp inom den kontinentala doktrinen. I juridiska sammanhang borde den praktiska användningen kunna sälla bort bristfälliga teorier, *förutsatt* att en god förbindelse finns mellan teoribildning och praxis. Mycket tyder på att brottsbegreppet används i praxis som en "checklista", dvs som ett svagt normativt laddat "operativt" begrepp under överläggningsfasen i rättegången, och inte som en utsaga om vilka grundläggande förutsättningar för brott som

¹⁶⁹ VTF, s 592.

måste finnas och konstateras i en viss tågordning, för att ett brott skall anses vara för handen.¹⁷⁰ Doktrinen verkar inte beröras av detta i nämnvärd omfattning. Koriath menar t ex att praxis hantering av brottsbegreppet som "checklista" inte berör hans dogmatiska analys av begreppet. Enligt min mening hänger dock den, som Frände kallar, tredje regeltypen i brottsbegreppet vilken reglerar ordningsföljden för prövningen av rekvisiten i brottsbegreppet, intimt samman med rättsanvändarnas respekt för det härskande brottsbegreppets anspråk på respekt för denna ordningsföljd. En viktig fråga är därför i vilken grad detta anspråk är gällande rätt.¹⁷¹

Samverkan mellan praxis och doktrinen är emellertid, som ovan antytts, ett känsligt samspel, där praxis oftast är utan ett eget forum. Praxis' beslut tolkas och marknadsförs av doktrinen och inte av praxis själv i den kontinentala traditionen till skillnad från den anglosaxiska. Detta gör att bortsållningen, som nämndes ovan, kan undgå doktrинens kännedom och två system utarbetas sida vid sida mer eller mindre ovetande om varandra. Det är i sammanhanget således av vikt att skilja mellan brottsbegreppets funktion och dess begreppsliga konsistens. Användarna och "innovatörerna" kan ha helt olika perspektiv och intressen beroende på vilken aspekt, t ex användningen eller motsägelsefriheten, som betonas. Ett förmodat samarbete mellan doktrin och rättspraxis kan mycket väl vara ett antagande från den utåt sett dominerande doktrinen baserat på viljan att uppnå ett motsägelsefritt brottsbegrepp. Praxis kan tänkas acceptera föreställningen om ett motsägelsefritt brottsbegrepp utarbetat av doktrinen samtidigt som man endast använder begreppet som en jämförelse med egna och annorlunda bedömningsmönster.

Mer avancerat rättsvetenskapligt umgänge med brottsbegreppet i kontinental doktrin sker nästan uteslutande i form av analys av begreppet brott och ordnandet av begreppskategorier för allmänna brottsrekvisit under förutsättning att dessa också motsvarar gällande straffrättsliga materiella begrepp. Den handboksriktade straffrättsliga litteraturen ger ibland intryck av att arbeta med en primitiv och förenklad bild av brottsbegreppet.¹⁷² Enligt min mening är det emellertid inte alltid fråga om ett mindre sofistikerat bruk av begreppsapparaten utan en anpassning till det praktiska livets krav, genom att användningen i det praktiska livet betonas till förmån för begreppsstrukturen.¹⁷³ Detta implicerar ytterst en kritik av begreppsstrukturens konsistens.

¹⁷⁰ Frände, Legalitetsprincipen s 174f och Introduktion s 9ff samt Koriath, s 256. Han använder bl a ordet "Checkliste" som beteckning för funktionen i praxis..

¹⁷¹ Koriath, s 256.

¹⁷² Se exempelvis Brinck, s 21f.

¹⁷³ Se VTF s 570.

Min hypotes är att brottsbegreppet inte fungerar i domstolarna som det dogmatiska regelsystem rättsvetenskapen ofta föreställer sig, utan operativt i överläggningsfasen, mer eller mindre som en checklista, före det dogmatiska ansvarsbeslutet. Med denna operativa och odogmatiska funktion bortfaller många av de motsägelser, som finns inbyggda i begreppet som dogmatiskt begrepp. Den kritiserade tudelningen i objektiva och subjektiva rekvisit blir en indelning i *preliminärt* tillräknande och *slutligt* tillräknande; inte i ett objektivt tillräknande och ett personligt tillräknande som nödvändiga dogmatiska faser. Men det skall påpekas att även om tudelningen på detta sätt kan vara användbar, kvarstår uppgiften för rättsvetenskapen att tillhandahålla ett *både* begreppsligt och funktionellt motsägelsefritt brottsbegrepp. Det räcker inte att som Roxin föra in ett funktionellt element i brottsbegreppet, som kan tillgripas när systematiken är motsägelsefull.

1.4.2.2 DET MATERIELLA BROTTSBEGREPPETS PROCESSUELLA URSPRUNG

Eftersom brottsbegreppet kan ses som härlett ur tillräknandebegreppet är det gemensamma ursprunget för begreppen i huvudsak redan tecknad ovan.¹⁷⁴ Bakgrunden behandlas här från några aspekter, som är mer speciella för brottsbegreppet.

Bakgrunden till brottsbegreppets grundläggande begrepp "Tatbestand" - brottsbeskrivningsenlighet - ligger i det processrättsliga institutet *corpus delicti*, vars ursprung i sin tur var läran om *constare corpus delicti*.¹⁷⁵ Läran om *corpus delicti* har sin begynnelse i slutet av 1500-talet i italiensk rätt. Enligt den då förhärskande inkvisitoriska processen indelades *processen*, men inte *gärningen*, i flera delar. Två grundläggande processuella förutsättningar framtvingade läran om *corpus delicti*; dels inkvisitionsprocessens särart, dels den legala bevisteorin.¹⁷⁶

I den inkvisitoriska processen uppträdde domstolen både som polismyndighet, åklagare och domare. Följaktligen var denna process uppdelad i tre delar: den allmänna undersökningen, generalinkvisitionen, specialundersökningen, specialinkvisitionen, och domen. Beviskraven i generalinkvisitionen var misstanke om brott, utan att en viss person kunde misstänkas. I specialinkvisitionen inriktades undersökningen mot en viss person, samtidigt som beviskravet stegrades till alltmer specificerade krav på sannolikhet, definierad

¹⁷⁴ Se avsnitt 1.3.1.

¹⁷⁵ K Hall, *Corpus delicti* s 1.

¹⁷⁶ K Hall, *Corpus delicti* s 2 och Inger, Institutet "insättande på bekännelse" s 13ff.

genom de legala bevismedlen. I slutstadiet kunde bara ett erkännande godkännas för fällande dom.

En avgörande skillnad mellan de tre stegen i inkvisitionsprocessen var dels att beviskravet ökade gradvis från misstänkt till fullt bevis, dvs ett erkännande, dels en gradvis identifikation av gärningspersonen. Den allmänna undersökningsprocessen syftade till att utreda om det överhuvudtaget begåtts en brottslig gärning. *Judici ante omnia constare debet de delicto.*¹⁷⁷ I specialinkvisitionen blev TT anhållen och ibland förhörd under tortyr. För att inleda generalinkvisitionen räckte det med en misstanke om att något "brottsligt" inträffat och för specialprocessen att en viss person sannolikt var gärningspersonen. Indiciebevisningen användes för att övergå till stadiet "torquendum" i specialprocessen.¹⁷⁸ En misstanke om brott mot en viss person räckte inte till för tortyr. Gärningsmannaskapet måste vara höggradigt sannolikt för att vara underlag till en inledning av tortyr. Läran om prövningen av dess sannolikheter och de olika indiciernas bevisvärde utvecklades på sina håll till hela kataloger över indiciernas olika bevisvärde.¹⁷⁹ I första hand uttryckte brottsbeskrivningen inte legalitetskravet, utan denna uppgift utfördes genom processordningen och beviskraven med de noggrant beskrivna bevismedlen. Man skilde strikt mellan condemnatio, dvs det egentliga ansvarstillräkandet, och undersökningen-inkvisitionen. Domstolen uppträdde som *en* myndighet men med olika myndighetsfunktioner, som skildes åt genom fasta processuella skott mellan de olika verksamheterna.

Den centrala frågan för specialinkvisitionen var frågan om gärningsmannaskapet.¹⁸⁰ Ansvar för brott uttrycktes processuellt genom de tre besluten eller "stadierna" i processen, som innebar ett fastställande av gärningsmannaskapet i det näst sista och tillräkandet av ansvar och påföljd i det sista steget. Den höga sannolikheten och erkännandet, eventuellt under tortyr, möjliggjorde ansvarsbeslutet. Intentionalitet förutsattes vara "normal" och i viss mening notorisk, sedd som en viss gärnings normala meningsinnehåll i både general- och specialinkvisitionen. Invändningar om brist i dessa avseenden kunde göras i viss ordning men i princip hörde de hemma i generalinkvisitionen.¹⁸¹ Frågan om uppsåt och oaktsamhet skulle avgöras *utan* en känd gärningsperson. Man utgick på detta sätt från gärningens (eller "någon" okänd och generell gärningspersons) syfte och mening.

¹⁷⁷ K Hall, Corpus delicti s 1.

¹⁷⁸ K Hall, Corpus delicti s 6.

¹⁷⁹ K Hall, Corpus delicti s 5.

¹⁸⁰ K Hall, Corpus delicti s 7.

¹⁸¹ K Hall, Corpus delicti s 11.

Erkännandet *fick* inte användas till något annat än till att bevisa gärningsmannaskapet.¹⁸² Erkännandet var inte relevant för frågan om en viss gärning var ett brott, om viss brottslig gärning begåtts eller om uppsåt förelegat. Det var överhuvudtaget inte relevant i generalinkvisitionen eller för frågan om existensen av corpus delicti. Gärningsmannaskapet var på detta sätt skilt från brottsbeskrivningens lighet. Båda fenomenen var emellertid i hög grad processuella företeelser, som grundades på regler för de legala bevisvärdena.¹⁸³

Under dessa förutsättningar kan man kalla det förklassiska brottsbegreppet för ett normativt, formellt och/eller processuellt brottsbegrepp.

De legala bevisreglerna syftade främst till att uppnå rättssäkerhet genom legalitet i en blandning av skriftlig och muntlig rättstradition. Man hade en legalitetsgrundsats, som kunde uttryckas som "nulla poena *ordinaria* sine lege".¹⁸⁴ Domaren var i viss mån bunden till vissa ordinarie straff och brott men kunde tillgripa extra ordinarie straff och brott för att kunna komma åt ett icke önskat beteende. Brottsbeskrivningarna var så inte färdiga förrän efter beslutet om att ett brott – dvs i stort sett corpus delicti – förelåg efter genomförandet av generalinkvisitionen.

1.4.2.3 FRAMVÄXTEN AV ETT MATERIellt BROTTSBEGREPP; DET "KLASSISKA" BROTTSBEGREPPET

Allteftersom legalitetskravet under upplysningstiden växte sig starkare, i och med kravet på att brott måste beskrivas i lagtext, avtog samtidigt respekten för den legala bevesteorin. Men redan under 1600-talet förföll läran om corpus delicti. Under detta brutala århundrade var det vanligt att inte corpus delicti behövde konstateras för att rättfärdiga tortyr. Fanns ett lik, var detta nog för tortyr mot personer, som misstänkts på mycket svaga grunder.¹⁸⁵ K Hall menar att de processuella grunddragen i läran om corpus delicti fördunklades ytterligare under 1700-talet. Generalinkvisitionen fick överta specialinkvisitionens roll och denna försvann nästan helt eller blev en ren formsak.¹⁸⁶ Så småningom försköts betydelsen av begreppet corpus delicti från att endast ha varit ett konstaterande av att ett brott förövats till att avse de kroppsliga "yttre" bevismedlen.¹⁸⁷

¹⁸² K Hall, Corpus delicti s 10.

¹⁸³ K Hall, Corpus delicti s 11.

¹⁸⁴ K Hall, Corpus delicti s 8.

¹⁸⁵ K Hall, Corpus delicti s 68.

¹⁸⁶ K Hall, Corpus delicti s 69.

¹⁸⁷ K Hall, Corpus delicti s 76.

Esaias Pfuendorf beskrev brottet som en kropp med många lemmar.¹⁸⁸ Corpus delicti var alltså för honom ett uttryck för brottet, som var sammansatt av många enskilda handlingar. Boehemer förändrade slutligen den fundamentala frågeställningen. Förr frågades efter om en konkret gärning var begången, nu gällde det om det konkreta brottet kunde subsumeras under ett abstrakt brottsbegrepp.¹⁸⁹ Brottsbegreppet förändrades från ett tidsbundet operativt i princip muntligt rörligt begrepp till ett tidlöst textbundet abstrakt brottsbegrepp.¹⁹⁰ Ett sådant materiellt brottsbegrepp innebar en perspektivförskjutning mot ett mekanistiskt sätt att se på gärningspersoner.¹⁹¹

Boehemer inordnade begreppet corpus delicti i sitt materiella brottsbegrepp. Prövningen av alla speciella, personliga och individuella omständigheter skulle inte höra till prövningen av corpus delicti, eftersom han ansåg att dessa endast hade betydelse för straffmätningen och inte för ansvarsfrågan.¹⁹² Fortfarande finns alltså en uppdelning av prövningen av de objektiva och subjektiva rekvisiten i två skilda processordningar; en ansvarsprocess och en påföljdsprocess. Detta är egentligen ett återkommande lösningsförslag i debatten om prövningen av dolus och culpa.¹⁹³ Han ville även, i enlighet med det tidigare sagda, inordna dolus och culpa i begreppet corpus delicti. Dessutom ansåg han att ett "allmänt" gärningsmannaskap bevisades av dolus och culpa.¹⁹⁴ Boehemer skilde mellan identifierandet av den individuella gärningspersonen och det allmänna gärningsmannaskapet. Det förra hörde inte till corpus delicti utan konstaterades i tillräknandet.¹⁹⁵ Boehemers lära bekämpades och trängde inte igenom mer än delvis förrän under slutet av 1800-talet. Under tiden började begreppet "corpus delicti" att trängas ut av "Tatbestand"-begreppet.¹⁹⁶ Kleinschrod (år 1800) menade att det fanns tre sorters corpus delicti; en objektiv, en subjektiv och en objektiv-subjektiv. Han införde termen "Gesetzwidrigkeit". Detta begrepp innefattade även det moderna "Rechtswidrigkeit". Denna lagstridighet betecknade emellertid *i första hand* dolus och culpa.¹⁹⁷ Den objektiva lagstridigheten var bara ett indicium för den subjektiva lagstridigheten, som behandlade frågan om den misstänktes vilja.

¹⁸⁸ K Hall, Corpus delicti s 82

¹⁸⁹ K Hall, Corpus delicti s 105f. En rubrik lyder: "Der Kampf zwischen einem prozessualzeitgebundenen und einem 'überzeitlich-materiellrechtlichen' Denken".

¹⁹⁰ Ong, s 63 och s 65.

¹⁹¹ Jfr Von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 35.

¹⁹² K Hall, Corpus delicti s 108.

¹⁹³ Se t e x avsnitt 1.2, 2.3.2.1.3 och 2.3.4.3.

¹⁹⁴ K Hall, Corpus delicti s 108.

¹⁹⁵ K Hall, Corpus delicti s 110.

¹⁹⁶ K Hall, Corpus delicti s 122.

¹⁹⁷ K Hall, Corpus delicti s 124.

I och med Feuerbachs lärobok år 1801 introducerades det moderna materiella brottsbegreppet på allvar. Feuerbach skriver:

Der Inbegriff der Merkmale einer besonderen Handlung oder Thatsache, welche in dem gesetzlichen Begriff von einer bestimmten Art rechtswidriger Handlung enthalten sind, heisst der *Thatbestand des Verbrechens* (corpus delicti).¹⁹⁸

Feuerbach skiljer mellan objektiva och subjektiva grunder för den "absoluta straffbarheten". De subjektiva hörde inte till "Tatbestand" utan till tillräknandet och imputationen.¹⁹⁹ Här finns alltså en antydning till att göra tillräknandet till en speciell subjektiv prövning. Feuerbach placerade däremot dolus, framförallt tillstånd av affekt, i "Tatbestand".²⁰⁰

Ett mer utvecklade materiellt brottsbegrepp uppträder dock inte förrän ungefär 100 år senare i tysk doktrin. Brottsbegreppet får sin nuvarande traditionella karaktär främst genom Belings klassiska systematik år 1906.²⁰¹ Genombrottet för brottsbegreppet och den dogmatiska funktionen av begreppet "Tatbestand" kan återföras till von Iherings civilrättsliga begrepp "objektive Rechtswidrigkeit" från år 1867. Begreppet beskrev ett objektiva tillräknande, som innebar att vissa rättsföljder knöts till rättsligt bedömda skador utan att skulden hade någon betydelse.²⁰² Detta överfördes som ett mönster för straffrättsliga bedömningar. Det var inte längre fråga om att i två processer fastställa dels en gärnings (inklusive en okänd gärningsperson) brottslighet, dels en viss persons brottslighet. Beling menade att man inte skulle bemöda sig om att föreställa sig olika brottslingstyper utan istället koncentrera sig på de objektiva rekvisiten för gärningen och därmed på gärningstyper. Beling definierade det objektiva i brottet som allt, som inte försiggick i gärningspersonens själsliv. Hans lära inriktades mot en typisering av gärningar, dvs ett konstaterande av en värderingsfri "Tatbestandsmässighet":

Die Feststellung, daß man einen Tatbestand erfüllt habe, belastet für sich allein niemanden. Im Tatbestand liegt kein Werturteil.²⁰³

Skuld skulle bara finnas på den subjektiva sidan och vara

¹⁹⁸ Feuerbach, Lehrbuch 1. uppl § 89, som (enligt K Hall, Corpus delicti s 132) är likalydande med § 81 i 13 uppl år 1840.

¹⁹⁹ K Hall, Corpus delicti s 132.

²⁰⁰ K Hall, Corpus delicti s 137.

²⁰¹ Beling, Grundzüge s 10 och von Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht s 4ff.

²⁰² Von Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht s 159ff. Von Ihering indelar "Unrecht" i dels "objectives" dels "subjectives Unrecht".

²⁰³ Citat ur K Hall, Corpus delicti s 158.

...die psychische Beziehung des Täters zu der Tat als einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung.²⁰⁴

Ibland betonas emellertid att det just är Belings processuella anspråk som gjort brottsbegreppet brukbart.²⁰⁵ Indelningen i en "yttre" och en "inre" rekvisittyp skulle alltså helt vara inriktat mot att uppnå en viss subsumtionsordning för att tvinga domaren att följa denna subsumtionsordning. Utan gärningstyp, inget brott. Gärningstypen måste kompletteras av de andra två kategorierna, "Rechtswidrichkeit" och "Schuld", som inte bands vid denna gärningstyp. Dessa knöts inte till gärningstypen utan skulle vara individuella preciseringar.

K Hall sammanfattar Belings brottsbegrepp på följande sätt:

*Belings Verbrechenbegriff entspricht nicht einer "überzeitlich-materiellrechtlichen", sondern einer prozessual-zeitgebundenen Intention. Er ist eine Subsumtionsordnung für den prozedierenden Richter.*²⁰⁶

K Hall menar att utöver grunden i legalitetsprincipen finns ett processekonomiskt drag i Belings lära om brottsbegreppet. Beling frågade sig varför man skulle göra alla de krångliga prövningarna av skulden och rättsstridigheten, om redan ansvaret är uteslutet på grund av bristande gärningstypicitet.

Beling beskrev ett brott enligt följande:

I. Verbrechen im weiteren Sinne, strafbare Handlung (Straftat, Delikt) ist

1. eine Handlung, die
2. "tatbestandsmäßig" (typisch),
3. rechtswidrig,
4. schuldhaft ist,
5. einer auf sie passenden Strafdrohung unterfällt und
6. den Strafdrohungsbedingungen genügt.

...

V. Das Verbrechen hat zwei "Tatseiten":

1. die äußere, objektive Tatseite, das ist die äußere Seite der •Handlung ..., und die oben I 2, 3, 5, 6 bezeichneten Attribute der Handlung;
2. die innere, subjektive, psychische Tatseite, das ist die innere Seite der Handlung (der Wille ...) und die Schuld ...²⁰⁷

²⁰⁴ Citat ur K Hall, Corpus delicti s 158.

²⁰⁵ K Hall, Corpus delicti s 155ff.

²⁰⁶ K Hall, Corpus delicti s 160.

Därmed sägs alltså Beling ha återknutit en processrättslig huvudfunktion till brottsbegreppet. Det stegvisa förfarandet att först konstatera *corpus delicti* hade en processrättslig funktion från början, som gick ut på att starta en förundersökning ("Spezialinquisition"), inklusive en naturlig teleologisk normaltolkning av den förmodade gärningen. Nu fick det stegvisa förfarandet karaktären av ett rent objektivt konstaterande av en händelse, skenbart utan några "inre fakta" om själslivet.²⁰⁸ För att klara denna operation måste begreppet "Willkürlichkeit" införas som en slags godtycklig opersonlig intentionalitet, som varje gärning "rent objektivt" skulle anses äga, för att överhuvudtaget vara en gärning i motsats till en händelse. "Beziehung der Psyche zum Tatbestand", dvs uppsåt och oaktsamhet, skulle trots detta vara helt undantagen den "rent objektiva" bedömningen av gärningen.

Den dogmatiska rollen för institutet *corpus delicti* hade varit tydlig. Den skulle ge igångsättningssignalen för specialinkquisitionen och inget mer. I och med betydelseförskjutningen mot ett renodlat materiellt begrepp ges intrycket av att brott *består av* dels yttre fakta i form av en kroppsrörelse, som först upptäcks och prövas, dels en viljeakt som upptäcks och prövas i ett senare sammanhang. Domaren skulle efter naturvetenskapliga förebilder först analytiskt konstatera att en brottslig gärning blivit begången. Detta får sitt dogmatiska uttryck i en slags pseudoprocessrättslig trappa, där brottet på ett obestämbart sätt tillräknas inte en person eller ens en oidentifierad eventuell person, utan "i sig självt" som ett naturvetenskapligt objektivt faktum. Efter-som processrätten skilts från den materiella rätten, egentligen i kraft av samma (natur)vetenskapliga paradigm, framträdde inte problemet att avgöra vem eller vad som egentligen tillräknades detta objektiva "ansvar" och hur detta skedde i brottmålsprocessen. Visserligen förmodas Beling ha haft ett processuellt syfte med sitt brottsbegrepp men denna linje har förblivit oklar. Under 1930-talet försvann denna processuella grundaspekten.²⁰⁹

1.4.2.4 STRIDEN OM TUDELNINGEN

I tysk doktrin har man redan från början stridit om riktigheten i tudelningen och den däri implicita turordningen från objektiva rekvisit till subjektiva rekvisit vid ansvarsprövningen. Den första fronten öppnades av von Ihering å

²⁰⁷ Beling, Grundzüge s 10.

²⁰⁸ K Hall, Corpus delicti s 158f.

²⁰⁹ Jfr K Hall, Corpus delicti s 160. Han försöker år 1933 att dra en lans för att återföra denna, som han ser vara, Belings huvudaspekt till straffrättssystematiken. Det processuella perspektivet verkar alltså redan då mer eller mindre vara försvunnet.

ena sidan och Merkel och Binding å den andra sidan.²¹⁰ Von Iherings berömda föreläsning från år 1867, "Das Schuldmoment im römischen Privatrecht" var utgångspunkten.²¹¹ Koriath menar att von Ihering gjort sig skyldig till en förväxling av två perspektiv - offerperspektivet och gärningspersonspektivet - i det fall som är utgångspunkten för hans uppdelning i en subjektiv och en objektiv del. Von Ihering utgick från ett civilrättsligt fall, som rörde ett godtrosvärk. Han beskrev frågeställningen enligt följande:

Wie sollen wir den Zustand des gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache bezeichnen? Ein rechtmässiger ist er nicht, also bleibt nichts anderes übrig, als ihn einen unrechtmässigen zu nennen.²¹²

Binding sammanfattade kritiken mot von Ihering enligt följande:

*...eine normwidrige Handlung muß vorsätzlich oder fahrlässig sein; es gibt nur verschuldetes und kein unverschuldetes Unrecht. Was man objektives Unrecht nennt, ist reiner Zufall.*²¹³

Med uttryckssättet, "Zufall", torde avses att begreppet objektiv "Unrecht" saknar dogmatiskt värde, genom att det uteslutande hör hemma i överläggningsfasen som ett tillfälligt icke-dogmatiskt beslut i rättegången. Härmed ger Binding endast slutlig eller "verschuldetes Unrecht" dogmatisk betydelse. Objektiv "Unrecht" är alltså endast ett *preliminärt* eller heuristiskt beslut. Anmärkningen är av stor praktisk betydelse. Binding fränkänner i sak det objektiva tillräknandet dess dogmatiska roll.

Koriath menar att frågan om tudelningen rör sig om huruvida

... die Veränderung eines in bestimmter Weise ausgezeichneten Zustandes, und die Güterwelt ist nur ein Teil dieser Ordnung, einem *intelligiblen Willen*- und nicht nur einem mechanisch-kausalen, wie v. Ihering meint - zuzurechnen ist.

V. Iherings vor allem von vielen strafrechtlichen Autoren vielfach gerühmte Trennung von Unrecht und Schuld ist meiner Ansicht nach das Ergebnis einer einfachen Perspektivenverdrehung.²¹⁴

²¹⁰ Koriath, s 263 och s 266. Han ifrågasätter om von Ihering hade rätt. Dessutom vill han lägga bevisbördan för indelningens rationalitet och lämplighet på denne och finner då att von Ihering inte fyllt denna börda.

²¹¹ Se Koriath, s 261ff.

²¹² Von Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht s 160.

²¹³ Binding, Die Normen s 244.

²¹⁴ Koriath, s 265.

Enligt min mening har Koriaths argumentation fog för sig. Rationaliteten i von Iherings yttrande är inte förklaringen till framgången för hans koncept om tudelningen mellan objektivt och subjektivt vid straffrättsliga bedömningar. Framgången har andra grunder. Förslagsvis rör det sig bl a om ideologiska och pedagogiska grunder.²¹⁵

Striden kom sedermera även att föras på ytterligare en front. Istället för det psykologiska skuldbegreppet lanserades så gott som samtidigt med Belings brottsbegrepp, det så småningom segrande normativa skuldbegreppet av Frank och Goldschmidt.²¹⁶ Den första fronten dog ut helt med seger för det klassiska brottsbegreppet, under det att finalisterna på den andra fronten för om 1930-talet ifrågasatte intentionalitetens och därmed skuldens innehåll och roll i främst det klassiska men även i de senare nedtonade nyklassiska versionerna av brottsbegreppet. De två angreppen utgick från två olika perspektiv på samma sak: skuldbegreppet som är den svaga punkten i det klassiska brottsbegreppet. Huvudpoängen i tudelningen var att framhäva kausalitet som grund för tillräknanhet i förhållande till skulden. Kausaliteten kunde inte ersätta skuldprincipen och den nya rollen för skulden som ett psykologiskt skuldbegrepp förblev motsägelsefullt i och med att gränsen mellan skuld- och objektiva rekvisit inte kunde definieras. Striden om brottsbegreppet har följaktligen oftast handlat om skuldbegreppets innehåll och funktion. Den objektiva, "rent" gärningsmässiga delen har ofta förutsatts vara känd som ett empiriskt iakttagbart faktum; gärningen "som sådan".²¹⁷ Man har diskuterat om skulden skall tjäna som ett samlingsbegrepp för psykiska, personliga eller individuella rekvisit eller om skulden mer är ett uttryck för ett klanderbeslut eller om begreppet överhuvudtaget kan användas som ett attribut för speciella rekvisit. Den enda sak som de traditionella brottsbegreppen tycks vara helt överens om är att skuldbedömningen, vad den än går ut på, är något som skall utföras som en sista fas i bedömningen efter prövningen av de objektiva rekvisiten.

Kontentan är att man på olika sätt har försökt, men inte lyckats, att återvinna en liknande dogmatisk kontext, som gavs i den inkvisitoriska processen med två officiella processer och beslut; ett om brottsbeskrivningsenligheten och ett om gärningsmannskapet. Distinktionen mellan subjektivt och objektivt är fortfarande oklar, liksom prövningsordningen och skuldprövningens innehåll. Resultatet av striden om kärnan i dogmatiken är tvetydigt. Teoretiskt vann obetingat kritikerna: Ryle utanför juridiken samt Frank och Welzel innanför juridiken. Praktiskt vann däremot försvararna av det klassiska brottsbegrep-

²¹⁵ Se avsnitt 1.4.3.2.

²¹⁶ Roxin, AT s 149.

²¹⁷ Se t ex Jareborg, Ansvarslära s 38.

pet. Tudelningen är ännu kvar som en bestående teoretisk anomali men med viktiga pedagogiska och operativa funktioner. Det klassiska brottsbegreppet har trots allt blivit en pedagogisk och rättspolitisk succé.

1.4.2.5 BROTTSBESKRIVNINGSENLIGHET OCH ANSVAR I DEN ACKUSATORISKA PROCESSFORMEN

Först skall sägas att övergången från en inkvisitorisk processform inte genomfördes slutgiltigt i svensk rätt förrän i och med införandet av den nya RB år 1948.²¹⁸ Men det avgörande för samspelet mellan brottsbegreppet och processformen är uppdelningen av undersökningen i en förundersökning och en huvudförhandling samt en uttalad partsställning för åklagaren. Detta skedde gradvis och genomfördes under ungefär samma tid som det klassiska brottsbegreppets entré.²¹⁹ I tysk rätt genomfördes förändringarna tidigare.²²⁰ Här läggs tyngdpunkten vid draget av partsställning och undersökningsrätt för åklagaren för att beteckna en processform som ackusatorisk eller inkvisitorisk.

Prövningsstegen från brottsbeskrivningsenlighet till dom i den ackusatoriska processen innehåller inga dogmatiskt fastställda ansvarsbeslut som steg i en viss ordning. Det finns endast ett ansvarsbeslut i dogmatisk mening. Domstolen är i princip fri att göra bedömningen i vilken ordning den vill. Exempelvis är det fullt möjligt att domstolen (polismyndigheten eller åklagaren) avgör ett fall på grund av uppenbar laga befogethet utan att ta upp frågan om brottsbeskrivningsenlighet. I den ackusatoriska processen är utredningen och bevisningen förberedd av åklagaren före rättegången. Man skulle kunna säga, med vissa reservationer, att det objektiva tillräknandet, i betydelsen av ett preliminärt beslut av en myndighet, sker genom att åklagaren funnit tillräckliga skäl för åtal och "tillräknar" TT ett *preliminärt* ansvar för ett brott genom att

²¹⁸ Träskman, Åtalsrätt s 14, 23ff. I Finland höll sig inkvisitoriska drag kvar i processen vid grova brottmål ända fram till 1970-talet. Se särskilt a a s 31ff, där Träskman beskriver stadgandet i RB 4:1 som en typisk inkvisitorisk bestämmelse i samma mening som den här relaterade tyska processordningen. I RB 4:1 kunde domstolen inleda en process på samma grunder som i generalinkvisionen: rykte om grovt brott, utan någon anklagelse om brott förelåg och utan att någon bestämd person var anklagad för detta. Särskilt intressant är att Träskman explicit omnämner denna del av domarmaktens undersökningsinitiativ som en "inledande undersökning" (institutio generalis). Denna undersökning "generalinkvision" kunde alltså inledas av domstol, men då det gällde övergången till "inquisitio specialis", dvs en mer omfattande rannsaking mot en bestämd person, överlämnades initiativet till en offentlig åklagare. Här finns alltså ett exempel på en blandform.

²¹⁹ Träskman, Åtalsrätt s 32.

²²⁰ K Hall, Corpus delicti s 1f.

lämna in sin stämningsansökan.²²¹ Kelsen skulle ha sagt att åklagaren utfärdar en individuell norm exempelvis genom ett anhållande och instämningen inför domstol. Mycket av det som skedde under generalinkquisitionen sker nu utanför domstolen. Samhället har accepterat att åklagaren som förvaltningsmyndighet har denna rätt att ge en misstänkt det stigma, som åtalet och användandet av tvångsmedel medför. Domstolen och samhället accepterar att en TT betraktas som misstänkt i denna mening och även utsätts för tvång, trots principen om den misstänktes oskuld. Precis som i den inkvisitoriska processen är den enda rättsföljden av åklagarens "process" eventuella tvångsmedel och en ny process. Generalinkquisitionen har gjorts till en "åklagarinkquisition".

Generalinkquisitionens uppgift var att konstatera att en viss gärning avvikit från ett brott, som huvudsakligen *konstruerats* internt i processen mot bakgrund av ett önskat beteende. I den akusatoriska rättegången, som lagstiftningsvägen utrustats med fasta externa brottsbeskrivningar, behövs inte beslutet om brottsbeskrivningsenlighet på samma sätt. Man föreställde sig, åtminstone till en början, fastställandet av brott som en förhållandevis enkel subsumtionsoperation. Detta kan idag verka som en mycket optimistisk, för att inte säga fundamentalistisk, syn på textens möjligheter till precision. Ingen gärning kan sägas vara i sig själv brottsbeskrivningsenlig. Till detta krävs alltid ett auktoritativt beslut. Det som var ett faktum baserat på ett auktoritativt beslut om brottsbeskrivningsenlighet i den inkvisitoriska processen blev ett slags pseudobeslut grundat på en föreställning om textens evidenta självtolkning. Domaren fråntogs sin rätt att identifiera och skapa brottstyper och denna rättsskapande verksamhet överflyttades till lagstiftaren. Motsvarande utveckling har skett i *common law*-kulturen genom att några nya brottstyper inte kan utvecklas i *common law*. Detta sker idag endast genom lagstiftning.²²² Som garant för tågordningen i den moderna akusatoriska processen blev bara en optimistiskt naturalistisk syn på handlingar som kroppsrörelser och själsrörelser kvar. Efter att det normativa skuldbegreppet segrat i tysk rätt, ryckte skuldrekvisiten in i brottsbeskrivningsenligheten samtidigt som den dogmatiska skillnaden mellan detta begrepp och rättsstridigheten ifrågasattes. Därmed upplöstes ytterligare den teoretiska grunden för kravet på en viss tågordning för prövningen av gärningar efter det moderna brottsbegreppets systematik.

I det moderna brottsbegreppet blev gränsdragningen mellan *dolus* och *culpa* problematisk. Speciella uppsåtsformer togs fram, som Franks formel för *dolus eventualis* i sin hypotetiska form, för att lösa det "omöjliga" uppdraget att

²²¹ Jfr Zahle, Om det juridiske bevis s 656ff.

²²² Se avsnitt 1.4.4.3.1ff.

bevisa vad som i princip ansågs som endast omfattat av TT:s egen kunskap. Koncentrationen vid prövningen försköts från gärningen till gärningspersonens karaktär och inre beslut samt tankar. Ganska snart efter att den moderna straffrättsdogmatiken segrat gör sig också föreställningen om gränsdragningen mellan dolus och culpa gällande som något genomgående problematiskt.²²³

1.4.3 BROTTSBEGREPPETS NÄRMARE INNEHÅLL I TYSK RÄTT

1.4.3.1 ALLMÄNT

Det råder, av naturliga skäl och av skäl som framgår av det ovan sagda, ett intimt samband mellan synen på vad en gärning är och brottsbegreppet. "Der Streit um den Handlungsbegriff wird zum Streit um den Unrechtsbegriff", säger Jacobs.²²⁴ Visserligen är det huvudsakligen i tysk rätt som handlingsläror fått en framskjuten plats i straffrättsdogmatiken, men straffrättsliga författare brukar ändå, direkt eller indirekt, på något sätt ta ställning för någon handlingslära.²²⁵ I Norden har man ofta behandlat de tyska handlingslärororna styvmoderligt.²²⁶ Det är dock inte möjligt att helt förbigå debatten om handlingslärororna. Handlingslärororna beskrivs här på grund av sitt samband med brottsbegreppet parallellt med de olika brottsbegrepp, som de kan förknippas med.

1.4.3.2 DET KLASSISKA BROTTSBEGREPPET

Von Liszt var verksam som skribent både som legislator och rättsvetenskapsman.²²⁷ Hans berömda lärobok är klar och enkel i sin systematik. Von Liszt gav här en pedagogisk form åt Belings brottsbegrepp.²²⁸ Genomslaget för Belings och von Liszts klassiska brottsbegrepp får åtminstone delvis skrivas på hans personliga konto.

²²³ Se avsnitt 2.2.3.4 och Jacobs, s 153 och K Hall, Corpus delicti s 12 ff samt Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit s 42. Arthur Kaufmann uttrycker saken på följande sätt: "... wie auch immer, das "Was" und das "Wie" der Gerechtigkeit lassen sich nicht voneinander trennen, sie bedingen sich gegenseitig. Dieser Zirkel ist unaufhebbar. Er ist im Menschen selbst angelegt. Denn der Mensch ist das "Was" und das "Wie in einem."

²²⁴ Jacobs, AT s 128. Då det i detta avsnitt talas om handlingslära eller handlingar avses av kompatibilitetsskäl med tysk terminologi i detta sammanhang ingen skillnad mellan begreppen handling och gärning om inget annat sägs.

²²⁵ Se t ex Strahl, 1976 s 26 samt 92ff och Brinck, s 21f, 47 och 51f.

²²⁶ Se t ex Waaben, Forsæt s 104.

²²⁷ Jescheck, AT s162f.

²²⁸ Se von Liszt, Lehrbuch s 115ff.

Grundvalen för det klassiska brottsbegreppet var den kausala handlingsläran, som grundlades av Berner och fullföljdes av Radbruch samt användes av Beling och von Liszt.²²⁹ Den kausala handlingsläran inspirerades av samma grundläggande synsätt, som innefattades i Descartes' filosofi och Newtons naturvetenskapliga upptäckter.²³⁰

En handling var enligt den kausala handlingslärans första version följande:

Handlung ist willkürliche Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung in der Außenwelt (sic, "fs" bör vara ß; SC).

I. Der Begriff der Handlung setzt mithin zunächst eine Willensbetätigung voraus (Handlung ist objektiver Wille).²³¹

Skuld och intentionalitet förvisades från den objektiva delen av brottsbegreppet till den subjektiva delen. Bedömningar av gärningar skulle därför, av i grunden naturvetenskapliga skäl, alltid följa denna tudelning och tågordning: från kroppsrörelsen till själsrörelsen.

Von Liszt beskriver brottsbegreppet och förhållandet mellan den objektiva och subjektiva sidan på följande sätt:

Verbrechen (Straftat) ist der Tatbestand, an welchen durch die Rechtsordnung die Strafe als Rechtsfolge geknüpft ist (Formaldefinition).²³²

Das Delikt stellt sich mithin dar als eine nach zwei Richtungen hin rechtlich gewertete Handlung: in dem Merkmal der Rechtswidrigkeit liegt das Unwerturteil über die Tat, in dem der Schuldhaftigkeit das über den Täter. Somit ist der Begriff der rechtlich zu wertenden Handlung als der Grundbegriff der Deliktslehre festgestellt.²³³

Slutsatsen blir alltså att

²²⁹ Jescheck, AT s 161.

²³⁰ Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit s 31ff. Däremot är meningarna delade om den tidige Radbruch verkligen var en typisk rättspositivist. Arthur Kaufmann menar att så aldrig varit fallet. Radbruchs "accentförskjutning" efter kriget från rättspositivism till naturrätt var enligt Kaufmann en "accentförskjutning" och inte en fullständig omkastning. Arthur Kaufmann betonar att Radbruchs ansats i hög grad var inriktad mot en materiell lära om rätten.

²³¹ Von Liszt, Lehrbuch s 121.

²³² Von Liszt, Lehrbuch s 115.

²³³ Von Liszt, Lehrbuch, s 116.

Verbrechen ist die mit Strafe bedrohte schuldhaft e rechtswidrige Handlung.²³⁴

”Unrecht” föreligger enligt von Liszt i och med rättsstridighet som ett egentligt objektivt tillräknande, inte bara som en presumtion om tillräknande. Eftersom en handling antogs bestå av en kroppsrörelse, visserligen medveten men inte styrd, ansåg han att man kan avge denna ”deldom” över detta från personen skilda fenomen. Skulden, i sin tur, konstaterades i domen över gärningsmannen, där prövningen gjordes beroende av hans styrning av gärningen. Skulden utgjordes av gärningspersonens ”inre” och subjektiva förhållande till det ”yttre”, dvs främst kroppsrörelsen.²³⁵ I enlighet med den naturvetenskapliga förebilden skulle ett strängt induktivt empiriskt betraktelsesätt anbringas: först prövades de objektiva ”yttre” empiriskt bedömda observationerna och därefter de ”inre” psykologiska fakta eller elementen.²³⁶ Detta rent materiella begrepp hade emellertid kvar oklara processuella implikationer och anspråk, som inte direkt uttalades.

Som väntat är försöket att beskriva en handling som en rent objektiv kroppsrörelse orsakad av en s k ”innervation”, som det några år kom att heta i Thyréns tappning, öppet för kritik.²³⁷ Detta lät inte heller vänta på sig. Den mest vägande kritiken kom från förespråkarna av det normativa skuldbegreppet. Ytterligare en av det klassiska brottsbegreppets första stötestenar var underlåtenhetsbrottet, som på grund av den kausala handlingsläran inte kunde på ett teoretiskt godtagbart sätt inordnas i brottsbegreppet, eftersom det inte är givet att effekter av underlåtenheter kan beskrivas som kausalt orsakade.²³⁸

1.4.3.3 DET NYKLASSISKA BROTTSBEGREPPET

En definitiv omvandling av det klassiska brottsbegreppet påbörjades under slutet av tjugotalet, då bl a försöken på att i en funktionalistisk anda konstruera ”eine teleologische Verbrechenslehre” påbörjades.²³⁹ I denna kontext

²³⁴ Von Liszt, Lehrbuch s 117. Noteras skall dessutom att von Liszt tillbakavisar tanken på ansvarsfrihetsgrunder som negativa rekvisit.

²³⁵ Roxin, AT s 702.

²³⁶ Jfr Williams, The Mental Element in Crime s 10: ”...there is no judicial agreement upon the meaning of intention. The trouble does not arise because of any substantial doubt as to the psychological facts involved, but only because our legal system has failed to select the psychological facts that are to come within the term”.

²³⁷ Jfr Thyrén, 1914 s 2.

²³⁸ Jescheck, AT s 161.

²³⁹ Roxin, AT s 703 och Jescheck, AT s 164.

utarbetades även förslag till nya handlingsläror; som exempelvis den sociala handlingsläran.²⁴⁰ Det uppmärksammades att de normativa rekvisiten och likaså de subjektiva rekvisiten ingående i den objektiva delen, såsom kravet på medvetande, inte kunde förenas med beskrivningen av den rent objektiva brottsbeskrivningsenligheten. Svårigheterna att placera underlåtenhet inom en rent objektivt iakttagbar kroppsrörelse medförde att man på vissa håll ansåg handlingsbegreppet vara överflödigt. Men omvandlingen av det klassiska brottsbegreppet hade redan börjat år 1907 då Frank lanserade den normativa skuldläran, som ännu i sina grunddrag kan anses vara den härskande i tysk doktrin.²⁴¹ Franks kritik mot skuldbegreppet i Belings och von Liszts brottsbegrepp kan sammanfattas i tre huvudpunkter. Han frågade sig för det första hur nöd kunde vara exculperande och inte grunda skuld enligt den klassiska uppfattningen, eftersom gärningspersonen haft fullt uppsåt till sin gärning. För det andra om en sinnessjuk kunde vilja en viss gärning, trots att det förelåg otillräcklighet som en skulduteslutande grund. För det tredje finns inte något krav på viss psykisk inställning till en effekt vid negligenta.

Argumentationens bärkraft var stor. Frank föreställde sig att skudelementen istället skulle sammanfattas i ett nytt begrepp, "Vorwerfbarkeit", som utmärktes av tre "Element":

1. Der normalen geistigen Beschaffenheit des Täters,
2. Einer konkreten psychischen Beziehung des Täters zur Tat oder der Möglichkeit einer solchen (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), und
3. Der normalen Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt.²⁴²

Istället för en strikt indelning av gärningar i en kroppsrörelse och en "själsrörelse", motsvarande "Unrecht" och "Schuld," skulle skulden främst vara en värdering av den aktuella gärningen som klandervärd, "Vorwerfbarkeit". Skuldprövningen skulle utföras dels med hänsyn till en viss psykisk inställning, dels genom en värdering av denna psykiska inställning mot bakgrund av vad normala människor brukar göra. Teorin bearbetades av Goldschmidt och senare av finalisterna. Goldschmidt menade att bredvid den "Rechtsnorm", som krävde att ett yttre beteende iaktogs och begrundade rättsstridigheten, fanns en outtalad "Pflichtnorm", som krävde av gärningspersonen

²⁴⁰ Jescheck, AT s 165.

²⁴¹ Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs s 3ff.

²⁴² Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs s 12.

...sein inneres Verhalten so einzurichten, wie es nötig ist, um den von der Rechtsordnung an sein äußeres Verhalten gestellten Anforderungen entsprechen zu können.²⁴³

Den normativa skuldläran och särskilt begreppet "Plichtnorm" pekar i riktning mot antagandet av ett påbud om en grundläggande aktsamhet som en nivå i brottsbegreppet. I detta skede utövade tysk straffrättsdogmatik sitt kanske största inflytande över hela Europa.²⁴⁴

De politiska invändningarna mot det nyklassiska brottsbegreppet blev särskilt tydliga efter andra världskriget. Värdenneutraliteten, exempelvis i omskrivningen av värden till intressen, ansågs ha givit utrymme åt den framväxande totalitära staten och banade även vägen för finalisternas omstöpning av brottsbegreppet.²⁴⁵ Det kausala handlingsbegreppet och dess efterföljare, det sociala handlingsbegreppet, gav inte den stadga åt systembygget som dessa båda klassiska läror ursprungligen hade tänkt sig.²⁴⁶

1.4.3.4 FINALISMENS BROTTSBEGREPP

1.4.3.4.1 FINALISMENS HANDLINGSLÄRA

Finalisterna har förblivit huvudutmanaren till de klassiska läror. Kritiken från finalisterna var emellertid inget ifrågasättande av en renodlad materiell begreppssystematik, befriad från processuella drag. Finalisterna utgick även i stort sett från en dualism beträffande objektiva och subjektiva element som väsensbestämda beståndsdelar i handlingen även om brottsbeskrivningsligheten nu omfattade de gamla psykiska skuldelementen.²⁴⁷ Utgångspunkten för finalisterna var att ge ett intentionalistiskt handlingsbegrepp en central roll i brottsbegreppet. Ambitionen var högt ställd. Welzel, som den främste banérföraren, ville utgå från handlingsbegreppet som ett ontologiskt begrepp. Intentionaliteten skulle som en väsensbestämmande egenskap för handlingsbegreppet vara handlingens kärna.²⁴⁸ I och med ett sådant ontologiskt handlingsbegrepp var finalisterna i skarp konfrontation med den kausala handlingsläran.²⁴⁹ Konfrontationen började mellan å ena sidan främst företrädarna för den kausala och sociala handlingsläran och å andra sidan synen på

²⁴³ Goldschmidt, 1913 s 17 och Normativer Schuldbegriff s 430.

²⁴⁴ Se Jescheck, AT s 164. Exporten skedde bl a till Spanien, Italien, Portugal och Grekland.

²⁴⁵ Jescheck, AT s 166f.

²⁴⁶ Jescheck, AT s 164, 167.

²⁴⁷ Welzel, SR s 59ff.

²⁴⁸ Welzel, SR s 33f och s 37.

²⁴⁹ Welzel, Das neue Bild, s 5ff.

en handling som "Ausübung der Zwecktätigkeit".²⁵⁰ Finalisternas kritik av den kausala läran fick så småningom gehör men i de flesta fall med undantag för finalisternas ontologiska anspråk.²⁵¹

Före begreppet "finalism" myntades, beskrev Welzel detta på följande sätt:

Die Intentionalität ist vielmehr eine spezifische Beziehung zwischen bestimmten seelischen Erlebnissen und deren Gegenstand.²⁵²

So ergibt sich ganz allgemein, daß nicht der kausale Zusammenhang, sondern der auf der Gesetzmäßigkeit der Intentionalität beruhende teleologische³¹⁾ Zusammenhang zwischen Erfolg und Subjekt die gegenständliche Seinsgrundlage möglicher strafrechtlicher Wertungen ist. Hier, in der Aufzeigung einer neuen spezifischen Determinationsform des realen Geschehens finden auch die Bemühungen der adäquaten Theorie ihrer logische Rechtfertigung, allerdings nicht, soweit sie Kausaltheorie, sondern soweit sie eine verkappte teleologische Theorie ist.

Als eigene Tat oder Handlung einem Subjekt zugehörig und in diesem Sinne objektiv zurechenbar ist jeder tatbestandlich festgelegte Erfolg, der vom Täter sinnhaft gesetzt oder dessen Abwendung vorhersehbar und sinnhaft setzbar war.

31) Aus dem Vorangegangenen dürfte deutlich geworden sein, daß hier "Teleologie" keine bloße Betrachtungsweise, sondern den intentionalbegründeten Handlungszusammenhang meint.²⁵³

Handlingar begångna i affekt, chansningar liksom rena omedvetna oaktsamhetshandlingar och underlåtenheter är enligt finalisterna även principiellt målinriktade genom att målinriktningen här riktar sig mot medlen för den oaktsamma gärningen.²⁵⁴

²⁵⁰ Welzel, Kausalität s 703.

²⁵¹ Jescheck, AT s 168 och Roxin, Finalität s 237. Roxin beskriver utvecklingen som "... ein Weg vom Kausalen über das finale zum zweckrationalen Denken".

²⁵² Welzel, Kausalität s 709.

²⁵³ Welzel, Kausalität s 720.

²⁵⁴ Welzel, Das neue Bild s 8f, s 32f och Strafrecht s 129f.

Anscombe påstår att en handling kan beskrivas som både intentionell och inte intentionell beroende på vilken synvinkel som anläggs av betraktaren.²⁵⁵ Finalisterna utgår från en finalitet i gärningspersonens perspektiv. Straffrättsligt klander utgår emellertid från betraktarens valda perspektiv på "finalitet" och inte från gärningspersonens. Oaktshetsdelikten kännetecknas främst av att effekten till en gärning *inte* omfattas av gärningspersonens "finalitet".²⁵⁶ Problemet med finalitet i förhållande till effekten vid oaktshetsdelikt kan därför inte lösas, på det sätt som Welzel menade, genom att istället för finalitet till effekten tala om finalitet till handlingsmedlen. Men handlingsbegreppet är i varje fall till vissa delar konventionellt och ett relativt begrepp. Finalismen har därför inte kunnat värja sig mot kritiken, som gått ut på att man inte helt kan grunda sin systematik på en ontologisk syn på handlingar.

Finalismens genombrott i tysk doktrin medförde att uppsåtsbedömningen inte blev en sista fas i ansvarsbedömningen, utan sammanfördes med prövningen av "Tatbestandsmäßigkeit". Uppgiften för begreppet "Tatbestand" ansågs vara att "die Handlung in *allen* ihren für die Strafbarkeit wesentlichen Unrechtsmerkmalen zu kennzeichnen."²⁵⁷ Man byggde vidare på den normativa skuldläran genom att dels inordna "die Sorgfaltpflichtverletzung" vid oaktshetsdelikten och "der Vorsatz" vid uppsåtsdelikten i brottsbeskrivningsenligheten och därmed under begreppet "Unrecht".²⁵⁸ Skuldbegreppet tömdes på sitt egentliga "psykologiska" innehåll. Endast de normativa elementen i Franks skuldbegrepp fanns kvar i finalisternas skuldbegrepp, som hävdades vara "ren" "Vorwerfbarkeit".²⁵⁹

Den grundläggande poängen i brottsbegreppet att kunna indela brottsförutsättningarna i två empiriskt iakttagbara elementtyper - objektiva och subjektiva - var borta. Eftersom syftet för det klassiska brottsbegreppet "Angelpunkt" ursprungligen varit att i första hand tjäna praeter legemförbudet, eroderade detta syfte, och brottsbegreppet starka normativa

²⁵⁵ Anscombe, Intention s 1 och s 89ff.

²⁵⁶ Koriath, s 663.

²⁵⁷ Jescheck, AT s 169.

²⁵⁸ Jescheck AT, s 167.

²⁵⁹ Welzel, SR s 140.

”laddning” försvagades, vad beträffar innehåll och ordningsföljd för prövningen.²⁶⁰

1.4.3.4.4 KRIKIKEN MOT DET FINALISTISKA SKULDBEGREPPET

Roxin har kritiserat det finalistiska normativa skuldbegreppet.²⁶¹ Som Roxin träffande beskriver saken måste man skilja mellan ”Unrechtssachverhalt” och ”Unrechtsurteil”. Han skriver:

Alle Unrechtselemente sind also mittelbar auch Schuld- und Verantwortlichkeitskriterien.Die Frage, ob man den Vorsatz beim Tatbestand oder bei der Schuld einordnet, entscheidet also lediglich darüber, ob er zum Verantwortlichkeitssachverhalt im weiteren oder im engeren Sinne gehört.²⁶²

Roxin menar därför att idén om skuld enbart som ”Verantwortlichkeit” är ”...durchaus irrig”.²⁶³ Enligt min mening har Roxin rätt. Svårigheterna kvarstår att inom ett finalistiskt betraktelsesätt motivera varför man skall ha en slags slutlig värdering, som på något sätt ändå skiljer sig från den samlade värderingen av alla rekvisit och som kallas skuldprövning.

1.4.3.4.5 FINALISMENS OAKTSAMHETS- OCH RÄTTSSTRIDIGHETSBEGREPP

Uppfattningen om oaktsamhetsbedömningen, som ofta anförts som finalismens främsta svaghet, kom ändå att påverkas av finalismen.²⁶⁴ Oaktsamheten betraktades tidigare främst som en skuldform. Finalisterna delade upp oaktsamhetsbedömningen i två delar: dels bristen på erforderlig aktsamhet som en del i ”Unrechtstatbestand”, dels ett individuellt och personligt ansvar i skuldhänseende.²⁶⁵ Welzels analys av grunderna för straffrättsligt klander av oaktsamhet resulterade i att oaktsamhetsbeskrivningen i gällande rätt förklarades som ”öppna” brottsbeskrivningar. (”offene Tatbestände”).²⁶⁶ Klandret vid oaktsamhet, hänförde sig enligt Welzel till klander för valda medel för viss verksamhet till skillnad från klandret för uppsåtliga brott, som hänförde sig till klander för målstyrningen. Det finalistiska begreppet social adekvans och

²⁶⁰ Jfr Frände, Introduktion s 12.

²⁶¹ Roxin, AT s 706f.

²⁶² Roxin, AT s 706.

²⁶³ Roxin, AT s 706.

²⁶⁴ Welzel, Das neue Bild s 8.

²⁶⁵ Jescheck, AT s 170 och Welzel, Lehrbuch s 175.

²⁶⁶ Welzel, Das neue Bild s 14 och Lehrbuch s 131.

olika lärotyper, som använde sig av två sorters oaktsamhet, fick senare genomslag i läror om risktagandets betydelse som grund för oaktsamhetsbedömningen.²⁶⁷ Men oaktsamhetsbedömningen förblev ändå en svag punkt för finalismen, eftersom oaktsamhetsdeliktet i så hög grad handlar om ansvar för icke avsedda effekter och inte för handlingsmedlen.²⁶⁸

Även rättsstridighetsbegreppet fick vidkännas en omstöpnig. I linje med en teleologisk syn på straffrättens begreppsbildning ville man nu hellre se rättsstridigheten inte bara som formellt stridande mot en rättsnorm utan som något materiellt socialt skadligt.²⁶⁹ Man ville beakta en intresseavvägning vid avgörandet av vilken grad av rättsstridighet, som kunde tänkas vara lämplig. Den sociala nyttan och intresseavvägningen blev alltså faktorer, som initierade ett "utomrättsligt" inflytande på brottsbegreppets uppbyggnad.

1.4.3.5 KOMPROMISSEN MELLAN FINALISTER OCH "KAUSALISTER" I DEN HÄRSKANDE LÄRAN

1.4.3.5.1 ALLMÄNT

Den härskande läran utgör i stora delar en kompromiss mellan finalistiska och kausalistiska element. Det bestående intrycket är att finalismen segrat när det gäller skuldbegreppets normativitet och placeringen av uppsåt och culpa inom brottsbeskrivningsenligheten.²⁷⁰ Detta förhållande ses ibland som ett neutralt tekniskt grepp, utan större konsekvenser för ansvarsbedömningen.²⁷¹ Men i jämförelse mellan mer eller mindre utpräglade finalistiska lösningar finns praktiskt viktiga skillnader beträffande handlingsläror, skuldläror och sist men inte minst respekten för brottsbegreppets anspråk på att användas enligt en viss tågorrdning. Roxin och Jacobs får här representera en mindre respektive mer utpräglad finalistisk ansats. Koriath får stå för spjutspetsen med ansatser till en syntes i ett icke-dualistiskt brottsbegrepp.

²⁶⁷ Welzel, SR s 132f .

²⁶⁸ Se avsnitt 4.6.2.2.4.

²⁶⁹ Jescheck, AT s 165.

²⁷⁰ Jareborg och Träskman, Utlåtande s 6.

²⁷¹ Frände, Introduktion s 15.

ROXIN

Roxin menar att det föreligger enighet i det allra väsentligaste för brottsbegreppets beståndsdelar av "Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit", och "Schuld". Oenighet råder enligt Roxin i stort sett enbart om de enskilda kategoriernas innehåll och förhållanden till varandra. Brottsbegreppets mest grundläggande begrepp är enligt Roxin "Tatbestand", något som gäller såväl historiskt som strukturellt. Bevekelsegrunden för brottsbeskrivningsenligheten är legalitetsprincipens praeter legem-förbud.²⁷² "Rechtswidrig" bedöms en gärning vara, då den konstaterats vara "tatbestandsmäßig," och dessutom inget ytterligare förhållande, som gör gärningen rättsenlig, konstaterats. En gärning, som är både "tatbestandsmäßig" och "rechtswidrig", kan sägas manifesteras "Unrecht". De första tre begreppen utgör skäl för att bedöma att "Unrecht" är för handen.²⁷³

Roxin menar att det funktionella förhållandet mellan "Tatbestandsmäßigkeit" och "Rechtswidrigkeit" kan sägas vara att den förra *indicerar* den senare. Detta *indicium* kan vederläggas av en "Rechtfertigungsgrund".²⁷⁴ "Tatbestandsmäßigkeit" framstår närmast som ett heuristiskt beslut inför det förväntade resultatet. Det verkar alltså inte vara fråga om ett egentligt objektivt tillräknande. Detta verkar vara motsägelsefullt, eftersom Roxin i övrigt gärna talar om objektivt tillräknande.²⁷⁵ Det objektiva tillräknande som Roxin behandlar är emellertid snarast bara en samlingsterm för kausalitetskravet i dess olika adekvansbestämningar främst i form av läran om gränserna för den (o)tillåtna risken.²⁷⁶ Tolkat på detta sätt finns ingen motsättning mellan antydningarna om det objektiva tillräknandets preliminära karaktär och den centrala rollen objektivt tillräknande har i Roxins brottsbegrepp.

JACOBS

Jacobs hävdar att

Die klassifizierende und systembildende Bedeutung des kausalen Handlungsbegriffs ist also aus mehreren Gründen zerbrochen.²⁷⁷

²⁷² Roxin, AT s 142.

²⁷³ Roxin, AT s 143.

²⁷⁴ Roxin, AT s 142.

²⁷⁵ Se exempelvis Roxin, AT s 244 och s 279-344.

²⁷⁶ Roxin, AT s 282; "Infolgedessen ist die Lehre vom Kausalzusammenhang...das Fundament für jede Zurechnung zum objektiven Tatbestand."

²⁷⁷ Jacobs, AT s 130.

Das Unrecht wird vom naturalistischen Unrecht zum sogenannten personalen Unrecht.²⁷⁸

Trots att grunden för tudelningen av brottsbegreppet har vittrat bort enligt Jacobs, håller han ändå fast vid två sorters tillräknande; ett objektivt och ett subjektivt. Men han påstår samtidigt att det är den finala handlingslärans förtjänst att den detroniserat tudelningen i brottsbegreppet i en objektiv och en subjektivt sida när det gäller "Unrecht".²⁷⁹ Tillräknandet måste ändå enligt Jacobs ske i två skilda trappsteg, dels tillräknandet av "Unrecht" och dels av "Schuld".²⁸⁰ Han motiverar detta vidare på följande sätt:

Mit anderen Worten, die *erste* Zurechnungsfrage, ob jemand durch sein Verhalten gegen eine Norm verstößt, sich also unrecht verhält, ist von der *zweiten* Zurechnungsfrage zu trennen, ob der Normverstoß durch einsichtiges Verhalten zu vermeiden war. Keine Norm kann nur für den Fall ihrer Einsehbarkeit gelten; denn sie muß als schon geltende Norm Gegenstand der Einsicht sein.²⁸¹

Indelningen baserar sig dels på att en konkret och individuellt bestämd gärning "som sådan" strider mot en norm, dels på att gärningen kunde undvikas genom "insiktsfullt", dvs ett aktsamt, beteende. Hans objektiva tillräknande innehåller emellertid redan i och med normens syfte att precisera ett förväntat beteende genom ett förbud eller påbud, ett uttalande om att gärningen generellt kan undvikas. Skillnaden mellan de två typerna av tillräknande blir alltså endast en skillnad mellan aktuella psykiska moment och värderade sådana i förhållande till ett aktsamt alternativ. Den enda motiveringen för två sorters tillräknande tycks därför ändå vara den klassiska tudelningen baserad på den naturalistiska handlingssynen, som han förklarat vara sammanfallen. Jag återkommer närmare till samma argumentationstyp i samband med behandlingen av Jareborgs och Frändes brottsbegrepp och culpabegrepp.

Under alla förhållanden, av legalitetsskäl kan man förmoda, är det enligt Jacobs nödvändigt att i något skede av brottsbedömningen verkligen "beteckna" det konkreta skeendet, "Sachverhalt", som "Tatbestand".²⁸² Frågan är om ordet "beteckna" endast är ett preliminärt upptäckande av vissa förutsättningar för ansvar eller om Jacobs hävdar en speciell dogmatisk operation, där domstolen tillräknar någon eller något någonting.

²⁷⁸ Jacobs, AT s 130.

²⁷⁹ Jacobs, AT s 130.

²⁸⁰ Jacobs, AT s 128ff.

²⁸¹ Jacobs, AT s 128.

²⁸² Jacobs, AT s 156.

Han menar att det är en avgörande skillnad mellan två fall, som båda slutligt avdöms som frikända mål med samma utgång, där i det ena fallet brottsbeskrivningsenligheten inte är uppfylld och i det andra fallet denna är uppfylld men exempelvis nödvärn föreligger.²⁸³ Visserligen finns ingen skillnad mellan rättsföljderna men däremot skulle det föreligga en skillnad i vägvalet till målet. Det skulle alltså vara av betydelse att fastställa en slags "mellanskuld" i form av brottsbeskrivningsenlighet. Argumentet för detta sammanfaller med Welzels drastiska exempel för detta förhållande, att det inte är själva dödandet som är otillåtet, eftersom en avgörande skillnad ligger i att exempelvis döda en mygga i förhållande till en människa. I det förra fallet är dödandet inte brottsbeskrivningsenligt och i det senare är det detta men rättfärdigat.²⁸⁴ Det skulle således föreligga en slags underförstådd moralisk och juridisk mellandom – ett slags underförstått tillräknande av pseudoansvar – över den rättfärdigade gärningen i förhållande till den inte brottsbeskrivningsenliga. En polis, som dödar en attentatsman, som hotar ett samhälle med förintelse, skulle därmed begå en slags "allvarlig" gärning, som är brottsbeskrivningsenlig. Men domstolar eller åklagare utför normalt inte noggranna undersökningar av brottsbeskrivningsenligheten i gärningar, som utförts som ett polisingripande, fast det uppenbarligen föreligger brottsbeskrivningsenlighet, i klassisk mening, i nästan alla fall av polisingripanden. Det verkar vara ur sitt sammanhang att tala om någon brottsbeskrivningsenlighet eller någon form av objektivt tillräknande i sådana fall. Om brottsbegreppet ses som ett processuellt begrepp är detta inget problem. I nästan alla fall av laga befogenhet finns nämligen inte en förmodan om brott. Men inom ett rent materiellt brottsbegrepps ram är det svårt att motivera, varför vissa rättfärdiganden och ursäkter måste medföra undantag från den stipulerade tågordningen. Redan det klassiska brottsbegreppet syftade, utöver legalitetsprincipens uppfyllande, också mot processekonomiska vinster. I praktiken görs initialt, i utredningsstadiet eller i rättegången, en prövning av det som polismannen får göra och frågan gäller endast om denna rätt överskridits. Det är fullt tänkbart att bedömaren går tillbaka till frågan om brottsbeskrivningsenligheten efter att bedömningen av laga befogenhet gjorts. Men polismannen är rättfärdigad från början, om inget annat framkommer. Polismannen är inte rättfärdigad i efterhand. Han får göra detta. Någon "corpus delicti", brottslig gärning eller brottsbeskrivningsenlighet har aldrig förelegat.

Koriath har kallat Welzels argumentation för "unfair", eftersom argumentet drar nytta av en moralisk övervikt för dödandet av en människa i förhållandet till dödandet av en mygga. Man utnyttjar associationerna till den "normala"

²⁸³ Jacobs, AT s 159.

²⁸⁴ Welzel, Strafrecht s 80.

gärningstypen för dödandet, som i straffrättsliga sammanhang utgörs av brotten mord, dråp, vållande till annans död eller motsvarande brott. Samma argumentationstyp används ofta för att motivera skillnaden mellan rättfärdiganden och ursäakter.²⁸⁵ Argumentationen visar ingen fundamental skillnad mellan rättsstridighetsrekvisiten och brottsbeskrivningsrekvisiten. Den enda skillnaden skulle utgöras av att kompletteringen av straffbudet finns eller inte finns i ett stadgandes "kärnmässiga", "hårda" eller "objektiva" *nedskrivna* del av en brottsbeskrivning.²⁸⁶ Med samma argumentation skulle exempelvis utfyllnaden och preciseringen av en aktsamhetsregel, t ex genom att öka aktsamhetskravet i anledning av speciella omständigheter som väderleken vid en trafikolycka, anses vara en prövning av rättsstridighet i förhållande till ett skrivet påbud om aktsamhet i trafiken, vilket skulle vara prövning av brottsbeskrivningsenligheten. Jacobs drar indirekt vittgående konsekvenser av detta enligt följande:

Wenn demgegenüber argumentiert wird, die Gemeinsamkeit zwischen einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen und einer tatbestandsmäßig-gerechtfertigten Tat, eben die Tatbestandserfüllung, sei ein „juristisches Kunstprodukt“, so wird der Blick einseitig auf die Folge gerichtet und der Begründungsgang vernachlässigt; mit diesem Verfahren läßt sich nicht nur der Tatbestand, sondern selbst das Unrecht zum „juristischen Kunstprodukt“ stilisieren: Über die Strafe fallen die Würfel erst bei der Schuld, und auf *allen* vorgehenden Stufen fallen nur Vorbehaltsurteile.²⁸⁷

Det förefaller som om Jacobs menar att det sista tillräknandet till skuld "egentligen" utgör det enda äkta tillräknandet. Man kan då fråga sig vad för slag av "oäkta" tillräknande det rör sig om eller på vilken nivå i brottsbegreppet detta pseudotillräknande befinner sig. Konsekvensen är till syvende och sist att "tillräknandet" av brottsbeskrivningsenlighet som en särskild juridisk operation skild från andra juridiska operationer före slutbedömningen av gärningen inte kan upprätthållas.

Jacobs menar, trots att gärningar rättfärdigade genom t ex laga befogenhet normalt inte prövas beträffande brottsbeskrivningsenligheten, att prövningen av rättfärdiganden alltid måste betraktas som ett bedömningsled, som följer

²⁸⁵ Jareborg använder samma argumentationstyp för gärningsculpa. Se avsnitt 4.6.3.3.3 under "Gärningsculpa" ff.

²⁸⁶ Jfr Koriath, s 329 och Schünemann, s 45ff samt avsnitt 4.6.3.3.3 under "Skillnaden mellan ursäakter och rättfärdiganden?" ff.

²⁸⁷ Jacobs, AT s 159.

efter att brottsbeskrivningsenlighet fastställs.²⁸⁸ Han beskriver detta enligt följande för det fall att ett rättfärdigande inte förelegat:

...insofern mag man von einer Stufe der Deliktsermittlung sprechen, aber eine Stufe des Delikts selbst ist das Fehlen von Rechtfertigung nicht...²⁸⁹

Däremot följer inte obetingat av detta att rättfärdiganden skall anses som negativa rekvisit för brottsbeskrivningsenlighet, något som exempelvis Koriath och Roxin förespråkar. Det är endast i den mån som brottsbegreppet och tudelningen är en absolut ram, som detta blir en nödvändighet. I anglosaxisk tradition betraktas rättfärdiganden och ursäkter mer som försvar eller som krav på domstolen att under vissa omständigheter, då utredningen visar att ett rättfärdigande kan kasta ett rimligt tvivel över ett eventuellt preliminärt ställningstagande, kräva utredning av åklagaren i denna sak.²⁹⁰

Jacobs menar trots allt att "Tatbestand" ändå skulle kunna, som ett utvidgat och vidare begrepp, i princip inrymma alla kategorier av rekvisit.²⁹¹

Sammantaget framgår det ändå att Jacobs i grund och botten på något sätt menar att rekvisiten för brottsbeskrivningsenligheten trots allt har en särskild dogmatisk karaktär och därför måste bedömas i en viss ordning, till skillnad från andra rekvisit. Han har valt att beskriva denna karaktär som "Vorbehaltssurteil", dvs ett slags tillräknande med förbehåll att det slutliga tillräknandet kan avges. Det sagda måste alltså på något sätt korrespondera med föreställningen om det objektiva tillräknandet. Det återstår således att klara ut den dogmatiska karaktären av det objektiva tillräknandet i Jacobs begreppsapparat. I detta sammanhang är Jacobs försök att skilja mellan den subjektiva och den objektiva brottsbeskrivningsenligheten intressant. Han menar att den objektiva brottsbeskrivningsenligheten är

...die Außenseite des Unrechts. Mit dem objektiven Tatbestand tritt das Delikt als soziale und deshalb strafrechtlich überhaupt relevante Größe in Erscheinung.²⁹²

Här verkar Jacobs mena att den objektiva brottsbeskrivningsenligheten i likhet med corpus delictiinstitutet är ett *upptäckande* av att ett brott förmodligen har begåtts. Den dogmatiska funktionen av detta måste därför inte ha med tillräknande i egentlig bemärkelse att göra. Han fortsätter:

²⁸⁸ Jacobs, AT s 159.

²⁸⁹ Jacobs, AT s 159.

²⁹⁰ Se avsnitt 1.4.4.6.2.

²⁹¹ Jacobs, AT s 156.

²⁹² Jacobs, AT s 183.

Seine ("Seine" syftar här på "der objektive Tatbestand"; SC) Behandlung vor dem - zeitlich früher beginnenden - subjektiven Tatbestand hat vornehmlich einen darstellerischen Grund: Der objektive Tatbestand ist Gegenstand des subjektiven Tatbestands, er ist in antizipierter (Vorsatz) oder antizipierbarer (Fahrlässigkeit) Gestalt ein Teil der Täterpsyche und müsste deshalb bei anderem Vergehen in seiner subjektiven Spiegelung, also indirekt, abgehandelt werden.²⁹³

Här skulle alltså finnas ett slags preliminärt uppsåt eller en preliminär oakt-samhet före det nödvändiga första steget: prövningen av brottsbeskrivningsenligheten.

Jacobs pekar på att det inte skulle röra sig om mer än en hjälp för tanken att finna ut, om ett tillräknande är möjligt. Det rör sig alltså inte om ett tillräknande eller ett konstaterande av att en "ytersida" av handlingen är för handen. Handlingen är alltså inte till sin ytersida "betecknad" som ett dogmatiskt förhandenvarande objektivt faktum utan endast ett preliminärt framställningstekniskt faktum. Men samtidigt drar Jacobs slutsatsen:

Es geht also um folgende Prüfungsschritte: Zunächst wird ermittelt, ob bestimmte Außenwirkungen irgendeiner Handlung vorliegen (objektiver Tatbestand) sodann ob gerade diese Außenwirkungen eine Verwirklichung einer durch sie bestimmten Handlung sind (der auf den objektiven Tatbestand bezogene subjektive Tatbestand).²⁹⁴

Här verkar det ändå som om Jacobs anser det för givet att den objektiva brottsbeskrivningsenligheten har en självklar dogmatisk status; det rör sig om nödvändiga prövningsnivåer, om en nödvändig tågordning i bedömandet som följer av en viss handlingslära. Jacobs säger därefter följaktligen att den handlingslära, som detta synsätt visar, endast är en modifikation av den kausala handlingslärans teori inklusive föreställningen om en "Willkürakt".²⁹⁵ Så långt finns alltså ingen frigörelse från det klassiska brottsbegreppets tanke om att det finns två sorters bedömningar i dogmatisk mening, en objektiv och en subjektiv.

Den dogmatiska innebörden av "beteckna" är således fortfarande oklar. Jacobs sammanfattar på följande sätt:

Die Bezeichnung der objektiven Bedingungen der Zuständigkeit als objektiver Zurechnung darf weder dahin verstanden werden, es gehe

²⁹³ Jacobs, AT s 183.

²⁹⁴ Jacobs, AT s 183.

²⁹⁵ Jacobs, AT s 183.

nur hier um Zurechnung; um Zurechnung geht es vielmehr auch beim subjektiven Tatbestand und bei der Schuld.²⁹⁶

Skillnaden mellan tillräknandetyperna skulle alltså vara att det subjektiva var mycket mer ett tillräknande än det objektiva. Det objektiva tillräknandet skulle för det mesta inte vara av något annat slag än det subjektiva eller skuld tillräknandet bortsett från akkusativobjektet för tillräknandet och kvantitetsaspekten. Jacobs fortsätter dock:

Noch darf angenommen werden, es komme bei der objektiven Zurechnung eine komplette strafrechtliche Zurechnung heraus; dazu bedarf es noch eines subjektiven Tatbestands und der Schuld. Es geht allein um die allgemeinen objektiven Eigenschaften zurechenbaren Verhaltens.²⁹⁷

Han skiljer här igen på dels komplett eller fullständigt straffrättsligt tillräknande och det tillräknande, som endast är delvis tillräknande. Men detta gör inte saken klarare beträffande vilken typ av dogmatiskt tillräknande det rör sig om. Orsaken till denna oklarhet beror enligt min mening på att han inte kunnat förklara vad denna "utanförsida" i handlingen är för något och hur den observeras som handling. Jacobs verkar, liksom Welzel, trots allt inte vilja göra upp med grundstrukturen i den kausala handlingsläran.

Men å andra sidan menar Jacobs att två "rötter" till läran om objektivt tillräknande ger läran ett fotfäste i dogmatiken; dels gäller det rättssäkerheten i betydelsen av förväntan om viss rätt, alltså legalitet i vid bemärkelse, dels användningen vid effektdeliktens kausalitetsbedömningar särskilt i samband med rättsfiguren otillåten risk.²⁹⁸ Tanken på otillåten risk som en nivå i brottsbegreppet och som dogmatiskt materiellt begrepp vid bedömningen har objektivt tillräknande som grund. Därav följer att begreppet otillåten risk hänger i luften, om det objektiva tillräknandet inte kan uppnå större dogmatisk säkerhet än som ett samlingsbegrepp för en godtycklig grupp av brottsförutsättningar.

Koriath sammanfattar Jacobs lära om tillräknande på följande sätt:

Zurechnung ist Konfliktserledigung, das ist Jacobs credo.²⁹⁹

²⁹⁶ Jacobs, AT s 184.

²⁹⁷ Jacobs, AT s 184.

²⁹⁸ Jacobs, AT s 184f.

²⁹⁹ Koriath, s 534.

Koriath menar att i enlighet med Luhmanns lära om tillräknande, som han anser stå bakom Jacobs, finns ett huvudproblem: kriterierna för tillräknandet saknas.³⁰⁰

Slutsatsen av kritiken mot det objektiva tillräknandet i Jacobs brottsbegrepp blir att funktionen hos brottsbegreppet, byggt på fundamentet om tudelningen i förebilden från det klassiska brottsbegreppet, invalidiserar Jacobs konstruktion av objektivt tillräknande, eftersom de tänkta stegvisa dogmatiska nivåerna av objektivt och subjektivt tillräknande inte kan ha den efterfrågade dogmatiska valören.

1.4.3.5.3 HANDLINGSLÄROR

DEN SOCIALA OCH DEN PERSONALA HANDLINGSLÄRAN

I en paradigmatisk konfrontation ligger det nära till hands att pretenderer på den "tredje vägen" uppträder, liksom att de polära parterna vill se dessa tredje vägar som implicita i sin egen lära. I detta fall fanns flera pretenderer. Föreläsare för den sociala liksom den personala handlingsläran hävdade att de representerade den tredje vägen. Maihofer uttalade detta explicit.³⁰¹ Han påstod att den finala handlingsläran i verkligheten var implicerad i den sociala handlingsläran, som Eberhart Schmidt från början av 30-talet lanserat. Welzel å sin sida hävdade att den sociala handlingsläran kunde anses innefattad i den finala. Jescheck menar däremot att den sociala handlingsläran kan klassificeras som en övergångsform ingående i ett nyklassiskt brottsbegrepp.³⁰² Det senare förefaller vara riktiga. Den sociala handlingsläran, som lanserades av Schmidt, fungerade i varje fall i doktrinen som en medelväg mellan finalismen och den kausala handlingsläran.³⁰³ Styrningen av handlingar skall enligt den sociala handlingsläran varken bestämmas av kausalitet eller efter individen utan

...vielmehr soll die Handlungssteuerung objektiv-generalisierend ermittelt werden, d. h. daß im Unrechtsbereich Abweichungen von dem objektiv-generalisierend festgelegten Standard zur inneren Angemessenheit des Subjekts werden.

...Vergrößernd: Eine Handlung bestimmter Art, etwa eine Tötungshandlung, liegt nach dieser Lehre vor, wenn der normalbegabte oder der durchschnittliche Rollenträger, hätte er eine identische Aktion

³⁰⁰ Koriath, s 534.

³⁰¹ Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff s 157 och Koriath, s 347.

³⁰² Jescheck, AT s 165f.

³⁰³ Jacobs, AT s 138. Koriath, s 347.

vollzogen, die Folgen eben der bestimmten Art (die Tötung) einkalkuliert hätte.³⁰⁴

Jacobs menar att handlingsbegreppet i den sociala handlingsläran ligger närmast den kausala handlingsläran. Han menar att subjektet försvinner i en slags fantom, i en grå oidentifierad person och att detta kan vara tjänligt i civilrättsliga sammanhang men inte i straffrätten, eftersom

...strafrechtliche Zurechnung, die an den individuellen Fähigkeiten ausgerichtet wird, übergreift Rollen.³⁰⁵

Jacobs förbiser emellertid en viktig funktion hos denna grå "fantom". Den saknar kanske ett omedelbart materiellrättsligt dogmatiskt värde men tjänar åtminstone som en *preliminär* grund för bedömningen om handlingen hade ett "normalt" meningsinnehåll. Schmidt berörde i sin handlingslära också problemet att *bedöma* och därmed att *bevisa* dessa individuella förmågor.

Arthur Kaufmann utvecklade vad som kallades "der personale Handlungs-begriff". Han ansåg att handlingar var "Objektivationen einer Person".³⁰⁶ En handling ansågs böra förstås som en "Persönlichkeitsäußerung".

Das heißt: Handlung ist zunächst einmal alles, was sich einem Menschen als seelisch-geistiges Aktionszentrum zuordnen läßt.³⁰⁷

Detta ger vid första påseendet en känsla av cirkelresonemang, eftersom personbegreppet förutsätter en kärnedom om vad en handling är.³⁰⁸ Det är svårt att se någon större skillnad i Kaufmanns lära mot vad som vanligtvis innefattas i finalismen. Han menar emellertid att skillnaden ligger i att den personala handlingsläran även tar hänsyn till de undermedvetna skikten i en person. Welzel menar t ex att en sjuksköterska, som i tron att hon injicerar en oskadlig injektion i verkligheten injicerar en dödlig, inte har dödat i final betydelse, utan att den finala handlingen endast utgjordes av injiceringen. Kaufmann menar att hon på grund av sitt medvetande kunde ha gjort något annat och därför även dödat finalt.³⁰⁹

Roxin, som i princip anslutit sig till Kaufmanns handlingslära, distanserar sig dock från de ontologiska inslagen och menar att det personala handlingsbe-

³⁰⁴ Jacobs, AT s 138.

³⁰⁵ Jacobs, AT s 139.

³⁰⁶ Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung s 79-119.

³⁰⁷ Roxin, AT s 196.

³⁰⁸ Koriath, s 352.

³⁰⁹ Koriath, s 353 och Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung s 112ff.

greppet är ett normativt begrepp.³¹⁰ Roxin vill inte beteckna de fall som sker "...ohne der Kontrolle des 'Ich'" som handlingar.³¹¹ Handlingsbegreppet anser han fungerar som dels "Grundelement", dels "Verbindungselement" och dels som "Grenzelement".³¹² Sammantaget anser han att handlingsbegreppet har som uppgift att utesluta ansvar för reflexhandlingar och liknande ofrivilliga handlingar. Sambandet mellan handlingsbegrepp och brottsbegrepp är ganska svagt hos Roxin. Handlingsbegreppet ingår inte som en bestämmande grund för brottsbegreppet på ett lika tydligt sätt som i de klassiska brottsbegreppen och det finalistiska.

JACOBS HANDLINGSLÄRA

Jacobs menar att den handlingslära han företräder är

..nur eine Modifikation des oben abgelehnten Willkürakts im System von v. Liszt, Beling und Radbruch, erfüllt aber an der hiesigen Stelle eine andere Funktion als im alten System: Sie ist hier nicht die einzige Verbindung von Subjekt und Unrecht, sondern sie ist nur der erste Schritt einer im subjektiven Tatbestand (den das alte System nicht kannte!) *bis zur bestimmten Handlung* fortzusetzenden Verbindung von Subjekt und Unrecht.³¹³

Jacobs definierar vidare en handling på följande sätt:

Auch Tatbestand und Handlung sind nicht verschiedene Deliktsstufen. Die Handlung ist ein relativer Begriff, d. h. es gibt keine Handlung-an-Sich, sondern nur jeweils durch die vermeidbaren Außenwirkungen des Subjekts bestimmte Handlungen.³¹⁴

Rekvisit för handling är enligt Jacobs även rekvisit för brottsbeskrivningensligheten. Jacobs handlingsbegrepp kan sammanfattas som "individuell vermeidbare Erfolgsursachung"; dvs det rör sig om ett s k negativt handlingsbegrepp.³¹⁵ Handlingen ses som ett relativt begrepp, *bedömd* på grundval av sitt förlopp i världen och knuten till individens förmåga att undvika det som av samhället är önskat.

Detta synsätt förefaller trots allt vara ett grundläggande avsteg från tanken på handlingen som en kroppsrörelse med en viss "godtycklig" styrning.

³¹⁰ Roxin, AT s 208.

³¹¹ Roxin, AT s 196.

³¹² Roxin, AT 196ff.

³¹³ Jacobs, AT s 183.

³¹⁴ Jacobs, AT s 163.

³¹⁵ Jacobs, AT s 143.

KORIATHS HANDLINGSLÄRA

Koriath får här representera det senaste inom de tyska handlingslärorna och antyda en brygga till några nya nedslag inom anglosaxiskt tänkande på området. Han kritiserar Berners och Radbruchs kausala handlingslära genom att det första citera Schopenhauer: "Wenn ein Mensch *will*, so will er auch Etwas.."³¹⁶ Därmed blir det omöjligt att definiera den "godtyckliga" vilja som Radbruch utgår från. Det spelar ingen roll om denna godtycklighet benämnes "kontroll över händelseförlopp", "frivillighet" eller en slags grundläggande vilja, som J. C Smith och Williams försöker framställa saken.³¹⁷ Koriath menar:

*"Ich will Schokolade!" heisst eben nicht "Ich will!" und außerdem noch "Schokolade."*³¹⁸

Den andra punkten av Koriaths kritik går ut på att kausalitetens oändliga kedja måste ha ett "avbrottskriterium". Även denna kritik är väl känd. Den tredje punkten är den likaså kända företeelsen, att följderna av underlåtenhet faller utanför kausaliteten. Men Koriath menar att man måste förstå Radbruchs kausala handlingslära utifrån hans avsikt, som främst var att finna ett *minsta* ansvarskriterium, som kunde anpassas till de normativa tillräknande-strukturerna.³¹⁹

Enligt Koriath är Welzel den som funnit den avgörande svagheten i den kausala handlingsläran: i och med att den intentionala aspekten på handlingen saknas, saknas även handlingens kärna. Koriath menar däremot att Welzel avskaffat sambandet mellan skuld och intentionalitet men försöker få ihop det på slutet via ett slags objektivt tillräknande.³²⁰

Koriath ansluter sig till en intentionalitetsbaserad handlingslära på följande villkor:

Die Deutung einer Handlung als moralisch gut oder rechtlich zweifelhaft setzt voraus, daß es moralische oder/und rechtliche Regeln gibt, in denen die interpretierende Bewertung vorgenommen wird. Diese Regeln sind aber nicht selbst Teil der Handlungstheorie. Die intentionale Handlungslehre, die ich für richtig halte, bedarf daher einer Ergänzung durch die hier vertretende Normtheorie, sollen

³¹⁶ Koriath, s 332f.

³¹⁷ Se t ex von Liszt, Lehrbuch s 115, Jescheck, AT s 178 , Smith & Hogan, s 36 och Strahl, 1976 s 92. Se dock Andenæs, Alminnelig Strafferet s 111f: "Enligt norsk ret er den (läran om ett frivillighetskrav, SC) et blindspor."

³¹⁸ Koriath, s 333.

³¹⁹ Koriath, s 334.

³²⁰ Koriath, s 339 och s 345.

Handlingen vollständig beschrieben oder zutreffend interpretiert werden. Ferner sind Handlungen, entgegen Welzels optimistischer Haltung, sagen wir ontologisch unsicher. Ob ich in einer Handlungssequenz das Stück A, B oder C als Ergebnis (=Erfolg) der Handlung betrachte, ist von der Interpretation der Handlung abhängig.³²¹

Koriath tar sin utgångspunkt inte i första hand i den tyska straffrättsliga doktrinen utan i den anglosaxiska rättsfilosofiska debatten. Hans handlingslära är i allt väsentligt hämtad från den sammanställning som han hämtat ur skilda arbeten av von Wright, eftersom denne inte uttryckligen formulerat en handlingslära.³²² Koriath ser Donald Davidson som den mest prominente företrädaren för en kausalistisk handlingslära.³²³ Både von Wright och Davidson indelar handlingar i primära handlingar – s k basic acts - och komplexa handlingar. Men Davidson anser att vid de primära handlingarna finns, utöver en sorts "vanlig" fysisk kausalitet, även en annan typ av kausalitet, "psykisk kausalitet" eller handlingskausalitet.³²⁴ Koriath invänder följande mot denna distinktion:

Vertreten sie jedoch die These, mentale Entitäten seien tatsächlich Humesche Ursachen, dann geraten sie regelmäßig in die Schwierigkeiten eines ontologischen Dualismus Descartesscher Provenienz.³²⁵

Den kausalitet som alltså benämns "psykisk kausalitet" eller handlingskausalitet får därför inte någon avgörande annorlunda karaktär än intentionalitet. Koriath menar att Davidson får problem att identifiera de händelser som kan kallas för handlingar, eftersom han använder intentionalitetsuttryck för sina beskrivningar av handlingar, som han påstår endast är kausala.³²⁶ Sammanfattningsvis menar Koriath att Davidson inte har lyckats visa att man kan undvara intentionaliteten som handlingskriterium, samt att egentligen inte

³²¹ Koriath, s 402.

³²² Koriath, s 390.

³²³ Koriath, s 390.

³²⁴ Koriath, s 361 och s 392 samt Davidson, Essays s 4: "...rationalizations are causal explanations" och "The primary reason for an action is its cause." Jfr Jareborg, 1969 s 76 och 81f. Begreppet "primära handlingar", "basic acts" kommer från A.C. Danto. Detta begrepp används eftersom man för att undvika en oändlig regress måste på något sätt skilja de handlingar som man kan göra utan att ha gjort något innan, från andra handlingar. En primär handling skulle alltså utgöras av armrörelsen före lyftandet på hatten. Descartes menade att vad man gjort för att sätta igång dessa bashandlingar var att viljeakten påverkade förloppet. Eftersom tanken på pseudomekaniska viljeakter inte ansågs hållbar, måste man förklara vad som sätter igång nervimpulsen till armrörelsen. Lösningen skulle då vara att avbryta en orsakskedja vid handlingar, som inte satts igång av en tidigare handling genom att införa begreppet primära handlingar.

³²⁵ Koriath, s 392.

³²⁶ Koriath, s 396.

begreppet "psykisk kausalitet" eller handlingskausalitet beskriver det som det ger sig ut för att beskriva.³²⁷

Sowenig wie Kausalität und Zurechnung, ist Handlung und Zurechnung identisch. Beide erfordern - und das zeigt gerade Feinbergs Arbeit - einen normativen Kontext als Grundlage.³²⁸

I korthet innebär detta enligt Koriath att handlingar inte är händelser och att en förståelse av vad kausalitet är förutsätter en förståelse av vad handlingar är (vilket inte gäller omvänt).³²⁹ Han sammanfattar på följande sätt den intentionella handlingslära, som han menar sig ha gjort tillgänglig ur von Wrights författarskap:

Handlungen sind Interpretationskonstrukte. Die Identität von Handlungen entsteht in einem Deutungsprozess, der dem klassischen hermeneutischen Verfahren hinlänglich analog ist.³³⁰

Tolkningen skulle alltså utgå både från handlingens styrning och från vad en handling är i moraliskt hänseende. Man kan alltså enligt Koriath inte uttala sig om en gärning och dess tillhörigheter av moment eller element utan att både tolka vilken styrning, "riktadhet" eller mening den haft och vilket värde denna styrning, riktadhet eller mening har ur tolkarens synvinkel.

1.4.3.5.4 SKULDBEGREPP

ROXINS SKULDBEGREPP

Roxin hävdar att det varit nödvändigt att överge det rent psykologiska skuldbegreppet till förmån för ett mer normativt skuldbegrepp.³³¹ Detta skuldbegrepp måste enligt Roxin vidareutvecklas till ett ansvarighetsbegrepp. Det normativa skuldbegreppet svarar på frågan om klanderbarhet ("Vorwerfbarkeit") finns eller inte, men inte på vilka grunder detta klander skall anbringas. Det psykologiska skuldbegreppet gav detta svar på ett enkelt

³²⁷ Koriath, s 397.

³²⁸ Koriath, s 386.

³²⁹ Koriath, s 357. Koriath tycker sig se att en åtminstone svag analog inställning till förhållandet mellan handling och kausalitet finns mellan von Wrights tänkande och Kelsens försök att förklara kausalitet. Kausaliteten är för Kelsen sprungen ur vedergällningstanken. Se avsnitt 1.3.4. Jfr även Peczenik, *Causes and Damages* s 288ff. Han hävdar att juridisk kausalitet åtminstone är beroende av standarden för *vir optimus*. Tanken återfinns hos Strahl, på sätt och vis också hos Jareborg samt Andenæs, att adekvans i straffrättsliga sammanhang kan ersättas av kravet på *dolus* eller *culpa*. Se avsnitt 1.4.5.2.2 och 4.6.3.3.3 under "Gärningsculpa" och "Personlig culpa".

³³⁰ Koriath, s 402.

³³¹ Roxin, AT s 700.

sätt. Roxin vill följaktligen konstruera ett ansvarsbegrepp som grundar sig på gärningspersonens, "Dafürkönnen"; gärningspersonen kunde handlat annorlunda. Skuldbegrepp funktion är exculperande:

Das Schuldprinzip belastet den Bürger nicht...sondern es schützt ihn.³³²

En tolkning av Roxins byte av terminologi från skuldbegrepp till ansvarsbegrepp är att ett ansvarsbegrepp med uteslutande exculperande funktion ligger närmare ett processuellt tänkande än den gamla förment naturvetenskapliga subjektiva rekvisitsamlingen av psykiska fakta. Det ansvarsbegrepp som Roxin hävdar, verkar fungera som ett samlingsbegrepp för de försvar, som är gångbara på grundval av vilket stöd de har i konformitetsprincipen.³³³ Tonvikten vid exculpation ger också intryck av att skuldreglerna skulle vara av en speciell normtyp i förhållande till andra inculperande straffrättsliga regler. Därigenom aktualiseras analoga problem till de som förknippas med distinktionen mellan rättfärdiganden och ursäakter eller rättsstridighet och brottsbeskrivningsenlighet. Rent tekniskt kan man tänka sig att en norm utformas som ett antal exculpationer, som ytterst innehåller ett inculperande påbud. Exempelvis är funktionen hos normer, som uttrycker en exculpation av alla djurs "handlingar" inculperande för människor. Det är svårt att tänka sig att exculpera ett förfarande, som inte i någon mening tidigare *först och preliminärt* inculperats. Man kan fråga sig om det inte bara rör sig om två olika normtekniska aspekter på ansvarsprovningen och inte om två funktioner hos olika normtyper.

Skillnaden mellan rekvisit för exculperande ansvar och rekvisit för inculperande ansvar skulle kunna tänkas syfta på att inculperande rekvisit representerar de *nödvändiga* förutsättningarna för straffansvar till skillnad från exculperande rekvisit. Också detta är tveksamt eftersom bevisbördan för alla omständigheter principiellt ligger på åklagaren. Även exculperande omständigheter måste "nödvändigtvis" iaktas av åklagare och framförallt av domstolen. En egentlig och juridisk skillnad mellan en exculpationsfunktion och en inculpationsfunktion hos normer måste återspeglas konkret antingen som fördelningen av olika bördor i straffprocessen eller på något annat för parterna avläsbart sätt. Problemen beträffande denna distinktion återkommer framförallt i samband med oaktsamhetsprovningen.³³⁴

³³² Roxin, AT s 719.

³³³ Koriath, s 328. Koriath tolkar Roxin som att alla brottets beståndsdelar kan innefattas i ett "Gesamtunrechtstatbestand".

³³⁴ Se avsnitt 2.2.3.1.3 och 2.2.3.2.1 samt angående Erenius och Jareborgs culpäläror 4.6.3.3.2 under "Närmare om de individuella rekvisiten" respektive 4.6.3.3.3 under "Negligentia är

Jacobs har utarbetat ett renodlat funktionalistiskt skuldbegrepp.

*Der Schuldbegriff ist deshalb funktional zu bilden, d. h. als Begriff, der eine Regelungsleistung nach einer bestimmten Regelungsmaxime (nach den Erfordernissen des Strafzwecks) für eine Gesellschaft bestimmter Verfassung erbringt.*³³⁵

Grundtonen anslogs redan i Eberhart Schmidts sociala handlingslära. Det finns tydliga drag av Franks normativa skuldbegrepp och framförallt av Goldschmidts "Plichtnorm".³³⁶ Men i Jacobs lära är "funktionaliteten" explicit. Skuldbegreppet skall alltså bildas som en funktion av den rättsliga anvisning som ges i fallet.³³⁷ Syftet med skuldbegreppet, menar Jacobs, är att peka ut "ein Manko an rechtlicher Motivierung".³³⁸ Skuldbegreppet skall tjäna detta syfte och måste då alltid förhålla sig till en viss standard av "rechtlicher Motivierung". Skulden fastställs således som ett negativt saldo i valutan "Motivierung" eller strävan i en jämförelse mellan utförandet – inbegripet gärningens inriktning - av den gärning som skall prövas och en rättsligt fastställd godtagbar eller aktsam strävan. Luhmanns uppfattning om rätten som en viss uttalad förväntan på medborgarnas uppförande har förmodligen påverkat Jacobs.³³⁹

Jacobs skuldbegrepp är svårförståeligt inom ramen för hans brottsbegrepp. Man frågar sig vad som utmärker skuldrekvisiten i förhållande till andra rekvisit och hur skall skuldprövningen kunna skiljas från ansvarsprövningen, om man beaktar Roxins kritik mot det finalistiska skuldbegreppet. Dessa frågor kan inte besvaras, eftersom Jacobs, trots alla reservationer, bundit sin skuldprövning vid det klassiska brottsbegreppets prövningsschema. Däremot är hans skuldbegrepp utan denna hämsko enligt min mening högintressant. Det pekar hän mot en nexus i culpaprövningen i likhet med Jareborgs brottsbegrepp. Det ligger också nära den definition på culpa som en avvikelse från "skyldig" aktsamhet i förarbetena till BrB. Dessa var i sin tur genomsyrade av Thyréns "funktionalism", som faktiskt föregick den tyska med flera decennier och sedermera även blev dess förebild.³⁴⁰ Skuldprövningen blir därmed en

ingen pendang till uppsåt" och "Kan det ändå finnas skäl för att använda sig av distinktionen?"

³³⁵ Jacobs, AT s 484.

³³⁶ Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff s 433.

³³⁷ Se Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit s 7,9, 36 och 42 och Koriath, s 574.

³³⁸ Jacobs, AT, s 480.

³³⁹ Koriath, s 534.

³⁴⁰ Se avsnitt 4.6.3.2.2.

aktsamhetsprövning och måttstocken för aktsamheten den "skyldiga aktsamhet", "rechtliche Motivierung" eller den *rättsligt* (m a o i domarens individuella norm, dvs tillräknandet, för att tala med Kelsen) definierade godtagbara strävan, som culpaprövningen utgår från. Förutsättningarna för culpa blir då identiska med förutsättningarna för skulden.

1.4.4 BROTTSBEGREPPET I ENGELSK RÄTT

1.4.4.1 INLEDNING

Common law-kulturens straffrättsdogmatik är inte på samma sätt som den tyska sammanbunden med ett materiellt brottsbegrepp. Man kan inte heller hävda en egentlig straffrättsdogmatik i samma mening som i *civil law*-kulturen. Ändå är de flesta av de viktigaste läroböckerna disponerade efter de grundläggande förutsättningarna för ett brott, låt vara att dessa förutsättningar oftast uttrycks som processuella rekvisit, dvs vissa erkända *defences*, och inte som materiella brottsrekvisit.³⁴¹ Den grundläggande indelningen av brottsförutsättningarna består dels av ett krav på *a guilty mind*; dvs *mens rea*, dels av ett krav på en handling "*a guilty act*", *actus reus*.³⁴² Detta överensstämmer med indelningen av brottsbegreppet i *civil law*-kulturen i en subjektiv och en objektiv del. De kategorier som ingår i *mens rea* anses allmänt vara *intent*, *recklessness* och *strict liability*, vilken dock ibland inte kategoriseras som *mens rea*. Den historiska bakgrunden till detta anses vara att, liksom i romersk rätt och *civil law*-kulturen, "äkta" *mens rea* ursprungligen endast var "*evil intention*".³⁴³ *Recklessness* samt motsvarigheten till indirekt uppsåt betraktas som *derived intent* respektive bevis för *intent*.

För att kunna rekonstruera ett brottsbegrepp och en straffrättsdogmatik i *common law*-kulturen, som kan jämföras med *civil law*-kulturens, är det nödvändigt att först presentera några huvudlinjer i *common law*-kulturen.

1.4.4.2 ALLMÄNT OM COMMON LAW-KULTUREN

Språket och den gemensamma grunden från äldre engelsk rätt medför ofta att både praxis och doktrin i *common law*-länderna ger intryck av att vara ett enda rättsområde. Vissa straffrättsliga verk får stor betydelse för de andra länderna

³⁴¹ Se t ex Cross and Jones, Williams, Criminal Law och Smith & Hogan.

³⁴² Cross and Jones, s 25f.

³⁴³ Smith & Hogan, s 99f.

utanför författarens hemland.³⁴⁴ Som exempel på inflytande från USA kan nämnas att uttrycket *beyond reasonable doubt* uppstod i USA vid slutet av 1700-talet och överfördes senare till engelsk rätt.³⁴⁵

Nästan alla stater i USA har accepterat den modell för strafflag, *Model Penal Code*, som det privata *The American Law Institute* sammanställt. Detta institut har en slags halvofficiell federal status.³⁴⁶ Verket utgavs för första gången 1962 och har sedan dess omarbetats i olika omgångar. Grundläggande principer i verket är i många stycken samma som i andra *common law*-länder. *Criminal law* i engelsk rätt är däremot i princip inte kodifierad utan en regelsamling baserad på praxis.³⁴⁷ Utgångspunkten för min undersökning av gränssnittet mellan dolus och culpa i svensk rätt är tagen i praxis. Ambitionen är, som förut antytts, att på ett särskilt sätt uppnå en förutsättningslöshet i praxisundersökningen genom undersökningen av tingsrättspraxis. Det faller sig därför även av detta skäl naturligt att låta den engelska rätten få företräde här framför andra *common law*-länders. Engelsk *criminal law* är en ålderdomlig men en fungerande och vital straffrätt.³⁴⁸ Om en historisk komparation ger ett facit i backspegeln kan man säga att engelsk *criminal law* ger en vy från sidorutan.

Bogdan skriver att en tredjedel av mänskligheten lever i

...länder med rättssystem vilka i betydande grad bygger på engelsk rätt... Den engelska rättens framgångar över hela jordklotet beror visserligen i första hand på Storbritanniens koloniala expansion, men de hade knappast varit möjliga om denna rätt inte hade visat sig vara utomordentligt flexibel och praktisk. Man skall alltså inte låta sig luras av den engelska rättsordningens till synes medeltida drag; det rör sig om ett i högsta grad modernt rättssystem av högsta kvalitet.³⁴⁹

³⁴⁴ Exempelvis har läroböckerna Williams, *Criminal Law*, Cross and Jones och Smith & Hogan stort anseende i USA respektive Jeromy Halls verk "Principles of Criminal law" och Fletchers "Rethinking Criminal law" i England.

³⁴⁵ Diesen, s 82. Uttrycket lanserades i det omskrivna fallet i England, Woolmington [1935] A. C. 462.

³⁴⁶ Bogdan, *Komparativ rättskunskap* s 166.

³⁴⁷ Englands "criminal law" gäller endast i England och Wales, trots stora likheter med rättssystemen i exempelvis Skottland och Nordirland. Här betecknar "engelsk rätt" rätten i England och Wales.

³⁴⁸ Bogdan, *Komparativ rättskunskap* s 105.

³⁴⁹ Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, s 105. Se även Waaben, Forsæt s 31ff och Jareborg, *Handling och uppsåt* s 7. Jareborg framhåller den engelska juridikens realistiska hållning i förhållande till tysk straffrättslig litteratur..

1.4.4.3 KÄLLORNA TILL CRIMINAL LAW

1.4.4.3.1 COMMON LAW

Common law är av tradition den förnämsta rättskällan för innehållet i *criminal law* i förhållande till de andra grundläggande rättskällorna i engelsk rätt som *equity* och *legislation*. Lagstiftningen är dock numera omfattande. Doktrin och förarbeten har en viss, men betydligt lägre, auktoritet än vad vi är vana vid i Sverige och *equity* tillämpas idag bara i civilrättsliga sammanhang.³⁵⁰

Williams skriver följande om innebörden av begreppet *common law*:

The phrase "the common law" seems a little bewildering at first, because it is always used to point a contrast and its precise meaning depends upon the contrast that is being pointed...

(1) Originally this meant the law that was not local law, that is, the law that was common to the whole of England. This may still be its meaning in a particular context, but it is not the usual meaning. More usually the phrase will signify (2) the law that is not the result of legislation, that is, the law created by the custom of the people and decisions of the courts, which we call precedents. When the phrase "the common law" is used in this sense it may include even local law (in the form of local custom), which in meaning (1) is not common law. Again (3) the phrase may mean the law that is not equity; in other words it may mean the law developed by the old courts of common law as distinct from the system (technically called "equity") developed by the old Court of Chancery. In this sense "the common law" may even include statutory modifications of the common law, though in the previous sense it does not. [1] Finally (4) it may mean the law that is not foreign law- in other words, the law of England, or of other countries (such as America) that have adopted English law as a starting-point.³⁵¹

[1]Lawyers sometimes use the term to mean only the civil-law part of the common law in sense (3), to the exclusion of the criminal law.]

³⁵⁰ Bogdan, Komparativ rättskunskap s 112f. Indelningen i equity och common law är av intresse genom att den visar på ett kompletterande förhållande mellan det individuella fallet och de många fallen, typfallet eller regeln. Denna interaktion eller konflikt, om man så vill, går som en röd tråd genom de olika försöken i historien att ta hänsyn till individuella omständigheter, t ex i form av skuldkrav. Den *seende* "billigheten" har alltid interagerat med den "blinda" rättvisan. Strömholm har beskrivit detta förhållande i följande skrifter: Blad ur billighetens historia s 645ff, Aristoteles och rättvisan, s 360ff och Liljorna i Bologna s 419ff.

³⁵¹ Williams, Learning the Law, s 24ff.

Begreppet *common law* används här, om inget annat sägs, främst som en sammanfattande term på regelmassan i denna *case law*, ungefär i överensstämmelse med vad Williams hävdar i den andra innebörden av begreppet i citatet. Men begreppet beskriver mer än en hel rättskultur, trots sitt tekniska ursprung i det gammalfranska begreppet *comune ley* - dvs den gemensamma lagen.³⁵² Ibland används begreppet *common law* inte bara för att beteckna den rätt som framgår ur *the case law*; dvs *precedents*, utan också för att beteckna själva den rättsskapande möjlighet, som domstolarna utövar i tolkningen av existerande rätt.³⁵³

För att förstå begreppet *common law* måste det sättas in i det sammanhang av naturrättsliga föreställningar, som det är sprunget ur. Historiskt hänger framväxten av *common law* som den gemensamma lagen ihop med statsbildningarna i England.³⁵⁴ *Common law* implicerar ett tänkt idealt rättstillstånd med fasta rättsprinciper. Ofta beskrivs förfarandet i domstolarna i England som att "upptäcka" regler i *common law*, fastän det ändå rör sig om en ny rättsbildning.³⁵⁵

Enligt *the doctrine of precedent* anses i princip de engelska överrätternas domar vara bindande även om *The House of Lords* år 1966 förklarade sig vara obunden av tidigare avgöranden.³⁵⁶ Men det är endast den del av domen, som avgörandet grundar sig på (*ratio decidendi*), som är bindande. Man tänker sig att *ratio decidendi* uttrycker en tänkt rättsregel (*legal rule*).³⁵⁷ De rättsliga uttalanden, som domstolarna gör *obiter dicta* utöver *ratio decidendi*, kan ha en viss *persuasive authority*. Tolkningen av prejudikat är därför beroende av gränsdragningen mellan *ratio decidendi* och *obiter dicta*. En regel abstraherad ur ett fall, dvs prejudikatet, ger naturligen upphov till fler skillnader mellan detta och det konkreta fallet, än då regeln är ett skrivet stadgande som konstruerats för att passa många fall. Förmågan att kunna upptäcka *ratio decidendi* i ett prejudikat och bedöma dess relevans för det aktuella fallet, dvs *distinguishing*, anses inte vara "...a mechanical process but is an art...".³⁵⁸ *Genuine distinguishing* går ut på att tolka rättsfallet genom att *ratio decidendi* accepteras. Rättsregeln, som det uttryckts i det prejudicerande fallet, accepteras i detta fall och inget relevant faktum i det konkreta fallet anses vara så olik förhållandena i prejudikatet att fallet inte kan bedömas efter rättsregeln i prejudikatet. *Restrictive distinguishing*

³⁵² Bogdan, Komparativ rättskunskap s 107ff.

³⁵³ Williams, Learning the Law s 29f.

³⁵⁴ Bogdan, Komparativ rättskunskap s 106.

³⁵⁵ Williams, Learning the law s 29.

³⁵⁶ Bogdan, Komparativ rättskunskap s 108.

³⁵⁷ Williams, Textbook s 4, "The ratio decidendi of a case can be defined as the material facts of the case plus the decision thereon".

³⁵⁸ Williams, Learning the Law s 67ff.

beskär däremot rättsregeln i prejudikatet genom att relevanta fakta i prejudikatet anses vara irrelevanta eller genom att kvalificera prejudikatets rättsregel, så att ett undantag skapas från denna regel.³⁵⁹ Ett rättsligt uttalande, som uppfattas vara alltför vittgående och därför inte är nödvändigt som grund för utslaget i prejudikatet, kallas ibland även, något oegentligt, för ett *obiter dictum*. Egentligen är det frågan om *restrictive distinguishing*. Det ter sig angenämare att kalla detta uttalande för *obiter dictum*, eftersom man i allmänhet är ovillig att underkänna en högre instans uttryckta *legal rule*. Liksom vid all rättsfallstolkning medför legalitetsprincipens obestämbarhetsförbud en relativt restriktiv inställning i tolkningsfrågor beträffande rättsfall i straffrätten. Även om legalitetsprincipens framväxt intimt hänger samman med en kodifierad straffrätt, finns ett legalitetskrav i engelsk rätt utan skriven lag. Garanten för denna legalitet är här främst traditionens långvarighet samt domaremaktens integritet och självständighet. De krafter som verkat för en kodifiering av *criminal law* har följaktligen ofta skarpt kritiserat *common laws* höga rättskälleliga rang med utgångspunkt från legalitetsargument.³⁶⁰

1.4.4.3.2 LAGSTIFTNING OCH FÖRARBETEN

FÖRHÅLLET MELLAN LAGTEXT OCH COMMON LAW

Trots att betydande delar av *common law* har blivit föremål för lagstiftning, är inte *common law* sammanförd i något som motsvarar BrB eller *Code pénal* i Frankrike och *Strafrechtliches Gesetzbuch* i Tyskland. *Criminal law* berörs i dag av ungefär 150 olika i kraft varande *acts* (utöver förordningar från regeringen, *statutory instruments*), som behandlar både materiella frågor och procedurfrågor.³⁶¹ En stor mängd viktiga processuella bestämmelser ingår i lagar, som reglerar vad vi skulle kalla materiell rätt.

Det finns således inget lagrum som stadgar att "den som berövar annan livet, dömes för mord...". *Murder* definieras i *common law*. Samtidigt stadgar exempelvis *Section 1* i *Homicide Act 1957*:

(1) When a person kills another in the course or furtherance of some other offence, the killing shall not amount to murder unless done with the same malice aforethought (expressed or implied) that is required for a killing to amount to murder when not done in the course or furtherance of another offence.

³⁵⁹ Cross and Jones, s 9 och Williams, *Learning the Law* s 76.

³⁶⁰ Se avsnitt 1.4.4.3.2 under "Försöken att kodifiera *criminal law*".

³⁶¹ Halsbury, *Criminal Law*. Som ett kuriosum kan nämnas de i princip i kraft varande, *Treason Act* från 1351 och *Sale of Offices Act* från 1551.

Lagrummet bygger på den etablerade definitionen av *murder* i *common law*.

Eftersom *common law* i princip sägs vara en fullständig och på något sätt okränkbar reglering av straffrätten, finns bara skäl till lagstiftning om det uppstått något fel – *mischief* - i utvecklingen av *common law*. Detta är bakgrunden till tolkningsregeln i *The Mischief Rule*, som härstammar från ett rättsfall från år 1584, *the Heydon's case*.³⁶² Enligt regeln kan domstolen sluta sig till en viss lagstiftnings mening och innehåll genom att undersöka vilket "missförhållande" i *common law*, dvs rättsläget före lagstiftningen, som lagstiftningen skulle rätta till. Härigenom finns en möjlighet för domaren att använda sig av förarbeten vid lagtolkningen såsom ett medel för att i enlighet med *Heydon's case* visa på det missförhållande som lagstiftningen skulle råda bot på.³⁶³ Allmänt hävdas visserligen att en domstol inte får använda sig av lagförarbeten men på detta sätt kan ändå förarbeten få en viss betydelse.

Ingripanden med lagstiftning motiveras därför ofta med att ett missförhållande i *common law* förekommit. I det ovan nämnda lagrummet om *malice aforethought* vid *murder* ville man genom lagstiftning avskaffa *constructive malice*, som är ett rättsinstitut med långa anor och paralleller i *civil law*-kulturen.³⁶⁴ *Constructive malice* innebar att alla gärningar ansågs vara uppsåtliga, om de utförts som ett led i någon brottsverksamhet. Lagrummet reglerar därmed den del av *common law*, som vid lagstiftningstillfället ansågs vara ett missförhållande (*mischief*) och egentligen inget mer. I marginalen till lagtexten anmärks också lagrummets syfte: "*Abolition of constructive malice*". En traditionell tolkning av lagrummet görs alltså efter vilket missförhållande som lagrummet var riktad mot. Tolkningen är på detta sätt ofta restriktiv och sker med en begreppsapparat, som härstammar från *common law*.

Straffet för *murder* och *manslaughter* är reglerat i lag. Skälet till denna lagstiftning var avskaffandet av dödsstraffet 1965. Det är något långsökt att se dödsstraffet som ett missförhållande i *common law*, ungefär analogt med att dödsstraffet skulle strida mot USA:s konstitution. Missförhållandet kan alltså även definieras i efterhand som ett mer eller mindre grundläggande missförhållande, i enlighet med bedömarens värderingar.

Common law utgör den huvudsakliga källan för alla allmänna principer i *criminal law*.³⁶⁵ Man är hänvisad till *common law* när det gäller innehållet i många grundläggande brottsbeskrivningar liksom i begreppet *mens rea* vid *homicide*.

³⁶² Heydon's Case, (1584), 3 Co. Rep. 7a (Reprint 76 E.R. K.B. 637).

³⁶³ Cross, *Statutory Interpretation* s 165.

³⁶⁴ Se t ex Code Penal Art. 221-2 och StGB § 211 (2). Även i BrB kap 29 § 2 p 6 tas hänsyn till om en handling ingått i en brottsplan vid straffvärdebedömningen.

³⁶⁵ Cross and Jones, *Criminal Law* s 8f.

Dock finns vissa bestämmelser om bevisning av *criminal intent* i *Criminal Law Act 1967* utöver de ovan nämnda reglerna om avskaffandet av *constructive intent*. Exempel på nykriminaliseringar lagstiftningsvägen finns dock. Ett sådant är kriminaliseringen av incest i *Punishment of Incest Act* av år 1908. Nykriminaliseringar förekommer inte mer genom *common law* sedan ett avgörande år 1972 i *The House of Lords*.³⁶⁶

Den restriktiva lagtolkningsmetoden visar sig även i negativa attityder till olika former av teleologiska lagtolkningsmetoder (*fringe meanings*) och en bundenhet till ordalydelsen. Domstolarna anser sig t o m kunna korrigera lagtext, som man tycker ger orimliga resultat. Man kallar denna regel för *the golden rule*. Denna tolkningsregel tillgrips dock sällan. I straffrättsliga sammanhang är friheten för domaren begränsad. *Common law* kan användas i direkt strid mot lagtexten, om det till skydd för den tilltalade finns en princip i *common law*, som strider emot lagtexten. Särskilt gäller detta principen in *duo pro reo*, som uttryckts i *common law*. Som ett exempel kan nämnas ett fall i Queensland, där regeln i fallet *Woolmington* [1935] A.C. 462, vilken går ut på att bevisbördan för försvararen *provocation* och *accident* vid *homicide* ligger på åklagaren, fick företrädare framför lagtexten, som lade bevisbördan på TT.³⁶⁷ Ett annat exempel på detta är konflikten mellan lagtexten i *Magistrates' Courts Act 1980* och fallet *Woolmington*, genom att lagtextens bevisbördeomflyttning medfört att regeln i *Woolmington* urholkats. *Section 101* i *Magistrates' Courts Act 1980* stadgar att om den tilltalade som försvar åberopar någon eller något "*exception, exemption, proviso, excuse or qualification*", skall bevisbördan för dessa omständigheter ligga på den tilltalade. I fallet *Hunt* var det frågan om bevisbördan för huruvida ett slags morfinpreparat var att hänföra till de undantag av straffbart innehav som *Misuse of Drugs Act 1971 section 5(1)* stadgar.³⁶⁸ *The House of Lords* förklarade att bevisbördan låg på åklagaren trots lagtextens ordalydelse. Den oskrivna *common law* ger således ofta ett starkare skydd mot inskränkningar i TT:s rätt än vad *statutes* ger.

Man kan kanske från ett kontinentaljuridiskt perspektiv ändå tycka att domstolarnas relativt omfattande tolkningsmöjligheter strider mot fundamentala element i legalitetsprincipen. Den tilltalade kan därigenom tyckas bli berövad det skydd som principen ger, exempelvis mot retroaktiv tillämpning av i princip ny rättsbildning. Rättssäkerhetsargument är, som tidigare antytts, det vanligaste och tyngsta argumentet för att kodifiera *criminal law*.³⁶⁹ Men detta

³⁶⁶ Cross and Jones s 11f.

³⁶⁷ Williams, *Criminal Law* s 586 och s 892.

³⁶⁸ Hunt, [1987] 1 All ER 1. Se även Stannard, s 1f.

³⁶⁹ Draft Code, 1989 s 5ff.

argumentet används även av motståndarna till en kodifiering.³⁷⁰ Förhållandena illustrerar närmast ett möte mellan två "civiliserade" principer för hur rättssäkerhet bäst åstadkoms.³⁷¹ Den ena, *the elastic common law*, har "traditionen" i vid bemärkelse och det andra kodifieringar, allmänbegrepp samt regler uttryckta i precis lagtext som garant. Förtroendet för det ena eller andra systemet är en fråga som åtminstone delvis upplöser sig i olika maktfördelningsteorier.³⁷² Antingen finns en preferens för slutna "mekaniska" system eller öppna "organiska" system. Det positivistiska paradigmet som förstärkts fram till 1950-talet, har på senare tid visat en mer respektfull attityd till "traditionen" i engelsk straffrätt.³⁷³ Kanske har man i det ökande straffrättsliga utbytet mellan blocken förstått värdet av sin egen tradition i belysningen av den frustration som märks i tysk straffrättsvetenskap, t ex när det gäller att klargöra gränsen mellan dolus och culpa.³⁷⁴ Oberoende av vilket paradigm man bekänner sig till, måste man förundras över styrkan hos engelska domare att kunna stå kvar i traditionen från tiden före 1800-talet, trots att England och Skottland var Mills och Benthams respektive Humes, hemland.

FÖRSÖKEN ATT KODIFIERA CRIMINAL LAW

Det första försöket att kodifiera *criminal law* startade år 1833 och utmynnade i ett förslag, "The Bill", år 1845. Flera ytterligare försök gjordes under 1800-talet. Bland dessa märks framför allt det förslag F. Stephen förestod och lade fram år 1878.³⁷⁵ Många av kolonierna kodifierade sin straffrätt under inflytande av Stephens förslag. Till slut har bara England och Wales blivit kvar med en okodifierad straffrätt. Kodifikationsförespråkarnas uppgivenhet efter nära 150 års fruktlösa försök är inte att ta miste på i orden från kommissionen (1985) med dess ordförande J. C. Smith, som i texten anmärks vara medförfattare till verket *Smith & Hogan, Criminal Law*:

...whether it can credibly be asserted that, of all common law countries, England and Wales alone is unsuited to have a code of criminal law.³⁷⁶

Williams skriver (1961) om motståndet under 1800-talets mitt:

³⁷⁰ Draft Code, Law Com. No. 177 s 8ff.

³⁷¹ Se Peczenik, Vad är rätt? s 43ff, om spänningen mellan stabilitet och rättvisa. Rättssäkerhet förstås i detta sammanhang som Peczenik beskrivit begreppet.

³⁷² Jfr dock Ong, s 94ff.

³⁷³ Se Draft Code, Law Com. No. 177 s 11.

³⁷⁴ Se avsnitt 2.3.2.1.2.

³⁷⁵ Draft Code No 143 s 2f.

³⁷⁶ Draft Code, Law Com. No. 143 s 3.

Through this legal obscurantism (if the lapse of a century makes the phrase permissible) the devoted labour of many years came to nothing.... Their reports are expressed with admirable lucidity and contain pungent criticisms of the state of the law, many of which still have not been met by the legislature.³⁷⁷

Efter att ha konstaterat att hela det gamla imperiet och länderna på kontinenten så gott som utan undantag har genomfört en kodifiering, fortsätter han:

England remains with her former unmanageable system, characterised by Sir Carleton Allen as a "sprawling and unwieldy mass," with "anachronisms and anomalies that hardly a lawyer in the land would be prepared to defend."³⁷⁸

Men det som Stephen lyckades med i Indien genom att få *The Indian Code* genomförd gick inte att genomföra i moderlandet. Här fanns en motkraft i form av en obruten och levande rättstradition. "*The nineteenth-century project*", som Williams sammanfattande kallar de olika kodifieringsprojekten, har sina rötter i Benthams verk och präglas av vad som i dag verkar vara en något naiv upplysningstro.³⁷⁹ Den insats Bentham gjorde för att reformera en grym och även i vissa delar osammanhängande straffrätt skall inte förringas. Men de tämligen oreflekterade utilitaristiska tongångarna från 17- och 1800-talet har kanske inte lika lätt att få gensvar i 2000-talets kultur. Det senaste samlade förslaget från 1989 respekterar *common law* på ett nytt sätt. Förslagen går numera ofta under namnet *the Draft Code* eller enbart *the Draft*. Det senaste är uppdelat i fyra delar, I *General Principles of Liability*, II *Specific Offences*, III *Evidence and Procedure*, och IV *Disposal of Offenders*.³⁸⁰

Lagförslagen har alltså aldrig genomförts men spelar ändå en viss mindre roll som rättskälla. I enstaka domar i England kan man se hänvisningar till *Draft Code* liksom till *Model Penal Code* och skotsk lag.³⁸¹

Efter år 1989 har inte kommissionen lagt fram något samlat förslag utan försökt att genomföra vissa delar av denna men utan någon större framgång hitintills.³⁸² Bland rapporterna från *The Law Commission* kan nämnas: No. 89 (1978) *Report on the Mental Element in Crime*, No. 143 (1985) *Codification of*

³⁷⁷ Williams, *Criminal Law* s 583.

³⁷⁸ Williams, *Criminal Law* s 584.

³⁷⁹ Williams, *Criminal Law* s 582 och 585. "Two sustained efforts were made during the nineteenth century, partly as a result of Bentham's writings, to reduce the criminal law to a convenient and accessible form."

³⁸⁰ *Draft Code*, *Law Com.* No 177 s 43ff.

³⁸¹ *See* *ex Premmtes*, A.C. 1981.

³⁸² *Halsbury Supplement* (4)12/1ff.

the Criminal Law, No. 177 (1989) Criminal Law, A Criminal Code for England and Wales, No 122 (1992) och No. 218 (1993) Offences against the Person and General Principles, No. 229 (1995) Intoxication and Criminal Liability, No. 230 (1995) The Year and a Day Role in Homicide samt No. 237 (1996) Involuntary Manslaughter.

De kodifieringar inom straffrätten som gjordes i Europa, motsvaras av kodifieringsförsök i England vid ungefär samma tidpunkter. De krafter som inspirerat kodifieringsförsöken under 1800- talet och 1900-talet i England är fortfarande starka.³⁸³ Även om respekten för common law har ökat i lagstiftningsförsöken, förblir ambitionerna höga beträffande enhetliga definitioner av t ex kraven i mens rea och en i övrigt enhetlig allmän del.³⁸⁴ Som ytterligare exempel på nödvändiga förändringar av *common law* anger man inkonsekvenser och motstridande intressen i *common law*. Man säger sig inte kunna reproducera dessa "mischiefs". Exempelvis anses det vara nödvändigt att ta ställning för en subjektivistisk linje och kräva ett riskuppsåt när det gäller recklessness, eftersom man anser *common law* vara vacklande i detta hänseende. Men man tillhandahåller ändå en formulering av negligencia, för det fall att detta skulle tilltala parlamentet mer. Det viktiga anses vara att det blir en konsekvent linje för alla fall av *recklessness*. Någon reflektion över om inkonsistensen i *common law* är ett uttryck för en nyansering i tillämpningen finns inte. Ett genomgående drag är att man har försökt att hålla fast vid den primära avsikten att ge begreppen en generell giltighet för alla brott.

1.4.4.3.3 DOKTRINEN

Engelska domskäl är ganska utförligt skrivna och innehåller ofta obiter dicta. Genom att på ett särskilt sätt inom *common law*-kulturen betona vikten av att *distinguish* obiter dicta från det som har prejudicerande verkan, finns en slags intern domstolsdoktrin.³⁸⁵ Cross and Jones använder sig av termen, "*persuasive authority*", för att både beteckna den auktoritet som obiter dicta och som verk av "*textwriters*" har. För att kunna skaffa sig en överblick över definitioner och allmänna läror i *criminal law* är man ändå i flera stycken hänvisad till den juridiska litteraturen i vanlig mening, vari även delvis förarbetena inbegrips. Rättsfall och lagar tolkar sig inte själva. Återkommande klagovisor från prominenta rättsvetenskapsmän om vilket ringa inflytande de har och om

³⁸³ Draft Code, Law Com. No 177 s 20f. Ytterligare ett exempel på den ökande respekten för common law är att det senaste förslaget kan tänka sig att vissa *common law*-brott kvarstår vid sidan av lagen efter genomförandet.

³⁸⁴ Draft Code Law Com. No. 143 s 19, "Our primary purpose has been, therefore, that of re-stating the law." Jfr även No. 177 s 18.

³⁸⁴ Draft Code, Law Com. No. 143 s 17f och i No. 177 s 19.

³⁸⁵ Cross and Jones, s 9 och s 12.

nackdelarna med *common law*, behöver därför inte betyda att rättsordningen verkligen är så inkonsekvent som sägs.³⁸⁶ Åtminstone delvis kan de hänföras till en sorts fackliga inlägg.

Alf Ross har sagt:

Kodifikation har altid vaeret et barn af akademisk laerdom, begrebsdannelse og systematik. Men i modsætning til hvad der har vaeret tilfaeldet på kontinentet, isaer i Tyskland, har i England universiteterne og deres professorer aldrig spillet nogen rolle i retsutviklingen.³⁸⁷

För att förstå traditionell engelsk akademisk doktrin måste man därför utgå från de problem som rättsvetenskapen "tvingas" att behandla genom att praxis tar upp dem. Ett annat spektrum av problem uppträder därför här på ett till synes mer osystematiserat sätt än vad som är vanligt i kontinental tradition.

1.4.4.4 NÅGOT OM HANDLINGSLÄRORNA FRÅN DEN ANGLOSAXISKA TRADITIONEN

1.4.4.4.1 ALLMÄNT

Ovan konstaterades att förbindelserna under senare tid har ökat mellan *common law*-kulturen och *civil law*-kulturen, särskilt vad beträffar grunderna för straffrättsdogmatiken.³⁸⁸ Visserligen är det i överkant att kalla den anglosaxiska straffrättsdoktrinen handlingsläror för regelrätta handlingsläror, men enligt min mening finns dock betydande anglosaxiska bidrag både till tysk och svensk doktrin. Bidragen från den anglosaxiska världen är särskilt betydelsefulla när det gäller kritiken av de tyska härskande handlingsläror. Koriaths handlingslära, som är en bearbetning av von Wrights, har redan behandlats. I sammanhanget kan noteras att von Wright efterträdde Wittgenstein på professorstolen i Cambridge. Handlingsläror i tysk doktrin utarbetades visserligen efter filosofiska förebilder men ändå inom straffrättsdogmatikens ram. Från den anglosaxiska världen kommer intrycken från en mer utpräglad rättsfilosofisk miljö. Detta har både fördelar och nackdelar. En av fördelarna är ökad förutsättningslöshet i förhållande till straffrättsdogmatiken och kompatibilitet mellan länder med olika juridiska kulturer. En av nackdelarna är att speciella straffrättsliga problem inte omedelbart blir uppmärksammade. Men om det renodlat materiella brottsbegreppets framväxt berodde på civilrättsligt inflytande via von Ihering, kan man notera ett tradi-

³⁸⁶ Jfr Cross and Jones s 9.

³⁸⁷ Ross, Forsæt i Engelsk ret s 3.

³⁸⁸ Se t ex avsnitt 1.3.2 och 1.4.3.5.3 under "Koriaths handlingslära".

tionellt betydande intresse för straffrättens handlingssteoretiska problem åtminstone från H.L.A. Harts och R.A. Duffs sida.³⁸⁹

Här kommer jag inte att belasta framställningen med att gå igenom det som anglosaxisk filosofi har att erbjuda. Detta är redan gjort i svensk straffrättsdogmatik genom Jareborgs försorg.³⁹⁰ Framställningen koncentreras på Duffs handlings teori, som utgår från ett icke-dualistiskt perspektiv på gärningar. Inte heller detta är alldeles nytt i anglosaxisk tradition, men Duffs ansats är särskilt intressant, då den är helt straffrättsdogmatiskt inriktad med betoning på grova våldsbrott.³⁹¹

1.4.4.4.2 OM AVSIKTLIGA GÄRNINGAR ENLIGT H. L. A. HART

Först en mindre sidoaspekt på H.L.A. Harts handlings teori. Han har presenterats av Jareborg för nordisk straffrättsdogmatik redan för ungefär 30 år sedan.³⁹² Här intresserar främst Harts uppfattning om begreppet avsiktlighet. Den första versionen av Harts uppfattning om vad en avsiktig handling är, gick ungefär ut på att en handling är en avsiktig handling i normalfallet. Ordets egentliga användningsområde skulle vara att markera en handling, som *inte* är en avsiktig handling. Därmed skulle avsiktlighet i normalfallet vara ett "defeasible" begrepp, utan innehåll. Även om Hart senare övergivit denna inställning som en allmän handlingslära, är det enligt min mening en intressant konstruktion. Jareborg menar att vad som kan sägas återstå av

"...Harts ursprungliga teori är inte mer än att en del beskrivningar av felaktiga eller icke önskvärda handlingar – och i synnerhet sådana som innehåller "kondemnatoriska" verb såsom 'mörda', 'stjäla', 'ljugga', 'bedraga', jämför med 'döda', 'taga' och 'tala osanning' – tillskriver den handlande en prima facie-ansvarighet för handlingen."³⁹³

En sådan tolkning motsvarar i många stycken den sedvanliga gången för straffrättsliga och förmodligen också för moraliska bedömningar av gärningar. Givet ett perspektiv från Duffs lära är enligt mitt förmenande Harts (och egentligen också Anscombes liknande resonemang) commonsense-präglade

³⁸⁹ Se t ex Hart, Punishment and Responsibility och Causation in the Law samt Duff, Intention och Criminal Attempts.

³⁹⁰ Se t ex Jareborg, 1969 s 67ff.

³⁹¹ Se Jareborg, 1969 s 262 och s 271f angående Passmores "coherence model" och s 306. Se framförallt Anscombe, Intention s 7ff och s 18.

³⁹² Jareborg, 1969 t ex s 85f.

³⁹³ Jareborg, 1969 s 85.

insikt grundläggande för hur straffrättsliga bedömningar utförs.³⁹⁴ Men detta innebär däremot inte att ett materiellt handlingsbegrepp kan undvara intentionaliteten som varande ett onödigt eller ett tomt begrepp.

1.4.4.4.3 DUFFS ICKE-DUALISTISKA GÄRNINGSLÄRA

Duffs handlingslära har en huvudpoäng: striden mellan konsekvensetiker, "ortodoxa" objektivisterna och sinnelagetsetiker, "ortodoxa" subjektivisterna bygger på en skenbar motsättning.³⁹⁵ Han anser att tudelningen av människan i kropp och själ som två skilda enheter, där kroppen ses som ett slags instrument för själen, skapar problem vid ansvarsbedömningen. Denna tudelning ger intryck av att bedömningen av gärningar *måste* ske i två etapper: först observeras en ren kroppslig rörelse, och därefter skall man på något sätt observera de psykiska "rörelserna" eller elementen som "täcker" de kroppsliga rörelserna och deras effekter.³⁹⁶ Dualismen skapar en illusion av att gärningar bedöms genom att först observeras en gärning "som sådan", och sedan en intentionalitet "i sig", som täcker denna gärning. Duffs kritik av dualismen inriktar sig således särskilt mot vad Frände kallar den tredje regeltypen i brottsbegreppet, dvs normerna för ansvarsprovningens tågordning.³⁹⁷

En mekanistisk dualism mellan kropp och själ, menar Duff, är även grunden för tanken att de enda *möjliga* ställningstagandena är antingen för ett sinnelagetsetiskt eller konsekvensetiskt synsätt. Duff hävdar att ett sådant synsätt gör att bedömningar av gärningar inriktas på vad Ryle kallade "spöket i maskinen".³⁹⁸ Han menar att predikamentet mellan "ortodox subjektivism" och "ortodox objektivism" inte löses genom kompromisser, utan genom att man lämnar den ofruktbara dualismen till förmån för ett teleologiskt tolkningsperspektiv med utgångspunkt i gärningen som den i sin kontext ter sig för bedömaren.³⁹⁹ En bedömning av en gärning och dess syfte måste utgå från att *först* urskilja en gärning med en viss *preliminär* mening och inte först observera en ren kroppsrörelse.⁴⁰⁰ Vi observerar inte rena kroppsrörelser för att sedan dra slutsatser om avsikter ur dessa, utan han menar att vi varseblir gärningar med en viss tolkad (eventuellt preliminär) mening.⁴⁰¹ Och man kan *direkt* iakttä intentionalitet i en gärning såsom den "riktadhet", det syfte eller den mening

³⁹⁴ Anscombe, Intention s 7.

³⁹⁵ Duff, Intention s 129ff.

³⁹⁶ Duff, Intention s 117.

³⁹⁷ Se avsnitt 1.4.2.1 och 1.4.5.3.2.

³⁹⁸ Duff, Intention s 129.

³⁹⁹ Duff, Intention s 130.

⁴⁰⁰ Duff, Intention s 112ff.

⁴⁰¹ Se Thornton, Intention in Criminal Law s 177ff och Davidson, Essays s 3f och 102.

en gärning har. Gärningar bedöms inte som dels ett "inre" mentalt element, dels en "yttre" kroppsrörelse. Kunskap om andras insikter, avsikter och gärningars syfte är inte resultatet av en slutsats dragen av en observation av en viss kroppsrörelse utan en direkt observation av en gärning med viss inriktning. Duff menar att en gärnings syfte eller mening inte är nödvändigtvis gömd för en betraktare och en bedömare. Ett felaktigt bedömande av en handlingens mening är därför inte felaktigt bara för att denna mening nödvändigtvis är gömd i ett slags oåtkomligt mentalt område. Vi upptäcker avsikter i en handling genom det mönster som detta lämnar och i de svar som den handlande lämnar. Denna upptäckt är en verklig upptäckt av en intentionalitet, och inte en slutsats om att denna följaktligen måste finnas någonstans i huvudet på den handlande.⁴⁰² En gärning tolkas efter sin mening och en gärnings mening tolkas efter sitt nedslag i världen och dettas kontext. Duff skriver:

Persons and actions ... are logically *basic* categories; these concepts cannot be explained by an analysis which seeks to reduce them to supposedly simpler elements.

...To discern an agent's intentions is to grasp the relation between her action and its context (including what else she does)...⁴⁰³

Han menar att det i och för sig är möjligt att abstrahera intentionalitet och kroppsrörelser ur helheten som en person utgör, men

The concepts of person and action are not constructed out of some more basic notions which are given to us in experience: we do not *begin* with the concept of a body and bodily movement, and then *add* further ingredients to reach that of a person or action.⁴⁰⁴

Tudelningen av brottsbegreppet ser Duff som en reflexion av "Descartes' myt", som genererat problem genom försöken att finna intentionaliteten "som sådan" och "gärningen som sådan". Han skriver:

To ask which is the 'action itself' is as absurd as to ask what 'the event itself' is when the roof of a house is damaged in a storm -...Actions and events are identified and individuated only by our descriptions of them...⁴⁰⁵

⁴⁰² Duff, Intention s132.

⁴⁰³ Duff, Intention, s130.

⁴⁰⁴ Duff, Intention s 130f.

⁴⁰⁵ Duff, Intention s 41.

Duff vänder sig mot Davidsons kausalistiska lära, som utgår från tanken på *basic actions*. Davidson påstår att

Our primitive actions ... mere movements of the body- these are all the actions there are. We never do more than move our bodies: the rest is up to nature.⁴⁰⁶

Duff beskriver förhållandet mellan intentionalitet och gärningar på följande sätt:

I have argued that we cannot portray bare intentions as inner mental states which are logically distinct from action: for intention is logically parasitic on action; it is necessarily directed towards action, and can be understood only in terms of its relation to action. A thought of the form 'I will do X' amounts to the expression of an intention (and not merely an idle thought about the action) not in virtue of its intrinsic character as a mental occurrence, but only in virtue of the way in which it is related to the actual doing of X.

We can compare bare intentions to promises, as ways to *committing* myself to an action.⁴⁰⁷

Duff angriper alltså grunden för det engelska brottsbegreppet i de delar som är uppbyggda som det tyska klassiska och den kausala handlingsläran. Även den finalistiska framstår enligt hans lära som en variant av "ortodox subjektivism" och ger inte en motsägelsefri beskrivning av grunderna för tillräknanhet. De slutsatser som Duff kommer till, motsäger också grundantagandet om *basic acts* som någon slags miniminivå för handlingsbegreppet.⁴⁰⁸

Från ett *common law*-perspektiv, där brottsbegreppets byggstenar i materiellt hänseende inskränker sig till i stort sett indelningen i mens rea och actus reus, kan problemen relaterade till brottsbegreppets funktion verka små i förhållande till den kontinentala begreppsbildningen. Duff anser emellertid att en del av de problem, som uppträder i *criminal law* beträffande gränsdragningar mellan *intent* och *recklessness* har denna grund.⁴⁰⁹

Det blir med Duffs gärningslära naturligt att använda ett blandat operativt och materiellt brottsbegrepp. Gärningens syfte observeras preliminärt i processen som en slags primafacie-tolkning av gärningen. Studier av kontexten i allmänhet, tex i form av uppställande av flera "rimliga" alternativa hypoteser

⁴⁰⁶ Davidsson, Essays s 59.

⁴⁰⁷ Duff, Intention s 133.

⁴⁰⁸ Duff, Intention, s 41. "...it is absurd to ask which description picks out 'the action itself', since there is no such thing."

⁴⁰⁹ Duff, Intention s 135.

och invändningar från den tilltalade kan nyansera bilden under processen.⁴¹⁰ Istället för flera steg av dogmatiskt tveksamma tillräknanden från objektiva till subjektiva prövningar, blir ansvarsbeslutet ett slutligt officiellt beslut, som ett resultat av heuristiska tillräknanden utanför den dogmatiska beslutsfasen i rättegången.

Om detta får utgöra grunden för bedömningen av mens rea, menar Duff att flera motsägelser i det traditionella brottsbegreppet och gärningsbegreppet faller bort. Ett exempel är frivillighetsrekvisitets hemort i både actus reus och mens rea. Frivilligheten är, sett på detta sätt, inte ett subjektivt-objektivt rekvisit eller "bara" ett "*excluder-word*" utan en preliminär bedömning av en gärnings meningsfullhet. I rättegången, liksom i all kommunikation, är detta vårt sätt att kommunicera och tolka mänskliga beteenden. Man tolkar handlingar och handlingars syften på detta sätt *tills annat är visat*. Rättegången, liksom andra sammanhang, rättar sig efter regler för bedömningar av invändningar eller alternativa förklaringar att handlingen verkar betyda något annat än vad den normalt betyder. Rättegången är däremot ofta, men inte alltid, noggrannare reglerad än "normal" tolkningsverksamhet i övrigt. Exempelvis poesi- eller konstfenomen tolkas i vissa sammanhang efter mer intrikata och formella regelsystem än gärningar i rättegångar.

Duff menar att *intended* och *intentional agency* utgör de grundläggande bedömningsmönstren; dvs dels det avsiktliga handlandet och dels handlandet med insikt.⁴¹¹ Dessa två bedömningsmönster är "utvidgade" till att omfatta *recklessness* och *negligence*. Detta synsätt är i överensstämmelse med den härskande meningen i engelsk rätt att *recklessness* är ett slags derivat *intent*. Dessutom är *recklessness* den allmänna brottsförutsättningen, varför gränsdragningen ofta inte är av samma betydelse som i kontinental doktrin. Duff menar därför att *intent* och *recklessness* i många stycken inte är skarpt åtskilda. Exempelvis de tre slagen av objektiverande prövningar vid *homicide*, *constructive*, *imputed* och *implied intent* kan, liksom i skotsk och amerikansk rätt, ses som "utvidganden" av de två bedömningsmönstren. I *Model Penal Code* och i skotsk straffrätt är ett dödande *murder*, om det "...is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life" respektive om handlingen "...displayed such wicked recklessness as to imply a disposition depraved enough to be regardless of the consequences" och "...death was within the range of the natural and probable consequences of the blow".⁴¹²

⁴¹⁰ Jfr Diesen, s 120ff.

⁴¹¹ Duff, *Intention* s 139.

⁴¹² Duff, *Intention* s 157. Se *Model Penal Code*, s 210.2(1)(b).

Duff menar att det grundläggande kriteriet för *recklessness* är "praktisk likgiltighet" i olika grader. Skillnaden mellan *negligence* och *recklessness* skulle alltså enligt Duff vara att det förra endast utgår från en brist på uppmärksamhet och det senare att en "culpable indifference" visats i förhållande till effekten. En gärningsperson som inte bryr sig om en uppenbar risk är alltså *reckless*, och en som inte tänker på risken (för att risken inte är uppenbar) är alltså *negligent* i Duffs mening. Duff ifrågasätter därmed domen från *The House of Lords* i fallet *Caldwell*, som slog fast att även *negligentia* kan i vissa fall räcka för att *recklessness* anses uppfyllt.⁴¹³ Detta gör han inte för att den är för objektiverande, utan för att den inte utgått från den "uppenbara" risken.⁴¹⁴

Ett icke-dualistiskt synsätt på "brottsbegreppet" inom *common law*-kulturen har således omfattande konsekvenser i *criminal law*. Tudelningen i *mens rea* och *actus reus* är förvisso även där en hörnpelare. Den "operativa" och processuella grundsynen i *criminal law* inom *common law*-kulturen är emellertid en konkludent utgångspunkt för den handlingslära Duff presenterat. Övergången från ett kausalt synsätt till ett "objektiverat" intentionellt synsätt som Duff skisserar, harmonierar med det i grunden "operativa" sättet att bedöma brott, som förekommer i *common law*-kulturen. Exempelvis kan processrättsliga kategorier som *defences* i form av nöd eller nödvärn, förstås som förhållanden i tolkningsprocessen i rättegångens alla skeden. I civil law-kulturen uppträder invändningarna nödvändigtvis istället som materiellrättsliga kategorier, som måste prövas först efter brottsbeskrivningsenligheten.

1.4.4.5 MENS REA: BROTTSBEGREPPETS SKULDSIDA

1.4.4.5.1 URSPRUNGET TILL LÄRAN OM MENS REA

"Actus non facit reum nisi mens sit rea" är den maxim som ofta sägs vara grundvalen för läran om *mens rea*. Ursprunget till maximen är förmodligen hämtad från en av Augustinus' predikningar över Jakobs brev 5:12, där han skriver: "Ream linguam non facit nisi mens rea".⁴¹⁵ I *Leges Henrici* återfinns en maxim som lyder: "Reum non facit nisi mens rea".⁴¹⁶ Lévitte hävdar att det finns en särskild direkt påverkan på engelsk straffrätt via Augustinus' lär-

⁴¹³ Caldwell [1982] A.C. s 341.

⁴¹⁴ Duff, *Intention* s 173.

⁴¹⁵ Pollock and Maitland Vol. II s 476. Se även Lévitte, *The Origin of the Doctrine of Mens Rea* s 117 not 1. Översatt i nära anslutning till ordalydelsen: "Tungans (språkets eller ord-handlingens) (rätts)sak åstadkoms inte utan sinnelagets (rätts)sak.

⁴¹⁶ Lévitte, *The Origin of the Doctrine of Mens Rea* s 117.

junge Austin.⁴¹⁷ Därmed skulle det platonistiskt inspirerade synsättet med en sinnelagsetisk uppfattning vara den primära källan till mens rea-doktrinen. Lévitte menar att den romerska straffrätten inte var en "viljestraffrätt" och därför inte kan vara en primär källa till den som han beskriver voluntaristiska mens rea-doktrinen av i dag, eftersom i romersk straffrätt utgick bedömningen av skulden från det berättigade respektive oberättigade i gärningen, och inte från personens mentala inställning vid brottets begående.⁴¹⁸

Strömholm beskriver dessa förhållanden som en pendling mellan den senantika rationalistiska naturrätten och den ursprungligen laginriktade judendomen med rättens grund enbart i Guds vilja.⁴¹⁹ Han tecknar följande idéhistoriska mönster, som mot bakgrund av vad Lévitte säger, får förmodas vara särskilt aktuellt för utvecklingen av läran om mens rea: Paulus präglade urkyrkan i judisk riktning. I den tidiga grekiskt-romerskt präglade kyrkliga litteraturen återkom den senantika idén om en för förnuftet tillgänglig naturrätt. Omkring år 400 framträdde Augustinus med en uppfattning som står i direkt motsatsställning till den form av rationalistiskt naturrättstänkande i senantikens anda, vilket efter det paulinska judiska inflytandet åter hade blivit dominerande i den kristna kyrkan. Genom Augustinus' inflytande svänger pendeln på detta sätt tillbaka från det rationalistiska naturrättstänkandet mot Paulus' judaiserande strävan att framställa Guds vilja som den enda källan till rätten.⁴²⁰ På 1200-talet framträdde Thomas ab Aquino, medeltidens store moralteolog. Hans tänkande är i stort sett fortfarande den officiella filosofin inom den katolska kyrkan. Thomas bygger sin etik på det senantika arvet, i första hand på Aristoteles' tänkande via Averroës och stoikerna, men även i någon mån på Augustinus' tankar. Pendeln svänger nu tillbaka mot en rationalistisk naturrättslig syn. Thomas använder sig av det goda, såsom det visar sig i människonaturen, för att beskriva det ändamål som det moraliska handlandet riktar sig mot. Det goda i sin tur kan vara inordnat i antingen medmänskliga plikter, som görs för det allmänna bästa, eller det högsta stadiet av gott, som är det universella goda.⁴²¹ Begreppet för det goda hos Thomas är däremot *inte* primärt underordnat det goda sinnelaget. Den etik som slutligt tar form i den medeltida (och moderna) katolska kyrkan är alltså sprungen både ur en föreställning om den genom förnuftet och sinnena synliga människonaturen och föreställningen om uppenbarelsen från Gud. Plikten att handla på ett visst sätt

⁴¹⁷ Lévitte, *The Origin of Mens Rea* s 132.

⁴¹⁸ Lévitte, *The Origin of the Doctrine of Mens Rea* s 117ff. Jfr däremot den motsatta åsikten i Mommsen, s 86, Jareborg, 1969 s 2 och Fragment s 188.

⁴¹⁹ Strömholm, *Rätten och Europa* s 7ff och särskilt s 65ff.

⁴²⁰ Strömholm, *Rätten och Europa* s 67f.

⁴²¹ Strömholm, *Rätten och Europa* s 113.

förankrades både i den direkta uppenbarelsen från Gud och i det mänskliga handlandet.⁴²²

Mens rea-doktrinen har sina rötter i den senantika, sedermera thomistiska utgångspunkten, men också i voluntaristiska synsätt. Däri har förmodligen Lévit rätt. Man kan därför inte utan vidare hävda att den katolska kyrkans inflytande i England skulle ha medfört ett radikalt traditionsbrott med den romerska rätten med dess förankring i antikens idévärld. Det förefaller vara förhastat att påstå att ursprunget till mens rea-doktrinen skulle vara av tydlig subjektivistisk karaktär enbart genom kristendomens inflytande. Inte heller är det särskilt sannolikt att den romerska rätten generellt stått för en påverkan vare sig i en "extrem" viljestraffrättslig eller en konsekvensetisk riktning.⁴²³

Det är tänkbart att Augustinus' sinnelagsetik skulle kunna ha varit av viss betydelse särskilt i England, såsom Lévit påstår. Det är också tänkbart att en sådan påverkan förstärktes av William Occam genom att han medverkade till den "augustinska" pendeln vände i slutet av medeltiden återigen i riktning mot en "paulinsk återkomst".⁴²⁴ Han förkastar återigen rationalismen, och endast tron, inte förnuftet, ansågs vara källan till rätten. I denna kontext finns den tidige Luther och reformationen. Först nu börjar det egentliga traditionsbrottet med den senantika förnuftsinspirerade naturrättstanken att permanentas. "Borta är grekernas, liksom Thomas' ljusa tro på det mänskliga förnuftets förmåga att finna det etiskt riktiga...", såsom Strömholm formulerar det.⁴²⁵ Enligt min mening är det i detta sammanhang som det osynliga sinnelaget, inte handlingens synliga vittnesbörd om syftet, på allvar börjar komma i fokus. Mens rea får en övervikt åt det subjektivistiska hållet. Istället för enheten mellan kropp och själ betonas åtskillnaden dem emellan.

Under tiden från reformationen i England fram till David Hume och Bentham, utvecklas, främst genom påverkan från Descartes, tanken att den gällande rätten skall sökas med utgångspunkt från de minsta delarna, "atomerna" i rättssystemet. Dessa skulle utgöra en "...absolut säker och odisputabel sanning- ett s. k. Axiom" och metoden utgjordes av en noggrann logisk operation.⁴²⁶ Bortsett från den värdering som axiomet innehöll, framställdes rätten som ett slutet matematiskt system. Rättsteoretikerna under 1600- och 1700-talet var i stort sett ointresserade av praxis. Brottsbegreppets indelning i en avskild subjektiv del, mens rea, och en från denna absolut avskild objektiv

⁴²² Holte, Etiska problem 109 ff.

⁴²³ Jareborg, Fragment s 188.

⁴²⁴ Strömholm, Rätten och Europa s 70.

⁴²⁵ Strömholm, Rätten och Europa s 70.

⁴²⁶ Strömholm, Rätten och Europa s 145.

del, *actus reus*, får sin näring i denna dualism. Slutligen etablerar sig två fronter beträffande synen på den straffrättsliga skulden i England i å ena sidan en kontinentalt tänkande och kämpande kader av *academics*, som stöder sig bl a på upplysningstidens paradig och å andra sidan *common law* och domarna. Detta motsatsförhållande kvarstår än i dag, om än inte alltid lika uttalat.⁴²⁷ *The academics* hävdar sina "intressen" mot praxis, som står för den i viss mån tillbakaträngda men ändå i hög grad levande uppfattningen att det personliga straffrättsansvaret skall utformas i enlighet med den senantika förnuftsintrikade synen på vad människa, gärning och skuld är.

Föreställningen om innehållet i kravet på mens rea förändras därför inte särskilt mycket förrän i mitten av 1700-talet.⁴²⁸ Först i och med upplysningstiden börjar den sekularisering på allvar, som till slut lett till det pluralistiska liberala samhället.⁴²⁹ Då samhället börjar avmytologiseras försöker man att frigöra sig från synd och skuld som teologiska begrepp och söker i stället hjälp i den nya (natur)vetenskapen för att kunna beskriva varför och hur det personliga straffansvaret skall utkrävas.⁴³⁰

Därmed blir brytningen tydlig mellan å ena sidan den gamla mens readoktrinen med ett positivrättsligt mens reabegrepp byggt på en bestämd religiös och relativt stabil värdebas och å andra sidan den nya doktrin, som strävar mot ett empiriskt fastställbart och därmed värdeneutralt innehåll i läran om mens rea. Man försökte därför finna andra neutrala uttryck för att täcka in de företeelser man i olika kulturer identifierat som "onda" och därför straffat i årtusenden.⁴³¹ Sentensen "Ream linguam non facit nisi mens rea" ur Augustinus predikan rörande menedsbrottet pekar för övrigt på att

⁴²⁷ Draft code, Law Com. No. 143 s 2f. Jfr vad som tidigare sagts om motståndet mot kodifieringen av *common law* och frustrationen från tidigare kodifikationsförsök: "As codes go, [the Stephen Code] was good and worth the trouble of reamending and revising; but its chances had been wrecked by the deeply rooted hostility against codification *per se* and its threat to the common law."

⁴²⁸ Francis G Jacobs, *Criminal Responsibility* s 8ff. Se även Strömholm, *Rätten och Europa* s 144ff.

⁴²⁹ Von Wright, *Vetenskapen och förnuftet* s 69ff.

⁴³⁰ Lévytt, *Extent and Function of the Doctrine of Mens Rea* s 578f. Jfr Strömholm, *Rätten och Europa* s 158.

⁴³¹ Max Weber, *Ekonomi och samhälle* s 318 : "F.ö. verkade den kontinentala juridiken ända till helt nyligen (bör vara omkring år 1900, SC.) på basis av axiomet om den positiva rättens logiska 'slutenhet', ett axiomet som i stort sett inte ifrågasattes. Den som först proklamerat det var väl Bentham i protest mot schackrandet med prejudikat och irrationaliteten i *Common law*. Det fick ett indirekt stöd av alla de riktningar som avvisade all transcendent rätt, i synnerhet naturrätten, och så tillvida även av den historiska skolan." Jfr även a a, s 327.

"ordhandlingen", "ream linguam", inte infallet, att ljuga är det avgörande för Augustinus.⁴³²

Först under 1900-talets första hälft stod upplysningstidens paradigim på sin höjdpunkt vad gäller straffrättslig rättspositivism.⁴³³ Williams får här stå som den tidens representant för rättspositivismen i England. En stor del av den rättsvetenskapliga doktrinen var vid mitten av 1900-talet lierad med detta paradigim. Williams skriver:

...The concept of mens rea by its very name implies a mental element for the commission of crime; ...It would be simple to start by postulating that, as a minimum, mens rea means an intention to do the forbidden act - were it not for the fact that there is no judicial agreement upon the meaning of intention. The trouble does not arise because of any substantial doubt as to the psychological facts involved, but only because our legal system has failed to select the psychological facts that are to come within the term.⁴³⁴

Williams konstaterar att det inte finns någon enighet om innebörden i begreppet mens rea. Han menar däremot att det i juridiken råder enighet om de "psychological facts involved" och att det är juridikens uppgift att formulera de "fakta" som konstituerar denna verklighet.⁴³⁵ Williams uppfattning motsvarar ungefär det klassiska brottsbegreppets psykologiska skuldlära. Kritiken mot denna skuldlära från den normativa skuldläran och finalismen berör inte Williams nämnvärt. Man kan säga att den dominerande delen av doktrinen i England står för en populärversion av grundelementen i det tyska klassiska brottsbegreppet. Först på 1970-talet i USA introducerade Fletcher den tyska finalistiskt präglade kritiken mot det klassiska brottsbegreppet i *common law*-kulturen. Hans verk "Rethinking Criminal Law" fick en viss betydelse även i England.⁴³⁶ Den amerikanska rättsrealismen från 1930-talet och den "rättsrealistiska" rörelsen *Critical Legal Studies*, som inte lämnat Fletcher opåverkad, verkar annars ha gått engelsk straffrättsdoktrin i stort sett förbi.

Debatten om mens rea pågår fortfarande i England, bl a i anslutning till de senaste försöken att kodifiera *criminal law*.⁴³⁷ Duff, som kan anses representera spjutspetsen i denna debatt, utgår från den svaga punkten i det klassiska

⁴³² Se t ex Moore, Act and Crime s 18. Moore pekar på undantaget i romersk rätt att straffa för tankar, önskingar och drömmar om kejsarens död.

⁴³³ Jfr Max Weber, Ekonomi och samhälle s 318: "Rättspositivismen är därför f. n. på stark frammarsch."

⁴³⁴ Williams, The Mental Element in Crime s 10.

⁴³⁵ Williams, The Mental Element in Crime s 10.

⁴³⁶ Se t ex Lynch, The Mental Element in the Actus Reus s 109 och s 121.

⁴³⁷ Duff, Intention s 15.

brottsbegreppet, nämligen beskrivningen av intentionaliteten och skuldens roll. Fletchers arbete skapar en bakgrund genom dess i varje fall underliggande teleologiska utgångspunkt och de komparativa ambitionerna i förhållande till den tyska debatten. Han introducerade upptäckterna från den första kritiska förnyelsen av det klassiska brottsbegreppet i och med det normativa skuldbegreppet och Welzels kritik av intentionalitetens roll i det klassiska brottsbegreppet.⁴³⁸ Duff skriver om mens readebatten i dag:

“Despite (or perhaps partly because of) the central role which the concept of intention plays in the criminal law, we still lack a clear or agreed account of its meaning. Controversy persists concerning the relationship between intention, desire, and foresight of consequences; between intending something, wanting it and realising that my action will or might bring it about: does intention involve a ‘desire’ for that which is intended; does an agent intend what she foresees as the certain, probable or likely consequences of her actions?”⁴³⁹

Duffs synsätt att i första hand tolka *handlingens* mening eller syfte i jakten på det personliga straffansvarets kriterier, har enligt min mening ett starkare historiskt stöd än den tolkning av begreppet, som hävdar att man primärt skall söka finna de “inre mentala element” som grundar mens rea.⁴⁴⁰

1.4.4.5.2 MENS REA ELLER MENTES REAE

Stephen utgick från att mens rea inte var något annat än ett samlingsbegrepp för de olika psykologiska elementen som krävdes i olika brottsförutsättningar. Han förnekade att “....such a thing exist as a ‘mens rea’, or ‘guilty mind’ which is always expressly or by implication involved in every definition.”⁴⁴¹ Skälet till differentieringen av mens rea grundar sig enligt Stephen och Holmes på att mens rea för varje enskilt brott måste grundas på ett moraliskt ont uppsåt.

Allmänt erkänns, dock motvilligt i många fall, olikheten mellan de olika brotternas olika krav på mens rea.⁴⁴² Däremot använder sig doktrinen av olika generella termer för att uttrycka *intent*, *recklessness* eller *negligence*. Den engelska doktrinen har brist på generella begrepp i motsats till vad som är fallet i många *civil law*-länder, där man i stället nu söker efter mer differentierade uttryck för skuld.⁴⁴³ I *common law*-kulturen är fortfarande frågan om mens rea

⁴³⁸ Fletcher, 1978 s 433.

⁴³⁹ Duff, Intention s 15.

⁴⁴⁰ Duff, Intention s 129.

⁴⁴¹ Hall, Principles of Criminal Law s 138f.

⁴⁴² Se t ex Cross and Jones s 30. Francis G Jacobs, Criminal Responsibility s 20. Hall, Principles of Criminal Law s 142 är av motsatt åsikt.

⁴⁴³ Jfr Waaben, Forsæt s 344.

egentligen är mentes reae, som Sayre uttryckte Stephens syn på saken, av viss betydelse.⁴⁴⁴ I verket *Cross and Jones* hävdas t ex att mens rea-begreppet i allt väsentligt är ett samlingsbegrepp i den mening som Stephen uttryckte detta.⁴⁴⁵ Frågan var mycket passande för den amerikanska realismen, som Sayre förmodligen sympatiserade med.

Engelsk *criminal law* uppvisar enligt min mening ett varierat mens rea-begrepp, dock inte så att mens rea består enbart av variablerna utan något som helst inbördes sammanhang.

Draft code ersätter mens rea med begreppet *fault*.⁴⁴⁶ *Faults* definieras som:

...any element of an offence consisting

(a) of a state of mind with which a person acts; or

(b) of a failure to comply with a standard of conduct; or

(c) partly of such a state of mind and partly of such a failure.⁴⁴⁷

I *Draft Code* föreslås att *recklessness* även i fortsättningen bör vara en allmän brottsförutsättning, där inte det enskilda brottets lagrum stadgar någon särskild skuldform.⁴⁴⁸ Att varje brott normalt innehåller en angivelse för dess skuldform förutsätts normalt vara fallet. Skulden – *fault* – skall indelas i tre "key words": *intention, knowledge och recklessness* och, utöver dessa tre, ytterligare fyra "*fault terms*"; *purposely, heedlessly, carelessly och negligently*. Ordet *fault* ger associationer till begreppet "Schuld" och tysk straffrättsdogmatik. Avsikten med dessa definitioner är att presentera ett spektrum av skulddefinitioner, som inte är avsedda att vara heltäckande utan skall fungera en "*standard vocabulary of fault terms*". Man säger uttryckligen att det går att kombinera dessa med andra ord och definitioner.⁴⁴⁹ På så sätt föreslår *Draft Code* ett skuldbegrepp som är varierat och inte så hårt bundet till ett neutralt intentionalitetsbegrepp, som 1940- och 1950-talets *academics* försökte genomföra. Då hävdades nödvändigheten av några få centrala generella begrepp för mens rea, i motsats till vad de själva ansett vara en oöverskådlig och motsägelsefull praxis med olika skuldvarianter.⁴⁵⁰ Även upphovsmännen till den

⁴⁴⁴ Francis Sayre, *Mens Rea* s 1026: "The old conception of mens rea must be discarded, and in its place must be substituted the new conception of *mentes reae*."

⁴⁴⁵ *Cross and Jones*, s 25. Se även Giles, *Criminal Law* s 8.

⁴⁴⁶ *Draft Code* No. 177 Vol II s 190. Se också Aschworth, *Principles* s 151ff.

⁴⁴⁷ *Draft Code* No. 143 s 62 och No. 177 Vol. II s 190.

⁴⁴⁸ *Draft Code* No 177 Vol. I s 52 Clause 20, samt Vol. II s 195.

⁴⁴⁹ *Draft Code* No. 177 Vol. II s 190.

⁴⁵⁰ Williams, *The Mental Element in Crime*, 1965 s 9: "On the whole, little disagreement is to be found among academic commentators...The low esteem in which the Bench generally holds academic writing means that even a consensus of modern writers on jurisprudence and criminal law is rarely effective in court." Smith & Hogan, s 58. Författarna ignorerar

senaste *Draft Code* förutsätter som mer eller mindre självklart att effektiviteten och rättssäkerheten gagnas bäst genom en begreppsapparat som i stor utsträckning är mindre varierad än den nuvarande.⁴⁵¹ Främst rättssäkerheten, men även effektiviteten i ett regelverk är emellertid beroende av att regelverket motsvarar rättsanvändarnas behov. Ett regelverk, som är otillräckligt nyanserat blir rättsosäkert och ineffektivt. Men risken är liten för att engelska domstolar, med den dominerande ställning de fortfarande har, skall utarbeta en slags "subjuridik" med påföljande rättsosäkerhet. En sådan risk är större i *civil law*-länderna.⁴⁵² Om lagförslag genomförs, som inte tillgodoser de engelska domstolarnas behov av nyanser vid gränsdragningen, kommer dessa sannolikt att öppet redovisa detta i domskälen.

1.4.4.6 NÄRMARE OM PROCESSUELLA ASPEKTER PÅ BROTTSBEGREPPET I COMMON LAW-KULTUREN

1.4.4.6.1 ETT BLANDAT MATERIELLT OCH PROCESSUELLT BROTTSBEGREPP

Visserligen hävdas en åtskillnad mellan *substantive* och *adjective law* men samspillet mellan formell och materiell rätt är något som alltid kännetecknat *common law*. I de flesta framställningar av *criminal law* förekommer också relativt ingående redogörelser för processuella bestämmelser. Hela grundtanken bakom läran om *defences* har formella regler för motbevisning av åtalet som grund. Omsvängningen i *civil law*-kulturen under 1800-talet från ett processuellt och operativt till ett renodlat materiellt betraktelsesätt har aldrig skett på samma sätt i engelsk straffrätt. Det engelska brottsbegreppet är ett blandat materiellt och processuellt begrepp.⁴⁵³ Den medeltida engelska straffrättsprocessen var uppdelad i två processer: en första prövning av en *grand jury*, där det avgjordes om saken skulle föras vidare till en anklagelse mot en viss person inför en *petty jury*.⁴⁵⁴ Detta förfarande liknar den inkvisitoriska processen i *civil law*-kulturen med en generalinkvisition av gärningen utan en bestämd person och en specialinkvisition av gärningsmannaskapet.

frågeställningen och hävdar en definition av "possible mental attitudes", som utgör mens rea: "These are: a) intention, (b) recklessness, (c) blameless inadvertence."

⁴⁵¹ *Draft Code* No. 177 Vol 1 s 190. Underrubriken till *Clause 18 Fault Terms* lyder: "Towards certainty and consistency."

⁴⁵² Jfr Jareborg, 1969 s 4ff.

⁴⁵³ Jfr även Straffansvarsutredningen, s 90.

⁴⁵⁴ Anners, Del 1 s 156f.

Draft code försöker upprätthålla distinktionen mellan "*elements of an offence*" och *defences* efter kontinental förebild, med sikte på det klassiska brottsbegreppets grundelement. Man vill införa en indelning av alla nödvändiga brottselement i *external elements* och *fault elements*.⁴⁵⁵ Det är dock inte fråga om en genomförd begreppsapparat med t ex negativa rekvisit för de sk ansvarsfrihetsgrunderna.⁴⁵⁶ Begreppet *defence* används då inte som ett alternativ till dessa "brottselement", utan man bibehåller i huvudsak det processuella begreppet *defences* för ansvarsfrihetsgrunderna.

Our Draft distinguishes between the element of an offence and defences in a way that may surprise some criminal law theorists... If such a distinction is not to be made, however, the inapplicability of every exception admitted by the definition of an offence must be treated as an element of it. This view of exceptions may be justified on theoretical grounds; but our experience suggests that to adopt it rigorously in the Code would have very unhappy drafting consequences both for the codifier and the user.⁴⁵⁷

Man anser inte att underlåtenhet att genomföra en konsekvent systematisering skulle medföra allvarliga problem. Men man är medveten om vilka problem för fördelningen av bördor på parterna i processen, som detta medför.

This makes it important for the draftsman of a new offence to decide into which category (element or defence) a particular matter is to fall and to draft accordingly. It is not a ground for dispensing with the distinction between element and defences at all costs.⁴⁵⁸

Att en brottsförutsättning betecknas som ett *defence* har i vissa fall reella konsekvenser för bevisbördans eller åberopsbördans placering, som vid exempelvis invändningar om *insanity* och *automatism*.

⁴⁵⁵ Draft Code No. 177 Vol. I s 33. Clause 15-24 angående External elements of offences såsom "act" och "fault" och del II s 185ff.

⁴⁵⁶ Draft Code No. 177 Vol. II, s 185.

⁴⁵⁷ Draft Code No 143 s 55.

⁴⁵⁸ Draft Code No 143 s 55.

1.4.4.6.3 FRIVILLIGHETSREKVISITET SOM BÅDE
ETT MATERIELLT "MENTALT" REKVISIT OCH
ETT DEFENCE

Indelningen av brottsbegreppet i mens rea och actus reus har ifrågasatts under den senare delen av 1900-talet.⁴⁵⁹ Ett särskilt framträdande problem i sammanhanget utgör "frivillighetsrekvisitet", som sägs vara ett "mental element" men som ändå ofta hänförs till actus reus.

M. Giles skriver att actus reus är

...all the elements of an offence other than the mental element⁴⁶⁰

samtidigt hävdar hon att

...actus reus must be voluntary.⁴⁶¹

Utan frivillighet föreligger alltså inte actus reus.

Williams skriver om actus reus:

8.The mental element in an act

The law might define an act to mean any bodily movement, but in practice it does not do this. An act is a *voluntary* movement. This definition splices part of the mental element of crime on to the physical element.⁴⁶²

I Smith and Hogan återfinns följande:

...the actus reus includes all the elements in the definition of the crime except the accused's mental element,...⁴⁶³.

Writers dispute whether the voluntariness of D's conduct should be regarded as a part of the actus reus or as part of the mens rea.⁵

⁴⁵⁹ Cross and Jones, s 25, Lynch, The Mental Element in the Actus Reus s 109 ff, och Fletcher, 1978 kap 1,2 och 3, där han i motsats till vad som ofta är vanligt, utgår från brotten "theft, burglary, inchoate crimes" och "attempts". Han accepterar inte indelningen i mens rea och actus reus, sett som en indelning i en objektiv och en subjektiv del, utom möjligen i vissa delar i fråga om "larceny, homicide, attempts and analogous offences." Beträffande det senare se Fletcher, 1978 s 576. Men framförallt gäller detta Duff, som visats ovan.

⁴⁶⁰ Giles, Criminal Law s 1.

⁴⁶¹ Giles, Criminal Law, s 8.

⁴⁶² Williams, Criminal Law, 1961, s 11f.

⁴⁶³ Smith & Hogan, s 31.

⁵Turner (MACL 195 and 199 and Kenny, *Outlines*, 23) thought "voluntariness" an element of mens rea. Williams, CLGP, s. 8 and I. Patient, [1968] Crim LR 23 think it part of the actus reus.

...What is clear is that the voluntariness of an act is a more fundamental element of criminal liability than the intention to cause, or foresight of, results of the act which we normally think of as mens rea. It is a defence, known as "automatism", that this element has not been proved by the Crown.⁴⁶⁴

Samma svårigheter uppträder alltså i svensk, tysk och engelsk rätt. Likaså betonas ofta att detta inte är av någon större praktisk betydelse.⁴⁶⁵ Men ibland används svårigheten att kunna hänföra det uppenbart "mentala" frivillighetsrekvisitet till actus reus som ett argument mot indelningen i actus reus och mens rea.⁴⁶⁶ I Smith & Hogan kallas frivilligheten för ett mer fundamentalt mentalt element i straffansvaret än det man vanligtvis förknippar med mens rea. Författarna menar att det i stort sett är en smaksak om "frivilligheten" skall föras till actus reus eller mens rea. Som ett exempel på hur frågan löses nämner de några fall av strikt ansvar. När endast strikt ansvar krävs, finns fortfarande ett krav på frivillighet.⁴⁶⁷ Frivilligheten betraktas då inte som ett krav på mens rea utan detta "fundamentalt mentala element" ingår i actus reus. Man löser problemet genom att klassa frågan om frivillighet som ett *defence*, kallat "*automatism*", med viss åberopsbörda för TT. Då bristen i frivillighet beror på "*insanity*", ökas bördan för TT till en bevisbörda. Den tilltalade måste göra sannolikt att han var "*insane*".⁴⁶⁸ Den grundläggande motiveringen varför en invändning som går ut på *automatism*, dvs reflexhandling eller *insanity*, är ett försvar utgörs av skuldprincipen. Samma princip motiverar hänsynstagandet till bristande uppsåt i övrigt. I engelsk doktrin betecknas följdriktligen bristande uppsåt ibland som ett försvar och ibland som ett rekvisit.⁴⁶⁹

1.4.4.7 MOT ETT ICKE-DUALISTISKT ANSVARSBEGREPP

Samtidigt som ansträngningarna bland *academics* att anpassa *criminal law* till den kontinentala straffrättsdogmatiken fortsätter, om än något försvagade,

⁴⁶⁴ Smith & Hogan, s 36f och not 5.

⁴⁶⁵ Smith & Hogan, s 37.

⁴⁶⁶ Duff, *Intention* s 118.

⁴⁶⁷ Jfr Prince, [1875] All. ER. 881. En viss grad av mens rea måste finnas även i fall av "strict responsibility". Fallet gällde kravet på mens rea då gärningen bestod i att föra bort en flicka under 16 år från föräldrarna.

⁴⁶⁸ Cross and Jones, s 66f.

⁴⁶⁹ Se t ex Cross and Jones, s 58.

pågår i dag en motsatt rörelse, som enligt min mening är närmare den anglosaxiska traditionen. Främst gäller detta Duffs grundläggande kritik mot "der Angelpunkt" i brottsbegreppet. Det dekonstruktiva elementet i hans kritik är inte nytt, vare sig i *civil-* eller *common law*-sammanhang. Det intressanta är Duffs konstruktiva lösningsförslag när det gäller att övervinna den skenbara omöjligheten vid prövningen av skulden och oförenligheten mellan "ortodox subjektivism" respektive "ortodox objektivism". Duffs förslag återger skuldprövningen dess grundläggande "objektiva" natur, utan att det teleologiska fundamentet för prövningen rubbas. En prövning av de avsikter eller insikter, som en gärning utförts med, är då inte en prövning av ett i princip omöjligt bevistema fördolt för andra än gärningspersonen. Bevistemat utgörs av den riktadhet, inriktning, syfte poäng eller mening, som gärningen "objektivt" avslöjar i sinnevärlden genom sin observerbara typicitet och gärningens kontext, inklusive gärningspersonens påstående om denna mening. En annan sak är att denna gärnings mening mycket väl *kan* abstraheras och i ett senare led, efter den grundläggande prövningen, *uttryckas* som en persons avsikt, uppsåt, insikt om visst resultat, eller strävan. Duffs lösning koncentreras till en praktisk tågordning för prövningen av skuldrekvisiten, som går ut på att *bibehålla en vanlig ordning*, där abstraktionerna av gärningens mening följer efter observationerna av denna mening.

Ett brottsbegrepp eller hellre ansvarsbegrepp (m a o inte enbart ett skuldbegrepp i Roxins mening), som emanerar ur detta synsätt, kan sägas innehålla endast "objektiva" rekvisit. En gärnings syfte kan beskrivas som ett objektivt rekvisit. Skuldrekvisiten framträder som ("objektiva") förutsättningar för att konstatera att en gärning innehåller en avvikelse från en viss *förväntad gärningsmening* i ett straffstadgande. Dessa förutsättningar kan uttryckas både som *defences* och materiella rekvisit. Vilken balans som etableras dem emellan kan överlätas åt *common law*.

1.4.5 BROTTSBEGREPPET I SVENSKSPRÅKIG DOKTRIN

1.4.5.1 DEN HÄRSKANDE LÄRAN

Den härskande läran i Sverige har samma grunddrag som det brottsbegrepp vilket till stora delar oförändrat traderats från Binding och von Liszt, med modifikationer från det nyklassiska brottsbegreppet. Skuldbegreppet har använts sparsamt under lång tid i svensk doktrin.⁴⁷⁰ Framförallt har Strahl och Brottsbalkskommentaren, före den sjunde upplagan, verkat för tanken att

⁴⁷⁰ Se Jareborg, 1969, s 345.

begreppet inte behövs, bl a som en följd av att tillräkneligheten avskaffats i BrB.⁴⁷¹

En god skildring av grunderna i det skuldbegrepp som ingår i ett klassiskt svenskt och nordiskt brottsbegrepp formulerade Waaben år 1957:

Ordet skyld kan betegne det forhold att alle betingelser for idømmelse af straf er opfyldt, med det er almindeligt at tillægge begrebet et lidt snævere område indenfor den strafferetlige systematik. Ansvarsbetingelserne deles i objektive og subjektive, og udtrykket skyld forbeholdes de subjektive som igen deles i et krav om tilregnelighed og et krav om tilregnelighed. Tilregnelighed er den subjektive skylds grundlag; tilregnelighed er den form i hvilken den foreligger ved en konkret handlings foretagelse, enten som foræet eller som uagtsomhed (ofte betegnet som de to skyldformer, skyldarter eller skyldgrader, hvis modsætning er det hændlige). Skyld i teknisk forstand er altså ikke et materielt defineret begrep.⁴⁷²

Waaben anvisar därmed två innebörder i skuldbegreppet: en vidare och en snävare. Skuld i straffrättslig mening syftar främst på två företeelser;. Enligt min mening är detta ett viktigt förhållande. Det är riktigt som Waaben säger att skulden är ett uttryck för den utmäta "mängden" av ansvar, och att alla rekvisit eller "fordringar" för att ett brott skall anses föreligga utgör skuldrekvisit.⁴⁷³ Den snävare betydelsen fungerar endast som en samlingsbeteckning för två skuldformer: uppsåt och oaktsamhet utan annan grund än den gängse indelningen av alla "fordringar" i psykiska och icke-psykiska rekvisit. Den enda grunden för detta snävare skuldbegrepp utgörs av "der Angelpunkt", dvs tudelningen av brottsbegreppet i en fysisk och en psykisk del. Detta innebär att om tudelningen avskaffas kan man inte heller urskilja denna snävare innebörd, något som är en konsekvens av Roxins kritik av finalismens brotts- och skuldbegrepp. Skuldbegreppet, i den inskränkta meningen, måste ges en annan grund.

⁴⁷¹ I Brottsbalkskommentaren del I 2. uppl år 1968 s 26ff och i 5. uppl år 1990 s 32ff används inte skuldbegreppet överhuvudtaget i samband med genomgången av brottsbegreppet och de subjektiva rekvisiten. I Brottsbalkskommentaren del I år 1994 uppl 6: 2 s 35 används skuldbegreppet i detta sammanhang, fastän närmast i förbigående. Anmärkas må att Strahl, 1978 s 78, trots sin restriktiva inställning till begreppen skuld och tillräknande, ändå skriver beträffande den gemensamma grunden för de subjektiva rekvisiten: "Dessa rekvisit är emellertid vidare så beskaffade, att de tillåter människor ett val huruvida de skall begå brottet eller inte".

⁴⁷² Waaben, Forsæt 1957 s 1.

⁴⁷³ Brottsbalkskommentaren del I 1998 s 28.

Jareborg har verkat för ett återinförande av skuldbegreppet i denna tekniska inskränkta mening, som nu måste anses etablerad i svensk doktrin.⁴⁷⁴ Både Jareborg och Wennberg, den senare som författare av respektive del i Brottsbalkskommentaren, representerar den härskande läran. Även om likheter numera finns, behandlas Jareborgs brottsbegrepp här separat efter Brottsbalkskommentarens.

Wennberg skriver följande i den sjunde upplagan av Brottsbalkskommentaren från 1998:

Varje stadgande om straff hänför sig till en brottsbeskrivning. I denna beskrives hur en gärning skall vara beskaffad för att rymmas under straffbudet. Det utsäges alltså vad som fordras för att straffbudet skall vara tillämpligt. Dessa fordringar, kallade rekvisit, kan vara av två slag, subjektiva eller objektiva. Såsom *subjektiva* eller som de även kallas *rekvisit för personligt ansvar* räknas rekvisiten uppsåt och oaktsamhet...

Såsom *objektiva* rekvisit eller *rekvisit för otillåten gärning* räknas de brottsförutsättningar som brottsbeskrivningen uppställer för att brottet eller brottstypen skall föreligga.⁴⁷⁵

Till de objektiva rekvisiten brukar räknas även vissa rekvisit av subjektiv karaktär, som t ex intentionalitet till gärningens "primära" delar. Detta fenomen har kallats för bl a det objektiva rekvisitet frivillighet eller ett handlingsuppsåt.⁴⁷⁶

Den sjätte upplagan av Brottsbalkskommentaren var åtminstone i terminologiskt hänseende något mer traditionell.⁴⁷⁷

Några intressanta särdrag i Wennbergs uppfattning är dels att täckningsprincipen *inte* anses vara tillämplig vid culpaansvar, dels sammankopplingen mellan uppsåtskravet och skulden.⁴⁷⁸ Wennberg skriver följande:

⁴⁷⁴ Brottsbalkskommentaren del I 1998, s 36.

⁴⁷⁵ Brottsbalkskommentaren del I 1998, s 28.

⁴⁷⁶ Se t ex Agge, s 267f. Agge utgår från ett krav på medveten eller frivillig handling, som ett i princip objektivt rekvisit. Strahl menar att kravet på handling inte behövs och behandlar fenomenet som ett subjektivt rekvisit; "medvetenhet" eller "uppsåt till handling" som detta kallas i Brinck, Straffrätt s 52. Se Jareborg, Brotten I s 43, där han menar att rekvisitet "ej ofrivillig handling" kan behandlas både som ett rekvisit för otillåten gärning eller under kategorierna uppsåt/oaktsamhet.

⁴⁷⁷ Brottsbalkskommentaren del I, s 34ff.

⁴⁷⁸ Brottsbalkskommentaren del I, s 43.

Anledningen till att vi håller oss med ett allmänt krav på uppsåt är att den som handlat med uppsåt bär ett helt annat ansvar för gärningen än den som handlat utan uppsåt. Han har företett skuld. Skulle man ignorera skulden och bestraffa ouppsåtliga gärningar på samma sätt som uppsåtliga sådana, är det inte uteslutet att detta skulle ha en positiv effekt ur avskräckningssynpunkt. Att straffa någon oberoende av skuld skulle emellertid uppfattas omoraliskt av många människor, som förknippar straffrättsligt ansvar med tillämpning av skuldprincipen.⁴⁷⁹

Wennberg identifierar här närmast skuldkravet med uppsåtskravet. Min avsikt är inte att överdriva betydelsen av detta. I Wennbergs följande framställning görs klart att skulden även omfattar oaktsamhet. Men associationerna till ett "förklassiskt" brottsbegrepp och skuldbegrepp kan inte undvikas. Enligt min mening visar den explicita kopplingen mellan uppsåt och skuld inte bara på ett historiskt faktum (uppsåt sågs som äkta skuld och annan skuld som kvasiskuld) utan den tillhandahåller även en djupare förklaring än axiomet om brottsbegreppets tudelning till den inskränkta innebörden av skuldbegreppet. Wennberg betonar att uppsåtsansvaret är ett "...helt annat ansvar" än annan skuld. Hon förklarar inte närmare varför uppsåt är mer straffvärt än oaktsamhet men nyckeln till förståelsen ligger i markeringen av att täckningsprincipen inte kan användas vid prövningen av oaktsamhet. Detta aktualiserar den processuella synvinkel som Koriath har; oaktsamhetsansvaret utgör ett (mer eller mindre författningsstridigt) undantag från skuldkravet och skuldprincipen. Undantaget innehåller ett förbud mot sådana "defences" som utgörs av uppsåtsinvändningar, vilket ger rabatt i straffvärdehänseende.⁴⁸⁰ Men den djupare innebörden av Wennbergs ställningstagande pekar hän mot ett nödvändigt *jämförelseobjekt* för skulden. Att någon har "...företett skuld", i princip främst i kraft av uppsåt, implicerar därför något som i princip är jämförbart med uppsåtskravet. Måttstocken för jämförelsen måste således utgöras av en *förväntan* i straffstadgandet på ett *önskat* uppsåtligt beteende; dvs en godtagbar eller aktsam inriktning av gärningen, som inte skulle ha medfört den oönskade effekten eller momentet. Wennbergs skulduppfattning för därför dels hän mot ett klassiskt aktsamhetskrav, vars huvudbeståndsdel utgörs av en godtagbar inriktning av gärningen, dels mot en annan placering av culpa och skuld i brottsbegreppet än i det klassiska brottsbegreppet. Även om Wennberg inte närmare utvecklat dessa konsekvenser, sammanfaller hennes oaktsamhetsuppfattning i allt väsentligt med detta. Enligt min mening konvergerar detta även på flera viktiga

⁴⁷⁹ Brottsbalkskommentaren del I och Brottsbalkskommentaren del I 1998 s 35 respektive s 36.

⁴⁸⁰ Se avsnitt 4.6.2.3.

punkter med huvudanslaget i Jareborgs syn på oaktsamheten, undantaget det dualistiska inslaget i hans lära.

1.4.5.2 JAREBORGS BROTTSBEGREPP

1.4.5.2.1 HANDLINGSBEGREPPET

Frände har sammanfattat Jareborgs handlingsbegrepp enligt följande:

Vid försök att definiera handlingsbegreppet har det framkommit att kroppsrörelser utgör begreppets enda fasta kärna. Allt som går utöver detta grundas på språkliga konventioner. Vi kan kalla kroppsrörelser för *primära handlingar* (basic acts).⁴⁸⁰ De känns igen med hjälp av två kriterier. En primär handling kan inte utföras genom att man gör något annat. Eftersom en hälsning kan utföras genom handlyftande är den ingen primär handling. Handlyftandet är däremot en primär handling. Det andra som krävs av primärhandlingen är att den skall vara på något sätt kontrollerad. Den som utför kroppsrörelsen måste ha den i sin makt.

Straffrätten kriminaliserar inga primära handlingar.⁴⁸¹

⁴⁸⁰Se Jareborg 1984 s 114-116.

Jareborgs handlingslära har sina rötter i den analytiska filosofin. Till denna skola kan även, som ovan sagts, von Wrights intentionalistiska handlingslära och "askriptionsteorin" lanserad av H. L. A. Hart och Feinberg hänföras.⁴⁸² Samtidigt representeras de kausalistiska lärorerna av Davidson inom samma filosofiska familj. En gemensam ståndpunkt för dessa är att man utgår från tanken på *basic acts*.⁴⁸³ Jareborgs handlingslära liknar Davidsons kausala handlingslära.⁴⁸⁴ Denna handlingslära bestämmer väsentligen hans brottsbegrepp, som i flera avseenden har stora likheter med det klassiska brottsbegreppet, särskilt dess grundläggande indelning i subjektiva och objektiva rekvisit. I detta avseende är skillnaderna närmast av terminologisk art. Men en viktig olikhet i förhållande till det klassiska brottsbegreppet ligger däremot i den oortodoxa platsen för kravet på culpa. Kravet på gärningsculpa ligger på den andra nivån närmast under kravet på straffbelagd gärning, dvs närmast under brottsbeskrivningsenligheten.

⁴⁸¹ Frände, Introduktion s 82f. Se även Jareborg, Gärningslära s 51ff.

⁴⁸² VTF, 432ff.

⁴⁸³ Von Wright, Explanation and Understanding s 68.

⁴⁸⁴ Jareborg, Gärningslära s 52f.

Jareborg har sedan 1969 presenterat två något olika brottsbegrepp, dels ett i förenklad form i boken "Handling och uppsåt" från 1969 och mer detaljerat i verket "Brotten" från 1979, dels i "Ansvarsläran" från 1995. Här behandlas den senaste varianten om inget annat sägs. Jareborg indelar brottsbegreppet i två huvudkategorier, otillåten gärning (rättsstridig gärning) och personligt ansvar. Otillåten gärning indelas i sin tur i straffbelagd gärning, gärningskontroll, att gärningen strider mot svensk lag och att gärningen inte är rättsenlig. Personligt ansvar indelas i dels det allmänna skuldrekvisitet, dels att gärningen inte är helt ursäktad.⁴⁸⁵

Jareborgs brottsbegrepp är uppenbarligen tänkt att innehålla en viss dogmatiskt bestämd tågordning, dvs det är, enligt Frändes terminologi, utrustat med den "tredje normtypen" för den straffrättsliga ansvarsprövningen. Systematiken förutsätter, trots att det inte sägs explicit, att man inte kan gå från den sista kategorin på skalan, dvs från personligt ansvar, till straffbelagd gärning.⁴⁸⁶ Från konstaterandet av vissa mer grundläggande förutsättningar går bedömarens vidare mot andra mer speciella förutsättningar på vägen mot slutmålet att alla eller endast vissa förutsättningar för brott är uppfyllda.

HUVUDKATEGORIerna

Indelningen i rättsstridig gärning och skuld

År 1969 skriver Jareborg följande om tudelningen:

Under de senaste årtiondena har denna dualism utsatts för en förgörande kritik och även (anglo-amerikanska) jurister har i viss mån kommit att uppmärksamma invändningarna mot bl a viljeaktsbegreppet.⁴⁸⁷

Han skriver vidare följande i samma verk, efter en genomgång av undantagen från den traditionella tudelningen:

Det kan emellertid starkt ifrågasättas, om ej brottsbegreppets tudelning i en objektiv och en subjektiv sida bör avskaffas. Den baserar sig på en förlegad uppfattning om människans uppdelning i kropp och själ. Cartesianismens åtminstone klara distinktion har juristerna för övrigt helt undergrävt. Terminologien har kommit till ett stadium av sällan skådad förvirring. Från tysk doktrin kommer läran om subjek-

⁴⁸⁵ Jareborg, Ansvarslära s 25.

⁴⁸⁶ Jareborg, Brotten I s 40f och Ansvarslära s 20f.

⁴⁸⁷ Jareborg, 1969 s 70f.

tiva orättselement på den objektiva sidan - "inre fakta".Men uppsåtet är väl då också ett "inre faktum". Ibland kräves t o m att inre fakta skall vara täckta av uppsåt.⁴⁸⁸ Visserligen anses en handling alltid vara orsakad av en viljeakt, dvs något "subjektivt" som icke desto mindre skall höra hemma på den objektiva sidan. Stundom föreskriver straffbuden, att för brottstypen konstituerande är någon "subjektiv" omständighet, varibland främst är att märka de fristående avsikts- och uppsåtsrekvisiten. ... Agge vill sätta dessa på den subjektiva sidan, medan andra, för övrigt redan Baldus de Ubaldis, för dem till den objektiva sidan. Andra författare räknar alla psykiska omständigheter, utom den nödvändiga viljeakten, till brottets subjektiva sida. Turner har viljeakten på den subjektiva, men kännedomen om gärningsmoment på den objektiva sidan. Än vidare förvirras terminologien av att vid medverkan kan "objektiva" rekvisit vara "subjektiva" omständigheter och tvärt om. Om man slutligen begränsar sig till att använda "subjektiv sida" som rubrik för rekvisiten dolus och culpa, måste man acceptera den egendomligheten att det för culpan karaktäristiska är en "objektiv" värdering av gärningens godtagbarhet - dessutom skiljer man vid denna objektiva värdering på två metoder att utföra den: den ena kallas "objektiv" och den andra "subjektiv".

Det är tydligt, att man inom straffrätten gör ett flertal distinktioner med begreppsparat objektivt-subjektivt och när det användes för att dela upp brottsbegreppet i två sidor, så drages gränsen tämligen godtyckligt och aldrig så att man verkligen håller fast vid en distinktion mellan fysiskt och psykiskt. Nu är det emellertid så att något behov av att dela upp brottsbegreppet i en objektiv och en subjektiv sida inte kan förmärkas.

⁴⁸⁸Engisch, Bemerkungen 172, anser detta vara möjligt, emedan det kan krävas att gärningsmannen var medveten om att han hade t ex en viss avsikt. Men det är bara ett sätt att säga, att omedvetna avsikter inte är relevanta som "inre fakta". Att man överhuvudtaget behöver säga detta beror kanske på att man tagit på allvar metaforen att en omedveten avsikt "finns i det omedvetna".⁴⁸⁸

Jareborg har inte i någon nämnvärd mån tagit upp denna tråd utan i sitt fortsatta författarskap i huvudsak anslutit sig till en traditionell tudelning. Även om terminologin i det klassiska brottsbegreppet ändrats till "rekvisit för personligt ansvar" och "rekvisit för otillåten gärning", motiverar inte Jareborg

⁴⁸⁸ Jareborg, 1969 s 350f. Av ett stort antal hänvisningar till fotnoter i citatet har jag endast tagit med fotnot 88. Jfr även Jareborgs kommentarer till täckningsprincipen i Ansvarslära s 24.

indelningen på annat sätt än att denna indelning kan ske "med fördel".⁴⁸⁹ Utbytbar terminologi menar han vara uttrycket "rättsstridig gärning" respektive "skuld".⁴⁹⁰

Huvudkategorin otillåten gärning

Allmänt

Huvudkategorin otillåten gärning kallar Jareborg även rättsstridig gärning. Men en gärning gjord i nödvärn är uppenbarligen tillåten, fast den uppfyller den enskilda brottsbeskrivningen. Jareborg låter därför sådana rekvisit utgöra en kategori undantagsrekvisit i förhållande till otillåtenheten. Jareborgs gärningsbegrepp är ett överbegrepp till handling och underlåtenhet.⁴⁹¹ Detta synsätt får anses ha både teoretiska och praktiska skäl för sig. Det är knappast någon som idag ifrågasätter detta.

Kategorin "straffbelagd gärning"

Den första underklassen under huvudkategorin "otillåten gärning" är straffbelagd gärning. Därmed argumenterar Jareborg för att det första konstaterandet i rättegången bör vara konstaterandet av att brottsbeskrivningsenlighet föreligger. På samma sätt som det klassiska brottsbegreppet utgick från "Tatbestand" är här grunden för brottsbedömningen att en brottsbeskrivning är uppfylld. Kravet på straffbelagd gärning uttrycks även ibland som ett krav på brottsbeskrivningsenlighet.⁴⁹² Jareborg använder inte denna term explicit. Termen är dock enligt min mening bekväm och ökar kompatibiliteten. Här används termen som synonym till kravet på straffbelagd gärning.

Det är emellertid redan här som striden stått som hårdast mellan det (ny)klassiska brottsbegreppets förkämpar och finalisterna. Jareborg har valt sida och tagit avstånd från den "tyska" finalistiskt inspirerade moderna lösningen.⁴⁹³ Man skulle kunna säga att Jareborg tagit ställning för att det är möjligt och lämpligt att bedöma en gärning "i sig" eller som "själva gärningen" utan att behöva bedöma intentionaliteten eller det personliga ansvaret i övrigt. Detta förutsatt att han verkligen menar allvar med sin uppställning av brottsbegreppets hierarkiska struktur. Platsen i systematiken för och innehållet i det personliga ansvaret kan naturligtvis diskuteras och har diskuterats i

⁴⁸⁹ Se Jareborg, Brotten I s 40ff, Ansvarslära s 20ff och Gärningslära s 29ff.

⁴⁹⁰ Jareborg, Ansvarslära s 21.

⁴⁹¹ Jareborg, Gärningslära s 52.

⁴⁹² I enlighet med Frändes terminologi används här begreppet "brottsbeskrivningsenlighet" i den ungefärliga betydelse som begreppet "Tatbestandsmässighet" har i tysk rätt. Jfr Frände, Introduktion s 12.

⁴⁹³ Se Jareborg och Träskman, Utlåtande s 6.

tysk rätt. I Norden har vi numera lyckan att kunna hysa inte bara en åsikt om brottsbeskrivningsenlighetens innehåll och systematiska plats, i och med Frändes finalistiska framtoning i sin systematik.⁴⁹⁴ Diskussionsintresset för rekvisitens systematiska plats har emellertid avtagit i tysk doktrin.⁴⁹⁵

Kategorin gärningskontroll

Rekvisiten för gärningskontroll indelar Jareborg i dels rekvisit för kontroll över händelseförloppet, dels rekvisit för gärningsculpa. Gärningen är även här tänkt som en slags "opersonlig" gärning. Jareborgs lösning av problemet med objektet för det objektiva tillräknandet sker genom gärningsculpabegreppet.⁴⁹⁶ Genom att införa culpa som en beteckning på det objektiva tillräknandet har detta inte en helt opersonlig karaktär utan en slags pseudopersonlig prägel.⁴⁹⁷ Detta objektiva tillräknande framstår i Jareborgs tappning inte enbart som ett samlingsbegrepp i största allmänhet för de "opersonliga" eller objektiva rekvisiten. Gärningen skall bedömas som en "opersonlig", men kontrollerad, gärning "i sig".⁴⁹⁸ Kravet på kontroll avser inte den aktuella kontrollen utan ett krav på *förmåga* till kontroll.⁴⁹⁹ Jareborg beskriver begreppet på följande sätt:

Att en handling är kontrollerad innebär att gärningsmannen på order kan avsluta eller hejda det kausala skeende som hans handlande innebär. Det rör sig således om en persons *förmåga* att göra något visst som har kausala konsekvenser.⁵⁰⁰

Han preciserar därefter begreppet negativt:

Det krävs inte att han själv har klart för sig vad han håller på att åstadkomma eller förstår att han har kontrollförmåga. Att en gärning i avsedd mening är kontrollerad innebär således inte att gärningsmannen har kontroll över skeendet, dvs att han faktiskt råder över händelseförloppets utveckling.⁵⁰¹

Slutligen förtydligas begreppet på följande vis:

⁴⁹⁴ Frände, Introduktion s 15 och Jareborg och Träskman, Utlåtande s 6.

⁴⁹⁵ Se avsnitt 2.1.

⁴⁹⁶ Jareborg, Gärningslära s 31, Ansvarslära s 29ff, 43 och Brotten I s 192.

⁴⁹⁷ Den närmare behandlingen av gärningsculpabegreppet sker i avsnitt 4.6.3.3.3.

⁴⁹⁸ Jareborg, Ansvarslära s 38: "Det som intresserar är inte en bedömning av den konkreta gärningen som helhet, utan i stället en bedömning av den kontrollerade gärning som utgör kärnan däri". Jfr Duff, Intention s 41 och Davidson, Essays s 59.

⁴⁹⁹ Jareborg, Ansvarslära s 31.

⁵⁰⁰ Jareborg, Ansvarsläran s 30.

⁵⁰¹ Jareborg, Ansvarsläran s 30f.

Ser man det hela från gärningsmannens synpunkt är beteckningen *kontrollerbar gärning* mer träffande. Det bör också understrykas att kontrollen inte omedelbart har att göra med en förmåga att åstadkomma att brott förövas, utan det väsentliga är *förmågan att förhindra att brott förövas*.⁵⁰²

Uttryckssättet påminner om begreppet "Vermeidbarkeit" eller "Vermeidermacht".⁵⁰³ Det grundläggande kravet på gärningskontroll skall alltså förstås som ett krav på makt över det händelseförlopp, som skall bedömas. Men gärningspersonen behöver inte äga denna makt utan denna "ägs" av den hypotetiska gärningspersonen - "normalpersonen" - oberoende av om gärningen faktiskt kontrollerats. Man måste också förutsätta att denna normalperson inte förlorat sin makt över händelseförloppet för att han undvikit att behärska diverse dåliga egenskaper. Normalpersonen måste alltså helt enkelt ha en godtagbar strävan efter kontroll.

Jareborg kallar gärningskontroll för ett "*minimikrav för straffrättsligt ansvar*".

Begreppet kontrollerad gärning är grundläggande för ansvarsläran. Brotts är uteslutet om gärningsmannen inte kan tillskrivas en kontrollerad gärning.⁵⁰⁴

Roxin utgår från gärningskontroll som ett minimikrav för att en handling skall anses vara för handen. Han vill inte beteckna de fall som sker "...ohne der Kontrolle des 'Ich'" ... som handlingar.⁵⁰⁵ Roxin tycks syfta på frivillighetsrequisitet eller "Willkürlichkeit", som hämtats från det klassiska brottsbegreppet. Jareborg verkar undvika denna handlingsteoretiska grund för ansvaret, trots hans antagande om den minimigräns för gärningar som "basic acts" utgör. Jareborgs term för samma minimikrav för ansvar är kravet på kontroll över händelseförloppet.⁵⁰⁶ Men uppenbarligen utgörs en grund för kravet på denna kontrollförmåga av antagandet om att gärningen varit "frivillig" i sina "*basic acts*" samtidigt som denna kontroll också är ett påbud om en miniminivå för viss aktsamhet.

Vikten av bedömningen av kontroll över händelseförloppet ingående i begreppet gärningskontroll exemplifieras av Jareborg i en trafikolycka, som orsakat att en passagerare i andra hand blev påkörd av ett fordon och sedan överkörd och dödad av ett tredje fordon.

⁵⁰² Jareborg, Ansvarsläran s 30f.

⁵⁰³ Se Hardwig, Zurechnung s 122, Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 293 och Jacobs, AT t ex s 144.

⁵⁰⁴ Jareborg, Ansvarslära s 31.

⁵⁰⁵ Roxin, AT s 196.

⁵⁰⁶ Jareborg, Ansvarslära s 22ff.

Den beskrivna händelsenväcker misstanken att det inte bara kan vara farligt att köra bil, utan också kan vara svårt att avgöra om någon skall hållas ansvarig för uppkommen skada. Grundläggande för sådana bedömningar är vad som krävs i fråga om kontroll över ett händelseförlopp.⁵⁰⁷

Detta verkar närmast vara en beskrivning på vad som i traditionell mening brukar lösas med begreppet adekvat kausalitet.⁵⁰⁸ Adekvanskravet utgörs av ett krav på en vir optimus-standard, dvs en mycket sträng standard som ett minimikrav för ansvar.⁵⁰⁹ Kontrollerbarhet innehåller samma krav på att en avvikelse skall föreligga i förhållande till en tänkt optimal person i gärningspersonens kläder. En aktuell gärningspersons kontrollförmåga kan knappast mätas på annat sätt än i en jämförelse mellan den aktuella gärningen och en tänkt (i princip normativt bestämd) gärning utförd med en optimal persons förmåga till kontroll, ceteris paribus. Kravet på denna minimoaktsamhet har ingen omedelbar empirisk grund utan utgörs av ett normativt krav i enlighet med en viss förväntan på samhällsmedborgarna att utöva denna kontroll.

Ett sådant aktsamhetskrav har sin upprinnelse i skuldprincipens krav på att en person alltid måste ha kunnat handla annorlunda för att kunna klandras. I boken "Brotten" I påpekar Jareborg också att kategorin "ej ofrivillig handling" i hans dåvarande brottsbegrepp dogmatiskt även kan behandlas under skuldfrågan.⁵¹⁰ Minimistandarden för aktsamhet säger inget mer om det *aktuella krav* på aktsamhet som finns i varje specifik brottsbeskrivning, utom att det aktuella aktsamhetskravet inte kan understiga detta minimiaktsamhetskrav. Därför har det ibland anmärkts att adekvanskravet och därmed även kravet på kontroll över händelseförloppet i straffrätten är överflödiga, eftersom den aktuella krävda aktsamheten alltid måste preciseras som någon specifik skuldform.⁵¹¹

Det är svårt att se någon annan skillnad mellan de två aktsamhetsnormerna, kontroll över händelseförloppet och gärningsculpa, som skall användas av domaren i detta skede av Jareborgs brottsbegrepp, än att kontroll över händelseförloppet utgör en miniminivå för oaktsamhet och gärningsculpa en närmare preciserad nivå över eller på minst samma nivå som miniminivån. Om kravet på kontroll av händelseförloppet har sin upprinnelse i skuldprincipen, har kravet på gärningsculpa detta i minst samma grad. Därav följer den intressanta slutsatsen att Jareborg faktiskt infört en slags culpa eller *skuldpröv-*

⁵⁰⁷ Jareborg, Ansvarslära s 29.

⁵⁰⁸ Jareborg, Ansvarslära s 71f.

⁵⁰⁹ Se Peczenik, Causes and Damages s 285.

⁵¹⁰ Jareborg, Brotten I s 42.

⁵¹¹ Se t ex Strahl, 1976 s 72f.

ning på den andra nivån i brottsbegreppet. Jag återkommer till detta närmare i kapitel 4.⁵¹²

Skuld som "personligt ansvar"

Man frågar sig om det i Jareborgs systematik finns ett opersonligt ansvar, eftersom han hävdar existensen av ett personligt sådant. Enbart ordet "ansvar" skulle då beteckna något mer än ett personligt ansvar. Skuld och personligt ansvar används ofta som synonyma uttryck.⁵¹³ Uttrycket "personligt" korresponderar med en vardagsspråklig innebörd av begreppet tillräknande och ansvar. Tillräknande är i detta sammanhang att "personliggöra" en handling; att tillvita *någon* (dvs en person) en handling. Under denna förutsättning motsvarar lokutionen "personligt ansvar" endast ett personliggjort ansvar eller enbart ett tillräknat ansvar.

Personligt ansvar är det ansvar som i slutändan av processen, på ett auktoritativt sätt genom ett beslut, åläggs en person, som är åtalad i processen. Rekvisit för detta ansvar är därför rekvisit för ansvar i övrigt. Alla rekvisit är därför rekvisit för personligt ansvar i samma mån som de är rekvisit för tillräknande. Detta stämmer överens med Waabens vidsträckta innebörd av skuldbegreppet. Men begreppet "personligt ansvar" gör anspråk på att spegla den mer inskränkta innebörden i skuldbegreppet.

Föreställningen om det opersonliga ansvaret verkar också vara knutet till ett slags objektivt tillräknande. Ett sådant "objektivt" ansvar har visat sig vara otjänligt som ett egentligt dogmatiskt begrepp, eftersom det inte ger svar på vare sig detta tillräknandes processuella status eller vem som tillräknar och tillräknas. Frågan kvarstår om begreppet "personligt ansvar" på något annat sätt skulle skilja sig från ansvarsbegreppet som det vanligtvis uppfattas.

Domstolarna använder sig oftast av rubriken "ansvarsfrågan" för att skilja dessa frågor från påföljdsfrågorna. I RB används begreppet exempelvis i kap 20 § 1:

Fråga om ansvar för brott må ej av rätten upptagas, med mindre åtal för brottet väckts.

Jareborgs bok "Ansvarslära" innehåller endast denna bestämning av begreppet ansvar:

⁵¹² Se avsnitt 4.1 och 4.6.3.3.3.

⁵¹³ Se t ex Jareborg, Ansvarslära s 24 ff, samt Brottsbalkskommentaren del I 1998 s 36.

Ordet "ansvar" används numera i straffrätten så att "ansvarsförutsättningar" betyder detsamma som brottsförutsättningar.⁵¹⁴

Konstaterandet av att ett brott är för handen är således enligt Jareborg detsamma som att ansvar kan ådömas. Rättsstridighet har då redan uppnåtts i och med att gärningen "som sådan" konstaterats vara otillåten. Men om ansvar "kan" ådömas - inte att ansvar är förhanden i och med konstaterad rättsstridighet - syftar ansvarsbegreppet på *beslutet* att utkräva ansvar i den ordning som rättsordningen föreskriver.⁵¹⁵ Liksom stadgandet ovan från RB visar, måste därför ansvarsbeslutet avse det slutgiltiga tillräknandet. Om man med personligt ansvar menar allt ansvar, m a o att allt ansvar är personligt, är uttrycket oproblematiskt. Men i den mån man hävdar existensen av flera dogmatiska ansvarsnivåer, såsom olika former av objektivt och/eller personligt ansvar, blir begreppet "personligt ansvar" problematiskt. Då måste något annan beteckning än "personligt" tillfogas för att särskilja denna ansvarsform från annat ansvar. Följaktligen är det svårt att se skillnaden mellan rekvisit för personligt ansvar och ansvarsrekvisit för otillåten gärning. Begreppet förmår inte klarlägga den inskränkta meningen av skuldbegreppet i Waabens mening.

Personligt ansvar verkar därför i slutändan endast syfta på ungefär samma psykiska skuldbegrepp som i det klassiska brottsbegreppet. Värdet i begreppsbytet från subjektiva rekvisit till rekvisit för personligt ansvar ligger i en svagare betoning av "der Angelpunkt" i brottsbegreppet till förmån för ett mer normativt skuldbegrepp.

FUNKTIONEN

Jareborg uttalar sig inte explicit i de två senaste läroböckerna om vilket syfte eller vilken funktion brottsbegreppet tjänar.⁵¹⁶ I boken "Fragment" uttalar han sig däremot om rättsdogmatikerns uppgifter i förhållande till systemfel hos lagstiftningen.

Lagstiftarnas system kräver precisering och utfyllnad. Sådan precisering och utfyllnad utförs alltså på ämbetets vägnar av domare, men är också föremål för rättsvetenskapens intresse. Det är till och med så att denna *rättsdogmatik* dominerar inom traditionell rättsvetenskap.

⁵¹⁴ I ett delvis annat sammanhang, jfr Jareborg, 1969 s 338 ff.

⁵¹⁵ Jareborg, Ansvarslära s 25.

⁵¹⁶ Jfr Jareborg, 1969 s 333 ff,

Rättsdogmatisk verksamhet resulterar i ett annat och rikare system än det system som baserar sig på lagstiftarrollen.⁵¹⁷

Att formulera en rättsdogmatisk metodologi är att med utgångspunkt i den angivna ramen uppställa principer, tumregler för *rationellt handlande i domarrollen*. Sådana principer är varken gripna ur luften eller uttryck för en ämbetsmannased, som bara låter sig konstateras, men inte låter sig rationellt motiveras. I den mån rationella argument inte påverkas av den för domarrollen speciella värderamen skiljer sig domarens och rättsdogmatikerns argumentation inte från vanlig rationell argumentation.⁵¹⁸

Både plikten att vara lojal mot lagstiftarna och plikten att främja rätts-säkerheten gör att det är uppenbart att den som verkar i domarrollen måste betrakta lagstiftarens system som det skelett på vilket rättsdogmatiken sätter kött och blod.⁵¹⁹

I och för sig rör det sig här om konflikter mellan å ena sidan lagstiftaren och å andra sidan dogmatikern och domarmakten. Domare och dogmatiker förut-sätts ha i stort sett samma intresse. Bland annat i ljuset från *common law*-kulturen är detta inte någon självklarhet. Vad beträffar brottsbegreppet bör den idéhistoriska bakgrunden snarare indikera ett motsatsförhållande mellan doktrin - rättsdogmatik - och domarmakten. Men givet att brottsbegreppet har en mycket stark ställning som just "kött och blod" på lagstiftningens skelett internt i rättsdogmatiken, borde den dogmatiska karaktären, inklusive "den tredje normtypen" hos brottsbegreppet, vara gällande rätt både för domare och dogmatiker. Kraven på rationalitet skiljer sig ju inte som sagt mellan dessa båda grupper av aktörer.

Det finns inte utrymme inom denna framställnings ram för en närmare ka-raktäristik av förhållandena mellan domare och dogmatiker, på det utförliga sätt Jareborg gjort beträffande lagstiftarrollen i motsats till domar- och dog-matikerrollen. Men det borde vara fullt möjligt att på i stort sett samma punkter ange lösningsförslag på konflikter dem emellan. Det första fallet av "systemdefekt" enligt Jareborg är att lagstiftarna släpper ifrån sig "inkonsistenta regler."⁵²⁰ Antag att det rör sig om en motsägelse - inte i skelet-tet utan i "köttet och blodet" - i brottsbegreppets centrala systematiska byggnad. Antag vidare att det just skulle röra sig om den mest grundläggande kategoriseringen: tudelningen i en objektiv och en subjektiv del. Jareborg menar att en inkonsistens i lagstiftningen kan lösas av dogmatikern genom att

⁵¹⁷ Jareborg, Fragment s 124. Se även Jareborg, Brotten del I s 78.

⁵¹⁸ Jareborg, Fragment s 125.

⁵¹⁹ Jareborg, Fragment s 125.

⁵²⁰ Jareborg, Fragment s 126.

använda en prioriteringsprincip. Genom ett reduktionsslut får den regel vika som framstår som minst viktig. Vad som sedan är viktigt får avgöras med hjälp av allmänna rättsgrundsatser. Inkonsistenser i brottsbegreppet, som härstammar från *rättsvetenskapen* och inte lagstiftaren, kan då inte värderas med utgångspunkt från lagstiftningen, som inte innehåller denna tudelning, eller av rättsvetenskapen, som producerat inkonsistensen, utan måste avgöras i tillämpningen. Det reduktionsslut, som Jareborg förordar och som obestridligen måste vara en riktig metod i sammanhanget, måste alltså utföras av domaren själv. Inkonsistensen bearbetas då inte strikt enligt rättsvetenskapliga metoder med de resurser rättsvetenskapen har. Man kan inte förvänta sig att tillämpningen har tillfälle till det långsiktiga studium som rättsvetenskapen besitter. Dessutom finns inget egentligt doktrinärt forum för tillämpningen att föra fram sin problemlösning.

Tänkbart är att rättsdogmatiken skulle ha så högt i tak att alla problem i "köttet och blodet" verkligen bearbetades i doktrinen, så att situationen aldrig kunde uppstå, då domaren själv fick upptäcka inkonsistensen i rättsdogmatiken och genomföra reduktionsslutet. Men det är en idealiserad situation. Rättsdogmatiken besitter inte någon ofelbarhet ens i de mest grundläggande delarna. Istället består dogmatiken av i bästa fall konkurrerande systemlösningar och teorier och i normalfallet av en härskande vetenskaplig grupp, som löser problem efter sitt paradigm. Särskilt är detta fallet i svensk judikatur, såhär i backspeglarna efter den härskande skandinaviska rättsrealismens dominans. Följden blir, förutsatt att tudelningen representerar en anomali som rättspraxis mer eller mindre i tysthet avvisat, att en klyfta mellan praxis och rättsvetenskap uppstått, som i sin tur alstrar förutsättningar för "subjuridiska" lösningar undandragna samhällets demokratiska kontroll.

Sammanfattningsvis är det i huvudsak klart att Jareborgs brottsbegrepp tilldelats de uppgifter som det klassiska brottsbegreppet syftade till att åstadkomma, nämligen processekonomi och rättssäkerhet. Hans brottsbegrepp gör anspråk på att verkligen vara gällande rätt, både beträffande innehåll och tågordning för bedömandet, och därmed förpliktande för domstolarna. Det motsvarar kött och blod på lagreglernas skelett och är "...tumregler för *rationellt handlande i domarerollen*." Det grundläggande legitimerande elementet är "...vanlig rationell argumentation." Det måste antas att Jareborg anser den begreppsapparat, som han själv presenterar i sina senaste verk, vara rationell i denna bemärkelse. Men i kraft av tveksamheterna, bl a de som Jareborg själv uttryckt 1969 inför praxis' attityd till kärnan i straffrättsdogmatiken och rationaliteten i denna, måste de starka normativa anspråken ifrågasättas.

1.4.5.3 FRÄNDES BROTTSBEGREPP

1.4.5.3.1 ALLMÄNT

Frände indelar de regler som ingår i brottsbegreppet i tre typer: Dels finns det materiella rättsregler, dvs sakregler, som direkt bestämmer målets utgång, dels generellt formulerade rättsregler som bestämmer vilka typer av sakregler som skall beaktas och dels "...en rättsregel som bestämmer i vilken ordningsföljd rättsreglerna i nivå 2 skall gås igenom."⁵²¹ Den grundläggande indelningen i objektiva och subjektiva rekvisit förutsätter den tredje regeltypen.

Skuldprövningen i brottsbegreppet beskrivs på följande sätt:

Härefter prövas skulden, dvs huruvida gärningsmannen kan klandras för det han gjort. Domaren har härvid inte fritt spelrum utan måste beakta lagens "direktiv" för ursäktande grunder. Den mest centrala grunden är givetvis otillräknelighet, dvs bristande ålder och psykiska defekter. Andra grunder är förbudsvillfarelse och excess i nödvärn.⁵²²

Indelningen av brottsbegreppet i en gärningsmässig, objektiv del och en del för personligt ansvar är inte lika tydlig som hos Jareborg. Kvar finns något som motsvara begreppet "Unrecht", som innefattar i stort sett hela skulden i det klassiska brottsbegreppet. Vissa ursäktande omständigheter, som beskrivs som undantag, finns med i ett slutligt avgörande av om skuld och brott föreligger.

Frände använder sig även av begreppet gärningsculpa och gärningskontroll. Han var från början mer kritisk mot det förra begreppet.⁵²³ Han hävdar en något annorlunda gärningsculpa än Jareborg, vilken skulle motsvara ungefär Roxins variant av objektivt tillräknande i tysk doktrin.

Frändes och Jareborgs brottsbegrepp har gemensamma drag trots den något olika synen på en handling, och trots att Frände vill hantera uppsåtsbedömningen på ett i stort sett finalistiskt sätt.

1.4.5.3.2 FUNKTIONEN

Frände formulerar brottsbegreppets funktion genom att definiera brottsbegreppet enligt följande:

⁵²¹ Frände, Legalitetsprincipen s 174.

⁵²² Frände, Introduktion s 13.

⁵²³ Frände, Introduktion s 104.

Straffrättens mest grundläggande begrepp är *brottsbegreppet*, som sammanfattar de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ett brott skall anses föreligga. Den dogmatiska konstruktionen av dessa villkor skall visserligen grunda sig på lagtexten, men ändå lämnas dogmatiken här ett betydande utrymme för kreativitet och nyskapande.⁵²⁴

Till straffrättsdogmatikens uppgifter hör att skapa ett rationellt och sammanhängande system av det normativa material som handlar om brott och straff. Genom systembildningen underlättas den konkreta rättstillämpningen, och legitimitetspotentialen hos systemet och dess delar ökas.⁵²⁵

Frände har även indirekt beskrivit brottsbeskrivningsenlighetens funktion enligt följande:

Brottsbeskrivningsenligheten utgör brottsbegreppets grundläggande nivå. När denna förutsättning är uppfylld föreligger en stark presumtion om att ett brott är för handen.⁵²⁶

En stark presumtion för att brott föreligger vid brottsbeskrivningsenlighet är något väsensskilt från ett objektivt tillräknande i egentlig mening. Presumtionen är ett *preliminärt* tillräknande; ett preliminärt konstaterande av att ett brott är för handen. I detta hänseende delar Frände finalisternas förtjänster och problem. Detta medför svårigheter för de övriga två nivåerna: rättsstridigheten och skulden. Han skriver:

Genomgången av de två andra nivåerna kan visserligen upphäva presumtionen, men detta ändrar inte på rangordningen mellan de olika nivåerna.⁵²⁷

Frågan är vad som menas med "rangordningen", om nivåernas hierarki består av preliminära förmodanden om tillräknande eller att brott föreligger. I så fall är inte rangordningen en materiell dogmatisk rangordning utan endast en svagt normativ föreskriven tågordning för överläggningsfasen i rättegången. Denna tågordning kan tänkas brytas, exempelvis av "ansvarsfrihetsgrunder" som laga befogenhet. I den inkvisitoriska processen var laga befogenhet lik-som uppenbar casus en del av bristande "brottsbeskrivningsenlighet" i samband med generalinkvisitionen. I den ackusatoriska processen är den på samma sätt en del av bristande "brottsbeskrivningsenlighet" redan före ut-

⁵²⁴ Frände, Introduktion s 6.

⁵²⁵ Frände, Introduktion s 5f.

⁵²⁶ Frände, Introduktion s 77.

⁵²⁷ Frände, Introduktion s 77.

redningsstadiet. I ingetdera fallet föreligger ens en misstanke om brott - dvs "corpus delicti"- t ex vid normala fall av ingripanden från polisen.

I och med att skuldbedömningen enligt Frände endast innebär ett konstaterande eller inte konstaterande av klander av gärningspersonen - exempelvis otillräknelighet och excess i nödvärn - och i och med att prövningen av rättsstridigheten endast innebär konstaterandet av rättfärdigande element, blir i slutändan hela brottsbegreppets funktion att brottsbeskrivningsenligheten avgörs i ett sammanhang, dvs en preliminär bedömning görs av gärningen och dess mening i förhållande till en aktsamhetsregel (gärningsculpa) och därmed även s k personlig oaktsamhet och uppsåt. Efter detta prövas rättfärdiganden och ursäcker.

Den kritik som riktats mot att förvisa uppsåtet från skuld kategorin till brottsbeskrivningsenligheten har, som tidigare sagts, gått ut på att skulden som en ren värdering, "reinen Werturteil", inte kan skiljas från alla andra "rena" värdeomdömen om objektiva omständigheter.⁵²⁸ Skuldsidan har dränerats på sitt innehåll i det finalistiska brottsbegreppet, så att endast brottsbeskrivningsenligheten och diverse invändningar eller undantag som rättfärdiganden och ursäcker mot denna "starka presumtion" återstår på ett tydligt sätt. Man kan fråga sig om de två huvudkategorierna verkligen är kvar.

Även om Roxin har rätt i sin kritik av det finalistiska brottsbegreppet, innebär det inte att placeringen av uppsåt och culpa i brottsbeskrivningsenligheten är felaktig. Den är endast felaktig under premissen att brottsbegreppet måste ha den klassiska tudelningen. Givet att Frände och "intentionalisterna" har rätt beträffande uppsåtets "intersubjektiva" eller objektiva karaktär, blir detta i kraft av Roxins kritik ett avgörande argument *mot* indelningen i huvudkategorierna "Unrecht" och "Schuld". Felet hos finalisterna och Frände är, enligt min mening, att man inte dragit konsekvenserna av sin egen lära och ifrågasatt brottsbegreppets tudelning på ett mer ingående sätt.

I och med att brottsbeskrivningsenligheten i Frändes brottsbegrepp varken är objektivt i klassisk bemärkelse eller har mer än presuntiv heuristisk verkan i bedömningen, försvinner poängen i det materiella brottsbegreppet att av främst legalitetshänsyn åstadkomma en viss förpliktande enhetlig bedömningsordning. Man kan inte längre tala om ett brottsbegrepp eller en brottsbeskrivningsenlighet vars funktion har den starka normativa laddning, som egentligen brottsbegreppet förutsätter. Det är inte mycket mer kvar än den allmänna principen, som följer av legalitetsprincipens grundläggande praeter legem-förbud. Anspråken var från början att beskriva denna princip

⁵²⁸ Se Roxin, AT s 706.

innebörd och tillämpning i det regelsystem, som brottsbegreppet utmejslat. Brottsbegreppet har reducerats till en beskrivning och en rekommendation till bedömare att följa en viss linje inför det dogmatiska beslutet. Det rör sig om en processuell rekommendation och inte längre om det anspråksfulla byggnadsverk, som brottsbegreppet faktiskt förutsätter för att vara ett brottsbegrepp.

Som väntat är Frände betänksam angående brottsbegreppets struktur som gällande rätt:

Idag pågår en omfattande strafflagsreform och det är givetvis tänkbart att ett visst brottsbegrepp presenteras i samband med denna. Så långt har vi emellertid ännu inte kommit. Följaktligen lämnar det normativa materialet ett betydande spelrum för den dogmatiska forskningen.⁵²⁹

Vad det gäller ordningsföljden för genomgången av brottsförsättningarna och grupperingen av dem är både den normativa och empiriska laddningen svag. Det saknas auktoritativa fastställanden och man kan alltid ifrågasätta en viss tågordning och en viss gruppering.⁵³⁰

Detta betydande spelrum har Frände utnyttjat, så att hans systematik avviker från Jareborgs. Frände menar att det inte har någon materiell betydelse, om man placerar uppsåt och de två sorternas culpa inom brottsbeskrivningsenligheten.⁵³¹ Han hävdar att "brottsbeskrivningens element" skall indelas i objektiva och subjektiva element men att denna indelning inte är någon direkt motsvarighet till brottsbegreppets indelning i en objektiv och en subjektiv sida.⁵³² Brottsbegreppet är alltså en sammanfattning av de allmänna brottsförsättningarna enligt Frände. Trots det finns ingen direkt motsvarighet mellan de objektiva brottsförsättningarna och den objektiva sidan respektive de subjektiva brottsförsättningarna och den subjektiva sidan.⁵³³ Detta förefaller vara en aning ambivalent i förhållande till brottsbegreppets grundläggande indelning av prövningen i subjektivt och objektivt.

Det är därför ganska naturligt att Frände, som står för den icke-härskande uppfattningen om systematiken, hävdar ett betydande utrymme för rättsvetenskaplig mångfald till skillnad från Jareborg.

⁵²⁹ Frände, Introduktion s 10.

⁵³⁰ Frände, Introduktion s 12.

⁵³¹ Frände, Introduktion s 15.

⁵³² Frände, Introduktion s 12.

⁵³³ Jfr Frände i artikeln "Om växelverkan mellan straffrätt och straffprocessrätt ur ett finländskt perspektiv" s 226.

1.4.6 NÅGOT OM ÖVRIG NORDISK DOKTRIN

Nordisk straffrättslig doktrin har fram till 1970-talet varit förbunden med den kausala handlingsläran och det klassiska brottsbegreppet.⁵³⁴ Men en slags pragmatism har samtidigt varit förhärskande både i svensk och dansk rätt genom Strahls samt Waabens inflytande fram om 1950-talet. Sambandet mellan tillräknelighetens och "skuldens" avskaffande i och med BrB har förmodligen medverkat till detta. Nordiska författare ville länge stå över den tyska striden om handlingsläror.⁵³⁵ Men främst genom Jareborgs och Frändes inträde i debatten kom den nordiska enhetligheten att förändras.

Waaben skriver 1957 beträffande tudelningen:

Der er nu ingen grund til at tvivle om at sondringen mellem objektivt og subjektivt i forbrydelsen er mere end en teoretisk abstraktion eller et grundlag for systematik. Den har en stærk evne til at gøre sig gældende i retslivets bevisbedømmelse og regelanvendelse; domstolene kan fx anse den objektive strafbarhed for givet, men drøfte et specielt spørgsmål om forsæt. Men det vil sikkert vise sig at der er noget rigtigt i de antydede synspunkter. Man skal ikke tænke sig at alle straffedomme fremkommer efter et bestemt skema: først konstateres det at de objektive strafbarhedsbetingelser er opfyldt (og her vil naturligtvis reglerne om den enkelte forbrydelses gerningsindhold komme i første række), dernæst gør retten brug af et alment forsætsbegreb.⁵³⁶

Liksom Jareborg år 1969 är Waaben skeptisk inför tudelningen och därmed kärnan i den moderna straffrättssystematiken. Waaben ifrågasätter tågordningen från det klassiska brottsbegreppet. Det är i den kontext han skriver då (1957) naturligt att inte se brottsbegreppets imperativ som en viss tågordning.⁵³⁷ I mina ögon är sambandet tydligt mellan "realismen" och poängen i Waabens avhandling och Franks patos i den amerikanska rättsrealismens anda för att kasta ljus över rättens "verkliga" karaktär.⁵³⁸

⁵³⁴ Se t ex Agge, del II s 244ff.

⁵³⁵ Se Jareborg, 1969 s 87.

⁵³⁶ Waaben, Forsæt s 50ff.

⁵³⁷ Waaben, Forsæt s 50ff. Se särskilt s 56, där Waaben hänvisar till Jerome Franks verk "Courts on Trial" när det gäller bevisningen av uppsåt.

⁵³⁸ Frank, Courts on Trial s 3: "I shall, generally, for reasons I shall explain later, avoid the use of the word 'law'. Instead, I shall speak, (1) of what courts actually do, (2) of what they

Waaben menar t o m att tudelningen framförallt visar sig i bevisbedömningen och i processen i övrigt som en tågordning, men att denna inte har en dogmatisk karaktär.⁵³⁹ Men detta motsägs dock i viss mån av hans skulduppfattning. Waaben skriver 1993 beträffande indelningen av "Ansvarsbetingelser":

Betingelserne for strafansvar kan indeles i tre punkter:

for det første skal gerningsmanden have realiseret et strafbart gerningsindhold, jfr. Strfl. § 1.

For det andet skal forholdet være retsstridigt.

For det tredje skal der hos gerningsmanden foreligge skyld i straffretlig forstand, dvs tilregnelighed (normalitet) og tilregnelighed (forsæt eller uaktsomhed), jfr. Strfl. §§ 15-16 og 19-20.

Når de tre betingelser for strafbarhed er opfyldt, vil dommen fastslå at den tiltalte har pådraget sig strafansvar.⁵⁴⁰

Waabens ifrågasättanden från över 40 år sedan är helt borta.⁵⁴¹ Detsamma gäller Jareborgs ifrågasättande för ungefär 30 år. Det skall påpekas att de senare verken av författarna är utpräglade läroböcker i båda fallen till skillnad från de förra som är akademiska avhandlingar.

Vagn Greve har i en artikel framfört ett radikalt konsekvensetiskt avståndstagande från uppsåt som allmän brottsförutsättning.⁵⁴² Han tänker sig att ersätta uppsåt med culpa som en allmän brottsförutsättning. Straffvärdeskillnaden mellan uppsåt och culpa skulle då hanteras i påföljdsdelen. Förslaget kan

are supposed to do, (3) of whether they do what they're supposed to do, and (4) of whether they should do what they're supposed to do." Frank betraktar sig som en "reformer", som ser svåra missförhållanden vid domstolarna, missförhållanden som kan rättas till främst genom att de når offentlighetens ljus. Men han betonar att han inte tror på möjligheten av fullkomliga juridiska institutioner. Hans ambition är främst att man skall undvika skadan av och det odemokratiska i att de "verkliga" förhållandena döljs i rätts-samhället. Se a a, s 2: "...I repeat, that, in a democracy, it can ever be unwise to acquaint the public with the truth about the workings of any branch of government (dvs domstolarna i detta fall, SC). It is wholly undemocratic to treat the public as children, who are unable to accept the inescapable shortcomings of man-made institutions. The public, I think, can 'take it'." Detta menar Frank, på s 3 a a, vara ett sätt att "venerate the law".

⁵³⁹ Waaben, Forsæt s 44f, s 50, s 51, s 54ff och s 71.

⁵⁴⁰ Waaben, 1993 s 45.

⁵⁴¹ Beträffande Jareborg, se Nuotio, Boganmeldelser s 60ff.

⁵⁴² Greve, 1983 s 229ff.

sågas vara speciellt ägnat för dansk straffrätt med hänsyn till dansk rätts stora antal culpabrott.⁵⁴³

Han har därmed övergivit (eller övervunnit) den klassiska indelningen i en materiell skulddel och en objektiv del genom att skulddelen enbart representeras av en culpaprövning. Den subjektiva delen, sedd som ett "inre" psykiskt faktum, är nästan borta men på ett annat sätt än finalisterna och andra reformatorer av brottsbegreppet tänkt sig. Greves idéer är på många sätt i samklang med straffvärdereformen i BrB kap 29 och 30.⁵⁴⁴ I bakgrunden till Greves förslag ligger det ungefär hundraåriga mer eller mindre misslyckade försöket att finna rimliga kriterier för gränsdragningen mellan dolus och culpa samt culpaansvarets ökande betydelse i det moderna "risksamhället". Andenaes beskriver brottsbegreppet ungefär i enlighet med en klassisk förebild, dock med en något avvikande terminologi. Inget ifrågasättande görs varken beträffande tågordningen eller innehållet i brottsbegreppet.⁵⁴⁵

1.5 GRUNDDRAGEN I ETT OMARBETAT TILLRÄKNANDE AV STRAFFANSVAR

1.5.1 ALLMÄNT

Brottsbegreppets innehåll bestäms på ett grundläggande sätt av tillräknandebegreppet. Avsnittet behandlar först tillräknandebegreppet i tillämpliga delar och därefter brottsbegreppet.

1.5.2 TILLSKRIVANDE OCH TILLRÄKNANDE ÄR NORMATIVA BEGREPP

Ett tillräknande av straffrättsligt ansvar är ett juridiskt tillräknande utformat som ett beslut om tillräknande i brottmålsprocessen. Denna huvudpoäng i Kelsens lära är enligt min mening den mest träffande beskrivningen.

⁵⁴³ Greve, 1983 s 229.

⁵⁴⁴ Se t ex Jareborg, Fragment s 175 och s 191.

⁵⁴⁵ Andenaes, Alminnelig Strafferett 1974 s 111. Samma förhållande återkommer exempelvis i Andenaes och Bratholm, Spesiell strafferett 1990 s 23 ff.

Förutsättningarna för att tillskriva en människa en gärning sammanfaller med förutsättningarna för gärningsbegreppet. Läror om tillskrivande beskriver därför ungefär samma sak som gärningsläror. Den svaga punkten i Kelsens tillräknandelära är hans tillskrivandelära eller handlingslära. En handling sägs etablera sig på rent fysiska grunder. Tillskrivandet är endast en induktiv operation på grund av en observerad kausalitet. Men det saknas ett avbrottskriterium för kausaliteten. Denna svaghet delar han med den kausala handlingsläran. Normativiteten kommer s a s in för sent i hans systembygge. Å andra sidan är det uppenbart att tillskrivandet inte, som Hruschka menar, bara har en rent normativ grund. Att en människa kallar en människas beteende för en gärning kommer normalt inte som en överraskning för oss. Det är snarare överraskande om ett normalt beteende kallas för en ren händelse.

Men Kelsens uppfattning om kausalitet tycks trots allt hysa en ovanligt stor proportion normativitet. Han menar att kausalitet ursprungligen föregicks av tillräknande grundat på ren vedergällning, och kausalitet är därför närmast en produkt av att urmänniskan tolkade händelser efter detta vedergällningsmönster. Bestämmandet av avbrottskriteriet skildras i princip som en ren maktutövning, grundat på en känsla eller social överlevnad. Utgångspunkten för tillskrivandet är således ändå ett tillräknande. Detta gör tillskrivandet normativt på ett grundläggande sätt, vilket verkar peka på en motsägelse i Kelsens lära. Om motsägelsen kvarstår, försvinner distinktionen mellan tillskrivande och tillräknande. Förutsatt att man håller fast vid Kelsens huvudpoäng, tillräknandets fullständiga normativitet, måste man också betrakta tillskrivandet som åtminstone till vissa delar normativt.

1.5.3 AVBROTTSKRITERIET FÖR KAUSALITET OCH/ELLER FINALITET FINNS I SKULDPRINCIPEN

Den kausala handlingsläran respektive den kausala tillskrivandeläran har inte förmått frigöra gärningsbegreppet från normativa inslag. Det valda avbrottskriteriet för kausaliteten har alltid mer eller mindre haft analoga drag med skuldprincipen, som postulerar en hypotetisk förmåga att undvika det brottsliga. Poängen i det objektiva tillräknandet var från början att inskränka skuldprincipens roll.⁵⁴⁶ Men kausaliteten antas oftast begränsas åtminstone av en experts hypotetiska strävan mot den förväntade gärningen eller det förväntade resultatet. Inte heller Kelsens tillskrivandelära/gärningslära innehåller ett alternativt avbrottskriterium i förhållande till skuldprincipen.

⁵⁴⁶ Koriath, s 537.

Lika lite som Kelsen eller den kausala handlingslärans representanter lyckas finalisterna att framställa en empirisk "neutral" eller värderingsfri gärningslära. För att konstatera en intentionell eller meningsfull gärning behövs ett normativt avbrottskriterium. Exempel på detta är principen om (praktisk eller teoretisk) tillräknelighet och olika former av "relevant", adekvat eller juridisk kausalitet. Dessa avgränsningar är alla i olika grad förankrade i skuldprincipens postulat om en mänsklig förmåga att undvika vissa beteenden. På något sätt antas en gärning alltid utgöra ett utövande av denna postulerade förmåga.

Skuldprincipen brukar närmast beskrivas som en norm som bestämmer *att* hänsyn skall tas till förmågan att ändra ett förlopp men inte *hur* denna hänsyn skall utformas.⁵⁴⁷ Enligt min mening är emellertid det senare implicit i det förra. Man kan inte fastställa en fristående och "neutral" förmåga. Detta innebär en motsägelse på samma sätt som föreställningen om en fristående och neutral vilja eller styrning. En mening kan inte vara utan mening. En förmåga och en vilja måste alltid *utövas*, konkret eller som en förutsägelse, för att kunna konkret konstateras eller förutsägas. Utsagan att en förmåga att ändra ett visst händelseförlopp förelegat förutsätter en föreställning om hur denna förmåga utövats. Man kan därför inte i en konkret rättegång i ett konkret fall uttala sig för att en viss miniminivå av förmåga förelegat utan att därmed implicera en föreställning om hur denna förmåga utövats. När skuldprincipen tillämpas innebär detta alltid att den gärning som prövas mäts – värderas – med en måttstock konstruerad av en annan gärning, där förmågan att undvika det icke förväntade konkret eller hypotetiskt *utövats*. I brottmålsprocessen kan denna värdering *slutföras* uteslutande genom ett juridiskt tillräknande av ansvar. Preliminärt kan ett obegränsat antal sådana värderingar utföras under rättegången i överläggningsfasen. Man kan t ex preliminärt mäta den aktuella gärningen t ex med en gärning utförd av en professionell specialist, en "ansvarsfull" person eller en ansvarsfull men oskicklig person när som helst i rättegången. En sådan preliminära värdering kan tillåtas *fungera* som en miniminivå i en brottmålsrättegångs överläggningsfas. Någon dogmatisk status för en sådan "mellandom" finns inte i dagens svenska brottmålsrättegång. Någon allmängiltig empirisk eller handlingsteoretisk grund existerar inte heller. Det har ingen betydelse om företeelsen kallas "objektivt tillräknande" eller ges någon liknande materiell eller processuell beteckning .

I Kelsens lära framstår grunden för denna jämförelse endast som en fråga om tillämpning av domarens rena normskapande maktutövning i de delar som den förväntade aktsamma gärningen är ofullständigt beskriven i den positiva rätten. De eftersökta normerna för jämförelsen finns inte i den begränsade böra-värld Kelsen i övrigt hänvisar till. Men ändå existerar den grundläggan-

⁵⁴⁷ Se t ex Jareborg, 1969 s 355ff.

de enhetliga och omfattande normmassa, som finns tillgänglig för denna jämförelse i båda rättskulturerna i skuldprincipens postulat om att en viss förmåga att göra det godtagbara. Detta förtydligas av den komparativrättsliga kompensationsprincipen. Men normmassan finns väl att märka oftast i regler utanför den skrivna lagen. Därmed inte sagt att tillräknandet och skapandet av den individuella normen ger sig av sig självt. Det är domstolen som ensam tillräknar. Den normmassa som Kelsen och den kausala handlingsläran utelämnar konturerar den svaga punkten i Kelsens lära om tillräknande och tillskrivande. Han förser inte rättslivet med något avbrottskriterium i detta hänseende, utom att detta sker i enlighet med domarens maktutövning. Det är för litet. Han utelämnar därmed en del av den oskrivna positiva rätten. Domaren i brottmålsrättegången har i verkligheten i båda rättskulturerna ett omfattande verktygsförråd för hur förmåga mäts. I vår rättskultur är detta också anförtrött åt domaren. Det är viktigt att även andra rättsliga aktörer utvecklar och presenterar detta vertygsförråd.

Slutsatsen är att tillskrivandet i Kelsens mening faktiskt implicerar *den förbisedda normmassa* som Kelsen valt att ersätta med ren maktutövning. Tillskrivandet utgör, i dogmatisk mening, omsatsen för tillräknandet. Tillskrivandet är att i olika grad binda eller förknippa ett händelseförlopp till en person (fysisk eller juridisk) efter den förmåga att göra något annat som förväntades av den tillskrivande. Man kan också kalla tillskrivandet för omsatsen eller rekvisiten till den individuella normen.

Kelsen har på ett träffande sätt lyckats beskriva den enhet av person och gärning som en gärning och "gärningsperson" utgör, trots motsägelserna i sitt personbegrepp och sin tillskrivandelära. Kanske har detta delvis sin förklaring i närheten i tiden till det förklassiska brottsbegreppet och den inkvisitoriska processen och i avståndet till den fackmässiga straffrättsdogmatiken. Han saknade ett facit efter kritiken mot den klassiska kausala handlingsläran. Duffs icke-dualistiska lära om bedömningen av gärningar och Koriaths intentionella gärningslära kompletterar Kelsens gärningspersonsbegrepp. En gärning i Kelsens mening framstår som en grundläggande personlig gärning och därmed med ett implicit band av någon slags mening.

Konsekvenserna av detta är att det inte är möjligt att straffrättsdogmatiskt upprätthålla två sorters tillräknande, ett objektiva och ett subjektiva, och att *juridiskt* tillräknande i dag inte kan vara identiskt med frågan om en viss person skall anses ha utfört en viss gärning. En gärning tillräknas inte som en ren kroppsrörelse och tillräknandet är inte identiskt med frågan om uppsåt eller culpa. Inte heller tillräknas en viss person ett färdigt "brottspaket". Frågan om gärningsmannaskap, som i äldre rätt var identiskt med det juridiska tillräknandet, anses i en svensk brottmålsrättegång idag huvudsakligen vara en

fråga om bevisningen av ett fysiskt faktum.⁵⁴⁸ Gärningsmannaskapet motsvarar alltså vad som i vardagligt tal är tillräknande. Avgörandet av gärningsmannaskap kan heuristiskt avgöras i rättegången på konventionella grunder. Man kan säga att Kelsens antagande att enheten person-gärning bildas i sinnevärlden åtminstone till största delen är den gängse meningen i dagens brottmålsrättegång. Däremot är det inte kausalitet utan främst intentionalitet och gärningspersonens förmåga till ett godtagbart alternativ som får vara grunden för ett sådant tillräknande. Ett exempel på detta är att frågor om en gärning utförts som en reflexhandling, i praxis sällan behandlas som en fråga om gärningen varit en gärning eller bara en händelse. Istället brukar detta behandlas som ett vanligt uppsåtsproblem.⁵⁴⁹ Det är även i svensk rätt idag teoretiskt tänkbart att en helt "otillräknelig" person i vardagsspråklig mening kan anses som gärningsman. Frågan om en person kan tillräknas en gärning, dvs anses som "Urheber", är alltså inte enbart beroende av hur gärningen styrts. Däremot är det uppenbart att, eftersom man vid bedömningen av gärningsmannaskapet i vardagligt språkbruk skiljer mellan gärningar och händelser, även denna åtskillnad kan finnas i rättegången. Den eventuella miniminivån i vardagsspråkliga eller filosofiska sammanhang för att en gärning inte bara skall anses som en händelse kan variera, och kan möjligen besvaras inom ramen för frågan om vad imputatio moralis syftar på. Försök som går ut på att miniminivån utgörs av en slags "godtycklig" styrning "i allmänhet" måste avvisas, redan för att hävdandet av en inriktning utan ett mål innebär en självmotsägelse.

Det juridiska tillräknandet i brottmålsrättegången är enligt min mening ett beslut om att en statlig myndighet funnit en viss person *ansvarig* för en brottslig gärning. I fortsättningen används här begreppet tillräknande med denna betydelse. Gärningen och personens brottslighet är samtidigt ett resultat av samma beslut och inte av ett separat rättsligt "objektivt" tillräknande. Ett sådant "objektivt" tillräknande är inte rättsligt möjligt i den processform som existerar i svensk rätt idag. Härvidlag spelar det ingen roll under vilket namn ett sådant tillräknande uppträder. Däremot kan ett "objektivt", preliminärt, *heuristiskt* tillräknande uppträda i överläggningsfasen i en rättegång. Men detta tillräknande kan inte sägas vara ett juridiskt tillräknande med en dogmatisk valör.

Förbises detta till förmån för föreställningar om att tillräknandet på naturliga grunder är ett materiellt fenomen som vidlåder gärningen på något sätt av sig själv, blir följden en sammanblandning av den heuristiska och dogmatiska

⁵⁴⁸ Detta gäller dock inte frågan om gärningsmannaskap vid medverkan eller anstiftan eller vid osjälvständiga brott i övrigt.

⁵⁴⁹ Se avsnitt 2.3.2.1.4, 5.3.2f och 5.3.4.1.2 och 5.5.2.1.1 under "Klassen 'Medvet'".

beslutskontexten. Den enda auktoritativa och dogmatiska bedömningen av vad som är brottsliga gärningar i juridisk mening gör den dömande makten i en viss given auktoritativ form. Något annat tillräknande i dogmatisk mening sker inte i rättegången. I moraliska sammanhang, liksom i överläggningsfasen i en rättegång, kan preliminära tillräknanden och beslut förekomma men inget tillräknande i juridisk dogmatisk mening. Ett lagrum eller en straffrättslig regel i allmänhet innehåller inte en prövning av en gärning. Individualiseringen av en regel på ett enskilt fall - dvs tillämpningen av en regel - sker genom en rättsskapande operation av domaren, där domaren binder sig själv till att döma ut ansvar för individen enligt vissa återopade omsatser.

Koriath skriver:

Die moderne Dogmatik zur objektiven Zurechnung, ... ergibt kein Ganzes. Zu den Schwierigkeiten mit den Ausgangsregeln kommt hinzu, daß es keine Regel höherer Ordnung gibt, die im Konfliktsfall die Reihenfolge der Basisregeln festlegt. Die daran anschließende Lehre über Kausalität und objektive Zurechnung läßt die Tendenz erkennen, Prinzipien subjektiver Zurechnung stärker zu betonen. Das ist m. E. völlig in der Ordnung, und es kann auch gar nicht anders sein, denn das Schuldprinzip ist das Fundamentalprinzip des Strafrechts. Darauf läuft, auch und gerade in dieser Arbeit, alles hinaus.⁵⁵⁰

Problemet med objektivt tillräknande är inte försöken till en objektivisering av skuldbedömningen utan användningen av begreppet tillräknande, som förleder till att tro att kausalitet automatiskt leder till tillräknande. Man försökte "mekanisera" tillräknandet och därmed skuldprincipens tillämpning. Enligt min mening är inriktningen riktig att skuldbedömningen måste objektivieras i den härskande läran i *civil law*-kulturen. Men detta kan inte ske utan att överge den klassiska föreställningen om att ansvarsbedömningen måste ske i två led, ett objektivt och ett subjektivt, liksom om den närmast absoluta åtskillnaden mellan formell och materiell rätt. Lösningen på en mer gärningsinriktad, objektivare och säkrare straffrättslig prövning av *dolus* och *culpa* ligger alltså i motsatt riktning i förhållande till ett objektivt tillräknande. Tendensen är också denna i tysk och svenskspråkig doktrin. Under de decennier man använt det objektiva tillräknandet har en förskjutning skett i riktning mot en betoning av skuldprincipen på bekostnad av det objektiva tillräknandet. Visserligen är föreställningen om nödvändigheten av ett objektivt tillräknande härskande lära i tysk rätt, men oklarheten i begreppsbildningen genom åren och den senaste tidens ifrågasättanden har enligt min mening satt ett frågetecken för begreppets fortlevnad.

⁵⁵⁰ Koriath, s 537.

Detta är sedan ganska länge förankrat i svensk doktrin. Strahl tänkte sig att avskaffa adekvansbegreppet och ersätta detta genom att i grund och botten tillämpa skuldprincipen. Han ansåg att adekvans skulle kunna ersättas av de båda skuldformerna. Detta som ytligt sett kan verka vara pragmatism är i grund och botten ett uttryck för ett underkännande av objektivt tillräknande i egentlig mening. Han ser adekvansbegreppet som ett slags culpabegrepp med vir optimus-standard.⁵⁵¹ Jareborgs lösning att ersätta adekvans och objektivt tillräknande med en culpavariant, gärningsculpa, kan framställas som en variant av objektivt tillräknande men vilar enligt min mening inte principiellt på ett objektivt tillräknande utan har sin grund i skuldprincipen. Man kan ana detta redan i ordvalet. Den svenska lösningen av skuldprincipens ställning i detta hänseende är enligt min mening välgörande realistisk.

Takala vänder sig mot användningen av begreppet "risk" som grund för ett slags opersonligt och mekaniskt tillräknande i dagens straffrätt. Man skulle alltså på så sätt kunna skapa ett straffansvar utan skuldprincipen i vissa fall. Detta anser han vara rättspolitiskt betänkligt. Han menar att riskbegreppet förutsätter förmåga att kontrollera risk.⁵⁵²

Genom att straffa gärningar som bara inbegriper en viss risk för någonting har vi förlorat grundkonceptet för tillräknandet, för uppsåtet i dess ursprungliga betydelse av en strävan att förorsaka någonting.⁵⁵³

Enligt min mening har Takala rätt i att föreställningen om risk och objektivt tillräknande bärs av rättspolitiska ambitioner att objektivisera uppsåts- och culpabedömningen genom att undantränga skuldprincipen. En mer objektiv och realistisk prövning av skulden uppnås istället genom att reformera ansvars- och skuldläroarna från 1890-talet med utgångspunkt från praxis och med bibehållen respekt för legalitetsprincipen och skuldprincipen.

Det tydliga innehållet i tillräknandebegreppet före den materiella klassiska straffrättsdogmatikens tid kan inte återvinnas. För detta krävs en annan processuell miljö. Mycket av splittringen och förvirringen i diskussionen i den materiella straffrättsdogmatiken har sin grund i förbiseendet av detta faktum. Huvuddragen i flera normativa läror om tillräknande, som förutsätts fungera inom ramen för en materiell straffrättsdogmatik, pekar på grundelement som i flera hänseenden var självklara före den definitiva övergången till en rent materiell straffrättsdogmatik.

⁵⁵¹ Jfr Peczenik, *Causes and Damages* s 288.

⁵⁵² Takala, Hannu, *Något om risker och straffrätt* s 43f.

⁵⁵³ Takala, *Något om risker och straffrätt* s 44.

1.5.4 BROTTSBEGREPPETS OMSTRUKTURERING

Den komparativrättsliga och historiska analysen av brottsbegreppet och tillräknandebegreppet visar att det klassiska brottsbegreppets fundament och "Angelpunkt", dvs tudelningen i objektivt och subjektivt eller opersonligt och personligt, måste överges. Inget av alla reformförsök på denna grund har hitintills heller lyckats frambringa ett motsägelsefritt brottsbegrepp byggt på denna grund.

Den "tyska" lösningen som uppstått i finalismens spår går i stort sett ut på att intentionaliteten måste prövas i samband med prövningen av gärningens brottsbeskrivningsenlighet. Detta är ett steg på rätt väg. Sambandet mellan gärningen och gärningens mening, syfte eller riktning måste beskrivas som ett faktum i sinnevärlden i ett realistiskt brottsbegrepp. Frände bygger i flera avseenden på Jareborgs brottsbegrepp och de tyska framstegen men har kvar tudelningen och därmed problemet att beskriva straffrättslig skuld. Därför träffas denna lösning av Roxins kritik mot finalismens oaktsamhetsbegrepp och tomma skuldbegrepp. Frände har däremot rätt i betoningen av sambandet mellan gärning och uppsåtlighet inom brottsbeskrivningen och att brottsbegreppets tågordning närmast är en svagt normativt laddad checklista.

Det brottsbegrepp som utkristalliseras ur detta torde få drag av och t o m vara en fortsättning av vad Schünemann för ungefär femton år sedan skisserade som ett brottsbegrepp bestående av en ramfunktion för brottsbeskrivningsnormen i lagtexten kompletterad av de individuella normtillskotten.⁵⁵⁴ Spjutspetsarna i den tyska straffrättsdogmatiken närmar sig det "brottsbegrepp", som den moderna straffrättsdogmatiken en gång var i polemik mot. Det finns här också påfallande likheter med *common law*-kulturens traditionella "brottsbegrepp" och dess huvudregel att legalitet inte bara skapas genom lagstiftning utan genom domstolen i processen. Man kan t ex skönja en frigörelse från brottsbegreppets grundläggande "materialitet" (dvs i betydelsen icke-processualitet) i förbindelsen mellan Koriaths processuella syn på oaktsamhetsdelikten och hans accepterande av den legalitet som oaktsamhetsansvaret trots allt representerar.

Jareborgs brottsbegrepp är motsägelsefullt i den mån det vilar på tudelningen i det klassiska brottsbegreppet och med detta förbundna handlingsläror. Däremot implicerar Jareborgs placering av culpaprövningen på den andra nivån i brottsbegreppet en lösning på de notoriska problemen i straffrättsdogmatiken

⁵⁵⁴ Se Schünemann, Grundfragen s 56ff.

när det gäller att beskriva skuldprövningen. Genom att lansera culpaprövningen och därmed tillämpningen av skuldprincipen på detta sätt, skapas den realism skuldprövningen som "fundamentalprincip" måste ha i straffrättsdogmatiken. Lösningen för en realistisk skuldprövning med förankring i sinnevärlden, i den positiva rätten och i ett av samhället accepterat normsystem, finns på nära håll i en påbyggnad av Jareborgs betoning av culpabegreppets centrala funktion i brottsbegreppet.

Konstaterandet av oaktsamhet i straffrätten bygger på en värdering av att någon inte uppfyllt en viss legalt uttryckt förväntan. Därom är alla eniga. Skillnaden mellan det konkreta beteendet och det förväntade ses som ett deficit, som ofta kallas för skuld; uppsåtlig(t) eller endast oaktsam(t) skuld eller ansvar. Subsumeringen innebär att den utförda gärningen jämförs med en preciserad (aktsamhets)regel, som beskrivs i straffprocessen som en gärning, som kunde ha utförts med en hypotetiskt godtagbar strävan och därmed fått ett hypotetiskt godtagbart resultat, *ceteris paribus*.⁵⁵⁵ Den fullständiga aktsamhetsregeln är aldrig mer eller mindre objektiv eller subjektiv utan mer eller mindre preliminär eller fullständig. Aktsamhetsregeln existerar endast i kraft av ett slutgiltigt juridiskt tillräknande av ansvar. Aktsamhetsregeln, uttryckt i en sådan alternativ godtagbar gärning, innehåller alltid en mer eller mindre preciserad beskrivning av vilket hänsyn som skall tas och vilken förmåga som är normerande. Aktsamhetsregeln måste alltid i högre eller lägre grad i svåra fall kompletteras i varje straffbud, lägst som ett rent beslut om tillräknande, eftersom inget straffbud kan innehålla alla "individuella" omständigheter.⁵⁵⁶

Jareborgs culpälära, Duffs lära om den straffrättsliga prövningen av gärningar och spjutspetsarna i den tyska straffrättsdogmatiken visar vägen mot ett brottsbegrepp med skuldprincipen, skuldprövningen och därmed oaktsamhetsprövningen i centrum.⁵⁵⁷

Som så ofta i straffrättsdogmatikens historia konvergerar förslagen till omarbetningar av brottsbegreppet mot en ändrad syn på den straffrättsliga skulden. Här ligger också den naturliga kärnan i den straffrättsliga debatten, eftersom "...das Schuldprinzip ist das Fundamentalprinzip des Strafrechts." Straffrättshistoriska och aktuella försök att förringa eller utesluta skuldprövningen ur brottsbegreppet har misslyckats av detta skäl.

⁵⁵⁵ Beskrivningar av förhållandet mellan den aktuella och den hypotetiska gärningen som likgiltighet eller liknande, är enligt min mening ingen lösning, utan framstår närmast som parafraseringar av oaktsamhet. Se vidare avsnitt 4.6.3.6.1ff.

⁵⁵⁶ Se avsnitt 1.4.4.3.1 och Strömholm, Aristoteles och rättvisan s 367.

⁵⁵⁷ Angående närheten mellan Duff och Jareborg, se t ex Jareborg, *Criminal Attempts and Penal Value* s 127.

En syntes är därför möjlig, baserad på skuldprincipen som "fundamentalprincip", oaktsamhetsprövning och skuldprövning som synonyma företeelser, ett icke-dualistiskt brottsbegrepp, de tyska framstegen beträffande uppsåtsbedömningen plats i brottsbeskrivningen, klarsynthet rörande sambanden mellan processuella och materiella rekvisit samt sist men inte minst på att intentionalitetsprövningen hör hemma i sinnevärlden som en prövning av gärningens i sinnevärlden manifesterade syfte eller mening.

De följande kapitlen i detta arbete syftar till att närmare beskriva förutsättningarna för skuldprövningen och därmed också skissera den nödvändiga omstruktureringen av brottsbegreppet. Jag kan instämma med Koriath: "Darauf läuft, auch und gerade in dieser Arbeit, alles hinaus."

KAPITEL 2 DOLUS

2.1 INLEDNING

Diskussionen om uppsåtsfrågorna avklingade i tysk doktrin efter att striden ebbat ut mellan finalisterna och kausalister.⁵⁵⁸ Eftersom debatten oftast rört uppsåtets plats inom brottsbegreppet, berodde detta förmodligen på att finalisterna segrade. Uppsåtsfrågorna har emellertid åter börjat få en framträdande plats i den straffrättsdogmatiska diskussionen.⁵⁵⁹ Men nu uppmärksammas främst problem som berör uppsåtsbevisningens sammanhang med begreppsbildningen.⁵⁶⁰ Den nyare tyska debatten ligger därmed nära ett traditionellt anglosaxiskt sätt att behandla uppsåtsbegreppet som både ett processuellt och materiellrättsligt fenomen. Även från svenskspråkigt finskt håll har liknande inlägg förekommit.⁵⁶¹ Man frågar sig om det går att beskriva uppsåtsrekvisiten enbart som "inre" materiellrättsliga företeelser eller om uppsåt kan beskrivas mer "objektivt", bl a med utgångspunkt från processuella termer. Duffs icke-dualistiska gärnings- och skuldlära implicerar flera av dessa nyare ansatser. "Spjutspetsarna" i de båda rättskulturernas uppsåtsdiskussion närmar sig således varandra.

2.2 BAKGRUND

2.2.1 ALLMÄNT

Källmaterialet för den äldre rätten är ofullständigt och osäkert. Beskrivningarna av den äldre rätten utgår ändå ofta utan vidare från ett grundläggande ideologiskt motsatsförhållande. Man föreställer sig att den historiska utvecklingen präglats av antingen sinnelagsetik eller konsekvensetik.⁵⁶² Det betraktas

⁵⁵⁸ Volk, Dolus ex re s 611.

⁵⁵⁹ Volk, Dolus ex re s 611. Volk hänvisar till Roxins kronologiska litteraturförteckning i Roxin, AT s 266 (1 uppl 1992), där han menar att förskjutningen av föremålet för debatten visar sig. Samma förhållande kan även spåras i litteraturförteckningen på s 345 f. (2 uppl 1994).

⁵⁶⁰ Volk, Dolus ex re s 611.

⁵⁶¹ Träskman, Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? s 56 och Klami m fl, Att bevisa uppsåt s 387.

⁵⁶² Se t ex Strahl, Allmän straffrätt s 75f, Thornstedt, Om rättsvillfarelse s 5f, Waaben, Forsæt s 6 och Jareborg, Ansvarsläran s 77f och s 297f. Vad som kallas "hednisk" "resultatetik" kallas också "handlingsetik". I detta senare begrepp kan enligt min mening även rymmas en icke-dualistisk syn på straffansvar. Se dock Hurwitz, s 116: "Iövrigt er det

ofta närmast som ett notoriskt faktum, att straffansvaret under tiden före kristendomens inflytande var ett typiskt effektansvar, som inte tog någon större hänsyn till gärningspersonens intentionalitet eller "subjektiva förhållanden"⁵⁶³ Framförallt anses den hedniska germanska rätten vila på en typisk konsekvensetisk grund.⁵⁶⁴ Frågan huruvida detta antagande kan försvaras är inte utan betydelse, eftersom antagandet om ansvarets "hedniska" karaktär gärna utgör ett historiskt argument för en konsekvensetisk linje i motsats till en sinnelagsetisk linje. På motsatt sätt söks stöd för en sinnelagsetisk linje, som i detta fall står för ett utvecklat - och därmed bättre - rättsväsendes seger över ett "primitivt" och sämre.⁵⁶⁵

Denna historieskrivning är alltför präglad av utvecklingsläran, 1800-talets "stora berättelse", som är förankrad i paradigmet från Descartes och Newton.⁵⁶⁶ Det traditionella uppsåtsbegreppet från 1890-talet är inte något slags slutlig och icke ifrågasättbar historisk utvecklingsprodukt.⁵⁶⁷ Uppsåtsbegreppets bakgrund måste därför beskrivas utifrån två olika paradigmatiska huvudlinjer: paradigmet som rådde under tiden före respektive efter paradigmskiftet vid upplysningstidens inbrott från och med det sena 1600-talet.⁵⁶⁸

Den moderna straffrättsdogmatiken tog form framförallt under upplysningstiden i ett omvälvande paradigmskifte, som när det gäller straffrätten var

en för generaliserande antagelse, att ansvaret ved alle forbrydelseareter oprindelig har været rent objektiv betinget ("le fait juge l'homme"). Visse forbrydelser har ifølge deres begrep altid fortsat tilstedeværelsen af et fjentligt eller uærligt sindelag, således vistnok ærekrænkelser, tyveri og mord." Se även Binding, Die Schuld s 10f och Modeér, Straffrätt och psykiatri s 78ff, beträffande ett analogt rättsområde som frågan om straffrihet för sinnessjuka utgör. Landskapslagarna samt lands- och statslagarna utgick alla från att de sinnessjuka var straffria. Åtten svarade i princip med vådabot för sådana gärningar. Se även Munktel, Två straffrättshistoriska studier s 6ff.

⁵⁶³ Se t ex Waaben, Forsæt s 6ff. "Indtil det 12. Århundrede var sanktionerne overfor skadevoldende handlinger ikke betinget af subjektive forhold." Samtidigt menar han att det är svårt att förklara varför den romerska straffrätten i så hög grad "anerkernte subjektive ansvarskriterier". A a s 5.

⁵⁶⁴ Jareborg, Ansvarslära s 298.

⁵⁶⁵ Se t ex Jakobsson, s 5, Thyren, 1910 s 33ff och Munktel, Två straffrättshistoriska studier s 24.

⁵⁶⁶ Von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 46f.

⁵⁶⁷ Jfr t ex Strahl, 1976 s 90 "Under den långa utveckling begreppet undergått har det alltmer precisrats och förfinats." Se även Welzel, SR s 9ff.

⁵⁶⁸ VTF, 559f, Jareborg, Ansvarslära s 314 och Hansson, s 19 och s 32. Jag använder begreppet paradigm, om inget annat sägs, enligt följande definition i VTF: "Ett paradigm får inte utan vidare jämföras med en teori, om med en teori förstås ett antal påståenden. Utöver att innehålla teoretiska överväganden måste ett paradigm innehålla så framgångsrika konkreta problemlösningar att det är i stånd att binda samman ett antal vetenskapsmän till en grupp vars forskning därefter kommer att styras av detta paradigm."

genomfört i *civil law*-kulturen ungefär vid skiftet mellan 1800- och 1900-talen.⁵⁶⁹ Denna tid bar med sig ett avgörande genombrott för en i huvudsak ny världsbild, som var mer mekanistisk och operativ än den medeltida för-synsstyrda och antropomorfa världsbilden.⁵⁷⁰ Under både skolastiken och upplysningstiden strävade man visserligen efter att i lagpositivistisk anda binda rätten i text, men nu sökte man sig bort från skolastikens religiöst präg-lade globala projekt mot en ny lagpositivism med tyngdpunkt på nationell lagstiftning inom en naturvetenskaplig ram.⁵⁷¹ Den förra sökte systematisera det stoff som fanns tillgängligt och sammansmälta detta med den senantika världsbilden, romersk rätt, kyrkans rättskultur och "inhemsk" medeltida kultur.⁵⁷² Man ville främst *förstå* sin omvärld utifrån antagandet om en gemen-sam föreställning om moral, rätt, gott och ont som "transcendentaler", dvs det som antogs ha att göra exempelvis med enheter som vara, enhet och san-ning.⁵⁷³ Världsbilden bestod av en skapare med en skapelse. Inom upplysningstidens paradigms drevs man av tanken att försöka *bygga* ett nytt system av rättsregler med naturlagarna och den nya mekaniska världsbilden som referensram.⁵⁷⁴ Upplysningstidens rättspositivism kan sägas vara av poli-tisk natur, i motsats till skolastikens lagpositivism, som var av "tjänstemannakaraktär".

Ett av exemplen på detta är strävandena under brytningstiden bort från den legala bevis teorin.⁵⁷⁵ Istället för att förhindra godtycke genom gemensamma värderingar och regler för bevisningen ville man uppnå detta genom kodifiering och en fri bevisprövning balanserad av naturlagar och förnuft.

Projektet, och därvid främst kodifieringsprojekten i de olika länderna, möjlig-gjordes av den tidens mediateknik genom boktryckarkonstens verkliga genombrott vid slutet av 1700-talet och därmed den slutliga övergången från talspråkighet till skriftspråkighet i en tryckt bokform.⁵⁷⁶ Omstöpnings av de

⁵⁶⁹ Se avsnitt 1.4.2 och Jareborg, Ansvarslära s 314: "Inom straffrätten varade medeltiden fram till slutet av 1700-talet."

⁵⁷⁰ Von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 9f: "Med en lätt generalisering kan man säga, att den världsbild, som sålunda byggdes upp, var deterministisk och mekanistisk." A a s 36: "Den (numera) klassiska europeiska vetenskapliga världsbilden var *mekanistisk*. Dess symbol var maskinen." Jfr Jareborg, Ansvarslära s 314: "Inom straffrätten varade medeltiden fram till slutet av 1700-talet."

⁵⁷¹ Anners, Del 2 s 95ff, Ekelöf, IV s 20 samt Lindell, s 90.

⁵⁷² Von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 45.

⁵⁷³ Fil lex, s 552.

⁵⁷⁴ Von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 10, 17 och 45.

⁵⁷⁵ Beccaria, s 67 och 69.

⁵⁷⁶ Se Ong, s 99, 113, 119f, 122, 124, 137-138 och 155. Jfr Von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 17. Se även Strömholm, Rätten och Europa s 134. Han talar om ett övergångsskede som varade från 1400-talet till mitten av 1600-talet, innan en stabilisering och

mer eller mindre öppna och tidsbundna talspråkliga straffrättsliga regelsamlingarna till en visuell, sluten och icke tidsbunden form i tryckta böcker gick långsamt. Visserligen skall man inte underskatta ideologiernas självständiga och direkta verkan på "materialiseringen" av straffrätten, men mediatekniken har förmodligen också befunnit sig i en direkt växelverkan med dessa.

Synen på mänskliga handlingar förändrades radikalt i och med paradigmskiftet.

Visserligen framstod sedan Platons dagar ofta det andliga som det enda verkliga och som totalt åtskilt från det lägre stående kroppsliga, men synen på människan och vad en mänsklig handling är hade under medeltiden inte denna betoning eftersom Aristoteles (den senare) framhövdes av Thomas av Aquino, vars tänkande fick prägla västvärlden genom den katolska kyrkan. Hans projekt gick ut på att sammansmälta den senantika filosofin i framförallt Aristoteles' tappning med den katolska kyrkans lära.⁵⁷⁷ Mycket förenklat skulle man kunna beskriva denna människosyn som en syn på människan som en helhet sammansatt av kropp och själ, och att denna helhet är personen, som kan inhämta kunskap.⁵⁷⁸

Upplysningens syn på människan och mänskliga handlingar blev i mekanikens, den nya naturvetenskapens och framförallt Descartes' anda däremot präglad av en ohjälplig dualism. En mänsklig handling ansågs bestå av dels själsliga eller pseudo-mekaniska rörelser, dvs ungefär "innervationer" eller viljeakter, dels av mekaniska rena kroppsrörelser.⁵⁷⁹ I grova drag kan man säga att synen på en mänsklig gärning förändrades i och med upplysningen från "viljaverk" till "vilja" och "verk", och att detta projekt i stort sett drevs ohejdat fram till mitten av 1900-talet. Kyrkan har i dag i stort sett förlorat inflytandet över världsbilden i Västerlandet. Men samtidigt har den mekanistiska synen på tillvaron och människan också förlorat sin dominanta ställning i den postmoderna världen.⁵⁸⁰ Vi lever i dag i en tid utan en enhetlig världs-

"modernisering" börjar ta form. Början av genombrottet för en "modern" straffrätt skedde på allvar i Europa i och med Beccarias lilla epokgörande skrift år 1764. Jfr von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 37.

⁵⁷⁷ Anners, Del 1 s 109, 115 och s 121.

⁵⁷⁸ Copleston, s 166f och s 158: "And in point of fact we find Aristoteles proposing such a middle position. He will not allow that the soul is an independent complete substance which could just as well inhabit this body as that, and he speaks of the soul in Aristotelian terminology as the 'form' (Aristotle's *entelecheia*) of the body.". Jfr Strömholms beskrivning av "den paulinska pendeln". Se avsnitt 1.4.4.5.1.

⁵⁷⁹ Jfr Thyren, 1914 s 2 och von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 46f.

⁵⁸⁰ Von Wright, Vetenskapen och förnuftet s 10. Von Wright menar att en enhetlig nutida världsbild helt enkelt inte finns längre. Den har blivit "suddig" och han kan tänka sig en framtida världsbild som ett "bestående sönderfall i många 'bilder'." Han talar om "krisen"

bild. Inom straffrätten präglas dock fortfarande uppsåtsbegreppet av dualismen från upplysningstidens barndom, med ett gärningsbegrepp och en modell för prövning av gärningar bestående av två fristående mekaniskt eller pseudomekaniskt fungerande enheter: en helt "inre" och en helt "yttre" rörelse. Med enbart denna begreppsapparat som verktyg blir svårigheterna uppenbara att förstå vad "viljaverk" och "vådaverk" betecknade före denna tid. Det är nödvändigt att använda sig av dessa begrepp på det sätt som tiden då uppfattade dem, och inte i den "avsmalnande" betydelse (vilja och verk), som begreppsparet senare fått.

Beskrivningen av den äldre rätten på området kommer således att präglas av försök att förstå regleringarna av "uppsåtligheten" från premissen att dualismen på allvar inte slog igenom förrän en god bit in på 1700-talet. Det vore en anakronism att beskriva straffrättsligt klander i äldre källor med hjälp av den begreppsapparat för intentionalitet och gärning som först på allvar trängt in långt senare vid slutet av 1800-talet vad beträffar svensk rättskultur.⁵⁸¹

Det är också nödvändigt att redovisa bevisningen av uppsåt integrerat med de materiella regleringarna, eftersom den skarpa åtskillnaden mellan formell och materiell rätt inte heller var något självklart förrän ungefär vid mitten av 1800-talet.⁵⁸²

Undersökningen koncentreras, liksom i den övriga framställningen, till straffbart dödande. Jareborg påpekar i sin monografi om uppsåt: "Uppsåtsbegreppet har i första hand kommit att utvecklas som ett korrelerat till reglerna om dråp."⁵⁸³ De skäl som tidigare omnämnts för att arbetet koncentre-

i fysikens begreppsvärld och om en "...i någon mån förvirrande situation, som råder." Jfr även VTF, s 592ff.

⁵⁸¹ Jfr t ex Antell, I s 43 och Anners, Del 2 s 136. Anners kallar pandekternas premiss att de romerskrättsliga kasuistiska reglerna "omedvetet" skulle vara underbyggda av allmänna rättsprinciper för "ett helt ohistoriskt betraktelsesätt". Kasuistisk rättsbildning är dock inte enligt min mening något som nödvändigtvis är frikopplat från allmänna rättsprinciper. Om detta vittnar den omfattande och principbaserade common law-traditionen åtminstone vad beträffar det här undersökta området av straffrätten. Detta tycker jag mig också ha funnit i svensk tingsrättspraxis. Se avsnitt 5.6.

⁵⁸² Lindblom, Studier i Processrätt s 18ff. Jfr Hurwitz, s 117, "Det personlige skyldansvars gennemførelse beror ikke udelukkende på udviklingen i den materielle kriminalret. Parallelt med denne udvikling er der foregået en omformning af procesrettens bevissystem, hvorved formelle bevisninger er blevet afløst af en bevisførelse, der direkte sigter til udforskningen af den materielle sandhed efter almindelige og specielle erfaringsætser. Skyldprincipets gennemførelse i praksis beror på den sikkerhed, hvormed bevissystemet fungerer."

⁵⁸³ Jareborg, 1969 s 15.

ras till ansvaret för livsbrotten, är därför ännu mer vägande i ett historiskt perspektiv.

2.2.2 "GERMANSK" OCH ROMERSK RÄTT

2.2.2.1 "GERMANSK" RÄTT

2.2.2.1.1 DEN "GERMANSKA" RÄTTENS FÖRMENTA KONSEKVENSETISKA GRUND

Den hedniska "germanska" rättskulturen är till allra största delen höljd i dunkel.⁵⁸⁴ De första mer omfattande uppteckningarna av lagarna i Sverige sammanfaller i stort sett med att inflytandet från den kanoniska rätten och den romerska rätten blivit manifest.⁵⁸⁵ Landskapslagarna ger förmodligen ändå en viss ledning, eftersom traditionsbrottet inte kan ha varit absolut i och med kristendomens seger.⁵⁸⁶

Boten, dvs de skadeståndsliknande påföljderna för dödande såsom våda- och viljaverk tjänade upprätthållandet av freden mellan ätterna.⁵⁸⁷ Sanktionen inom ätten för en person som kränkte någons liv eller hälsa kunde vara att bli fredlös och utstött ur ätten, dvs ur "sibja", rättssamhällets skydd.⁵⁸⁸ Dessa påföljder är främst motsvarigheten till dagens individuella påföljder, till skillnad från det skadeståndsliknande botsystem, som präglade sanktionerna mellan ätterna. Ätterna och inte individen var alltså i första hand rättsliga parter när det gällde frågan om bot. Rätten var primärt identifierad med processen och sekundärt med de materiella reglerna. Detta är även naturligt i ett skriftlöst och moraliskt enhetligt samhälle.⁵⁸⁹ Skillnaderna mellan grunderna för ansvaret är inte alltid synbara som materiella, utan i första hand som processuella begreppsskillnader. Brist på materiella begrepp, i förhållande till ett modernt *civil law*-koncept för uppsåtsansvar, är därför inte ett tillräckligt argument för att anta att det saknades en skillnad i behandlingen av handlingar, som var viljaverk respektive vådaverk. Att försoning krävdes för både viljaverk och vådaverk innebär inte att man bortsåg från denna åtskillnad.⁵⁹⁰ Processens, försoningens och botens främsta uppgift var att upprätthålla frids-

⁵⁸⁴ Anners, Del 1 s 100.

⁵⁸⁵ Anners, Del 1 s 180f.

⁵⁸⁶ Svenska landskapslagar, s XXXII.

⁵⁸⁷ Anners, Del 1 s 185 och Anners, Svensk straffrättshistoria s 5.

⁵⁸⁸ Antell, II s 3. Se även Nordström, s 21f om hur mord inom ätten hanterades enligt landskapslagarna.

⁵⁸⁹ Ong, s 65ff.

⁵⁹⁰ Antell, II s 6. Se även Nordström s 35ff.

förbundet, vilket kunde tänkas bli stort av både vilja- och vådaverk men i olika grad.

2.2.2.1.2 GRÄNSDRAGNINGEN MELLAN VILJAVERK OCH VÅDAVERK

De exempel på objektivt ansvar som exempelvis Antell anför, är sådana som i vår tid skulle betraktas som oaktsamt dödande.⁵⁹¹ Dödsfall genom vådaskott eller fallgropar betraktas i normala fall inte självklart som olyckshändelser i svensk praxis i dag, utan som händelser som typiskt borde kunna förhindras genom försiktighetsåtgärder. Dessa fall kan ses som dåtida exempel på gränsbestämningar för risktagandets tillåtlighet vid viss förvärvsverksamhet. Att ansvar även utkrävdes för helt rena olycksfall, som inte kunnat förhindras av den anklagade och som inte skulle rendera skadeståndsskyldighet i dag, finns egentligen inget belägg för.⁵⁹² Exempelvis gjordes en tydlig skillnad mellan ansvaret för dödsfall orsakad av att någon "löper" på ett vapen, som en annan person håller, av att en person faller ett träd på en annan person eller av att en person skjutit upp en pil i luften och pilen råkar falla ned i huvudet på en annan person.⁵⁹³

Det är ostridigt att en avgörande skillnad i systematiken och i påföljdssystemet gjordes mellan mord och annat brottsligt dödande. "Drap", "manslahta" eller "bana" var termer för ett rättsstridigt dödande vare sig det var fråga om ett vådaverk eller viljaverk.⁵⁹⁴ Mord (verbet "myrda" kommer från nedgömma, "nedmyra" enligt Nordströms och Antells etymologi) var däremot ett brott, som främst syftade på ett dråp som hemlighållits.⁵⁹⁵ Den som inte offentliggjorde ett vådadråp ansågs ha gjort sig skyldig till mord. Hemlighållandet medförde en presumtion – och bevisning – för att dödandet inte var rättsenligt och inte heller av den lägre graden av ansvar för dödande. Det hemliga undanröjandet ansågs avslöja en rättsstridig avsikt med dödandet och att detta inte var berättigat.⁵⁹⁶ Kravet på offentlighet beträffande dödandet kan inte enbart ha att göra med att den mördades ätt inte fick ut sin försoningsbot och gick miste om sin hämnd. Det finns ingen anledning att förmoda att detta enbart var en tom formell rit eller enbart syftade till att sanktionera bortfallet av bot. Syftet bör ha varit att skilja dödande av våda och vållande samt rätts-

⁵⁹¹ Antell, II s 6.

⁵⁹² Jfr Svenska landskapslagar V, s LXIXf. Särskild bevisning krävdes enligt Västgötalagen då en anklagad försvarade sig med vådainvändning.

⁵⁹³ Svenska landskapslagar V, s 26 och 50.

⁵⁹⁴ Antell, Del II s 8.

⁵⁹⁵ Antell, Del II s 8.

⁵⁹⁶ Antell, Del II s 7f.

enligt dödande från hemliga och försåtliga rättsstridiga dråp med ond svekfull vilja; dvs samma förhållande som i den romerska rätten kallades ett dödande med dolus. De "urbota" brotten, som ej kunde försonas med böter, medförde en strängare sorts fridlöshet, bara på den grund att brottens natur ansågs särskilt skändliga. I landskapslagarna finns specificeringen av mål i urbota mål (nidingsverk) kvar för exempelvis dråp mot ett värnlöst offer eller en kvinna samt för våldsamt stympning och i allmänhet för råa eller förrådiska handlingar.⁵⁹⁷ Det typiska nidingsverket förutsatte ett viljaverk. Samtliga bestämmelser om urbota mål måste anses för viljaverk, även om detta inte är explicit. Gärningens onda genomförda syfte utgjorde grunden för det speciella "straffvärdet". Tolkningen av vilka verk som skulle vara nidingsverk utgick ofta från förrådiskheten, samt därmed även från insikten om effekten och den tydliga avvikelser från moralen. Urbotabalken i den äldre Västgötagalagen anses tillhöra de ålderdomligaste reglerna i lagen.⁵⁹⁸ Stympades någon av våda och dog av skadorna, eller dräptes en kvinna av våda, blev nämligen inte detta ansett som ett nidingsverk.⁵⁹⁹ Sådana gärningar kunde offentliggöras genom "viglysning" och försvaras som ett slags oaktsamhetsdödande med rätt till bötesförsoning.⁶⁰⁰

Enligt min mening finns ingen anledning att här utförligare föra saken i bevis. Att man inte begagnade sig av 1890-talets och vår begreppsapparat eller metoder för bevisprövningen, kan inte berättiga till slutsatsen att uppsåtet inte beaktades. Snarare är det iögonfallande att intentionaliteten i så hög grad får forma dråpansvaret i ett så annorlunda samhälle. Man kan utgå från att det gjordes en tydlig åtskillnad mellan viljaverk och vådaverk vid brottsligt dödande. Enligt min mening bör den ofta upprepade uppfattningen om den "hedniska" resultatetiken inte utan vidare godtas. Därmed inte alls sagt att den därför var sinnelagsetisk.

2.2.2.2 ROMERSK RÄTT

2.2.2.2.1 ÄLDRE ROMERSK RÄTT

Romersk straffrätt i sitt "outvecklade" stadium förutsätts ofta, liksom äldre "germansk", ha varit helt inriktad på det yttre händelseförloppet utan att någon hänsyn togs till gärningspersonens avsikter.⁶⁰¹ Mommsens underlag för att det förhållit sig på det sättet är påtagligt tunt. Han argumenterar för att

⁵⁹⁷ Svenska landskapslagar V, s 70ff.

⁵⁹⁸ Svenska landskapslagar V, s 71.

⁵⁹⁹ Antell, II s 5f.

⁶⁰⁰ Antell, II s 5.

⁶⁰¹ Se t ex Mommsen, s 85ff.

dödandet av en annan människa bedömdes som ett brott utan prövning av syftet, eftersom denna gärning bestraffades med döden, på samma sätt som en gärning, där någon sett en vestal naken. Därför skulle dödandet av en människa vara något som krävde försoning och offer, oberoende av om detta skett av våda eller med avsikt. Mommsen beskriver samtidigt tämligen ingående att redan vid tiden för de tolv tavlornas lag straffades inte den som dödat av våda, men att ett soningsoffer, trots detta, skulle framföras.⁶⁰² En av de allra första urkunderna, enligt Mommsens egen utsaga, pekar istället på att en åtskillnad framträder mellan det avsiktliga dödandet och dödande av våda "mit große Schärfe".⁶⁰³

Inflytandet från den grekiska filosofin och kyrkan antas ofta varit orsaken till den romerska rättens sinnelagsetiska karaktär.⁶⁰⁴ Men redan i äldre romersk rätt, innan det grekiska inflytandet på allvar gjort sig gällande, skilde man förmodligen skarpt mellan avsiktligt dödande och oaktsamt dödande. Eftersom det egentligen inte fanns mer än ett civilrättsligt betonat skadeståndsansvar för oaktsamt dödande, måste gränsen ha fungerat som en skarp åtskillnad mellan livsstraff och skadestånd, beroende på förekomsten av dolus eller inte. Där, om någonstans, borde verkligen invändningar som gick ut på bristande uppsåt, ha använts. Förmodligen utgick man från en vardaglig syn vad gällde tolkningen av gärningen och dess styrning. En gärning ansågs ungefär som i vardagssammanhang vara normalt styrd mot sina "naturliga" följder. Frånvaron av regler för denna bevisning, liksom omständigheterna i övrigt, bör därför inte vara skäl nog för att anta vare sig ett "extremt viljebaserat" ansvar eller ett renodlat effektansvar.⁶⁰⁵

2.2.2.2 YNGRE ROMERSK RÄTT

HOMICIDIUM

I den yngre romerska rätten betecknades det dolösa dödandet, dvs ungefär vad som kallas mord i dag, huvudsakligen med termen *parricidium*.⁶⁰⁶ Det fanns många andra beteckningar för annat brottsligt dödande. Först under efterkonstantinsk tid slog *homicidium* igenom som en neutral term för brottsligt dödande. Särskilda termer fanns emellertid, exempelvis för banditmord

⁶⁰² Mommsen, s 85.

⁶⁰³ Mommsen, s 85 not 3.

⁶⁰⁴ Se t ex Strahl, Allmän straffrätt s 75, Waaben, Forsæt s 2ff. "Det vil være vanskeligt att forklare hvorfor romersk deliktsret i så høj grad anerkendte subjektive ansvarskriterier, men man tør vel henvise til den almindelige kulturelle udvikling i Rom og mere specielt til indflydelsen fra græsk etik." Se även Jareborg, 1969 s 1.

⁶⁰⁵ Jfr t ex Antell, I s 43 samt Jareborg, Fragment s 188.

⁶⁰⁶ Mommsen, s 612.

och giftmord. T o m medhjälp till självmord och eutanasi betraktades som mord.⁶⁰⁷ Detta var aktuellt särskilt beträffande slavars medhjälp till sina herrars självmord. Även dolöst dödande av andras slavar betraktades inte bara som egendomsskadegörelse, utan kunde även bedömas som mord. Dödandet av en egen slav för att denne var arbetsoförmögen, var under kejsar Claudius att betrakta som mord.⁶⁰⁸ Dödande i nödvärn, och i affekt vid äktenskapsbrott ansågs som rättmätigt dödande.⁶⁰⁹ Försök att döda behandlades ansvarsmäsigst som fullbordat brott, även vid otjänliga försök.⁶¹⁰ Straffet mildrades dock i förhållande till det fullbordade brottet.⁶¹¹

Mordbrottet indelades i sex olika kategorier efter svårighetsgraden: 1. Våldsamt mord och "gaturån". 2. Missbruk av dödsstraff, t ex om en romersk medborgare avrättades utan rättegång och dom. 3. Giftmord. 4. Mord genom trolleri och magi. 5. Mord av ens närmaste. 6. Anstiftande av brand med ond vilja och förorsakande av skeppsbrott.⁶¹²

Mordbrottet var strikt begränsat till det avsiktliga och dolösa brottet.⁶¹³ Ett sådant uppsåt betecknades i Numas lag som *dolo sciens*. I Dig. 48, 8, 7 stadgades att *neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur*.⁶¹⁴ Mommsen tolkar detta som att det fanns ett krav på avsikt till dödandet och att culpa inte accepterades.⁶¹⁵ Binding skulle säga att Mommsen har förväxlat culpabegreppets betydelse som skuld och oaktsamhet.⁶¹⁶ *Culpa lata* betyder enligt Binding istället en stor, "bred" skuld, dvs vanlig (uppsåtlig) skuld eller uppsåt i allmänhet, till skillnad från det speciella uppsåtskravet vid mord. Enligt en sådan tolkning ville lagstiftaren med begreppet *dolo sciens* markera att man i dessa fall endast accepterade ett *specifikt* och kvalificerat uppsåt, ett slags "*specific intent*" till skillnad från *basic intent* i form av culpa lata. De uppsåtsrekvisit, som formulerades i de sex olika mordkategorierna, utgjorde egentligen olika slags fristående uppsåtstyper. I dessa sex kategorier beskrevs sex typiska gärningar. Uppsåttet, *dolo sciens*, var bundet till en specifik gärningstyp och inte bara ett allmänt uppsåt att döda. Detta tyder på att Binding har rätt. Den gräns, som lagstiftaren ville markera, måste varit gränsen mellan "*basic*" eller vanligt

⁶⁰⁷ Mommsen, s 626. Liksom vid de germanska "urbota" målen finns analogt i romarrätten "nidingskaraktären" och specialprocessen för denna måltyp. Se vidare a a s 615.

⁶⁰⁸ Mommsen, s 616.

⁶⁰⁹ Mommsen, s 624.

⁶¹⁰ Mommsen, s 627.

⁶¹¹ Mommsen, s 627.

⁶¹² Mommsen, s 628.

⁶¹³ Mommsen, s 626.

⁶¹⁴ Mommsen, s 626.

⁶¹⁵ Mommsen s 626.

⁶¹⁶ Se avsnitt 4.3.

dolus och speciellt kvalificerat dolus bestämt efter gärningstypen. Det finns ingen anledning för lagstiftaren att i detta sammanhang markera gränsen mellan dolus och oaktsamhet. Mommsen säger själv i detta sammanhang att det oaktsamma dödandet av fria liksom ofria personer behandlades i privatstraffrätten som skadegörelse.⁶¹⁷ Den enda sanktionen utöver skadeståndet, utgjordes av ett religiöst försoningsoffer. Den offentliga straffprocessen användes i regel för att fastställa detta "privatdelikt".

NÅGOT OM GRÄNSDRAGNINGEN MELLAN DOLUS, CULPA OCH CASUS

Vid otillåtna risker, som olovligt innehav av vilda djur, dödsfall genom kast eller gjutning av metaller, infördes stora bötesummor, trots att argumentet för att inte utdöma böter i normalfallet var att ett människoliv inte kunde ersättas.⁶¹⁸ I princip tillhörde dessa brott endast privatstraffrätten.

Satsen *culpa dolo proxima dolum repraesentat* och satsen *tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima* har ungefär samma budskap.⁶¹⁹ De betyder inte att gränsen var obestämd i den meningen att oaktsamhet i stor utsträckning omdefinierades som dolus utan endast att culpa, som utgjordes av doluskravet, hade en gräns nedåt i förhållande till icke-skuld eller icke-culpa. Den nedre gränsen utgjordes av *luxuria* och *culpa dolo proxima*, dvs uppsåt till risk och "eventuellt" eller "nästan" uppsåt, som är (uppsåts)skuld. Man accepterade alltså en gråzon av osäkert, "nästan" uppsåt som uppsåtlig skuld. Men samtidigt var uppsåtskravet ofta specificerat med hänsyn till gärningstypen, som t ex vid flera typer av dödandebrott i den offentliga straffrätten. Här finns en parallell till rättsläget i engelsk rätt beträffande kravet på uppsåt vid "homicide". Man kan förledas att tro att uppsåtsgränsen generellt varit otydlig, och att grov oaktsamhet generellt definierades som dolus. Detta var sannolikt inte fallet. Som förut sagts, betydde satsen *magna culpa dolus est* att "stor" och därmed tydlig skuld var dolös eller att dolus är stor skuld, inte att grov oaktsamhet var att anse som dolus.⁶²⁰

Uttryck för skuldprincipen med nyckelordet "kunna" saknas inte: *Culpam esse, quod cum a diligenti provideri potuerit non esset provisum*, ungefär: "Den har skuld, som med försiktighet skulle kunna ha förutsett det som inte förutsågs"⁶²¹ Detta innebär inte att culpa antogs vara identiskt med oaktsamhet till skillnad från dolus. Men det innebar med nödvändighet att en aktsamhetsre-

⁶¹⁷ Mommsen, s 834ff och s 836.

⁶¹⁸ Mommsen, s 836.

⁶¹⁹ Dig, 47, 4, 1, 2, 47, 9 och 11, ur Mommsen, s 89 not 2.

⁶²⁰ Dig, 50, 16 och 226 ur Mommsen, s 89 not 2.

⁶²¹ Dig, 9, 2 och 31 ur Mommsen, s 89 not 1.

gel måste upprättas, om gärningar skulle prövas straffrättsligt. Okvalificerad dolus eller varligt uppsåt var således normalgraden av culpa.⁶²² Dolus var inte bara ett intentionalitetsbegrepp utan ett uttryck för en ytterst allvarlig brist på försiktighet eller en ytterst allvarlig likgiltighet för aktsamhetskravet. Lömskhet eller uttryckligen ont uppsåt, *dolus malus* eller andra liknande uttryck för detta, var kvalificerad culpa.⁶²³ Dolus var en avvikelse från detta normala beteende, ungefär enligt den senare medeltida rättsfiguren *bonus pater familias*. Dolusbegreppets alla varianter kunde *abstraheras* från sitt sammanhang, dvs gärningen och dess kontext, men det var primärt inte ett abstraherat dolusbegrepp som användes när det gällde det uppsåtliga dödandet. Bundenheten till gärningen var mycket tydlig. Avgörandet gällde om en gärning var viljaverk eller inte.

BEVISNINGEN AV DOLUS

Straffprocessen började med att käranden framförde sin anklagelseakt och sin bevisning.⁶²⁴ Det var i stort sett målsäganden som var initiativtagaren till åtalet, även om ämbetet att åtala kunde utövas av frivilliga politiker eller andra, i vissa fall mer som en slags civil process. Många gånger var dock den anklagande parten i rättegången företrädd av samhället.⁶²⁵ Principen, som uttryckts i satsen *in dubio mitius*, gav den anklagande parten i huvudsak bevisbördan för sin anklagelse.⁶²⁶ Det fanns inget krav på att *ex officio* ta upp ursäkter eller rättfärdiganden.⁶²⁷ Bevisprövningen var i praktiken fri.⁶²⁸ Erkännande, *confessio*, likställdes med ett rättsligt erkännande av saken och inte bara av gärningen.⁶²⁹ En betänketid på 30 dagar fanns under vilken man kunde dra tillbaka sitt erkännande. Om den anklagade försökte ta sitt liv eller muta åklagaren i samband med en anklagelse för brott, som kunde följas av dödsstraff eller deportation, ansågs detta vara likvärdigt med ett erkännande.⁶³⁰ Normalt fick inte den anklagade freda sig med en ed då dödsstraff kunde komma ifråga, något som var möjligt vid brott med bötesstraff.⁶³¹

Av särskilt intresse är här rättsfiguren *dolus ex re*, dvs att dolus följer av gärningen. I digesterna återfinns följande:

⁶²² Waaben, Forsæt s 6.

⁶²³ Waaben, Forsæt s 2.

⁶²⁴ Mommsen, s 426f.

⁶²⁵ Mommsen, s 367.

⁶²⁶ Dig 18, 19 och 5 ur Munktel, Domarreglerna s 523.

⁶²⁷ Mommsen, s 435.

⁶²⁸ Mommsen, s 442.

⁶²⁹ Mommsen, s 438.

⁶³⁰ Mommsen, s 438f.

⁶³¹ Mommsen, s 437.

...eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo. Leniendam poenam eus, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit.⁶³²

En översättning i anslutning till Hruschkas tolkning av texten lyder:

- Den som har dödat en människa kan frikännas, om han inte har utfört detta med "dödande uppsåt".

Uppsåtet att döda är här uttryckt som "occidendi animo", närmast "ett slaktande sinnelag," dvs mer specificerat än ett neutralt uppsåt.

Den som däremot inte dödar en människa, men skadar henne för att döda skall dömas för uppsåtligt dödande. Och detta skall lagligen avgöras av gärningen,...

Den sista satsen i detta avsnitt har översatts av Hruschka på följande vis:

Und dies ist *ex re*, d. h. aus der gesamten Sachlage heraus, zu beurteilen.⁶³³

Hruschka hänvisar här till Ludens översättning från ungefär mitten av 1800-talet. Varför tillägget "d h aus der gesamten Sachlage" använts är inte klart. Möjligen kan orsaken vara att man redan i den moderna straffrättsdogmatikens barndom inte riktigt kunde acceptera att uppsåt knöts till "gärningen" på ett så enkelt och tydligt sätt i den romerska straffrätten. Gärning och "inre" element tänktes redan som helt skilda fenomen. Enligt min mening bör man kunna översätta ordet "re" med gärningen. Följaktligen skulle *dolus ex re*, med en viss travestering av Jareborgs "gärningsculpa" kunna kallas för "gärningsuppsåt".

...eftersom den som dragit ett svärd och genomborrat sitt offer otvivelaktigt har gjort detta med uppsåt att döda. Men den som däremot dödar en människa i ett häftigt slagsmål med en käpp (påk eller nyckel) eller en gryta, även om han använder sig av ett järnredskap, har inte uppsåt att döda. Straffet skall emellertid mildras om ett dödande i ett häftigt slagsmål (en vild strid) skett mer av en tillfällighet än av vilja.

⁶³² Dig, 48, 8, 1 och 3 ur Hruschka, Beweis des Vorsatzes s 195.

⁶³³ Hruschka, Beweis des Vorsatzes Del II s 195.

Man har tolkat detta som en bevisregel, dvs att ur det yttre händelseförloppet skulle dras slutsatser om de "inre fakta" som uppsåtet antogs vara.⁶³⁴ Hruschka betonar att av detta *inte* följer att det var fråga om en bevislättning i form av en uppsåtspresumtion.⁶³⁵ Det skulle helt enkelt ha rört sig om ett normalt sätt att fastställa en gärnings innehåll, styrning eller mening. Andra uttryck för *dolus ex re* förekom:

An dolo quid factum sit, ex facto intellegitur.⁶³⁶

Dolum ex indiciis perspicuis probare convenit.⁶³⁷

"Om något uppsåtligt har inträffat, skall man döma efter händelseförloppet", respektive: "Det är lämpligt att uppsåt bevisas ur de uppenbara (påtagliga) omständigheterna."

Av intresse för sammanhanget är begreppet *vis*, dvs ungefär "våldsgärning". Satsen *in vi dolus malus inest*, betydde att våldsgärningen innefattade *dolus*.⁶³⁸ *Dolus* och *culpa* betraktades inte som ett rent subjektivt "inre" fristående element utan våldsgärningen *-vis- innefattade* *dolus malus* och därmed även att bristande rättsvillfarelse och handlingsskäl beaktats.⁶³⁹ Uppsåt och medveten *culpa* avgjordes således främst genom ett gärningsmässigt resonemang.⁶⁴⁰ Däremot innehöll brottsbeskrivningen ofta en speciell beskrivning av uppsåtet; t *ex animus occidendi* - "förintandeavsikt" eller "dödandeavsikt" och *animus furandi* - "stöldavsikt".⁶⁴¹

Bevisningen av uppsåt syftade således i normalfallet till ett säkert uppsåt, fastställt genom en direkt observation av gärningens mening, i varje fall när det var fråga om att bedöma gränsen mellan uppsåtligt och icke uppsåtligt dödande. Här finns inte någon genomgående tveksamhet eller problematisering, som blir vanlig i den moderna straffrättsdogmatiken. Uppsåtet är på ett naturligt sätt först och främst en uppsåtlig gärning och inte ett fristående

⁶³⁴ Se avsnitt 2.3.2.1.2 under "Dolus ex re" och Henkel, Die praesumptio doli s 578ff och 599. Henkel menade att rättsfiguren *dolus ex re* var motstridig och svårfångad samt dessutom inte heller utförligt behandlad av de rättslärde under 1700-talet. Se även Hruschka, Beweis des Vorsatzes s 196f. Detta menar Hruschka vara helt fel. Som exempel tar han Weber, som beskriver att *dolus ex re* konstateras på ett säkert sätt "...schon aus der Art und Verübungswiese des Verbrechens, aus den äusseren Umständen der concreten Handlung".

⁶³⁵ Hruschka, Beweis des Vorsatzes s 197.

⁶³⁶ Hruschka, Beweis des Vorsatzes s 196.

⁶³⁷ Hruschka, Beweis des Vorsatzes s 196.

⁶³⁸ Mommsen, s 86f.

⁶³⁹ Mommsen, s 87.

⁶⁴⁰ Jfr Hruschka, Beweis des Vorsatzes s 194f.

⁶⁴¹ Mommsen, s 86.

”inre” element, som uteslutande är tillgängligt för en i princip privilegierad kunskap. Detta hindrar inte de romerska juristerna att tala om ett ”dödandesinlag”. Jag återkommer närmare till institutet ”dolus ex re” när det gäller den dagsaktuella diskussionen om uppsåtsbegreppet.

2.2.2.3 KONKLUSION - DEN ÄLDRE RÄTTEN STÖDER VARKEN EN SINNELAGS- ELLER KONSEKVENSETIK

I äldre germansk straffrätt och den tidiga romerska straffrätten, innan det grekiska inflytandet på allvar gjort sig gällande, fanns färre uttryck för hänsynstagande till subjektiva aspekter i den materiella straffrätten än i den senare romerska rätten och i den moderna straffrättsdogmatiken. Detta visar inte att man hade en genomgående konsekvensetisk grund för straffrätten.⁶⁴² Uppsåtet fastställdes förmodligen genom en enkel direkt observation av handlingsmedlen och gärningens typiska förlopp. Det vore felaktigt att tro att detta endast var uttryck för en ”primitiv” kasuistik. Inte heller var dolus ex re i den yngre romerska rätten bara ett sätt att bevisa uppsåt på ett annat sätt än vid den övriga uppsåtsbevisningen. Uppsåtet betraktades inte som ett ”inre” fristående element. En handling ansågs normalt som ett viljaverk och inte som vilja och verk. Man kan därför inte heller säga att uppsåtsbevisningen klarades av med en presumtion, om en presumtion antas vara ett undantag från normala bevisregler.

Det var inte problematiskt att uppsåtet, som t ex dolus ex re, samtidigt uttrycktes processuellt och materiellt. Undantagen och ursäakterna kunde framträda i rättegången, där bevisbördan i viss mån låg på den anklagade. Invändningar som t ex nödvärn iaktogs inte ex officio. Den rättsliga betydelsen av antagandet om ett ”normaluppsåt” och försvaret mot detta kan ha uttryckt flera aspekter på gränsdragningen mellan dolus och culpa.

Det förefaller vara ett någorlunda säkert antagande att den senare romerska straffrätten kan förknippas med en relativt väl utbyggd straffrättslig åtskillnad mellan avsiktlighet och våda.⁶⁴³ Kravet på dolus och andra uttryck för vilja i romersk straffrätt finns ofta som gärningstypiska uttryck i de särskilda brottsbeskrivningarna.⁶⁴⁴ Likaledes är det rimligt att man avhåller sig från förhastade omdömen om äldre talspråkliga kulturers ”primitiva” effekt-

⁶⁴² Antell, II s 1ff.

⁶⁴³ Antell, II s1f.

⁶⁴⁴ Se Waaben, Forsæt s 6ff. Som skuldbegrepp användes exempelvis: dolus malus, sciens dolo malo, sciens prudensque, fraus, voluntas, malitium, consilium, ignorantia, error diligentia och imprudentia.

straffrätt och avsaknad av krav på avsiktlighet. Bevisbördan ligger snarare på den vetenskapliga teori som hävdar motsatsen. Bara en hänvisning till att saker och ting utvecklas är snarare en bekännelse till 1800-talets "stora berättelse" om utvecklingsläran än ett förnuftigt argument.

Sett från ett "mediaperspektiv" blir ett analytiskt synsätt i förhållande till ett operationellt mer framträdande i västvärlden beroende på skriftspråklighe- tens och boktryckarkonstens avancemang på bekostnad av talspråklighe- ten.⁶⁴⁵ Det grekiska alfabetet framträder som den stora grundläggande uppfinningen för västerlandets civilisation.⁶⁴⁶ Bristen på analys och nedtecknande av expli- cita fristående intentionalitetsbegrepp i de sporadiska källor från skriftspråklighe- tens barndom, som vi har tillgång till när det gäller den allra äldsta romerska rätten, bevisar inte att man negligerade intentionaliteten vid ansvarsprövningen. Istället har intentionalitet sannolikt beaktats i sin *funktio- nella* och gärningsanknutna roll i den talspråkliga omgivningen.⁶⁴⁷

Sammansmältningen mellan romersk rätt och "nationell" nordisk tidig rätt bör av detta skäl snarare ses som två aspekter på samma fenomen än som en utveckling från ett "primitivt" stadium av effektstraffrätt till ett utvecklade stadium med sinnelagsinriktad rätt. Från en talspråklig kulturs utgångspunkt beskrivs ansvar och intentionalitet *operativt*, dvs som de *fungerar* i undersök- ningen - dvs i processen - och i en skriftspråklig kultur framträder begreppen som "begrepp", dvs som den "materiella" produkten av en analytisk opera- tion. Detta innebär inte att innebörden i ansvaret och grunden för detta nödvändigtvis måste vara olika. Snarare får man förmoda motsatsen tills annat är bevisat.

Om det inte är sant att den "hedniska" germanska kulturen var så konsekvensetisk som det hävdas, är det ortodoxa konsekvensetiska tänkesättet historielöst. Den "hedniska" romerska rätten, liksom grekisk och mosaik rätt, beskrivs ibland som "extremt viljebaserad", m a o extremt sinnelagsetisk.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Ong, s 94ff.

⁶⁴⁶ Ong, s 106.

⁶⁴⁷ Ong, s 65f. Som exempel på detta nämner Ong olika försök att i en talspråklig kultur få analfabeter att sätta samman 3 bilder av föremål i en serie på 4 bilder där 3 tillhörde en kategori och den resterande en annan kategori: "En av serierna bestod av teckningar av föremålen *slägga*, *såg*, *stock* och *yxa*. Analfabeterna tänkte inte på gruppen av föremål i kategoriserande termer (tre verktyg – stocken inte ett verktyg) utan i termer av praktiska situationer – "situationstänkande" – utan att över huvud taget ägna någon uppmärksamhet åt klassifikationen "verktyg", som någonting som kunde tillämpas på alla föremål utom stocken." ... "En tjugofemårig bonde som var analfabet sade: 'De är lika bra allihop. Sågen kan såga upp stocken och yxan kan hugga den i bitar. Om en av dessa saker måste bort, skulle jag slänga yxan. Den gör inte jobbet lika bra som sågen.'"

⁶⁴⁸ Jareborg, Fragment s 188 och Ansvarslära s 77.

Även denna utsaga verkar ha sin grund i en dikotomi, baserad på tanken att de subjektiva rekvisiten skulle utgöras av "inre" fakta, som är oåtkomliga för andra än gärningspersonen. Om inte heller detta är sant, står inte bara dessa två antaganden historiskt isolerade utan även uppsåtsteorier baserade på den ena eller andra utgångspunkten och/eller dikotomin. Föreställningen att man i historien har valt, och därmed även nu förmodas vara tvingad att välja, mellan dessa två motsatta ideologier, skapar en felaktig problembeskrivning, inte bara för historieskrivningen utan även för den aktuella gränsdragningen mellan dolus och culpa.

2.2.3 SVENSK RÄTT TILL OCH MED STRAFFLAGEN

2.2.3.1 LANDSKAPSLAGARNA

2.2.3.1.1 DOMSTOLSORGANISATIONEN

Under landskapslagarnas tid var domstolsorganisationens lägsta instans häradstinget, hundaretinget och skeppslagstinget, med häradshövdingar och domare som ledare.⁶⁴⁹ I några av landskapslagarna finns spår av äldre ättedomstolar.⁶⁵⁰ Övergången från ättedomstolarna till den modernare domstolsorganisationen skedde i kraft av den centralisering som samhället genomgick under medeltiden.⁶⁵¹ Den ursprungliga processformen, edgårdsmannaprocessen, med sin förhandlingsprincip mellan ätter och med huvudsakligen formell bevisning i form av ätternas egna edsmän i olika antal för olika mål, kom att alltmer ersättas av nämndprocessen med en friare bevisprövning.⁶⁵² Vid sidan av den världsliga domsmakten fanns även vid samma tid de andliga domstolarna med den kanoniska lagen som gällande rätt. I vissa mål, bl a dråpmål, utövade kyrkan en domsrätt även över allmogen, såtillvida att den brottslige skulle försonas med kyrkan utöver det straff den världsliga myndigheten ålade denne.⁶⁵³ Den svenska domstolen, i varje fall under tidig medeltid, var organiserad mer som ett slags politiskt överordnat organ för upprätthållandet av fridsförbundet än som en regelrätt domstol. Ätterna var en slags institutionella parter i processen, analogt med storföretag i dag som parter i en skadeståndsprocess.⁶⁵⁴ Rättegången var ett alternativ till den okontrollerade hämnden och striden. Fridsförbundets primära uppgift

⁶⁴⁹ Hafström, Land och lag s 10ff och Inger, Svensk rättshistoria, s 46.

⁶⁵⁰ Nordström, s 21 not 38.

⁶⁵¹ Inger, Svensk rättshistoria s 46f samt Anners, Svensk straffrättshistoria s 6.

⁶⁵² Inger, Svensk rättshistoria s 52ff.

⁶⁵³ Anners, Svensk straffrättshistoria s 12.

⁶⁵⁴ Jfr Strömholm, Rätten och Europa s 74.

var fred samt begränsning av fejden och hämnden.⁶⁵⁵ Man kan inte tala om en utvecklad statlig straffrätt i egentlig bemärkelse före högmedeltiden.

Domarens uppgift i den medeltida världsliga domstolen var endast att uttala vad som var lag i det enskilda målet. Sakfrågan var inte hans uppgift, utan den avgjordes antingen genom vittnen, edgärdsmän eller nämnd i enlighet med vad som krävdes i de olika måltyperna.⁶⁵⁶

Nämndprocessen präglades av en materiell bevisprövning med inkvisitoriska drag.⁶⁵⁷ Bevisreglerna under landskapslagarnas första tid hörde inte entydigt hemma inom en legal teori eller en fri bevisprövning. I edgärdsålet hade den anklagade bördan att fria sig med edgärdsmän. Om han kunde detta var han fri, kunde han det inte, fälldes han. Någon materiell prövning gjordes inte av sakfrågan. Man kan emellertid inte kalla detta för en bevisbörda i egentlig mening, eftersom eden från edgärdsmännen faktiskt inte utgjorde en materiell bevisning utan endast en trovärdighetsbevisning.⁶⁵⁸ Kritiken mot edgärdsprocessen, bl a från påven under början av 1200-talet och från Olaus Petri under 1500-talet, gick ut på att risken för mened var mycket stor, samt att det var lätt för den anklagade att komma undan, då han kunde tänkas tubba edgärdsmän på olika sätt.⁶⁵⁹

Nämnden tillsattes ursprungligen särskilt för de mål som skulle avgöras genom nämnd. Efterhand kom nämnden att bli alltmer permanent och utgjorde en del av själva domstolen. Nämndemännen utsågs också så småningom av tingsförrättaren och inte, som i början, av parterna, dvs ätterna. Rättegången under medeltiden var helt muntlig. Inga officiella anteckningar fördes.

2.2.3.1.2 ETT MATERIELLT OCH PROCESSUELLT UPPSÅTSBEGREPP

I landskapslagarna skildes ofta och entydigt mellan "viljaverk" och "vådaverk".⁶⁶⁰ Uppsåtsbegreppet respektive gärningsbegreppet som ren

⁶⁵⁵ Anners, Svensk straffrättshistoria del 1 s 6, Jareborg, Ansvarslära s 312 samt Nordström, s 72 och 78.

⁶⁵⁶ Inger, Svensk rättshistoria, s 51.

⁶⁵⁷ Inger, Svensk rättshistoria s 54.

⁶⁵⁸ Jfr Inger, Svensk rättshistoria s 53f. Inger menar att edgärdsprocessen "helt naturligt" kunde ifrågasättas, eftersom edgärdsmännen oftast inte alls hade bevittnat händelsen i fråga. Men detta var inte edgärdsmännens uppgift. Edgärdsmännens funktion var en trovärdighetsbevisning och inte en bevisning i sakfrågan. Se t ex Lindblad, s 11 och 15.

⁶⁵⁹ Inger, Svensk rättshistoria s 54 och Anners, del 2 s 37.

⁶⁶⁰ Se Svenska landskapslagar, s 29 och Jareborg, 1969 s 2. Jfr dansk samtida rätt; Anders Sunnessons parafras av den skånska lagen, kap 67 att "...straffe ond vilje, for fremtiden kan forebygges ved frygt for straf." Ur Hurwitz, s 79 och 116. Se även och Waaben, Forsæt s 2-

kropps rörelse verkar däremot inte vara kända som fristående generella begrepp i landskapslagarna. En gärning utan intentionalitet, såvitt avses den från bedömarens sida relevanta effekten eller skadan i övrigt, beskrevs särskilt som "vådaverk".⁶⁶¹ Intentionaliteten beskrevs normalt inte som någon viljeakt utan enbart i förening med någon slags gärningsbeskrivning. Först fram på 1900-talet blev det alltmer en självklarhet att beskriva uppsåtet som ett från gärningen fristående "subjektivt rekvisit".⁶⁶²

Landskapslagarna var en slags kompromiss mellan de första nedslagen av legal bevisprövning som uppstått under inflytande från den tyskromerska rätten på kontinenten, den inhemska edgärdsmanprocessen och nämndprocessen. Den legala beviseteorin började tränga igenom på allvar först vid mitten av 1600-talet och hade helt slagit igenom i och med 1734 års lag.⁶⁶³

Två "bevisningsmetoder" användes: en affirmativ och en negativ, som Nordström uttrycker saken.⁶⁶⁴ Den affirmativa bestod i den metod som stod den anklagande till buds, och den negativa utgjordes av försvarets. Det är förmodligen överdrivet att hävda att bevisbördan först i och med inflytandet från tyskromerskt håll placerades på kärandesidan.⁶⁶⁵ Den anklagande parten hade en viss börda vid den affirmativa bevisningen i och med kravet att denne normalt skulle framföra sin bevisning först. Kunde inte den anklagande framföra en fullgod affirmativ bevisning, var den anklagade i princip fri från anklagelsen.⁶⁶⁶ Men om saken gällde fridsförbundets ansvarighet eller var av särskilt allvarlig natur som exempelvis dråp och gärning utförd i lömskhet eller ärelöshet, avsöndrades ett utskott från förbundet, en nämnd, vars utlåtande över "factum" gällde som fullt bevis. Gränsen mellan ansvarsbeslutet och konstaterandet av fullt bevis upprätthölls därför inte. Konstaterandet av fullt bevis av nämnden var de facto ett beslut av en rättslig instans. Ett legalt bevisvärde uppkom i och med att beslutet tillerkändes auktoritet. Nämnden kan ses som en beslutsinstans, ett utskott inom domstolen, som utgjordes av medlemmar i fridsförbundet. Internt i nämnden prövades bevisningen fritt.

12. Se dock Hasselberg, Studier rörande Visby stadslag och dess källor s 184ff. Hasselberg upprepar visserligen den vanliga föreställningen om den äldre germanska rättens konsekvensetiska grund, men det motsatta framgår av hans genomgång av Visby stadslag och närliggande lagar.

⁶⁶¹ Hasselberg, Studier rörande Visby stadslag och dess källor s 184ff. Se även avsnitt 4.3.

⁶⁶² Jfr Hagströmer, s 91ff. I rubrikerna kan spåras en gärningsanknuten intentionalitet, under det att skildringen i kapitlet mer utpräglat beskriver dolus som viljeakt eller menalt element.

⁶⁶³ Inger, Svensk rättshistoria s 24 och Lindblom, Studier i processrätt s 44.

⁶⁶⁴ Nordström, s 50f.

⁶⁶⁵ Inger, Kompendium i svensk rättshistoria 2 s 31 och Gärde, Minnesskrift s 394ff.

⁶⁶⁶ Nordström, s 21f.

Detta gällde förmodligen också, fast i mindre utsträckning, inom de andra "bevismedlen" eller domstolsutskotten, som utgjordes av vittnen eller edgärdsmän.

Troligen användes inte tortyr i större omfattning som bevismedel i domstolarna förrän under senmedeltiden.⁶⁶⁷ I mål som var uppenbara, dvs erkända eller då gärningspersonen tagits på bar gärning, behövde endast målsäganden utverka att målet fick denna karaktär. Den anklagade fick då inte försvara sig.⁶⁶⁸

Den anklagade (dvs den anklagade "institutionen") hade full bevisbörd för sin oskuld, liksom den anklagande (dvs den anklagande "institutionen") hade full bevisbörd för skulden. Bägge parter hade en solidarisk börd av bevisningen i förhållande till fridsförbundet ifråga. Således var inte förnekandet ett bevis för oskulden. Erkännandet var däremot ett slags legalt beslut av en institution med rättslig status. Därför medförde erkännandet ett direkt ansvar.

2.2.3.1.3 KONKLUSION – EN GÄRNINGSMÄSSIG OCH DELVIS PROCESSUELL PRÖVNINGSMETOD

Antagligen får nämnden ses mer som ett organ inom domstolen.⁶⁶⁹ Nämndens ed liknar i första hand ett jurybeslut, som gick ut på att förklara den anklagade skyldig eller inte skyldig. Dessa förhållanden förstärker intrycket av att den tidiga medeltida processen hade stora inslag av fri bevisprövning även inom ramen för den egentliga formella processen. Den dogmatiska valören i denna bevisprövning var rimligen flytande och kan inte klart definieras i efterhand. Men så mycket torde vara klart, att man inte kommer verkligheten särskilt nära genom att beskriva processen som helt igenom formell, beroende av ordalier eller stela formella edsavlägganden. Förutsatt dessa förhållanden fick rättegången genom nämndprocessen en viss dragning åt en inkvisitorisk processledning, men med bevisregler som förmodligen sammanföll med en undersökning utförd i en vardagssituation.

Som en del i en nästan fullständigt muntlig process med även muntlig lagutsaga liknar nämnden och edgärdsinstitutet domstolsutskott eller rättsliga organismer. Det är antagligen först i och med att lagutsagan formuleras som text, som dessa utskott övergår till att främst vara bevismedel. Nämnden och edgärdsinstitutet opererade alltså dels som en rättslig instans, dels som be-

⁶⁶⁷ Anners, Del 2 s 37.

⁶⁶⁸ Nordström, s 50ff.

⁶⁶⁹ Jfr Anners, del 1 s 59ff angående den tvådelade romerska processen och Nordström, s 51 not 76. Nordström referar till en dåtida diskussion om nämnden skulle anses som ett domstolsorgan eller ett bevismedel.

vismedel. Det är egentligen två olika aspekter på samma sak, beroende på vilken funktion som väljs som utgångspunkt.

Genom delegationen av bevisvärderingen till "utskotten", till vilka ätterna under lång tid kunde utse deltagarna, fanns även styrkeförhållandet mellan två institutioner med vid bevisvärderingen i processen. Förmodligen var detta inte fallet i samma utsträckning i nämndprocessen som i edgårdsmannaprocessen. Man kan inte jämföra vår tids huvudsakligen personliga straffansvar med den tidens institutionella straffansvar. Den domsrätt, som utövades inom ätten av ätteföreträdaren i sin roll som domare över ättemedlemmen måste också beaktas.⁶⁷⁰ Fridsförbunden accepterade en sådan domsrätt över individerna i ätten.⁶⁷¹ Det är inte uteslutet att betydande delar av skulden också fick utgöra argument i denna "process".

Med hänsyn till processens uppbyggnad och bevisprövningen inom domstolsutskotten, framförallt i nämndprocessen, är det inte rimligt att påstå att den anklagade bar hela bevisbördan för sin oskuld respektive sin uppsåtsinvändning i medeltidens vanligaste straffprocess. Däremot är det troligt att den anklagade fick bevisbördan för en uppsåtsinvändning, om ett gärningsmässigt bestämt uppsåt motsades av en uppsåtsinvändning. Men en sådan börda har mer karaktär av en s k "falsk bevisbördan".⁶⁷² Med den civila karaktär processen hade, fanns inte något behov att tydligt artikulera uppsåtet i andra fall än då en invändning mot detta framförts. Om man beaktar att det i landskapslagarna, i relativt tidig romersk rätt samt förmodligen också i äldre germansk rätt, *ändå* så tydligt skiljs mellan viljaverk och vådaverk, framträder i realiteten ett stort mått av hänsyn till intentionaliteten under denna tid.

Ofta sägs att en allmän uppsåtspresumtion brukades.⁶⁷³ Domarreglerna och Nehrman sägs inskräpa att en sådan presumtion inte fick vara omotbevisbar; man "...bör ej alltid döma om gierningen af utgången, utan efter hans mening och upsåt, som then gjorde".⁶⁷⁴ Kravet på "viljaverk" knöts till de enskilda brotten. Man brukar förklara denna presumtion med genom att betona intrycken från den "kristna skuldanken".⁶⁷⁵ Detta antagande motsägs inte bara

⁶⁷⁰ Nordström, s 21.

⁶⁷¹ Nordström, s 25.

⁶⁷² Ekelöf, IV s 115.

⁶⁷³ Se exempelvis Jareborg, 1969 s 2.

⁶⁷⁴ Waaben, Forsæt. s 225-226. Se även Jareborg och avsnitt 2.2.3.2.3.

⁶⁷⁵ Inger, Svensk rättshistoria s 54ff och även Munktel, Det levande förflutna s 9f. "I primitiv straffrätt toges mycket ringa hänsyn till den handlande personens önskan att verkligen åtstadkomma ett brott...Denna inställning är även på ett primitivt stadium mycket förklarlig: med en relativt låg reflexionsförmåga förenar sig den hos alla primitiva folk starka instinktiva önskan att omedelbart hämnas en liten oförrätt....I hela den sålunda antydda

av de traditioner landskapslagarna ärvt från den äldre rätten utan även av landskapslagarna och dessas processuella kontext. Både reglerna för urbota mål och den tidiga skillnaden mellan mord och "vanligt" dråp samt den tydliga åtskillnaden i landskapslagarna mellan viljaverk och vådaverk pekar mot att uppsåtsprövningen varit reell och viktig.

En inte särskilt sannolik tolkning av frånvaron av explicita uttryck för uppsåt i den "hedniska" straffrätten är att detta skulle bero på att uppsåt hade en exculperande roll till skillnad från en inculperande roll i det senare kristet influerade tänkesättet.⁶⁷⁶ Den i och för sig historiskt riktiga exculpationsmodellen för skuldbedömningen bekräftar varken en "hednisk", "kristen", konsekvensetisk eller sinnelagsetisk linje. Exculpationsfunktionen visar istället att ansvarsprövningen utgått från en *meningsfull* gärning som ett åtminstone preliminärt normaltillstånd. Denna normala meningsfullhet eller intentionalityt utgör därigenom en preliminär inculpationsgrund. Om brist på uppsåt skall kunna exculpera, måste uppsåt också på något sätt varit "inculperande" i ett tidigare stadium av prövningen. Exculpationen måste innehålla ett skäl för att inculpationen upphävs. Om inte annat framgår det av att prepositionen "ex", för att bli meningsfull i detta sammanhang, inte kan tänkas utan begreppet "culpation". Skillnaden mellan ex- och inculpation är analog med skillnaden mellan *defences* och rekvisit. Det förra uttryckssättet verkar fungera exculperande och det senare inculperande. Just *mens rea* uttrycks ofta i denna processuella form i *common law*. Men därmed etableras inte ett mer omfattande skydd för medborgarna i förhållande till rekvisitmodellen. Skillnaden i rättsverkan mellan dessa processuella respektive materiella beskrivningar av förutsättningar för straffansvar består i eventuella olika fördelningar av bördor av bevisning eller åberopande i de olika prövningsmodellerna. En annan sak är att *defence*-modellen är ett korrektere uttryck för den normalt gärningsmässiga skuldprövningen i rättegången.

Det "gärningsmässiga" eller "objektiva" draget i landskapslagarnas "hedniska" och tidigt kristna perspektiv på skuld framstår därför mer som en *preliminär* prövning i processen baserad på en intentionalitytstolkning och gärningstolkning "ex re". Skuldfrågan uppträdde då på ett naturligt sätt som ett "*defence*". Uppsåt bestämdes först och främst på gärningsmässiga grunder i förbindelse med en tolkning av olika gärningstyper, och inte på grund av

föreställningsvärlden, vilken även torde ha behärskat primitiv germansk rätt, åstadkommes en fundamental förändring genom den kristna skuldtanken....Vid tiden för landskapslagarnas tillkomst är denna distinktion genomförd. Lagarna skilja klart mellan viljaverk och vådaverk....Se även Antell, II s 6ff, "Åfsigt att dräpa synes ej hafva erfordrats."

⁶⁷⁶ Jareborg, Ansvarslära s 298.

förekomsten av vissa "inre" fakta. Det extrema sinnelagsetiska tänkandet hör rimligtvis, som Jareborg påpekar, hemma i relationen mellan Gud och mänskliga. Ordalierna, som t ex järnbörden, kan ses som försök att överskrida gränsen till det som ansågs vara tillgängligt för högre makter och inte för människor; ett slags avtvingande av kunskap som inte var tillgänglig för människor.

2.2.3.2 TIDEN UNDER LANDS- OCH STADSLAGARNA T O M 1734 ÅRS LAG

2.2.3.2.1 "UPPSÅTSPRESUMTIONEN" OCH OSKYLDIGHETSPRESUMTIONEN I DOMARREGLERNA

Olaus Petris domarregler ingick från år 1635 i utgåvorna av landslagen och senare även i utgåvorna av 1734 års lag.⁶⁷⁷ Ännu i dag återfinns de i lagböckerna. Reglerna citerades ofta i praxis under hela tiden från 1500-talet till 1800-talet. De betraktades som en primär rättskälla jämställd med lagen. Dock upphöjdes de aldrig officiellt till lag.⁶⁷⁸ Framför allt fick de avgörande betydelse beträffande bevisningen, särskilt för regleringen av åklagarens bevisbörda.⁶⁷⁹ Sannolikt beredde domarreglerna vägen för den legala bevisteorin i Sverige. Olaus Petri hämtade sina intryck främst från tyskt håll och därmed även från romersk - kanonisk rätt. Inger menar dock att domarreglerna "...innehåller till stor del medeltida processregler, som Olaus Petri fann angeläget att ställa samman."⁶⁸⁰ Den skarpa åtskillnaden mellan bevisning och materiell rätt är emellertid en angelägenhet i huvudsak för 1800-talets teori. Domarreglerna kan därför betraktas både ur ett materiellt och processuellt perspektiv.

⁶⁷⁷ Munktell, Domarreglerna s 517ff,

⁶⁷⁸ Schmidt, Die Richterregeln s 303ff. Se även Wedberg, SvJT 1942 s 633 och 635.

⁶⁷⁹ Munktell, Domarreglerna s 517.

⁶⁸⁰ Inger, Svensk rättshistoria s 66.

Den 35:e domarregeln lyder:

Man skall icke alltid döma om gärningar, såsom de gjorda och skedda äro, utan man måste tillse, i vad akt och mening de är gjorda. Man skall döma gärningen efter hans mening, som henne gjorde, om det skett är av berätt mod eller ej. Och därför kan man icke alltid komma honom tjuvsak uppå, som andra något hemligen avhänder, förty det kan hända att en haver tagit vilt, och ment det hava varit sitt som icke var hans, eller annat sådant, eller där en stjal av vanartighet, och annan av rätt fattigdom. Ingen kommer man tjuvsak uppå, med mindre än han haver vetande och med vilja lönnligen tagit en annan sitt ifrån. Så är det ock i alla andra saker, att man måste mera se uppå uppsåtet och meningen, än man ser på gärningen.

Markeringen av uppsåtet, som det väsentligaste i förhållande till gärningen, har drag av en reformatoriskt präglad platonistisk dualism. Olaus Petri verkade i riktning bort från den medeltida thomismens "aristoteliska återkomst" mot en "paulinsk återkomst", som Strömholm uttrycker det.⁶⁸¹ Man kan se detta som ett förebud till den senare naturvetenskapligt inspirerade stränga dualistiska gärningssynen under 1600-talet, vilken blev manifest under uppsynstiden.

Bortsett från detta var den ledande idén i domarreglerna att skydda medborgarna från "...godtycke och hårdhet i rättstillämpningen samt den oskyldige för att dömas för brott, som han icke begått."⁶⁸² Syftet med den 35:e domarregeln var definitivt inte att föreskriva en allmän uppsåtspresumtion, utan att uttryckligen stadga att den "normala" iakttagelsen av avsiktlighet alltid måste kunna genombrytas av indikationer om motsatsen, och att detta skall iakttas ex officio. Eftersom de övriga domarreglerna förmodligen speglar medeltida processregler, ger de också information i om reglerna i den medeltida rätten. Uppsåtspresumtioner i denna kontext medför i huvudsak skenbara lättnader i bevisningen för åklagaren. Sådana presumtioner var snarare ett slags *defences*. Mot bakgrund av den gärningsmässiga prövningen i den medeltida rätten var de närmast en falsk bevisbörda eller enbart en åberopsbörda för den anklagade. Den anklagade måste framföra trovärdiga invändningar mot den konkludent eller explicit anförda karakteristiken av gärningen som "viljaverk". Domarreglernas uppgift var främst att stärka medborgarens skydd.

Varningen mot att ta för lätt på uppsåtsbevisningen upprepas i den sista meningen. Ungefär samma sak kan uttryckas med den allmänna uppsåtsregel,

⁶⁸¹ Strömholm, Rätten och Europa s 14 och s 69f.

⁶⁸² Inger, Svensk rättshistoria s 66f.

som gäller i Brottsbalken i dag. Den 35:e domarregeln inskärper att denna exculperande funktion måste iakttas ex officio.

Olaus Petri har sannolikt tagit intryck av de inkvisitoriska processformerna på kontinenten och vill förstärka deras inflytande på den svenska medeltida straffrätten. I den 29:e domarregeln är en påverkan från den legala bevisteorin tydlig:

Där åklagaren haver intet skäl med sig, eller bevis, eller ock liknelse till sitt klagomål, där är svarandens nej så gott som åklagarens ja, och bör ej tvingas till lagen. Men när åklagaren haver något skäl, bevis eller liknelse, eller ock ett vittne med sig, där är hans ja bättre än svarandens nej och då kommer han till lagen. Där så icke är, sker svaranden orätt, om han tvingas till lagen förty honom bör icke strax gå lag, att honom något vites eller förkastas, med mindre än åklagaren haver halvt skäl med sig, då kommer han till lagen. Men där åklagaren haver full vittne och skäl, på det, som han svaranden viter, där kommer han icke till lagen. Ty att emot uppenbara skäl och vittnen skall ingen städjas till ed, utan han varder då fälld till saken. Men det honom vites med halvt skäl, det må han lägga ifrån sig med lagen.

Åklagarens "något skäl, bevis eller liknelse, eller ock ett vittne" gällde mot den anklagades utsaga för att tvinga den anklagade "inför lagen". Ett "halvt skäl" räckte för att tvinga den anklagade "till lagen". I vissa fall kunde Olaus Petri tänka sig tortyr för att avtvinga bekännelse, exempelvis i högmålssaker.⁶⁸³

I den 31:a domarregeln sägs att vid mål där dödsstraff kan komma ifråga, exempelvis mord och dråp, skulle, då inte bindande bevis kunde företes, saken hänskjutas till en nämnd, som kunde fälla eller fria, med användande av den fria bevisprövning som nämnden traditionellt utövade. Men regeln föreskriver dessutom att då beviskravet inte uppfyllts skulle den anklagade frikännas. Regeln är ett uttryck för principen in dubio mitius. Åklagaren hade därmed i princip bevisbördan enligt domarreglerna.⁶⁸⁴ Den 31:a domarregeln var utan jämförelse mest citerad i praxis.⁶⁸⁵ Beviskravet kan inte likställas med "bortom rimligt tvivel" inte heller kan en modern utredningsstandard förut-sättas. Det vore en övertolkning. Bördan för åklagaren var sannolikt lättare med de bristande utredningsresurser, som då fanns. Beviskravet och utred-

⁶⁸³ Schmidt, Die Richterregeln s 266f.

⁶⁸⁴ Inger, Svensk rättshistoria s 118 och den 39:e domarregeln. Se även Schmidt, Die Richterregeln s 265f. Schmidt visar att i andra skrifter från Olaus Petri finns samma övertygelse om giltigheten av satsen "in dubio pro reo".

⁶⁸⁵ Munktel, Domarreglerna s 521. Schmidt, Die Richterregeln s 315. Den 35:e domarregeln citerades bl a av Göta hovrätt på samma sätt som andra lagrum.

ningskravet var förmodligen i linje med noggrann efterforskning i andra sammanhang i det dagliga livet. I den 31:a regeln sägs att domaren "... bör ingen plåga med mindre han haver uppenbara skäl och bevis för sig.". Samma beviskrav upprepas i den 35:e domarregeln. Beviskravet "uppenbara skäl och bevis" ligger en bra bit över "sannolikt" men når ändå inte upp till kravet "bortom rimligt tvivel". Formuleringen i den 31:a domarregeln att "...saken stundom är så blind att nämnden säger sig varken kunna värja eller fälla" måste därför tolkas mot bakgrund av kravet på "uppenbara skäl och bevis" och inte ses som ett uttryck för en enkel sannolikhetsövertviksprincip.

Bevisbördan för alla omständigheter enligt den 31:a och 35:e domarregeln låg alltså på den anklagande. Samtidigt som reglerna tycks förutsätta att en gärning skall bedömas efter det syfte som kan observeras i gärningen, inskärper man att det åligger domaren att efterforska, om det finns skäl för att ifrågasätta denna förmodan om gärningens syfte. Detta strider mot att domarreglerna utgått från en stark och äkta bevisbörda eller presumtion för uppsåt vid alla gärningar. Synen på uppsåtsbedömningen som särskilt problematisk, och därför utformad som en stark presumtion, verkar inte heller bekräftas av vad Olaus Petri skrivit i övrigt.⁶⁸⁶

Den 35:e domarregeln har kallats ett försök till en skuldlära.⁶⁸⁷ Det kan vara riktigt att här finns en antydning om den moderna straffrättsdogmatikens klassiskt dualistiska gärningssyn och skuldlära från 1890-talet. Enligt min mening är regeln mer en beskrivning av den vanliga medeltida rättens sätt att bedöma gärningar och deras mening. Det speciella för regeln är formuleringen av principen in dubio mitius. Poängen i regeln är inte förenlig med den skuldlära som utvecklats i det klassiska skuldbegreppet. Istället är det en beskrivning av ett uråldrigt icke-dualistiskt uppsåtsbegrepp.

2.2.3.2.2 NEHRMAN OCH "UPPSÅTSPRESUMTIONEN" I DOMARREGLERNA

Nehrman citerar gärna domarreglerna i sina arbeten.⁶⁸⁸ Han skriver bl a i "Jurisprudentiam Criminales" att domaren

⁶⁸⁶ Se t ex Schmidt, Die Richterregeln s 297.

⁶⁸⁷ Schmidt, Die Richterregeln s 294ff.

⁶⁸⁸ Munktell, Domarreglerna s 517.

..bör ej alltid döma om gierningen af utgången, utan efter hans mening och upsåt, som then gjorde...therfore måste Domaren pröfwa, om then är giord af *berådt mod*, eller ej, säger 35 *Dom. Regl.* ty straffet lindras i många brott, när gierningen skedt obetänkt och af hastighet.⁶⁸⁹

Nehrman skriver detta i ett kapitel, som utgör en uppställning av omständigheter vilka lindrar respektive skärper straffet. Detta är alltså en motsvarighet till vad som stadgas i BrB kap 29 beträffande straffvärdebedömningen.⁶⁹⁰ Nehrman's uttalande kan inte tas till intäkt för att en allmän uppsåtspresumtion skulle varit särdeles stark vid denna tid. Av samma skäl som ovan anförts betydde domarregeln, och därmed Nehrman's citat av denna, närmast motsatsen till en presumtion, som medförde lättnader för åklagaren när det gäller bevisningen.⁶⁹¹

Klaus Volk menar att man i tysk rätt vid mitten av 1700-talet ansett en allmän uppsåtspresumtion vara ett undantag från förbudet mot indirekt bevisning i *Constitutio Criminalis Carolina*.⁶⁹² I konsekvensens namn kan det ha varit så, men endast om den legala bevisteorin strikt upprätthölls och bevistemat var ett "inre" faktum, som bevisades genom slutsatser grundade på "yttre" omständigheter. Det är först i och med att uppsåtet förvandlas till ett "inre" faktum och detta blir ett eget bevistemat skilt från gärningens mening, som problemet rörande bevissvårigheterna för det i princip obevisbara "inre" bevistemat uppstår på allvar. Först i och med detta uppträder förhållandet mellan "uppsåtspresumtionen" och presumtionen om den anklagades oskuld som en verklig konflikt.

Nehrman anger uttryckligen att uppsåtbevisningen skulle ske genom s k indirekt bevisning, dvs indicier kunde användas. Detta beskrivs inte som ett undantag från den legala bevisteorin utan närmast som en självklarhet. Det "fulla", "bestämda" uppsåtet ansågs visa sig i gärningen. Prövningen av tillvägagångssättet, t ex vilka vapen som använts, tyder på relevansen av

⁶⁸⁹ Nehrman, *Jurisprudentiam Criminalem* s 30f och 44.

⁶⁹⁰ Första avdelningen, kap V, i Nehrman, *Jurisprudentiam Criminalem* s 87ff motsvarar i flera stycken, såvitt avses uppsåt- och motivhänsyn, dagens straffvärdebestämmelser i BrB under kap 29. Antingen kan det dåtida rättsläget, som det tolkats av Nehrman, sägas vara modernt eller det nutida djupt historiskt förankrat.

⁶⁹¹ Jfr Jareborg, 1969 s 15: "Presumtionen för att företagandet av en straffbelagd gärning är uppsåtligt synes ha varit mycket stark." Jareborg citerar vidare Nehrman enligt följande: "Nehrman finner sig behöva påpeka, att man 'bör ej alltid döma om gierningen af utgången, utan efter hans mening och upsåt, som then gjorde...'" Men Jareborg citerar inte fortsättningen av stycket, där det framgår att Nehrman hänvisar till domarregeln och i sin text i stora drag endast återgivit innebörden av en del av punkt 35.

⁶⁹² Volk, *Dolus ex re* s 614f.

särskilda kriterier för hur en gärning typiskt var att betrakta som utförd med "fullt uppsåt". Detta ligger i linje med den romerska rättens "dolus ex re" och förmodligen även med den övriga traditionen Nehrman är i förbindelse med.

2.2.3.2.3 UPPSÅTSKRAVET I ÖVRIGT ENLIGT NEHRMAN OCH LINDBLAD

Först skall sägas att det knappast är möjligt att skilja mellan vad som skulle kallas för bevisregler för uppsåt och materiella uppsåtsregler i 1734 år lag. Detta visar sig också i Nehrman och Lindblads beskrivning av uppsåtsreglerna. Om en moder till skillnad från en amma låg ihjäl sitt barn ansågs det i första hand vara en olyckshändelse och inte vårdslöshet eller uppsåt, eftersom mödrar normalt räknades som försiktiga. Men exempelvis en moder, som sökt enskilt läge och där ligger ihjäl sitt barn, förmodades vara skyldig till uppsåtligt dödande efter de särskilda regler, som uppställdes efter en förordning av år 1779.⁶⁹³

Nehrman indelade alla brott i dels "äkra" delikt, dels "kvasidelikt". De äkra brotten utgjordes av uppsåtsbrott och kvasibrotten av icke-uppsåtliga brott, dvs huvudsakligen oaktsamhetsdelikt.

Nehrman skriver:

Ett ondt och argt uppsåt at skada någon är således rätta kännetecknet på verum delictum, men när thetta ej finnes, och gierningen med våda skedd är, plägar thetta kallas quasi delictum. Många sådana förekomma i lagen.⁶⁹⁴

Indelningen i "äkra" och "kvasi"-delikt korresponderar med den romerskrättsliga uppfattningen om dolusansvaret som det egentliga området för den offentliga straffrätten. Ett visst dolusansvar utgjorde här en offentligrättsligt fastställd culpa eller skuld, medan andra ansvarsformer, som t ex oaktsamhet, utgjorde en pseudo- eller kvasiskuld, som främst hörde till privatstraffrätten.⁶⁹⁵ Nehrman uppfattade därmed skuldbegreppet ungefär som Binding menar att den egentliga romerskrättsliga culpa- och skulduppfattningen var. Jägerskiöld menar också att även om Nehrman ville söka sig bort från den romerska rätten, var han, särskilt när det gäller culpabedömningen, i hög grad beroende av denna.⁶⁹⁶

⁶⁹³ Lindblad, s 78.

⁶⁹⁴ Nehrman, *Jurisprudentiam Criminalem* s 31.

⁶⁹⁵ Mommsen, s 89.

⁶⁹⁶ Se avsnitt 4.3.

Utöver denna grundläggande roll för uppsåtsbegreppet har Nehrman, främst i samband med redovisningen av de särskilda brotten, en mycket omfattande beskrivning av uppsåtskraven vid brottsligt dödande.⁶⁹⁷ Kapitlets rubrik är "Dråp i allmänhet, och i synnerhet om thet, som sker med wilja." I kap 24 § 1 Missgärningabalken stadgades att "Dräper man eller qwinna någon med wilja, giwe lif för lif." När det gäller kravet på uppsåt till annans död på grund av att ett husdjur orsakat detta menar Nehrman att sådant orsakande endast är intressant då någon "menniskia, af öfwermod, jagar djur eller hissar hund å annan".⁶⁹⁸ I § 6 i Nehrman's bok återkommer det allmänna kravet på uppsåt och kravet på domaren att skilja mellan vållande av annans död och uppsåtligt dråp. I samma paragraf likställer Nehrman nödvärnsinvändningen med bristande uppsåt, förmodligen för att han ser nödvärn som brist på "ont" uppsåt. Nämnas skall att den anklagade hade bevisbördan för att nödvärn förelåg. I missgärningabalken kap 26 § 4 i 1734 års lag stadgades att den som utövar ett nödvärnsdråp i anledning av ett anfall mot egendom skall bevisa sin nödrätt.⁶⁹⁹ I en miljö där uppsåt explicit har karaktären av ont uppsåt, är detta ett naturligt sätt att koppla samman nödvärn och andra försvar som går ut på bristande uppsåt, dvs "fel" sorts vilja eller brist på viss sorts god vilja, viss "skyldig aktsamhet" eller brist på "normal viljestandard", som SRK senare uttrycker det.⁷⁰⁰

Nehrman skiljer mellan olika straffvärda dödanden, liksom mellan äkta- och kvasidelikt, genom speciella beskrivningar av uppsåtets karaktär. Olika beteckningar används som t ex "argt" uppsåt, "gott" uppsåt vid t ex nödvärn, uppsåt i vredesmod, att dräpa "försäteligen" eller i löndom och uppsåt att skada som jämställs med uppsåt att döda. Även här följer han den romerskrättsliga traditionen. Han hävdar ett nästan absolut objektivt dråpansvaret för gärningar som innehåller ett uppsåt att skada.⁷⁰¹ Särskild vikt lägger han vid gärningstypen och de medel som används. Även andra omständigheter hade betydelse. Skillnaden mellan "vanligt dråp" och annat dråp lät han bero på om "...grofwa omständigheter giöra dråpet fahrligare för thet allmänna".⁷⁰² Nehrman ansåg att man kunde indela dessa omständigheter efter vilken som

⁶⁹⁷ Nehrman, *Jurisprudentiam Criminales* s 222ff.

⁶⁹⁸ Det kan tyckas som ett förbiseende att Nehrman inte nämner boarmor. Att tvinga en boarmor på andra under lång tid, skulle förmodligen ha betraktats som ett särskilt lömskt viljaverk. Jfr Westberg, 1988 s 442, Malmberg, 1990 s 16, Samuelsson, 1991 s 146, Svensäter, 1991 s 105, Quitsow, 1995 s 269, Örnemark-Hansen, 1995 s 174, Olsson, 1996 s 321, Moëll, 1996 s 90, Nilsson, 1997 s 149, Aldén, 1998 s 62f, Ryrstedt, 1998 s 219 och Tjernberg, 1999 s 133.

⁶⁹⁹ Lindblad, s 24.

⁷⁰⁰ Se avsnitt 4.5.2.

⁷⁰¹ Nehrman, *Jurisprudentiam Criminales* s 225f.

⁷⁰² Nehrman, *Jurisprudentiam Criminales* s 231.

begått dråpet, om skyldskap eller förtroendeförhållande varit för handen, vidare efter sättet på vilket dråpet skett som exempelvis med gift, i vilket fall det löd under en egen brottsbenämning: "crimen veneficii" eller "förgöring" samt "Stället ther dråpet skedt; och änteligen (4) orsaken, hwarföre någon afhändt annan lifwet."⁷⁰³ Den sista omständigheten var alltså hänsynstagande till motiv.

Skillnaden mellan brotten mord och dråp uttrycktes även av Nehrman som huruvida "fullt" uppsåt" att döda fanns eller ej.⁷⁰⁴ Det "fulla" uppsåtet borde rimligtvis ha en motsvarighet i ett "icke-fullt" uppsåt till effekten annans död. Begreppet "fullt uppsåt (culpa dolo determinata)" återkommer hos Lindblad vid exempelvis barnadråp.⁷⁰⁵ Man kan förmodligen utgå från att Nehrman här menar att det fulla uppsåtet skall omfatta vilja att åstadkomma annans död. Det "fulla" uppsåtet motsvarade således uttrycket "bestämt" uppsåt. "Obestämt" uppsåt fick utgöra den nedre gränsen mot vållande och våda. Det obestämda uppsåtet konstituerade visserligen att dödandet ansågs som viljaverk, men detta uppsåt presumerades med hjälp av ett konstaterat skadeuppsåt.⁷⁰⁶ Denna legala presumtion var uttryckligen en legal omotbevisbar presumtion. Försvaret förebärande att dödandet inte var uppsåtligt tilläts inte. Men vid mord gällde inte denna presumtion. Här krävdes verklig bevisning om att dödandet var avsiktligt. Affekthandlingen ansågs vara atypisk för mord men typisk för "vanligt" dråp. Det typiska mordbrottet utmärktes ofta med begreppet "försåtligt", dvs i enlighet med grundbetydelsen av ordet "dolos". Liksom i landskapslagarna samt lands- och stadslagen var viljadråp i 1734 års lag det normala dråpbrottet. Vådadråpet upptogs t ex som ett undantag i en särskild balk i stads- och stadslagen.

Man bör komma ihåg att straffskalorna i stort sett endast gav utrymme för olika slags grymt avrättande, eftersom alla viljadråp bestraffades med döden. Intresset för att dra en skarp gräns mellan det vanliga viljadråpet och mord påverkades naturligtvis av detta.

Gränsen mellan ett vådabrott (inkluderande vållande), dvs "gierningen med våda skedd är" eller "quasi delictum" och det "onda uppsåtet", dvs "ont, argt uppsåt" vid "verum delictum", ville Nehrman låta vara domarens sak.⁷⁰⁷

⁷⁰³ Nehrman, Jurisprudentiam Criminales s 231ff.

⁷⁰⁴ Nehrman, Jurisprudentiam Criminales s 237.

⁷⁰⁵ Lindblad, Om mord och dråp s 78.

⁷⁰⁶ I *common law* har skadeuppsåtet kvar denna presumtionsfunktion. Se avsnitt 2.3.2.2.2 under "Homicide". Dessa sk objektiva överskott avskaffades formellt vid BrB:s införande. I viss mån har de återkommit i svensk rätt genom straffvärdebestämmelserna i 1989 års reform.

⁷⁰⁷ Nehrman, Jurisprudentiam Criminales s 30.

Och som then anklagade gemenligen plägar neka thet förra (verum delictum, SC) men påstå det senare (quasi delictum, SC); så ankommer thet på Domarens försigtighet; at af **omständigheterna** **pröfw**a, som lagen i annat mål befäller,.....antingen brottet hörer till verum eller quasi delictum...ty lagen anser menniskiornas swagheter, och belägger thessa med lindrigare straff än the förra...⁷⁰⁸

Nehrman knyter gränsdragningen till hanteringen i domstolen av det (även i dag) vanliga försvaret om uppsåtsbrist.⁷⁰⁹ Han kan tänkas mena att "omständigheterna" avser gärningstypiska kriterier, i enlighet med vad som sagts ovan. Vapnen och andra omständigheter avgjorde i flera fall grunden för det "fulla" uppsåtet och därmed om en gärning hänfördes till dråpbrottet respektive mordbrottet. Det förefaller även som om gränsen mellan dolus och culpa drogs i enlighet med sådana omständigheter. Man kan också tänka sig att Nehrman hänvisar till ett billighetsavgörande utanför den egentliga ansvarsprövningen. Som visats ovan var dock gränsdragningen hos Nehrman mellan uppsåt och oaktsamhet helt dominerande för straffvärdet. Uttalandet markerar kanske därför bara att "indirekt" bevisning var självklar, trots utgångspunkten i den legala bevisteorin och att TT:s erkännande eller annan "full" bevisning inte i alla lägen behövdes beträffande uppsåtet. Även mot TT:s nekande kunde "indirekt" bevisning vara full bevisning när det gällde skulden, trots stadgandet om motsatsen i 1734 års lag. Innan den legala bevisteorin slog igenom, var detta knappast ett sensationellt undantag från bevisreglerna, åtminstone inte i nämndprocessen. Förklaringen är sannolikt att man utgick från att intentionalitet kunde observeras direkt som gärningens mening av andra än gärningspersonen. Ett icke-dualistiskt synsätt på uppsåtsbedömningen var ett tämligen okontroversiellt arvegods från tiden före den legala bevisteorins genomförande.

Oaktsamhetsansvaret på andra sidan om uppsåtsgränsen var på samma sätt som uppsåtsansvaret gärningstypiskt beskrivet. Apotekares vårdslöshet, dvs åsidosättande av giftföreskrifter, med dödsfall som följd, medförde böter och kyrkoplikt.⁷¹⁰ Oaktsamhet med eld, som orsakade en annan människas död, medförde full mansbot. Laddad bössa i olåst rum, så att barn kunde komma åt den, medförde 10 dalers böter. Blev någon dödad, för att hanen var spänd, utgjorde boten en hel mansbot. Skador på grund av bristande underhåll på väg och bro, vilket medförde dödsfall, förskyllde halv mansbot. Dråp genom lovliga handlingar, som var förenade med fara för annans liv, straffades efter

⁷⁰⁸ Nehrman, *Jurisprudentiam Criminalem* s 31.

⁷⁰⁹ Jfr oaktsamhetsprövningen av idag i t ex avsnitt 5.3.2. Se även t ex 5.3.4.3.2 under "Klassen 'AktsR'".

⁷¹⁰ Lindblad, *Om dråp och mord* s 126.

hur stor anledning man hade att förutse faran. Nyttiga, nödvändiga, lovliga och olovliga gärningar gav upphov till olika straffvärdeskillnader.

Lindblad drar gränsen mellan vållandedråp och viljadråp ungefär på samma sätt som Nehrman. Han konstaterade att även om missgärningabalken kap 24 § 1 i 1734 års lag endast verkar syfta på vad man då ansåg vara *dolus determinatus*, gavs ändå i stadgandet utrymme för att viljadråpet omfattade *dolus indeterminatus*. Det obestämda uppsåt som här avsågs var i huvudsak inriktat på dödsfall, som uppstått i följd av bestämt uppsåt att med våld angripa andra personer:

...alla de dråp, som icke skett af full våda eller vållande hvilka voro uptagna i en serskild Balk uti Lands och Stadslagarne under namn af Dråp m. br. med våda.....Att man under den tid LandsLagen ännu gälde ansåg ett dråp vara med vilja begånget, eheur det icke varit den brottsliges avsigt att beröfva enannan lifvet, (*dolus indeterminatus* 1. *culpa dolo determinata*) torde få anses tillräckligt styrkt.....⁷¹¹

...då vår lag ...med vilja-dråp förstår ej blott de dråp, som begås med bestämdt uppsåt att skada annan till livet, utan även dem, som ske med uppsåt att tillfoga annan personligt våld af hvad beskaffenhet som heldst,.....⁷¹²

Var det den brottsliges afsigt, att den inträffade effecten och ingen annan skulle uppkomma, kallas det *fullt uppsåt* (*dolus determinatus*). Var åter den brottsliges afsigt icke uteslutande rigtad på en viss effect, utan alternativt på flere rättsviolationer av ett visst slag, kallas det *dolus indeterminatus*, hvilket den Svenska Lagen utmärker med blott ordet *uppsåt* eller *vilja*.⁷¹³

En gärning som resulterat i ett dödsfall, och som utförts med en ond vilja att skada, ansågs vara uppsåtligt dödande även om det rörde sig om uppsåt till lindrig skada. *Aberratio ictus* utgjorde ingen ursäkt. Alla uppsåtliga gärningar, som var förenade med livsfara, betraktades som dråp om den tilltalade borde ha insett livsfaran. Uppsåtsgränsen angavs som dels "dolus indeterminatus", dels som "culpa dolo determinata".

Lindblad nämner likgiltighet som ett rekvisit vid de fall där aga resulterat i dödsfall. Likgiltighet inför huruvida barnet levde eller dog av agan var att likställa med en direkt avsikt att döda barnet. Lindblad avser sannolikt här ett

⁷¹¹ Lindblad, Om dråp och mord s 50f.

⁷¹² Lindblad, Om dråp och mord s 51.

⁷¹³ Lindblad, Bihang s 17.

slags likgiltighets uppsåt, där en viss känsla av likgiltighet inför skadan var avgörande. Han skriver:

Om för öfvrigt barnets död var uteslutande avsigten med det utöfvade våldet, eller om det var föräldrarne likgiltigt, hvilken effecten blef, måste i båda fallen 14: 1 tillämpas.⁷¹⁴

Förmodligen spelar som hos Nehrman skyldskapet en stor roll. Inga goda föräldrar antogs vilja aga sitt barn så svårt av oaktsamhet att detta dog. Lindblad anger i sammanhanget att Bayerska strafflagen "nyligen" försökt att dra upp gränsen mellan dolus och culpa.⁷¹⁵ Han menar att detta är något svårt. Inflytandet från den "moderna" uppsåtsläran i den tyska straffrättsdogmatiken börjar på allvar göra sig gällande. I allt väsentligt är emellertid likheterna fortfarande stora mellan uppsåtsreglerna vid denna tid och den äldre svenska medeltida, romerska och den nutida engelska rätten.

2.2.3.3 FÖRSLAGEN FRÅN LAGCOMMITTÉN ÅR 1832 OCH LAGBEREDNINGEN ÅR 1844

I både Lagcommitténs förslag år 1832 och Lagberedningens förslag år 1844 framhölls på samma sätt som hos Nehrman att gränsdragningen mellan uppsåt och oaktsamhet skulle ske "efter omständigheterna".

Om brott skett med uppsåt, eller af vållande, genom vårdslöshet, oförsigtighet eller försummelse, skall af omständigheterna bedömas.⁷¹⁶

Det är sannolikt att man också syftar på en tolkning av uppsåtet "ex re" och till att lagfästa en gärningsmässig gränsdragning mellan uppsåt och oaktsamhet i de fall där den tilltalade framfört en uppsåtsinvändning. Detta måste ses mot bakgrund av Nehrman och den 35:e domarregelns försiktighetsrekommendation. I Lagcommitténs förslag år 1832 förklarades gränsen mellan vållande och uppsåtligt brott dessutom på följande sätt:

Vållandet skiljer sig således från uppsåtligt brott derutinnan, att det senare förutsätter dels medvetande af gerningens brottsliga beskaffenhet, dels vilja att den, sådant oakadt, begå, då vid vållandet deremot saknas antingen kännedom om gerningens brottslighet eller vilja att åstadkomma den skadliga följden.⁷¹⁷

⁷¹⁴ Lindblad, Om dråp och mord s 122.

⁷¹⁵ Lindblad, Om dråp och mord s 123f.

⁷¹⁶ Lagcommittén 1832 och Lagberedningen 1844, kap 4 §1.

⁷¹⁷ Carlén, s 103, Lagcommittén 1832, s 5-7.

Förslagen från åren 1832 och 1844 beskrev också gränsen mot oaktsamhet på ett betydligt "modernare" sätt. Man ville använda ett slags likgiltighetsuppsåt kompletterat med en sannolikhetsbedömning.

Om han (gärningsmannen; SC) insåg, att döden lika lätt som blott en kroppsskada, kunde af gerningen uppkomma, och det för honom var likgiltigt, hwilkendera påföljden inträffade; eller om han äfwen åsyftade endast den mindre straffbara följden, men likwäl föreställde sig den swårare, såsom sannolik, och sådant oakadt, företog gerningen; så har han i sjelfwa werket, med sitt uppsåt eller sin wilja omfattat ej mindre den ena än den andra följden, och således, när döden inträffat *uppsåtligen* dödat.⁷¹⁸

Två sorters gränsdragningsmetoder används alltså parallellt, dels den äldre gärningsmässiga, där viljaverket bestämdes som "äka delikt", särskilt då ett "defence" om bristande uppsåt framförts som en uppsåtsinvändning att endast "kvasibrott" i form av oaktsamhet förelegat, dels ett mer "modernt" betonat fristående uppsåtsslag.⁷¹⁹

2.2.3.4 TIDEN NÄRMAST FÖRE OCH EFTER STRAFFLAGEN

2.2.3.4.1 "BESTÄMT" OCH "OBESTÄMT" UPPSÅT

Det "modernare" sättet att beskriva uppsåtet kom att dominera debatten för om 1800-talets senare hälft. Gränsområdet mellan uppsåt och oaktsamhet problematiseras därigenom alltmer, och uttryckssättet "obestämt" uppsåt blir allt vanligare. Efter att uttrycket "i uppsåt att döda" användes i förordningen av den 29 januari 1861, uppstod enligt Carlén en debatt mellan dem som ville tolka uttrycket som enbart innefattande ett uppsåt som "...bestämdt var rigtadt på döden såsom gerningens följd" och andra som menade att även

...det mera obestämda uppsåt, som förefinnes hos den, för hvilken *gerningens effekt var likgiltig* eller som, äfwen om han önskade att döden ej måtte följa, dock företog en handling, *den der sannolikt skulle medföra döden*, derest ej opåräknade omständigheter mellankommo.⁷²⁰

Lagkommittén hade enligt det ovan nämnda citatet klart uttalat att uppsåt att döda även kunde vara det obestämda likgiltighetsuppsåtet i kombination med sannolikhetsuppsåtet. Frågan kom därför att huvudsakligen handla om hur

⁷¹⁸ Lagkommittén 1832, (Motiver) s 50.

⁷¹⁹ Se avsnitt 2.3.2.1.2 under "Dolus ex re". Användandet av två sådana parallella gränsdragningsmetoder var vanligt i samtida tysk rätt.

⁷²⁰ Carlén, s 224 ff.

detta obestämda uppsåt skulle uttryckas, eftersom det ändå verkade vara ganska klart att även obestämt uppsåt kunde inrymmas under förordningens uttryckssätt. I Lagkommitténs version hette det, "...har någon dödat annan, den han dock ej dräpa ville".⁷²¹ I förslaget till en ny lagstiftning angående "mord och dråp m m" användes lagkommitténs uttryckssätt. Detta förkastades emellertid av lagutskottet och ändrades till "utan afsigt att dräpa". Lagutskottet ville med sin ändring markera att det obestämda uppsåtet, som Lagkommittén formulerat detta, inte kunde anses innefattat i uttrycket "uppsåt att döda". Både mord och avsiktligt dråp skulle således fordra ett bestämt uppsåt inriktat mot effekten annans död. Innehållet i detta bestämda "fulla" uppsåt förblev i huvudsak okontroversiellt. Som Nehrman tidigare anmärkt kännetecknades det "fulla" och bestämda uppsåtet vid mord och kvalificerat dråp av att effekten var eftersträvad. Detta bestämda uppsåt skulle bedömas efter omständigheterna, exempelvis efter de vapen, som kom till användning, särskilt då TT brukade förneka sitt fulla uppsåt. Metoden att bedöma uppsåt efter "omständigheterna" diskuterades inte nämnvärt i detta sammanhang.

HD invände emellertid att detta uttryckssätt borde utbytas mot lagkommitténs "den han ej dräpa ville." Detta infördes också vid 1862-63 års riksdag i en enhälligt beslutad anmärkning till propositionen vid denna riksdag.⁷²² Lagutskottet höll emellertid fast vid uttryckssättet "utan avsigt att dräpa" men med kommentaren att detta endast var en redaktionell ändring, då man helt delade HD:s åsikt att "i uppsåt att döda" även innefattade det obestämda uppsåtet som Lagkommittén fattat detta. Man var samtidigt inte främmande för ett "objektivt" uppsåt i linje med de åtminstone delvis dagsaktuella rättsfigurerna med ungefär samma innehåll som i anglosaxisk tradition: *imputed*, *implied* och *constructive intent*.⁷²³

HD ansåg att saken var av stor praktisk betydelse, eftersom praxis blivit vilseledd av den förändrade ordalydelsen enligt följande:

... en del domare, med anledning av Lag-utskottets för förändringen anförda och af Rikets Ständer i deras underdåniga skrifvelse i ämnet upprepade motiver, (hafva; SC) ansett sig ej kunna till mord eller uppsåtligt dråp hänföra andra fall, än då gerningsmannens uppsåt bevisligen varit bestämdt och uteslutande riktadt på döden.⁷²⁴

⁷²¹ Carlén, s 224. Se även Lagkommittén 1833 (Motiver) s 50.

⁷²² Carlén, s 225.

⁷²³ Se avsnitt 2.3.2.2.2.

⁷²⁴ HD:s utlåtande i Carlén, s 226.

I och för sig kunde man tänka sig att detta varit en rest från den legala bevis-teorin. Men eftersom problemet inte tidigare tycks ha existerat i någon avgörande mån i denna tradition, måste detta ha andra grunder.

I sin argumentation använde sig HD av följande två rättsfall, som särskilt aktualiserat frågan.

1:O En fånge, som skulle transporteras, beslöt att söka undkomma och för sådant ändamål sätta fångföraren ur stånd att hindra flykten. Han gömde derföre en yxa i åkdonet och då fångföraren vid en brant backe i en enslig skog af någon anledning lät fången vandra uppför backen, framtog denne yxan och högg med eggen af densamma fångföraren i hufvudet, så att han kort derefter dog. Att göra fångföraren oförmögen till motstånd vid den tillämnade rymningen var fångens hufudmotiv. Lyckades detta, var det honom likgiltigt, om döden följde eller ej. Något ovilkorligen, på döden rigtadt, uppsåt var således ej för handen och med godkännade af Lagutskottets åsigt borde således fången ej dömas hårdare än för vållande till död genom uppsåtlig misshandel (ouppsåtligt dråp), hvaremot gerningen, enligt den uppfattning angående betydelsen af uppsåt, som lagkommittén antydt, bordt hänföras till mord.

2:O Å ett fartyg fann sig styrmannen föranlåten att gifva några föreställningar åt en matros. Denne fattar i uppblossande vrede häröfver en knif och sticker dermed styrmannen i halsen, så att en pulsåder afskåres, knifven intränger flera tum i brösthålan och sårar ena lungan, hvaraf styrmannens död ögonblickligen följer. Då emedlertid omständigheterna ej föranledde till antagande att matrosen bestämdt och ovilkorligt traktat efter styrmannens lif, men han dock tydligen kunnat inse, att döden sannolikt af den tillfogade skadan skulle blifva en följd, är förhållandet i detta fall enahanda, som i det förra, med den skillnad, att misshandeln här skett af hastigt mod, och olika meningar hafva derföre yppats, huruvida gerningen borde hänföras till uppsåtligt eller ouppsåtligt dråp.⁷²⁵

HD tillfogade dessutom:

Då man besinnar, att i allmänhet och särdeles vid misshandel af hastigt mod, svårligen, utan gerningsmannens eget erkännande, kan med visshet utredas hvad han vid brottets utöfvande tänkt eller dermed verkligen eller hufvudsakligen åsyftat, skulle den af Lagutskottet och Rikets Ständer hyllade åsigt kunna medföra stor våda för den allmänna säkerheten.⁷²⁶

⁷²⁵ Carlén, s 224ff samt HD:s utlåtande enligt Carlén s 224ff.

⁷²⁶ Carlén, s 227.

HD återför därmed frågan till en integrerad syn på bevismöjligheterna för uppsåt och fortsätter:

Den som beröfvat en annan lifvet, skulle då, hur groft och lifsfarligt det utöfvade våldet än varit, ändock i de flesta fall kunna freda sig från det för mord eller dråp stadgade ansvar, endast han förebure, det han ej haft bestämd avsigt att taga den andre af daga. Sannt är väl, att ondt uppsåt ej må presumeras, och den omständighet, att en begången handling orsakat en annans död, utgör således ej i och för sig tillräcklig grund för antagandet, att gerningsmannens haft uppsåt att döda...⁷²⁷

Insikten att kunskapen om avsikter är privilegierad kunskap är följaktligen utgångspunkten för HD:s angreppssätt på problemet. HD konstaterar att man inte kan skilja det materiellrättsliga uppsåtsbegreppet från dess bevismöjligheter. HD ser däremot - i linje med tidsandan - en "viljeakt", något man föreställde sig vara onåbart för andra än gärningspersonen, som bevisemat.⁷²⁸ Det som inte var ett problem i den äldre rätten, där man utgick från "viljaverk" har blivit ett problem när man skall definiera det separerade begreppet "vilja". HD tecknar följande lösning på dilemmat att bevisa det onåbara i sin fortsättning på ovanstående mening:

...men var gerningen af den beskaffenhet, att gerningsmannen, så vidt ej honom frånkännes vanlig omdömesförmåga, måste antagas hafva insett, att döden, enligt naturens ordning, deraf sannolikt skulle följa, bör han ej kunna undskylla sig dermed att den våldfördes lif möjligen, om särskilda omständigheter mellankommit, kunnat räddas och att för det hufvudsakligen åsyftade ändamålet varit ligkiltigt om så skett.⁷²⁹

Uttrycket "måste antagas hafva insett" är en slutsats om gärningens yttre manifestation - beteendet - för att gärningspersonen har "vanlig omdömesförmåga". Lokutionen "måste antagas hafva insett" spelar en stor roll i rättsbildningen och återkommer därefter i HD:s domar, som nedan skall visas. HD utgår från att om man nu kommit fram till att beteendet "vanligen" innefattar insikt om följderna, skall avsikt att döda anses förelegat. Ligkiltighet inför effekten anses inte tillräckligt för ansvar utan betecknas som ett icke giltigt försvar. Insikten om att följden sannolikt skulle inträda syftar inte en för gärningspersonen aktuell insikt. Insikten är konstaterad på grund av en allmän erfarenhetssats att en normal gärningsperson skulle ha haft denna insikt. HD tolkar därmed inte Lagkommitténs "sannolikhetsuppsåt" som ett modernt

⁷²⁷ Carlén, s 227.

⁷²⁸ Se avsnitt 1.4.2.1.

⁷²⁹ Carlén, s 227f.

sannolikhets uppsåt med en sannolikhet som den framstår för den aktuella gärningsmannen.

HD menar att domstolarna fått en benägenhet att fastna i en "återvändsgränd" genom att anta att det "egentligen" inte går att bevisa uppsåt mot TT:s uppsåtsinvändningar. Lösningen HD anvisar är att uppsåtet ändå skall anses bevisat "indirekt", genom yttre omständigheter. Bortsett från svårigheter beroende på rester från den legala bevisteorin är det tydligt att HD, liksom de domstolar som fastnat i "återvändsgränderna", har accepterat en dualistisk beskrivning av gärningar. Den enda vägen ut ur det dilemma detta givit upphov till är en slags uppsåtspresumtion, fastän denna tycks vara i konflikt med oskyldighetspresumtionen. Uppsåtsprövningen, som inte var särskilt problematisk för Nehrman eller i landskaplagarna och domarreglerna, är nu en problemkälla i både teori och praxis.

HD avråder från att lagstifta om de materiella förutsättningarna för uppsåtsgränsen. Man är medveten om att problemet har flera andra dimensioner och tar sin tillflykt till ett slags sannolikhets uppsåt, via ett billighetsavgörande av vad man tror vara en konflikt mellan två "självfallna" presumtioner:

Äfven, om ej gerningsmannens uppsåt varit uteslutande och bestämdt riktadt på döden, måste han likväl, när han med insigt derom att en sådan effekt, om än ej ovilkorligen, åtminstone sannolikt, skulle af gerningen följa, ändock begick densamma, anses hafva med sin vilja omfattat denna effekt och således haft för afsigt att döda. Att i ett lagstadgande inrymma en noggrann och för alla händelser tillfyllestgörande definition å begreppet "uppsåt" samt fullständigt uppdraga gränsen deremellan och vållande, torde dock svårligen låta sig göra...⁷³⁰

Lagutskottet hävdade att man i sak var helt enig med HD men behöll ändå sin formulering: "utan avsigt att dräpa." Detta är betecknande, eftersom både doktrinen och lagstiftaren utgår från att uppsåtsgränsen kan definieras genom att man precis beskriver och formulerar just det specifika "inre" psykologiska faktum eller element som det "obestämda" gränssnittet utgör. Utskottet ville inte att preciseringarna skulle ske genom lagstiftning utan man ansåg att detta

...tillhörde doktrinen att bestämma hvad dermed rätteligen bör förstås och domaren att i hvarje särskildt fall pröva den brottsliga viljans större eller mindre omfång.⁷³¹

⁷³⁰ Carlén, s 228.

⁷³¹ Carlén, s 228.

Utskottet ville följaktligen tilldela *rättsvetenskapen*, och *inte praxis*, denna precisionsuppgift. Detta är spår av förpostfäktningarna till den då moderna straffrättsdogmatikens segertåg bara några år efteråt, i och med von Iherings objektiva tillräknande och därmed den moderna straffrättsdogmatikens och det klassiska brottsbegreppet födelse. Straffprocessrätt och materiell straffrätt börjar också vid denna tid behandlas som helt åtskilda regelsystem. Bevisproblemen angående det oåtkomliga bevistemat blir inte ett "äkta" straffrättsligt problem utan ett rent processrättsligt, som straffrättsvetenskapen inte behöver lösa. På så sätt försvinner möjligheterna att lösa det grundläggande problemet ur sikte i den härskande läran i doktrinen. Man inleder ett ungefär hundraårigt projekt att definiera gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet med att definiera något, som, ofta det upprepas, betecknas som ett "självfallet" oåtkomligt "inre" faktum.

Efter att Carlén redogjort för de nyare tendenserna i straffrättsvetenskapen, som gick ut på gränsbestämningar med begreppen *dolus alternativus* och *dolus eventualis*, är hans slutkommentar till denna första egentliga uppsåtsdebatt i landet:

En annan fråga är, huruledes uppsåtet att döda skall kunna bevisas, då gerningsmannen förnekar detsamma; ty klart är, att blotta det faktum, att man beröfvat annan lifvet, ej ensamt innefattar tillfyllestgörande bevis, efter den gamla regeln, att uppsåt (*dolus*) ej må presumeras. Men bredvid denna regel står en annan, nämligen den, att en hvar, som i tillräkneligt tillstånd begår en brottslig handling, måste presumeras hafva velat, ej endast sjelfva denna handling, utan äfven den effekt, som, enligt allmän erfarenhets vittnesbörd, af en dylik handling brukar följa. Och man finner då, om man sammanställer dessa regler med varandra, att ej endast förberedelser, mordiska yttranden, o. s .v. utan äfven och företrädesvis de medel, som blifvit använda, det sätt, hvarpå handlingen verkställdes, eller i allmänhet det mer eller mindre intima och omedelbara kausalsammanhanget emellan den yttre gerningen och effekten måste, då andra bevis saknas, tillerkännas afgörande betydelse, dock endast i egenskap av antagligheter, hvilka kunna af andra antagligheter, och således ej blott af historisk bevisning, vederläggas.⁷³²

Carlén utgår därmed också från att en gammal regel finns med förbud mot uppsåtspresumtioner. Han står i brytningstiden mellan legal bevisteori och fri bevisprövning. Han kan kallas den förste "moderne" straffrättssystematikern i vårt land, några år efter Borneman i Danmark.⁷³³ Han förutsätter, liksom HD,

⁷³² Carlén, s 230.

⁷³³ Se Jareborg, 1969 s 18.

att det råder en konflikt mellan de två konkurrerande "presumtionerna". Mycket tidstypiskt ser han emellertid uppsåtsbevisningen som "en annan fråga". Hans lösning är att yttre omständigheter måste fälla avgörandet vid konflikter mellan dessa "presumtioner". Han använder sig m a o av *dolus ex re*, som en parallell gränsdragningsmöjlighet till det moderna sättet att lösa gränsfrågan.

Hagströmer står kvar i den gamla traditionen i varje fall med ett ben. Han försöker att skapa en systematik med tre huvudformer.⁷³⁴ Den första huvudformen gäller brott utförda med en vilja som ett psykologiskt inre faktum, dvs uppsåtliga brott och oaktsamhetsbrott. Den andra och tredje huvudformen utgår från indelningen i fullbordade och ofullbordade brott, respektive huvudbrott och delaktighetsbrott. Enligt Hagströmer är en handling inte bara en kroppsprörelse utan en viljestyrd handling. En handling utan vilja är ingen handling.⁷³⁵

Ett viljande är en nödvändig förutsättning för att ett brott skall kunna komma till stånd. Ty utan viljande ingen handling och utan handling intet brott. Viljandet kan emellertid omfatta mer eller mindre. Härigenom uppkommer motsättningen emellan uppsåtliga brott, brott begångna med rättsstridigt uppsåt, *dolus*, och oaktsamhetsbrott, brott begångna med rättsstridig oaktsamhet, *culpa*.⁷³⁶

Hans handlingslära är i många avseenden lik den finalistiska handlingsläran. Hans systematik och uppsåtslära befinner sig inom den klassiska straffrätts-traditionen, men med inslag av den svenska tidiga funktionalismen genom föreställningen om en samhällsfarlig vilja som straffets grund.⁷³⁷ Hans uppsåtslära utgår främst från motsatsparet bestämt och obestämt uppsåt. Av visst intresse är att han ändå på sätt och vis kan sägas tydligt utgå från en gärningsmässig bedömning av uppsåt.

Så snart en sådan vilja föreligger, har staten tillräcklig anledning att straffa. Bäst vore ock, om så kunde ske. Detta är dock inte möjligt. Ingen kan läsa i en annans inre och se, om han bär på en sådan vilja.⁷³⁸

⁷³⁴ Hagströmer, s 176.

⁷³⁵ Hagströmer, Svensk straffrätt I, Uppsala 1901 - 1905 s 176ff. "Utgångspunkten är ungefär densamma i finalisternas handlingslära men uppboundenheten är stor vid exempelvis viljeaktsbegreppet. Kvar blir intrycket av en ganska extrem subjektivism.

⁷³⁶ Hagströmer, s 176.

⁷³⁷ Hagströmer, s 92.

⁷³⁸ Hagströmer, s 92.

Så långt är detta välkända ord och uttrycker tydligt den "nya" problematiseringen av uppsåtsbedömningen i det klassiska straffrättstänkandet. Han fortsätter:

Det enda, som kan skänka tillförlitlig upplysning härom, är en *yttre handling*, hvori viljan förverkligat sig. Icke ens om det genom personens egen bekännelse eller på annat sätt visas, att han fattat ett rättsstridigt beslut, är detta tillräckligt, för att man skall kunna anse honom mogen för straff. Beslutet måste nämligen, på grund af hvad nyss yttrades, ega tillräcklig fasthet för att kunna hålla ut till gärningens fullbordan; och, om det har detta, därom kan ingen med säkerhet utlåta sig, förr än det kommer till handling.⁷³⁹

Han anser även att försöksgärningen kan ge en tydlig information om den efterfrågade viljan.⁷⁴⁰ Detta är kanske inte särskilt originellt, men han nämner inte med ett ord att det sagda skulle syfta på bevisning av denna samhällsfarliga vilja. Resonemanget är egentligen grundläggande för hans brottsbegrepp.

Thyrén är den som närmaste utformat den traditionella uppsåtsläran i vårt land. Han är starkt uppbounden vid 1800-talets psykologi och vid föreställningen att handlingar består av dels en mekanisk kroppsrörelse i den yttre världen, dels en inre värld av tankar minnen och fantasier, samt dels av bryggorna mellan den inre och yttre världen: "innervationerna". En klarare bild av dualismen kan knappast ges.⁷⁴¹ Han hävdade bestämt att de "hypotetiska teorierna" inte egentligen duger som gränsdragning mellan dolus och culpa.⁷⁴² Thyrén menade dessutom att övergången mellan dolus och culpa inte kunde vara en skarp gräns. Övergången mellan skuldgraderna var kontinuerlig. Detta hindrade honom inte att föreslå att dolus eventualis skulle införas genom lagstiftning.⁷⁴³ Strafflagskommissionen upprepade i stort sett Thyréns idéer.

2.2.3.4.2 LIVSBROTTEN I STRAFFLAGEN

Jag har valt att främst redovisa strafflagen i den version den förelåg år 1964 för att kunna beskriva övergången mellan SL och BrB.

Ett allmänt uppsåtsstadgande motsvarande det i BrB kap 1 § 2 fanns inte i SL, utan ett allmänt uppsåtskrav var i stora drag underförstått där det inte var explicit i stadgandena. Den normala utgångspunkten var viljaverket och den

⁷³⁹ Hagströmer, s 92.

⁷⁴⁰ Hagströmer, s 93.

⁷⁴¹ Beträffande kritiken av Thyrén i detta avseende, hänvisar jag till Jareborg, 1969 s 21ff.

⁷⁴² Thyrén, Über Dolus und Culpa s 153.

⁷⁴³ Se t ex Jareborg, 1969 s 21ff och s 30.

uppsåtliga gärningen. Vid brottsligt dödande bestämdes skuldkravet i varje stadgande i enlighet med den uppsåtsdebatt som föregick lagstiftningen. SL kap 14 hade som överskrift "Om mord, dråp och annan misshandel." Misshandel sågs alltså som en överklass i förhållande till mord och dråp. Misshandel varav döden följt var alltså i princip mord, dråp och andra fall av misshandel som fått döden som effekt. Mord definierades i SL som att med berått mod beröva annan livet. (Särskilda mordgärningar beskrevs t ex i SL kap 14 § 1 och § 18, som särskilt gällde mord genom förgiftning.) Brottsbeteckningarna finns inte sammanfattade i varje brottsbeskrivning som en formell sammanfattande brottsbeskrivningsterm. Betoningen ligger fortfarande i någon mån på nulla *poena sine lege* i förhållande till nullum *crimen sine lege*. Straffansvaret beskrivs ingående i lagtexten och placeras i olika brottskategorier efter förhållandet till effekten i enlighet med en sjunkande straffvärdeskala från uppsåt till annans död med berått mod -mord - vidare till uppsåtligt dödande i hastigt mod - dråp - till ej uppsåt till döden vid uppsåtlig misshandel med berått mod (§4) till uppsåtlig misshandel i hastigt mod varav döden följt (§5) och slutligen till enbart oaktsamt dödande (§ 9). Begreppen "berått mod" och "hastigt mod" avsåg alltså den grad av överväganden, som ansågs ha föregått gärningen. Stadgandet var av blandad bevisrättslig och materiellrättslig natur. I tysk rätt anses numera, liksom i Norden, att uppsåtsansvaret, men väl straffvärdet, inte skall påverkas av tidsutrymmet för eftertanke inför gärningen.⁷⁴⁴ Begreppet "premeditation and deliberation" har däremot spelat en stor roll i många av USA:s staters *criminal law*, när det gäller att fastställa "murder of the first degree".⁷⁴⁵ Man antar numera allmänt att betydelsen minskar. Bl a används det inte i Model Penal Law.

En särskild bestämmelse (§ 43) syftade på de fall då kausaliteten brast mellan misshandeln och dödsfallet - "utan gärningsmannens skuld" - såsom exempelvis då ett dödsfall inträffar för att en skada inte blivit behandlad i tid. I detta fall straffades dödandet som enbart ett oaktsamt dödande. Brottsbeteckningen var dock fortfarande "dråp". En särskild bestämmelse i § 15 stadgade ett ökat straffvärde då ett livsfarligt vapen som kniv, svärd eller skjutvapen användes. Detta var omständigheter som särskilt var straffskärpande. Kategorin dråp innefattade alltså även flera typer av sk objektiva överskott, där döden följt på grund av misshandel. Om gärningspersonen utan egen skuld var retad av den sedan dräpte genom synnerlig misshandel eller svår förölmäpning eller omständigheterna eljest var synnerligen mildrande, kunde straffet nedsättas väsentligt från lägst 10 års straffarbete för dråp till sex år (§ 3 st 2).

⁷⁴⁴ Dreher/Tröndle, s 1026.

⁷⁴⁵ Fletcher, 1978 s 253ff och Model Penal Code, sec. 210. 1ff.

Om någon med berätt mod uppsåtligen misshandlade och dödade en annan dock utan avsikt att dräpa, dömdes gärningspersonen till livstid eller lägst 8 års straffarbete (§ 4). Var omständigheterna synnerligen mildrande kunde straffet nedsättas till fyra år (§ 4 st 2). Var misshandeln utförd i hastigt mod, dömdes gärningspersonen till lägst straffarbete i 4 år och högst i 8 år (§ 5). I lagrummet för brottet kallades gärningsmannen för "dråparen" och offret för den "dräpte". Även beträffande detta brott förekom nedsättning av straffet efter samma kriterier som vid det avsiktliga dråpbrottet. Detta har betecknats som ett s k objektivt överskott. De "objektiva överskotten" fungerade som abstrakta farebrott eller legala presumtioner av uppsåt till dödande.

2.2.3.4.3 AVSKAFFANDET AV DE OBJEKTIVA ÖVERSKOTTEN

I och med BrB försvann de detaljerade och ganska invecklade bestämmelserna, som framförallt baserade sig på straffvärdet i de s k "objektiva överskotten". Man skulle kunna beteckna ett objektivt överskott som ett undantag från skuldprincipen. Man kan fråga sig om inte skadan återigen fått en självständig "objektiverande" roll när det gäller att bedöma straffvärdet efter reformen år 1989.⁷⁴⁶ I BrB kap 29 § 1 st 2 stadgas:

Vid bedömningen av straffvärdet skall särskilt beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han haft.

Stadgandet tolkas i Brottbalkskommentaren som att "...hänsyn inte skall tas till sådana omständigheter som inte täcks av gärningsmannens uppsåt eller oaktsamhet".⁷⁴⁷ Departementschefen menade att, utöver detta, skall en skada, som i och för sig är täckt av insikt och därmed uppsåt, inte skall beaktas om den är ett resultat av "mer eller mindre tillfälligheter".⁷⁴⁸ Hon vill därmed utvidga skuldprincipens roll utöver stadgandets ordalydelse, tolkad i överensstämmelse med den gängse skuldläran, och betonar därmed gärningstypen och/eller den mening eller *speciella syfte* denna och/eller gärningspersonen manifesterat i förhållande till ett enkelt konstaterande av insikt. Den ökade skada som "mer eller mindre" berott på slumpen ses som ett olämpligt "objektivt överskott".

⁷⁴⁶ Se avsnitt 2.3.4.3.

⁷⁴⁷ Brottbalkskommentaren del III s 205. Se även Zila, Det straffrättsliga påföljdssystemet s 43.

⁷⁴⁸ Prop 1987/88:120 s 78.

En verkligt livskraftig klassiker när det gäller objektiverande uppsåtsbedömningar utgör de försvårande omständigheter som skall påverka den "externa" bedömningen av straffvärdet, då en gärning utgjort ett led i brottslig verksamhet enligt 29:2 p 6. I *common law* presumerades genom rättsfiguren *constructive intent* (numera avskaffad) uppsåt för skada på grund av en gärning som utgjort ett led i en brottslig verksamhet. I Tysklands StGB § 211 beskrivs detta som ett av de motiv som är grundläggande för mordansvar.⁷⁴⁹ I svensk rätt har denna "objektiverande" omständighet förts till påföljdsidan. De olika sätten tjänar alla samma "objektiverande" syfte; att öka straffvärdet för en gärningstyp som ingår som ett led i en typisk brottslig verksamhet. Cirkeln ser ut att slutas genom straffvärdereformen år 1989 i BrB.

Att de objektiva överskotten slopades i BrB sågs som ett viktigt principiellt ställningstagande i förhållande till en konsekvensetiskt betingad historisk rest. Frågan är emellertid om man inte missförstått äldre rätt. De objektiva överskotten i SL var mer ett uttryck för en gärningsmässigt bedömd skuld, ungefär som fängelsestraffkommittén, StGB eller *common law* beskrivit saken. Begreppet "objektivt överskott" är i grund och botten en produkt av brottsbegreppet från Beling och von Liszt och syftar på att de objektiva rekvisiten inte täckts av de subjektiva. Detta resonemang förutsätter att en sträng åtskillnad upprätthålls mellan materiell och formell rätt och framförallt en dualistisk syn på den objektiva "rena kroppsrörelsen" eller gärningen "som sådan" och "viljeakten" eller insikter som psykologiskt fristående fakta. Det finns förmodligen inte många förespråkare för objektiva överskott, om man uttrycker saken som Beling och von Liszt. Om man lämnar denna klassiska ram är det tydligt att de flesta rättsordningar håller sig med många omskrivningar av s k objektiva överskott.

Inom den legala bevisteorins ram var inte dessa legala "presumtioner" en anomali. De objektiva överskotten har sitt ursprung i gärningsmässiga bedömningar, som stelnat till mer eller mindre omotbevisbara legala bevisvärden. Det förbjudna försvaret mot dessa legala bevisvärden omgärdades med restriktioner och detaljregleringar, t ex beträffande handlingsmedlen, även i SL fram till BrB:s ikraftträdande. Ibland ses också oaktsamhetsansvaret som en legal presumtion, där ansvaret betingas av att uppsåtsförsvaret förbjudits.⁷⁵⁰ Då en fri bevisprövning används, tar sig dessa gärningsmässiga bedömningar andra uttryck.

⁷⁴⁹ Se Dreher/Tröndle s 1023. Då dödandet utförts i samband med annan brottslighet är denna omständighet ett ansvarsrekvisit enligt "Mordmerkmale der 3. Gruppe", Det skall noteras att uppsåtet i princip skall täcka denna försvårande omständighet.

⁷⁵⁰ Jfr Koriath, s 673 och avsnitt 4.6.2.3.

Debatten i doktrinen om uppsåtsgränsen, under tiden fram till om Brottsbalkens genomförande, har huvudsakligen varit en diskussion mellan anhängare av sannolikhetsuppsåtet och det hypotetiska eventuella uppsåtet.⁷⁵¹ Praxis har tolkats ibland som stödjande det eventuella uppsåtet och ibland sannolikhetsuppsåtet. Ett undantag utgör Jareborgs beskrivning från år 1969 av från de den gängse uppsåtsläran avvikande uppsåtsformerna i praxis.⁷⁵²

2.2.3.5 KONKLUSION - UPPSÅTSPRÖVNINGEN PROBLEMATISERADES VID 1900-TALET BÖRJAN

Bedömningen av uppsåtsgränsen har inte betraktats som en renodlad materiellrättslig fråga förrän vid slutet av 1800-talet i *civil law*-kulturen. Under tiden fram till upplysningsparadigmets verkliga genombrott i rättslivet, var uppsåtsprovningen varken konsekvensetisk eller sinnelagsetisk eller utgjorde en kompromiss mellan dessa. Oförenligheten mellan objektiva och subjektiva teorier verkar snarare vara en efterkonstruktion. Uppsåt bedömdes under århundraden gärningsmässigt som "viljaverk". Det dualistiska synsättet trängde igenom på allvar i svensk rätt först ungefär samtidigt som åtskillnaden mellan processuell och materiell rätt, den fria bevisprovningen och brottsbegreppet från 1800-talets tyska doktrin hade etablerats. Under samma tid skedde också övergången från en inkvisitorisk till en allt mer ackusatorisk processform. I detta sammanhang förlorades stora delar av en gärningsmässig och i denna mening objektiv syn på uppsåtsbedömningen. Istället kom i tysk och svensk doktrin ofta en karaktärsbedömning att ersätta det gärningsmässigt bedömda uppsåtet. Uppsåtsbedömningen övergick till en bedömning av något "inre" skilt från det yttre, dvs viljan skildes från verket.

Uppsåtsbedömningen verkar inte vara särskilt problematisk i äldre rätt. Den historiska gärningsmässiga uppsåtsprovningen, som varken var konsekvensetisk, objektivistisk, subjektivistisk eller sinnelagsetisk i sträng mening, visar hän mot ett historiskt förankrat motsägelsefriere och rättssäkrare sätt att bedöma uppsåt.

"Blicken i sidorutan" mot *common law*-kulturen ger ungefär samma indikationer. Varken engelsk straffrätt eller den äldre straffrätten kan förstås med den begreppsapparat som tillhandahålls av den traditionella moderna straffrätts-

⁷⁵¹ Se t ex Straffansvar, s 68ff.

⁷⁵² Jareborg, 1969 s 45ff.

dogmatiken. Den senaste tidens lösningar, som spjutspetsarna i tysk och engelsk uppsåtsdebatt arbetar med, är inte begränsade på samma sätt.

2.3 UPPSÅT DE LEGE LATA OCH FERENDA

2.3.1 INLEDNING

Uppsåtsbegreppets närmare innehåll är inte lagfäst i många länder. En vanlig uppfattning är att detta utformats av praxis i samarbete med doktrinen.⁷⁵³ De huvudsakliga rättskällorna för den närmare innebörden av dolusbegreppet borde alltså främst återfinnas i rättspraxis, med hänsyn till praxis' högre hierarkiska ställning i förhållande till doktrinen. Agge och Thornstedt påstår också att reglerna för dolus och culpa är sedvanerätt, som har utbildats i rättspraxis.⁷⁵⁴ Strahl nöjer sig med att konstatera att uppsåtsrekvisitet inte förklarats närmare i lagen och kallar uppsåtsrekvisitet för en

..lära med många varianter, vilken leder sitt ursprung från den romerska rätten och har vidareutbildats under en lång internationell utveckling, till synes ännu inte avslutad....

Vad uppsåtsrekvisitet kräver har emellertid genom rättspraxis och doktrin blivit till så väsentlig del bestämt, att ovisshet kan råda endast om vad som kan betraktas såsom uppsåtsbegreppets gränsområden....⁷⁵⁵

Under den långa utveckling begreppet undergått har det alltmer preciserats och förfinats.⁷⁵⁶

I Brottsbalkskomentaren respektive Straffansvarsutredningen sägs:

I svensk lag gives inte någon definition av begreppet uppsåt...Utvecklingen i doktrin och rättspraxis har lett till en mera precis bestämning av vad som i straffrätten skall förstås med uppsåt.⁷⁵⁷

Uppsåtsrekvisitet har traditionellt utformats genom en växelverkan mellan doktrin och rättspraxis.⁷⁵⁸

⁷⁵³ Se t ex Strahl, 1976 s 16, 75f och s 89ff och Straffansvar, s 27.

⁷⁵⁴ Agge-Thornstedt, s 28.

⁷⁵⁵ Strahl, 1976 s 89.

⁷⁵⁶ Strahl, 1976 s 90f.

⁷⁵⁷ Brottsbalkskomentaren del I 1998 s 37.

⁷⁵⁸ Straffansvarsutredningen, del I s 110.

Jareborg anser att det är svårt att få en klar uppfattning om de närmare definitioner av uppsåt och oaktsamhet, som praxis verkligen har givit uttryck åt.⁷⁵⁹ Han anser dock att uppsåtsbegreppets innehåll i huvudsak varit klart i doktrinen.⁷⁶⁰

Waaben skriver följande om gränsen mellan culpa och uppsåt i dansk praxis:

Der er grund til at tro at de uskrevne regler om forsættets og uagtsomhedens afgrænsning i alle væsentlige henseender har stået fast gennem lang tid. De er antagelig blevet til - eller blevet bekræftet - ved et samvirke mellem domstolenes egne vurderinger og udtalelser i den teoretiske litteratur.⁷⁶¹

Den närmare innebörden av uppsåts- och oaktsamhetsbegreppen finns inte reglerad i norsk lag. Andenæs skriver: "Det blir derfor en oppgave for teori og praxis å trekke opp grensene".⁷⁶² Bratholm och Matningsdal anser att definitionen av begreppen uppsåt och oaktsamhet är en uppgift för "retspraxis og teori".⁷⁶³ I finsk och tysk doktrin anses i stort sett samma förhållanden gälla.⁷⁶⁴

I många länder är man således överens om tekniken att inte närmare definiera skuldkravet i lagtext, utan att låta detta skötas av i första hand praxis i samverkan med doktrinen. Hur denna samverkan närmare utformats är däremot inte tydligt. Man tycks föreställa sig att praxis och teori kännetecknas av en harmonisk samverkan. En sådan harmoni är, som förut sagts, emellertid inte självklar.⁷⁶⁵ Inom *civil law*-kulturen kan man inte tala om en självständig domstolsdoktrin på samma sätt som i *common law*-kulturen. Här redovisas öppet ibland skarpa åsiktsskillnader mellan domare och *academics*. Även om man kan se tecken på att domskålen även i svenska straffrättsliga sammanhang är utförligare, saknas ett egentligt forum utöver doktrinen i traditionell mening. Praxis' egen uppfattning om sig själv kommer helt enkelt inte fram, utan doktrinens uppfattning om praxis har tolkningsföreträde. Den rättskälleliga hierarkin är så s omkastad.

⁷⁵⁹ Jareborg, 1969 s 45.

⁷⁶⁰ Jareborg, 1969 s 2.

⁷⁶¹ Waaben, Forsæt s 134.

⁷⁶² Andenæs, Alminnelig Strafferet s 213 och Bratholm, Straffeloven s 150.

⁷⁶³ Bratholm, Straffeloven s 150.

⁷⁶⁴ Waaben, Ansvarslæren s 133. Se även Waaben, Forsæt s 42ff och Frände, Introduktion s 121. StGB § 15 stadgar uppsåt som allmän straffbarhetsbetingelse och i Lackner, s 92, sägs att uppgiften att närmare klargöra innebörden av uppsåtsbegreppet anförtrots åt praxis och doktrin.

⁷⁶⁵ Se t ex avsnitt 1.4.2.5.

Min metod för att nå praxis' "interna" tolkning av sig själv är att utgå från hur tingsrättspraxis värderar prejudikaten på området. Eftersom praxis har en högre rang än doktrinen i hierarkin skulle denna tolkning av prejudikatsläget ligga närmare gällande rätt än t o m en fast doktrinär mening.

Straffansvarsutredningen menar att facit i dag visar att praxis misslyckats att ge en tillfredsställande enhetlig och rimlig reglering av hur uppsåtsgränsen skall dras och av uppsåtsbegreppets närmare innehåll.⁷⁶⁶ Strängt taget har man därigenom endast underkänt den lära, som genom doktrinen tolkning av praxis framkommit genom "samarbetet". Utredningen föreslår att gränsdragningsproblemen löses genom lagstiftning. Man ifrågasätter inte den tolkning av praxis, som normalt görs i doktrinen. Inte heller ifrågasätts den traditionella uppsåtslärens begreppsapparat eller möjligheter att precisera gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet. Man tror inte heller att praxis förmår skapa den enhetlighet som behövs på området.⁷⁶⁷

Samtidigt är det en annan doktrinär tolkning av praxis, som är grunden för underkännandet av praxis' lösningar på området och för lagförslaget. Detta är en indirekt förstärkning av doktrinen ställning i förhållande till praxis. Tidigare fanns åtminstone en arbetsfördelning i "samförstånd" mellan doktrin och praxis. Historien har lärt oss att detta varit betänkligt just på detta rättsområde. I Tyskland finns flera författare, som anser att rättsvetenskapen inte lyckats att definiera uppsåtsgränsen, trots att rättsvetenskapens starka ställning i tysk straffrätt renderat rättsvetenskapen en nära hundraårig option på frågan. Man skall också komma ihåg att det var rättsvetenskapen som, via Thyréns dominerande inflytande, importerat det hypotetiska eventuella uppsåtet från professor Frank i Tyskland på 1890-talet. Dolus eventualis, som Straffansvarsutredningen vill avskaffa, härstammar alltså från tysk "Professorenrecht". Historien verkar upprepa sig. Det finns därför starka skäl för att man denna gång drygt 100 år senare, då en reform på området visat sig vara nödvändig, verkligen utgår från hur praxis själv hanterat uppsåtsgränsen.

Den resterande delen av kapitlet är disponerad enligt följande ordning:

Först behandlas de traditionella uppsåtslärorna med de vanligaste avvikelserna, främst såsom doktrinen beskrivit förhållandena. Därefter beskrivs förarbetena och lagstiftningen. Praxis redovisas sist. Eftersom det förekommer en viss växelverkan mellan rättskällorna på rättsområdet, kan inga vattentäta

⁷⁶⁶ Straffansvarsutredningen del I, s109f.

⁷⁶⁷ Även i Norge och Finland finns förslag att definiera uppsåtskravet i lag. Se Ny straffelov s 279 respektive RP 94 s 15.

skott upprätthållas mellan dem. Särskilt gäller detta engelsk rätt, som av naturliga skäl inte redovisas uppdelat på olika rättskällor, utan i ett sammanhang.

Resultaten från undersökningen av tingsrättspraxis kommer ibland att föregripas i detta kapitel, eftersom genomgången av praxis i detta kapitel koncentreras på de huvudlinjer som visat sig i tingsrätterna. Den närmare beskrivningen av dolus eventualis och de avvikande formuleringarna från detta sätt att dra uppsåtsgränsen i svensk rätt, kommer framförallt att redovisas i samband med genomgången av praxis. Skälet till denna ordning är att avvikelserna främst är bundna till praxis.

Sammantaget beskriver detta kapitel i första hand motsättningen mellan det traditionella uppsåtsbegreppet – med en koncentration på uppsåt till effekter – och därifrån avvikande lösningar, som uppträder i praxis. Man kan också se kapitlet som en uppföljning av Jareborgs nämnda ifrågasättande av motstridiga lösningar i praxis och i doktrinen från år 1969.

2.3.2 UPPSÅTSDISKUSSIONEN I CIVIL- OCH COMMON LAW-LÄNDERNA

2.3.2.1 DISKUSSIONEN OM UPPSÅT I CIVIL LAW-KULTUREN

2.3.2.1.1 ALLMÄNT

Vårt beroende av tysk rättsvetenskap har visat sig vara särskilt starkt vad beträffar gränsdragningen mellan dolus och culpa. Man behöver bara påminna om axeln Thyren - Frank.⁷⁶⁸ I första hand behandlas därför tysk och nordisk doktrin.

I både tysk och nordisk doktrin tycks man, som Thornstedt sade vid nordiska juristmötets förhandlingar år 1960, vara enig om att

Den viktiga frågan är hur det uppsåt, som icke faller inom det centrala uppsåtsområdet, skall avgränsas mot oaktsamhet. Såsom torde ha framgått av referentens framställning är detta problem synnerligen svårlöst...⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ Jareborg, 1969 s 26.

⁷⁶⁹ Thornstedt, NJM s 126.

Denna syn på uppsåtsgränsen som ett problemområde delas även av tysk doktrin. Den relativt oproblematiska uppsåtsbedömningen i äldre tid har blivit något "synnerligen svårlöst" med de gränsdragningsinstrument som den "moderna" straffrättsdogmatiken hitintills förfogat över.⁷⁷⁰

Diskussionen om den närmare definitionen av uppsåtsgränsen har oftast manifesterats som en kamp mellan kognitiva och volitiva läror. I nordisk doktrin har sedan Alf Ross, Strahl och Jareborg siktet varit inställt på att gränsdragningsproblemen skall lösas genom att man helt eller delvis överger den volitiva grunden till förmån för den kognitiva. Som ett sammanfattande exempel på detta kan Straffansvarsutredningens ställningstagande ses. I stället för slagordet "med vett och vilja" lanseras både avsikt och insikt som grund för uppsåtsansvaret, dvs "med vett *eller* vilja."⁷⁷¹ Företrädarna för den kognitiva läran har förespeglat vinster i form av en större realism; framförallt genom en objektivering av förutsättningarna för gränsdragningen.⁷⁷²

Många gånger har striden mellan företrädarna för respektive lära ansetts vara fruktlös.⁷⁷³ Ingen tillfredsställande konsensus tycks ha infunnit sig. Det är därför naturligt att flera pretenderer på en sammanfattande och förlösande tredje väg uppträtt under denna tid. Här ges ett betydande utrymme åt de "tredje vägarna", som visar på lösningar, vars poäng inte har varit att promovera vilje- eller föreställningsteorin som lösning och/eller som betonar den växelverkan som råder mellan process- och materiell rätt.

2.3.2.1.2 TYSKLAND

ALLMÄNT

Schroth ger en ganska pessimistisk bild av det doktrinära läget när det gäller gränsdragningen mellan dolus och culpa.⁷⁷⁴ Han menar att det enda sättet att få en överblick över teorierna i tysk doktrin, är egentligen att göra en lista över alla författares olika teorier. Hans pessimism delas av Herzberg:

"Beide (författaren och läsaren/studenten; SC) spüren, daß der oft enorme theoretische Aufwand irgendwie im Sande verläuft... Die

⁷⁷⁰ Jareborg, Ansvarslära s 314: "Inom straffrätten varade medeltiden fram till slutet av 1700-talet."

⁷⁷¹ Straffansvarsutredningen del I, s 127.

⁷⁷² Se t ex Schmidhäuser, s 250. "Die Möglichkeitstheorie" var tänkt att medföra en verklighetsanknytning och skapa konkretion för bedömningen av medvetandet angående en möjlig följd.

⁷⁷³ Se t ex Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 289 och Jareborg, 1969 s 6.

⁷⁷⁴ Schroth, Die Differenz von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit s 1ff.

Tysk rättsvetenskap befinner sig kanske ändå i ett avgörande och dynamiskt omprövningskede. Man kan skönja det i några av "de tredje vägarna" och hos spjutspetsarna på just detta område. Samtidigt finns andra liknande nya tongångar i engelsk litteratur. Gemensamma utgångspunkter är dels en begynnande omprövning av brottsbegreppet i riktning mot ett icke-dualistiskt begrepp, dels en ökande förståelse för en viktig växelverkan mellan materiell och processuell rätt.

DEN HÄRSKANDE LÄRAN

Den härskande läran i tysk doktrin använder sig av tre begrepp: direkt uppsåt benämnt "Absicht" eller dolus directus av första graden, "wissentlich" eller dolus directus av andra graden och "bedingter Vorsatz" eller dolus eventualis. Begreppen brukar definieras på ungefär följande sätt i förhållande till gärningars effekter.⁷⁷⁶

"Absicht" omfattar det som gärningspersonen eftersträvar; "der direkte Vorsatz" det som gärningspersonen inte eftersträvat men med säkerhet insett skulle inträffa och "bedingter Vorsatz" uppsåt till en effekt (eller moment), som gärningspersonen varken eftersträvat eller insett som säker utan endast sett som möjlig och accepterat följden av om den skulle inträffa. Oenigheten i doktrinen om hur gränsen skall dras, menar man inte delas av praxis. Gällande rätt, enligt den härskande läran i tysk doktrin, anses främst utgöras av olika slags "Einwilligungstheorien", eller former av dolus eventualis.⁷⁷⁷ Uppsåt föreligger, då gärningspersonen anser förverkligandet av effekten som möjlig, tar detta på allvar och "sich damit abfindet". Culpaansvar skulle däremot föreligga, om gärningspersonen tagit risken för effekten av lättsinne och förlitat sig på att effekten inte skulle inträffa. Olika uttryck för gärningspersonens förhållande till effekten är bl a: "...zustimmen oder 'einverstanden' sein..., 'billigen' oder 'billigend in Kauf nehmen'..., 'ernst nehmen'..., 'sich' (um anderer Ziele willen) 'abfinden'... oder bloß 'in Kauf nehmen'".⁷⁷⁸ Den härskande läran i doktrinen tillhör alltså i stora drag det viljeteoretiska lägret.

⁷⁷⁵ Se Herzberg, s 249.

⁷⁷⁶ Roxin, AT s 348.

⁷⁷⁷ Jescheck, AT s 268. Här skall påminnas om att Franks variant av dolus eventualis (1890) riktades mot "Einwilligungstheorien". Han förespråkade en ren kognitiv uppsåtslära, där det för TT säkert föreställda resultatet av gärningen, skulle bevisas genom "...sich in die Seele des Täters zu versetzen". Se Frank, Vorstellung und Wille, s 212.

⁷⁷⁸ Lackner, s 100.

Engisch' "Gleichgültigkeitstheorie" utgör ett slags mellanting. Gärningspersonens culpösa likgiltighet manifesteras av dennes förhoppning att resultatet inte inträder. Handlar gärningspersonen utan en sådan förhoppning, kan likgiltigheten betecknas som dolös.⁷⁷⁹

KOGNITIVA LÄROR

Flertalet av de läror som avviker från den härskande läran, är varianter av kognitiva läror med sikte på ökad realism. Sannolikhetsuppsåtet var främst tidigare aktuellt i tysk doktrin.⁷⁸⁰ Företrädare på senare tid är t ex Herzberg och Frisch.⁷⁸¹ Herzbergs ovan nämnda artikel avslutas med:

*Es kommt für den Vorsatz nicht darauf an, daß der Täter eine erkannte Gefahr ernstgenommen, sondern daß er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat.*⁷⁸²

Herzbergs lösning på gränsdragningsproblemen är att överge viljeteoretiska läror till förmån för kognitiva läror.

Welzels "Einwilligungstheorie" har bevarat vissa drag av sannolikhetsuppsåt.⁷⁸³ Welzel menar att gränsen bestäms av om gärningspersonen räknat ("damit rechnet") med effektens inträde eller inte. Att räkna med en följd respektive att tro att en följd inträffar, som Jareborgs "avsiktlichkeitsuppsåt" förutsätter, bör kunna gå på ett ut. Gränsdragningen med avsiktlichkeitsuppsåt eller med hjälp av Welzels "Einwilligungstheorie" är, trots författarnas mycket olika utgångspunkter, enligt min mening närmast identiska.⁷⁸⁴ Markant är dessutom att i båda fallen används namn, som språkligt förknippas med en volitiv lära. Welzels "Einwilligungstheorie" är också den kognitiva lära, som ligger närmast volitiva läror.

Roxin har betecknat "die Möglichkeitstheorie" som den radikalaste av alla tyska "Vorstellungstheorien" och "Wahrscheinlichkeitstheorien".⁷⁸⁵ Denna teori skulle därmed utgöra den fullständiga motsatsen till viljeteorierna. Schröders och Schmidhäusers "Möglichkeitstheorie" gick ut på att "Vorsatz"

⁷⁷⁹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 186ff.

⁷⁸⁰ Mayer, AT s 121.

⁷⁸¹ W. Frisch, Vorsatz und Risiko 1985 och Herzberg, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986 s 249.

⁷⁸² Herzberg, s 262.

⁷⁸³ Welzel, SR s 68 och Lackner, s 103.

⁷⁸⁴ Jfr Jareborg, 1969 s 324.

⁷⁸⁵ Roxin, AT s 364. Se även Frank, Vorstellung und Wille s 179. Frank kallar von Allmendingens "möjlighetsteori" om ett eventuellt eller obestämt uppsåt för det skarpaste och mest energiska "Vertretung der Vorstellungstheorie".

är för handen redan om "...der Täter sich den Erfolg als möglich vorgestellt habe." Genom ett sådant resonemang försvann egentligen den gamla gränsen mellan dolus och culpa och "Alle Fahrlässigkeit ist unbewusste Fahrlässigkeit."⁷⁸⁶ Lärnan skapar en teoretiskt enkel grund för gränsdragningen genom att beteckna hela gränsområdet som uppsåt.

"DEN TREDJE VÄGENS" LÖSNINGAR

"Skuldabolitionism" och/eller en tredje skuldform

Eser och Wiegend föreslog att man skulle införa en tredje skuldform efter anglosaxisk förebild genom att hela gränsområdet slås samman till en särskild skuldform.⁷⁸⁷ Flera andra förslag har utgått från samma grundtanke; slopandet av gränsdragningen mellan dolus och luxuria genom att särbehandla gränsområdet på olika sätt. Den ovan nämnda "möjlighetsteorin" har även sådana drag.

I samband med behandlingen av nordisk rätt skall två andra läror behandlas, dels den i vilken allt nedanför indirekt uppsåt, dvs gränsområdet som förut-sätts omfatta dolus eventualis, överförs till luxuria (Träskmans modell), dels i vilken hela uppsåtsbedömningen överförs från ansvarsbedömningen till på-följdsbedömningen (Greves modell).⁷⁸⁸ Jag nämner dessa lösningsförslag redan här, eftersom författarna använder sig av samma metodik som "möjlighetsteorin," genom att föreslå slopandet av gränsen mellan medveten culpa och dolus med en omdefiniering av uppsåtsbegreppet. En invändning mot dessa teorier är att nya gränser måste dras istället för de gamla. Det kan vara lika problematiskt att dra gränsen mellan medveten culpa och omedveten culpa som mellan dolus och medveten culpa. Nya gränsdragningar kan också bli aktuella när det gäller relevanta straffvärdeskillnader mellan ett svagt dolus i närheten av negligentia och ett mer "bestämt" direkt eller indirekt uppsåt. "Möjlighetsteorin", Weigends, Esers, Träskmans och Greves läror, innehåller emellertid i olika grad väsentliga utgångspunkter för lösningen av gränsdragningsfrågan, genom att peka på det fruktlösa i sökandet efter den skarpa gränsen mellan dolus och culpa med de verktyg, som den traditionella uppsåtsläran tillhandahåller. Weigends och Esers förslag grundas på insikten om att det uppsåtliga gränsområdet i mycket framstår som ett kvalificerat oaktsamhetsansvar.⁷⁸⁹ Det är enligt min mening ett riktigt teoretiskt

⁷⁸⁶ Se t ex Smidhäuser, 1980 s 242 och 252. Han beskriver 1980 sin variant av denna teori på följande sätt: "Vorsätzliche Tat in Form des unsicheren Tatbewusstseins ... ist ... gegeben, wenn der Täter die (gegenwärtigen und künftigen) Tatumstände für konkret möglich hält."

⁷⁸⁷ Roxin, AT s 378 och Wiegend, 1981 s 657ff.

⁷⁸⁸ Se avsnitt 2.3.2.1.3.

⁷⁸⁹ Se t ex Koriath, s 649.

konstaterande. Begreppet "medveten culpa" är redan det en anomali i en lära som försöker att dra en skarp gräns baserad på "inre" fakta, vare sig faktiska eller hypotetiska. Detta blir särskilt tydligt om "riskuppsåt" används i stället för "medveten culpa".

Här koncentreras den fortsatta uppmärksamheten på de läror som försökt visa på andra vägar, där gränsen dras utan omdefinieringar eller rena "parafraaseringar" av uppsåtsbegreppet.⁷⁹⁰ Dessa lösningsförslag inriktar sig främst på sambandet mellan de materiella uttrycken för uppsåt och bevismöjligheterna. Dessa förslag syftar också till att skapa "realism" genom att objektivitera prövningen på olika sätt.

Hassemers "indikatorkatalog"

Hassemer menar att han funnit en "tredje väg" för gränsbestämningen.⁷⁹¹ Hassemer kritiserar den allmänt omfattade meningen att sannolikhetsuppsåttet, i förhållande till viljeteoretiskt betonade uppsåtstyper, medför en objektivering av bedömningen, som därmed blir mer "realistisk". Han menar att både de kognitiva och de volitiva teorierna arbetar med kunskap om objekt, som man enligt de bägge lärornas brottsbegrepps grundförutsättning inte kan ha direkt kunskap om. Han drar följande slutsats om motsatsförhållandet mellan volitiva teorier och föreställningsläror:

Also haben es auch die kognitiven Vorsatzlehren mit einem unsichtbaren Gegenstand zu tun: der Risiko-Vorstellung des Handelnden (sic); ihre methodische Probleme sind mit denen der volitiven Lehren letztlich identisch.⁶²

⁶²...Rechnet man diese ungefähren und vagen Vorstellungen des Beurteilers von der äußeren Situation dann noch auf die Vorstellung des Handelnden von dieser Situation hoch (wie es die Zurechnung zum Vorsatz ja erforderlich macht), so gerät das zum Versuch, einen Pudding an die Wand zu nageln.⁷⁹²

...allein kognitive Merkmale (können; SC) den Vorsatz nicht kennzeichnen: Sie sind nur notwendig (weil sich ein "leerer" Wille nicht denken lässt), nicht aber hinreichend (weil der Vorsatz, als Entscheidung, mehr ist als bloß Vorstellung und Wissen).⁷⁹³

⁷⁹⁰ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 302.

⁷⁹¹ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 304ff.

⁷⁹² Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 302.

⁷⁹³ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 305f.

Roxin antyder också att motsatsförhållandet mellan föreställningsläror och viljeteorier är en skenbar dikotomi.⁷⁹⁴ Hassemer menar att alla hitintills varande uppsåtsläror, viljeteoretiska eller kognitiva, är

...nicht mehr als eine bunte Paraphrasierung des Vorsatzes, welche ihren Gegenstand umkreist, ohne ihn zu fassen. Wörter wie „Inkaufnehmen“, „Ernstnehmen“, „gleichgültig“, oder „verdrängen“, welche die Entscheidung über die Zurechnung zum Vorsatz unmittelbar tragen soll, sind keine operationalisierten Entscheidungsanweisungen, sondern Bedeutungsträger der Umgangssprache....⁷⁹⁵

Detta är enligt min mening i stora drag en riktig slutsats. Hassemer kommer följaktligen till en slutsats, som ligger nära den härskande uppsåtsläran i *common law*. Det kognitiva elementet ter sig i princip som ett indicium, en "indikator", för uppsåtet.

Men Hassemer tar den grundläggande dualistiska synen på handlingar som kroppsrörelser och mentala moment för given.⁷⁹⁶ Han menar t o m att det är avgörande att man inte kan observera en handlings mening. Detta "faktum" anser han vara utgångspunkten för en realistisk uppsåtslära: "...außerhalb eines Schlußes über Indikatoren können wir vom Vorsatz nichts wissen."⁷⁹⁷

Vad beträffar sammanhanget mellan bevis- och materiella regler för uppsåt säger han:

Es ist nicht sachgerecht, bei der Unterscheidung von begrifflichen Voraussetzungen des Vorsatzes einerseits und der "beweismässigen Feststellung" ihres Vorliegens im Strafverfahren andererseits die Indikatoren des Vorsatzes letzterem zuzuschlagen. Die Indikatoren sind vom Vorsatzbegriff nicht zu trennen, weil sie den Begriff anwendbar machen; sie gehören zu ihm.⁷⁹⁸

Hassemer skiljer dock mellan identifikationen av de indikatorer, som gärningspersonen hade i det enskilda fallet och den generella omfattningen av de indikatorer, som hör till regeln.⁷⁹⁹ Han betraktar den senare frågan som en materiell och den förra som en processuell fråga. Skillnaden mellan processuella regler och materiella regler skulle alltså gälla skillnaden mellan regler och det enskilda fallet. Skillnaden mellan bevisfakta och rättsfakta anses gälla

⁷⁹⁴ Roxin, AT s 367.

⁷⁹⁵ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 302.

⁷⁹⁶ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 304.

⁷⁹⁷ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 304.

⁷⁹⁸ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 304.

⁷⁹⁹ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 305.

frågan om ett faktum tillhör omsatsen i en regel, dvs är ett omedelbart faktum för en rättsföljd, eller om det är ett medelbart faktum för rättsföljden.⁸⁰⁰ "Indikatorerna" skulle alltså tillhöra processuella bestämmelser respektive materiella bestämmelser, beroende på om de medfört en medelbar eller omedelbar rättsföljd. Men "indikatorerna" i uppsåtsbegreppet och vid uppsåts- och oaktsamhetsbevisningen konstateras av Hassemer, liksom ofta av doktrinen i övrigt, vara just tillhöriga uppsåtsregeln och intimt sammanflätade. Hassemer konstaterar att så är fallet men drar ingen slutsats av detta, för "Beim Vorsatz kann das nicht anders sein."⁸⁰¹ Detta blir en ofrånkomlig slutsats, om man argumenterar med utgångspunkt från de två premisserna: dualismen, som beskriver kunskap om andras intentionalitet som principiellt oåtkomlig och den närmast absoluta åtskillnaden mellan rättsfakta och bevisfakta även vid uppsåtsbevisningen.

Hassemer menar att det är nödvändigt att avlägsna sig från någon enstaka allmänt gällande "Indikator" för uppsåt. Istället måste en differentierad och komplex katalog av "Indikatorerna" avgöra uppsåtsfrågan för att man skall kunna uppnå en objektiv, episodisk och realistisk bedömning.⁸⁰² Det är naturligt att Hassemer vänder sig till praxis för att få ledning för sin katalog av indikatorer: "Daß die Vorsatzlehre von der Rechtsprechung hier viel lernen kann, ist nicht zufällig."⁸⁰³

Hassemer menar att indikatorerna kan klassificeras i tre huvudtyper eller tre nivåer:

Die Indikatoren folgen aus der Ratio der Vorsatzbestrafung. Sie befinden sich auf drei Ebenen, die einander voraussetzen; in der gefährlichen Situation, hinsichtlich der Vorstellung von der Gefahr und hinsichtlich der Entscheidung für das gefährliche Handeln.⁸⁰⁴

Såttillvida finns gemensamma drag med det tredje "paradigmet", enligt Schroths indelning av olika uppsåtsläror. Schroth menar nämligen att man, trots den i princip oöverskådliga mängden av uppsåtsläror, kan urskilja tre "Abgrenzungsparadigmen": de som bygger på "vilje-element", kognitiva element respektive på "psychische Verarbeitung des Risikowissens".⁸⁰⁵

⁸⁰⁰ Ekelöf, IV s 12f och I s 32.

⁸⁰¹ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 306.

⁸⁰² Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 306.

⁸⁰³ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 306.

⁸⁰⁴ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 309.

⁸⁰⁵ Schroth, Die Differenz von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit s 6.

Hassemer menar att syftet med uppsåtsklandret i gällande rätt är att bedöma gärningspersonens inställning till normen eller till det rättsgoda. Ansatsen är i princip funktionalistisk. I stället för att se *dolus eventualis* och "Fahrlässigkeit" som försök att beskrivna verkligheten, betraktas de som

...Fragen, wie wir das Verhalten unserer Mitmenschen angemessen deuten.⁸⁰⁶

Obestridligen är det realistiskt att utgå från praxis' bruk av "indikatorer" för att fastställa uppsåt. Men samtidigt är detta ingen lösning, eftersom man ändå utgår från att det är volitiva eller kognitiva psykiska element, som skapar dessa indikatorer. Även om man utgår från ett bedömningsperspektiv och ett tolkningsperspektiv av psykiska och relevanta element, återkommer samma grundförutsättning som skapat gränsdragningsproblemen för den klassiska uppsåtsläran; viljan respektive de kognitiva momenten antas inte direkt kunna observeras.⁸⁰⁷ Detta försök förblir alltså inte mer realistiskt än de grundläggande förutsättningarna Hassemer själv bedömt som orealistiska: att kunna se in i någons huvud. Slutsatsen måste vara att om man skall uppnå en realistisk objektivisering av uppsåtsgränsen, som hans ambition är, måste man uppge både premissen att det är omöjligt att observera andras intentionalitet direkt och den absoluta åtskillnaden mellan formell och materiell rätt. Om de materiella "indikatorerna" uttrycks som *defences*, ett uppslag som Hassemer tangerat men avvisat, kan en objektivisering ske genom att i lag eller praxis beskriva och värdera de särskilda uppsåtsinvändningarna.⁸⁰⁸ Resultatet av denna metod är emellertid att det allmänna uppsåtskravet förvandlas till särskilda uppsåtskrav för de olika brotten. Objektiveringen tenderar att sluta i kasuistik. *Common law* representerar en omfattande och mycket stabil tradition i domarkåren med sekler på nacken. *Civil law*-traditionen har inte denna stabilitet. Det är inte lätt att införa ett system liknande *common law* i en tradition utan denna stabilitet. Risker för godtycke blir stor.

Sammanfattningsvis måste man konstatera att den modell som Hassemer förespråkar, inte innebär realism och objektivisering i högre grad än de läror han angriper. Det är visserligen ytterst förtjänstfullt att visa den skenbara ökningen av realismen i de kognitiva lärorna och att ingenting har uppnåtts genom alla parafraiseringar under de decennier som gått. Men det värdefullaste bidraget är ansatsen att objektivera uppsåtsprövningen genom att i första hand lära av praxis' differentierade rekvisit. Även om det inte är något nytt att

⁸⁰⁶ Schroth, Die Differenz von *dolus eventualis* und bewusster *Fahrlässigkeit* s 6.

⁸⁰⁷ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 309.

⁸⁰⁸ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 305.

betona "mentes reae" i stället för mens rea finns i alla fall här en utgångspunkt för en äkta realism i uppsåtsprövningen.

Dolus ex re

Begreppet "dolus ex re" har här översatts med ordet "gärningsuppsåt". Användningen av begreppet under den legala beviseteorins dagar, liksom under tiden för den inkvisitoriska processen och under brytningstiden mellan den akusatoriska och inkvisitoriska processen, präglades av dessa tiders särskilda förutsättningar. Dagens doktrinära gärningsuppsåt har befunnit sig i skuggan av andra gränsdragningsmetoder fram till 1990-talet.

Begreppet dolus ex re har hävdats vara både ett bevisrättsligt och ett materiellrättsligt fenomen. Här behandlas därför frågan om uppsåtspresumtioner och dolus ex re i ett sammanhang. Ibland behandlas nämligen dolus ex re och praesumptio doli som identiska rättsliga fenomen i doktrinen.⁸⁰⁹

Diskussionen om en allmän skuldpresumtions berättigande var särskilt aktuell vid tiden, då den fria bevisprövningens princip slutligt ersatte den legala beviseteorin. Bevisningen av uppsåt ansågs utgöra ett undantag från förbudet i Constitutio Criminalis Carolina mot indiciebevisning.⁸¹⁰ Det räckte m a o att de yttre omständigheterna med viss styrka pekade på uppsåt för att uppsåt skulle anses föreligga. Saken uttrycktes med formuleringarna dolus consequens ex re, dolus ex re, Vorsatz ex re, dolus in re ipsa eller rent processrättsligt som praesumptio doli.⁸¹¹ I och med att den fria bevisprövningen genomfördes, förstärktes intrycket av att undantaget från förbudet mot indiciebevisning för uppsåtsbevisningen inte behövdes längre. Vid samma tid kom också åtskillnaden mellan process och materiell straffrätt alltmer att betraktas som en absolut gräns.⁸¹² Detta medförde att frågan om vad som var bevisemat vid uppsåtsbevisningen s a s föll emellan två stolar; den tillhör inte omedelbart bevisfrågorna i sträng mening och inte heller de materiella frågorna. Hålls dessa båda ämnesområden strikt isär, kan det förefalla självklart att det är uppsåt, bestämt som ett psykiskt faktum i enlighet med den traditionella uppsåtsläran, som skall bevisas, eftersom bevismöjligheterna av detta faktum inte tillhör den materiella rätten i sträng mening.

Henkels artikel från 1956 om "Die Presumptio doli" i tysk rätt kan exemplifiera de senast nämnda tankegångarna.⁸¹³ Henkel, som i första hand har process-

⁸⁰⁹ Se t ex Henkel, Praesumptio doli s 599ff.

⁸¹⁰ Volk, Dolus ex re s 615.

⁸¹¹ Volk, Dolus ex re s 619.

⁸¹² Lindblom, Studier i processrätt s 20.

⁸¹³ Henkel, Die praesumptio doli s 578ff.

rättsliga utgångspunkter, har behandlat frågan om förefintligheten och lämpligheten av en allmän uppsåtspresumtion i tysk rätt. Henkel menar att uppsåtsbevisningen är en "*Indicienbeweis* aus äußeren Tatsachen im Hinblick auf eine innere Tatsache".⁸¹⁴

...vielmehr besteht für den Nachweis des deliktischen Vorsatzes, wenn ihn der Beschuldigte nicht gesteht, eine ausgesprochene Beweisnot, die dadurch begründet wird, daß der Vorsatz als *innere Tatsache*, als Bewusstseins- und Willensvorgang, auch während des Geschehens selbst dem Dritten als Beobachter nicht sinnlich wahrnehmbar ist.⁸¹⁵

Uppsåtsbedömningen framstår som speciellt problematisk för Henkel. Bevisningen av skuld, framförallt vad det gäller uppsåt, kallar Henkel efter Geyers förebild, "'Die Achillesferse' des Beweisrechts".⁸¹⁶ Han avfärdar tanken på att *dolus ex re* skulle handla om "*Bestandteile des materiellen Rechts*".⁸¹⁷ Henkels två grundförutsättningar är alltså dels vad Ryle betecknar som problem nr 3, nämligen att andra människors själsliv aldrig kan vara omedelbart tillgängligt, dels utgångspunkten att det existerar en skarp åtskillnad mellan formell och materiell rätt.⁸¹⁸ Henkel representerar på så vis särskilt tydligt 1950-talets optimism beträffande den tyska straffrättsvetenskapens möjligheter att lösa gränsdragningsproblemen genom materiella uppsåtsdefinitioner.

Eftersom det "inre" faktum som uppsåtet anses vara måste bevisas, är man enligt Henkel alltid hänvisad till indicebevisning och till allmänna erfarenhetssatser. En allmän *dolus*presumtion anser han strida mot den fria bevisprövningens princip. *Dolus* måste därför bevisas på samma sätt som andra fakta. Henkel menar att den allmänna uppsåtspresumtionen sedan början av 1800-talet "lidit skeppsbrott" i tysk rätt.⁸¹⁹ Frågan om en allmän uppsåtspresumtion skulle helt ha förfallit efter att inkvisitionsprocessen övergivits och den fria bevisprövningens princip segrat.⁸²⁰ Ett stadgande om en allmän uppsåtspresumtion infördes av Feuerbach i Bayrisches Strafgesetzbuch av år 1813, artikel 43. Redan 1818 tog Feuerbach dock tillbaka sin åsikt. Regeln förvandlades enligt Henkel därmed till enbart en "natürliche Vermutung", dvs en *praesumptio de facti* eller en allmän erfarenhetssats. Även om en ille-

⁸¹⁴ Henkel, *Die praesumptio doli* s 579.

⁸¹⁵ Henkel, *Die praesumptio doli* s 578.

⁸¹⁶ Geyer, *Der Beweis in Strafsachen*, Holzendorffs Handb. Bd. 1, 1879, s 191, citat ur Henkel, *Die praesumptio doli* s 578. Se även Fletcher, 1978 s 525 ff.

⁸¹⁷ Henkel, *Die praesumptio doli* s 585.

⁸¹⁸ Se avsnitt 1.4.2.1.

⁸¹⁹ Henkel, *Die praesumptio doli* s 582.

⁸²⁰ Henkel, *Die praesumptio doli* s 584.

gitim allmän uppsåtspresumtion ersatts av en legitim allmän erfarenhetssats, skulle det kunna finnas exempel på "praesumptio doli specialis" indirekt eller direkt i de speciella brottsbeskrivningarna i lagtexten.⁸²¹ Trots att det tidigare var vanligt att doktrinen betraktade uppsåtspresumtioner - ofta benämnda "Schuldvermutungen" - i lagtexten som särskilda undantag från principen om den fria bevisprövningen, anser ändå Henkel att dessa inte är presumtioner i egentlig mening.

Den gamla häleribestämmelsen i StGB § 259 innehöll länge något som i den härskande läran ansågs vara en uppsåtspresumtion. Uppsåtskravet ansågs vara uppfyllt, inte bara om gärningspersonen visste att det var fråga om föremål som åtkommit på brottsligt sätt, utan även om han beträffande detta faktum, "den Umständen nach annehmen muß".⁸²² I dag innehåller häleristadgandet i StGB § 259 inte denna passus.⁸²³ Frågan huruvida uppsåtspresumtioner existerade kom därför i viss mån att koncentreras kring häleribrottet och bestickningsbrottet, som hade en liknande formulering. Debatten om den förutvarande formuleringen i § 259 innehåller flera viktiga utgångspunkter för argumentationen, i frågan om dolus ex re och uppsåtspresumtioner. Att stadgandet betraktades som en presumptionsregel bekräftades även av Reichsgericht år 1920.⁸²⁴ Domstolen menade att stadgandet besparade domstolen det svåra beslutet att av yttre omständigheter dra slutsatser om "det inre" och skrev bl a:

Wer annehmen mußte, von dem wird kraft Gesetzes vermutet, daß er auch angenommen hat. Ein in Beziehung auf den Vorsatz unvollständiges Beweisergebnis wird also durch eine gesetzliche Beweisregel bis zur vollen Schuld ergänzt.⁸²⁵

Då Henkels artikel skrevs, var detta den härskande läran. Men Henkel och en del andra samtida kritiker av domen, menade att stadgandet ändå inte borde kunna tolkas som en doluspresumtion eller dolus ex re.⁸²⁶ Skälet för ifrågasättandet var delvis en annan tidigare dom från Reichsgericht, där domstolen hävdade att formeln i § 259 endast

...darauf hinweisen, daß der Richter ganz nach freiem Ermessen zu beurteilen hat, ob im Hinblick auf die gesamten vorliegenden Ums-

⁸²¹ Henkel, Die praesumptio doli s 584 , 585.

⁸²² Henkel, Die praesumptio doli s 586.

⁸²³ Rättsläget i dag är enligt Lackner , s 1044, följande: "Nach Wegfall der im früheren Recht vorgesehenen Beweisregel ("oder den Umständen nach annehmen muss"...) ist der Vorsatz nach den allgemeinen Regeln des Prozessrechts festzustellen..."

⁸²⁴ Henkel, Die praesumptio doli s 586.

⁸²⁵ Henkel, Die praesumptio doli 587 och RGSt. 55, 204ff.

⁸²⁶ Henkel, Die praesumptio doli 588.

tände anzunehmen sei, daß der Angeklagte daß *Bewusstsein* von dem strafbaren Erwerbe gehabt habe.⁸²⁷

Binding, Welzel, Bockelman och Schmidt menade att stadgandet endast var ett påpekande att invändningen från gärningspersonen, att han inte vetat om godsets brottsliga åtkomst, kunde bli vederlagt genom yttre omständigheter som ett uppenbart häleripris eller hemlighetsmakeri i samband med överlåtelser.⁸²⁸ Formeln skulle alltså i stort sett bara vara en påminnelse om att uppsåtsinvändningar kan vederläggas av yttre omständigheter, dvs en påminnelse om att indicier kunde, i kraft av den fria bevisprövningens princip, användas vid uppsåtsbevisningen.

Henkel var i huvudsak av samma åsikt men ifrågasatte antagandet på två punkter; dels att stadgandet endast hade som syfte att undanröja uppsåtsinvändningar, dels att det skulle röra sig om primafaciebevisning, där typiska gärningsomständigheter skulle ha en avgörande betydelse.⁸²⁹ En sådan bevisning menade Henkel vara hemmahörande i civilprocessen, där bevisbördan mellan parterna är en äkta fördelning av bevisbördan. I straffprocessen står den materiella sanningen i centrum och bevisbördan ligger helt på åklagaren.

Henkel erkänner dock att typiska drag hos gärningen, undantagsvis, måste få genomslag i uppsåtsbevisningen.⁸³⁰ Men han menar ändå att "*man*" inte får ersätta "*er*". Formeln i § 259 var därför enligt honom inte ett åsidosättande av kravet på aktuell insikt till förmån för en normalinsikt utan

...gestattet also nicht die Beweiswürdigung auf Grund einer typisierenden Betrachtung und Beurteilung, sondern erfordert eine Beweiswertung, die die ganze Fülle der Individualität des Falles und der Persönlichkeit des Erwerbers einbezieht.

Han menar att en sådan typisering vid bevisningen inte ens accepteras i civilprocessen:

Lehre und Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht ziehen dieser besonderen Beweisart eine Grenze, indem sie sie (sic) für den Nachweis von *inneren Vorgängen*, Bewusstseins- und Willensabläufen, nicht zulassen, aus dem einfachen Grund, weil im Bereich der geistigen und seelischen Reaktion des Menschen nicht mit einer Typik der Geschehensabläufe gerechnet werden kann.⁸³¹

⁸²⁷ RGSt. 25, 221f.

⁸²⁸ Henkel, Die praesumptio doli s 587.

⁸²⁹ Henkel, Die praesumptio doli 589f.

⁸³⁰ Henkel, Die praesumptio doli s 589f.

⁸³¹ Henkel, Die praesumptio doli s 590.

Henkel säger därför slutligen att formeln i § 259 var "...einen Hinweis auf einen besonderen Weg des Indizienbeweises unter freier richterlicher Beweiswürdigung enthält."⁸³² Liknande regler som i § 259 skulle alltså vara någon slags bevisregel i vidare bemärkelse. Den närmare karaktären av dessa "bevisregler" eller anvisningar för domstolen klargör han dock inte. Han anser att språnget mellan bör eller måste ha insett och har insett bara är skenbart, eftersom detta alltid görs i alla indiciebevisningar. Tolkningen av ordet "muss" måste utgå från dess två olika betydelser; dels normativ i betydelsen av "böra", dels "...als die notwendige Folge eines Geschehens aus einem anderen Ereignis oder Zustand."⁸³³ En sådan regel som § 259 skulle därför inte vara nödvändig om fri bevisföring används, eftersom möjligheten att gå från "måste ha insett" till "han har insett" är grundlagd i all fri bevisprövning. Han slutar sin undersökning av "Reichsstrafgesetzbuch" och specialstraffrätten med att konstatera att "...das geltende Reichsstrafgesetzbuch kein einzige echte praesumptio doli enthält."⁸³⁴ Likaså skulle alla uppsåtspresumtioner i specialstraffrätten i stort sett endast vara skenbara presumtioner.

Beträffande dolus ex re i praxis menar han att "'dolus ex re' erweist sich als Truggebilde einer Dolus-Vermutung,"⁸³⁵ Visserligen finner han exempel på detta, liksom han erkänt detta vara fallet vid ovan refererade fall angående StGB § 259, men han påstår att

...Eine solche Umgestaltung eines positiv-rechtlich gegebenen Tatbestandes (§ 332) durch richterliche Auslegungsmittel muß als unzulässig bezeichnet werden....

...Allen diesen richterlichen Vermutungen muß ein entschiedenes Veto entgegengesetzt werden."⁸³⁶

Henkel kallar det förvånande nog en "lohnende Aufgabe" att utröna i vad mån praxis arbetar efter dolda eller äkta "Dolus-Vermutungen". Uttalandet måste tolkas i kontexten av en förmodan om ett stort antal av dessa förbjudna exempel på dolus ex re i praxis och att botemedlet är att inlägga ett rättsvetenskapligt beslutsamt veto mot dessa. Därmed sluter han dörren till praxis' lösningar.

Han menar att uppsåt skall bevisas in concreto i det enskilda fallet. Kan inte åklagaren detta, träder principen in dubio pro reo in. Henkel måste ha rätt i att

⁸³² Henkel, Die praesumptio doli s 590. Jfr Wimmer, Das Annehmenmüssen im Fehleritabestand s 321ff angående hans "Methode der Realfaktoren".

⁸³³ Henkel, Die praesumptio doli s 590f.

⁸³⁴ Henkel, Die praesumptio doli s 597.

⁸³⁵ Henkel, Die praesumptio doli s 600.

⁸³⁶ Henkel, Die praesumptio doli s 600.

detta är ett allmänt rimligt krav på bevisningen av ett så centralt rekvisit som uppsåt, och att några rättsliga övervärden för uppsåtsbevisningen till underlättelse för TT:s motpart inte kan förenas med principen in dubio pro reo. Sådillvida är Henkels arbete ett viktigt steg mot en realism beträffande uppsåtsbevisningen. Men Henkels lära bygger på de två traditionella premisserna, dels att uppsåt är ett i princip oåtkomligt inre faktum, dels att det råder en absolut åtskillnad mellan regler för bevisningen och de materiella rättsreglerna, trots att han konstaterat uppsåtsbevisningen vara uppsåtslärorernas ackilleshäl. I den mån de i princip oåtkomliga inre fakta *verkligen* är oåtkomliga, skall alltså alltid TT gå fri. Därmed har han även öppnat dörren för alla de missförstånd, våndor och "subjuridiska regler", som domstolarna utan rättsvetenskapens hjälp måste utarbeta för att kunna klara av den i princip omöjliga uppgift den ålagts; att bevisa något som i princip är undandraget andras än gärningspersonens kunskap. Gränsdragningsproblemet kvarstår således olöst speciellt för Henkel, eftersom just skillnaden mellan bör ha insett och har insett ofta anses gränssättande. Men Henkel är i första hand processualist. Därför kan han vara tämligen obekymrad om gränsdragningen i materiellt hänseende. Henkel är främst inriktad på att utreda och avskaffa presumtionernas roll i förhållande till principen om den fria bevisprövningen och klarlägga omfattningen av åklagarens bevisbörda. Som en jämförelse kan nämnas det förut beskrivna yttrandet från HD i Sverige inför strafflagsreformen år 1862.⁸³⁷ HD såg en viktig skillnad mellan lokutionen "måste ha insett" och något som verkligen visat sig ha insetts.

Begreppet "dolus ex re" har blivit aktuellt igen på senare tid. Klaus Volk skrev år 1993 att uppsåtsfrågor numera åter har kommit i centrum för rättsvetenskaplig forskning.⁸³⁸ Han menar att förut gällde debatten i första hand uppsåtsbegreppets ställning i brottsbegreppet, nu gäller däremot följande frågor:

Wie man aber seinen Begriff bilden und wie man ihn beweisen soll, wie man das Verhältnis von Norm und Faktum zu denken hat, was man deskriptiv oder präskriptiv behandeln soll, all das ist (wieder) im Gespräch.⁸³⁹

Volk behandlar i sitt arbete i stort sett samma frågeställningar som Henkel gjorde 43 år tidigare. Henkels artikel hade som titel "Die Praesumptio doli" och behandlade fenomenet "dolus ex re" som en rent processuell företeelse. Titeln på Volks artikel är "Dolus ex re" och behandlar detta institut som både

⁸³⁷ Se avsnitt 2.2.3.4.

⁸³⁸ Volk, Dolus ex re s 611.

⁸³⁹ Volk, Dolus ex re s 611.

ett processuellt och materiellt fenomen. Volk tar redan från början sikte på problemen i samband med fastställande av uppsåtsgränsen.⁸⁴⁰ Han menar att *dolus ex re* under 1800-talet betraktades på två sätt: dels som ett primärt materiellt begrepp (*dolus consequens seu ex re*) och dels som ett slags "praktikeruppsåt", ofta som en beskrivning av den speciella bevisningen av uppsåt.⁸⁴¹

Volk beskriver de båda betraktelsesätten på följande sätt: Uppsåtsgränsen under 1800-talet drogs i materiellrättslig mening *både* med *dolus eventualis* och med *dolus ex re*. *Dolus ex re* var inte enbart en metod för hur uppsåt i allmänhet konstaterades. Uppgiften för debattörerna under 1800-talets början var främst att skärpa uppsåtsbegreppets materiella begrepp, så att gränsen mellan oaktsamhet och uppsåt kunde upprätthållas. Lösningen "*dolus ex re*" användes ofta vid prövningen av snabba händelseförlopp och framförallt för att bedöma affektgärningar, som fått ett växande okontrollerat förlopp ur förövarens synvinkel.⁸⁴² *Dolus ex re* framstod som ett lägre straffvärt uppsåt i förhållande till det högre straffvärda "*vorbedachten Entschluss*".⁸⁴³

Volk menar att denna betydelse av *dolus ex re* till stor del försvann i och med att intresset för bestämda uppsåtsformer motsvarande ett visst straffvärde försvann. *Dolus ex re*, som en ren beteckning på bevisningen, sammanhängande med att processrätten under början av 1800-talet utkristalliserades som en egen disciplin.⁸⁴⁴ Men avskiljandet av processrätten från den materiella rätten innebar även en nedvärdering av processrätten i förhållande till den materiella rätten.⁸⁴⁵ Processrätten tänktes som tjänande i förhållande till den "riktiga" materiella rätten. *Dolus ex re* var därmed inte ett "riktigt" uttryck för uppsåt. Ett viktigt förhållande var att institutet användes i den processrättsliga kontext som den legala bevisteorin gav. Detta innebar att *dolus ex re* skapade ett undantag från artikel 22 i *Constitutio Criminalis Carolina*. Enligt detta stadgande var indiciebevisning i princip förbjuden när det gällde uppsåt. Rätten förpliktade sig till mer än vad den förmådde. Uppsåtsbegreppet omfattade också ett större område än dagens begrepp och inbegrep t ex även

⁸⁴⁰ Volk, *Dolus ex re* s 612.

⁸⁴¹ Volk, *Dolus ex re* s 612f.

⁸⁴² Volk, *Dolus ex re* s 613.

⁸⁴³ Volk, *Dolus ex re* s 613. Denna ordalydelse påminner om begreppet "*aforethought*" i anglosaxisk rätt och om dåtida svensk strafflags betoning av straffvärdets beroende av om gärningen utförts med berätt mod eller inte.

⁸⁴⁴ Volk, *Dolus ex re* s 613f.

⁸⁴⁵ Volk, *Dolus ex re* s 614. Se även Lindblom, *Studier i processrätt* s 17f.

okunnighet om lagen. Vägen ur detta dilemma var bl a att flytta bevisbördan till den tilltalades nackdel.⁸⁴⁶

Volk menar att erkännandet framstod som det "egentliga" beviset för uppsåt.⁸⁴⁷ Detta är en sanning med viss modifikation, eftersom indiciebevisningen användes för att få processen att fortskrida mot *condemnatio*-fasen. Indiciebevisningen behövdes för att inskrida med tortyr för att kunna få fram erkännandet.⁸⁴⁸ Erkännandet var inte bevisning för uppsåt utan ett slags godkännande av domen. Bevisningen av skulden skedde helt och hållet i generalprocessen. Men det är tydligt att i och med införandet av den fria bevisprövningens princip upphörde man ofta att *öppet* arbeta med *dolus ex re*. Man började se bevisningen av uppsåt på följande sätt:

Der Dolus ist etwas Innerliches. Er muß gleichwohl bewiesen werden. Er kann nur erkannt werden aus äußeren Thatsachen. Das kann nur auf zweierlei Weise geschehen. Zuerst durch das Geständniß des Handelnden. Zum anderen durch Thatumstände, von welchen auf ihn ein Schluß gemacht wird.⁸⁴⁹

Volk menar att *dolus ex re* inte bara var ett sätt att undgå förbudet i *Constitutio Criminalis Carolina* art. 22, utan även ett smidigt sätt att undgå att använda sig av uppsåtspresumtioner.⁸⁵⁰ Han ställer därför frågan om inte samma metod att bevisa uppsåt fortfarande existerar i praxis, trots att begreppet *dolus ex re* inte längre existerar.⁸⁵¹

Man muß sich aber fragen, ob es nicht funktional äquivalente Theorien oder Praktiken gibt, die das gleiche bedeuten und bewirken.⁸⁵²

Volk pekar på vissa områden, där dessa förhållanden utan tvekan förekommer:

Wenn man dennoch dabei bleibt, daß es einen *dolus ex re* als generalisierte Regel für typische Fälle nicht gibt (weil nicht sein kann, was nicht sein darf), daß vielmehr in jedem Einzelfall dessen Besonderheiten gewürdigt werden müssten, so macht es schon einige Mühe,

⁸⁴⁶ Volk, *Dolus ex re* s 618.

⁸⁴⁷ Volk, *Dolus ex re* s 618.

⁸⁴⁸ Se avsnitt 1.3.1.

⁸⁴⁹ Temme, *Archiv des Criminalrechts* (neue Folge) 1854, citat ur Volk, *Dolus ex re* s 615f.

⁸⁵⁰ Volk, *Dolus ex re* s 619.

⁸⁵¹ Volk, *Dolus ex re* s 619.

⁸⁵² Volk, *Dolus ex re* s 619.

sich solche Besonderheiten für "vorkommende Fälle" als möglich vorzustellen.⁸⁵³

Här träffar han en öm punkt i Henkels förnekande av fenomenet, som i stort sett endast gick ut på att det inte *borde* få finnas. Som exempel på en bevisregel ursprungligen utslutande menad för området för förmögensbrott, vilka stelnat till en materiell regel, anför han *dolus eventualis*.

Tatsächlich hat der *Dolus eventualis* als "Kategorie" des Vorsatzes rasch über seinen ursprünglichen Anwendungsbereich hinaus gegriffen und für alle Erscheinungsformen kriminellen Verhaltens oberbegriffliche Geltung beansprucht und zugesprochen bekommen.⁸⁵⁴

Volk lösningsförslag utgår, i Hassemers efterföljd, från vissa "Zuordnungsregeln", som förbinder "das Innerliches" med sinnevärlden. Begreppet "Zuordnungsregeln" borde här kunna förstås funktionellt ungefär som koordineringsregler eller samordningsregler, som fungerar som allmänna erfarenhetssatser. Volk exemplifierar förhållandet med satsen: "...wer genau zielt und dann schießt, handelt vorsätzlich."⁸⁵⁵ Dessa "Zuordnungsregeln" eller "Indikatoren", som Hassemer kallar dem, kan ses som både processrättsliga och materiellrättsliga företeelser. Volk skriver:

Man kann allerdings darüber streiten, ob diese neuen Zuordnungsregeln eine materiellrechtliche Bedeutung haben und den Begriff des Vorsatzes betreffe, oder ob sie von seinem Beweis handeln und neue Indizienschlüsse kreieren. Sicher ist, daß solche "Indikatoren" des Vorsatzes den Begriff erst "anwendbar machen". Ob sie aber deshalb zum Begriff gehören oder seinem Beweis dienen, ist eine Kontroverse, die man nicht aufzugreifen braucht. Es hängt im Grunde nichts davon ab, wie man sich entscheidet - wir befinden uns im einem Bereich, in dem prozessuale und materiell-rechtliche Regelungsweisen austauschbar sind.⁸⁵⁶

Volk avslutar sin analys med en tysk självkritisk slutsats utan att för den skull mena att institutet *dolus ex re* för till en egentlig lösning av gränsdragningsproblemet.

Der modernen Dogmatik liegt es fern, pragmatische Lösungen für bestimmte Deliktstypen und Erscheinungsformen von Kriminalität zu entwickeln. "Die Abstraction ist keinem Volke wohl besser ge-

⁸⁵³ Volk, *Dolus ex re* s, 621.

⁸⁵⁴ Volk, *Dolus ex re* s 624.

⁸⁵⁵ Volk, *Dolus ex re* s 617.

⁸⁵⁶ Volk, *Dolus ex re* s 618.

lungen, wie den Deutschen...".⁶⁶ Diese Kultur des Oberbegriffs hat die "praktischen" Probleme verdrängt. So sind auch gewisse Argumentationsmuster untergegangen, mit denen die Anwendbarkeit von Begriffen geprüft und verarbeitet worden war. Der *dolus ex re* ist ein solches Argumentationsmuster gewesen. Es verband materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, gab den Delikten, für die es herangezogen wurde, ein bestimmtes kriminalpolitisches Profil und konturierte zugleich den Vorsatzbegriff.

Die moderne Methode trennt diese Verknüpfung auf, löst die einzelnen Aspekte heraus und perfektioniert deren Theorie in prinzipiell getrennten Bereichen. Die Praxis aber arbeitet mit Regeln, die den Vorsatz für bestimmte Deliktgruppen konkretisieren und auf typische Fälle anwendbar machen, mit Regeln, die von seinem Beweis handeln⁶⁷ und zugleich kriminalpolitische Entscheidungen über die Strafwürdigkeit verdeckt enthalten. Für einige Beispiele braucht man nur an das Verkehrsstrafrecht oder das Arztstrafrecht zu denken. Unter jener Kultur des Oberbegriffs entwickeln sich Subkulturen, mit eigenem Zuschnitt, aber ohne eigenen Namen. Der *dolus ex re* hatte ein Argumentationsmuster für bestimmte Bereiche gemacht.⁸⁵⁷

Volk för alltså Hassemers ansats vidare och utgår från samma vilja till objektivisering av uppsåtsbedömningen. Volk visar att utöver den objektivisering Hassemer uppnått, är det nödvändigt att även uppge premissen om den skarpa åtskillnaden mellan formell och materiell rätt. På så sätt skulle det finnas förutsättningar att på något sätt använda metoden från *dolus ex re* för lösningen av den problematiska uppsåtsgränsen även tillsammans med andra gränsdragningsmetoder. Volks argumentation leder närmast till att användningsområdet blir bestämning av uppsåtsgränsen vid våldsbrott begångna i affekt och förmögenhetsbrott.

Även om obestriddligen Volks lösning, framförallt i samband med Hassemers idéer, skapar helt nya förutsättningar för, den eftersökta objektiveringen, måste principen om den misstänktes oskuld konfronteras med dessa förslag. Där de materiella bestämmelserna uttrycks som *defences* eller bevisregler, finns trots allt principiellt en konflikt med principen om den misstänktes oskuld om något bevisrättsligt "övervärde" generellt ges åt "Zuordnungsregeln".⁸⁵⁸ Om bevisemat är vissa psykiska element hos gärningspersonen, som inte kan bevisas, måste bevisreglerna för uppsåtsgränsen uttryckas som undantag från

⁸⁵⁷ Volk, *Dolus ex re* s 624. Not 66 och 66 i citatet hänvisar till Rosshirt, *Neues Archiv des Criminalrechts* 8 (år 1826) 369ff, 381f, respektive Frisch i Mayer- GS, 1990 s 533ff och 554. Frisch menar att "weit notwendiger als alles Feilen am materiellrechtlichen Vorsatzbegriff die Entwicklung einer adäquaten Dogmatik der Vorsatzfeststellung ist."

⁸⁵⁸ Träskman, *Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet* s 485.

det beviskrav, som uppställts för de relevanta psykiska momenten. Även om man i vardagssituationer utgår från en "normal" intentionalitet och "presumerar" denna i tolkningen av gärningar, kan detta inte utan vidare vara fallet i en rättegång, om bevis temat där är vissa psykiska element; detta oberoende av om de är kognitiva eller volitiva. Man kan med rätta påstå att bevisproblemen vid uppsåtsbevisningen ofta överdrivs, att bevisproblemet psykologiseras i allt för hög grad eller att vardagsspråket måste ha ett visst genomslag i det rättsliga språket.⁸⁵⁹ Men det hjälper inte. Om bevis temat verkligen är ett "inre" element, får detta inte enligt gällande rätt i de flesta *civil law*-länderna, omformuleras från ett "inre" otillgängligt faktum till ett "ställföreträdande" yttre faktum.

Eva Graul gör år 1991 i sin monografi "Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsuntionen im Strafrecht" gällande att motbevisbara bevisregler eller presumptioner *alltid* principiellt står i strid med principen om den fria bevisprövningen.⁸⁶⁰ Som exempel på en felaktig tro på motsatsen anför hon föreställningen att "Schuldvermutungen" inte skulle strida mot principen om den fria bevisprövningen eller påverka åklagarens bevisbörda.⁸⁶¹ Enligt min mening har Graul rätt. Det som uttrycks som en processuell regel *måste*, lika väl som en materiell regel, legitimeras. Volk har själv utgått från en utbytbarhet mellan dessa regeltyper.

Volks utgångspunkter för en precisering av uppsåtsgränsen är ändå enligt min mening den tyska doktrinen spjutspets. Närheten till det blandade processuella och materiella tänkandet i *common law* är påtaglig. Volk håller däremot fast vid premissen att uppsåt endast kan och skall bevisas indirekt. Därmed ger hans ansats inte, vilket han inte heller påstår, en egentlig lösning på problemet om uppsåtsgränsen.⁸⁶² Konsekvenserna av hans liksom av Henkels lösningsförslag är att en väldig katalog över speciella uppsåtsrekvisit och/eller *defences* måste skapas för att ge enhetlighet åt den enligt honom principiellt legitima praxis på området. Visserligen är en inventering en nödvändig utgångspunkt för en reform men allmänbegrepp för uppsåt är i princip motsägelsefria och förenliga med gällande rätt, om man förutsätter att intentionalitet och/eller gärningars mening i princip är fenomen i sinnevärlden, som är tillgängliga även för andra än gärningspersonen.

⁸⁵⁹ Jareborg, Ansvarslära s 198f.

⁸⁶⁰ Graul, s 290ff.

⁸⁶¹ Graul, s 299f.

⁸⁶² Volk, Dolus ex re s 624.

Den danska strafflagen utgår dels från en i lag formulerad allmän uppsåtsföretsättning, dels från att om en viss form av uppsåt krävs, skall detta anges i lag. Ingen närmare definition av uppsåtsbegreppet finns i lag, utan detta anses vara utarbetat i ett samarbete mellan praxis och doktrinen. Man räknar traditionellt med tre former av uppsåt, *hensigt (direkte forsæt eller viden)*, *sandsynlighetsforsæt* och *dolus eventualis*.⁸⁶³ Uppsåtsgränsen utgörs av i första hand sannolikhetsuppsåtet men även av *dolus eventualis*. För att något skall anses vara uppsåtligt krävs att det insetts med övervägande sannolikhet.⁸⁶⁴ Det är inte entydigt en enkel övervikt i sannolikhetsgrad som krävs, utan uttryck som "mest sannolikt", "bestämt antaget", "haft en säker 'formodning' om" eller "bestämt räknat med" används ofta.⁸⁶⁵ Om något endast insetts som riskfyllt eller minst lika sannolikt som osannolikt, är ansvaret, i de fall inte *dolus eventualis* används, att anse som ett culpaansvar. *Dolus eventualis* anses föreligga i både en hypotetisk och faktisk variant (s k positiv indvillgelse).⁸⁶⁶

Vagn Greve har framfört ett förslag, som går ut på att slopa uppsåt som allmän brottsföretsättning och ersätta detta med culpa.⁸⁶⁷ Istället skulle straffvärdeskillnaden mellan *dolus* och *culpa* iakttas vid påföljdsbedömningen. Detta förslag grundas dels på ett konsekvensetiskt synsätt, dels på de speciella förhållandena i Danmark, som har ett relativt stort antal culpabrott. Som förut nämnts är detta förslag ett av de mer radikala i raden av förslag, som försöker lösa den gordiska knuten med ett alexanderhugg, dvs genom "skuldabolitionism". Problemen vid gränsdragningen löses inte utan förskjuts till "billighetsavgörandena". Greve avslutar sin artikel med följande:

Endelig vil jeg fremhæve, at vi kun ved at fjerne os fra det ekstremt personkoncentrerede kan gøre strafferetten mere samfundsorienteret.⁸⁶⁸

I Greves förslag finns gränsdragningsproblemen kvar, men samtidigt innehåller det indirekt, som en utmanande tanke, att culpabegreppet blir synonymt med det kvarvarande skuldbegreppet, och att straffvärt uppsåt kan ses som en kvalificerad culpa. Till detta kan jag i princip ansluta mig, men inte för att straffrätten bör vara konsekvensorienterad eller opersonlig utan snarare tvärtom. Jag återkommer till detta närmare i samband med behandlingen av

⁸⁶³ Waaben, Ansvarslæren s 134ff.

⁸⁶⁴ Waaben, Ansvarslæren s 142.

⁸⁶⁵ Waaben, Ansvarslæren s 143.

⁸⁶⁶ Waaben, Ansvarslæren s 144f.

⁸⁶⁷ Greve, 1983 s 229.

⁸⁶⁸ Greve, 1983 s 247.

culpagränsen mot uppsåt.⁸⁶⁹ Sammantaget finns emellertid enligt min mening ingen anledning att på detta sätt ge slaget om definitionen av uppsåtsgränsens förlorat, utan istället bör man överge de premisser, som legat till grund för problemen.

Även i Norge använder man sig av sannolikhetsuppsåt och dolus eventualis som uppsåtsgräns. Däremot anses endast ett faktiskt eventuellt uppsåt och inte det hypotetiska uppsåtet vara gällande rätt.⁸⁷⁰ Sannolikhetsgraden är endast en sannolikhetsövertikt, såsom denna framstått för gärningspersonen och inte en typisk eller "normal" sannolikhetsuppfattning.⁸⁷¹

I det betänkande som Straffelovskommisjonen framlagt kan man tänka sig att använda sig av Andenæs' tidigare föreslagna uppsåtsform "sløret forset", tänkt som ett slags affektuppsåt.⁸⁷² Andenæs behandlar fenomenet under rubriken "Bevissspørsmål" i sin bok "Alminnelig Strafferet".⁸⁷³ Han tangerar därmed diskussionen i tysk doktrin om dolus ex re såvitt avser dess tillämpning på gärningar i affekt. Andenæs menar att

Uansett hvilke juridiske kriterier en legger til grunn i forsetslæren, står en i praksis ofte ovenfor vanskelige bevissspørsmål.¹⁷ Det dreier seg her om bevissthetsprosesser som ikke er gjenstand for direkte iakttagelse. Hvis man ikke kan bygge på gjerningsmannens egen tilståelse, er en som regel henvist til å trekke slutninger fra de ytre omstendigheter til det som foregikk i hans hjerne.⁸⁷⁴

Det antagna "omöjliga" bevisemat, "det som foregikk i hans hjerne", är mycket tydligt uttryckt. Motiveringen för "sløret forset" i betänkandet ovan ansluter sig närmast ordagrant till Andenæs' formulering om ett uppsåt, som "måste anses föreligga" trots nedsatt medvetenhet till följd av impulsivitet, upphetsning eller skräck. På sätt och vis motsvarar detta i flera stycken just den del av uppsåtsgränsen som av tradition varit uppgiften för institutet dolus ex re - gärningsuppsåt. Ett sådant nedsatt krav på aktuell insikt och/eller medvetenhet går emellertid över gränsen till culpa, om den traditionella upp-

⁸⁶⁹ Se t ex avsnitt 4.8.1 och 4.8.2.

⁸⁷⁰ Bratholm, Straffeloven s 152f.

⁸⁷¹ Bratholm, Straffeloven s 152.

⁸⁷² Begreppet kommer ursprungligen från Trolle. Se även Jareborg, 1969 s 327 och NOU 1983:57 s 119. Andenæs använde sig av benämningen "sløret forset" i boken "Alminnelig Strafferet" från år 1956. I den upplaga som används här finns inte begreppet kvar, men väl motiveringen för en särskild behandling av de fall detta avsåg. Betänkandet går alltså tillbaka till denna tidiga upplaga.

⁸⁷³ Andenæs, Alminnelig Strafferet s 232f.

⁸⁷⁴ Andenæs, Alminnelig Strafferet s 232. Not 17 är en referens till Waaben, Det kriminelle forsæt s 55-67.

såtslärans premisser får gälla. Strahls berömda slagordsmässiga uttryck att den som ser rött i alla fall ser, är en liknande lösning. Mot det kan anföras att den som ser rött visserligen ser, men han ser *bara* rött; inte exempelvis sannolikheten av effektens inträde.

I finsk svenskspråkig doktrin arbetar man med fyra former av uppsåt. Dolus determinatus, där gärningspersonen eftersträvar ett visst resultat som ett visst mål eller som ett genomgångsled för att uppnå ett annat mål; dolus directus, där gärningspersonen inte anses eftersträva den förbjudna effekten men har säker insikt om effektens förverkligande; dolus eventualis där gärningspersonen insett att effekten eventuellt kan inträffa men att han har accepterat eller i varje fall varit likgiltig till effektens inträde.⁸⁷⁵ Det eventuella uppsåtet finns endast i en faktisk variant. Slutligen används ofta ett kvalificerat sannolikhetsuppsåt definierat som "med största sannolikhet", "betydande risk" eller "synnerlig sannolikhet". Beviskravet i finsk rätt definieras som att "full bevisning" anses föreligga, när exempelvis insikt anses vara "högst sannolik."⁸⁷⁶

Några viktiga debattinlägg har gjorts från finsk sida beträffande uppsåtsgrensens, vilka påminner om förhållandena i anslutning till rättsfiguren dolus ex re. Träskman skrev en artikel år 1985 med titeln: "Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden?"⁸⁷⁷ Jag återkommer nedan i samband med redogörelsen för praxis något utförligare till artikeln. Träskmans ansats visar flera gemensamma drag med den senare tyska rättsvetenskapliga "spjutspetsen" i den nya tyska uppsåttdiskussionen.

Redan Träskmans titel pekar på sambandet mellan bevisningen av uppsåt och de materiella uttrycken för uppsåt. Strävan är också att på något sätt medverka till en objektivisering av uppsåtsvärderingen. Han tar av rättspolitiska skäl avstånd från tanken på en allmän uppsåtspresumtion, eftersom han anser att det är viktigt att skilja mellan en normalinsikt och en aktuell insikt hos gärningspersonen.⁸⁷⁸ Han utesluter inte att en rad rättsfall från den högsta domstolen i Finland och även i Sverige, som enligt ordalydelsen använt sig av objektiviserande formuleringar, visat att gärningens "typiska förlopp" fått vara utslagsgivande enligt det mönster, som ovan visats för rättsfiguren dolus ex re - gärningsuppsåt. Träskmans lösningsförslag ligger, som ovan sagts, i linje

⁸⁷⁵ Frände, Introduktion s 123ff.

⁸⁷⁶ Träskman, Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? s 71.

⁸⁷⁷ Träskman, Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? s 63f och 71.

⁸⁷⁸ Träskman, Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? s 56. Jfr även Diesen, Bevisprövning i brottmål 1994 s 93. Diesen menar att Träskman föreslår en slags objektiv sannolikhetsprövning, ett "moraliskt" uppsåt. Jag har inte förstätt Träskman på det sättet.

med de övriga tyska och danska förslagen att undvika det problematiska gränsområdet mellan dolus och culpa genom att inskränka uppsåtsområdet till det verkligt säkra och bestämda området för direkt och indirekt uppsåt. Det uppsåtliga gränsområdet definieras som ett culpaansvar. Bestämtheten i uppsåtsbegreppet relateras således åtminstone delvis till bevismöjligheterna. Uppsåtsområdet skulle alltså därför vara ett säkert dolus determinatusbegrepp i klassisk historisk mening. Därmed har Träskman indirekt tagit ställning för att ett typiskt säkert uppsåt, dvs uppsåt i egentlig mening, är ett uppenbart och bevisbart uppsåt och att ett svagare uppsåt, dvs i första hand riskuppsåt, inte är ett bevisbart uppsåt. Men som ovan berörts måste straffvärdegränserna mellan exempelvis vållande till annans död och uppsåtligt typiskt dödande ändå på något sätt avspeglas i skuldkravet. Man undkommer inte gränsdragningskravet genom en omdefiniering av skuldformen. Med Träskmans utgångspunkter i premissen att uppsåt alltid måste bevisas genom att från yttre omständigheter sluta sig till ett inre faktum, blir svaret på frågan i titeln nekande. Men artikeln kan enligt min mening ändå ses som ett avstamp mot en mer objektiverande prövning av uppsåtsfrågan.

Klami m fl har tre år senare kommenterat Träskmans artikel och anslutit sig till tanken på sambandet mellan bevisningen och de materiella uttrycken för uppsåtsgränsen. Klamis m fl lösning går ungefär ut på att upphäva skillnaden mellan aktuell och "normal" insikt. Man utgår helt enkelt från att "beslutsheuristiken" i domstolarna är följande:

Om den tilltalade förnekar uppsåtet och om man inte p g a annan bevisning (tidigare bekännelse el dyl) kan anse uppsåtet bevisat, så gör man processen kort. Man företar en i princip *helt objektiv* bedömning av sannolikheten...⁸⁷⁹

Författarna misstror därmed alla domstolars uppsåtsbedömning. Domstolarna förutsätts alltid begagna sig av en slags fasadlegitimation vid uppsåtsbedömningen, då invändning om uppsåtsbrist föreligger. Uppsåt är, påstår författarna, i andra fall än erkända, endast ett "...normativt resonemang: gärningsmannen *hade bort inse*."⁸⁸⁰ I artikeln har föreställningen om att bevisemat för uppsåtsbevisningen "egentligen" är fördolt för andra än gärningspersonen förts till sin yttersta spets.

Men man är uppenbarligen inte, vare sig i vardagssituationer eller i rättegången, genomgående osäker på andra personers avsikter och enbart hänvisad till erkännanden från gärningspersoner. Om så vore, skulle all kommunikation

⁸⁷⁹ Klami m fl, Att bevisa uppsåt s 400.

⁸⁸⁰ Klami m fl, Att bevisa uppsåt s 404.

mellan personer avstanna.⁸⁸¹ Man kan säga att Klami, i konsekvensens namn, gör samma misstag som en domare, som tror att man alltid måste frikänna vid uppsåtsinvändning, på grund av att man inte kan veta vad som rör sig i TT:s hjärna. Överges premissen om att "inre fakta" inte kan omfattas av andras kunskap, faller även författarnas pessimistiska analys.

Dan Frände menar att "...utöver sannolikhetsgrader behöver vi ett tilläggs-kriterium för uppsåtet. Likgiltigheten är det eftersökta kriteriet"⁸⁸² Enligt min mening kan inte heller detta vara en rimlig utgångspunkt när det gäller att definiera uppsåtsgränsen. Konstaterad likgiltighet hos gärningspersonen, förutsatt att likgiltighetsbegreppet inte syftar på en känsla av likgiltighet, säger inte mer än att skuld eller culpa föreligger.⁸⁸³

2.3.2.1.4 SVERIGE

DEN TRADITIONELLA UPPSÅTSLÄRAN I SVERIGE

Man skulle kunna sammanfatta den traditionella synen på hur praxis utformat den närmare innebörden av uppsåtsbegreppet på följande sätt:⁸⁸⁴

Uppsåt till gärningars effekter har tre former: direkt uppsåt, indirekt uppsåt och eventuellt uppsåt. Det direkta uppsåtet fordrar en viljeinriktning förutom kännedom om sakförhållandena. Om inte direkt uppsåt särskilt krävs, är det tillräckligt att någon form av uppsåt föreligger. Det indirekta uppsåtet anses vara för handen, om effekten inte är åsyftad, men gärningspersonen inser att den är en nödvändig biverkan av den brottsliga effekten som eftersträvats, eller om denne är övertygad om att effekten kommer att inträffa, utan att något syfte till den brottsliga effekten finns. Det eventuella uppsåtet föreligger, om gärningspersonen anser det möjligt att gärningen uppfyller brottsrekvisiten och måste antagas ha begått gärningen även om han varit viss om detta. I princip skall alla de förhållanden som är objektiva brottsrekvisit vara omfattade av det subjektiva rekvisitet uppsåt; dvs vara täckta av uppsåt. Uppsåt till gärningsmoment anses vara uppfyllt dels när full visshet, dels när eventuellt uppsåt är för handen.

Uppsåt gränsar mot det andra slaget av subjektiva rekvisit, oaktsamhet, som innebär en brist på viss krävd uppmärksamhet och/eller aktsamhet. Det anses

⁸⁸¹ Jareborg, Ansvarslära s 199.

⁸⁸² Frände, Tre J:n s 37

⁸⁸³ Se avsnitt 4.6.3.6.

⁸⁸⁴ Se Brottsbalkskommentaren del I (1998), s 37ff, Straffansvar, s 64ff, Strahl, Allmän straffrätt s 104ff och Straffansvarsutredningen, s 83ff.

inte möjligt att på samma sätt som uppsåtet definiera detta begrepp som ett krav på viss psykisk inställning.⁸⁸⁵

Uppsåt ses också som ett objektivet rekvisit, som går under olika namn, exempelvis "frivillighetsrekvisit" och "handlingsuppsåt". Begreppet fungerar i första hand som en hjälpteori för den kausala handlingsläran.⁸⁸⁶ Man har i dessa sammanhang varit nödsakad att förklara varför reflexrörelser och automatism inte anses som en handling. Om den rena kroppsrörelsen är kärnan i en handling, måste en reflexrörelse i särskilt hög grad vara en handling. I dessa läror utgör "handlingsuppsåtet" ett objektivet rekvisit, som skall vara uppfyllt som en slags grundläggande frivillighet eller "Willkürlichkeit" för att handlingen skall räknas som en handling. Konstruktionen för med sig uppenbara svårigheter både praktiskt och teoretiskt. Här skall endast påminnas om striden mellan olika skuldläror och handlingsläror i tysk doktrin.⁸⁸⁷ Handlingsuppsåtet skulle alltså vara ett objektivet-subjektivet rekvisit. Förklaringsförsöken, som går ut på att hänga upp konstruktionen på en tänkt indelning av handlingar i kontrollerade eller frivilliga primära handlingar respektive andra handlingar, vilar på ett liknande underlag.⁸⁸⁸ Strahl hänför däremot inte handlingsuppsåtet eller kravet på medvetande till den objektiva sidan.⁸⁸⁹ Han menar att kravet på frivillighet eller medvetande närmast är en subjektiv brottsförutsättning. Diskussionen om handlingsuppsåtets objektiva natur till skillnad från annat uppsåt är enligt den här företrädde meningens fruktlös. Praxis hanterar också handlingsuppsåt med vanliga uppsåtstermer.⁸⁹⁰ Diskussionen har dock alltsedan den moderna straffrättsdogmatikens uppkomst tjänat som en av utgångspunkterna för kritiken mot "der Angelpunkt" i det klassiska brottsbegreppet och mot den kausala handlingsläran.

⁸⁸⁵ Brottsbalkskommentaren del I (1998), s 42ff.

⁸⁸⁶ Se Duff, *Attempts* s 297f och 306ff och 312f. Duff anser att Husaks begrepp "the control principle" trots allt kan spela en viss roll när det gäller gränserna för straffansvar men påpekar bl a att denna princip inte kan ersätta kravet på en gärning, eftersom en gräns mot straffansvar för rena tankar måste upprätthållas. Jfr Koriath, s 333: Han kritiserar skarpt Radbruchs "Minimalkonstrukt" enligt följande: "Radbruchs inhaltsleerer Willensakt ist ein Homunkulus."

⁸⁸⁷ Se avsnitt 1.4.2.4ff.

⁸⁸⁸ Koriath, s 332.

⁸⁸⁹ Strahl, *Allmän straffrätt* s 91f och s 110.

⁸⁹⁰ Jareborg, *Ansvarslära* s 255 och avsnitt 1.4.5.1. Jfr även avsnitt 5.5.2.2.2 under "Sala tingsrätt DB 357/91" och det under denna rubrik redovisade "Eskilstunafallet", där hovrätten, efter att ha avvisat en reflexinvändning om ofrivillig avfyrning, övergår till "...frågan om uppsåt i övrigt".

Den nyare debatten om uppsåtsgränsen i tysk och engelsk doktrin har inte någon direkt motsvarighet i svensk doktrin. Här skall endast översiktligt behandlas tre avvikande uppfattningar från den härskande läran, som i doktrinen allmänt utgörs av *dolus eventualis*. Uppmärksamhet ägnas åt Strahls "uppsåt rätt och slätt", Jareborgs avsiktlighetsuppsåt och "insiktsuppsåt", dvs det slags sannolikhetsuppsåt som Straffansvarsutredningens förslår skall införas i Sverige. I detta avsnitt behandlas huvudsakligen de doktrinära lösningsförslagen i svensk rätt. Alla avvikande gränsdragnings sätt, som praxis producerat, kommer att behandlas i samband med redogörelsen för svensk praxis. Här redovisas också huvuddelen av diskussionen huruvida *dolus eventualis* eller sannolikhetsuppsåt skall vara gränsdragningsinstrumentet.

Strahl menar att utöver de tre traditionella uppsåtsformerna är uppsåtskravet uppfyllt om både medvetande och "...viss kännedom om det, vartill uppsåt skall föreligga", är för handen.⁸⁹¹ Lagens krav på ett okvalificerat uppsåt kan enligt Strahl uttryckas på andra sätt än med de traditionella uppsåtsformerna. Strahl menar att uppsåtskravet vanligtvis inte uttrycks annat än som ett krav på uppsåt, "rätt och slätt."⁸⁹² Alla de tre traditionella uppsåtsformerna uppfyller ett sådant okvalificerat uppsåtsslag. Det verkar alltså inte vara fråga om en ny uppsåtsform, som kallas för "uppsåt rätt och slätt." Men Strahl menar ändå att okvalificerat uppsåt, "vanligt" uppsåt, inte bara kan vara uppfyllt genom de tre traditionella formerna utan även på ett annorlunda sätt. Gränsdragningen mot culpa skulle alltså kunna ske utan användande av *dolus eventualis*. Den kännedom som Strahl menar är nödvändig, motsvarar en "s k praktisk visshet".⁸⁹³ Den undre gränsen mot culpa kan däremot inte dras vid mycket hög sannolikhet enligt Strahl. Skillnaden mellan den del av det vanliga uppsåtskravet som uppfylls genom att praktisk visshet varit för handen och *dolus eventualis*, skulle då vara att det hypotetiska provet i *dolus eventualis* endast ger svar på en inredd möjlighet. Men ingen skillnad finns mellan indirekt uppsåt, avseende effekten och den nivå som insikten måste ha vid gärningsföljder, och Strahls "vanliga" uppsåtskrav.⁸⁹⁴ Det är således egentligen oklart om Strahl verkligen menar att det är möjligt att uppsåtskravet enligt gällande rätt skulle på något sätt svara för något annat än det indirekta uppsåtet till gärningsföljder och gärningsmoment, eftersom den praktiska vissheten är den nedre gränsen för gärningspersonens insikt.

⁸⁹¹ Strahl, Allmän straffrätt s 110.

⁸⁹² Strahl, Allmän straffrätt s 109.

⁸⁹³ Strahl, Allmän straffrätt s 113.

⁸⁹⁴ Jfr Straffansvarsutredningen, s 130.

Straffansvarsutredningen har sett Strahls okvalificerade uppsåt som ett avståndstagande till en volitiv uppsåtslära till förmån för en mer renodlad kognitiv lära.⁸⁹⁵ Strahl har antytt att okvalificerat uppsåt och därmed gränsdragningen (i rättstillämpningen rimligtvis) på något sätt inte helt överensstämmer med den traditionella läran. Tolkningen av detta oklara yttrande måste göras mot bakgrund av Strahls generellt "pragmatiska" framtoning. Jareborg hade sju år före utgivningen av Strahls lärobok, i vilken "uppsåt rätt och slätt" lanserades, gjort en översikt över de vanligaste, från den traditionella uppsåtsläran avvikande, formuleringarna av uppsåt.⁸⁹⁶ Efter denna genomgång måste det varit ännu mer tydligt för Strahl att avvikelserna från den traditionella uppsåtsläran uppenbarligen var ganska omfattande. Strahl har utmärkt den nedre gränsen mot culpa vid vanligt uppsåt med kravet på (praktisk) visshet och inte med hjälp av sannolikhetsuppsåt. Eftersom det handlar om avvikelser från den traditionella uppsåtsläran utan att fördensskull sänka kravet på visshet, verkar avvikelserna i linje med vad Jareborg skisserat framförlallt i form av dolus von Seth ligga närmast. Denna uppsåtsform är i stora drag ett annat namn för dolus ex re-gärningsuppsåt. Tänkbart är även att Andenæs' "halvklara" affektuppsåt föresvävat Strahl. Den slagordsmässiga beskrivning av affektdåden med att den, som ser rött ändå ser, kan peka i denna riktning.

Gränsdragning med sannolikhetsuppsåt förstått i traditionell mening innebär att uppsåt anses föreligga, då gärningspersonen med övervägande sannolikhet insett att en effekt kommer att inträda eller ett gärningsmoment föreligger. Uppsåtsvarianten har under modern tid främst marknadsförts av riksåklagaren i anslutning till rättsfallen NJA 1959 s 63 och NJA 1980 s 514. Senast har Straffansvarsutredningen föreslagit ett slags kvalificerat sannolikhetsuppsåt; det s k "insiktuppsåtet".⁸⁹⁷ Bedömningen i sannolikhetsuppsåtet är strikt inriktad på gärningspersonens aktuella insikt. Detta framhålls ofta med stor skärpa.⁸⁹⁸ Sannolikhetsuppsåt som gräns mot culpa är alltså klart och tydligt ett uppsåt, som avser den aktuella insikten och inte en bedömd normalinsikt. Sannolikhetsuppsåtet som nedre gräns mot culpa har avvisats av svensk praxis.

Jareborg har, som förut nämnts, år 1969 lanserat avsiktlighetsuppsåtet som ett instrument för att kunna dra gränsen mellan dolus och culpa.⁸⁹⁹ Avsiktlighetsuppsåt består i att gärningspersonen har visshet eller tror - dock inte bara

⁸⁹⁵ Straffansvarsutredningen, s 61f.

⁸⁹⁶ Jareborg, 1969 s 45f.

⁸⁹⁷ Straffansvarsutredningen, s 121.

⁸⁹⁸ Exempelvis i Straffansvarsutredningen, s 121.

⁸⁹⁹ Jareborg, 1969 s 316f.

misstänker - att en effekt kommer att inträffa eller att en viss gärningsomständighet föreligger. Tro skall här förstås som att något accepteras som sant. Genom begreppet tro menar Jareborg att man dels undviker associationer till krav på viljeakter, dels uppnår en koncentration på episodisk skuld till skillnad från karaktärsskuld som vid *dolus eventualis*. Straffansvarsutredningens förslag beträffande avsiktssuppsåt och insiktssuppsåt har drag av Jareborgs avsiktighetsuppsåt. Insiktssuppsåtet kan sägas vara ett reviderat avsiktighetsuppsåt.⁹⁰⁰

2.3.2.2 OM UPPSÅTSKRAVET I ENGELSK RÄTT

2.3.2.2.1 ALLMÄNT

Uttrycken för mens rea har aldrig tillåtits att stelna till några allmänna tekniska termer på samma sätt som i kontinental tradition⁹⁰¹. Termerna kan därför tillåtas att överlappa varandra i betydelsehänseende och att bytas ut mot andra termer, som i det enskilda fallet verkar passa bättre, eller varieras på annat sätt. För att uppnå förståelse har man inom *common law*-kulturen vardagsspråket att tillgå på ett annat sätt än inom *civil law*-kulturen.⁹⁰² Doktrinen brukar indela mens rea i *intent*, *recklessness*, (*negligence*) och *strict liability*, som ofta anses även innefatta *negligence*. Av vad som sagts beträffande differentieringen av mens rea framgår dock att differentieringen är stor beträffande de olika brottens krav på mens rea.

2.3.2.2.2 INTENT

TERMINOLOGIN

Intent kan inte utan vidare delas upp i två sorters *intent*, *direct intent* och *oblique intent*.⁹⁰³ Det senare begreppet, som motsvarar ungefär vad vi kallar indirekt uppsåt, anses idag i gällande rätt endast vara ett bevisfaktum för *intent*.⁹⁰⁴ Detta betyder däremot inte omedelbart samma sak i engelsk rätt som i

⁹⁰⁰ Jfr Welzels tidigare variant på temat. Avsnitt 2.3.2.1.2 under "Kognitiva läror".

⁹⁰¹ Se t ex Cross and Jones, s 30.

⁹⁰² Thornton, *Intention in Criminal Law* s 177ff.

⁹⁰³ Cross and Jones, s 31.

⁹⁰⁴ Se t ex Stannard, s 4 och Lord Hailsham i fallet Hyam [1974] 2 ALL ER 41 på s 56: "...the mere fact that the defendant's conduct is done in the knowledge that grievous bodily harm is likely to ensue from his conduct is not by itself enough to convert a homicide into the crime of murder." Lord Bridge i fallet Moloney, [1985] 1 ALL ER 1025 på s 1032: "...I have difficulty in following the reasoning in the passage...that this was a case where it was appropriate to direct the jury that foresight of probable consequences was equivalent to

kontinental tradition. Bevisrätt och materiell rätt är inte fullständigt skilda företeelser i *common law*-kulturen.

Intent och *intention* används ibland med olika betydelser. *Intent* avser främst det juridiska begreppet för uppsåt och *intention* ofta begreppet intentionalitet, alltså snarare det psykologiska begreppet. Detta är tydligt vid sammansättningar som t ex begreppet *specific intent*. Begreppen används emellertid också ofta som synonymer.⁹⁰⁵ Här görs ingen absolut skillnad mellan begreppen. Kontexten avgör vilken mening uttrycken *intention*, *intent*, *to intend* och *intentional* (*intentionally*) har. En viktig skillnad görs mellan gärningar utförda med *intent*, som ungefär avser avsikt, och gärningar utförda *intentionally*, som endast refererar till insikt.⁹⁰⁶ Terminologin kan verka något förvirrande, men användningen av uttrycken är oftast konsekvent i förhållande till kontexten.

Man brukar också göra skillnad mellan *basic intent* å ena sidan och *specific* samt *ulterior* (*further*) *intent* å andra sidan. *Basic intent* betecknar antingen *recklessness* eller *intent*. *Basic intent* är alltså den "vanliga" skuldskvalifikationen ovanför *strict liability*. *Recklessness* betecknas alltså på detta vis som ett slags "deriverat" uppsåt.

Ulterior intent motsvarar närmast vad man i *civil law*-länderna ofta betecknar som subjektiva överskott.

intent." A s 1034: "...between 1957 ...and... 1974, I do not believe it was ever the practice of trial judges to equate intent with foresight of probable consequences." Lord Bridge (s 1036 och 1037) menar bestämt att sannolikhetsuppsåt inte kan accepteras och att detta inte heller gjordes i Hyam. Men han, liksom lord Kilbrandon i Vickers [1957] 2 All ER 741, var noga med att binda uppsåtet till gärningen och att förklara uppsåtsbedömningen som *oproblematis* utom i få undantagsfall (s 1037): "...if the offence consisted of a direct attack on the victim with a weapon, except possibly the case where the accused shot at A and killed B, which any first year law student could explain to a jury in the simplest of terms clarity and simplicity are, in my view, of paramount importance." Men lord Bridge menar *inte* därmed att en avsikt måste bevisas (s 1038). Samtidigt likställer han en säker insikt om andras död i vissa fall (terroristbombning) med avsikt i moralisk-juridisk mening. Och han menar att av vad lord Hailsham sagt, fallet Hyam *inte* kan tolkas som stöd för att sannolikhetsuppsåt är *intent*. Lord Bridge säger slutligen (s 1038): "I am firmly of the opinion that foresight of consequences, as an element bearing on the issue of intention in murder, or indeed any other crime of specific intent, belongs not to the substantive law but to the law of evidence."

Se även Giles, Criminal law s 8 och 10. Ross framför en motsatt åsikt i "Forsæt i Engelsk Ret", s 3ff. Ross försöker bevisa att den gemensamma nämnaren för uppsåt i de flesta straffrättsystem, även det engelska, är en form av kvalificerat sannolikhetsuppsåt. Rättsutvecklingen har inte bekräftat hans tes.

⁹⁰⁵ Se t ex Cross and Jones s 31, Williams, Criminal Law s 34 och Giles, Criminal Law s 9.

⁹⁰⁶ Duff, Intention s 43.

Specific intent kan betyda tre olika saker beroende på kontexten: För det första kan det motsvara ungefär direkt uppsåt i motsats till *oblique intent*, för det andra kan det ibland användas synonymt med *ulterior intent*, och för det tredje kan det beteckna särskilda skärpta krav på *intent*, vilka krävs för att fälla till ansvar för särskilda brott eller för brott, som innehåller element, som avviker från en "normal" brottsbeskrivning.⁹⁰⁷ Stöld och häleri anses t ex kräva *specific intent*. Det anses emellertid ibland att mens rea i dessa fall snarare skall beskrivas som *ulterior intent*, eftersom det rör sig om fristående uppsåtsrekvisit.⁹⁰⁸ Exempelvis skärps kravet på *intent* på detta sätt, då det är fråga om parasiterande brott som t ex försök. Termen *specific intent* får betydelse t ex när brottet har begåtts under påverkan av frivilligt rus. Frivilligt rus anses ofta vara ett *defence* endast i fall då brottet kräver *specific intent*.⁹⁰⁹ I Smith & Hogan anser man att "the designation of crimes as requiring, or not requiring, specific intent is based on no principle but on policy."⁹¹⁰ Författarna anser att det enda sättet att få kunskap om vilka brott som kräver *specific intent* är att räkna upp i vilka brott frivilligt rus utgör ett *defence*.

Domstolarna i England har betonat betydelsen av kravet på *specific (ulterior) intent*, exempelvis i samband med försök till mord och fullbordat mord i fallet *Mohan* respektive *Moloney*.⁹¹¹ Enligt förslag från *The Law Commission* är det vid bedömning av rusanvar ansvar nödvändigt att differentiera *intent*-ansvaret med hänsyn till om uppsåtet är "särskilt".⁹¹²

Det råder alltså en viss begreppsförvirring i och med att termerna kan betyda flera olika saker i olika kontexter. *Basic intent* kan nämligen användas som en motsatsterm till dels *specific intent* i allmänhet, dels *ulterior intent*. Termen *basic intent* definierades i fallet *Morgan* som en motsats till *ulterior intent*, dvs i de fall när *intent* föreligger till något som ligger utanför *actus reus*.⁹¹³ Thornton föreslår därför att termen *basic intent* reserveras som en motsatsterm till *ulterior intent* och att *specific intent* endast används i motsats till *basic intent*, i betydelsen "general intent", dvs *intent* eller *recklessness*.

Murder, kräver enligt avgörandena i *Moloney* och *Hancock & Shankland*, *specific intent*. Detta innebär att det *intent* som krävs vid *murder* utgörs av

⁹⁰⁷Cross and Jones, s 37 och Smith & Hogan, s 58f.

⁹⁰⁸Cross and Jones s 36.

⁹⁰⁹Cross and Jones s 86ff, Smith & Hogan s 192ff och Majewski, [1976] 2 ALL ER 142.

⁹¹⁰Smith & Hogan, s 193.

⁹¹¹Mohan, [1975] 2 All ER 193 och Moloney, [1985] A.C. 905.

⁹¹²Draft Code, Law Com. No. 229 s 24 och 26.

⁹¹³Morgan, [1975] 2 ALL ER 347, s 363.

...a specific intent, the intent to kill or to inflict serious bodily harm.⁹¹⁴

Våldtäkt är däremot inte ett brott som fodrar *specific intent*, eftersom *actus reus* utgör ett samlag utan samtycke, och *recklessness* räcker beträffande det bristande samtycket. Däremot fordras *specific intent* då försök till våldtäkt föreligger.⁹¹⁵ Kravet på *specific intent* vid försöksbrott återspeglar debatten i svensk doktrin om användningen av eventuellt uppsåt eller andra "osäkra" uppsåtsslag vid försök.⁹¹⁶

Den närmare innebörden i *intent* och därmed gränsen mot *recklessness* och även mot *negligence* är inte entydig som allmänbegrepp i den mening som vi är vana vid. Egentligen är det inte alltid klart att *desire of consequences* alltid är *intent*. (Jfr exempelvis fallet *Steane*) Normalt anses dock detta konstituera *intent*. Om följden inses som säker eller mycket sannolik är detta i allmänhet att anse som *intent*. Men i sträng mening hävdas att insikten inte konstituerar *intent* utan bara utgör ett bevis för *intent*. Även om insikt om effekten saknas, kan (*basic*) *intent* ändå föreligga som *recklessness*. Gränserna mellan de allmänbegrepp som ingår i *mens rea* är inte skarpa. Däremot gäller detta inte i samma grad de enskilda brotternas *mens rea*.

AVGRÄNSNINGEN AV INTENT FRÅN MOTIV

I vilken utsträckning och på vilket sätt handlingsskäl (motiv) skall vara relevanta för straffvärde och straffansvar är en avvägningsfråga i många rättsordningar. Svensk rätt använder sig främst av fristående uppsåtsrekvisit i ansvarsdelen och hänsynstagande till motiv i påföljdsdelen.⁹¹⁷ I engelsk rätt citeras ofta Court of Criminal Appeal's godkännande av principen som Kenny beskrev 1902:

"... in any statutory definition of a crime 'malice' must be taken not in the old vague sense of 'wickedness' in general, but as requiring either (i) an actual intention to do the particular *kind* of harm that in fact was done, or (ii) recklessness as to whether such harm should occur or not (i.e. the accused has foreseen that the particular kind of harm might be done, and yet has gone on to take the risk of it). It is neither limited

⁹¹⁴ Thornton, *Intention in Criminal Law* s 193.

⁹¹⁵ Thornton, *Making Sense of Majewski* s 476ff.

⁹¹⁶ Se avsnitt 3.5.

⁹¹⁷ Se avsnitt 2.3.4.2.3 och 2.3.4.3. Jfr Salmond, *Jurisprudence* s 405. Han använder *motive* och *ulterior intent* som synonyma uttryck. "*Particular intent*", dvs fristående uppsåtsrekvisit, t ex tillägnelseuppsåt, och försöksansvar betraktar han som speciella undantag från regeln att motivet "...is irrelevant in the law".

to, nor does it indeed require, any ill-will towards the person injured”⁹¹⁸

Williams klassiska förklaringsmodell utgår från att gärningar består av ett stort antal separata element, som gärningspersonens uppsåt täcker eller inte täcker.⁹¹⁹ Thornton förklarar förhållandet mellan intentionalitet och motiv på ett annat sätt. Han anser att Williams förklaring är missvisande i två avseenden: För det första kan inte Williams förklara skillnaden mellan ett fristående uppsåtsrekvisit, som t ex vid stöld, och motiv, för det andra kan en handling vara både avsiktlig och oavsiktlig beroende på hur vi beskriver den. "Oedipus intended his action under the description of 'marrying Jocasta' but not under the description of marrying his mother." Därmed menar han: "Intentionality is thus not a property of actions, but a property of actions under a particular description."⁹²⁰ Thornton hävdar, i enlighet med vad J. L. Mackie tidigare sagt, att det finns en skillnad mellan "acts" och "actions", eftersom det är "acts", inte "actions", som är avsiktliga (intentionella).⁹²¹ Intentionaliteten är alltså något som tillhör *handlingen* och inte *handlandet* om översättningen tillåts. Handlingen är en beskrivning av handlandet.⁹²²

I det berömda fallet *Steane* aktualiserades på ett särskilt sätt skillnaderna och likheterna mellan *intent* och motiv.⁹²³ *Mr Steane*, som var engelsman, bistod tyskarna under kriget med radiosändningar. Om han vägrat skulle fienden ha satt hans familj i koncentrationsläger. Mr Steane hade ingen som helst önskan att bistå fienden. Mr Steane friades, eftersom han inte ansågs ha *intention* att bistå fienden.

Duff menar att om utsändningen *bestod* i att bistå fienden, hade han *intent* till detta oberoende av sina motiv.⁹²⁴ Motivet förklarar hans gärning på ett annat sätt, nämligen från motivets synvinkel. Naturrättsligt inspirerade författare, som t ex Finnis, menar till skillnad mot Duff och Thornton, att intentionaliteten inte på samma sätt är beroende av beskrivningen av gärningen, utan främst måste identifieras med den avsiktliga handlingen.⁹²⁵

⁹¹⁸ Smith & Hogan, s 53 och Cunningham [1957] 2 Q.B. 396. Se även Kenny, Outlines 148.

⁹¹⁹ Williams, *The Mental Element in Crime* s 10.

⁹²⁰ Thornton, *Intention in Criminal Law* s 178.

⁹²¹ Mackie, *The Grounds of Responsibility* s 176.

⁹²² Thornton, *Intention in Criminal Law* s 178.

⁹²³ Steane, K. B. [1947] 997, 1 All ER 813, 177 LT 122 och 63 TLR 403. Jag återkommer till fallet Steane särskilt i samband med skillnaden mellan motiv och beträffande spioneri i 2.3.4.2.3.

⁹²⁴ Duff, *Intention* s 205. Se även Anscombe, *Intention* s 21ff.

⁹²⁵ Thornton, *Intention in Criminal Law* s 185.

Frågan, om vilken motivets uppgift är, aktualiseras särskilt tydligt då motiven för en gärning är svårförståeliga eller saknas, exempelvis när det gäller s k "meningslöst" våld. "*Wanton killings*", som utförs genom gärningar med typiska "oskiljaktiga" eller säkra följder, och som på ett uppenbart oförsvarligt sätt fullföljs, vill Thornton beteckna som avsiktliga. Han kallar detta för "*complex intention*".⁹²⁶ Denna uppsåtstyp verkar i huvudsak sammanfalla med rättsfiguren *dolus ex re* – gärningsuppsåt.

Diskussionen har stundtals varit omfattande om skillnaden mellan *oblique intent* och *intent*, och om huruvida *oblique intent* endast är *presumed intent*; dvs om insikt endast är bevisning för *intent* eller om det är ett självständigt subjektivt rekvisit.⁹²⁷ Ungefär samma debatt återfinns i Norden som en strid mellan viljeteorier och föreställningsläran.⁹²⁸

Fallet *Steane* handlade vid första påsyn om *oblique intent* eller *desire* eller *purpose* skulle anses nödvändigt för mens rea vid spioneri.⁹²⁹ Brottet var ett lagfäst brott i en särskild lag för krigsförhållanden. *Steane* ansågs visserligen ha insett vad han gjorde, men det var inte tillräckligt för att konstituera *intent*. Lord Denning ansåg att lagens krav på *intent* avsåg *desire* eller *purpose* att bistå fienden, och att det därför inte räckte med att han insåg att han bistod fienden.⁹³⁰ Lord Denning måste mena något annat än att *Steane* bara insåg att han bistod fienden. Det är i fallet alldeles uppenbart att *Steane* verkligen hade för

⁹²⁶ Thornton, *Intention in Criminal Law* s 187.

⁹²⁷ Se t ex Giles, *Criminal Law* s 9ff.

⁹²⁸ Jfr Jareborg, 1969 s 6: "Fejden mellan anhängarna av vilje- respektive föreställningsteorier hör numera i första hand till doluslärans historia..."

⁹²⁹ *Steane* LT Vol. 177 s 125. Osökt associerar man till den lagändring som förändrades av det s k "IB-målet" i svensk rätt. Se avsnitt 2.3.4.2.3 under "Lagmotiven till ändringen av BrB kap 19 § 5".

⁹³⁰ *Steane* K.B. (Law Reports) [1947]. Lord Goddard konstaterade först att (a a s 1003f) gärningen bestod av "... acts likely to assist the enemy". Därefter skrev han: "While no doubt the motive of a man's act and his intention in doing the act are, in law, different things, it is, none the less, true that in many offences a specific intention is a necessary ingredient and the jury have to be satisfied that a particular act was done with that specific intent, although the natural consequences of the act might, if nothing else were proved, be said to show the intent for which it was done." Lord Denning yttrande om fallet (citat ur Duff, *Intention* s 93): "This man *Steane* had no desire or purpose to assist the enemy. The Gestapo had said to him: 'If you don't obey, your wife and children will be put in a concentration camp'. So he obeyed their commands. It would be hard to convict him of an 'intent to assist the enemy' if it was the last thing he desired to do". Se även Giles i *Criminal Law* s 9: "The principle that motive is irrelevant is a very well established one in the criminal law, and the case of *Steane* does not openly dispute it. The court talks in terms of intention, and the decision is explained in terms of intention, but many commentators see it as an example of a case where motive was *not* irrelevant. The student must make up his own mind."

avsikt att bistå fienden med radiosändningar. Bland kritikerna av motiveringarna i fallet var Williams särskilt framträdande.⁹³¹ Han menar att domen var "highly disputable" för att den inte i stället friade på grund av ett *defence* bestående av *duress*. Han ansåg att *intent* förelåg, på grund av att motivet till att han sände radiomeddelanden i fiendens tjänst inte hade någon som helst betydelse vare sig det nu rörde sig om att rädda sin familj eller om att tjäna ett paket cigaretter. Williams har naturligtvis rätt om kravet på *intent* för brottet verkligen bara är "vett och vilja" och inte omfattar någon värdering i förhållande till ett motiv. Men om kravet på mens rea vid det brott, som *Mr Steane* var åtalad för, är sammansatt av ett krav på "onda" handlingsskäl, är Williams åsikt inte gällande *common law*. Williams utpekar det goda skälet som en ursäkt genom att försöka hävda att väl har *intent* förelegat, men *Steane* är ursäktad för att skuldprincipen inte kan anvisa ett godtagbart handlingsalternativ. Domen har emellertid i *ratio decidendi* en *legal rule*, som definierar att mens rea för brottet är ett annat slag av *intent* än vad Williams hävdar. Visserligen kan de processuella och materiella uttrycken vara utbytbara i många sammanhang, men för Williams är det viktigt att *intent* inte får omfatta motiv av detta slag, eftersom mens rea, t ex *malice aforethought*, i princip skall vara värdeneutralt. Han tvingas på grund av praxis' härskande roll att acceptera att mens rea, "with intent to assist the enemy", utöver en insikt om att fienden bistods, också måste innehålla att gärningsmannen därvid, som skäl för sitt handlande, har en "omoraliskt" avsikt att gagna fienden. Tanken på ett sådant specifikt och "moraliskt" uppsåt är generellt inte så förskräckande i *common law*-kulturen.⁹³²

Nackdelen med att hänvisa moraliska invändningar till ansvarsfrihetsgrunderna eller *defences* har den bristen att intentionalitetsbegreppet utarmas på sin vardagsspråkliga innebörd och avståndet till normalt språkbruk ökas. I *Steane* har domstolarna försökt undvika en för stor "teknifiering" och specialisering av normalspråket genom att välja en kompromiss som denna, utan att för den skull i alla lägen försöka identifiera de moraliska inslagen i mens rea.

Lord Goddard menade att saken egentligen gällde om man kunde acceptera den sk presumtionen "a man intends the natural consequences of his acts" då det rörde sig om tvång från en brutal fiende.⁹³³ Han ansåg att en sådan gärningsmässig *intention* måste anses som "osäker" i dessa fall. Med andra ord skulle motivet främst vara något som kastar ljus över gärningen och därmed

⁹³¹ Williams, *The Mental Element in Crime* s 23.

⁹³² Jfr Stephen, J. i R. v. Tolson, [1889] 23 Q. B. s 168, 185, 186, 189, och Francis Sayre, *Mens Rea* s 1026.

⁹³³ *Steane* [1947] K.B. 997, vid s 1006.

dess mening. Ett gärningsmässigt uppsåt skulle alltså, för att anses som säkert, vara känsligt för alla former av invändningar, även moraliska.⁹³⁴

Det samlade intrycket är att traditionellt måste de rent intellektuella intentionalitetsbegreppen i engelsk rätt nödvändigtvis finnas i *intent* men att detta ibland inte är tillräckligt.⁹³⁵ Antingen ses det omoraliska elementet direkt i den kriminella handlingen eller också ses bristen på moral indirekt via *defences*, *mitigating factors* eller direkta uttalanden i prejudikat. Balansen mellan sådant "externt" och "internt" moraliskt inflytande är i viss mån avvägd på ett annat sätt än i svensk rätt. Cross and Jones gör följande påpekande:

Although common law, statute and subordinate legislation are the only direct sources of the criminal law, allowance must be made for the very important indirect source of morality.⁹³⁶

EVENTUELLT UPPSÅT

Fletcher menar att en stor del av det område som täcks av *dolus eventualis* faller under *recklessness* i *common law*-kulturen.⁹³⁷

The counterfactual test eller som Duff kallar det *the failure test* har vissa likheter med ett hypotetiskt uppsåt.⁹³⁸ Testet anses kunna ge information om skillnaden mellan insedda och eftersträvade sidoeffekter. Man ställer sig frågan om en gärningsperson skulle ha genomfört gärningen även om han föreställt sig att det önskade målet inte skulle uppnås. I det hypotetiska provet vid *dolus eventualis* frågar man sig om gärningspersonen skulle ha utfört gärningen även om han vetat att effekten skulle uppnås. Duff menar att en prövning av intentionalitet med *the failure test* endast ger svar på vilka mål som man velat nå men inte de medel som man vill använda sig av för att nå detta mål.⁹³⁹ Ett sådant hypotetiskt prov skulle därför inte avslöja någon gräns mellan uppsåtligt och oaktsamt brott. Istället kan det på ett särskilt sätt avslöja intentionalitet i form av "proattityder" eller motivets förhållande till effekten men inte vetenskap om gärningsomständigheter.

⁹³⁴ Jfr nedan Svea HovR angående gärningsuppsåt vid medverkan i avsnitt 2.3.5.3.3 under "'Stureplansmorden' – NJA 1996 s 27".

⁹³⁵ Moloney [1985] A.C. 905, Hancock & Shankland [1986] 2 WLR 357 och Nedrick [1986] 1 WLR 57. Fallen anses visa att insikt betraktas som en nödvändig men icke tillräcklig faktor för *intent*.

⁹³⁶ Cross and Jones, s 16.

⁹³⁷ Fletcher, 1978 s 326.

⁹³⁸ Thornton, Intention in Criminal Law s 183 och Duff, Intention, s 61f

⁹³⁹ Duff, Intention s 62f.

I fallet *Gillick* argumenterade Lord Scarman för att gärningsmannen saknade "the guilty mind that is an essential ingredient," eftersom en läkare, som skrev ut ett preventivmedel till en underårig trots att detta inte var tillåtet, inte kunde anses haft intentionen att underlätta otillåtet sexuellt umgänge.⁹⁴⁰ J.C. Smith ansåg dock (med nästan samma motivering som Williams i *Steane*) att *intent* förelåg, men att en ansvarsfrihetsgrund kunde åberopas.

Debatten om balansen mellan motiv och uppsåt, samt om mens rea överhuvudtaget kan ha moraliska inslag, pågår fortfarande i *common law*-kulturen.

KRAVET PÅ MENS REA VID HOMICIDE OCH ASSAULT AND BATTERY

Homicide

Mens rea för *murder* betecknas med det gamla begreppet *malice aforethought*. I doktrinen hävdas ofta med bestämdhet att begreppet *malice* helt har förlorat sin grundbetydelse av ont uppsåt och mens rea vid *murder* enbart avser *intent*, dvs de "neutrala" komponenterna insikt och vilja.⁹⁴¹ Grundbetydelsen i det romerskrättsliga "dolus" som ont uppsåt liksom *malice* visar att begreppen ursprungligen förutsattes vara moraliskt laddade. Vid flera brottstyper både i *statutes* och i *common law* förekommer begreppet *malice*. Åklagaren måste då bevisa att den tilltalade handlat *maliciously*. Detta gäller exempelvis den ålderdomliga definitionen av mens rea i *murder* och *voluntary manslaughter* som *malice aforethought* samt brott som regleras i *Offences against the Person Act 1861*. För *murder* krävs exempelvis i Kaliforniens strafflag inte bara att dödandet varit uppsåtligt, utan även att det varit ett ondskefullt dödande.⁹⁴² Man kan säga att dödandet inte får vara socialadekvat i en särskild mening. Genom kravet på att alla brottsliga gärningar, även uppsåtliga, skall vara oaktsamma, uttrycks egentligen samma sak. Det kan vara en smaksak hur denna sociala värdering eller moraliska laddning uttrycks i brottsbeskrivningarna, om man är medveten om att all intentionalitet i bedömda gärningar är värderad intentionalitet.

I en rättspositivistisk miljö riktas naturligen intresset mot att föra de moraliska elementen helt och hållet till rättspolitik; dvs den moraliska laddningen av intentionaliteten måste vara gjord i och med kriminaliseringen. Det är efter detta synsätt inte domstolens sak att göra denna moraliska avvägning utan

⁹⁴⁰ Gillick [1986] A.C. 112.

⁹⁴¹ Smith and Hogan, s 291.

⁹⁴² Fletcher, 1978 s 265. I Kaliforniens Penal Code § 188 menar Fletcher att kravet på *malice* vid *murder* definierat som att TT måste vara driven av "...an abandoned and malignant heart" visserligen förelåg men att detta krav inte längre beaktades.

politikernas. I *common law*-kulturen behålls denna moraliska avvägning i vissa lägen fortfarande i dömandet. Hall säger t ex:

If we examine any conduct ("action") that has moral significance, we can distinguish these two basic components...Every act that is morally significant is motivated as well as intentional. We are, in fact, concerned with a unified process- a course of action which *always*, at every step and at each moment involves both motive and intentionality. This is true even though it may also be true that motive precedes intention.⁹⁴³

Så fort kriminaliseringen kommer i allvarlig konflikt med moralen, "syns" kravet på att avsikten är omoralisk. Om *mens rea* konstateras vid *intention*, finns eller nyskapas ibland *defences* för att kompensera en eventuell orättvis dom över en gärning, som av moraliska skäl syns vara godtagbar. Det är följaktligen inte omedelbart ett argument för att *intention*, *malice* eller *recklessness* förlorat sin förbindelse med moralen att hävda den ringa förekomsten av mål i högre instans, där domstolarna direkt uttalar exempelvis att *malice* helt förlorat sin grundbetydelse.⁹⁴⁴ Ser man dessutom till de *defences* som tillhandahåller faktorer som är *mitigating*, förstärks intrycket av en växelverkan direkt mellan straffrätt och moral i England.

Jurysystemet i England skapar förutsättningar för en reell uppdelning i ansvars- och påföljdsfrågor. Frågor om uppsåt eller subjektiva rekvisit vilar därför ensamt på den som fattar avgörandet i ansvarsfrågan. Det är en fördel för den tilltalade förutsatt att det kan anses som en viktig princip att den tilltalade har obetingad rätt till dom i ansvarsfrågan.

Beträffande brottstypen *homicide* gällde länge i *common law* att den tilltalades vetskap eller insikt om händelseförloppet bedömdes efter vad en *reasonable man* kunnat förutse;

⁹⁴³ Hall, s 141.

⁹⁴⁴ Två kända rättsfall skall nämnas utöver Steane, som handlar om kravet på ont uppsåt: *Sherras v de Rutzen*, [1895] Q.B. 918. I målet var fråga om bevisbördan för "god tro" vid utskänkning av spritdrycker åt en civilklädd polisman. I fallet bestämdes på gärningsmässiga grunder att god tro förelåg. Per J. Wright utgick från att kravet på *intention* var "*evil intention*". *Sveet v. Parsley*, [1970] A.C. 132. Fallet handlade om det för en hyresvärd kunde anses vara ett "*absolute offence*" att narkotika, bl a LSD, användes i hyreslägenheterna eller om det krävdes någon form av *mens rea*. På s 152 skrev Per Lord Morris of Borth-y-Gest att det var "...a cardinal principle of our law that *mens rea*, an evil intention or a knowledge of the wrongfulness of the act, is in all ordinary cases an essential ingredient of the guilt of a criminal offence."

The test of foresight is not what this very criminal foresaw, but what a man of reasonable prudence would have foreseen.⁹⁴⁵

Man har också uttryckt det i den kända sentensen:

A man is presumed to intend the natural and probable consequences of his action.⁹⁴⁶

Vad som sedan är naturligt och sannolikt avgjordes sålunda med hjälp av *the reasonable man*. Däremot ansåg man i allmänhet att denna objektiva test var motbevisbar. *Defences* var exempelvis *automacy*, *infancy* och *madness*, medan exempelvis paniktillstånd eller självförvållat rus däremot inte utgjort ett giltigt *defence*. *Common law* har inte varit främmande för att även på andra vägar göra bedömningen av den tilltalades inställning till det brottsliga händelseförloppet beroende av den för alla (goda och förnuftiga personer) gemensamma kunskapen och inte enbart av den brottsliges aktuella kunskap. Vid *murder* bestämdes den erforderliga *mens rea* "*malice aforethought*" av tre slag: *constructive intent*, om den tilltalade åstadkommit effekten i samband med utövande av ett annat brott, *implied intent* om uppsåt förelegat att "do grievous bodily harm" och *express intent* om gärningspersonen haft uppsåt att döda.⁹⁴⁷

The Homicide Act 1957 riktades bl a mot bruket av *constructive intent*. Stadsgandet vill hindra domstolarna att konstatera *intent* enbart på grund av att gärningen utförts i samband med brott.⁹⁴⁸ I *Hyam* klargjordes att *implied intent* fortfarande kan användas vid brottet *murder*. Detta senare är alltså gällande rätt i England.⁹⁴⁹ I ett flertal senare rättsfall, framför allt i *Moloney* och i *Hancock & Shankland*, har överhuset slagit fast att *implied intent* fortfarande räcker vid *murder* och *voluntary manslaughter*.⁹⁵⁰ Dessutom uppträdde uttrycket "*natural consequences*" igen fast nu uttryckligen hänfört till bevisningen.⁹⁵¹

Common law medger alltså att gärningsmannen döms för *murder* och *voluntary manslaughter*, om han haft *malice aforethought* inte bara uttryckligen till att döda utan också till allvarlig kroppsskada, dvs *implied malice*. *Implied malice* och

⁹⁴⁵ Holmes, *The Common Law* 1881 s 54.

⁹⁴⁶ Draft Code, *Law Com. No. 143* s 2 f.

⁹⁴⁷ Cross and Jones, s 144ff.

⁹⁴⁸ *The Homicide Act 1957*, Sec, 1(1) och (2).

⁹⁴⁹ *Hyam* [1975]A.C. 55.

⁹⁵⁰ Se Cross and Jones, s 143ff samt *Moloney* [1985] A.C. 905 och *Hancock & Shankland* [1986] A.C. 455.

⁹⁵¹ Se även angående kravet på "*self-control*", uppfyllt genom "...self-control of a reasonable man" vid "*the defence of provocation*" i *Cambridge* [1994] 2 All ER 760, *Stewart* [1995] 4 all ER 999, *Morhall* [1996] 1 AC 90, *Dryden* [1995] 4 All ER 987, och *Humphreys* [1995] 4 All ER 1008.

implied intent användes i detta sammanhang ofta synonymt. Denna allvarliga kroppsskada behöver inte ens sannolikt leda till döden, utan det räcker med *intent* enbart till den allvarliga kroppsskadan.

Fallet *Smith* från år 1961 var det mål som efter livlig diskussion i England till sist orsakade ett ingrepp via lagstiftning år 1967 med en bestämmelse, som riktade sig mot att domarna i *The House of Lords*. Dessa antogs ha ersatt kravet på en *aktuell* insikt om allvarlig kroppsskada med ett krav på en "normalinsikt" om samma förhållande.⁹⁵² *Sec. 8 i the Criminal Justice Act 1967* stadgar:

A court or jury, in determining whether a person has committed an offence, (a) shall not be bound in law to infer that he intended or foresaw a result of his actions by reason only of its being a natural and probable consequence of those actions; but (b) shall decide whether he did intend or foresee that result by reference to all the evidence drawing such inferences from the evidence as appear proper in the circumstances.

Händelseförloppet var följande: *Mr Smith* hade försökt kasta av en polis, som hängde sig fast vid hans bil lastad med stöldgods, genom att köra slingrigt i hög fart. Därvid dödades polismannen. Han dömdes i sista instans för *murder*.⁹⁵³ *The Law Commission* från år 1978 hävdade att det var vid tiden för fallets avgörande en vitt spridd uppfattning att *The House of Lords* i fallet *Smith* hade lanserat en omotbevisbar presumtion att juryn skulle vara tvingad att alltid tillräkna TT den insikt som en *reasonable man* haft i motsvarande situation.⁹⁵⁴ Domarna misstänktes för att ha lanserat en ny tolkning av mens rea-kravet vid *murder* till nackdel för TT. Men såvitt man kan förstå av vad lord Denning, som var domare i målet, säger är detta en missuppfattning.⁹⁵⁵ "Presumtionen" var aldrig avsedd att vara omotbevisbar. Lagstiftningen blev egentligen ett slag i luften. Denning säger om stadgandet: "That has always been the law."⁹⁵⁶ Förslaget från *The Law Commission* från år 1978 lade dock stor vikt vid frågan. Man tänkte sig att en allmän bestämmelse beträffande de "mentala elementen" skulle ersätta det särskilda stadgandet från 1967.

We do not think it is satisfactory, if an offence, in effect to change the nature of that requirement by identifying the actual state of mind of the defendant with the state of mind which a reasonable man in his

⁹⁵² Smith [1961] A.C. 290.

⁹⁵³ Se avsnitt 2.3.5.2 under "NJA 1959 s 63". Detta fall är tidsmässigt och sakligt analogt med fallet Smith. I NJA 1959 s 63 klarade sig emellertid polismannen med livet i behåll.

⁹⁵⁴ Draft Code, Law Com. No. 89 s 245f.

⁹⁵⁵ Denning, Landmarks in the Law s 333ff. Se även Cross and Jones s 152ff.

⁹⁵⁶ Denning, Landmarks in the Law s 343.

position would have had. If the desired end is to make liability in respect of a particular requirement of an offence depend on negligence, it seems better to do so directly rather than by having recourse to such a fiction⁹⁵⁷

Man gör härvid samma bedömning som Jareborg gör beträffande "dolus von Seth", nämligen att det egentligen rör sig om en oaktsamhetsbedömning och inte en uppsåtsbedömning.⁹⁵⁸ Gränsen mot culpa skulle alltså vara överskriden, om man använder sig av denna "fiktion". Kommissionen hänger upp sitt resonemang på att det verkligen måste röra sig om "the actual state of mind" och inte om en prövning mot bakgrund av att "the result was a natural and probable consequence of that person's (gärningspersonens) conduct" och vad "a reasonable man in his situation" skulle ha insett.⁹⁵⁹ Man föreslog att dessa jämförelseobjekt skulle ha karaktären av "a relevant factor" vid bedömningen. Problemet aktuell insikt kontra "normal" insikt ägnas alltså stor uppmärksamhet och ses i kommissionens förslag som en viktig gräns mellan oaktsamhet och uppsåt.

Kontentan av lagstiftningsförsöket är antagligen att lagstiftaren, med förankring i rättsvetenskapen via *The Law Commission*, missuppfattade praxis. Praxis hade aldrig avsett en presumtion i egentlig mening, inte ens en motbevisbar, om man skall vara noga. I *common law*-kulturen är de processuella uttrycksätten många gången kompatibla med de materiella. Någon bevislättnad för åklagaren var det inte egentligen tal om. *The House of Lords* i *Smith* gjorde en gärningsmässig bedömning, som beskrevs processrättsligt som en presumtion. Om inget annat så framgår detta av Lord Denning.⁹⁶⁰ Även om man med lagstiftning försökt att rensa ut vad *academics* ansåg som en arkaisk rest från ett primitivt system, lever den *commonsense*-inriktade sentensen "a man is presumed to intend the natural and probable consequences of his action" envist kvar.⁹⁶¹ Man kan säga att praxis gick segrande ur kampen mot lagstiftaren och *the academics*.⁹⁶²

Innan fallet *Woolmington* avgjordes år 1935 låg bevisbördan i detta avseende mer eller mindre på den tilltalade. Men så länge som bevisbördan var omvänd på detta sätt, måste alltid en dom på dessa grunder specificeras i en särskild *verdict* av juryn. Domstolen var alltså tvungen att alltid redovisa när de s k presumptionerna användes. På så vis fanns en kontroll över "presumptionens"

⁹⁵⁷ Draft Code, Law Com. No. 89, s 247.

⁹⁵⁸ Se avsnitt 2.3.5.3.3.

⁹⁵⁹ Draft Code, Law Com. No. 89, s 247.

⁹⁶⁰ Denning, Landmarks in the Law s 334ff.

⁹⁶¹ Se Draft Code Law Com. No. 143 s 3.

⁹⁶² Denning, Landmarks in the Law s 343: "The academics bitterly criticised the House."

användning. Enligt min mening finns det anledning att ifrågasätta om denna s k presumption, ens då den tilltalade hade en börda, verkligen utgjorde en bevislättning för åklagaren, i den utsträckning som företrädare för den traditionella kontinentala uppsåtsläran föreställde sig. Frågan är om inte den normala uppsåtligheten mer var ett processuellt uttryck för domstolen "rättighet" att direkt observera intentionaliteten i gärningen.⁹⁶³

Rättsläget beträffande mens rea vid *murder* är idag att gränsen bestäms genom en gärningsmässig prövning. Dessutom räcker det att den tilltalade insett att svår kroppsskada kunde följa. Eftersom det inte hjälper den tilltalade att sannolikheten var mycket liten för att döden skulle följa, är rättsläget att *intent* beträffande handlingens effekt vid *murder* normativt fastställts till att vara insikt om att svår kroppsskada kan följa. Dock måste betonas att insikten ofta endast ses som ett bevis för *intent*. Trots insikt om kroppsskada eller annans död, kan den tilltalade frias om den tilltalade inte trodde att effekten skulle inträffa. Det är därför, redan av detta skäl, inte fråga om ett rent sannolikhetsuppsåt utan snarare en form av avsiktlighetsuppsåt.⁹⁶⁴

Motsvarigheten till brottet dråp är ungefär brottet *voluntary manslaughter*. Mens rea är detsamma som vid *murder* men förmildrande omständigheter som exempelvis *provocation* föreligger. Mens rea vid *involuntary manslaughter* är däremot uppfyllt redan vid insikt om en hög otillbörlig risk för att döden eller svår kroppsskada skulle följa. Det finns två typer av *involuntary manslaughter*: *unlawful act (constructive) manslaughter* och *manslaugter by gross negligence or recklessness*.⁹⁶⁵

Constructive eller *unlawful act manslaughter* innebär att gärningspersonen endast behöver begå en olaglig handling som skapar en risk för skada (ej nödvändigtvis allvarlig), vilken skulle ha insedda av en *reasonable person*. Följer döden därav är han skyldig till *involuntary manslaughter*. Döden behöver inte vara förutsägbar för denna *reasonable person*. Däremot krävs *intent* eller *recklessness* i förhållande till den olagliga handlingen, i enlighet med den mens rea som krävs för det brottet.⁹⁶⁶

Ett rikt urval av objektiverande lösningar finns alltså tillgängligt för bedömningen av mens rea vid *homicide*. Mönstret påminner om tillståndet i svensk rätt före BrB. Avståndet till svensk doktrin och till den svenska traditionella uppsåtsläran är stort, men däremot inte på samma sätt till svensk praxis. Mo-

⁹⁶³ Se avsnitt 2.3.5.3.3 under "'Stureplansmorden' – NJA 1996 s 27".

⁹⁶⁴ Jfr Ross, Forsæt i Engelsk Ret (1977) s 3ff.

⁹⁶⁵ Giles, Criminal Law s 77.

⁹⁶⁶ Cross and Jones, s 163f och 168ff.

raliska bedömningar är mer ogenerat redovisade i engelsk rätt liksom är fallet med integrationen mellan processrätt och materiell rätt.

Assault and battery

Mens rea för detta brott (ungefär misshandel) är *basic intent* enligt *Criminal Justice Act 1988 sec. 39*. *Cunningham recklessness* anses här vara nödvändig mens rea. Däremot har de fall som behandlas under den gamla lagen, *Offences Against the Person Act 1861, sec. 47* och *20*, (dvs *aggravated assault*) inte exakt samma mens rea. Ingen mens rea (dvs strikt ansvar) krävs för kroppsskadan, som är ett krav ingående i *actus reus*. Då det endast är fråga om *assault* krävs *basic intent*. Skadan i *sec. 47* kan bestå av psykisk skada men måste enligt gärningsbeskrivningen i *sec 20* bestå av sårskada eller allvarlig kroppsskada. Dessutom måste mens rea i *assault* enligt detta lagrum omfatta *foresight* av någon, i varje fall, lindrigare skada. Själva skadan måste som ovan sagts vara av allvarligare art. "Objektiva överskott" i denna mening är alltså inte något otänkbart här.

Ytterligare en variant av detta brott finns i den senare lagen i *sec. 18*, men i detta fall måste *specific intent* föreligga till antingen allvarlig kroppsskada eller till ett motstånd mot *lawful arrest or detention*.

BEVISNINGEN AV INTENT

Allmänt

Som förut sagts är inte åtskillnaden mellan processrätt och materiell rätt strikt genomförd i engelsk rätt. Detta medför att bevisningen av mens rea inte följer samma regler som bevisningen av subjektiva rekvisit i kontinental tradition. Jag har ändå av kompatibilitetshänsyn till den *civil law*-kultur som framställningen befinner sig i, valt att i någon mån skilja mellan bevisningen av mens rea och de materiella brottsförutsättningar som ingår i detta begrepp. Detta leder dock till vissa oundvikliga upprepningar. Det är inte möjligt att ge en allmän beskrivning av på vilket sätt *intention* bevisas, eftersom varje brott har sin särskilda konstruktion av mens rea. Här behandlas huvudsakligen bevisningen vid uppsåtligt dödande.

Bevisbördan

Huvudregeln är, i enlighet med fallet *Woolmington*, att åklagaren har hela bevisbördan för den tilltalades skuld, *beyond reasonable doubt*. I princip skall åklagaren motbevisa varje *defence* som framförs av den tilltalade. Detta är dock

en sanning med viss modifikation⁹⁶⁷ Man tilldelar t ex ofta den tilltalade en börda för att *reasonable doubt* föreligger beträffande *malice aforethought*.⁹⁶⁸ Juryn *may*, (ej *must*) anse att han är skyldig, då "rimliga tvivel" inte finns på att han utfört gärningen. Beskrivet på detta sätt framstår TT:s börda närmast som en falsk bevisbörda, eftersom åklagaren egentligen uppfyllt beviskravet.

Den tilltalades börda of adducing evidence

Det anses allmänt att åklagaren måste framföra *prima facie*-bevisning; dvs han måste frambringa bevisning i tillräcklig kvantitet och kvalité för *actus reus* och *mens rea* i enlighet med gärningsbeskrivningen.⁹⁶⁹ Men det innebär inte att åklagaren måste vederlägga varje tänkbar invändning - alla tänkbara *special defences* - från den tilltalade. Lord Devlin i *Hill v. Bawter* uttryckte saken på följande sätt:

It would be quite unreasonable to allow the defence to submit at the end of the prosecution's case that the Crown had not proved affirmatively at beyond reasonable doubt that the accused was at the time of the crime sober, or not sleep walking or not in a trance or blackout.⁹⁷⁰

Det är vanligt att man talar om *defences* när den tilltalade förnekar *mens rea* på grund av *casus*, faktiska misstag eller okunnighet, eller i övrigt beträffande alla invändningar, som går ut på bristande uppsåt. Det skulle då inte vara fråga om en egentlig överflyttning av bevisbördan utan man skiljer på *the evidential burden* och *the burden of proof*.⁹⁷¹ Den tilltalade har bördan att *adduce evidence*, dvs en slags återopsbörda för *defences*.⁹⁷² I vissa särskilda *defences* ökas denna börda till en omvänd bevisbörda.⁹⁷³ Detta gäller vid *defence of insanity*, i de fall då särskild lagstiftning finns, exempelvis beträffande en *reasonable excuse* för att bära ett *offensive weapon* på allmän plats samt vid vissa andra undantag i *statutory offences*. Den tilltalade behöver emellertid inte visa ursäktens existens *beyond reasonable doubt* utan endast att det var sannolikare att den förelåg än att den inte gjorde det.

Enligt en strikt uppfattning skall bördan att visa *beyond reasonable doubt* att det återopade försvaret inte var för handen trots allt i sista hand vila på åklagaren. Vid *murder* till exempel måste åklagaren tillbakavisa alla rimliga skäl för att *provocation* förelagat, om tillräcklig bevisning finns för att försvaret provo-

⁹⁶⁷ Cross and Jones s, 52f.

⁹⁶⁸ Cross and Jones s 50ff.

⁹⁶⁹ Cross and Jones s 52f.

⁹⁷⁰ Hill v. Bawter [1958] 1 Q.B. 277 p 284.

⁹⁷¹ Cross & Jones, s 53.

⁹⁷² Lord Sankey i Woolmington [1935] A.C. 462.

⁹⁷³ Cross and Jones s 52f.

kation förelegat.⁹⁷⁴ Ett rimlighetskrav på det anförda försvaret är tillräckligt. Förmår TT inte detta, behöver inte domaren beröra försvaret i sitt anförande till juryn. Vilka kriterier som skapar "rimligheten" i försvaret är en fråga som juryn får besvara. Det är dock inte ovanligt med en mindre strikt hållning till åklagarens bevisbörd.⁹⁷⁵

The Law Commission av år 1989 hävdar att man lagfäst "...the general rule" i fallet *Woolmington*. Kommissionen skriver:

The burden is on the prosecution to prove every fact which it alleges or relies on. When the defendant wishes to set up a defence or to rely on any other fact, he bears, at most, an "evidential burden". When the evidential burden is satisfied, the burden is on the prosecution to disprove the fact in question.⁹⁷⁶

Beviskravet, som åklagaren och TT måste uppfylla enligt lagförslaget uppgår till "proof beyond reasonable doubt" respektive till "a reasonable possibility" eller "proof on the balance of probabilities".⁹⁷⁷ Rättsläget beträffande kravet på *adducing evidence* kan sammanfattas som att TT måste med övervägande sannolikhet visa att ett *defence* föreligger innan åklagarens bevisbörd inträder för att detta *defence* inte kan återopas.

Bevisningen av intent vid homicide

När det gäller *homicide* finns flera typer av objektiverande lösningar, lika de som fanns i svensk rätt innan brottsbalken trädde i kraft. Dessa uttrycks både materiellt och processuellt. Det mest iögonfallande är att det räcker att bevisa uppsåt till kroppsskada för att även uppsåt till döden anses vara för handen. Frågan beträffande gränsdragningen mellan uppsåtligt och oaktsamt dödande, särskilt vid typiska affektdåd, har ofta aktualiserats i praxis i England och i Sverige. Som ovan visats blev det berömda rättsfallet *Smith* en katalysator för detta. Andemeningen i sentensen "*a man intends the natural consequences of his acts*" återfinns ofta i domar och i litteraturen.⁹⁷⁸ Frågan behandlades i fallen *Prince* 1875, *Woolmington* 1935, *Smith* 1961, *Ives* 1970, *Hyam* 1975, *Moloney* 1985 och *Hancock & Shankland* 1986.⁹⁷⁹ M. Stevenson yttrade följande i fallet *Ives* :

⁹⁷⁴ Cross and Jones, s 54.

⁹⁷⁵ Jfr Cross and Jones s 53.

⁹⁷⁶ Law Commission No. 177 s 185.

⁹⁷⁷ Law Commission No. 177 s 184.

⁹⁷⁸ Se ovan om HD:s inlägg i samband med strafflagsreformen år 1862 i avsnitt 2.2.3.4 samt avsnitt 2.3.5.3.3.

⁹⁷⁹ Prince[1875] All. ER 881, Woolmington [1935] A.C. 462, Smith [1960] A. C. 290, Ives [1970] 1 Q.B. 208 , p 214, Hyam [1975] A. C. 55, Moloney [1985] 1 All ER 1025, Hancock & Shankland [1986] 2 WLR 357.

It is a trite observation that there is no scientific means of analysing the state of a person's mind at a particular moment of time. There is no scientific instrument which enables you to do that; nothing comparable to a pressure gauge on an engine or a speedometer of a car which enables you to ascertain what is going on inside. So one usually looks - you may think this is common sense - at the man's actions, at all the surrounding circumstances, at the conduct which precedes and very often the conduct which follows the killing, and in particular the way in which the killing was carried out, the nature, the number, the quality of the injuries, the nature and kind of weapon that was used, if one was used, to ask yourselves whether you are satisfied that at the time of the killing there must at least have been an intention, if not to kill, to inflict serious physical harm.

Frågan är om inte omstruktureringen av mens rea-begreppet till "fault terms" varit själva flaggskeppet i hela det mer än sekelgamla lagstiftningsprojektet.⁹⁸⁰ *Intention* kallas ett "fault element", dvs "a state of mind with which a person acts" i *Draft Code*.⁹⁸¹ Som förut sagts kallas ofta en invändning om bristande *intention* för ett *defence*. Likaså är en hel del av *defences*, som exempelvis *automatism* och *insanity*, av "subjektiv" karaktär och följer bevisbördans plats för *defences*. Det är alltså som ovan anmärkts viktigt att klarlägga vilken kategori *intent* tillhör; om *intent* är ett "element" ingående i brottsbegreppet eller om *intent* uppträder i rättegången som ett *defence*. Bevisbördan relaterar sig alltså till bevisemat, eller, om man så vill, till hur en invändning om bristande uppsåt karaktäriseras. Frågan är om invändningen behandlas som ett negativt rekvisit (rekvisitet "bristande uppsåt"), ett rekvisit (*element of an offence*) ingående i "*the elements of an offence*" eller ett *defence*. De två första alternativen förutsätter samma bevisbörda men inte det tredje.⁹⁸²

Bevisemat enligt Williams är "*the mental element*". Lagförslaget visar alltså i grund och botten samma paradigmatiske drag, som de som är genomgående i Williams verk. Ingen avgörande förändring av grunderna har skett sedan Stephens dagar för ungefär 150 år sedan.

Man ansluter lagförslaget till den ovan nämnda lagändringen från 1967 och lagförslaget av år 1978.⁹⁸³ Men samtidigt erkänns att Denning hade rätt:

The clause states a truism and is therefore strictly unnecessary to the functioning of the Code. Nevertheless, in view of the history of English law in this matter, (här hänvisas till den tidvis uppsplitande

⁹⁸⁰ Draft Code, Law Com. No. 177 s 190.

⁹⁸¹ Law Commission No. 177 s 190.

⁹⁸² Draft Code, Law Com. No. 177 s 184 och 190ff.

⁹⁸³ Draft Code, Law Com. No. 177 s 184.

striden i anledning av avgörandet i fallet *Smith; SC*) it is desirable to include the provision, both as a reminder to the courts and as a reassurance to the public that it is not sufficient for a defendant simply to assert that he held a particular belief – e.g., that a woman was consenting to sexual intercourse when she was not.⁹⁸⁴

2.3.2.2.3 DEN NYARE DISKUSSIONEN OM UPPSÅT I ENGLAND

ALLMÄNT

Draft Code har, i sina många olika versioner, utan större framgång arbetat för att integrera den tyska dogmatikens grunddrag i engelsk rätt vad beträffar straffrättens allmänna del och därmed även skuldläran. Istället verkar *common law* med viss framgång ha påverkat tysk nyare straffrättsdoktrin. En del har varit medvetet, som Esers och Wiegendts förslag att införa en tredje skuldform i tysk rätt, en del har helt enkelt givit sig självt, främst i kraft av en förståelse för den växelverkan som råder mellan materiell och formell rätt. Spjutspetsen i den engelska debatten har en något annan karaktär än motsvarande i tysk och nordisk doktrin, även om riktningen mot en objektivisering av uppsåtsbedömningen är densamma. Detta har sin grund i att huvudfrågan i den senaste tyska uppsåtsdiskussionen till stor del handlar om hur processrättsliga uttryck för uppsåt förhåller sig till de materiella uttrycken. Det bör därför inte vara en förlust för *common law*-traditionen att man "stått över" den långa tyska rättsvetenskapliga vandringen från ett integrerat processuellt och materiellt synsätt via en absolut åtskillnad mellan uppsåt som materiellt rekvisit och bevismöjligheterna för uppsåt tillbaka till en mer integrerad syn.

Den nyaste diskussionen i engelsk rätt illustreras här genomgående av två motpoler; å ena sidan Duffs icke-dualistiska uppsåtslära och å andra sidan företrädarna för kodifieringsförslagen. Det måste betonas att denna icke-dualism hänför sig till *prövningen* av gärningar eller m a o frågan om *möjlighet att inhämta kunskap* om andras intentionalitet. Man kan inte utan vidare säga att Duffs gärningslära förklarar vad en gärning *väsen* är.

DUALISMENS PROBLEMATISERING AV UPPSÅTSPRÖVNINGEN

Eftersom man redan i utgångsläget klarat av sammanhanget mellan materiell och formell straffrätt, utgår spjutspetsen i den engelska diskussionen främst från ett ifrågasättande av premissen om gärningsprövningens nödvändiga uppdelning i objektiva och subjektiva ansvarsförutsättningar. Som förut an-

⁹⁸⁴ *Draft Code*, Law Com. No. 177 s 184.

tytts är dess främste företrädare Robin Antony Duff. De mest uppmärksammade straffrättsinriktade verken, *Intention Agency & Criminal Liability*, och *Criminal Attempts*, bygger båda på en icke-dualistisk lära för prövningen av gärningar. I avhandlingens kapitel 1, 2 och 3 presenteras delar ur dessa verk. I några avseenden kan man här spåra intryck från Fletchers betydelsefulla arbete för ungefär 20 sedan.⁹⁸⁵ Uppmärksammas bör att Fletcher skrev med uttalade komparativa ambitioner, framför allt i förhållande till den tyska debatten. Duff befinner sig inom samma filosofiska familj som Jareborg i Sverige, dvs vad som har kallats den analytiska filosofin. Detta medför att det redan i vårt land finns betydelsefulla förbindelser till vad som framstår som spjutspetsen i anglosaxisk doktrin på området. Vissa av Jareborgs idéer korresponderar även med Duffs lösningar.

Eftersom bevisningen av uppsåt är så intimt förknippad med de materiella uttrycken för uppsåt, särskilt vid uppsåtsgränsen, öppnar hans lösningsförslag en helt ny väg för bestämningen av uppsåtsgränsen. Den rättsfigur som på ett särskilt sätt visat sig involvera både bevisningen och de materiella uttrycken för uppsåtsgränsen, är dolus ex re - gärningsuppsåt. Genomgången av hans lösningar kommer följaktligen att fokuseras till gränsbestämningen och till denna rättsfigur.

Kritiken mot Descartes' skeptiska grundinställning till kunskap om andras medvetande och därmed om andras insikter och vilja, kan sammanfattas på följande sätt: Descartes vill besvara frågan "Vad kan jag överhuvudtaget veta?" med att söka "det man absolut inte kan betvivla".⁹⁸⁶ Han ville "inte tillåta plats för annat än vad som framträder så klart och tydligt för medvetandet, att man inte kan finna något som helst skäl för att betvivla det."⁹⁸⁷ Descartes betvivlar att han verkligen ser några män gå över ett torg när han vanligtvis säger sig se detta, eftersom han *egentligen* inte vet detta.⁹⁸⁸ Männen kunde exempelvis vara robotar utklädda i hattar och rockar. Hans vardagliga observation utgör ingen säker kunskapskälla för honom, utan är endast en bedömning av verkligheten. Det som han betecknade som en första säker kunskap var att han själv existerade, eftersom han inte kunde tvivla utan att existera.⁹⁸⁹ Den andra säkra kunskapen gällde alla omdömen om det egna

⁹⁸⁵ Duff utgår bl a från intentionalitet som ett manifest "paradigm". Fletcher talar om ett "...general pattern of subjective criminality" för straffansvar. Begreppet "paradigm" betyder här inte en omvälvande vetenskapsteori som Kuhn vill reservera begreppet för. Duff använder sig av begreppet som beteckning på ett genomgående mönster i straffrätten. Se t ex Duff, *Intention* s 139 och Fletcher, 1978 s 115.

⁹⁸⁶ Fil lex, s 108.

⁹⁸⁷ Fil lex, s 108.

⁹⁸⁸ Descartes, *Meditations II* s 21. Ur Duff, *Intention* s 123.

⁹⁸⁹ Fil lex, s 109.

privata medvetandetillståndet, exempelvis "Jag ser Paris" och "Jag tänker". Hans första säkra konstaterande är alltså "Cogito ergo sum". All annan kunskap måste härledas ur denna kunskap. Den säkra kunskapen om det egna medvetandet riposterades av den osäkra kunskapen om andras medvetande. Ett av problemen, som följde av denna lära, var hur säker kunskap kunde vinnas om förbindelsen mellan kroppen och medvetandet, dvs hur förbindelsen sköttes mellan den rumsliga kroppen och det icke-rumsliga medvetandet.

Duff menar, i Ryles efterföljd, att detta synsätt är "djupt" felaktigt. Duff anser att det dualistiska tänkandet i Descartes' efterföljd oftast uppträder i främst två former, en metafysisk och en materialistisk "epistemisk" variant: Metafysisk dualism kännetecknas av att medvetandet eller själen existerar som ett icke-fysiskt, metafysiskt fenomen.⁹⁹⁰ Sjal och kropp är skilda åt, och vi kan endast få kunskap om psyket genom att dra slutsatser om detta från yttre omständigheter. Materialister förkastar den metafysiska dualismen och hävdar existensen av enbart materiella ting. Andras psyke kan i princip observeras direkt genom att man betraktar hjärnan och dess materiella verkningar. Men för tillfället kan vi det inte. Ofta kombineras detta synsätt med en tro på att i framtiden kommer vetenskapen att kunna göra detta. Även denna "epistemiska dualism" innefattar föreställningen att vi endast har indirekt kunskap om "inre" psykiska fakta, genom att vi drar slutsatser av yttre omständigheter.⁹⁹¹

Duff argumenterar för att båda dessa sorter av dualism skapar samma problem. Det hjälper inte materialisten att han tror sig i *princip* kunna få direkt kunskap om andras psyke. Inte ens "analogiargumentet" hjälper. Detta argument utgår från att, eftersom man har tillgång till sina egna inre fakta och observerar andra som liknar mig, måste de andra även ha liknande inre fakta. Redan språk och kommunikation förutsätter intentionalitet.⁹⁹² En dualist måste därför enligt Duff alltid utgå från helt neutrala yttre omständigheter, som kropps rörelser och ljud, och därifrån dra slutsatser om någons inre fakta. Strängt taget kan inte slutsatser dras av vad gärningspersonen "sagt" eller "gjort", eftersom dessa fakta inte kan observeras direkt utan att förutsätta ett "mentalt element", som i sin tur varit en slutsats av en bedömning av vissa kropps rörelser.⁹⁹³ Duff menar att det (naturligtvis) inte är kropps rörelser vi ser eller att vi hör en kropp avge vissa ljud, när vi ser någon göra något och/eller säga något.⁹⁹⁴ Vi ser helt enkelt någon göra något och säga något. I fallet *Molo-*

⁹⁹⁰ Duff, Intention s 118.

⁹⁹¹ Duff, Intention s 118.

⁹⁹² Duff, Intention s 122f.

⁹⁹³ Duff, Intention s 123.

⁹⁹⁴ Duff, Intention s 123.

ney, där frågan gällde uppsåt till en dödsskjutning, började inte diskussionen om TT:s *intent* med observationen att gärningspersonens finger krökte sig om avtryckaren, utan med att han tryckte på avtryckaren.⁹⁹⁵

Även argumentet att dessa slutledningar om inre fakta normalt innefattas i begrepp som "göra", förkastar Duff på följande sätt:⁹⁹⁶ Om detta vore fallet, skulle det vara möjligt, vilket det inte är, att redogöra för hela kedjan och beskriva dessa helt rena kroppsrörelser. En beskrivning av en gärning är inte, som dualisterna hävdar, en operation, som innebär ett gradvis avlägsnande av de mentala element som varit slutledningar, baserade på de kroppsliga rörelserna. En sådan beskrivning innebär istället att man övergivit ett vanligt sätt att beskriva gärningar till förmån för en helt annan typ av beskrivning.⁹⁹⁷ Man kan dessutom inte särskilja och identifiera intentionalitet separat från det speciella beteendet som intentionaliteten avser.⁹⁹⁸ Man kan inte vilja i största allmänhet, utan att vilja är alltid att vilja något.⁹⁹⁹ Det dualistiska tänkandet förutsätter emellertid en riktninglös vilja.¹⁰⁰⁰ Handlingsläror som utgår från att kärnan i gärningar är "*willkürliche*" eller "godtyckligt" intentionella rena kroppsrörelser, framstår som en dualistisk hjälpteori.¹⁰⁰¹

Duff menar att behaviorismen i grunden leder till samma problem vad gäller bedömningen av gärningar. Vare sig dualismens eller behaviorismens utgångspunkter kan därför ligga till grund för bedömningar av gärningar och personer. Hans argumentation är ungefär följande: Behaviorister hävdar att det endast finns vissa mönster av beteenden och inga "mentala element". Man kan endast observera ett slags mentalt tillstånd genom en prognos grundad på vad en viss person brukar göra. Dessa "prognoser" får därvid samma funktion som en klassisk dualism; kunskap om det mentala mönstret fås enbart genom induktion från de yttre dragen i beteendet.¹⁰⁰²

Dualists rightly insist, and behaviourists wrongly deny, that there is more to human action than mere bodily movements: but dualists wrongly claim, and behaviourists rightly deny, that that 'more' consists in a hidden and separate mental ingredient.

⁹⁹⁵ Se avsnitt 2.3.2.2.2.

⁹⁹⁶ Duff, *Intention* s 125.

⁹⁹⁷ Duff, *Intention* s 126.

⁹⁹⁸ Duff, *Intention* s 127.

⁹⁹⁹ Koriath, s 331ff.

¹⁰⁰⁰ Duff, *Intention* s 128.

¹⁰⁰¹ Här används begreppet "hjelpteori" som beteckning på en teori som endast har till syfte att stödja en annan teori.

¹⁰⁰² Duff, *Intention* s 124.

But how can we accept *both* the dualist claim that there is 'more' to human action than mere bodily movement, *and* the behaviourist claim, that that 'more' does not consist in a hidden mental ingredient? Only by rejecting their shared assumption that observation, knowledge and philosophical analysis must begin with physical bodies and movements: that these are what we directly observe; that these provide the basic data from which we must construct our knowledge of other people and their actions and intentions; that these must be basic elements in a philosophical analysis of the concepts of persons and actions: that these are what we can directly observe, and directly know; that these are not reducible by philosophical analysis to such supposedly simpler or more basic constituents as bodies and their colourless movements.¹⁰⁰³

Duff menar att vad som betecknas som en allmän uppsåtspresumtion - i engelsk rätt presumtionen om en normal persons normala intentionalitet - i princip bygger på ett dualistiskt misstag, eftersom en sådan allmän presumtion inte behövs, då intentionaliteten kan observeras direkt.¹⁰⁰⁴ Duff menar dock att detta delvis är *common sense*; bevisbördan ligger på den som vill hävda att han inte är en normal person.¹⁰⁰⁵ Uppsåtspresumtionen är inte en presumtion om en viss dold intentionalitet i huvudet på gärningspersonen, utan endast en utsaga om att gärningspersonen är normal och gärningsomständigheterna normala om inget annat sägs.

Han beskriver sammanfattningsvis misstagen och huvudproblemet, som följer av en dualistisk uppsåtslära, på följande sätt:

If, as Dualism insists, we lack 'direct access' to the mental states even of someone whose behaviour we can directly observe, we must infer what she intends or knows from such evidence (her behaviour and its consequences) as is directly available to us; and the presumption that she foresees the natural and probable consequences of her acts will then play a vital role in mediating our inferences from what we can observe (that, for instance, her conduct is obviously likely to bring about a particular consequence) to her unobserved mental state of intending or knowing.

If, as Dualism holds, discerning intentions involves inferring the existence of a private mental state, the jury's task is indeed, as we shall

¹⁰⁰³ Duff, Intention s 129f. Se även VTF s 585-594. Den sorts behaviorism som Duff här menar, bör vara den hypotetiska behaviorismen som Ryle bundit sig för; påståenden om personers själsliv är detsamma som påståenden om personers mer eller mindre komplexa "dispositioner" att bete sig på i vissa situationer med en relevant påverkan..

¹⁰⁰⁴ Duff, Intention s 30.

¹⁰⁰⁵ Duff, Intention s 30 f.

see, an impossible one: but this view of the character of intentions and other 'states of mind' is, I shall argue, profoundly mistaken.¹⁰⁰⁶

But lawyers agree more generally that we must *always* infer an agent's mental states, what he foresees as well as what he intends, from the 'external' evidence which is all that is available to us; for, it is thought, we can have no *direct* knowledge of another's states of mind.¹⁰⁰⁷

EN ICKE-DUALISTISK UPPSÅTSBEDÖMNING

Gärningen som utgångspunkten för prövningen av uppsåt

Duffs alternativ är följande: Kunskap om andras gärningar och intentionalitet fås genom en direkt observation av andra personers gärningar och dessa gärningars kontext. Man behöver alltså *inte* känna till vad som funnits i andra människors huvud för att se någons intentionalitet eller uppsåt. Detta kan observeras *direkt* i respektive gärning och dess kontext.¹⁰⁰⁸ Man ser inte en ren kroppsrörelse, som man drar slutsatser om intentionalitet från. Man ser en inriktad, "meningsfull" gärning.¹⁰⁰⁹ Ett misstag om en observation av en gärning och dess syfte är inte

...beliefs which we hold about what can be directly observed, but of the *meanings* of the concepts of a person, action and intention: for the meanings of those concepts are given in their ordinary usage; and ordinary usage shows that persons and intentional actions are directly observable. Persons and actions, that is, are logically *basic* categories; these concepts cannot be explained by an analysis which seeks to reduce them to supposedly simpler elements.¹⁰¹⁰

Om man är i tvivelsmål om någons intentionalitet eller gärningens mening, består den vidare analysen inte av de rena kroppsrörelser som iakttagits och inte heller av slutsatser av dessa om "inre fakta" utan slutsatserna

... are from the actions, or aspects of actions, which we observe, to the broader patterns of meaning of which they are part.

To discern an agent's intentions is to grasp the relation between her action and its context (including what else she does); what she will

¹⁰⁰⁶ Duff, Intention s 31.

¹⁰⁰⁷ Duff, Intention s 28.

¹⁰⁰⁸ Duff, Intention s 130.

¹⁰⁰⁹ Duff, Intention s 130.

¹⁰¹⁰ Duff, Intention s 130.

count as success or failure in what she does; and the truth of a range of hypotheticals about what she would do if... and we may be uncertain or mistaken about her intentions in so far as we are ignorant of or mistaken about any of these matters.¹⁰¹¹

Observationsobjektet utgörs således av "meningsmönster" eller typer av meningsfulla gärningar.

Även försöksansvar menar han visar att intentionalitet alltid är "logically parasitic on action".¹⁰¹² Rena intentioner kan jämföras med löften om att göra något.¹⁰¹³ Invändningen, som går ut på att den omedelbara kunskapen om det egna medvetandet och de egna intentionerna inte borde kunna förekomma utan ett dualistiskt synsätt, möter Duff på följande sätt:

I know my intentions *in* forming and acting them. There are not two distinct processes involved, one of forming intentions and acting on them, and another of observing and thus coming to know what they are: rather, to form and act on an intention is itself to know, as an agent, what I intend. An agent's authoritative knowledge of her own intentions thus has to do, not with her privileged status as a direct observer of her own mind, but with her privileged status as the agent of those intentions and of the actions which are structured by them.¹⁰¹⁴

Han ställer emellertid inte i utsikt att man genom att överge dualismen i ett slag löser alla gränsdragningsproblem, så att uppsåt omedelbart avslöjar sig på ett nytt, enkelt och "holistiskt" sätt för alla bedömare. Duff menar att det ändå under alla omständigheter måste ställas stora krav på en juridisk definition av uppsåtsgränsen:

Ordinary language can tolerate such vagaries: but a concept whose legal applications determine something as significant as a defendant's liability to punishment must, surely, have a clear, unambiguous and consistent legal meaning.¹⁰¹⁵

Hans lösning på predikamentet, som består i tvånget att bevisa ett i princip otillgängligt bevistema, är inte en lösning som undantar de rättsbildande grupperna i samhället deras plikt att vidmakthålla och förbättra en nyansering av gränsdragningen. Han menar att svårigheter när det gäller att dra uppsåts-

¹⁰¹¹ Duff, Intention s 131.

¹⁰¹² Duff, Intention s 130 och Attempts s 297.

¹⁰¹³ Duff, Intention s 133f.

¹⁰¹⁴ Duff, Intention s 134.

¹⁰¹⁵ Duff, Intention s 33.

gränsen är ofrånkomliga, men de är inte olösliga eller värre än andra juridiska avvägningar.

Intentionalitet i gärningen som "the paradigm of responsible agency"

Gränsen för den juridiskt relevanta intentionaliteten manifesteras av de olika lagliga "ansvarskrav" som ställs på personer.¹⁰¹⁶ Uttryckssättet är ungefär kompatibelt med begreppet "uppsåtsformer" i *civil law*-sammanhang. Duff beskriver detta genom ett exempel på ansvarighet för passivitet inför någon annans död:

Whether I am *morally* responsible for her death (whether I 'let her die', or 'fail to save her') depends on the scope of our moral responsibilities towards others: likewise, whether I am *legally* responsible for her death, and liable to conviction for not saving her, depends on the extent of my legal responsibilities.¹⁰¹⁷

Duff menar att ett rättsligt ansvar för insikt om att en annan person drunknar innebär att rättsbildningen löst frågan genom "...extending the paradigm of intention".¹⁰¹⁸ Han hävdar att intentionalitet, i båda sina former, "vett och vilja", utgör det "centrala paradigmet" för straffansvar; insikt om en följd i en "utvidgad" bemärkelse och vilja till en följd i en mer inskränkt mening.¹⁰¹⁹ Enligt Duff är *intentional agency* parasitiskt i förhållande till *intended action*.¹⁰²⁰ Men han menar att den härskande läran i engelsk rätt, som går ut på att begreppet *intentionally* endast kan tjäna som beteckning på bevisningen för *intent* i varje fall vad gäller *homicide* inte är riktig. Intentionalitetens paradigmatets två självständiga former, som han ibland kallar för två skilda paradigmat, är genom den parasitiska relationen ändå i grunden volitiva.¹⁰²¹

Tillräknandet av gärningar sker alltså inte på rent normativa grunder. Han vill på något sätt hävda att i gärningar "förutsätts" intentionalitet som den centrala utgångspunkt för gärningens bedömning:

...Human actions are ...*paradigmatically* intentional or intended actions...

¹⁰¹⁶ Duff, *Intention* s 77, bl a med hänvisning till H.L.A. Hart, *The ascription of responsibility and rights*, s 137ff. Se även Duff, *Attempts* s 293ff.

¹⁰¹⁷ Duff, *Intention* s 85.

¹⁰¹⁸ Duff, *Intention* s 79.

¹⁰¹⁹ Duff, *Attempts* s 297.

¹⁰²⁰ Duff, *Intention* s 113.

¹⁰²¹ Duff, *Intention* s 141.

Intended and intentional agency also form the central paradigms of *responsible agency*.¹⁰²²

For we have seen that intention is central to mens rea because it is central to responsible agency: a criminal charge ascribes responsible agency as to some harm to an agent, and the paradigm of responsible agency is intended or intentional agency.¹⁰²³

Men han erkänner samtidigt att intentionaliteten ensam inte kan grunda ansvar. Som exempel på detta nämner han skillnaden mellan oaktsamhet och uppsåt. Uppsåt är inte ett färdigt, slutgiltigt ansvarsomdöme. Culpa är däremot ett sådant. Det som saknas i dolusbedömningen är alltså det moraliskt juridiska momentet. Endast moraliskt/juridiskt bedömd dolus är alltså ett slutligt ansvarsomdöme. Detta var ungefär vad den normativa skuldläran och framförallt finalisterna försökte beskriva i sitt skuldbegrepp med termen "Werturteil". Detta blir särskilt tydligt vid rättfärdiganden, och även i viss mån vid ursäkter enligt Duff. Han menar att man inte egentligen kan kalla ett beteende oaktsamt, som är uppsåtligt men rättfärdigat. Därmed måste det enligt Duffs teori finnas en *förbindelse* mellan culpa och rättfärdiganden och därför också mellan culpa och intentionalitet, liksom mellan rättfärdiganden och dolus. Jareborg har visat att culpa - enligt Jareborgs gärningsculpa, som fungerar som ett rättsstridighetsrekvisit - måste vara något primärt i förhållande till dolus. Alla dolusbrott utgör därmed också gärningsculpösa beteenden.

Konsekvensen av vad Duff säger är att om intentionalitet skall vara det centrala paradigmet för ansvar, måste han förklara på vad sätt culpa kan vara mer slutligt och vad det är som "fattas" i intentionaliteten. Intentionalitet kan nämligen inte vara det centrala paradigmet för ansvar, om något så avgörande fattas, att detta utan vidare undanröjer detta centrala paradigmet. Det måste finnas något i begreppet "*recklessness*", och därmed i culpabegreppet, som är mer centralt för straffansvar, än intentionalitetsbegreppet. Men Duffs culpa-bedömning grundar sig på ett självständigt paradigmet, "likgiltighetsparadigmet", som inte tillhör samma paradigmet, "valparadigmet", som intentionalitetsbedömningen grundar sig på. Recklessness har ingen egentlig förbindelse med intentionalitet i Duffs begreppsvärld. Ett sådant självständigt culpaansvar är enligt min mening svårförståeligt. Culpabedömningens grund är inte en bedömning med "likgiltighetsparadigmet" som grund. Culpabedömningen är, som han själv påpekat, en "färdig" bedömning av gärningen, inklusive dess mening; dvs en moralisk-juridisk bedömning av en gärning.

¹⁰²² Duff, Intention s 99.

¹⁰²³ Duff, Intention s 114.

På ett annat sätt kan ändå Duffs iakttagelse vara riktig, förutsatt att culpabegreppet baseras på en preliminär moralisk och slutlig juridisk bedömning av en gärning, som innebär att vad som bedöms är en avvikelse i förhållande till det aktsamma; dvs till en hypotetisk aktsam gärning för den aktuella situationen och därmed även för gärningspersonen. Detta resulterar i att det som saknas i paradigmet intentionellt handlande, för att det skall vara mer centralt än culpöst handlande, är en juridisk värdering av intentionaliteten. Denna juridiska värdering måste då innebära att den intentionalitet, som skall bedömas, jämförs med en moraliskt-juridiskt godtagbar intentionalitet. Något annat sätt att göra en moralisk bedömning finns inte. Det centrala elementet i ansvarsbedömningen är alltså en sådan culpabedömning. Grunden för allt ansvar är alltså en jämförelse mellan en godtagbar gärning, en aktsam gärning, som innehåller en aktsam intentionalitet som ett centralt "paradigm" och den aktuella gärningen. Den aktuella gärningen kan sedan bedömas efter den moraliska avvikelse som den visar i förhållande till det aktsamma.

Följden blir att det aktsamma, och därigenom culpabedömningen, är "mest centralt" för straffansvar. Men det är den aktsamma gärningen, som innehåller en aktsam intentionalitet, dvs ett aktsamt uppsåt, som den aktuella gärningen jämförs med. Culpa är i följd av Duffs resonemang ett aktsamt uppsåt. Här finns förbindelsen mellan culpa och dolus. Då kan också Duffs idé om det för ansvar paradigmatiska *intention* sägas vara konsistent. Culpa är "straffrättens mest centrala begrepp", som Jareborg säger. Men å andra sidan är culpa uttryck för en brist på strävan, och därmed intentionalitet, bedömt efter ett efterfrågat aktsamt *intentionellt* beteende.

Enligt min mening kan dessa insikter sammanfattningsvis förenas på följande sätt: Jareborg visar rätteligen på culpabegreppets centrala funktion. Duff visar rätteligen på intentionalitetens centrala funktion. Båda förhållningssätten är lika riktiga. Culpa är nämligen resultatet av en jämförelse mellan en aktuell gärning och en aktsam hypotetisk gärning, där *båda* dessa gärningar främst tolkas efter sin mening. De kan därför sägas vara intentionella. Men det är alltid den aktsamma gärningen, och därmed den aktsamma intentionaliteten, som efterfrågas i straffbudet. En avvikelse från den aktsamma gärningen med en viss utpekad intentionalitet, ett visst uppsåt mot en viss effekt eller ett visst moment, kan kallas för uppsåtsdelikt eller motsvarande i *common law*, och en avvikelse utan att ett visst uppsåt eller intentionalitet kunnat påvisas kan kallas för *recklessness*, *luxuria* eller *negligentia*, dvs "bara" culpa i någon annan form. Den centrala grunden för straffansvar skulle alltså kunna uttryckas som culpabedömd intentionalitet.

Detta påverkar även diskussionen om viljeteorier eller föreställningsläror skall vara grunden för uppsåtsbedömningen. "Ansvarsparadigmet" förblir culpa-

bedömd intentionalitet. Kognitivt bestämt uppsåt är alltså en viss bestämd intentionalitetstyp, som avviker från en aktsam *strävan mot* ett efterfrågat godtagbart resultat. Den differens som finns mellan den godtagbara strävan och ett endast kognitivt ställningstagande från gärningspersonen markerar endast en ansvars- och straffvärdeskillnad i vissa enstaka fall, som t ex i BrB kapitel 17 och 29. Här finns alltså en okvalificerad culpabestrafning som standard när det gäller detta moment. I *common law*-kulturen finns en större differens och "culpatolerans" såtillvida att skuldstandarderna utgörs av endast riskuppsåt, eller t o m negligencia, i och med att *recklessness* är allmän brottsförutsättning.

Närmare om förhållandet mellan föreställnings- och viljeperspektivet

Som visats ovan överensstämmer inte *civil law*-begreppen för *dolus* med begreppen för *intent* i *common law*. I viss mån är ändå grunddragen i de materiella uppsåtsformerna gemensamma. Direkt uppsåt och *intent* sammanfaller i många stycken liksom indirekt uppsåt och *oblique intent*, som även uttrycks som att en effekt eller ett gärningsmoment utförts *intentionally*. Där emot varierar formuleringarna vid de olika brotten på ett annat sätt än i *civil law*-kulturen, liksom även begreppens gränser mot det som bara betecknas som oaktsamt. Skillnaderna bör dock inte hindra oss från att hjälpligt kunna jämföra begreppen för uppsåt i *common law*-kulturen med *civil law*-begreppet *dolus*, förutsatt att de särskilda förhållandena i engelsk rätt hålls i minnet samt att den komparativrättsliga kompensationsprincipen observeras. I den mån det inte leder till oklarheter används här begreppen från de båda rättskulturererna synonymt.

Duff hävdar att frågan om uppsåt alltid måste besvaras med utgångspunkt från en beskrivning av en gärning. Han menar att man aldrig kan isolera uppsåtsfrågan eller intentionalitetsfrågan från en gärningsbeskrivning, eftersom en gärningsperson kan vara uppsåtlig under *en* gärningsbeskrivning men inte under en annan.¹⁰²⁴ Detta illustreras av vad som sagts förut; den som vill, vill alltid något specifikt.¹⁰²⁵

Gränsdragningen måste därför enligt Duff ofta ske genom att ansvarskriterierna specificeras för de enskilda brotten. Eftersom *common law* är en *case law*, tvekar Duff inte, trogen sin tradition, inför att kravet på skuld - mens rea - vid varje brott kan uttryckas på många olika sätt. Brottsbeskrivningarna i *common law* är som gärningstyper naturligen ofta mer specificerade än i *civil law*-

¹⁰²⁴ Duff, Intention s 42f.

¹⁰²⁵ Se avsnitt 1.4.3.5.3 under "Koriaths handlingslära".

kulturen. Därför innehåller också i princip brottsbeskrivningarna den önskade specificeringen av dolusansvaret på ett typiskt och tydligt sätt. Det finns alltså en *implicit beskrivning* av dolusansvarets närmare innehåll i straff-*stadgandet*". Följaktligen finns inte hos Duff ett särskilt stort intresse för allmänna formler, som närmare beskriver dolusansvarets gränser utöver de två paradigmen: dels det avsiktliga och dels det "utvidgade" intentionalitetsparadigmet som insikt är. Gränsdragningen sker ändå med specifika formler som t ex med begreppet *malice aforethought* vid *murder*. På detta vis kan även en specifik moralisk nyans ganska ogenerat kombineras med ett rent intellektuellt krav på insikt och/eller vilja.

Duff anser att även insikt om en effekt eller ett moment, dvs vad begreppet *intentionally* syftar på, är synlig i gärningen på principiellt samma sätt som strävan efter något, dvs vad *intent* syftar mot. Frågan om *oblique intent* skall kunna anses som ett självständigt uttryck för *intention*, eller om det skall anses vara endast ett bevisfaktum för *intent* diskuteras ofta i engelsk straffrättsdoktrin. Ofta i nordisk litteratur och även ibland i tysk doktrin betraktas diskussionen om preferenser för föreställningsläran eller viljeteorin som en "ofruktbar" diskussion.¹⁰²⁶ I den mån en diskussion överhuvudtaget där förs om frågan, gäller detta om det kognitiva uttrycket för intentionalitet *enbart* skall vara bestämmande för uppsåtsgränsen eller inte.¹⁰²⁷ Duff betraktar *oblique intent* som en särskild paradigmatiske form av *intention*. Men denna särskilda form framgår direkt av gärningen på samma grunder som *intent*:

Foresight of a moral certainty *constitutes* intention.¹⁰²⁸

Och dessutom hävdar Duff att

...there is no intrinsic moral difference between 'intention' and foresight.¹⁰²⁹

Han menar att banden är starka mellan en konsekvensetisk inställning och ett uppsåtsansvar utslutande baserat på kognitiva uppsåtsdefinitioner.

En icke-konsekvensetisk inställning utgår däremot från

¹⁰²⁶ Se t ex Andenæs, NJM s 115.

¹⁰²⁷ Jfr Straffansvarsutredningen s 116.

¹⁰²⁸ Duff, *Intention* s 22 och 27.

¹⁰²⁹ Duff, *Intention* s 110. "Hård" eller "mjuk" (fritt efter Duff, skulle "mjuk" syfta på en grund i skuldprincipen men t ex inte en grund i "samhällsfarlighet") konsekvensetik ger upphov till samma preferenser.

...an intrinsic moral significance in intended action; a significance which depends not on its expected consequences, but on the intentions which structure it.¹⁰³⁰

Resultatet av detta är att man i det senare fallet vill upprätthålla en skillnad mellan insikt om sidoeffekter och vilja att göra det oönskade. Här menar Duff att detta synsätt får dödandet för att uppnå döden att framstå som huvudparadigm och dödandet via sidoeffekter som ett parasitiskt paradigm. Den skada som lagen syftar på i mord, är *attacken* mot någons liv; dvs i den avsiktliga dödandegärningen är skadan inte bara *händelsen* att döden inträffar.¹⁰³¹

Duff kommer till den slutsatsen att endast insikt om bieffekten inte är en tillräcklig grund för att förklara skadan, dvs *attacken*, på skyddsobjektet, som t ex vid *rape* och *murder* och i huvudsak även vid övriga brott som kräver *intent*. Han argumenterar i grova drag på följande sätt: Ansvar kan endast förklaras genom att i skadan, som straffrättens regelkomplex syftar till att förhindra, finns ett moment av intentionalitet såsom en objektiv inriktning, "in order to" mot skyddsobjektet.¹⁰³² Oenigheten om uppsåtsbegreppets rättsliga betydelse har inte bara språkliga grunder utan även ett förbiseende av skadans, eller skyddsobjektets, natur. I engelsk praxis återspeglas ofta inte denna grund, eftersom "basic intent" omfattar bägge synsätten. Frågan om hur ett kognitivt definierat uppsåtsbegrepp förhåller sig till intentionalitetsbegreppet aktualiseras också av insikten om att intentionalitet inte ensamt utgör tillräcklig grund för ansvar.

The Law Commission påstår att sannolikhetsuppsåt är att "...extend intention into the field of recklessness" respektive "...casting the offence in terms of recklessness".¹⁰³³ Duff argumenterar mot detta på följande sätt: Både sannolikhetsinsikt och *luxuria* innehåller ett uppsåt till en risk.¹⁰³⁴ Alltså finns inte en principiell skillnad mellan dessa skuldformer. Det finns dock en skillnad i straffvärde mellan säkert och sannolikt insedda sidoeffekter.¹⁰³⁵ En person, som insett en följd som sannolik, kunde tänkas inte vilja fullfölja gärningen, om han insett den som säker. Principen om *in dubio pro reo* bör då leda till att bedömarens förutsätter att så skulle varit fallet. En person, som insett en gärnings effekt eller moment som något säkert och som har fullföljt gärningen, har däremot visat att han *valt* effekten i högre grad. En person, som insett en sannolik effekt, har alltså enligt Duff enbart riskuppsåt och inte effektuppsåt.

¹⁰³⁰ Duff, *Intention* s 111.

¹⁰³¹ Duff, *Intention* s 113.

¹⁰³² Duff, *Intention* s 114.

¹⁰³³ Draft Code Law Com. No. 89 s 26 och No. 177 s 193.

¹⁰³⁴ Duff, *Intention*, s 97.

¹⁰³⁵ Duff, *Intention*, s 97.

Uppsåtsansvar för insedda sannolika effekter kännetecknas främst av ett flertal tänkbara normativa grunder, som t ex den förväntade skadan och gärningstypen.¹⁰³⁶ Sannolikhets uppsåt är alltså enligt Duff ett ansvar som i princip tänjt ut paradigmet för begreppet "*intentionally*", så att det främst sammanfaller med det typiska intentionalitetskravet vid *recklessness*; dvs likgiltighet i form av risk uppsåt eller *luxuria*, och inte med paradigmet för intentionalitet. "Paradigmet" för sannolikhets uppsåt och *luxuria* (*recklessness*) kännetecknas av att en insikt om en sannolik effekt är "färdigvärderad". Detta gäller inte för begreppet *intentionally* enligt följande exempel:

...as I rush to save your daughter from falling downstairs, I drop your valuable vase, knowing that it will probably break; if I am justified in doing this I have not damaged the now broken vase recklessly, but on this account of intention I have damaged it intentionally.¹⁰³⁷

Det är därför felaktigt att hävda en avgörande principiell skillnad mellan *luxuria* och insikt om sannolik risk. Båda är en form av risktagande. Gränsen mellan uppsåt och culpa är inte tydlig vid dessa två risk uppsåt. Skillnaden mellan uppsåt och *luxuria* ligger principiellt i att culpaomdömet innebär ett slutligt omdöme om hela gärningen i förhållande till en aktsamhetsmåtstock:

...to call me reckless is already to condemn my action as unjustified, whereas to say that I damaged your vase intentionally leaves room for me to justify damaging it.¹⁰³⁸

Man kan inte säga att gärningspersonen och gärningen i exemplet ovan varit oaktsamma, men väl att gärningen varit uppsåtlig och gärningspersonen haft uppsåt.

Duffs argumentation innebär att culpa är ett slutligt ställningstagande till ansvarsfrågan under det att uppsåtsfrågans avgörande inte är detta. Enligt min mening är detta en viktig iakttagelse. Om man placerar ett sådant culpa-begrepp i brottsbegreppets systematik i *civil law*-kulturen, blir culpaomdömet liktydigt med ett slutligt avgörande av ansvarsfrågan. Exculpationer måste alltså komma före den slutliga dogmatiska culpabedömningen. Konsekvensen av detta är att bedömningarna av skuld och culpa sammanfaller och även, som i princip Jareborg hävdar, att uppsåtliga gärningar måste culpabedömas.¹⁰³⁹

¹⁰³⁶ Duff, *Intention*, s 98.

¹⁰³⁷ Duff, *Intention*, s 97.

¹⁰³⁸ Duff, *Intention* s 97.

¹⁰³⁹ Se avsnitt 1.4.5.2.2.

Duff har inte explicit tagit ställning för eller emot *dolus eventualis*' varianter i *civil law*-kulturen. Men i hans argumentation skulle kunna spåras en dragning mot den faktiska varianten av *dolus eventualis*, åtminstone ett eventuellt uppsåt med en rättfärdigande och/eller ursäktande funktion. De omtalade bevisvårigheterna vid faktisk *dolus eventualis* borde inte avskräcka Duff. Men samtidigt finns indikationer på att han vill dra gränsen genom att använda något som liknar Jareborgs avsiktlighetsuppsåt i och med betoningen av gärningspersonens tro.¹⁰⁴⁰

Sammanfattningsvis kan sägas att Duff hänför lägst praktisk visshet till intentionalitetsparadigmet, dvs till uppsåt, men sannolik visshet till likgiltighetsparadigmet, dvs culpa.¹⁰⁴¹

2.3.2.3 KONKLUSION - VART PEKAR UPPSÅTSDISKUSSIONENS SPJUTSPETSAR?

2.3.2.3.1 TRE GRUNDSTRUKTURER FÖR SKULDPRÖVNINGEN

Den traditionella terminologin har utformats ungefär enligt följande: För den *uppenbart* uppsåtliga gärningen används begreppen avsikt, vilja, *intent*, direkt uppsåt, *dolus determinatus*, indirekt uppsåt, *intentionally* och "direkte Vorsatz." För gränsområdet används det eventuella uppsåtet som t ex "die Einwilligungstheorie" och andra faktiska och hypotetiska varianter, sannolikhetsuppsåt av olika slag enligt t ex den danska, norska, finska och den föreslagna svenska modellen samt "die Möglichkeitstheorie", "sløret forset", gärningsuppsåt, "die Gleichgültigkeitstheorie" (t ex enligt Engisch) samt *recklessness* (*Cunningham* i första hand).

Skuldbedömningen i bägge rättskulturerna har tre grundstrukturer: (1) dels den tydliga *uppenbara* och bestämda uppsåtliga gärningen, betecknad med avsiktlighet och/eller säker visshet, (2) dels den "eventuellt", obestämt uppsåtliga gärningen i gränsområdet mellan *dolus* och *culpa*, (3) dels gärningen som *uppenbart* inte är uppsåtlig utan endast oaktsam. Både det bestämda och det obestämda uppsåtet är ofta uppbyggda av blandade materiella och processuella ansvarskriterier.

Ett genomgående drag i alla traditionella doktrinära lösningar är att bevisemat för uppsåt i princip är något för andra än gärningspersonen oåtkomligt "inre".

¹⁰⁴⁰ Duff, *Intention* s 131.

¹⁰⁴¹ Duff, *Intention* s 141.

Man diskuterar sällan det som är uppenbart. Formuleringarna av uppenbart uppsåt kan därför vara explicit gärningsanknutna och/eller utpeka ett specifikt mer eller mindre moraliskt eller intellektuellt sinnelag utan att detta väcker någon egentlig uppmärksamhet.

I gränsområdet ökar kravet på formuleringarnas stringens.

I *civil law*-kulturen har gränsområdet inte fått någon egen term, utan istället har ett stort antal begrepp med stor varierande räckvidd använts. Flera av dessa begrepp är endast parafraseringar av ett allmänt uppsåtsbegrepp eller skuldbegrepp, vilka inte säger mer än dessa begrepp. Spännvidden mellan alla de olika förslagen är så stor att dessa, de lege lata och ferenda, omfattar allt från ingen betydelse alls i ansvarsfrågan till så gott som hela culpaområdet. Sammanlagt rör det sig om minst 14 varianter. Om alla formuleringarna för detta från de olika länderna i *civil law*-kulturen skulle sammanställas, skulle förmodligen detta antal mångfaldigas. Alla dessa varianter har som uppgift att klarlägga uppsåtsgränsen i förhållande till culpa. Ingen formel har hitintills lyckats få ett avgörande övertag i hela *civil law*-kulturen. Avgörande för de olika härskande lösningarna i Norden har varit den rättsvetenskapliga segrande teorin, ibland lanserad av en dominerande personlighet. Thyréen, som tog sin utgångspunkt för straffansvaret i gärningspersonens samhällsfarliga vilja, lanserade Reinhart Franks variant av *dolus eventualis* i Sverige. Alf Ross verkade för sannolikhetsuppsåtet i Danmark och Norge. De olika härskande läroarna i Tyskland och Norden är i huvudsak varianter av någon av dessa två lösningar. De teoretiska utgångspunkterna ligger i en volitiv respektive kognitiv lära, som i sin tur brukar baseras på antingen sinnelagsetik eller konsekvensetik. Båda lärotyperna utgår från att bevisemat är gärningspersonens inre mentala eller psykiska element, som endast kan indirekt bevisas genom yttre omständigheter. Hypotetiskt *dolus eventualis* syftar till att lösa problemen genom karaktärsbevisning och ett hypotetiskt prov, som skall underlätta bevisningen för åklagaren. Detta strider åtminstone i viss mån mot det straffrättsliga grundläggande kravet på episodisk skuld. Den faktiska varianten av *dolus eventualis* fastnar i spekulationer om vad gärningspersonen "egentligen" tänkte eller beslöt sig för. Sannolikhetsuppsåtet står i strid med principen *in dubio pro reo* och legalitetsprincipen, eftersom tveksamheten om vad gärningspersonen skulle ha gjort om han haft full (praktisk) visshet, måste räknas gärningspersonen tillgodo. Inga traditionella förslag från doktrinen ger någon teoretiskt tillfredsställande lösning på gränsdragningsproblemet. Undantaget kan möjligtvis vara de förslag, som slopar uppsåtskravet eller låter detta helt dominera hela gränsområdet. Men då kvarstår ändå uppgiften att hantera straffvärdeskillnaderna på annat sätt, t ex i påföljdsbestämningen.

Försöken att acceptera "halvkliart" uppsåt, "sløret forset" eller slagordet att den som ser røtt, ändå ser, støter på liknande problem. Principen in dubio pro reo och legalitetsprincipen förbjuder sådana konstgrepp inom den gängse uppsåtslärans ram. Ett "halvkliart", røtt, eller annat defekt uppsåt är inget uppsåt. Detta måste gälla på samma sätt som att ett halvkliart gärningsmannaskap inte är ett gärningsmannaskap. Likaledes är presumtiva uppsåt av olika slag endast på sin höjd medveten culpa och därmed inte uppsåt. Inget avkall kan heller göras på beviskravet. Beviskravet vid uppsåtsbevisningen är (minst) bortom rimligt tvivel.

I *common law* uppträder, utöver "mellanskulden" *recklessness*, ett antal olika brottsrelaterade uppsåtsvarianter. Den mest typiska är omskrivningen av uppsåtsansvaret till abstrakt faredelikt eller objektivt øverskott med avseende på en viss effekt, t ex annans død, i och med røttfiguren *implied intent*. I viss mån fyllde *constructive intent* samma funktion.¹⁰⁴² Bevisrøttligt kan man kalla detta för presumptioner och materiellrøttligt för faredelikt. Påpekas bör i sammanhanget att Europadomstolen inte funnit røttsløget i England vara stridande mot oskyldighetspresumtionen i EMRK artikel 6.¹⁰⁴³

2.3.2.3.2 MOT EN OBJEKTIVERAD UPPSÅTSBEDÖMNING

Spjutspetsarna i bølge røttskulturena visar på nya vågar, som utgår från att de två begränsande huvudpremisserna, den strånga åtskillnaden mellan formell och materiell straffrøtt och att den som säger att bevisemat är något øatkomligt "inre" faktum, kan øverges. Enligt min mening är den avgørande fördelen med Duffs synsätt att det visar på en våg mot ett uppsåtsansvar bedømt på "objektiva" grunder, som nyare tysk doktrin formulerat målsætningen utan att riktigt kunna finna vågen dit. Åven om Volk och i viss mån Hassemer kan sägas vara løsningsen på spåren, hindras de næmligen av sin trohet mot den dualistiska synen på prøvningen av straffansvar i det klassiska brottsbegreppets grundstrukturer.

Implikationerna av Duffs uppsåtslära för begreppet "gärningsuppsåt" skulle kunna beskrivas enligt följande: Uppsåtsbedømningsen vid uppsåtsgränsen kråver mer av argumentation och motivering i domskålen. Gårningen är inte *uppenbart* "meningsfull", men domstolarna måste røttssåkert kunna avgöra andra fall än uppenbara rutinfall. Principen in dubio mitius innebår inte att

¹⁰⁴² Straffvårdestegring baserad på røttfiguren *constructive intent* är faktisk allmänt accepterad, om ån inte alltid i ansvarsdelen, som t ex i svensk røtt. Jfr StGB § 211 och Lackner, 863ff samt åven Code Pénal, Art. 221-2.

¹⁰⁴³ Tråskman, Presumtionen om den för brott misstånktes oskyldighet s 475 not 29.

straffansvar enbart begränsas till rutinfall. Uppsåt kan klassificeras som *uppenbart* och bestämt uppsåt genom att gärningen i sinnevärlden direkt avslöjar sitt syfte eller mening. Men uppsåt kan *också* betecknas som säkert, trots att bedömningen kan betecknas som svår och tillhör gränsområdet. Exempelvis i affektgärningar kan inget "halvklart" uppsåt användas, utan uppsåt bör kunna konstateras endast i vissa säkert bedömda fall, på grund av att gärningen bedömts som en *särskilt* typisk gärning, för sådan våldsutövning, inklusive den inriktning eller syfte denna visar. Dolus ex re-gärningsuppsåt definierat på detta sätt framstår som normalmetoden för att fastställa både bestämt och obestämt uppsåt. Detta kan betraktas såsom en beskrivning av *uppenbart* uppsåt, eventuellt betecknat både som avsikt och praktisk visshet, respektive såsom en beskrivning av *inte uppenbart* men ändå säkert uppsåt i vissa *särskilt typiska* fall, där gärningens mening trots allt framgår på grund av *vissa särskilda* rekvisit.

Enligt Volk var dolus ex re tidigare främst ett gränsdragningsverktyg, som användes *parallellt med* andra gränsdragningsverktyg t ex dolus eventualis. Båda instrumenten hade bevisrättsliga och materiellrättsliga drag från början. Dolus ex re användes ursprungligen ofta vid affektgärningar. I praxis idag används instrumentet många gånger i de fall där gärningen verkar vara "meningslös", eller då gärningen framstår som atypisk.¹⁰⁴⁴ Typiska sådana fall är "meningslöst" våld, affektdåd med eller utan rus och "rena" handlingsutbrott. Ofta liknar de typiska fallen de som Andenæs utgår från beträffande "halvklart" eller "sløret forset". Här finns i utgångsläget ett frågetecken när det gäller gärningens tolkning och typicitet. Dessa gärningstyper är inte sådana att man brukar säga att de uppenbart implicerar ett val av en gärningsföljd eller en insikt om denna. Gärningsuppsåt har alltså, paradoxalt nog, fått beteckna fall, som *inte* uppenbart "kommer ur gärningen". Men det är förklarligt att ansvarskravet i dessa fall betonas i en *särskild beskrivning av typiciteten*. Man får intrycket av att den typiska gärningen och dess mening "tagen ur gärningen" betonas särskilt noga vid dessa gränsdragningsfall. Men detta är egentligen bara skenbart. Det typiska i gärningen och dess mening vid bestämt och uppenbart uppsåt är helt enkelt uppenbart och betonas inte. Samma metod används vid gärningsuppsåt bara med skillnaden att här betonas, *trots* det "slørede" i situationen, att en typicitet och ett avläsbart uppsåt finns. Gärningsuppsåt som gränsdragningsinstrument är således *specificerat vanligt (gärnings)uppsåt*. Man kan med traditionell terminologi beteckna ett sådant uppsåtskrav som ett icke uppenbart, men dock *säkert*, uppsåt. Denna uppsåtsformulering är således ett uppsåt, som för att gälla som uppsåt måste vara *minst särskilt* typiskt i sin speciella situation. En närmare specificering i för-

¹⁰⁴⁴ Se avsnitt 2.3.5.3.3 och 5.5.2.2.2 under "Klassen 'GU'".

hållande till den aktuella situationen krävs däremot inte vid vanligt direkt uppenbart bestämt uppsåt. Finns inte de speciella typiska rekvisiten vid gärningsuppsåt, när den används som gränsdragningsformulering, betraktas inte gärningen som uppsåtlig.

En sådan rättsbildning kan ske genom att man kringgärdar vissa uppsåtsinvändningar, som t ex *defence of automatism* och *insanity* i *common law*, med processuella restriktioner. Om uppsåtet uttrycks materiellt eller processuellt har inte någon avgörande betydelse, men de processuella uttryckssätten bör inte utan vidare fungera som rent materiella regler med hänsyn till legalitetsprincipen. Om en ursprungligen bevisrättslig underlättelse för åklagaren, som t ex hypotetisk *dolus eventualis*, uppträder under "falsk flagg" som ett rent materiellt begrepp, är en konflikt med *praeter legem*-förbudet nära till hands. Det är då bättre att tydligt redovisa den processrättsliga karaktären som i *common law*-traditionen. Detta innebär att rättsbildningen officiellt utsätter sig för kritik i sina legitimeringsförsök.

Det är inte heller omedelbart möjligt att särskilja de processuella uttrycken från de materiella vad gäller gränsdragningsinstrumentet gärningsuppsåt. Specificerande formuleringar i olika typiseringar av gärningen kan betraktas både som bevisfakta eller rättsfakta. Men i enlighet med Duffs teori bör de företrädesvis betraktas som rättsfakta, och därmed som regelinhåll. Dessa *sammanlagda* specificerade omständigheter är både tillräckliga och nödvändiga för rättsföljden. Om de betraktas enbart som bevisfakta, måste man utgå från att ett "inre faktum" är bevis temat. Men detta är inte fallet, eftersom det enda åklagaren behöver bevisa är förekomsten av dessa omständigheter.

Huvudregeln för uppsåtskravet är att gärningstypen eller gärningens syfte och mening *uppenbarligen* kan konstateras bortom rimliga tvivel. Gärningsuppsåtet kan beskrivas som ett *speciellt materiellt undantag* från huvudregeln, i och med att här föreligger säkert konstaterbar mening genom att gärningen visar sig vara *särskilt* typisk eller meningsfull i en viss riktning.

För den gängse dualistiska uppsåtsläran i svensk rätt förefaller gärningsuppsåt som gränsdragningsinstrument vara ett exempel på "normaluppsåt", dvs ett "moraliskt" och oacceptabelt uppsåtsslag, som inte inriktar sig på det *aktuella* psykiska elementet, i princip fördolt i gärningspersonens huvud. Istället används därför karaktärsbevisning eller sänkning av beviskravet för att komma åt det oönskade beteendet. Bedömningen blir osäker och ett betydande utrymme lämnas för godtycke. I en icke-dualistisk teori utgör det som förefaller vara ett oacceptabelt "normaluppsåt", ett i sinnevärlden observerat, aktuellt och bevisat uppsåt. Praxis ges tillfälle att utveckla sina konkreta "indikatorer" och verktyg för gränsdragningen i skydd av det lugn som en

balanserad teoribildning ger, tillsammans med doktrinen i en debatt som präglas av respekt för praxis lösningar.

Då uppsåt i dagens svenska praxis bedöms som uppenbart, säkert eller bestämt, förs i allmänhet inte något uppsåtsresonemang utöver ett rent konstaterande att uppsåt är för handen. Uppsåtet konstateras inte i några ordalag som tyder på att domstolen från de yttre omständigheterna dragit slutsatser om de inre. Uppsåtet är helt enkelt uppenbart i gärningen. Man föreställer sig ofta att ett dualistiskt synsätt är i överensstämmelse med *common sense*.¹⁰⁴⁵ Vid bedömningar av uppenbart uppsåt och av uppsåtsgränsen i praxis verkar snarare det synsätt, som gärningsuppsåt representerar, vara i enlighet med vardagsspråket.

Det skall anmärkas att det inte finns några teoretiska hinder mot att abstrahera en gärnings syfte till att utgöra en beskriven typisk psykisk inställning i en efterföljande operation. Man kan även tänka sig lagstiftning, som specificerar uppsåtskravet som vissa psykiska fakta. Sådana regler är kanske inte särskilt praktiska, men de innehåller ändå ofta en viss information. Det ovan sagda hindrar inte heller att gällande rätt kan innehålla ett enhetligt krav på uppsåt i straffrätten. Men det vore fel att säga att det närmare innehållet i detta uppsåtskrav, särskilt beträffande svåra fall, framgår av någon enstaka formulering, som t ex *intent*, *intentionally*, *dolus eventualis*, avsiktsuppsåt eller insiktsuppsåt. Dessa formuleringar säger inte mycket om vilka gränsdragningsinstrument som behövs i svåra fall.

2.3.2.3.3 MOT EN PRAKTISKT MÖJLIG OCH RÄTTSSÄKER UPPSÅTSPRÖVNING

Om intentionalitet direkt kan observeras som gärningens mening i sinnevärlden behövs inte längre olika materiella och processuella teorier och uppsåtsformer, som gått ut på att på olika sätt underlätta bevisningen för åklagaren i gränsområdet. Detta gäller alla former av intentionalitet, som både de två grundläggande typerna direkt uppsåt (avsikt) och indirekt uppsåt (insikt om gärningsomständigheter eller sidoeffekter), eventuellt uppsåt, sannolikhetsuppsåt, nedsättningar av beviskravet, "sløret forsæt" eller liknande. Bevistemat är inte något otillgängligt "inre" utan gärningens tydliga mening, definierad efter de uppsåtskrav som särskilt formulerats i den positiva rätten.

Detta innebär inte att alla prövningar av uppsåt skulle vara enkla. Snarare är det fråga om att undanröja ett falskt dilemma, där rätten förpliktat sig till något annat än vad som är möjligt att göra med stöd i sinnevärlden.

¹⁰⁴⁵ Duff, *Intention* s 130.

Skuldkravet innehåller således, då det är fråga om ett uppsåtsansvar, dels ett krav på en i sinnevärlden förefintlig och praktiskt bevisbar *viss aktuell* riktning eller mening hos en gärning, vilken avviker från en *godtagbar* gärningsmening (eller gärningspersons insikt/avsikt/syfte). Det mindre straffvärda oaktsamhetskravet innefattar endast en *brist på* viss godtagbar gärningsmening, intentionalitet eller strävan.

2.3.3 UR FÖRARBETENA TILL BRB KAP 1

§2

I förslaget till Brottsbalk konstaterar Straffrättskommittén:

Anledning synes ej föreligga att föreslå någon ändring av det uppsåtsbegrepp som utbildats i doktrin och praxis. Med hänsyn till att innebörden ej helt stabiliserats, anser kommittén dock att tiden ännu ej är inne att i lagtext fixera begreppet.¹⁰⁴⁶

Det är möjligt att ur yttrandet tolkningsvis utläsa åtminstone fyra budskap; (1) att ett uppsåtsbegrepp finns, som förutsätts vara såpass klart och entydigt att man anser sig kunna föreslå att begreppet inte ändras, (2) att praxis och doktrin haft som "uppgift" att utforma innebörden, (3) att denna "uppgift" består (eftersom kommittén, till skillnad från Straffansvarsutredningen, vill avstå från en lagstiftning) samt att (4) innebörden inte är helt klar.

Den enda kommentaren i propositionen med förslag till brottsbalk var lagrådets (år 1958) anmärkning att full klarhet om vad som skall avses med uppsåt ej föreligger.¹⁰⁴⁷ Av personsammansättningen i kommittén och av yttranden i samband med denna kan man dra slutsatsen, att det förmodligen var oenighet om vad man ansåg vara begreppets periferi, dvs om sannolikhetsuppsåtet och det eventuella uppsåtet skulle anses gälla, som avses med den antydda bristande stabiliteten.¹⁰⁴⁸

Kommittén tog alltså inte själv ställning på annat sätt än genom att beskriva rättsläget och lämnade helt enkelt över initiativet åt praxis och doktrinen, både ifråga om vad innebörden då var och i fråga om den framtida utvecklingen. Lagstiftarens "vilja" i detta fall utgörs således av praxis' och doktrinen mening, eftersom kommitténs tolkningar av praxis och doktrin "...bör betraktas

¹⁰⁴⁶ Straffrättskommittén, s 375-376.

¹⁰⁴⁷ NJA II 1962 s 23.

¹⁰⁴⁸ Jareborg, Handling och uppsåt, s 38.

som experters råd, varför de bör beaktas blott i en sådan utsträckning som läroböcker och juridiska kommentarer till lagen."¹⁰⁴⁹

2.3.4 UPPSÅTSREGLER I BRB

2.3.4.1 BRB KAP 1 § 2

Bestämmelserna i BrB kap 1 § 2 stadgar att uppsåt är en allmän straffbarhetsbetingelse.

En gärning skall, om inte annat är särskilt föreskrivet, anses som brott endast då den begås uppsåtligen.

Har gärningen begåtts under självförvållat rus eller var gärningsmannen på annat sätt genom eget vållande tillfälligt från sina sinnens bruk, skall detta inte föranleda att gärningen inte anses som brott.

De brottsbalksbrott, där culpa är tillfyllest, anges följaktligen vid varje brott. Av lagtexten framgår således, att uppsåt är en allmän förutsättning för att brott skall anses vara för handen men inte vad begreppet närmare innebär. Stadgandet innebär att brottsbeskrivningarna i BrB förutsätter ett krav på uppsåt, om inte annat sägs. En del preciseringar görs emellertid vid brott där direkt uppsåt krävs, genom exempelvis orden "för att". Exempelvis stadgas i BrB kap 3 § 1:

Den som berövar annan livet, döms för *mord* ...

Och i BrB kap 19 § 5:

Den som, för att gå främmande makt tillhanda, obehörigen anskaffar, befordrar, lämnar eller röjer uppgift...döms för *spioneri*...

I specialstraffrätten kunde tidigare även oaktsamhet vara tillräckligt utan att detta uttryckligen sades. Efter 19990601 skall alla specialstraffrättsliga stadganden falla under stadgandet i BrB kap 1 § 2.

¹⁰⁴⁹ Straffrättskommittén, s 51, Se också Peczenik, Vad är rätt? s 114 och 116, där en diskussion om förarbetenas rättskälleliga ställning redovisas.

2.3.4.2 SÄRSKILDA UPPSÅTSKVALIFIKATIONER I BRB

2.3.4.2.1 ALLMÄNT

Jareborg skiljer mellan två olika sorters "subjektiva överskott" enligt följande:¹⁰⁵⁰ Särskilda krav på direkt uppsåt utgör ett "avsiktsöverskott". I andra fall är varje form av uppsåt tillräcklig för det subjektiva överskottet, vilket då kan kallas ett "uppsåtsöverskott". Det förra rekvisitet kan även betecknas som fristående avsikt(S)rekvisit och det senare som fristående uppsåtsrekvisit.¹⁰⁵¹ Jareborg skiljer mellan begreppen "avsiktS" och "avsiktB" enligt följande: "En avsiktB syftar på en viss handling X, en avsiktS förutsätter en viss handling X."¹⁰⁵²

Indelningen är inte av större vikt för det ämnesområde som här behandlas, men det är här av intresse att betona sammanhanget mellan uppsåtsbedömningen och den gärning, som utförts. I och med att uppsåt, enligt det här företrädde sättet att pröva uppsåtliga gärningar, inte är ett fristående "inre faktum", framstår de fristående avsikts- och uppsåtskraven i lagtexten konstitutivt som parasitiska i förhållande till gärningen. Sammanhanget är därvid inte bara ett bevismässigt sammanhang.

Enligt Jareborgs terminologi beskrivs således de särskilda krav på direkt uppsåt som återfinns i BrB som ett subjektivt överskott, som skiljer sig från försöksuppsåtet endast genom att normalkravet vid försöksuppsåt inte är ett avsiktsöverskott. Försöksuppsåt till fullbordat brott, som kräver avsiktS, skulle emellertid inte vara en avsiktS utan en straffbar avsiktB. Jareborg tycks betrakta fall, liknande stämplingsbrottet, som straffbara avsiktB i och med att avsiktB är "konstitutiv för brottet".¹⁰⁵³ Analogt med detta framstår försöksuppsåtet, i varje fall vid ofulländat försök, som "konstitutivt" för försöksbrottet.¹⁰⁵⁴ I det följande kommer inte åtskillnaden mellan avsiktS och avsiktB att betecknas med dessa begrepp.

¹⁰⁵⁰ Jareborg, 1969 s 273ff. Se även Strahl, Allmän straffrätt s 105.

¹⁰⁵¹ Jareborg, 1969 s 267.

¹⁰⁵² Jareborg, 1969 s 269.

¹⁰⁵³ Jareborg, 1969 s 276.

¹⁰⁵⁴ Se avsnitt 3.5f.

2.3.4.2.2 SKILLNADEN MELLAN MOTIV, DIREKT OCH INDIREKT UPPSÅT VID BEDÖMNING AV FRISTÅENDE UPPSÅTSREKVISIT

Motiv brukar beskrivas som något som ligger "bortom" eller "bakom" uppsåtet.¹⁰⁵⁵ Detta är dock sant endast ur bedömarens synvinkel och om motiv och uppsåt inte sammanfaller. Jareborg menar att begreppet "handlingsskäl" inte omedelbart kan användas synonymt med begreppet "motiv", eftersom "...*ett motiv alltid måste återges med en generell term*" till skillnad från handlingsskäl.¹⁰⁵⁶ Även om detta skulle kunna vara riktigt, har det ingen större praktisk betydelse för bedömningar av straffansvar. Här kommer begreppen för motiv och handlingsskäl, i Anscombes anda, inte att åtskiljas.¹⁰⁵⁷ Anscombe har en "gärningsmässig" syn på generella motiv:

To give a motive (of the sort I have labelled 'motive-in-general' as opposed to backward-looking motives and intentions) is to say something like 'See the action in this light'. To explain one's own actions by an account indicating a motive is to put them in a certain light.¹⁰⁵⁸

Sammanhanget mellan motiv och tolkning av gärningar är starkt, särskilt när det gäller generella motiv. Men även när det gäller intentionalitet, som klassificerats som "enskilda motiv" eller handlingsskäl ("backward-looking motives and intentions") intresserar i straffrättsliga sammanhang främst funktionen att "...give an interpretation of the action".¹⁰⁵⁹ Det är visserligen sant att intentionalitet och motiv inte alltid är synonyma begrepp. Men eftersom ansvarsprövningen utgår från bedömarens (och inte gärningens eller gärningspersonens) perspektiv på vad som förväntas av gärningspersonen, är också bedömarens beslut om *relevansen* av viss målsättning eller visst handlingsskäl avgörande för vad som är motiv respektive uppsåt. Motiv är inte en helt annan sorts intentionalitet än uppsåt. Motiv är, ur den (svenske) rättsliga bedömarens synvinkel, en intentionalitet som endast har viss rättslig relevans ur straffvärdesynpunkt och som bevis. Uppsåt är med detta synsätt en beskrivning ur bedömarens synvinkel på den ur straffansvarssynpunkt rättsligt relevanta intentionaliteten. Gränsen mellan direkt uppsåt och indirekt uppsåt kan beskrivas som en skarp gräns, eftersom straffansvar utgår från brottmåls-

¹⁰⁵⁵ Se Jareborg, 1969 s 116 och avsnitt 2.3.2.2.2 under "Avgränsningen av *intent* från *motiv*".

¹⁰⁵⁶ Jareborg, 1969 s 119.

¹⁰⁵⁷ Anscombe, *Intention* s 18ff.

¹⁰⁵⁸ Anscombe, *Intention* s 21.

¹⁰⁵⁹ Anscombe, *Intention* s 21 och 24.

processens domaraspekt.¹⁰⁶⁰ Avgörande för om en effekt är ett bimål eller delmål är den aspekt som anbringas. En effekt, som av gärningspersonen uppfattas som en säker effekt, eller som ett bimål, behöver inte vara förbunden med gärningens inriktning. Skillnaden mellan indirekt och direkt uppsåt till effekter kan kondenseras till skillnaden mellan att se en effekt som delmål respektive bimål.

En visshet om effekten ter sig dock oftast som ett starkt bevis för att effekten varit åsyftad.¹⁰⁶¹ Gällande rätt i England utgår åtminstone vid *murder* från att detta är det indirekta uppsåtets huvuduppgift. Jareborg anser att exempel på detta finns i svensk praxis. Tidigare har betonats att "uppsåtet mer än kanske något annat straffrättsligt begrepp måste konstrueras utgående från bevisteorin."¹⁰⁶² I praktiken kan därför gränsen vara flytande.

Kriterierna för bedömningen av om gärningar skall anses som grovt brott eller inte återfinns relativt sällan i lagtexten. Detta har ofta varit en uppgift för praxis och förarbetena. I ett antal brottsbeskrivningar innehåller dock lagtexten bestämmelser om att uppsåt - eller motiv - har betydelse vid bedömningen av om ett brott är grovt eller inte. Ett exempel är BrB kap 13 §§ 7 och 8, där det anges att vid bedömning av om brotten spridande av gift eller smitta och förgöring skall anses som grovt brott, "...skall särskilt beaktas, om det skett med uppsåt att skada"

2.3.4.2.3 FRISTÅENDE AVSIKTS- OCH UPPSÅTSREKVISIT I BROTTSBALKEN

BRB KAP 19 §§ 5, 7 OCH 9

Utöver de 27 stadganden i BrB som avser fristående avsiktsrekvisit upptar Jareborg, förutom reglerna om försök och förberedelse, 21 fall av fristående uppsåtsrekvisit.¹⁰⁶³ Några fall av krav på fristående avsiktsrekvisit har tillkommit efter 1969, då genomgången utfördes av Jareborg.¹⁰⁶⁴

Det är känt att stater i följd av en lång tradition använt en utpräglad subjektiv lagstiftningsteknik vid kriminalisering av förräderi. Suveräner av alla slag har haft svårt att skilja mellan mänsklig och gudomlig makt.¹⁰⁶⁵ De mest extrema

¹⁰⁶⁰ Utan denna avgränsning är gränsen mellan indirekt och direkt uppsåt flytande. Jfr Wennberg, Försök s 264.

¹⁰⁶¹ Jareborg, 1969 s 277ff.

¹⁰⁶² Frände, Introduktion s 121.

¹⁰⁶³ Jareborg, 1969 s 275f.

¹⁰⁶⁴ Detta gäller t ex lag (1982:316) med förbud mot omskärelse av kvinnor.

¹⁰⁶⁵ Se Jareborg, Ansvarslära s 298.

exemplen lär finnas i de gamla engelska lagarna om *treason*, och i den romerska rätten där rena önskningsor om suveränens död var straffbara.¹⁰⁶⁶ Samtidigt är det tydligt att målet för kriminaliseringen varit att komma åt typiska förräderi- och spionerigärningar, kanske med en extrem avskräckning och/eller uppnå fullständig godtycke för suveränen. Det fristående avsiktsrekvisitet i BrB kap 19 § 5 är därför särskilt intressant som ett exempel på hur väl lagstiftningstekniken, som även här har en utpräglad sinnelagsetisk ansats inom den traditionella uppsåtsläran, uppfyller de mål som lagstiftaren utgått från.

De tre brotten i BrB kap 19 § 5: *spioneri*, §7 *obehörig befattning med hemlig uppgift* och § 9 *vårdslöshet med hemlig uppgift* utgår från skillnaden mellan direkt uppsåt och "vanligt" uppsåt på ett för svensk rätt ovanligt sätt. Paragraferna innehåller i många avseenden likartade rekvisit, med undantag för att tre olika skuldrekvisit används i stadgandena. Straffvärdet för dessa tre brott anses i sjunkande grad bundet till den gängse uppsåtslärans indelning i direkt uppsåt, "vanligt" uppsåt (dvs indirekt uppsåt eller eventuellt uppsåt) samt grov oaktsamhet.¹⁰⁶⁷

Stadgandena lyder:

5 § Den som, för att gå främmande makt tillhanda, anskaffar, befordrar, lämnar eller röjer uppgift rörande försvarsverk, vapen, förråd, import, export, tillverkningsätt, underhandlingar, beslut eller något förhållande i övrigt vars uppenbarande för främmande makt kan medföra men för totalförsvaret eller eljest för rikets säkerhet döms, vare sig uppgiften är riktig eller ej, för *spioneri* till fängelse i högst sex år. Detsamma skall gälla, om någon i syfte som nu sagts obehörigen framställer eller tar befattning med skrift, teckning eller annat föremål som innefattar sådan uppgift (lag 1981:1165)

7 § Den som, utan syfte att gå främmande makt tillhanda, ...lämnar eller röjer uppgift rörande något förhållande av hemlig natur vars uppenbarande för främmande makt kan medföra men för rikets försvar eller.... döms, vare sig uppgiften är riktig eller ej, för *obehörig befattning med hemlig uppgift*....

9 § Den som av grov oaktsamhet, befordrar, lämnar eller röjer sådan uppgift som avses i 7 § döms för *vårdslöshet med hemlig uppgift*

Vid spioneribrottet förutsätts att syftet eller målet för verksamheten skall vara "att gå främmande makt till handa". Innebörden av uttrycket kan enligt förar-

¹⁰⁶⁶ Williams, Criminal Law s 615 och Mommsen, s 541f.

¹⁰⁶⁷ Brottsbalkskommentaren del II, s 407.

betena även anges som syfte att gynna främmande makt.¹⁰⁶⁸ Här används denna senare version utan att därmed någon större skillnad mellan uttrycks-sätten avses.

"IB-MÅLET" OCH DET FRISTÅENDE AVSIKTSREKVISITET I BRB KAP 19 § 5

I samband med den s k IB-affären fälldes i "IB-målet", Stockholms tingsrätt avd 13 DB 1/73, tre TT, varav en journalist (J), en byråsekreterare (B) och en författare (F), bl a för spioneri.¹⁰⁶⁹ J överklagade domen, och målet refererades i denna del i SvJT 1974 rf s 84. J hade publicerat resultatet av spioneriverksamheten i tidningar. I den omfattande debatten i massmedia som följde kom diskussionen att bl a röra sig om uppsåtskravet i spioneribrottet enligt BrB kap 19 § 5. J hade ensam framfört en uppsåtsinvändning i TR. Efter att J fällts i tingsrätten och HovR för spioneri år 1974, ändrades uppsåtskravet i stadgan- det genom en lagändring år 1976 från ett okvalificerat "vanligt" uppsåt till ett kvalificerat direkt uppsåt genom att orden "med uppsåt" utbyttes mot "för (att)" respektive "i syfte". Stadgandet hade vid tiden för brottet följande innehåll:

Den som, med uppsåt (markering; SC) att gå främmande makt tillhanda, obehörigen anskaffar, befordrar, lämnar eller eljest röjer uppgift rörande försvarsverk, vapen, förråd, import, export eller förhållande i övrigt, vars uppenbarande för främmande makt kan medföra men för rikets försvar eller för folkförsörjningen vid krig eller av krig föranledda utomordentliga förhållanden eller eljest för rikets säkerhet, dömes, vare sig uppgiften är riktig eller ej, för *spioneri* till fängelse i högst sex år. Detsamma skall gälla, om någon med uppsåt (markering; SC) som nu sagts obehörigen framställer eller tager befattning med skrift, teckning eller annat föremål som innefattar sådan uppgift.

Åklagaren påstod i IB-målet bl a att J i gemenskap och samförstånd med författaren "...med uppsåt att gå främmande makt tillhanda, obehörigen genom egen spaning och inhämtande av uppgifter av en eller flera befattningshavare hos försvarsstabens underrättelseväsende, anskaffat och röjt, riktiga eller oriktiga uppgifter, vilkas uppenbarande för främmande makt kan medföra men för rikets säkerhet." Den egna spaningen bestod till stor del av samtal med en byråsekreterare vid försvarets underrättelsetjänst, fotografering av befattningshavare vid underrättelsetjänsten samt bl a därigenom kartläggning

¹⁰⁶⁸ NJA del II s 408.

¹⁰⁶⁹ I NJA 1975 s 585 anförde författaren besvär över domvillan för att "IB-målet" skulle ha handlagts vid fel forum. Besvärerna avvisades.

av delar av dess organisation och rutiner. Åklagaren hävdade att verksamheten medfört och förorsakat landet synnerligt men.

B erkände att han gjort sig skyldig till vad åklagaren lagt honom till last. J och F "vitsordade åklagarens uppgifter men bestred ansvar under hävdande att han saknat uppsåt att gå främmande makt tillhanda och att men för rikets försvar inte uppkommit."¹⁰⁷⁰ J hävdade att han ville samla material om IB och publicera detta och därmed avslöja IB, som han såg som en "gangsterorganisation". Han syftade inte till att gynna främmande makt och ansåg inte heller att främmande makt hade gynnats av verksamheten.

TR fann att handlandet "...kunnat för rikets försvar medföra men, som i vissa hänseenden varit mycket allvarliga" och dömde de TT:e bl a för spioneri enligt BrB kap 19 § 5. I HovR upprepade J att han inte haft syfte att gå främmande makt tillhanda och att syftet med publicerandet var "rent samhällskritiskt". HovR motiverade sin uppsåtsbedömning bl a på följande sätt:

Förutom att spioneribrottets objektiva bestämmingar skall vara täckta av vanligt uppsåt krävs alltså på brottets subjektiva sida att gärningsmannen har uppsåt att gå främmande makt tillhanda. Sistnämnda brottsförutsättning behöver inte ha någon objektiv täckning. Det krävs således inte att något tillhandagående faktiskt skett. Redan ett obehörigt anskaffande av sådana uppgifter som avses i brottsbeskrivningen kan vara straffbart som fullbordat spioneribrott. Detsamma gäller om uppgifter av nämnt slag befordras eller lämnas till annan person. Det är därvid likgiltigt till vem det sker, bara det omfattas av uppsåt att gå främmande makt tillhanda. Som klart framgår av lagens förarbeten är sagda uppsåtskrav uppfyllt även om gärningsmannen endast har indirekt eller eventuellt uppsåt.

HovR anförde vidare, efter att man konstaterat att gärningarna kunnat medföra men för rikets försvar:

Det ligger i sakens natur att uppgifternas publicering inneburit en fördel för främmande makt. J måste ha insett att offentliggörandet med nödvändighet skulle få denna effekt. Såväl anskaffandet som röjandet har således i varje fall skett med s.k. indirekt uppsåt att gå främmande makt tillhanda.

HovR ansåg att gärningarna medfört synnerligt men för rikets försvar och fortsatte:

¹⁰⁷⁰ SvJT 1974 rf s 84.

Vad J anfört om sitt syfte med de åtalade gärningarna är inte av beskaffenhet att frita honom från ansvar....

Gärningarna är att bedöma som spioneri.

I anledning av påföljdsbedömningen anförde HovR bl a följande:

Tyngdpunkten i J:s brottslighet ligger i hans mot den hemliga delen av svenska militära underrättelsetjänsten riktade, obehöriga och planmässiga anskaffande av uppgifter samt i det röjande som föregått publiceringen i nr 9 och 10 av tidningen Folket i Bild Kulturfront.

J hade alltså ett fristående uppsåt att gynna främmande makt. I HovR angavs inte uttryckligen i ansvarsdelen vilken form detta uppsåt ansågs ha. I påföljdsdelen betecknades verksamheten som planmässig och inriktad mot den svenska underrättelsetjänsten. J ansågs alltså ha ett direkt uppsåt till sin bedrivna spionverksamhet och "i varje fall" ett indirekt uppsåt till att gynna främmande makt. HovR ansåg det vara uppenbart - "i sakens natur" - att gärningen gynnade främmande makt. Verksamheten var enligt domstolarna inte ett mindre avancerat spioneri eller gynnade inte främmande makt på ett mindre tydligt sätt än andra spionerigärningar.

HovR uttalade sig inte om mer än vad den behövde säga för att finna att ett fristående uppsåtsrekvisit förelegat. Ett fristående avsiktsrekvisit krävdes inte. Domstolen konstaterade bara att "i varje fall" hade indirekt uppsåt förelegat. HovR:s sammantagna uttryckssätt indikerar emellertid att även om kravet varit ett fristående avsiktsuppsåt, skulle rätten ha ansett att detta förelegat.

Tingsrätten uttryckte sig i ansvarsdelen något annorlunda på denna punkt:

Syftemålet med den påtalade verksamheten har varit att rikta allmänhetens uppmärksamhet på den hemliga verksamhet inom försvaret som bedrevs i IB:s regi. Det har inte av åklagaren gjorts gällande, att J åsyftat att gå främmande makt tillhanda. Det måste emellertid ha stått klart för honom att hans handlande nödvändigtvis måste medföra ett tillhandagående av främmande makt och således vara hänförligt under 19 kap. 5 § BrB i den mån handlandet kunnat medföra men för rikets försvar.

Tingsrätten betraktade handlingsskälet att bedriva samhällskritik som gärningens syfte och fann inte att TT syftat till att gynna främmande makt. Av TR:s uppsåtsformulering framgår att man ansåg att J inte hade direkt utan endast indirekt uppsåt att gynna främmande makt.

LAGMOTIVEN TILL ÄNDRINGEN AV BRB KAP 19 § 5

Lagändringen år 1976 syftade till att inte kriminalisera liknande fall som IB-målet som spioneri genom att kräva ett direkt uppsåt att gynna främmande makt.¹⁰⁷¹ Lagändringen skedde på grund av att lagstiftaren ansåg att om uppsåtskravet varit ett fristående avsiktsrekvisit och inte ett fristående uppsåtsrekvisit, skulle HovR inte ha dömt J enligt § 5. Lagstiftaren kan därför ha tolkat HovR:s dom som att HovR inte ansåg att direkt uppsåt förelegat till att gynna främmande makt. Lagstiftaren ville att paragrafen skulle inriktas mot verksamhet, som kunde karaktäriseras som en typisk spionerigärning.¹⁰⁷² Departementschefen skrev:

För egen del finner jag det vara självklart att en brottsbenämning inte bör omfatta mera än vad som för det allmänna rättsmedvetandet framstår som naturligt.¹⁰⁷³

Departementschefen menade att dolus eventualis för många tedde sig främmande och nära nog oförenlig med spioneribegreppet.¹⁰⁷⁴ Även indirekt uppsåt till spionerigärningar skulle för en "bred allmänhet" te sig som "oförklarligt".¹⁰⁷⁵ HovR påstod uttryckligen att i varje fall indirekt uppsåt varit för handen. Departementschefen påstod felaktigt att dolus eventualis användes i IB-målet.¹⁰⁷⁶ Departementschefen fastnade slutligen för att "...begränsa brottsbenämningen spioneri till förfaranden där gärningsmannen handlar i syfte att gå främmande makt tillhanda."¹⁰⁷⁷ Han ansåg att varken svårigheterna med skilda uppsåtsbegrepp eller bevissvårigheterna gör tekniken att utforma brottet spioneri med hjälp av ett direkt uppsåtskrav olämplig.¹⁰⁷⁸ Slutligen anförde han följande:

Mina överväganden har således lett mig till uppfattningen att sådana förfaranden som för ett naturligt betraktelsesätt inte ter sig som spioneri måste tas undan från §:ns tillämpningsområde. I det allmänna

¹⁰⁷¹ NJA II 1976, s 405.

¹⁰⁷² Jfr Brottsbalkskommentaren del II, s 407 och avsnitt 3.4.2 angående *Salmonds test* eller expressivitetsteorier om försöket. En gärnings "naturliga" karaktär kan alltså enligt departementschefen utläsas av gärningens syfte. Man tolkar gärningen efter hur den ter sig naturligen efter den riktning den bär inom sig, uttryckt i dess framtoning efter hur sådana gärningar normalt avläses. Jfr även ovan Lord Bridges yttrande i Moloney citerat i avsnitt 2.3.2.2.2.

¹⁰⁷³ NJA II 1976, s 407.

¹⁰⁷⁴ NJA II 1976, s 407.

¹⁰⁷⁵ NJA II 1976, s 407.

¹⁰⁷⁶ NJA II 1976, s 406.

¹⁰⁷⁷ NJA II 1976, s 407.

¹⁰⁷⁸ NJA II 1976, s 408.

rättsmedvetandet uppfattas spioneri som ett handlande i förrådsk avsikt eller i syfte att gå främmande makt tillhanda. Beteckningen spioneri bör i enlighet härmed förbehållas fall där gynnandet av främmande makt ingår som ett avsiktligt led i gärningsmannens handlande.¹⁰⁷⁹

Departementschefen tillfogar "förrådsk avsikt" som ytterligare ett möjligt fristående avsiktsrekvisit, utöver rekvisitet att gå främmande makt tillhanda. En avsikt att gå främmande makt tillhanda kan naturligtvis även vara gjord som en förrådsk avsikt. Men möjligt är också att vilja förråda sitt land, t ex av hat mot sitt eget land, utan att vilja gynna främmande makt. I sådana fall kan inte § 5 tillämpas, eftersom ordalydelsen av paragrafen inte tillåter detta.

Med den valda lagstiftningstekniken träffas inte verksamheter utförda i "förrådsk avsikt" eller de fall där gärningspersonen handlat i en utpressningssituation eller av ekonomiska skäl, som enligt Brottsbalkskommentaren paragrafen varit avsedd att täcka.¹⁰⁸⁰ Den straffvärdeskillnad som lagstiftaren anser vara uppenbar mellan å ena sidan vad han beskriver som en *typisk* "spionerigärning" och å andra sidan en gärning som ansetts *atypisk* som i IB-målet, är oklar. Det är inte tydligt varför en verksamhet som i IB-målet eller bedriven med enbart ekonomiska handlingsskäl har ett lägre straffvärde än en verksamhet bedriven i en utpressningssituation med delmål att gynna främmande makt. Den traditionella uppsåtslärans kriterier och tekniker, som lagstiftaren använt för att kriminalisera denna gärningstyp, ger stadgandet i § 5 i jämförelse med § 7 samma kapitel en helt annan funktion än den avsedda. Lagstiftarens mål måste därför definieras med en annan teknik, som inte lider av den traditionella uppsåtslärans grundläggande problem. Förslagsvis skulle man kunna ta departementschefens metod att använda sig av "naturliga" och typiska gärningsbeskrivningar på allvar och verkligen koncentrera sig på att tydligt beskriva *gärningstypen*, inklusive dess inriktning. Koncentrationen på ett fristående *abstraherat* sinnelag medför att samhällets förväntan på individen inte klart framgår av lagstiftningen.

STRAFFVÄRDESKILLNAD OCH/ELLER MORALISK SKILLNAD MELLAN DIREKT OCH INDIREKT UPPSÅT

Duff menar att det indirekta uppsåtet (*oblique intent*, t ex praktiskt säker insikt om sidoeffekter) manifesteras direkt i gärningen som en "paradigmatisk" gärningsmässig intentionalitet.¹⁰⁸¹ Han hävdar att ingen straffvärdeskillnad

¹⁰⁷⁹ NJA II 1976, s 408.

¹⁰⁸⁰ Brottsbalkskommentaren del II, s 407.

¹⁰⁸¹ Duff, Intention s 74ff och avsnitt 2.3.2.2.3 under "Förhållandet mellan föreställnings- och viljeperspektivet" f.

eller moralisk skillnad i princip finns mellan att säkert ha insett en bieffekt och att ha åsyftat denna effekt. Däremot menar han att en gärning som insetts som sannolik är mindre klandervärd och har lägre straffvärde än om insikten varit säker, eftersom man måste kunna exculpera sig för icke säker insikt. Sannolikhetsuppsåtet betar TT denna exculpationsrätt men inte en praktiskt säker insikt. Därför är skillnaden mellan ett fristående uppsåtsrekvisit och ett fristående avsiktsrekvisit ur denna synvinkel felaktig. Straffvärdeskillnaden går istället mellan å ena sidan direkt, indirekt och gärningsuppsåt i egenskap av säkra uppsåtsslag och å andra sidan andra *osäkra* uppsåtsformer som hör hemma i oaktsamhetssfären. Det avgörande för att åsyftat rättsområde kriminaliseras i enlighet med lagstiftarens mening är inte det direkt uppsåtliga till skillnad från det indirekt uppsåtliga, utan gränsen måste dras mellan indirekt uppsåt och gränsuppsåt som inte är gärningsuppsåt; dvs mellan å ena sidan säkert uppsåt och å andra sidan tveksamt uppsåt som t ex sannolikhetsuppsåt och eventuellt uppsåt. Lagstiftaren vill kriminalisera ett "*naturligt*" och *typiskt* "spioneri" i vardagsspråklig mening. Instrumentet som har valts för att definiera detta område, är distinktionen mellan direkt uppsåt och annat uppsåt, dvs eventuellt och indirekt uppsåt. Om sannolikhetsuppsåtet införs i form av "insiktsuppsåt" gäller istället distinktionen mellan direkt uppsåt å ena sidan samt sannolikhetsuppsåt, indirekt och eventuellt uppsåt å andra sidan. Detta innebär att kriminaliseringen inte i något fall träffar det önskade området.

Därför är det inte problematiskt ur moralisk eller rättvisesynvinkel att bibehålla ett vanligt fristående uppsåtsrekvisit, förutsatt att eventuellt uppsåt (eller liknande konstruktioner som sannolikhetsuppsåt) inte förekommer som gränsdragningsinstrument i detta fall.

EN JÄMFÖRELSE MED TVÅ ANDRA SPIONERIMÅL

Frågan är om lika avancerad verksamhet som beskrevs i IB-målet skulle anses vara utförd med direkt uppsåt, om handlingsskäl i alternativa fall varit t ex att undkomma utpressning; vederlag av olika slag eller lojalitet mot främmande makt. För att få ett svar på denna fråga jämförs här IB-målet med två andra kända spionerimål.

I fallet *Steane* från engelsk praxis, vilket refererats ovan, bistod en familjfader fienden under andra världskriget med radiosändningar under hot att hans familj skulle sättas i koncentrationsläger, om han inte samarbetade.¹⁰⁸² TT friades med motivering att *intent* saknades. Williams anmärkte i anslutning till fallet att om målet för gärningen *ytterst* varit att erhålla ett paket cigaretter eller undvikande av koncentrationsläger för familjen, borde gärningen ändå

¹⁰⁸² Fallet har referats i avsnitt 2.3.2.2.2 under "Avgränsningen av *intent* från motiv".

ha tillskrivits personen som uppsåtlig.¹⁰⁸³ Williams ansåg att målet var feldömt, och att saken rörde sig om tillämpningen av en ansvarsfrihetsgrund (*defence*) genom det tvång TT var utsatt för. I engelsk doktrin i dag är man osäker på om fallet *Steane* var ett exempel på brist på *intent* eller ett *defence* i enlighet med vad Williams ansåg.¹⁰⁸⁴ Den tilltalades syfte var, liksom i IB-målet, inte att på något sätt gynna främmande makt. Han hade inte en önskan att gynna främmande makt. Inte heller var detta en målsättning eller ett handlingsskäl för honom. Men han insåg tydligt att han gynnade främmande makt. Den tilltalade hade uppenbarligen inte något syfte att gynna främmande makt. Fallet innehåller annars en klassisk variant av ett handlingsskäl, - att undvika utpressning - som tänktes vara åsyftat vid konstruktionen av BrB kap 19 § 5.

I "Wennerströmsfallet" (Stockholms tingsrätt DB 3/1964) ägnades stor uppmärksamhet åt TT:s handlingsskäl. I stora drag kan följande bild tecknas.¹⁰⁸⁵

År 1940 väcktes TT:s intresse för illegal underrättelseverksamhet genom en amerikansk officer, som arbetade för brittiska underrättelsetjänsten (s 5). Hans första steg på spionbanan togs i Nazitysklands tjänst, och han gynnade denna makt under kriget (S 6). Skälet för detta var att komma över rubler på särskilt förmånliga villkor. Efter kriget, år 1946, blev han delvis pressad, delvis mutad, av USA:s flygattaché, som visste om TT:s arbete för den tyska försvarsmakten under kriget, till att arbeta för USA:s räkning i Moskva. Där försökte, år 1948, den sovjetiske flygattachén att få uppgifter om svenska utbyggnader av flygfält i Sverige. Den tilltalade svarade att uppgifterna fanns att tillgå för 5 000 kr, vilka levererades mot denna betalning. I Moskva 1949 fick han därefter ett förslag att arbeta för Sovjetunionen och spionera mot USA. Betalning skulle ske med en engångssumma och 5 000 rubler i månaden. Samtidigt fick han en förfrågan om han kunde fortsätta att vara i USA:s tjänst för spioneri mot Sovjet, vilket han gick med på att göra. Han fick ca 4 000 kr i månaden för detta. Under vistelsen i Sovjet försköts hans sympati sakta bort från USA i riktning mot Sovjetunionen, som han känt sig sympatisk till i början. Han kom att känna sig som en betrodd medlem av en stor och mäktig organisation, den sovjetiska underrättelsetjänsten. I Moskva fick han därefter fri förfoganderätt över penningmedel och generalmajors grad. 1952 fick man i Sovjetunionen reda på att han även arbetat för USA:s räkning. Men detta fann man vara en utomordentlig fördel i Sovjetunionen. Inga förebräelser riktades mot honom (s 23). Han uppmanades att fördjupa sina kontakter med USA:s underrättelsetjänst. Den tilltalade påstod att han var offer för en nästan hypnotisk påverkan av en person i Sovjetunionens underrättelsetjänst. Hans "nationella" syn er-

¹⁰⁸³ Williams, *The Mental Element in Crime* s 21ff.

¹⁰⁸⁴ Se Giles, *Criminal Law* s 9.

¹⁰⁸⁵ Sidnummer i tingsrättsdomen anges inom parentes.

sattes av en "internationell" syn (s 38). Maktbalansen ansåg TT vara fredsbevarande, och hans uppgift var att bidra till att återställa och bibehålla balansen. Han påstod att han varit en huvudkraft för att förhindra krig genom olyckshändelser, både vid Suezkrisen och tidigare. Stormaktsspionaget kom att framstå som moraliskt berättigat och naturligt (s 43). Han påstod sig ha stort intresse för nedrustningsfrågor (s 85).

Den tilltalade erkände vad som lades honom till last. Inget uppsåtsresonemang förekom utöver att han var "...övertygad om att uppsåtligen begått den gärning åklagaren lagt honom till last."

I Wennerströmsfallet rörde det sig om en typisk "förrädisk" gärning och i *Steane*-fallet om en typisk utpressningshandling. Enligt Brottsbalkskommentaren täcks båda fallen av det område BrB kap 19 § 5 riktats mot.¹⁰⁸⁶ I Wennerströmsfallet finns ett mycket rikt register av handlingsskäl. Fallet är ett av de mest typiska spionerifallen i vårt lands rättshistoria. Ändå är ett stort antal av de handlingsskäl som anges i målet inte ansvarsgrundande enligt BrB kapitel 19 § 5. Man kan föreställa sig problemen, som skulle uppkomma om målet handlagts under den tid då § 5 haft nuvarande lydelse. Den tilltalade skulle kunna åberopa nedrustningssyfte och beskriva sig som en krislösare och upprätthållare av maktbalansen eller som offer för utpressning respektive endast ute för att tjäna pengar utan att ha något syfte att gynna främmande makt.

De enda fall där paragrafen kan tänkas användas är då gärningspersonen haft som mål eller delmål, inte bimål, att gynna främmande makt. Det är möjligt att uppfylla rekvisitet i paragrafen med handlingsskäl som hämndlystnad, utpressning, samhällskritisk inställning eller penningbegär, *om* och endast om man också syftar till att gynna främmande makt som ett huvudmål, ett genomgångsled eller delmål till vad dessa handlingsskäl syftar på. Man kan inte uppfylla detta specifika fristående avsiktsrekvisit enbart genom att vilja få utlopp för t ex hämnd- och penningbegär. Ett sådant fristående uppsåtsrekvisit är inte kvalificerat som ett mål eller delmål, utan förblir högst ett bimål eller en insikt om en säker följd, dvs ett indirekt uppsåt.

Sammanfattningsvis kan sägas att för att träffa de gärningstyper dagens lagstiftaren syftar på och samtidigt iaktta legalitetsprincipen och skuldprincipen, är det nödvändigt att uppsåtsgränsen inte bestäms som ett osäkert uppsåt, dvs som *dolus eventualis*, sannolikhetsuppsåt eller liknande, utan som ett gärningsmässigt säkert uppsåt.

¹⁰⁸⁶ Brottsbalkskommentaren del II, s 407.

2.3.4.3 UPPSÅTSREGLER I BRB KAP 29

I BrB kap 29 § 1 anges i allmänna ordalag att avsikter och motiv samt vad TT insett eller borde insett skall påverka påföljdsbedömningen. Detta avser den skiljaktiga interna bedömningen, eller "intensitetsbedömningen", av redan ansvarsbedömda rekvisit. I samma kapitel § 2 och 3 förklaras vilka "externa" försvårande och förmildrande omständigheter, som skall särskilt beaktas utöver de som upptagits i ansvarsbedömningen. En utgångspunkt för prövningen är att domstolen inte kan tillåtas göra en helt ny uppsåtsbedömning i straffvärdebestämningen. Ett mål kan inte rymma två olika uppsåtsbedömningar med motstridande resultat. Man kan ibland se exempel på detta i tingsrättspraxis.¹⁰⁸⁷

Reformen från år 1989 syftade till att följa den fasta praxis, som vuxit fram när det gäller påföljdsbestämningen.¹⁰⁸⁸

I BrB kap 29 stadgas bl a:

1 §...

Vid bedömningen av straffvärdet skall särskilt beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han haft.

2 § Såsom försvårande omständigheter vid bedömningen av straffvärdet skall vid sidan av vad som gäller vid varje brottstyp, särskilt beaktas,

1. om den tilltalade avsett att brottet skulle få betydligt allvarigare följder än det faktiskt fått,
2. om den tilltalade visat särskilt stor hänsynslöshet...
6. om brottet utgjort ett led i en brottslig verksamhet som varit särskilt noggrant planlagd....
7. om ett motiv för brottet varit att kränka en person, en folkgrupp eller en annan sådan grupp av personer på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller annan liknande omständighet.

¹⁰⁸⁷ Se avsnitt 5.5.2.1.1 under "Mjölby tingsrätt DB 246/90".

¹⁰⁸⁸ Jareborg, Fragment s 174 och Brottsbalkskommentaren del III, s 191.

3 § Såsom förmildrande omständigheter vid bedömningen av straffvärdet skall, vid sidan av vad som är föreskrivet för vissa fall, särskilt beaktas...

2. om den tilltalade till följd av psykisk störning eller sinnesrörelse eller av någon annan orsak haft starkt nedsatt förmåga att kontrollera sitt handlande.

3. om den tilltalades handlande stått i samband med hans uppenbart bristande utveckling, erfarenhet eller omdömesförmåga

4. om brottet föränlets av stark mänsklig medkänsla ...

5 § ...

2. om den tilltalade efter förmåga sökt förebygga eller avhjälpa eller begränsa skadliga verkningar av brottet

3. om den tilltalade frivilligt angett sig.

Lagstiftaren undvek uttryckligen att beteckna hänsynstagandet till oaktsamhet, uppsåt eller motiv som skuld.¹⁰⁸⁹ Fängelsestraffkommitténs förslag utgick däremot från skuldbegreppet.¹⁰⁹⁰ Skillnaden är närmast terminologisk.¹⁰⁹¹

Allmänt gott uppsåt eller goda motiv, dvs "mänsklig medkänsla", samt ånger spelar en stor roll vid den "externa" bedömningen. Fyra av de sju försvårande omständigheterna är sådana som traditionellt anses tillhöra skuldbedömningen. I denna skepnad återkommer således bl a gamla objektiviserande uppsåtsregler liknande de "objektiva överskott", som i princip BrB syftade till att rensa ut. Här återkommer även gamla kända rättsfenomen: analogier till institutet *constructive intent*, betydelsen av skillnaden mellan överlagt och hastigt mod samt särskilt onda avsikter. I ett mål kan det på detta sätt röra sig om flera olika nivåer av skuld i ansvars- eller påföljdsdelen. Uppsåtsansvaret vid ansvarsfrågan kan följas av en nyansering av uppsåtet, dels genom en "intern" prövning av intensiteten i "ansvarsuppsåtet", dels genom en "extern" prövning av tillkommande uppsåtsfaktorer, i flera fall ungefär vad man i äldre tider utan vidare kallade gott eller ont uppsåt. Exempel på detta är om "stark mänsklig medkänsla" respektive rasism förelegat. Den förra omständigheten framstår närmast som en rättfärdigande omständighet, ungefär som nödvärn.

Det sammanlagda intrycket är att påföljds- och ansvarsprövningen förefaller att utvecklas i en växelverkan i analogi med den komparativrättsliga kompen-

¹⁰⁸⁹ Brottsbalkskommentaren del III, s 201.

¹⁰⁹⁰ Fängelsestraffkommittén del 1, s 76 och del 2, s 131ff.

¹⁰⁹¹ Brottsbalkskommentaren del III, s 201.

sationsprincipen. Ansvarsfrågan utarmas på instrument för nyanseringen av rättsföljden för TT, och istället återkommer dessa vid påföljdsbestämningen.¹⁰⁹² Eftersom domstolarna har en benägenhet att inte dra skarpa gränser mellan straffvärde- och ansvarsbedömning, får bestämmelserna i BrB kap 29 och 30 en räckvidd som många gånger också kan innefatta ansvarsfrågan.¹⁰⁹³ Förhållandena har förmodligen varit så även tidigare, men frågan är om inte detta förstärkts genom den officialitet som lagstiftningen gett åt dessa skuldelement. Eftersom skulden här uttryckligen i vissa fall används i inculperande syfte (i den meningen att straffet och indirekt därigenom ansvaret kan skärpas vid större skuld) är detta en viktig del av gällande rätt om skuldbedömningen. Osökt påminns man om Greves förslag att överföra hela uppsåtsfrågan till påföljdsbestämningen.¹⁰⁹⁴

Bevisningen av förmildrande och försvårande omständigheter ligger principiellt på åklagaren. Men åklagaren anses ha uppfyllt sin bevisbörda när det gäller förmildrande omständigheter enbart genom att överhuvudtaget inte föra in dessa i processen och, då TT åberopat en sådan, visat att den inte var trovärdig.¹⁰⁹⁵ Detta skiljer sig inte särskilt mycket från TT:s börda i *common law*-kulturen att vid vissa *defences adduce evidence*.¹⁰⁹⁶ Skillnaden mellan att göra något sannolikt och något trovärdigt kan i sammanhanget komma på ett ut. Om man tog Diesens och Ekelöfs förslag om sänkt beviskrav vid skuldbevisningen på allvar, skulle de sammantagna lättnaderna för åklagaren vara betydande.¹⁰⁹⁷

Det finns inte utrymme att här närmare fullfölja detta tema, men så mycket kan sägas att prövningen av skuldhänsyn i BrB kap 29 och 30 av rättssäkerhetsskäl närmare borde anknytas till ansvarsprövningen. Greves "skuldabolitionistiska" förslag och förslagen om bevislättnader har främst sina rötter i skuldprövningens "omöjlighet". En större realism i skuldprövningen, enligt den modell som här förespråkas, gör det möjligt att återge skuldprincipen ett större inflytande i ansvarsledet.

¹⁰⁹² Bogdan, Komparativ rättskunskap s 101.

¹⁰⁹³ Ett anmärkningsvärt exempel utöver exemplen i tingsrättspraxis är HD:s mycket tydliga placering av straffvärderesonemanget enligt kap 29 § 2 p 7 i "Klippanmålet" under rubriken "Ansvarsfrågan" och inte rubriken "Påföljdsfrågan". Se avsnitt 2.3.5.3.3 under "'Klippanmålet' – NJA 1996 s 509".

¹⁰⁹⁴ Se avsnitt 2.3.2.1.3.

¹⁰⁹⁵ Brottbalkskomentaren del III, s 213.

¹⁰⁹⁶ Se avsnitt 2.3.2.2.3 under "Den tilltalades börda "of adducing evidence".

¹⁰⁹⁷ Diesen, s 94.

2.3.5 SVENSK PRAXIS

2.3.5.1 INLEDNING

Avsnittet behandlar publicerade rättsfall i NJA I och RH samt vissa notisfall. Urvalet har gjorts dels av alla refererade fall i NJA I och RH, där bestämmandet av uppsåtsgränsen varit en huvudfråga, dels av de fall som vanligen förekommer i diskussionen om uppsåtsgränsen i doktrinen.

Den beskrivning av uppsåtsgränsen, som traditionellt uppträder i doktrinen, är relaterad till den traditionella uppsåtslärans definitioner.¹⁰⁹⁸ Men Jareborg skriver år 1969 följande om utvecklingen av dolusbegreppet i rättspraxis i förhållande till doktrinen och förarbetena:

Den betydligt mer intressanta frågan hur dolusbegreppet under samma tid utvecklats i rättspraxis är däremot obesvarad.¹⁰⁹⁹

Uppsåtsrekvisitet är ju också, åtminstone i den del som rör frågan vad som skall vara täckt av uppsåt, så utpräglat juridiskt-tekniskt, att ett opreciserat erkännande av ett brott aldrig bör accepteras utan vidare.

En stor andel av domstolarnas domar innehåller emellertid mer eller mindre utförliga ställningstaganden till gärningsmannens uppsåt. I flertalet fall klädes slutsatserna i den språkliga dräkt, som kommit att dominera doktrinen formuleringar av de accepterade dolusformerna...Men i en icke obetydlig mängd fall förekommer lokutioner, som avviker från de av doktrinen vedertagna.¹¹⁰⁰

Jareborg ifrågasätter därmed, liksom Waaben tidigare gjort, att praxis verkligen givit det svar som doktrinen och förarbeten ofta förutsätter.¹¹⁰¹ Dessa två verk kan ses som de större mer ambitiösa verken i nordisk doktrin om uppsåtsbegreppet. Båda verken är förmodligen också präglade av de amerikanska realisterna.¹¹⁰² Det kan därför vara något sökt att ungefär 30 år senare bortse från detta sammanhang och göra för stor sak av deras skepticism, särskilt som

¹⁰⁹⁸ Waaben, Forsæt s 42. Waaben menar att uppsåtsområdet definierats i huvudsak av uppsåtslärorna i doktrinen. Han skriver år 1957: "Hverken i Tyskland eller i Norden giver loven særlige holdepunkter for en afgrænsing af begrebet forsæt. Men det fremgår ofte af litteraturen at det heller ikke er retspraxis der er kilden til de sætninger som udvikles. Se även Jareborg, 1969 s 49.

¹⁰⁹⁹ Jareborg, 1969 s 45.

¹¹⁰⁰ Jareborg, 1969 s 45.

¹¹⁰¹ Waaben, Forsæt s 42f.

¹¹⁰² Se Waaben, Forsæt s 45f och Jareborg, 1969 s 4f.

de senaste verken av respektive författare inte är lika skeptiska på området. Jareborgs saksakal övertygar dock.

Jareborg indelar de avvikande formuleringarna i prejudikaten i fyra kategorier: sannolikhetsuppsåt, dolus von Seth, dolus Alexanderson och defekt dolus eventualis. Dolus Alexanderson har i stor utsträckning förlorat sin aktualitet efter lagändringen 1984 av BrB kap 6 § 11, eftersom dolusvarianten oftast tillämpats vid otukt med minderårig, då TT medvetet hållit sig i okunnighet om den minderåriges ålder.¹¹⁰³ Sannolikhetsuppsåtet verkade efter HD:s ställningstaganden i NJA 1959 s 63 och NJA 1980 s 514 även ha förlorat sin aktualitet. I dag har sannolikhetsuppsåtet fått förnyad aktualitet i och med Straffansvarsutredningens förslag på området. Men i hittillsvarande praxis är läget oförändrat. I tingsrättspraxis dominerar däremot i stora drag gärningsuppsåt.¹¹⁰⁴

Sannolikhetsuppsåt, gärningsuppsåt och avvikande former av dolus eventualis är därför de återstående avvikande uppsåtsformuleringarna i Jareborgs indelning, som jag lägger särskild vikt vid.¹¹⁰⁵ Utöver dessa kategorier förekommer i praxis olika slags "likgiltighetsuppsåt" i olika blandformer. Analysen inriktas främst mot dessa avvikande uppsåtsformuleringar.

2.3.5.2 HÖGSTA DOMSTOLENS ÄLDRE PRAXIS

NJA 1881 s 311

TT misshandlade en kamrat med en "2 fot lång käpp" efter ett gräl om småpengar för tobaksinköp. Offret gick efter misshandeln in i sitt hus men dog under natten i sin säng på grund av blödning i hjärnan. Den tilltalade försvarade sig med att han provocerats, att nödvärn förelegat, att slagen skett i vredesmod samt att han saknat uppsåt att döda. Han medgav att han

...givit offret under en stund oafbrutet slag på slag öfver hela kroppen till dess offret blifvit liggande orörlig ...TT hade icke haft för afsigt att genom misshandling döda offret, utan sökt tvärtom rigta slagen så, att denne icke skulle taga någon skada till lifvet, och aktat sig derföre att slå honom i hufvudet.

¹¹⁰³ Se Jareborg 1969 s 55.

¹¹⁰⁴ Se avsnitt 5.6.2.3.

¹¹⁰⁵ Noteras bör att Jareborg i senare arbeten, exempelvis i kommentarer till NJA 1977 s 630, inte använder benämningen dolus von Seth. Se t ex Ansvarslära s 225.

HR ville ogilla åtalet för uppsåtligt dödande, eftersom man inte ansåg det klarlagt om döden orsakats av misshandeln. HovR dömde TT för dråp jämlikt SL kap 14 § 5 mom 1, dvs för uppsåtlig misshandel i hastigt mod, utan avsikt att dräpa. HD fastställde HovR:s dom. Den tilltalades uppsåtsinvändning var verkninglös, eftersom det rörde sig om ett "objektivt överskott" eller vad man i *common law* kallar för *implied intent*.

NJA 1891 s 111

Den tilltalade sköt med en revolver in i en lokal efter en förman; offer nr 2. En nära vän till TT, offer nr 1, dödades av skotten, då han försökte hindra gärningen genom att ställa sig i dörröppningen. Den tilltalade, som ville hämnas på sin förman, var upprörd och något spritpåverkad vid tillfället. Den tilltalade uppgav att han inte alls hade avsett att träffa offret nr 1. Strafflagen innehöll i § 42 ett särskilt stadgande för fullt ansvar vid aberratio ictus. Den tilltalade dömdes i rådhusrätten för mord på sin gode vän och för mordförsök på förmannen till bl a livstids respektive 6 års straffarbete.

HovR fann, liksom rådhusrätten att TT inte bara hade uppsåt att döda förmannen utan även sin gode vän. Han fälldes här för dråp och försök till mord till straffarbete i 12 år för dråp respektive 6 år för mordförsök. Uppsåtsmotiveeringen var följande:

.....emedan TT således måste antagas hafva, då han vid förföljandet af offret nr 2 hejdats av offret nr 1 fattat uppsåt att undanröja det sålunda uppkomna hindret och i sådant uppsåt mot offret nr 1 avskjutit två skott, hvilkas verkan, enligt hvad TT måste hafva insett, kunde för offret nr 1 blifva dödsbringande,

samt TT följaktligen vore lagligen förvunnen...hafva i uppsåt att döda offret nr 1 men af hastigt mod afskjutit de två skott, hvaraf offret nr 1 träffats.....

TT:s invändning att han saknat avsikt att döda sin vän beaktades inte. Till skillnad från rådhusrätten använder sig HovR dock av formuleringen "måste antagas hafva...fattat uppsåt" och "måste hafva insett" att detta var dödsbringande. Ändringen innebar både en lindrigare ansvarsform och lindrigare straff för TT jämfört med tillämpningen av stadgandet om aberratio ictus i SL kap 14 § 42.¹¹⁰⁶ Grunden för detta var det *aktuella* uppsåtet till annans död, "måste antas hafva fattat uppsåt och "måste hafva insett", i förhållande till ansvar enligt denna paragraf. Två dissidenter i HovR menade att TT istället

¹¹⁰⁶ Se Thyren, 1917 s 195. Thyren ansåg att ett sådant förfarande skulle strida mot modernt vetenskapligt tänkande och SRK ansåg med hänvisning till hans yttrande en motsvarighet till § 42 i BrB som obehörlig.

borde ha fällts för vållande till annans död och inte dråp. HD fastställde HovR:s dom.

NJA 1891 B 479

TT knivskar sin hustru till döds med en förskärare i bröstet. HovR dömde TT för dråp och formulerade uppsåtsmotiveringen som ett "uppenbart" uppsåt enligt följande:

...alltså och då, med hänsyn till hvad i målet förekommit, vore uppenbart att klgdn vid våldets föröfvande haft uppsåt att döda, men klgdn däremot icke vore övertygad att därvid hafva handlat med berädd mod, i följd hvaraf klagdn ej kunde till ansvar för mord dömas.

HD gjorde ingen ändring.

NJA 1894 s 253

Två strejkvakter vid en skofabrik förföljde efter arbetets slut en av de många arbetare (offret), som arbetade trots utlyst strejk. När offret hunnits upp slog den ene av vakterna honom i ansiktet, så att han föll baklänges mot gatan. I liggande ställning blev han sparkad en gång i sidan av den andre vakten. Efter att han rest sig upp fick han ytterligare ett slag så att han föll baklänges en gång till. Liggande på marken sparkades han därvid en gång i huvudet. Offret fick ligga medvetlös till dess att polis fann honom. Han avled efter några dagar av att huvudskålen spräckts med blödningar som följd. De TT:e erkände misshandeln men hävdade att den skett i hastigt mod utan avsikt att skada och att döden ej var orsakad av misshandeln.

Rådhusrätten fann att det våld som vid tillfället utövades inte var av det slag att dråparen haft sannolik anledning att vänta en dödande verkan av gärningen. HovR kom till motsatt slut. På grund av en objektivt bedömd sannolikhet om effektens inträde, som domstolen slöt sig till från våldets typ, ansågs inte TT ha insett sannolikheten för dödsfallet. Man förde ett kausalitetsresonemang grundat på en bedömning av en "normal" person i hans ställning. Uppsåt till dödens inträde behövde inte konstateras för dråpansvar enligt SL 14 kap § 4. HovR anmärkte följaktligen endast att skadorna från misshandeln i förening med andra skador orsakat dödsfallet.

HD ändrade HovR:s dom och gick helt på rådhusrättens linje.

Man kan konstatera att det politiska motivet i varje fall inte varit till nackdel för TT:e.

En tågurspärning var orsakad av sabotage. Tåget med lokomotiv fick avsevärda skador. En före detta fängelsekund (TT), som strövat omkring i trakten och som hade kännedom om järnvägsarbete och växlar, hade stulit sprit och en yxa, som senare vid rättegången i HD med mikroskopisk undersökning befanns vara det verktyg som hade använts för att bryta låset till växeln. Den tilltalade, som sade att han inte tänkte tala sanning vid förhören annat än i det avseende det gagnade hans intressen, nekade till allt utom spritstölden. Han gav ett flertal motstridande versioner av sin vistelse i närheten av urspärningen. Det enda motiv som antydde var möjligheterna att stjäla från postvagnen efter urspärningen. HR ansåg att bevisningen räckte för att finna att TT i brottslig avsikt vidtagit åtgärderna, som medförde att tåget spårade ur.

HovR anförde däremot:

...att som hvad i målet förekommit, ehuru innefattande bindande liknelser och omständigheter därom, att TT vidtagit de åtgärder, i följd hvaraf ifrågavarande jernvägsolycka ägt rum, likväl icke mot TT:s nekande utgjorde full laga bevisning.

HD fastställde HovR:s dom.

Kravet för full laga bevisning för gärningsmannaskapet var alltså i detta fall ouppnåeligt, eftersom TT förnekade gärningen. Inte ens vid en sådan fullständig av TT själv uttalad otrovärdighet, godkändes indiciebevisningen trots "bindande liknelser". HR dömde till straffarbete i 8 år för fjärde resan stöld under det att HovR dömde TT till straffarbete i 4 år för fjärde resan stöld.

Det är att märka att fallet inte rubricerades som en uppsåtsfråga. I häradsrätten konstaterades helt enkelt uppsåt, eftersom TT var gärningsmannen. Invändningar som att skadan skett av våda var i detta fall inte tänkbara, eftersom gärningen och skadegörelsen till sin typ var avsiktliga.

Efter en kväll med spritförtäring i ett sällskap angrep TT offret med en kniv och dödade offret med ett hugg i tinningen. Den tilltalade invände att offret fallit på sin egen kniv. Den tilltalade hade emellertid uttalat att om offret inte lämnade ifrån sig den liter sprit som han hade på sig, skulle han skjuta honom eller sticka kniven i honom. Senare, när offret gått ut, följde TT efter. Offret anträffades död på en järnvägssträcka utanför offrets bostad. HR dömde TT enligt SL kap 14 § 5 för "uppsåtlig, i hastigt mod föröfvad misshandel, hvaraf döden följt...". HovR fällde för dråp enligt SL kap 14 § 3 eftersom TT

...på grund af i målet förekomna omständigheter måste anses hafva vid målets begående haft uppsåt att döda.

HD fastställde HovR:s dom. Formuleringen "måste anses hafva" på grund av "omständigheterna" har drag av gärningsuppsåt. Proportionen mellan motiv och gärning samt att inget närmare var känt om själva dödsfallet är inte okända ingredienser vid liknande fall. Fallet rubricerades med en uppsåtsfråga. Även om ingen direkt slutsats om gärningsuppsåt kan dras av uttrycket "måste antas hafva", bör slutsatsen vara att HD visat, trots resterna vid denna tid av de legala beviskraven, att det inte råder någon tvekan om att indiciebevisning var tillåten för att bevisa uppsåt. Skadegörelsemålet ovan visar att detta inte var lika klart när det gäller gärningsmannskapet. Man kan kanske se detta som ett analogt stöd i svensk praxis för Volks tes att gärningsuppsåt fungerat som ett undantag från förbudet mot indiciebevisning.

NJA 1904 s 29

Offret, som var en känd slagskämpe, anföll TT. Den tilltalade avlossade ett gevärsskott, som träffade i bröstet på offret med påföljd att denne avled. Den tilltalade åtalades för dråp. Han hävdade nödvärn samt att han endast avsett att träffa i benen eller armen. Dessutom hävdade TT att han förlorat all besinning och inte kunde med "...viljan omfatta en viss riktning av skottet. Han kunde därför icke medgifva, att det varit hans uppsåt att döda offret." HR ansåg det vederlagt i målet att TT avsett skjuta i benen eller armen. Slutsatsen beträffande avsikten med skottet drogs genom ett gärningsmässigt resonemang; skottets riktning och övriga omständigheter visade att uppsåtet var att skjuta i bröstet. Inget sades om uppsåtet till dödsfallet, trots att man dömdo för dråp enligt SL kap 14 § 3.

HovR ansåg däremot dels att uppsåt att döda inte förelegat men att TT handlat enligt gärningsbeskrivningen i SL kap 14 § 5 mom 2. Nödvärnsinvändningen beaktades inte fullt ut, eftersom TT ansågs ha överskridit sin nödvärnsrätt. HD ansåg att full nödvärnsrätt förelåg och frikände. HD berörde inte frågan om uppsåt till vare sig gärning eller effekt.

NJA 1907 s 499

Den tilltalade och offret kom i slagsmål. Den tilltalade slog offret först med två slag av en käpp i huvudet. Omedelbart därefter gick offret bort från TT:s bostad men hittades senare död med ytterligare skador i huvudet. Dödsorsaken fastställdes som hjärtförslamning till följd av att en hjärtsjukdom förmodligen blivit akut på grund av misshandeln. Den tilltalade kunde inte ge någon förklaring till sitt handlande.

HR fann att TT hade uppsåt att misshandla men inte uppsåt att dräpa. Han fälldes för dråp enligt SL kap 14 § 4 och § 5 mom 2. Den svaga kausaliteten ansågs utgöra en synnerligen mildrande omständighet. HR uttryckte sig på följande sätt:

...att åtgångna våldet icke varit af den beskaffenhet, att TT haft sannolik anledning att vänta en dödande verkan av sin gärning.

Det är som tidigare nämnts ofta på detta sätt ordet sannolik användes som en beteckning för kausalitetsfrågan. Denna avgörs med uttryckssättet att TT inte hade sannolik anledning att vänta en dödande verkan. Uttrycket avser alltså inte sannolikhetsuppsåt i vanlig mening. Uppsåt till dödsfallet löstes genom den svenska varianten av "*implied intent*" i lagrummet ovan.

HovR och HD fastställde häradsrättens dom.

"AMALTEAFALLET" - NJA 1909 s 61

Tre strejkande arbetare (TT nr 1, 2, och 3) bestämde sig för att ingripa mot strejkbrytare från England. Dessa arbetare, som var förlagda på fartyget Amaltea, blev utsatta för en bomb innehållande 50 dynamitpatroner i en låda som de tre TT förde ut till fartyget. TT nr 1 placerade och tände bomben i det utrymme, där ett stort antal arbetare låg och sov klockan 2 på natten. En människa dödades och 23 skadades. I HovR dömdes TT nr 1 och 2 till dödsstraff samt TT nr 3 till livstids straffarbete bl a för mordbrand. De TT:e anförde att de endast ville skrämma bort strejkbrytarna. HD mildrade domen mot TT nr 2 till livstids straffarbete men lät domen i huvudsak ligga fast i övrigt. TT nr 1 fick av nåd slippa dödsstraffet, som förvandlades till livstids straffarbete.

Även om TT:e anförde att deras avsikt inte var att döda, berörde knappast domstolarna deras invändning. Rådhusrätten anförde endast att TT:e vetat, att människor till stort antal hade bott på båten. Detta var tillräckligt för mordbrand och för att dödsstraff kunde utdömas.

Det direkta uppsåtet till bombattentatet var uppenbart i domstolarnas ögon. Provsprängningar hade skett och dådet hade planerats noga. Fallet bildar en bakgrund till det nedan refererade "Bombfallet".¹¹⁰⁷ I "Amalteafallet" förekom förslag om att ladda bomben med skrot, vilket dock gärningspersonerna avstod från.

Någon motvilja mot indiciebevisning kan inte spåras. Men i detta fall förelåg ett erkännande till gärningen, som uppenbarligen ansågs vara ägnad att med-

¹¹⁰⁷ NJA 1924 s 32.

föra död för någon. Invändningen om bristande uppsåt till dödsfallen berördes inte.

NJA 1912 s 273

TT hade med ett obestämt skärande tillhygge tillfogat offret brottsskador på skallbenet med åtföljande blödningar i hjärnan, vilka orsakat tryckförhöjning i hjärnan. Offret avled inte omedelbart utan förblev i sitt hem någon tid utan någon läkarvård. Först ett antal dagar efter skadan kom offret under vård. Då var emellertid blodförgiftning och hjärnhinneinflammation ett faktum. Offret avled 3 dagar senare på grund av hjärnhinneinflammationen. HR dömde TT för misshandel till straffarbete 1 år och 6 månader och anförde att TT

...vore förvunnen att genom uppsåtlig misshandel medelst livsfarligt vapen hafva tillfogat offret nämnda livsfarliga skada

och att det

...icke gåfve anledning till antagande vare sig att TT föröfvat misshandeln af berådt mod eller att misshandeln skett i afsikt att tillskynda offret svårare skada;

ty och som skadan blivit dödsorsak endast i förening med efteråt i följd av dröjsmål med begagnande af botemedel tillstött hjärnhinneinflammation...

Åklagaren yrkade visserligen att misshandeln var av arten misshandel varav döden följt trots eventuella tveksamheter beträffande orsakssammanhanget, men han anförde samtidigt att TT handlat av hastigt mod och utan avsikt att dräpa i enlighet med SL kap 14 § 5. HR dömde TT med tillämpning av samma kap §§9, 11, 15 och 43. Både den straffskärpande bestämmelsen i § 15 och den straffmildrande i § 43, som jämställer brottet med det oaktsamma dödandet, användes. HR ansåg alltså att en svårare skada inte varit avsikten.

HovR anförde i huvudsak samma skäl för att döma TT för samma brott men dömde till 4 år och 6 månaders straffarbete. HovR formulerade däremot domskälen annorlunda:

Enär genom hvad i målet förekommit finge anses ådagalagdt, att TT vid ifrågakomma tillfälle genom uppsåtlig, med lifsfarligt vapen föröfvad misshandel i hastigt mod dock utan afsikt att dräpa tillfogat offret de skador, hvilka enligt ofvan omförmälda obduktionsprotokoll orsakat offrets död,

samt TT:s uppgift att han utan egen skuld blifvit retad till vrede af offret icke vunne stöd af omständigheterna i målet...

HovR undanröjde tveksamheten i HR om misshandelns karaktär, vilken be-tecknades som dels utförd med berätt mod, dels oavsiktlig beträffande kroppsskadan, genom att beteckna misshandeln som uppsåtlig och förövad i hastigt mod. HovR tillämpade enbart kap 14 §§ 5 mom 1 och 15. Brottet var alltså misshandel i hastigt mod, där döden följt och benämndes indirekt som dråp i lagtexten. Visserligen nämner inte HovR på vilket sätt TT förhöll sig till kroppsskadan, men det är inte heller nödvändigt, eftersom § 5 handlar om ett specialfall av dråp.

Skälet till straffhöjningen beror förmodligen delvis på att en invändning om provokation inte accepterats. Men i första hand har HovR tagit bort formuleringen från HR, som direkt utsade att avsikt till skadan inte var för handen. Dessutom är tveksamheten beträffande kausaliteten i häradsrättens skäl borta. Paragraf 43 åberopas inte. Den tilltalade hade enligt HovR tillfogat offret skadorna, som orsakat offrets död.

I HD förekom fyra olika yttranden och meningar. Tre justitieråd ville bl a på grund av tveksamheten beträffande kausaliteten fastställa häradsrättens dom. Två justitieråd ville fastställa HovR:s slut. K.M:s utslag avfattades i enlighet med yttrandet av justitierådet von Seth och hade följande formulering:

Jag finner i målet styrkt, att TT vid ifrågavarande tillfälle uppsåtligen men af hastigt mod misshandlat offret med lifsfarligt vapen, så att denne däraf erhållit svår kroppsskada.

Vidare får, med hänsyn till såväl beskaffenheten af det använda vapnet som den riktning mot offrets ansikte TT gifvit de slag han tilldelat offret, TT anses lika som om han vore förvunnen att hafva bestämdt åsyftat att tillfoga offret dylik skada.

Däremot utesluter hvad i målet förekommit icke den möjligheten att misshandeln blifvit dödsorsak endast i förening med dröjsmål från offrets sida att efter misshandeln söka lämplig vård.

TT dömdes till straffarbete i tre år. HD använder sig av kap 14 §§ 9, 10, 15 och 43. HD har alltså tagit ställning för att TT gjort sig skyldig till vållandet av offrets död enligt § 9 och till att ha misshandlat offret så att svår kroppsskada uppstått enligt § 10 med beaktande av straff lindringen i § 43 och straffskärpningen i § 15. HD underkände HovR:s bedömning enligt § 5. Samtidigt var inte uppsåt till effekten kroppsskada nödvändig för HovR:s bedömning. Enligt § 5 behövdes inte någon uppsåtsbedömning när det gällde uppsåt till dödsfallet. Straffvärdet motiverades genom att brottet presumerades vara ett slags dråp av lägre dignitet. Det är kausalitetsbristen som ställer HovR:s utslag i tvivel. Enligt HD medförde SL kap 14 § 43 att bestämmelserna om "pseudodråpet" i § 5 inte kunde användas i detta fall. Detta medförde att HD

egentligen på grund av § 43 borde varit tvungen att acceptera häradsrättens utslag. I stället använder HD ett klassiskt gärningsuppsåt för att begrunda ansvar för avsiktligt orsakande av svår kroppsskada, trots att det i SL fanns mer än tillräckligt av objektiverande regler. Hade kausalitet förelegat så att regeln i § 43 inte var tillämplig, skulle TT kunnat göras ansvarig för "pseudodråp" enligt §§ 4 och 5. Paragraf 43 hade annars den funktionen att balansera effekten av det objektiva överskottet enligt §§ 4 och 5. Man kunde kanske tycka att § 43 var ett onödigt stadgande, eftersom en prövning på grundval av en sk relevant eller adekvat kausalitet givit samma resultat. Men § 43 fyllde en roll som en ytterligare inskränkning av kausaliteten motsvarande ungefär kravet på dödens inträde inom "a year and a day" vid *murder* i engelsk rätt. Även förhållanden som beskrivs i § 43 måste ju enligt betingelse teorin anses som ett orsakande av annans död, om inte kretsen för vilka förlopp som anses relevanta avskars på något sätt.

Målet i HD kom därför i första hand att handla om ansvar för effekten svår kroppsskada. Dödsfallet ansågs inte vara kausalt orsakad av gärningen. Paragrafen stadgade formellt dock endast en påföljds lindring i anslutning till § 9 samma kapitel. Gärningen betecknades fortfarande som dråp.¹¹⁰⁸ HD:s och häradsrättens uttryckssätt tyder på att domstolarna använde §43 för att uppnå en begränsning av kausaliteten. HovR använde sig emellertid av den objektiverande prövningen i § 5 och det straffskärpande stadgandet om livsfarligt vapen i § 15.

Formuleringarna i HR och HD skiljer sig därför beträffande tillskrivandet av den svåra kroppsskadan. HR hävdade att den svåra skadan inte var åsyftad till skillnad från HD:s majoritet, som fann att denna skada uppsåtligt åsamkats offret. HR använde sig av § 11 och HD av § 10. Paragraf 11 stadgade, som tidigare sagts, att även om uppsåt ej förelåg till den svåra kroppsskadan och misshandeln skett med berått eller hastigt mod, skulle, om effekten svår kroppsskada förelåg, straffet vara strängare än om effekten uteblivit. Straffvärdet ökade således vid *konstaterat* aktuellt uppsåt i förhållande till ett presumerat s k objektiva överskott enligt rättsfiguren *implied intent*. Detta medförde att gränsdragningsfrågan i HD koncentrerades på om uppsåtet var aktuellt eller om det enbart var presumerat. Den tilltalades inställning till åtalet var att han inget mindes. Något uppenbart uppsåt till den svåra kroppsskadan kunde inte observeras.

HD använder sig följaktligen helt medvetet av gärningsuppsåt. Riktningen och vapnets beskaffenhet ger till följd att detta "fåranses lika" som om uppsåt varit för handen. Till skillnad från en del modernare formuleringar av

¹¹⁰⁸ SL kap 14 § 43 "...då må för dråpet, ej till högre straff dömas än efter ty i 9 § sägs."

gärningsuppsåt, som nedan visas i NJA 1977 s 630, NJA 1985 s 757 samt NJA 1996 s 507, likställs explicit *uppsåtet*, inte en viss insikt eller viss vilja, med ett "aktuellt" och bestämt uppsåt. I modern tingsrättspraxis finns också många sådana exempel, där mellanledet, som t ex praktisk visshet eller insikt, utelämnats.¹¹⁰⁹

Ingressen till NJA 1912 s 273 var följande:

I mål om ansvar för misshandel, som medfört svår kroppsskada, uppkommer fråga huruvida 10 § i 14 kap. strafflagen är att tillämpa, oaktat den tilltalade icke är förvunnen att hafva bestämdt åsyftat tillfogande af dylik kroppsskada (*dolus eventualis*).

Inget finns i fallet av formuleringar som påminner om *dolus eventualis*, som vi i dag känner uppsåtsformen. Uppsåtsformuleringen ansluter sig till vad Jareborg kallar *dolus von Seth*, uppkallat efter referenten i målet, och vad som i övrigt kännetecknar gärningsuppsåt. Här används begreppet *dolus eventualis* som en samlingsbeteckning för icke uppenbart "gränsuppsåt".

"BOMBFALLET" - NJA 1924 s 32

Två TT, varav den ene, TT nr 1, var 16 år, dömdes för mordförsök i anledning av att de i samråd i juni 1923 kastat en hemmagjord bomb mot tre vakter. Bomben var tillverkad av en dynamitladdning i en literflaska. Spik och skrot återfanns på krevadplatsen och sattes i samband med bomben. Det rådde en arbetskonflikt mellan dels Ångermannaaälvens flottningsförening i Saxälven och dels den syndikalistiska "arbetarsammanslutningen" på orten. Denna organisation hade förklarat flottningsföreningen i blockad. Enligt avtal mellan medlemmarna i organisationen skulle blockaden genomföras med största möjliga effektivitet. Ungefär en vecka innan bombkastet skedde, hade den ene av de kastande, TT nr 1, tillsammans med en annan medlem i den syndikalistiska organisationen, sågat av flottningsbomben. Vakternas uppgift var att skydda flottningsbomben mot åverkan. Under natten såg vakterna de tilltalade, som vid tillfället var svärtade i ansiktet, närma sig dem och att TT nr 1 hade ett föremål i handen. Vakterna sköt ett hagelskott mot de annalkande på ett avstånd av 20 till 30 meter. TT nr 2 vände då genast och sprang från platsen. TT nr 1 tog emellertid ytterligare några steg mot vakterna och kastade bomben, som exploderade i nedslaget cirka 20 meter från vakterna. En 50 cm djup krevadgrop visade nedslagsplatsen. Stubinen till bomben hade tänts innan hagelskottet avfyrades. Bomben orsakade ingen skada. De TT:s rättegångsbiträde - G. Branting - förklarade att de TT troligen endast avsett att skrämma vakterna. HR fällde TT nr 2 för mordförsök men lämnade saken

¹¹⁰⁹ Se avsnitt 5.5.2.1.1 under "Klassen 'GU'".

beträffande åtalet mot TT nr 1 för samma brott "till framtiden, då den kunde uppenbar varda", enligt RB 17 kap § 32. HovR fällde båda för mordförsök med följande uppsåtsmotivering:

...ty och som med avseende såväl å de av omförmälda arbetskonflikt föranledda stridigheter mellan vaktmanskapet, å ena, samt TT nr 2 och nr 1 m. fl. såsom medlemmar av ortens syndikalistiska arbetarsammanslutning, å andra sidan, som även å ett flertal andra i målet upplysta förhållanden måste såsom visst antagas, att TT nr 2 och TT nr 1 vid sina skildrade förehavanden handlat i uppsåt att tillfoga offret 1, 2 och 3 sådan skada, varav livets förlust kunnat bli en följd.

HD ändrade inte HovR:s utslag. Majoriteten i HD innefattade bl a justitierådet von Seth.¹¹¹⁰ TT nr 1 dömdes till straffarbete 1 år och 6 månader, ett straff som dock förvandlades till uppfostringsanstalt. HD:s motivering innehåller inga uppgifter om riktning och vapenslag, som var fallet i NJA 1912 s 273. Den tilltalades politiska inställning och tidigare åverkan på flottningsbommen hade bevisvärde enligt domsmotiveringen. Bombfallet behöver emellertid inte betraktas som en tillämpning av dolus ex re i mer klassisk mening. Häradsrättens slut är troget traditionerna från den legala bevisprövningen. Ännu tydligare är detta i häradsrättens skiljaktige ordförandes anförande.

Ehuru synnerligen besvärande omständigheter och liknelser mot TT nr 2 och nr 1 förekommit därom att de i uppsåt att döda å i målet angiven tid och plats kastat....; likväl och som full laga bevisning icke kan anses hava blivit i målet förebragt, finner jag, med ogillande av åkl:s i denna del förda talan skäligt förklara TT nr 2 och 1 icke mot sitt enständiga nekande kunna åt saken fällas.

Förmodligen var motviljan mot indiciebevisningen såsom icke fullt laga bevis utslagsgivande. Det handlade inte så mycket om att klagöra under vilka omständigheter uppsåtsbevisningen fick utgöras av presumptioner utan om att indiciebevisning inte fick användas utom i klara fall av dolus ex regärningsuppsåt. Detta fall har framförlallt tre olikheter i förhållande till andra fall med rättsfiguren dolus ex re. Dels var det inte fråga om ett typiskt effektbrott, dels var vapnet visserligen livsfarligt men atypiskt och dels finns ett klart synligt motiv för gärningen. I HovR:s motiveringar återfinns inte heller

¹¹¹⁰ Jr Alexanderson, som begåvats med en egen uppsåtsform, hade en avvikande mening, i vilken han inte ansåg uppsåtet styrkt, eftersom möjligheten inte kunde uteslutas att TT nr 1 endast ville kasta ifrån sig bomben för att skydda sig själv, eftersom stubinen redan brann. Alexanderson ville alltså på en grund, som inte varit en invändning av TT, skapa en egen hypotes för ett sannolikt motiv för gärningen att kasta bomben. Diesens tes om ett genombrott för bevisprövningsmodellen "alternativa hypoteser" i svensk bevisrätt finner alltså sin motsvarighet redan i äldre praxis. Se Diesen s 120ff.

formuleringen av gärningsuppsåt, som förekommer i NJA 1912 s 273: "...får anses lika som om han...bestämdt åsyftat". HovR:s formulering löd istället: "måste såsom visst antagas" att TT nr 2 och nr 1 ...handlat i uppsåt.. Lokutionen "måste antagas ha insett" används inte heller. Domstolen fastslår att förhållandena är "fullt bevis" för uppsåtet. Detta förfarande pekar i viss mån i riktning mot en markering i riktning mot ett uppenbart och direkt uppsåt i kraft av det politiska motivet för gärningen. Endast lokutionen "måste antagas" är inte tillräcklig för att anta att gärningsuppsåt tillämpats. Bombvapnet förknippades dessutom gärna med den politiska hemhörigheten för de TT:e. Fallet kan därför i första hand ses som en illustration av hur ansvarsbedömningen förhåller sig till politiska handlingsskäl.

NJA 1942 s 358

TT högg offret med en morakniv i buken, så att livsfarliga stickskador uppkom. Åklagaren yrkade ansvar för att TT "...med berätt mod handlat i avsikt att tillskynda offret " svår kroppsskada. Den tilltalade " erkände oförbehållsamt. Den tilltalade och offret var vänner, som vid tillfället drack sprit i TT:s bostad. Offret råkade kalla TT:s syster för en "tattarunge". Den tilltalade högg till offret men ångrade sig och tillkallade själv ambulans samt följde med till sjukhuset. Rådhusrätten menade att TT kunde "...icke anses hava haft uppsåt" att tillfoga offret skadorna. HovR anförde däremot:

Enär i målet är utrett, att TT vid ifrågavarande tillfälle uppsåtligen av hastigt mod misshandlat offret med livsfarligt vapen så att denne därav erhållit svår kroppsskada,

samt, med hänsyn till den riktning TT givit det hugg han tilldelat offret, TT måste antagas hava insett, att sådan skada kunde bliva följd av misshandeln...

HD fann ej skäl att göra ändring i HovR:s domslut. Nästan samma ordalydelse användes som i NJA 1912 s 273. Det kan noteras att von Seth sedan länge inte var ledamot av domstolen. Typiska omständigheter som dessa båda rättsfall (samt NJA 1977 s 630 och fallet *Moloney* i engelsk rätt) delar, är att handlingsskälerna för gärningen inte är i proportion med gärningens förlopp och resultat. Gärningen ger ett intryck av "meningslöst våld". Den tilltalade och offret var vänner omedelbart före gärningen. Dessutom var våldet oproportionerligt stort i förhållande till bemärkningen. Även ångern efter gärningen pekar i samma riktning. Vapnet och våldet - riktningen på sticket eller slaget mot en vital kroppsdel och kraften i våldet - är typiska inslag.¹¹¹¹

¹¹¹¹ Se BRÅ 1990, s 31. Fallen kan jämföras med situationen år 1990, då knivdåd utgjorde majoriteten av alla mord och dråp.

TT nr 1 och nr 2 - son och fader- slog omkring sig med en spade och en yxa, då de skulle omhändertas såsom sinnessjuka i samband med att de stängt av en väg. Då TT nr 2 greps av polismännen, rusade TT nr 1 fram och riktade ett hugg med spaden mot en polisman. Endast genom att bli varnad och därför hinna kasta sig undan undgick polismannen svåra skador. TT nr 1 erkände försök till grov misshandel. HR yttrade:

Utredningen om förhållandena vid tillfället, däribland TT nr 1:s egna uppgifter, samt resultatet av i målet företagen undersökning av TT nr 1:s sinnesbeskaffenhet tala för, att TT nr 1 vid tillfället handlat utan besinning eller eftertanke. TT nr 1 har sålunda avsett att till varje pris befria sin fader från (polismannen); enligt hans egen uppgift har det därför i angreppets stund framstått som ovidkommande, vilka följder hans handlande kunde få för (polismannen) Det är ej visat, att TT nr 1 avsett att tillfoga (polismannen) svår kroppsskada vid tillfället. Med hänsyn till den riktning TT givit spadhugget, måste han emellertid antagas ha insett, att svår kroppsskada kunde bli en följd av den tillämnade misshandeln.

TT förklarades saker till försök till misshandel men frikändes enligt SL kap 5 § 5. Formuleringen att riktningen på hugget medförde att han antogs ha insett risken för den svåra kroppsskadan överensstämmer med prejudikaten angående gärningsuppsåt ovan. I detta fall var det inte fråga om ett bestämt, uppenbart direkt uppsåt. Detta används som ett gränssättande uppsåtsslag. I litteraturen sägs ibland att gärningsuppsåt endast är en bevisformulering, som syftar på direkt uppsåt eller åtminstone indirekt uppsåt.¹¹¹² I detta fall är skillnaden mellan direkt bestämt uppsåt och gärningsuppsåt som gränsuppsåt explicit uttryckt. Det irrationella handlings sättet och de bristande proportionerna mellan handlings skäl och gärning är även representerade. TT nr 1 erkände att eventuella skador i handlingsögonblicket framstått som ovidkommande. Om inte yttrandet förekommit skulle förmodligen inte heller TT nr 1 ha tillräknats ansvar innan bedömningen gjordes av gärningspersonen enligt SL kap 5 § 5.

Man kan fråga sig, varför domstolarna inte använde sig av formuleringar som motsvarade det eventuella uppsåtet. I detta fall kunde t o m ett faktiskt eventuellt uppsåt använts. Den tilltalade påstod själv att han i gärningsögonblicket

¹¹¹² Jfr Straffansvar, s 70 och Jareborg, Ansvarslära, s 198 samt Volk, Dolus ex re s 618. Även om Jareborg år 1969 klassificerar gärningsuppsåt som dolus von Seth och medveten culpa, verkar det som om han på senare tid mer ser förhållandet som ett bevisproblem.

inte brydde sig om eventuella skador.¹¹¹³ I stället används *dolus ex re*-formuleringen efter mallen i de förra två nämnda prejudikaten. Detta tyder på en dominerande ställning för *dolus ex re* och en underordnad ställning för ett eventuellt uppsåt enligt Franks modell. Jareborg hävdar också att hypotetiskt eventuellt uppsåt inte trängde igenom förrän vid mitten av femtiotalet.¹¹¹⁴

HovR fastställde häradsrättens dom avseende uppsåtsfrågan och inget prövningstillstånd erhöles.

NJA 1958 C 645

TT hade, efter att ha brutit sig in i sin hemskilda hustrus lägenhet, tillfogat henne 10 stickskador, varvid bl a kroppspulsådern skadades. Hustrun dog av skadorna. Den tilltalade var alkoholiserad och onykter vid tillfället. Han förnekade att dådet varit planerat och uppgav att avsikten var att begå självmord. Rådhusrätten ansåg att TT tillfogat hustrun stickskadorna samt anförde som uppsåtsmotivering:

Med hänsyn till beskaffenheten av skadorna måste TT ha insett att gärningen var ägnad att leda till offrets död.

Formuleringen har samma innehåll som i prejudikaten ovan, där gärningsuppsåt använts. Någon aktuell insikt eller vilja konstateras inte. Den tilltalade dömdes för mord. Även uttalanden från TT fick betydelse då han i brev talat om att och hur han tänkte döda hustrun. HovR ändrade inte domen och HD beviljade inte prövningstillstånd.

NJA 1959 B 27

TT dömdes för misshandel med kniv. Fallet företer alla typiska drag från fallen ovan. HovR anförde:

I betraktande av vapnets beskaffenhet, knivhuggets riktning och den kraft varmed hugget utdelats måste det hållas för visst såväl att TT insett möjligheten av att knivhugget kunnat medföra döden som att visshet därom icke i det tillstånd TT befann sig, skulle ha avhållit honom från att utdela hugget.

HovR använde sig av en kombination av gärningsuppsåt enligt förebilden från 1912 och 1942 och *dolus eventualis*.

¹¹¹³ Se Jareborg, 1969 s 55. Jareborg anser att fallet mycket väl kan tolkas som en tillämpning av faktiskt eventuellt uppsåt. Detta är möjligen tänkbart om man bortser från de tidigare och senare prejudikaten när det gäller gärningsuppsåt.

¹¹¹⁴ Jareborg, 1969 s 45f.

Två elever i en stulen bil på flykt från en ungdomsvårdsskola ertappades av en polisman, som försökte stoppa bilen. Trots stopptecken ökades farten och bilen kördes rakt mot polismannen. Han kunde hoppa undan och skadades därför inte allvarligt. Fallet är det fall som i doktrinen allmänt anses ha bekräftat ställningen för hypotetisk dolus eventualis i förhållande till sannolikhetsuppsåtet. Dråpförsöket, som åtalet gällde, ogillades med användande av en ren formulering av hypotetiskt eventuellt uppsåt. Det är att märka att brottet aldrig fullbordades och att skadorna blev relativt ringa för den påkörde polismannen. Fallet *Smith* från 1961 i engelsk rätt gällde ett flyktförsök utfört av en gärningsperson, som ertappades med stöldgods i en bil.¹¹¹⁵ I detta fall dog polismannen. Den tilltalade fälldes för *murder*. I NJA 1959 s 63 finns ett yttrande från riksåklagaren, där han försökte arbeta för att sannolikhetsuppsåtet skulle användas istället för det hypotetiska eventuella uppsåtet vid gränsdragningen. Så mycket är alltså klart att sannolikhetsuppsåtet avvisades och att det eventuella uppsåtet segrade när det gäller *försöksuppsåt, i varje fall* vid frikännanden. Men egentligen inte så mycket mer. Enligt min mening har fallets betydelse som en bekräftelse på dolus eventualis' exklusiva roll när det gäller bestämning av uppsåtsgränsen överdrivits.¹¹¹⁶

NJA 1960 C 17

TT gav sin fästmö, offret, ett slag i ansiktet. Slaget åstadkom ett brott på käkbenet. Den tilltalade hade misshandlat offret även vid tidigare tillfällen. Den tilltalade försvarade sig med att uppsåt inte förelåg till skadan. Rådhusrätten ansåg att uppsåt till skadan förelåg och anförde:

.... det framstår (icke; SC) som en tillfällighet att TT - som enligt vad utredningen giver vid handen även vid flera andra tillfällen tilldelat offret örfilar eller lättare slag - övat misshandel mot offret. På grund härav och då TT med hänsyn till kraften i slaget och till offrets konstitution måste ha insett att slaget kunde få det inträffade resultatet...

HovR ändrade inte domen och prövningstillstånd beviljades inte. Uppsåtsinvändningen möttes alltså med den återkommande formuleringen "måste ha insett" på grund av kraften i slaget och övriga omständigheter. Den ursprungliga formuleringen från 1912 "anses lika som om han vore förvunnen att hafva bestämdt åsyftat" är ersatt med en mer utslätad formulering men har samma innehåll. Dolus eventualis nämns inte. Dolus eventualis skulle inte

¹¹¹⁵ Se avsnitt 2.3.2.2.2 under "Homicide".

¹¹¹⁶ Jfr Straffansvar, s 71 och Jareborg, Ansvarslära s 208.

entydigt givit en fällande dom. Den tilltalade skulle förmodligen inte ha slagit på det sättet om han insett skadan.

Dolus eventualis hade inte lett till en fällande dom. Vid "meningslöst" våld eller oförklarliga motiv, som när det exempelvis handlar om affekthandlingar mot vänner, leder i många fall användningen av dolus eventualis till frikännanden, eftersom detta uppsåtsslag är inriktat mot karaktärsbevisning och inte primärt mot en bedömning av den episodiska gärningen. Domstolarna verkar vid denna tid, liksom i äldre tysk rätt, ha arbetat parallellt med dolus eventualis och gärningsuppsåt vid bestämningar av uppsåtsgränsen.

KONKLUSION - ROLLEN FÖR DOLUS EVENTUALIS VID GRÄNSDRAGNINGEN HAR ÖVERDRIVITS

Sammantaget är det klart att gärningsuppsåt är starkt representerat, men inom ett väl avgränsat sammanhang, under tiden fram till 1942. Ungefär då menar Jareborg att dolus eventualis började tränga igenom på allvar. Även detta kan ifrågasättas beträffande grova våldsbrott, åtminstone i andra fall än vid ogillade åtal och vid försök. Sannolikhetsuppsåtet tycks inte heller spelat någon större roll, i motsats till vad Stjernberg och Strahl antyder.¹¹⁷ Gärningsuppsåt verkar istället ha varit det främsta instrumentet. Detta intryck förstärks av senare praxis. Dominansen för dolus eventualis, den doktrinära thyrénska lösningen, har antagligen överdrivits betydligt.

2.3.5.3 HÖGSTA DOMSTOLENS PRAXIS EFTER BROTTSBALKENS IKRAFTTRÄDANDE

2.3.5.3.1 INLEDNING

Inledningsvis kan kommentarerna från doktrinen till gränsdragningen även beröra förhållandena före år 1965.

I förhållande till Jareborgs indelning från 1969 av avvikande formuleringar i praxis har avvikelserna efter brottsbalkens ikraftträdande utvecklats till andra mönster både i tingsrätts- och överrättspraxis.¹¹⁸ Tre huvudgrupper kan urskiljas: gärningsuppsåt, likgiltighetsuppsåt samt dolus eventualis. Blandformer mellan dessa förekommer också rikligt. Debatten i doktrinen och framförallt från riksåklagarens sida har emellertid i hög grad rört sig om huruvida man skall dra gränsen med hjälp av sannolikhetsuppsåt istället för dolus eventualis, som allmänt antas användas för att bilda gräns mot culpa.

¹¹⁷ Jareborg, 1969 s 49. Jareborg kritiserar Stjernbergs och Bergendahls föreställning om att praxis använt sig av sannolikhetsuppsåt.

¹¹⁸ Se avsnitt 2.3.5.5 samt 5.6.2.3.

Utöver dessa avvikelser har som jämförelse ett fall av "uppenbart" uppsåt och ett fall av grov vårdslöshet i trafik medtagits.

2.3.5.3.2 DOLUS EVENTUALIS

NJA 1968 s 500

TT bodde på en gata, där raggare ofta höll till och förde oväsen samt trakasserade de boende på olika sätt. Han hade genom skrivelser till myndigheter försökt att få stopp på detta. Den tilltalade var tävlingsskytt samt innehade en pistol. Han var något pedantisk, och kompromisslös till sin karaktär. Vid det aktuella fallet hade han druckit både sprit och öl och blev mycket irriterad, då polisen inte kom till platsen efter hans påringning. Med pistolen i fickan gick han ut på gatan för att skriva upp raggarbilarnas registreringsnummer. Han kom i diskussion med en av raggarna, offret nr 1, och vände sig därefter för att gå in. Därvid ropade en annan, offret nr 2, ett okvädingsord, varpå TT vände sig om och gjorde en mantelrörelse och avfyrade på ungefär en meters avstånd ett skott mot buken på offret nr 1. Kort därefter sköt han ett skott till mot buken på offret nr 2. Båda skotten träffade och medförde svår kroppsskada utan att döda. HR och några dissidenter i HovR ville fälla för dråpförsök med användande av dolus eventualis.

I HD fälldes TT för grov misshandel men frikändes från dråpförsök med följande uppsåtsmotivering:

Då TT från nära håll avlossade skotten mot offret nr 1 och offret nr 2, måste han ha menat att träffa dem. Skotten träffade så, att de lätt kunnat leda till döden. Det kan dock icke anses visat, att TT avsett att döda. Ej heller är omständigheterna sådana att det med visshet kan antagas att TT, om han föreställt sig skotten som ofrånkomligen dödande, icke skulle ha avhållit sig från att skjuta eller riktat vapnet annorlunda.

Skotten kunde enligt HD "lätt" leda till döden. Detta implicerar att dödsfall varit sannolika följder av gärningen. Kravet för ett sannolikhetsuppsåt är att även TT insett denna sannolikhet. Domstolen avvisade ett direkt uppsåt och fann TT inte ansvarig för dråpförsöket med hjälp av en ren formulering av dolus eventualis. Därmed är avgörandet helt i linje med NJA 1959 s 63, som också gällde *försöksansvar och ogillat åtal*.

Ett vanligt gärningsuppsåtsliknande resonemang användes beträffande uppsåtet till kroppsskadan. I detta fall återfinns mallen från de tidigare anförda rättsfallen genom anförandet om det nära avståndet och träffsättet samt vapnets slag och de upprepade skotten, vilket berättigade slutsatsen att TT

”måste” ha avsett att han med skottet skulle skada. Det för gärningsuppsåt typiskt ”meningslösa” motivet och affekttillståndet finns också.

NJA 1975 s 230

TT började strypa offret - en kvinna som han ibland tillbringade tid med - med ett hundkoppel, under det att han yttrade att det var bäst att han dödade henne. Han avbröt emellertid strypringen, innan TT avled. Enligt socialstyrelsens yttrande i HD, förlorade offret medvetandet och svävade mellan liv och död. Slumpen ansågs ha varit avgörande för utgången.

TT bestred ansvar för försök till mord och erkände misshandel samt anförde att hans

...avsikt ej varit att döda henne utan endast att skrämma henne.

TR anförde:

Med hänsyn härtill, (att sammansnörningen var livshotande SC) till(sic) att TT strax innan han lade koppel om offrets hals upprepade gånger hade slagit henne och till att TT tidigare visat prov på aggressivitet under alkoholpåverkan finner TR:n det kunna tagas för visst, att TT då han drog till koppel om offrets hals, hade för avsikt att beröva henne livet.

Motiveringen verkar syfta på ett direkt uppsåt. HovR fastställde TR:s dom. RÅ yttrade i sitt genmäle bl a följande:

Det är självfallet omöjligt att föra någon bevisning om vad som utspelat sig i TT:s psyke. Inte ens han själv torde vara kapabel att lämna någon sann upplysning om sitt uppsåt, eftersom han uppenbarligen varit kraftigt insufficient på grund av stark affekt i förening med alkoholpåverkan. Inte någon av dessa omständigheter är emellertid ägnad att befria honom från ansvar för brottsligt uppsåt i den mening som avses i 1 kap 2 § BrB. I detta läge är man hänvisad till att söka andra omständigheter som kan belysa TT:s viljeinriktning i gärningsögonblicket. Vad som då främst kommer i blickpunkten är den ovan anförda bakgrunden i parternas förhållande, vilken föranleder till konstaterande att TT tydligen haft ett i dylika sammanhang inte ovanligt motiv att förgripa sig på offret, nämligen svartsjuka i förening med rädsla att bli övergiven. Detta motiv har p g a TT:s insufficienta tillstånd lämnats fritt spelrum. Detta visas av att TT efter den inledande misshandeln inte kommer till besinning utan i stället verbalt uttrycker en vilja att döda och låter detta följas av en handling som i sig inrymmer samma vilja.

På grund av dessa omständigheter kunde det enligt RÅ hållas för visst att TT avsett att döda offret. RÅ menade att det hypotetiska eventuella uppsåtet baserades på samma omständigheter som i ett avsiktligt dödande.

Det förefaller som om båda uppsåtsbegreppen faller tillbaka på samma överväganden.

RÅ ansåg därmed att båda uppsåtsformerna var uppfyllda. Han konstaterade dels (1) att kunskap om TT:s psyke är "självfallet" privilegierad, att (2) viss psykisk insufficiens förekommit på grund av att (3) alkoholpåverkan fanns samt att (4) handlingen utfördes under affekt. RÅ ansåg att ledning skulle sökas i gärningspersonens motiv svartsjuka och separationsångest för att kunna belysa viljeinriktningen. "Självfallenheten" beträffande de "inre fakta", som viljeinriktningen antas utgöra, återkommer ofta i argumenteringen i praxis, förarbeten och doktrinen. Orsaken till detta förhållande bör vara att domstolen, trots denna "självklarhet", enligt den gängse uppsåtsläran måste besluta i den "omöjliga" frågan. Osökt påminner detta om HD:s yttrande inför SL:s införande. Eftersom koncentrationen hos RÅ ligger på gärningspersonens "inre fakta" och inte på gärningens mening, ligger det nära tillhands för RÅ att till sist söka ledning för uppsåtsbedömningen i TT:s karaktär och livsföring.

HD ansåg att uppsåt till att döda inte förelåg, bl a genom ett dolus eventualis-resonemang. Den tilltalade dömdes för grov misshandel med följande motivering:

Att han avbrutit avsnörningen, fastän han varit oförhindrad att fortsätta den, talar bl. a. i viss mån för att sådant uppsåt aldrig förelegat. Det kan alltså inte hållas för visst, att TT haft för avsikt att beröva offret livet. Grund saknas även för antagande att TT skulle ha handlat som han gjort, om han föreställt sig att åtdragningen av kopplet måste orsaka offrets död.

Frågan gällde alltså delvis vilket bevisvärde det faktum att TT inte fortsatte strypandet hade för uppsåtet. I detta fall förelåg inte ett frivilligt tillbakaträdande utan det rörde sig om ett sk fulländat försök i och med att inget återstod att göra för att döden skulle inträda. Enligt expertisen från socialstyrelsen hade offret i sin medvetslöshet orsakad av den långa tid den kraftiga strypningen varat svävat mellan liv och död. Endast slumpen avgjorde att hon inte avled. Ansvarsfrihet för tillbakaträdande kunde därför inte uppnås genom den särskilda regeln i BrB kap 23 § 3. Den tilltalade anförde inte heller tillbakaträdande som sitt försvar, utan koncentrerade sitt detta på bristande uppsåt.

Här har emellertid TT:s avstående från ytterligare dödandeförsök tillmätts ett bevisvärde vid uppsåtsbevisningen. HD verkar ha belönat TT för att denne inte fullföljde dödandet med ytterligare försök. HD har därmed knäsat en rättsregel som ger ansvarsfrihet åt ett slags utvidgat "tillbakaträdande", som även gäller vid fulländat försök. "Tillbakaträdandet" skulle bestå i att inte göra det yttersta för att effekten skall uppnås. Även om detta av HD kallas en del av uppsåtsbevisningen, blir resultatet det samma, som om man skulle använt sig av en vanlig materiell rättsregel. I alla andra liknande fall måste nämligen även en liknande uppsåtsbevisning antas tala till TT:s förmån. Det problematiska i HD:s uppsåtsbedömning är uppenbart. Roten till HD:s motsägelsefulla försökslära och uppsåtsprövning ligger dels i koncentrationen på det "omöjliga inre" bevisemat, och därmed på TT:s karaktär samt vad TT "egentligen" tänkte på, dels i förbiseendet av den växelverkan som råder mellan processuella och materiella regler.

Fallet är ett exempel på användandet av *dolus eventualis samt*, som i de förra fallen, ett exempel på försök och frikännande dom.

NJA 1975 C 10

Två civilklädda polismän försökte övermanna TT, som bar en pistol i byxlinningen. Den tilltalade avlossade två skott, enligt TT för att skrämma polismännen. En av polismännen träffades i armen. TR och HovR använde båda ett *dolus eventualis* resonemang för att fälla.

TT anförde bl a följande i sin resningsansökan:

Med den juridiska motivering som avgavs i domskälen, borde tio procent av Sveriges befolkning sitta i fängelse, då det kan *antas* att NN skulle komma att döda en eventuell angripare. Döm mig för vad jag har gjort - det är okej - men låt mig för guds skull slippa sitta i fängelse för vad domstolen *tror* att jag *skulle kunna* göra".

TT var en mycket känd tidigare morddömd person. Uppsåtet ansågs uppenbart. Wennberg kommenterar detta och föregående fall på följande sätt:

I detta fall får man känslan av att domstolarna bestämt sig för att fälla den fräcke gärningsmannen som varit så svår att gripa....

För att styrka eventuellt uppsåt i förhållande till den uteblivna effekten fordras *antingen* att gärningsmannen hållit fast struptaget så länge att han insett att effekten, döden, varit möjlig (jfr NJA 1975 s 230 ovan) *eller* att han kan överbevisas om att ha haft för avsikt att hålla fast struptaget under motsvarande tid. Av denna anledning utdömes i praxis försöksansvar främst när gärningsmannen kan överbevisas om att ha haft direkt uppsåt att åstadkomma effekten, alternativt när

han fulländat försöket eller i varje fall avbrutits på ett relativt sent stadium. ...

I de fall man inte kan styrka direkt uppsåt att åstadkomma effekten ogillas ej sällan försöksåtalet, eftersom det är svårt att styrka eventuellt uppsåt

Fallet var speciellt genom att den "fräcke" gärningspersonen genom sin karaktär och livsföring bestod med de gängse beståndsdelarna i en klassisk dolus eventualismotivering. Wennberg, och förmodligen också Straffansvarsutredningen, är övertygade om att försöksuppsåt i praxis ogärna konstateras med hjälp av dolus eventualis.¹¹¹⁹ I praxis är den samlade bilden den motsatta.¹¹²⁰ Här uttalar sig HD, dock som ett obiter dictum angående något som närmast ses ett notoriskt faktum, för Wennbergs och utredningens mening.

NJA 1978 s 244

TT åtalades för grov misshandel i anledning av att han slagit ner och sparkat sin fästmö upprepade gånger i buken, så att mjälten skadades och måste opereras bort för att livet skulle räddas. Den tilltalade, som var berusad vid tillfället, sade sig inte minnas att han sparkat henne. TR:s motivering för att inte fälla till ansvar för grov misshandel utan endast misshandel och vållande till kroppsskada var följande:

TR finner (...) utrett, att TT begått den gärning åklagaren påstått. Att TT:s uppsåt omfattat även den inträffade mjältskadan kan ej anses styrkt i målet. Det har dock förelegat en risk för att en sådan skada kunnat inträffa. TT har därför genom oaktsamhet orsakat den livsfarliga mjältskadan.

TR avvisade ansvaret för grov misshandel för att uppsåtet inte omfattat skadan, trots att risken var beaktansvärd. Någon närmare motivering för detta gavs inte, vilket ofta är fallet där liknande åtal ogillas. Rätten tog inte upp frågan om dolus eventualis. HovR kom till ett annat slut med ett konstaterande av att gärningen och omständigheterna skulle tolkas som uppsåtliga. Inte heller här användes dolus eventualis utan en motivering som kan tyda på att HovR inte ansett fallet vara ett gränsfall utan uppsåtet varit uppenbart. Rätten tycks ha haft ett direkt uppsåt i tankarna, eftersom den betonade TT:s sinnesstämning i så hög grad. HovR anförde:

¹¹¹⁹ Se avsnitt 3.5.4.1.

¹¹²⁰ Se avsnitt 5.4..

Av offrets uppgifter rörande TT:s sinnesstämning vid tillfället och tidigare även som av TT:s beteende framför allt vid sparkarna finner HovR:n framgå att samtliga offrets skador omfattats av TT:s uppsåt.

Möjligen kan ett visst stöd för en gärningsuppsåtlig formulering spåras. I varje fall används inte *dolus eventualis* för att fälla TT. HD friade emellertid TT från ansvaret för uppsåtet för skadan i mjälten med en klassisk *dolus eventualis*-motivering:

Att kraftiga sparkar mot buken - även om den som sparkar inte har skor på fötterna - medför risk för inre skador, måste ha stått klart för TT....

Med hänsyn till vad nu anförts kan det inte hållas för visst, att TT skulle ha utdelat sparkarna även om han varit säker på att de skulle få till följd en allvarlig inre skada. Det kan därför, som TR:n funnit, inte anses styrkt, att mjältskadan med därav följande livsfara omfattats av TT:s uppsåt.

HD kommer alltså till samma slut som TR men ogillar åtalet med en klassisk *dolus eventualis*formulering.

NJA 1980 s 514

Fallet aktualiserade åter frågan om gränsdragningen mot culpa skulle ske med eventuellt uppsåt eller sannolikhetsuppsåt. RÅ pläderade ännu en gång för att sannolikhetsuppsåt skulle användas i stället för eventuellt uppsåt.

Offret, en posttjänsteman, knivskars på ett livshotande sätt med ett knivstick i buken inne på ett postkontor av TT, som hade en "särpräglad" personlighet och led av tvångsföreställningar. Han hade tidigare missbrukat narkotika. Offret försökte avvisa TT och TT uppgav som handlingsskäl att han blev rädd för att bli slängd utför en trappa av offret. Den tilltalade dömdes för dråpförsök i TR och HovR. TR använde sig av ett rent gärningsuppsåt efter förebilden i de ovan relaterade fallen och främst i NJA 1977 s 630, som refereras nedan. Domstolen ansåg på grund av vapnets karaktär, kraften i hugget och placeringen mot vitala kroppsdelar att det måste ha framstått för den TT som praktiskt taget oundvikligt att offret skulle avlida av hugget. HovR använde däremot något som kan betecknas som defekt *dolus eventualis* eller en kombination av sannolikhetsuppsåt och likgiltighetsuppsåt.

HD ogillade åtalet för dråpförsök och dömde TT för grov misshandel. Uppsåtsmotiveringen var en klassisk *dolus eventualis*formulering.

Fallet bekräftar användningen av *dolus eventualis* i praxis både vid försök och för att motivera att gärningen *inte* var uppsåtlig.

KONKLUSION - DOLUS EVENTUALIS ANVÄNDS VID OGILLADE ÅTAL OCH FÖRSÖK

Sammanfattningsvis verkar det som om Leijonhufvud och Wennberg har rätt i att dolus eventualis i stor utsträckning inte spelat någon större roll vid *fällande* domar vid *fullbordade* grova våldsbrott i svensk praxis.¹¹²¹ Man använder där-
emot dolus eventualis för att motivera uppsåt vid speciella uppsåtskrav vid
gränsen mot culpa, som t ex försöksansvar. Genomgående brukas eventuellt
uppsåt också för att konstatera *enbart* oaktsamhet då uppsåtskravet inte upp-
fyllts. Praxis har i huvudsak varit konsekvent från introduktionen av
instrumentet till i dag. Som nedan skall visas förändras detta mönster något
då eventuellt uppsåt förekommer i kombinationer med andra "modernare"
uppsåtsslag såsom t ex likgiltighetsuppsåt.

2.3.5.3.3 GÄRNINGSUPPSÅT, LIKGILTIGHETSUPPSÅT SAMT BLANDFORMER AV DESSA

ALLMÄNT

Jareborg har skrivit följande i sin genomgång av praxis om "dolus von Seth",
fenomenet som i stort sett motsvarar rättsfiguren dolus ex re-gärningsuppsåt:

Ett sätt att förklara dolus von Seth är att förklara bort företeelsen, så-
som beroende av okunnighet, slarv, felskrivningar eller en avsikt att
inte binda sig vid dolus eventualis för framtiden. Presumtionen att
man skall ta på allvar vad domstolarna skriver är emellertid så stark,
att dessa förklaringar är föga plausibla. Utifrån antagandet, att från-
varon av explicita dolus eventualis - och "connivance"- formuleringar
har sakligt underlag, synes blott två alternativ vara att beakta. Det
ena är att uppsåtsbegreppet i vissa fall har utvidgats till att innesluta
culpa. Någoting dylikt är ju dogmatiskt sett inte så litet betänkligt,
men man kan väl inte utesluta att ibland ett behov av en utvidgning
gör sig påmint. I realiteten kanske medveten culpa bestraffas som
dolus i mycket stor utsträckning till följd av tvetydigheten hos de
omständigheter domstolarna har att använda som bevisfakta. Det kan
för övrigt erinras om att i anglo-amerikansk rätt "recklessness", dvs
medveten culpa, i regel likställs med "intention".

Det andra alternativet är att gärningsmannen har befunnits vara så
likgiltig för handlingens följder eller de omständigheter under vilka
den företogs, att han ansetts värd att betraktas som ansvarig i dolus,
utan att man behöver tillgripa något tekniskt konstgrepp för att testa

¹¹²¹ Straffansvar, s 71.

likgiltigheten. En stor del av den kriminalpolitiska motiveringen till dolus eventualisH-provet ligger just i att det vid positivt utfall ger uttryck för en hänsynslös likgiltighet hos gärningsmannen. Det är därför tänkbart att man gör likgiltigheten i och för sig till ett rättsfaktum och i enlighet med Engisch ser det hypotetiska provet som ett brukbart "Erkenntnismittel", men ej som något oundgängligt. (Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit 197-199, 215, 220. Ett visst stöd för en sådan uppfattning kan man finna i NJA 1957 C 656.¹¹²²

Jareborg har därmed avtäckt åtminstone två väsentliga delar av fenomenet gärnings uppsåt. För det första har han avslöjat att dolus von Seth - gärnings uppsåt - dogmatiskt verkligen hör hemma på andra sidan gränsen mellan dolus och culpa, förutsatt att den traditionella uppsåtsläran används och för det andra att detta verkligen är ett allvarligt dogmatiskt problem. Han skriver:

Det är inte svårt att finna otryckta rättsfall, som endast med svårighet låter sig tolkas som exempel på dolus eventualisH och närmast är att klassificera som fall av medveten culpa, dvs dolus von Seth.¹¹²³

Vad von Seth kallar dolus eventualis är ju medveten culpa. Med "dolus von Seth" avser jag således en uppsåtsform, som kännetecknas av att TT har uppsåt i förhållande till F resp O, om han förstår att F kan inträffa respektive att O kan föreligga.¹¹²⁴

Det är ett viktigt konstaterande. I vissa fall verkar alltså medveten culpa vara tillräcklig för att konstituera uppsåt.¹¹²⁵ Om således denna uppsåtsform inte är ett undantag utan en regelmässighet i praxis, som också Jareborg antyder, är inte gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet i praxis, där den skall vara enligt stora delar av doktrinen och förarbetena. Praxis har i så fall inte bekräftat den roll, som denna doktrin givit den. Det är inget särskilt omstörtande i tanken att Jareborgs och Waabens frågor om praxis' "verkliga" ställningstagande var äkta frågor, som varit levande för många.

Jareborg menar att en tolkning av formuleringarna som skrivfel, slarv eller okunnighet eller som en avsikt att inte binda sig för dolus eventualis för framtiden inte är övertygande. Beteckningen, dolus von Seth, har sin upprinnelse i den uppfattning om dolus eventualis som justitierådet von Seth redovisat

¹¹²² Jareborg, 1969 s 60.

¹¹²³ Jareborg, 1969 s 54.

¹¹²⁴ Jareborg, 1969 s 52.

¹¹²⁵ Jfr Strahl, 1976 s 114: "Dolus eventualis ter sig i regel som en kvalificerad form av medveten culpa."

beträffande brottet olovlig jakt.¹¹²⁶ Von Seth var också det justitieråd som formulerade utslaget i bombfallet. Det är troligt att sambandet verkligen existerat och medfört att justitierådet ifråga varit mer benägen att använda sig av formuleringstypen, men enligt vad som tidigare visats går rötterna till denna uppsåtsform betydligt djupare.

Strahl och Ross anser att NJA 1919 s 367, 1924 s 358 och 1942 s 358 alla är exempel på sannolikhetsuppsåt.¹¹²⁷ Även andra författare har varit inne på detta.¹¹²⁸ Men den avgörande skillnaden mellan gärningsuppsåt och sannolikhetsuppsåt är att fenomenet *dolus von Seth*, *dolus ex re*, gärningsuppsåt, givet att den traditionella uppsåtsläran används, *inte kräver en aktuell* visshet utan endast en presumerad, "moralisk" eller "normal" insikt eller sannolikhet. Utöver detta skiljer sig sannolikhetsuppsåt från *dolus von Seth* enbart genom graden av aktuell respektive "objektivt" bedömd sannolikhet.

Man kunde förvänta sig att mönstret för gränsbestämningen nära nog fullständigt förändrades i samband med genomförandet av BrB. Hela det ganska invecklade systemet av objektiva överskott i SL kap 14 togs bort. Samtidigt hade inte så lång tid dessförinnan den fria bevisprövningen helt genomförts och satt sin prägel på bevisreglerna för uppsåt. Redan ungefär 10 år efter brottsbalkens införande kommer några viktiga prejudikat, som tydde på en markering av gärningsuppsåtet och begreppet likgiltighet vid gränsdragningen.

Begreppet "likgiltig" har använts på olika sätt. Likgiltighet inför konsekvenserna har ibland hänförs till faktisk *dolus eventualis*.¹¹²⁹ I några fall är det uppenbart att domstolarna sätter likhetstecken mellan eventuellt uppsåt och likgiltighetsuppsåt. Men vanligen kopplas likgiltighetsbegreppet direkt till gärningsuppsåt. Här skiljer jag därför mellan likgiltighetsuppsåt och faktiskt eventuellt uppsåt.

Under åren fram till 1990-talet har HD använt sig av sådana kombinationer i många prejudikat (se NJA 1975 s 594, 1985 s 757, 1986 s 802, 1990 s 175 och 210, 1993 s 138, 1996 s 27, "Stureplansmorden", och s 570, "Klippanmålet" samt HovR i RH 1993:120). Utvecklingen av HD:s formuleringar av gränsuppsåtet beskriver två parallella linjer: dels finns gärningsuppsåt i en obruten linje, dels

¹¹²⁶ Jareborg, 1969 s 52.

¹¹²⁷ Strahl, 1976 s 117.

¹¹²⁸ Se t ex Straffansvar, s 70.

¹¹²⁹ Jareborg, Ansvarslära, s 207.

dolus eventualis som ett *speciellt* instrument. Dagsläget verkar peka mot en kombination av gärningsuppsåt och likgiltighetsuppsåt.¹¹³⁰

”RENT” GÄRNINGSUPPSÅT ENLIGT NJA 1977 S 630

Rättsfallet NJA 1977 s 630 ansluter till gärningsuppsåtsformuleringarna i de äldre rättsfallen.¹¹³¹ I och med detta prejudikat har gärningsuppsåt intagit en klar ställning i nyare praxis.

Händelseförloppet var följande:

TT stack en brödkniv i hjärtat på offret efter ett gräl om hyran och en kassett till en bandspelare. Den tilltalade hade innan händelsen slutat sitt tidigare missbruk av sprit och narkotika. I samband med inflyttningen i lägenheten den 7.12.1976 drack TT sig berusad. Han beskrev sitt tillstånd som berusad men inte ”full”. Offret, som var vän till TT, hade erbjudits av TT att samma dag flytta in i TT:s nytillträdde bostad och dela hyresbetalningarna med TT, eftersom offret hade avvisats från sin tidigare bostad på grund av spritmissbruk.

TT, som medgav att han gjort sig skyldig till misshandel och vållande till annans död, hävdade att dödsfallet till 50 % vållats av offret. Den tilltalade uppgav att kniven genom en olyckshändelse råkade tränga in i hjärtat på offret. Offret hade blivit skrämt, då TT tagit upp brödkniven från golvet. Den tilltalade sade att han hade kastat kniven ifrån sig på golvet, efter att han ungefär en halvtimme tidigare hotat offret med kniven. Ett vittne, som var nykter vid tillfället, sade sig ha sett TT med kniven i handen utföra en snabb stöt framåt mot offret, som satt stilla i en stol. Vittnet såg inte kniven träffa, eftersom det var möbler i vägen men hörde några sekunder senare ett skrik från offret. Vittnet såg offret resa sig upp och falla ihop, efter att han försökt öppna dörren ut från lägenheten.

TR anförde:

Även om TT ej avsett att beröva offret livet har dock TT haft åtminstone eventuellt uppsåt att döda.

TT dömdes för dråp (och annan brottslighet) till fängelse i 6 år.

¹¹³⁰ Se avsnitt 5.6.2.3.

¹¹³¹ Jfr även NJA 1967 C 784. Fråga var här om två hugg mot livsviktiga organ. Det ena riktades mot buken i en uppåtgående rörelse och trängde slutligen in i hjärtat och det andra träffade i vänstra bröstet, även detta i riktning mot hjärtat. Formuleringen, ”...måste antas att TT tilldelat offret huggen i avsikt att döda”, har sin motsvarighet i äldre praxis.

HovR ansåg att det inte kunde anses visat att TT avsett att döda offret, samt att det inte heller kunde antas att TT skulle ha handlat som han gjort, om han föreställt sig att hans handlande måste orsaka offrets död. HovR:n dömde TT för grov misshandel och grovt vållande till annans död (jämte annan brottslighet) till fängelse i 2 år och 6 månader.

HD dömde TT till fängelse i 6 år för dråp (jämte annan brottslighet) i enlighet med tingsrättens dom. I sin motivering beträffande uppsåtet anförde HD:

Vad härefter angår frågan huruvida TT handlat med uppsåt att döda offret är i målet utrett, att knivhugget träffat i trakten av hjärtat och utdelats med den kraft att kniven trängt in 7 á 8 centimeter in i offrets kropp. Vid avsiktligt knivhugg av detta slag måste en dödlig utgång ha för gärningsmannen framstått som praktiskt taget oundviklig. Offrets död har därför omfattats av TT:s uppsåt.

Två justitieråd skrev sig skiljaktiga beträffande denna motivering och anförde istället:

Vad angår frågan om TT handlat med uppsåt att döda offret är att beakta att knivhugget.....innebar en överväldigande risk för att hugg-et skulle medföra offrets död. Det måste med hänsyn härtill och till TT:s obalanserade uppträdande tidigare under natten antas, att TT inte i det ögonblick handlingen utfördes skulle ha ryggat tillbaka inför visshet om att hugg-et var dödande. TT kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande.

Doktrinen kommenterade fallet bl a på följande sätt:

Thornstedt ställer sig frågan om inte rättsfallet är en avvikelse från NJA 1959 s 63, som är det fall många anser vara *dolus eventualis*' slutliga genombrott i praxis. I sin rättsfallssamling i straffrätt skriver han: "Ny variant av uppsåt eller eventuellt uppsåt?" Tidigare har han hävdatt att formuleringen i NJA 1977 s 630 skulle avse ett slags sannolikhetsuppsåt.¹¹³² Leijonhufvud hävdade 1985 att formuleringen i HD:s domskäl kunde tas för ett sannolikhetsuppsåt till sin ordalydelse, men att förmodligen ett direkt uppsåt till effekten åsyftas:

När man konstaterar att gärningsmannen sett effekten som praktiskt taget oundviklig är det bara en något försiktig formulering av att han sett effekten som nödvändigt följande på hans handlande. Om man så vill tänjer HD här en aning på det direkta uppsåtet.¹¹³³

¹¹³² Thornstedt, Rättsfallssamling i straffrätt 3 uppl 1983 s 110.

¹¹³³ Löfmarck, Straffansvar (kompendium) s 53.

Thornstedts ord "Ny variant av uppsåt?" återfinns i hennes rättsfallsöversikt i marginalen till rättsfallet.¹¹³⁴ Slutligen hävdar hon tillsammans med Wennberg:

Förklaringen till 1977 års HD-dom kan möjligen vara, att HD där fann att gärningsmannen uppfyllde det ovan under p 2) Indirekt uppsåt omtalade uppsåtet.¹¹³⁵

HD berör i detta rättsfall varken själva begreppet eventuellt uppsåt eller de i detta begrepp ingående två leden. Man frågar sig därför om HD möjligen tagit ett steg mot ett nytt uppsåtsresonemang.¹¹³⁶

Under p 2 redovisar författarna den traditionella uppfattningen om det indirekta uppsåtet. Jareborg anser, trots vad han tidigare skrivit om *dolus von Seth*, att formuleringen i domen tyder på att HD ansett att indirekt uppsåt var för handen.¹¹³⁷ Strömmerstedt menar att rättsfallet i varje fall drar en skarp skiljelinje mellan *dolus* och *culpa*.¹¹³⁸

Denna översikt över en del av kommentarerna till rättsfallet kan räcka för att visa att doktrinen inte ger något enhetligt svar på frågan vilken skuldform rättsfallet står för.¹¹³⁹ Att HD inte avsett att ge uttryck åt *dolus eventualis* i någon form står klart dels av HovR:s friande formulering och dels av minoritetens fällande formulering ställda i motsats till HD:s dom.

Det speciella i formuleringen från HD är *inte* den accepterade sannolikhetsgraden, "praktisk visshet" till skillnad från den sannolikhetsgrad som vanligtvis benämns som "visshet" eller "vetskap" om att döden skall inträffa. Liksom i tysk doktrin (och även i enlighet med vad Duff kallar *moral certainty*) är det fullt möjligt att, inom ramen för den traditionella uppsåtsläran, acceptera denna praktiska visshet, som ett s k indirekt uppsåt.¹¹⁴⁰ Det som gör formuleringen i detta rättsfall så avvikande från den traditionella uppsåtsläran är att HD *inte* hänvisar till någon aktuell vetskap eller insikt hos TT. Det är enligt HD tillräckligt att observera gärningen för att kunna säga att en sådan

¹¹³⁴ Löfmarck, Rättsfallssamling i straffrätt 1991 s 104 och Löfmarck, Straffrätt 1975-1983 s 338.

¹¹³⁵ Straffansvar, s 70.

¹¹³⁶ Straffansvar, s 71.

¹¹³⁷ Jareborg, Uppsåt och oaktsamhet 1986 s 11.

¹¹³⁸ Strömmerstedt, s 79

¹¹³⁹ Jfr även Waaben, Nyere domer om *dolus eventualis* s 403 och Träskman, Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? s 66. Träskman anser att fallet är ett exempel på att *dolus eventualiskonstruktionen* uppmuntrar till godtycke och slentrian, eftersom minoriteten i HD (två justitieråd) använde sig av *dolus eventualis* under det att majoriteten inte gjorde detta.

¹¹⁴⁰ Jfr Duff, Intention s 91 och Roxin samt Jescheck, AT s 356 respektive s 240.

gärning *innefattar* en insikt och därmed ett uppsåt till effekten. Uppsåt konstateras för att TT *måste* ha haft denna vetskap, som manifesterats i gärningen. *Den som* (alltså inte i och för sig TT) utför en sådan gärning har vetskap om effekten. Uppsåtet har konstaterats genom en jämförelse med den *normale* aktören. Till sin ordalydelse är formuleringen, om den gängse uppsåtsläran används, ett culparesonemang, som Jareborg noterade år 1969. Uttrycks sättet strider därför, under dessa villkor, mot brottsbalkens krav på att skulden vid dråp skall ligga innanför uppsåtsgården.

Man kunde kanske hävda att detta bara är en terminologisk fråga utan praktiska konsekvenser. Kunde inte gärningen betraktas som bevisfakta för vissheten, detta "inre faktum" hos gärningsmannen? Gränsdragningen mellan skuldformerna *dolus* och *culpa* är emellertid avgörande, särskilt i detta fall då ansvarsfrågan gällde något av livsbrotten. Det är många fängelseår som skiljer det oaktsamma dödandet från det uppsåtliga. BrB förutsätter att det är möjligt att dra gränsen mellan *dolus* och *culpa*. Kan inte domaren påvisa ett aktuellt uppsåt måste åtalet i kraft av principen *in dubio pro reo* ogillas. Om en omdefinition av *dolus* och *culpa* skett, och därför *dolus* kan konstateras med hjälp av en objektiviserande prövning av rättspolitiska skäl för att de gängse metoderna att angripa problemen inte fungerar, bör detta öppet redovisas som en omdefinition. Sker inte redovisning av detta i domskälen, förloras den demokratiska kontroll av begreppsapparaten som domskälen syftar till¹⁴¹. Det är därför mycket viktigt att klargöra i vad mån denna gräns överhuvudtaget är möjlig att dra och i så fall med vilken begreppsapparat. Används normativa resonemang måste detta öppet redovisas av domstolarna, för att inte förutsebarhet, proportionalitet och ekvivalens i straffutmätningen skall gå förlorad.

Träskman, som även kommenterat fallet, menar att svårigheterna i allmänhet att bevisa personlig skuld har givit upphov till försök att kringgå dessa bevisproblem:

I stället för att försöka klarlägga hur sannolik följden i gärningsögonblicket föreföll vara enligt gärningspersonens bedömning, bedömer domstolen sannolikheten objektivt.....

Ju fler moment av bedömning enligt en objektiv måttstock som ingår i uppsåtsvärderingen, desto säkrare kan bevisningen genomföras. En rent objektiv bedömning av vad gärningspersonen borde ha insett om följden av sin handling är enklare att utföra, än en bedömning av vad gärningspersonen verkligen insett. Av rättspolitiska skäl kan man

¹⁴¹ Bergholtz, *Ratio et auctoritas* s 372: "Den demokratiska kontrollen är en huvudpunkt i domskälens konstitutionella funktioner."

dock inte godta ett sådant på presumerad insikt grundat uppsåtsbegrepp.¹¹⁴²

Träskman hävdar av rättspolitiska skäl inte ett uppsåtsbegrepp som grundar sig på vad gärningsmannen borde ha insett, utan argumenterar här för ett sannolikhetsuppsåt, som han anser vara ett steg mot realism i förhållande till i första hand det hypotetiska provet i *dolus eventualis*.¹¹⁴³ Träskman kommenterar även fyra rättsfall från finska HD, (HD 1978 II 24, HD 1978 II 111, HD 1981 II 81 och HD 1984 II 142, vilka alla avsåg uppsåtligt dödande) som i tre fall använde sig av uttryck som "enär TT hade bort inse", "emedan TT hade måst inse", "då TT måste ha insett" (i fallen från 1978 respektive 1984). I bara ett fall (HD 1981 II 81) användes en formulering, ("emedan TT hade insett"), som inte för tankarna till en prövning av vad den tilltalade borde ha insett utan verkligen insett. Träskman menar att en möjlig tolkning, utöver att en "objektiverad" prövning varit för handen, är att den objektiva prövningen av vad gärningsmannen borde insett är ett bevisfaktum för rättsfaktumet insikt, som i brist på bevisning utöver gärningens yttre förlopp kan styrkas av en allmän erfarenhetssats att insikt normalt bör vara för handen vid detta typiska förlopp.¹¹⁴⁴

HD skulle kunnat ogilla åtalet på grund av bristande robusthet i bevisningen, eftersom det utöver gärningen inte finns något som visar den tilltalades insikt om effekten. De subjektiva rekvisiten och ett iakttagande av täckningsprincipen, innehåller ett krav enligt den gängse uppsåtslärans grunder, att den tilltalades *individuella* kunskap om effekten måste bevisas. Konsekvensen av att fria på grund av utredningsbrist i dessa fall är emellertid att nästan alla åtal skulle ogillas, där inte erkännanden eller uttalanden finns om särskilda föreställningar eller attityder hos den tilltalade. Särskilt skulle detta gälla affektdåd. Man skulle kunna säga att det klassiska problemet i straffrätten med oönskade friande domar i grova brott gör sig påmint, på samma sätt som HD tidigare, år 1862, anmärkt beträffande samma problem.¹¹⁴⁵ HD måste emellertid, i och med att utredningskvantiteten accepterats, ha uttalat sig för att utredningskvantiteten beträffande uppsåtet verkligen var uppfylld av åklagaren enbart genom styrkandet av den typ av gärning det här var fråga om.

¹¹⁴² Träskman, Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? s 63f och 71.

¹¹⁴³ Jfr Diesen, Bevisprövning i brottmål 1994 s 93. Diesen menar att Träskman föreslår en slags objektiv sannolikhetsprövning. Jag har inte förstått Träskman på det sättet.

¹¹⁴⁴ Träskman, Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? s 70.

¹¹⁴⁵ Se avsnitt 2.2.3.4.

Uppsåtsformuleringen i fallet innehåller en mallartad beskrivning av ett antal preciserade omständigheter, som liknar de formuleringar av gärningsuppsåt som finns i äldre praxis. Kraften i, sättet på och inriktningen av våldet samt vapentyp återkommer snarare som rättsfakta än bevisfakta för rättsföljden uppsåt. Uppsåt är för handen om våldet, inklusive ett typiskt vapen som kniv, är utfört med stor kraft och inriktats mot en vital del av kroppen.

Man kan däremot inte omedelbart dra slutsatsen att rättsfallet preciserat kravet på utredningskvantitet vad gäller skulden i dråpmål enbart till bevisad gärning. Det går att särskilja andra fall främst i den mån kraven på viss kraft, placering och våldstyp inte är uppfyllda. Av HD:s resonemang kan man sluta sig till att beviskvantiteten *kan* vara tillräcklig utan andra bevis än gärningen, beskriven på detta specifika sätt.

LIKILTIGHETSUPPSÅT

Förhållandet mellan likgiltighetsuppsåt och dolus eventualis

Ovan har nämnts att likgiltighetsuppsåt i litteraturen ibland anses motsvara dolus eventualis, främst faktisk dolus eventualis.¹¹⁴⁶ Det närmare och enligt Jareborg korrekta innehållet i begreppet dolus eventualis i sin faktiska och hypotetiska variant är

...faktisk eller positiv "Einwilligung" och hypotetisk eller fingerad "Einwilligung".¹¹⁴⁷

Faktisk dolus eventualis definieras enligt Jareborg som att

...gärningsmannen har i handlingsögonblicket varit s. a. s. medvetet likgiltig, han har faktiskt tagit ställning till hur han skulle ha gjort om han varit säker på ifrågavarande hänseende.¹¹⁴⁸

Skillnaden mellan den faktiska och den hypotetiska varianten skulle alltså vara att det faktiska eventuella uppsåtet innehåller ett aktuellt accepterande av en viss följd eller omständighet och det hypotetiska endast ett hypotetiskt accepterande. Hypotetisk dolus eventualis ersätter alltså det faktiska beviset för accepterandet genom att konstatera en viss attityd hos gärningspersonen, som kan anses bevisad genom att ett obestämt antal omständigheter i målet samfällt pekar på en sådan accepterande attityd. Det hypotetiska provet är

¹¹⁴⁶ Se t ex referenten, justitierådet Linds särskilda yttrande, avsnitt 2.3.5.3.3 under "'HIV-målet'" – NJA 1994 s 614.

¹¹⁴⁷ Jareborg, 1969 s 2f.

¹¹⁴⁸ Jareborg, 1969 s 2f och Waaben, Forsæt s 21f.

endast en sammanfattning av alla dessa omständigheter, särskilt TT:s allmänna livsföring. Detta ligger nära den gamla uppfattningen att uppsåt skulle avgöras av domstolens skön.¹¹⁴⁹ Frank beskrev provet i början som ett hjälpmedel för att kunna göra den sammanfattande bevisprövningen tydligare.¹¹⁵⁰ Faktisk *dolus eventualis* (vad hypotetisk *dolus eventualis* syftar till att bevisa) skulle alltså vara att gärningspersonen bevisligen givit sitt "bifall", (varit införstådd med, accepterat, tagit på köpet) till effekten. I det hypotetiska provet tar acceptansen av ett gärningsmoment eller följde sig det uttrycket att gärningspersonen ändå hypotetiskt skulle ha utfört handlingen, trots att risken för denna möjlighet var skönjbar för honom *och* om detta varit säkert för honom. Vid faktisk *dolus eventualis* har gärningspersonen insett risken och tagit ställning till det *eventuella* förloppet. Gärningspersonen har insett risken och faktiskt tagit ställning för händelseförloppet, trots den eventuella följden, som *mål delmål eller bimål*. *Dolus eventualis* är i grunden en volitiv konstruktion. Den medvetna oaktsamheten kännetecknas av att TT trots att risken fanns men ändå gjort den, fastän han skulle avstått från gärningen om han trots att risken skulle förverkligas.

Men kan faktisk *dolus eventualis* uttryckas genom att *enbart* konstatera att det för gärningspersonen "i varje fall varit likgiltigt, om offret skulle avlida eller icke?" Det är uppenbart att det inte räcker att enbart konstatera en attityd av likgiltighet inför ett relevant faktum. Gärningspersonen skall dessutom inte ha tagit hänsyn i "tillbörlig grad"; han skall inte ha brytt sig om att "andras intressen har kränkts".¹¹⁵¹ Faktisk *dolus eventualis* förutsätter att gärningspersonen bevisligen *accepterat* risken och det eventuella resultatet och inte bara att han varit likgiltig inför detta eller avvikit från en "normal", dvs godtagbar, standard ifråga om eftertänksamhet. Någon som enbart avvikit från en standard och icke tillbörligen lagt vikt vid ett faktum, uppfyller inte kraven för faktisk *dolus eventualis*. Detta oberoende av i hur stor försummelsen varit eller i hur hög grad han struntat i om faktum skulle inträffa. Hans attityd kan beskrivas som hur likgiltig som helst inför faktum, det räcker ändå

¹¹⁴⁹ Se avsnitt 2.2.3.2.3.

¹¹⁵⁰ Frank, *Vorstellung und Wille* s 217 och Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 98. Formel nr I från år 1890 kallas vid presentationen av formel nr II från 1897 för ett "Hilfsmittel" för att kunna bevisa de särskilda sinnessillstånd som *dolus eventualis* innebär. Efter år 1901 beskrev han däremot formel nr I som "ein anderer Ausdruck" för att framställa det särskilda psykiska tillståndet som *dolus eventualis* syftade på.

¹¹⁵¹ Jareborg, *Ansvarsläran* s 201.

inte. Han måste bevisligen insett risken och *accepterat* riskens eventuella förverkligande.¹¹⁵²

Likgiltigheten för andras liv kan inte heller vara ett handlingssskäl. Skälet för att handla ligger exempelvis i ursinnet, penningbegäret eller hämnden, dvs vad vi kallar för motiv. Likgiltigheten är istället en *beskrivning* av gärningspersonens brist på god avvägning.

Likgiltighetsrekvisitet som ensamt rekvisit säger följaktligen inte mer än att culpa förelegat, eftersom den likgiltighet det här är fråga om inte endast refererar till en viss känsla eller psykisk inställning hos TT.

Det skall påminnas om att likgiltighetsrekvisitet också används i TBL § 1 för att beteckna grov vårdslöshet i trafik i förhållande till okvalificerad vårdslöshet i trafik. Här används begreppet "uppenbart likgiltig" för andras liv. Samtidigt motiveras uppsåt till annans död med att TT varit "i varje fall likgiltig" till annans död. Paradoxalt nog har det oaktsamma brottet, efter ordalydelsen, den mest "kvalificerade" likgiltigheten.¹¹⁵³

Likgiltighetsuppsåt som eventuellt uppsåt - NJA 1975 s 594

Efter ett gemensamt restaurangbesök sparkade och slog TT offret till döds i offrets bostad. Den tilltalade anförde svartsjuka och provokation som det huvudsakliga motivet för sin gärning. Han bestred att han haft uppsåt att döda men erkände grov misshandel och grovt vållande till annans död. Dödsorsaken var primärt att offret andades in blod, men misshandeln i övrigt var nog för att döda offret. TR använde sig av följande motivering:

Även om TT vid utdelandet av de första slagen ej haft uppsåt att beröva offret livet är det ställt utom tvivel att det under den fortsatta misshandeln i varje fall varit för TT likgiltigt om offret skulle avlida av misshandeln eller icke. TT kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande.

TR dömde TT för mord. HovR fällde emellertid TT endast för grov misshandel och vållande till annans död med motiveringen:

Utredningen ger icke tillräckligt stöd för antagande att TT hade uppsåt att bringa offret om livet, när han första gången sparkade mot

¹¹⁵² Detta gäller trots att Franks poäng i sin presentation från 1890 var att visa föreställningsläranas överlägsenhet i förhållande till viljeteorin. Se Frank, Vorstellung und Wille s 179ff, 217 och 228.

¹¹⁵³ Se t ex avsnitt 4.6.3.6.1f.

dennes huvud. TT kan därför inte dömas för att uppsåtligen ha dödat offret.

HD anförde slutligen:

Riksåklagaren har förklarat sig icke göra gällande, att TT förrän efter utdelandet av den första sparken haft uppsåt att döda offret.

Väl är det ej helt uteslutet att redan den första sparken skulle ha lett till offrets död även om någon ytterligare misshandel ej förekommit. Av utredningen framgår emellertid, att TT efter att ha utdelat den första sparken och medan offret ännu var i livet fortsatt misshandeln genom ytterligare sparkar mot offrets huvud och att det då för TT i allt fall varit likgiltigt, om offret skulle avlida eller icke. Vid sådant förhållande kan TT ej undgå ansvar för uppsåtligt dödande.

HD dömde TT för dråp. Det ansågs styrkt att TT varit likgiltig i förhållande till offrets liv. Bevisningen skedde inte genom ett hypotetiskt prov, som skulle kunna ha resulterat i att TT inte skulle ansetts ha fortsatt misshandeln, om han insett att döden skulle följa. HD hävdade inte att TT hade praktisk visshet om att döden skulle följa, att det framstod som sannolikt för honom eller att han trodde att han dödade offret. Den tilltalade ansågs i varje fall vara likgiltig och inte bry sig om ifall offret dog eller levde. Minst ett led fattas i det faktiska respektive hypotetiska eventuella uppsåtsresonemanget. Inget sades om huruvida TT hade godkänt förverkligandet av risken för dödsfallet. HD konstaterar endast TT:s likgiltighet inför offrets liv och låter detta följas av ett konstaterande av uppsåt.

"HIV-målet" - NJA 1994 s 614

Tre prejudikat, NJA 1994 s 614, NJA 1995 s 119 och NJA 1995 s 448, handlar om ansvar för överförande av HIV-smitta. I de två förra fallen dömdes TT:e för grov misshandel med en dolus eventualisformulering och i det senare för framkallande av fara för annan med en likgiltighetsmotivering. I NJA 1995 s 119 var två justitieråd skiljaktiga och ville döma för oaktsamhetsbrott, trots att TT haft oskyddade samlag med minst fem olika kvinnor och mot bättre vetande förnekat för några av offren att han var HIV-positiv. Fallet var dessutom särpräglad i övrigt.¹¹⁵⁴

De två senare prejudikaten behandlas inte här särskilt, eftersom den principiella problematiken var särskilt tydlig i det första fallet.

¹¹⁵⁴ Jfr Straffansvarsutredningen del I, s 142f.

Rättsfallet NJA 1994 s 614 handlade om en man, som var HIV-smittad (TT) och som hade haft fullbordade samlag utan skyddsmedel med en kvinna vid minst två tillfällen, utan att upplysa henne om att han var smittad. Kvinnan blev dock inte smittad vid något av samlagen med TT. Efter att rätten konstaterat att varken direkt eller indirekt uppsåt kunde komma ifråga, dömde TR TT för försök till grov misshandel med bl a följande motivering:

TT måste dock vid samlagen ha insett risken för att han skulle överföra HIV -smitta till offret. Om hon skulle bli smittad eller inte kan han inte haft en aning om. Det måste därför anses att han vid samlagen inte brydde sig om huruvida offret blev smittad.

Därefter tillfogade TR:

Till följd av dessa omständigheter anser TR:n att det kan hållas för visst att TT skulle ha haft samlag med offret även om han föreställt sig att hon skulle bli HIV-smittad. TR:n finner sålunda att TT har handlat med sk eventuellt uppsåt.

TR använde en dolus eventualisformulering för att fälla, såsom det ofta förekommer vid försök i tingsrättspraxis. Dolus eventualisformuleringen föregicks av ett likgiltighetsresonemang. I en klassisk dolus eventualisformulering brukar ordningen vara omvänd; först genom det hypotetiska provet antas likgiltigheten visa sig. Här är likgiltigheten redan konstaterad innan det hypotetiska provet utförs, som bara verkar användas som ett resonemang för säkerhets skull, för att legitimera uppsåtsbeslutet.

HovR gjorde samma bedömning i ansvarsfrågan och ändrade inte heller uppsåtsmotiveringen.

HD beslöt att begränsa målet och anförde:

Av beslutet att begränsa prövningen av Riksåklagarens talan följer att HD skall utgå från att omständigheterna vid TT:s samlag med offret skulle varit de som domstolarna funnit föreligga samt att TT handlat med eventuellt uppsåt på sätt närmare framgår av tingsrättens dom.

Med dessa utgångspunkter får de i brottsbalken uppställda rekvisiten för försök till grov misshandel anses uppfyllda.

HD fastställde HovR:s domslut i ansvarsfrågan. Referenten, justitierådet Lind, hade ett eget yttrande beträffande uppsåtsfrågan. Detta yttrande återges och kommenteras efter att vissa grundläggande frågor genomgått, som gäller ansvaret för överförandet av HIV -smitta.

Det finns enligt en relativt enig internationell praxis en benägenhet att inte döma gärningspersonen för försök till uppsåtligt dödande vid överförande av HIV-smitta, där inte offret har dött och där våldtäkt inte förelegat. I första hand döms för grov misshandel eller försök till detta brott.¹¹⁵⁵ En grundläggande kritik mot *dolus eventualis* har framförts i tysk doktrin i anledning av diskussionen om denna brottstyp.¹¹⁵⁶ I huvudsak två invändningar har rests. Dels menar man att kravet enligt läran om det eventuella uppsåtet utgår från en *aktuell* insikt och bedömning av risken och att denna är särskilt svårbevisad vid bedömningen av överförande av HIV-smitta, dels att läran inte passar den speciella gärningstypen och situationen. Lüderson menar att uppsåtsläran har anpassats till rättsbildningen i praxis när det gäller HIV-mål. Man vill inte straffa för uppsåtligt dödande och inte gärna heller för uppsåtlig grov misshandel, då dödsfall i AIDS har förekommit, trots att utfallet enligt den gängse uppsåtsläran borde blivit ett annat. Herzberg vill korrigera uppsåtsläran för sådana situationer.¹¹⁵⁷ Han menar att ansvar skall föreligga då effekten insetts och inte enbart om gärningspersonen insett en fara, som var värd att tas på allvar. Som förklaring till rättsläget hänvisar Herzberg delvis till vad han ser som en allmän tendens mot att inte använda okvalificerat uppsåt vid försök. Sammantaget förklarar han att motviljan mot att bedöma en sådan gärning för uppsåtlig beror på att det handlar om normal mänsklig sexualdrift och *inte om en typisk dödandehandling*. Det är den linje som även Lind i det aktuella målet i grund och botten förordar. Bottke kritiserar detta.¹¹⁵⁸ Han menar att någon allmän rättskänsla inte förbjuder att ansvarsbedömningar vid överföring av HIV-smitta ses som försök till uppsåtligt dödande. Han kan tänka sig att ansvar för uppsåtligt dödande skall kunna föreligga, om gärningspersonen har insikt om smittorisken samtidigt som offret saknar denna insikt. Förmildrande omständigheter kan istället påverka rättsföljden för TT genom påföljden.

Bottke jämför gärningstypen, som överförande av HIV-smitta utgör, med dödande i trafiken, eftersom samma förhållande beträffande bristande överensstämmelse mellan uppsåtslära och praxis kan hänföras till just den speciella gärningstypen.

¹¹⁵⁵ Se Leijonhufvud, HIV-smitta s 38ff och 115ff. I finsk praxis, HD 1993:92, avvisades t ex åtal för uppsåtligt dödande och grov misshandel men dömdes för grovt dödsvållande. I ett annat fall dömdes dock för försök till mord. Men gärningsmannen hade där vid två av de fyra tillfällena, som bedömdes, gjort sig skyldig till våldtäkt respektive sexuellt utnyttande.

¹¹⁵⁶ Leijonhufvud, HIV-smitta s 118f.

¹¹⁵⁷ Leijonhufvud, HIV-smitta s 119.

¹¹⁵⁸ Leijonhufvud, HIV-smitta s 120.

I linje med vad som tidigare framförts är Bottkes förslag att delvis överföra prövningen till påföljdsbedömningen inte tilltalande.¹¹⁵⁹ Man följer bara de grundläggande skälen för (av)kriminaliseringen och uppställer bara en hjälpteori åt den gängse uppsåtsläran. Det är bättre att i alla delar öppet precisera de rekvisit som kriminaliseringen kräver. Svaret, varför och hur dödande genom HIV-smitta eller i trafiken måste vara undantagna från ansvar för uppsåtligt dödande, bör ges i ansvarsdelen.

Den traditionella uppsåtsläran ger inte vid en första påsyn något underlag för varför HIV-smitta skall bedömas presumtivt som *inte* vara riktad mot annans liv.

Gärningstypen vid överförande av HIV-smitta är emellertid i sitt förlopp på ett extremt sätt avskild från effekten, på grund av den långa inkubationstiden innan AIDS bryter ut. Detta verkar i *riktning mot* ett särskilt straffvärt uppsåtligt dödande. Gärningens effekt är emellertid sådan - såvitt man med nuvarande vetenskapliga kunskaper känner till - att en erhållen HIV-smitta alltid leder till döden.¹¹⁶⁰ Då vetenskapliga medel att förutsäga den dödliga effekten av gärningar tidigare saknades, användes ibland en tumregel, som utgick från att effekten måste inträda inom ett år för att kunna anses som en följd till gärningen.¹¹⁶¹ Man kunde kanske förvänta sig, bl a på grund av ovissheten om framtida botemedel mot AIDS, att den långa tiden innan effekten inträder kunde motivera någon slags normativ gräns för när i dessa fall en effekt skall anses tillhöra en viss gärning. Enligt min mening är det inte möjligt att "återanvända" denna lösning. Den förblir obsolet.

Då ett brottsligt dödande utförs genom gift eller smittspridning, exempelvis genom att förorena livsmedel bakteriellt, kan det innebära ett likartat långdraget händelseförlopp. Den skadliga verkan från exempelvis bakterier består i en giftverkan. Det är svårt att se någon skillnad mellan giftverkan på grund av smitta direkt från bakterier eller av ett extrakt av bakteriernas gift. I romersk rätt, liksom i andra senare nationella rättskulturer, var t o m detta ett särskilt straffvärt brott. Men kännetecknande för denna gärningstyp är det starka inslaget av planering.

Det förbudna i att döda består egentligen i att förkorta någons liv eftersom alla människor kommer att dö. Detta kan tyckas uppnått i och med att någon konstaterats vara smittad, eftersom alla HIV-positiva kommer att utveckla AIDS förr eller senare. Å andra sidan kan mycket väl den HIV-positiva tänkas

¹¹⁵⁹ Jfr även Leijonhufvud, HIV-smitta s 120.

¹¹⁶⁰ Leijonhufvud, HIV-smitta s 18 och Matikkala, s 112.

¹¹⁶¹ Se Draft Code Law Com. No. 230 s 1ff. "The year and a day rule" har hittills tillämpats ganska strikt. Skarp kritik har emellertid på senare tid riktats mot regeln. Se a a s 11ff.

avlider av någon annan orsak före den oundvikliga döden i AIDS. Därför är inte förkortandet av livet mer än en möjlighet för att livet kan förkortas och i varje fall inte förlängas bortom en normal livslängd. Dessutom finns ingen absolut säkerhet beträffande framtida rön om botandet av sjukdomen.

Sammantaget framstår gärningen, varigenom det brottsliga överförandet av HIV-smitta sker, ofta som en atypiskt brottslig dödandegärning. Även effekten är "onormalt" avlägsen från gärningen. Men det avgörande är att gärningen, som inneburit överförande av HIV-smitta, inte till sin typ är en *angreppsgärning*, som i de flesta andra gärningar, vilka brukar anses som uppsåtligt dödande. Detta kan vara den viktigaste förklaringen till oviljan från domstolen i fallet att döma för uppsåtligt dödande. Frågan varför det anses som "orimligt" att en gärning, som medfört att HIV-smitta överförts, medför ansvar för uppsåtligt dödande eller försök därtill, och rimligt att den endast medför ansvar för grov misshandel eller försök därtill, verkar således böttna i en fråga om gärningstypens karaktäristik och mening. Ett straffbart försök kännetecknas också främst av att vara ett angrepp på skyddsobjektet.¹¹⁶² Det är svårt att tänka sig överföring av HIV-smitta som ett angrepp på skyddsobjektet utom i vissa speciella fall.

Ingenting förändras om sannolikhetsuppsåtet istället för dolus eventualis används. Snarare åstadkoms en strängare gränsdragning mot oaktsamhet för gärningspersonen. Agges exempel från det nordiska juristmötet med den chansande motorcyklisten pekar analogt på att avståndet mellan ett "naturligt" straffvärde och resultatet av användandet av denna uppsåtsformulering ökar.¹¹⁶³ Dödsfall genom HIV-smitta bär vissa drag av den gärningssituation, som Agge tecknat i exemplet. Ett samtycke kan t o m förmodas i chanstagningen, något som normalt inte är fallet då det är fråga om HIV-smitta.

Avsiktlighetsuppsåtet ger ofta ett något mer tillfredsställande resultat än det traditionella eventuella uppsåtet. Om den HIV-smittade *trott* att han överfört smitta i sin gärning, är den uppsåtlig. Samma förhållande gäller motorcyklisten. Användandet av avsiktlighetsuppsåtet skulle fria motorcyklisten, som väl chansade men inte trodde att han utförde ett dödande, men fälla den HIV-smittande, som trodde att han överförde smittan, medveten om att detta alltid för till döden på lång sikt. Avsiktlighetsuppsåt skulle som regel alltid leda till fällande domar för dråp eller mord för allt uppsåtligt överförande av HIV-smitta. Detta är emellertid inte vare sig internationellt eller nationellt vad praxis verkar ha anslutit sig till.

¹¹⁶² Se avsnitt 3.6.

¹¹⁶³ Agge, NJM, s 142f.

Tolkat som *dolus eventualis* leder användandet av likgiltighetsuppsåtet till att HIV-fallen bör bedömas som uppsåtligt dödande eller försök därtill. Gärningspersonen har i normalfallet "i varje fall varit likgiltig huruvida offret skulle avlida eller ej". Alla varianter av det eventuella uppsåtet inom den gängse uppsåtsläran leder därför till vad som ofta anses vara "orimliga" resultat. Situationen uppstår t o m att om åklagaren får kännedom om ett dödsfall i AIDS har skyldighet att i de flesta fall åtala för mord eller dråp, den sexualpartner vilken med övervägande sannolikhet anses vara smittoöverfö- rare.

Den traditionella gränsdragningens två grundformer verkar inte kunna förklara, varför ansvaret i praxis inskränkts för gärningstypen.¹¹⁶⁴ Förklaringen måste istället ligga i att praxis vid bedömningen av ansvaret utgår från gärningstypens normala mening eller normala syfte, jämfört med de indikationer, som det enskilda fallet ger. Av intresse är här HD:s formulering i NJA 1995 s 448: "Vid den *typ av gärningar* (min kurs.) som är aktuella i målet kan ansvar ådömas för uppsåtligt misshandelsbrott med tillämpning av läran om eventuellt uppsåt (HD:s dom d 10 mars 1995 DB 33)". Hänvisningen gällde NJA 1995 s 119. Man kan tyda formuleringen som att HD tänkt sig att läran om eventuellt uppsåt *inte* kan användas vid andra liknande gärningstyper.

Man kan tänka sig att praxis använder sig av en presumtion för att gärningen inte är riktad mot ett dödande, till skillnad från en presumtion för motsatsen, som skulle gälla vid normalfallet i dråp. Om dessa antaganden enbart vore en allmän erfarenhetssats och något som enbart hörde till bevisningen för uppsåt, finns fortfarande ingen förklaring till varför ansvaret för HIV-dödande inte skall anses som uppsåtligt dödande enligt den traditionella uppsåtsläran. Bevisningen, bedömd på liknande sätt som i traditionella fall av dråp och mord, räcker uppenbarligen till för att fälla för uppsåtligt dödande i dråpfall. Samma bevisning räcker däremot inte för att gärningen skall anses som dråp vid gärningstyper såsom dödande i trafiken och då överföring av HIV-smitta har skett. Det är inte särskilt svårt att föreställa sig att den, som medvetet förtiger sin HIV-smitta och ändå har ett tillfälligt samlag med annan, inte skulle ha avstått från handlingen med tanke på ett många år senare inträffat dödsfall.

Justitierådet Lind var referent i NJA 1994 s 614. "I huvudsak" anslöt sig tre justitieråd till Linds särskilda yttrande beträffande uppsåtsbedömningen. Lind anförde bl a:

¹¹⁶⁴ Jfr Matikkala, s 123.

TR:n och HovR:n har funnit att TT handlat med eventuellt uppsåt. HD har till följd av beslutet d 2 aug. 1994 om begränsning av prövningen av Riksåklagarens överklaganden varit förhindrad att ompröva domstolarnas ställningstagande i uppsåtsfrågan.

Det han vill tillägga blir i och med detta med särskild tydlighet ett obiter dictum. Det är viktigt att här skilja mellan HD:s domskäl och Linds obiter dictum. HD var uttryckligen förhindrad att pröva uppsåtsfrågan. Linds yttrande måste alltså rättskällemässigt betraktas vara på samma nivå som ett doktrinärt uttalande.

Han fortsatte:

Hantering av uppsåtsrekvisitet i mål jämförliga med det nu aktuella måste ofta bereda bekymmer. ...I de fall då gärningsmannen *vill* smitta ned sin partner, föreligger direkt uppsåt men som regel är situationen inte så utan läran om eventuell uppsåt måste tillämpas, om ansvar för misshandelsbrott skulle ifrågakomma.

Lind utgår, som en del andra straffrättsliga författare, från att uppsåt i svensk rätt är definitivt och enbart de tre formerna av uppsåt: direkt, indirekt och eventuellt uppsåt. Lind beskriver det eventuella uppsåtet på följande sätt:

Det eventuella uppsåtet förutsätter att domstolen gör en bedömning i två led. Det första ledet innefattar att domstolen i fall som det aktuella skall pröva, om den tilltalade vid gärningstillfället förstod, att hans eller hennes sexualpartner utsattes för en smittorisk genom det oskyddade samlaget. Detta led torde inte bereda några större svårigheter. Värre blir det när domstolen skall undersöka, om det andra ledet i det eventuella uppsåtet är uppfyllt, nämligen om det står klart att samlaget skulle ha ägt rum, även om gärningsmannen varit säker på att samlaget skulle leda till smittoöverföring.

Ofta torde det inte finnas något säkert underlag för att en domstol skall kunna finna det senare ledet uppfyllt. Det går inte att utifrån den omständigheten att gärningsmannen insett risken för smitta dra några slutsatser i fråga om det senare ledet i det eventuella uppsåtet. I så fall har nämligen domstolen i realiteten låtit det första ledet vara ensamt avgörande för uppsåtsbedömningen, vilket i sin tur betyder att man tillämpar någon form av sannolikhetsuppsåt. Och sådant uppsåt är inte erkänt i svensk straffrätt.

Man kan sluta sig till att Lind uteslutande avser att det eventuella uppsåtet motsvarar hypotetiskt *dolus eventualis*. I enlighet med Linds föreställning om gällande rätt skulle gällande rätt för gränsoområdet vara låst till hypotetisk *dolus eventualis*. Detta är inte riktigt enligt den här företrädde uppfattningen.

Samma sak gäller för slutsatsen att en gränssättande uppsåtsbedömning, som inte innefattar det andra ledet i *dolus eventualis*, nödvändigtvis är "någon form av sannolikhetsuppsåt". Sannolikhetsuppsåtet kräver en insikt om att denna risk är övervägande sannolik för att kallas för någon form av sannolikhetsuppsåt. Om domstolarna stannar vid det första ledet, dvs effekten har insetts endast som en risk, en möjlighet, föreligger endast ett riskuppsåt, som inte är någon form av uppsåt ens i de länder som tillämpar sannolikhetsuppsåt., "Die Möglichkeitstheorie" är inte någon härskande lära, utom möjligen i *common law*-kulturen som *derived intent* i form av *recklessness*. Detta är i stället en ren form av vad som normalt kallas för medveten oaktsamhet. I och för sig saknas inte sådana formuleringar av "uppsåt" i tingsrätterna, men det är inte någon form av sannolikhetsuppsåt utan en omdefiniering av hela uppsåtsbegreppet.¹¹⁶⁵ Lind fortsatte:

HD har under senare år i fråga om våldsbrott tillämpat det eventuella uppsåtet så att domstolen vid prövning av det senare ledet ställt sig frågan, om gärningsmannen varit helt likgiltig för effekten av det handlande som läggs honom till last. Han har t ex varit helt likgiltig för om det knivhugg han utdelade skulle medföra döden eller ej. (NJA 1985 s 757). I sådana fall har effekten inträtt i nära anslutning till gärningen och framstått som en mycket sannolik följd av den. Gärningsmannen har velat skada målsäganden och gärningen har oftast begåtts under konfrontation med målsäganden och i en upprörd stämning.

Lind vill alltså förklara likgiltighetsuppsåtet dels som att gärning och effekt befinner sig i ett slags "handlingsdeliktiskt" samband, dels att effekten framstått som mycket sannolik, dels att skadevilja funnits, dels att konfrontation med målsäganden förelegat och dels att gärningen utförts i affekt.

Tingsrätten i NJA 1994 s 614 använde sig av en formulering liktydig med likgiltighetsuppsåt innan detta, och egentligen enbart detta övervägande, *resulterade* i ett *dolus eventualis*-resonemang. Det är tänkbart att detta förhållande är det som Lind försöker klargöra i sitt yttrande. Lind menar att trots att likgiltighetsuppsåtet - som han kallar *dolus eventualis* - inte uppfyller kravet på ett andra led, är detta ändå gällande rätt. Han avslutar sitt inlägg med att betona följande:

Det visar i sin tur hur viktigt det är att domstolarna i fall som det aktuella tillämpar läran om eventuellt uppsåt bara om det finns

¹¹⁶⁵ Se avsnitt 5.1ff, 5.3.4.1.2 under "Klassen 'SU'" och "Klassen 'Culpa'" samt 5.5.2.2 under "Klassen 'Culpa'".

särskilda omständigheter som utgör belägg för att det andra ledet i det eventuella uppsåtet är uppfyllt.

Likgiltighetsuppsåtet, som det framträtt i uppsåtsmotiveringarna i grova våldsbrott, skulle alltså exemplifiera fall, där särskilda omständigheter belägg att det andra ledet i *dolus eventualis* är uppfyllt. Vad Lind kallar för hypotetiskt *dolus eventualis* är alltså, enligt hans egen terminologi, en form av sannolikhetsuppsåt. Mycket stor sannolikhet för effekten, jämte skadevilja och affekt, konstituerar enligt resonemanget eventuellt uppsåt. Rekvisitet skadevilja påminner starkt om de "objektiva överskotten" i SL kap 14 och *implied malice* i *common law*. Affektrekvisitet i sammanhanget förklaras närmast genom att affekt inte kan anses som ett försvar beträffande insiktsmomentet. Affekt har nämligen här sin bevisrättsliga betydelse *inte* som ett bevis för att uppsåt föreligger utan egentligen för motsatsen. Skadeviljan kunde däremot antas vara ett bevisfaktum för bevisstaten vilja att döda men egentligen inte för insikt om dödsrisk, såvida inte skadeviljan avser direkt livsfarlig skada. Konfrontationsrekvisitet och tidsavståndet mellan effekt och gärning kan inte sägas ha något särskilt bevisvärde för *dolus eventualis*. Förhållandena vid ett giftmord eller en ekonomisk brottslighet, som utförs under medvetande om att lång tid kommer att förflyta innan effekten inträder, negerar inte förekomsten av vare sig vett eller vilja.

Det specifika för likgiltighetsuppsåtet i den version det uppträder i NJA 1985 s 757 är att ingen aktuell insikt förelegat utan en särskild gärningstyp, beskriven efter mallen i NJA 1977 s 630, som omedelbart följs av konstaterandet av insikt och likgiltighet. Det första ledet, som i det aktuella fallet med HIV-nedsmitning inte ansågs bereda några större svårigheter, är just *inte* uppfyllt enligt den gängse uppsåtsläran vid fall som i NJA 1985 s 757 eller NJA s 630. Det är därför inte bevissvårigheterna för uppsåt som är avgörande utan istället det felaktiga bevisstaten. Vad Lind kallar eventuellt uppsåt eller sannolikhetsuppsåt i dessa fall är enligt hans egen definition inget eventuellt uppsåt eller sannolikhetsuppsåt, vare sig enligt det första eller andra ledet.

Affekt, konfrontation och tidsavstånd mellan det aktiva eller passiva utförandet och effekten har istället den funktionen att de på ett särskilt sätt beskriver den typiska gärningen: den sociala ram och den expressiva framtoning gärningen har. Lind beskriver skillnaden mellan ett dödande med HIV-smitta och ett "vanligt" dråp - exempelvis i NJA 1985 s 757 och 1990 s 210, - som en skillnad mellan två helt olika "situationer".

Situationen i fall som det nu aktuella är en helt annan...

Mot bakgrund härav är det tydligt att det måste finnas någon särskild omständighet som kan läggas till grund för en bedömning att det andra ledet i det eventuella uppsåtet är uppfyllt. Vad det skulle vara är svårt att förutse.

Även Lind har alltså berört rimlighetsaspekten genom att peka på åtskillnaden mellan "situationerna" i ett vanligt mål som gäller ett angrepp på annans liv och ett HIV-fall.

Linds inställning skulle kunna sammanfattas som att en gärningsmässig bedömning i sådana fall leder till att gärningen inte kan betraktas som uppsåtlig utan endast som oaktsam.¹¹⁶⁶ Det är således inte, i motsats till Linds egen slutsats, valet mellan om det andra ledet i *dolus eventualis* finns eller inte, som är avgörande för om HIV-smittoöverföringen (i varje fall vid målsägandens dödsfall) skall anses som ett uppsåtligt brott eller inte, utan istället huruvida det rättsliga utfallet är "rimligt".

Sammantaget visar problematiken för ansvaret för överförande av HIV -smitta att den traditionella uppsåtsläran inte kan användas på ett tillfredsställande sätt för att klargöra hur och varför praxis dragit uppsåtsgränsen som den har gjort. Som ett bekräftande prejudikat för *dolus eventualis*' roll för gränsbestämningen spelar fallet av dessa skäl ingen roll.¹¹⁶⁷ Noteras kan också i det sammanhanget att det rörde sig om en försöksgärning och att formuleringen av *dolus eventualis* i viss mån är avvikande från en sådan klassisk formulering. Debatten om straffansvar vid överföring av HIV-smitta indikerar dessutom att *dolus eventualis*, även i andra sammanhang då gärningen är mindre typisk, inte fungerar tillfredsställande som gränsdragningsinstrument. Samma problem som visar sig vid användningen av *dolus eventualis*, finns vid andra traditionella gränssättande uppsåtsslag, såsom t ex sannolikhetsuppsåt. Utan en tydlig referens till gärningen och dess mening eller den speciella gärningstypen det är fråga om, kan inte det straffvärda området inringas. Det sagda förtydligas av det ökade straffvärdet vid våldtäkt; här finns förmodligen en intuitiv föreställning analog till *constructive intent*.¹¹⁶⁸

Det sagda innebär inget ställningstagande till om praxis' i grunden rättspolitiska avkriminaliseringar i dessa avseenden skall accepteras. Rättspolitiskt kan man argumentera för att både överföring av HIV-smitta och ansvar för dö-

¹¹⁶⁶ Jfr Straffansvarsutredningen del I, s 142.

¹¹⁶⁷ Straffansvarsutredningen del I, s 137. Det är symptomatiskt att Straffansvarsutredningen i betänkandet disponerar problemen och prejudikaten om ansvar för överföring av HIV-smitta på särskild plats.

¹¹⁶⁸ Jfr den av Leijonhufvud (i boken HIV-smitta s 36) kommenterade Hovrättens för Skåne och Blekinge dom DB 3214/92.

dande i trafiken eller andra atypiska dödandehandlingar i de flesta fall skall anses som uppsåtligt dödande. Min mening är att detta vore att utsträcka ansvaret beträffande uppsåtligt dödande för långt och att detta i många fall är i obalans med en vardagsspråklig uppfattning om begreppen mord och dråp.

"Stureplansmorden" - NJA 1996 s 27

Fyra personer, TT nr 1 - 4, åtalades efter att en person, TT nr 1, gav eld med automatkarbin rakt in i entrén på restaurang "Sturecompagniet". Fyra personer dödades av eldgivningen. De TT:e ville hämnas för att de inte blivit insläppta. Åtal väcktes för mord och försök till mord beträffande TT nr 1 och 2 samt för medhjälp till mord och medhjälp till försök till mord för TT nr 3 och 4.

TT nr 1 uppgav att han "medgav att han avlossat skotten men bestred uppsåt avseende den effekt som skjutningen orsakat." TT nr 2 anförde bl a att "Hans uppsåt hade ... inte omfattat att någon skulle bli beskjuten och än mindre dödad". TT nr 3 förnekade bl a att han känt till att vapnet var skjutklart, "att han stärkt TT nr 1 och 2 i deras föresats att skjuta samt att han spanat mot restaurangen i syfte att finna ett gynnsamt tillfälle för angreppet."

TT nr 1:s uppsåtsinvändning behandlades på följande sätt i TR:

Enligt TR kan det inte råda något tvivel om att TT nr 1:s uppsåt omfattar offret nr 1:s död. TR:n gör vidare den bedömningen att TT nr 1 när han avlossade två salvor in i Sturecompagniets entré handlade med en sådan grad av hänsynslöshet att det måste hållas för visst att han inte skulle ha avhållit sig från att skjuta även om han vetat att effekten av skottlossningen skulle förverkligas.

TT nr 1 dömdes för mord och försök till mord till livstids fängelse. TT nr 2-4 dömdes bl a för medhjälp till mord, medhjälp till grovt vållande till annans död.

TR använde en uppsåtsformulering, som anknyter till beviskravet "inom rimligt tvivel" såvitt avsåg offret nr 1:s död. Ett stort antal vittnen och målsäganden såg händelsen. Gärningen var alltså på ett sätt helt uppenbar och gärningsmännen tydligt identifierade. Beträffande det faktiska händelseförloppet förekom inte några större invändningar från de TT:e. Försvaret inriktade sig på uppsåtsinvändningar, som inte beaktades, eftersom gärningen inte ansågs kunna tolkas på något annat sätt. Det var "riskfritt" för TR att använda sig av vilket uppsåtsresonemang som helst, inklusive det direkta uppsåtet. I samma riktning verkar förhållandet att TT nr 1 redan är maximalt straffvärd i och med dödandet av offret nr 1.

Domen mot TT nr 1 och 4 överklagades inte i HovR till skillnad från domen mot TT nr 2 och 3.

HovR anförde här följande beträffande uppsåtsfrågan.

Om de (TT nr 2 och 3, SC) inte haft uppsåt - direkt eller eventuellt sådant - att TT nr 1 skulle skjuta och döda offret nr 1 och möjligen också andra, kan de inte dömas för mord och försök till mord och inte heller för medhjälp till dessa brott.

Såvitt gäller åtal mot TT nr 2 och 3 kan följande mera allmänna synpunkter anläggas på bevisläget.

I allmänhet vet bara den misstänkte själv vad han insåg och vad han tänkte på i gärningsögonblicket. Vid sin prövning av frågan om uppsåt är domstolarna hänvisade till att utifrån styrkta och kända yttre omständigheter dra en slutsats om uppsåtet. Om den misstänkte är den som företagit den skadebringande handlingen berättigar hans beteende ofta slutsatsen att han handlat med uppsåt att skada eller döda. När som i detta fall de misstänkta inte själva har utfört handlingen blir uppsåtsfrågan åtskilligt mera svårbedömbär. I överensstämmelse med vad TR:n har anförts i sina domar i ett förklarande avsnitt skall osäkerhet om en slutsats riktighet eller annat tvivel om den misstänktes skuld alltid räknas denne till godo.

HovR gör som så många andra rättsliga aktörer; betonar först det "självklara" konstaterandet att insikt om vad gärningspersonen tänkt på är "inre fakta" som i princip inte är tillgängligt för andra än gärningspersonen, varpå något som liknar en doluspresumtion formuleras. I detta fall ges dessutom exempel på varför och hur denna skall brytas. Detta obiter dictum är nästan av samma ordalydelse som den "uppsåtspresumtion", som formulerats i domarregeln. HovR utgår utan vidare från att detta är gällande rätt; men bevisrätt. HovR skriver därefter, sedan en ganska omfattande utvärdering av bevisningen gjorts, att

Sammantaget finner HovR:n att TT nr 2 och 3 inte haft något uppsåt att offret nr 1 skulle skjutas till döds.

Efter att ha funnit att det inte blivit styrkt att TT nr 2 och 3 främjat de begångna gärningarna med direkt uppsåt, aktualiserades "frågan om de handlat med eventuellt uppsåt". HD argumenterade på följande sätt:

Denna fråga får bedömas utifrån det yttre händelseförlopp som ägt rum före och i omedelbart samband med beskjutandet, däri inräknat det uppgivna syftet med aktionen.

För att en gärningsman skall ha haft eventuellt uppsåt i fråga om en viss effekt, som inträtt till följd av hans handlande, krävs det dels att han insett risken för att effekten skulle inträffa, dels att det kan hållas för visst att han skulle ha handlat som han gjorde även om han varit säker på att effekten skulle inträda.

Tillämpat på den i målet föreliggande situationen innebär detta att det krävs att det vid TT nr 2:s och TT nr 3:s handlande skall ha förelagat en risk för att TT nr 1 skulle komma att skjuta mot människor och därigenom döda och skada vissa, att de har insett risken samt att det kan hållas för visst att de skulle ha handlat på samma sätt som skedde, även om de hade varit säkra på att TT nr 1 skulle bete sig på nämnda sätt....

Av betydelse i sammanhanget är att vid skjutande med automateld mot människor på den aktuella platsen förlust av liv och personskador skulle vara en praktiskt taget oundviklig följd.

Det är tydligt att prövningen, huruvida en gärningsman skulle ha handlat på samma sätt som skett ifall han vetat om att en viss brottslig effekt skulle inträda, måste göras med stor försiktighet. Detta gäller i synnerhet då fråga är om så allvarlig brottslighet som är aktuell i förevarande fall. För att det hypotetiska provet skall leda till ett positivt svar är det inte tillräckligt att det framstår som övervägande sannolikt att gärningsmannen skulle ha handlat likadant som han gjorde om han vetat vad som skulle inträffa. Förhållandena måste vara sådana att det inte kan råda något tvivel om att han skulle ha handlat på samma sätt.

HD:s naturliga sätt att koppla ihop all gränsbestämning med de "yttre" omständigheterna är intressant. Efter detta inledande resonemang följer en lång argumentation för att dolus skulle anses föreligga. Vapnets typ, handlings-skälet hämnd, att TT nr 2 och 3 visat en viss likgiltighet beträffande följderna, att skottlossning i föreliggande läge medfört att förlust av människoliv bedömdes som "praktiskt taget oundvikligt" (dvs enligt formuleringen i NJA 1977 s 630) ansågs tala med styrka för att TT nr 2 och 3 skulle ha handlat som de gjorde, även om de varit säkra på att TT nr 1 skulle skjuta mot människor. Trots detta ansåg HD det "inte styrkt att någon av dem haft eventuellt uppsåt i förhållande till TT nr 1:s åtgärd att skjuta." Skälet till detta var att man inte med säkerhet under alla förhållanden kunde fastslå att TT nr 2 eller 3 skulle ha handlat som de gjorde.

Det hade räckt att bevisa uppsåt i förhållande till TT nr 1:s skjutande för att anse att uppsåt till effekten förelagat, eftersom ett avsiktligt skjutande praktiskt taget oundvikligt skulle ha lett till döden för någon.

Det avgörande för domstolens val av gränsdragningsinstrument är uppenbarligen att det i detta specifika fall handlade om medhjälp, dvs ett parasitiskt brott och ett ogillat åtal. HovR utgick från att gärningsuppsåt *inte* kunde vara aktuellt vid medhjälp. Förmodligen är detta även HD:s åsikt. Därav kan man sluta sig till att gärningsuppsåt presumeras inte kunna användas vid parasitiska brott. I dessa fall används inte annat än ett "uppenbart" doktrinärt erkänt och bestämt uppsåt. Att *dolus eventualis* användes för att ogilla åtalet, trots att viss likgiltighet i förhållande till följderna konstaterats, är i linje med övrig praxis och innebär inte att begreppet kan användas för att fälla. Inte heller detta rättsfall innebär därför någon bekräftelse på *dolus eventualis'* dominerande roll.

Likgiltighet som gärningsuppsåt

NJA 1985 s 757

TT, en sjuttonårig yngling från Filippinerna, knivhögg ett offer med en 25 cm lång fiskkniv tre gånger i nacken och en gång i vänster sida av bröstet. Den tilltalade hävdade dels visst nödvärn, dels "blackout", samt att knivsticken var reflexrörelser. Hans inställning till målet var följande:

TT har invänt mot åtalet att våldet tillgreps i nödvärn för att avvärja våld, bl a ett strupgrepp, mot honom från offrets sida. Hanhar förnekat uppsåt att beröva offret livet samt har underkastat sig ansvar för vållande till annans död.

TR beaktade inte hans nödvärnsinvändning. Beträffande uppsåtsfrågan anförde TR följande:

Omständigheterna vid misshandeln är enligt tingsrättens mening sådana att TT måste anses haft åtminstone s k eventuellt uppsåt att beröva offret livet.

TT fälldes för dråp. Ytterligare en åtalspunkt gällde ett oprovocerat knivhugg mot en annan persons hals. TR dömde TT för grov misshandel. TR:s motivering innehåller, som ofta är fallet i tingsrätterna, en "mycket defekt" *dolus eventualis*formulering.¹¹⁶⁹ Inget hypotetiskt prov förekom och inget som i övrigt tyder på att rätten avsett ett eventuellt uppsåt vare sig av faktiskt eller hypotetiskt slag. Istället är det endast ett konstaterande att "omständigheterna" medför att TT, enligt den vanligtvis använda formeln för gärningsuppsåt, "måste anses haft åtminstone s k eventuellt uppsåt". TR drar uppsåtsgränsen med gärningsuppsåt och kallar uppsåtsformen för eventuellt uppsåt.

¹¹⁶⁹ Jfr Jareborg, 1969 s 61f.

Även HovR tillbakavisade invändningen och anförde beträffande uppsåtsfrågan:

Utredningen visar att TT med kniv i höger hand rörde handen med sådan kraft och i sådan riktning att kniven träffade offrets nacke och åsamkade denne de skador, ...som ledde till offrets död.

...

Utredningen visar att TT avsiktligt tilldelat offret de tre knivhuggen i halsen. Härutöver fick offret ett knivhugg i bröstet.

.....det måste hållas för visst att kniven även i detta sammanhang varit styrd av TT:s vilja.

...

Genom knivskadornas belägenhet och art finner HovR:n att TT i varje fall haft eventuellt uppsåt att beröva offret livet.

HovR fogar två saker till TR:s uppsåtsmotivering, dels en precisering av varför det "eventuella" uppsåtet föreligger, vilken är i överensstämmelse med den sedvanliga motiveringen för gärningsuppsåt, dels att det "eventuella" uppsåtet "i varje fall" förelegat. HovR förtydligar alltså TR:s motivering genom att ansluta den till det vanliga gärningsuppsåtet. Dessutom uppträder här uttrycket "i varje fall" som en markering av att det verkligen är fråga om en gränsbestämning mot oaktsamhet.

I HovR var två ledamöter skiljaktiga beträffande uppsåtsbedömningen. De ansåg att TT inte hade för avsikt att döda. De motiverade sin *friande* dom på något olika sätt men med en mer eller mindre klassisk *dolus eventualis* formulering. Det bör därför inte råda något tvivel om att det uttryckssätt, som HovR:s majoritet valt, inte beror på någon felskrivning eller slarv.¹¹⁷⁰ Majoriteten måste förmodas i sin formulering ha tagit avstånd från det sedvanliga sättet att uttrycka *dolus eventualis*. Detta kan betyda, dels att HovR markerat ett avstånd till den klassiska formuleringen, dels att ett hypotetiskt prov skulle lett till en *friande* dom. Vilket är inte möjligt att utröna men i varje fall kan konstateras att det hypotetiska provet inte används vid fällande dom.

HD fällde slutligen för dråp liksom de tidigare två instanserna, men med en annan uppsåtsmotivering:

Av det nu anförda framgår att huggen utdelats med stor kraft.

¹¹⁷⁰ Jfr Jareborg, 1969 s 60.

Skadornas art och det sätt på vilket de tillfogats offret visar att TT vid huggen i varje fall varit helt likgiltig för om offret skulle dö eller ej. TT kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande. Gärningen är att bedöma som dråp.

HD slutför således sammansmältningen av gärningsuppsåtet och likgiltighetsuppsåtet. Borta är benämningen eventuellt uppsåt, som är ersatt med likgiltighetsbegreppet. Sammansättningen av motiveringen är i det närmaste en ren form av gärningsuppsåt som i NJA 1977 s 630, och i enlighet med hur detta brukar uppträda vid grova våldsbrott i tingsrättspraxis.¹⁷¹ I stället för att postulera en aktuell insikt om risk för annans död eller insikt om faktumet annans död, konstateras helt enkelt att en sådan *typisk* gärning är likgiltig och därmed uppsåtlig. Mellanledet "likgiltighet" säger inte något i sak om uppsåtet.

I och för sig kan man tänka sig att HD i detta fall ansett att i NJA 1977 s 630 har gärningen manifesterat ett uppsåt, som inte närmare karaktäriseras, till skillnad från NJA 1985 s 757, där HD explicit benämner detta som en likgiltighet inför effekten. Denna likgiltighet i sin tur gör att gärningen anses vara uppsåtlig. Men någon *aktuell* likgiltighet i form av en attityd av likgiltighet är det inte fråga om. Inte heller konstateras något aktuellt godkännande eller något accepterande av dödsfallet. Endast att en sådan gärning normalt innebär likgiltighet för om offret dör eller ej. Gärningspersonen har inte aktat på, inte brytt sig om, ifall offret dog eller levde. Det betyder inte att gärningspersonen verkligen accepterat dödsfallet som en följd av gärningen, eller att gärningspersonen haft någon attityd av ett visst slag, utan bara att påbudet att uppträda aktsamt i förhållande till andra människors liv inte följts.

En prövning av en sådan likgiltighet eller oaktsamhet beträffande annans död är emellertid inget nytt moment i den sedvanliga uppsåtsprövningen. I alla brott, även vid uppsåt, prövas gärningen mot en aktsamhetsregel. Mellanledet likgiltighet betyder bara att gärningen är så oaktsam att den måste anses för uppsåtlig. Således sägs varken mer eller mindre i NJA 1985 s 757 än i NJA 1977 s 630. Även i NJA 1977 s 630, som i alla andra fall med "rent" gärningsuppsåt, finns implicit ett konstaterande av ett brott mot aktsamhetsregeln. Men HD har valt att brodera ut NJA 1977 s 630 med ett konstaterande av likgiltighet. På ett sätt bör det vara en lycklig utveckling, att oaktsamhetsbedömningen genom likgiltighetsbegreppet redovisas så kraftfullt. Man kan säga att det i sak motsvarar ett ansvar som i mycket påminner om *recklessness*. *Recklessness* är ett uttryck som ungefär borde översättas med hänsynslöshet,

¹⁷¹ Se avsnitt 5.3.4.1.1, 5.3.4.1.2 under "Klassen 'GU'", 5.4.1, 5.4.2.2, 5.5.2.2.1 och 5.5.2.2.2 under "Klassen 'GU'".

riskuppsåt eller grov likgiltighet liksom grov (medveten) oaktsamhet. Som senare skall visas har under de år som förflutit NJA 1985 visat sig representera den linje, som alltmer dominerat gränsdragningen i tingsrättspraxis i de fall som det här är fråga om.¹¹⁷² Sätillvida kan utvecklingen från det traditions-mättade gärningsuppsåtet anses vara fullföljd i och med detta rättsfall.

NJA 1990 s 210

En afrikansk ung man förföljdes av svenska ungdomar och knivskar en av dessa i nödvärn med en tapetkniv. Den tilltalade åtalades för grov misshandel och fälldes i TR och HovR med användande av en klassisk dolus eventualis-formulering.

Det kan således inte anses visat att TT hade direkt avsikt att skada offret. Med hänsyn till vad TT uppgivit om den situation han befann sig i måste emellertid hållas för visst att han skulle ha handlat på samma sätt om han vetat att han skulle träffa offret. Han har således gjort sig skyldig till misshandel.

HD ändrade uppsåtsmotiveringen enligt följande:

Hur knivskärningen närmare tillgått är i viss mån oklart. Utredningen visar emellertid att han i detta skede måste ha träffat offret flera gången med tapetkniven, låt vara att själva kroppsskadorna kan ha orsakats av ett enda knivsnitt. Anförda omständigheter visar att TT då var helt likgiltig för om han skulle komma att träffa offret med kniven och tillfoga honom sådana skador som angetts i gärningsbeskrivningen. Därmed har TT uppsåtligen tillfogat offret skadorna.

HD ändrar medvetet underrätternas formuleringar från en klassisk hypotetisk dolus eventualisformulering till ett likgiltighetsuppsåt enligt NJA 1985 s 757. Därmed är trenden klar, dels bort från dolus eventualis åtminstone i fällande motiveringar för fullbordat brott, dels mot ett konfirmerande av den gärningsmässiga typen av likgiltighetsuppsåt.

”Klippanmålet” - NJA 1996 s 509

Två TT:e (TT nr 1 och 2) förföljde en afrikan, som stigit av från bussen i Klippan. Efter att de TT:e hunnit upp offret stack TT nr 1 offret med en kniv med 10 cm långt blad. Handlingsskålen var rasistiska. Före förföljandet drog TT nr 1 på sig en armbindel med ett hakkors. Offret var helt okänt för TT nr 1 och 2. Knivbladet skadade hjärtsäcken, hjärtat, vänstra lungan samt mellangärdet. Offret förblev liggande död i ett buskage i 15 timmar innan hans kropp upp-

¹¹⁷² Se avsnitt 5.6.4.

täcktes. TT nr 1 åtalades för mord. TT nr 1 kallas i fortsättningen den tilltalade (TT).

Den tilltalade förnekade, att han uppsåtligen berövat offret livet. Den tilltalade förnekade dessutom att hans handlande varit rasistiskt betingat. Han medgav ansvar för olaga hot och vållande till annans död.

Det är inte särskilt vanligt att TT i sitt angivande av sin inställning berör motiven för dådet. Motiven rycker fram till en första plats vid angivandet av TT:s inställning p g a sin stora betydelse enligt BrB kap 29. Utöver detta koncentreras försvaret till förnekandet av uppsåt. I sin vidare berättelse försökte TT hävda att offret "sprang på kniven", dvs något hugg eller stick förekom inte.

TR använde sig av gärningsuppsåt enligt formuleringen i NJA 1977 s 630.

I målet var fråga om två skilda beskrivningar av händelseförloppet, dels TT:s version, dels den medåtalades och vittnenas version, som obduktionen och utredningen i övrigt stödde. Den tilltalade beskrev sticket som ett vådastick, medan den andra versionen gav en bild av ett "normalt" rasistiskt knivdåd.

Under rubriken "Knivsticket" anförde TR följande:

Det är således utrett, att TT angripit offret med kniv som han har hållit i sin högra hand med knogarna uppåt i vågrätt position, att han med en halvcirkelformad backhandsrörelse tilldelat denne ett hugg i bröstet samt att offret har stått stilla och i upprätt ställning under angreppet.

Kravet enligt praxis på typicitet för gärningen beträffande tillhygget, riktningen av våldet mot vitala delar av kroppen och förfaringssättet i allmänhet anses därmed uppfyllt. Det grundläggande kravet från praxis på en viss kraft i knivhugget är uppfyllt i och med TR:s följande slutsats:

Att tränga igenom flera lager av tyget i jackan och härefter åsamka de skador som uppstått måste ha fordrat relativt betydande kraft. För detta talar också att hugget har utdelats med en backhandsrörelse.

TR drog därefter slutsatsen att offret avlidit av stickskadan på bröstet. Under rubriken "Rubriceringen av gärningarna" fortfor TR:

TT har således enligt vad som blivit utrett genom att tilldela offret ett knivhugg i bröstet berövat denne livet.

Frågan om huruvida TT härvid har handlat med uppsåt att beröva offret livet eller endast att skada honom bedöms enligt följande.

TT har med kraft tilldelat offret ett knivhugg i den del av bröstkorgen innanför vilken hjärtat sitter. Kniven har trängt långt in i kroppen och skadat vänstra femte revbenet, hjärtsäcken, hjärtat, vänstra lungan och mellangärdet. Vid ett knivhugg av detta slag måste en dödlig utgång för TT ha framstått som praktiskt taget oundviklig.

Motiveringen för uppsåtet uppfyller ordagrant alla rekvisit som de formulerats i NJA 1977 s 630. Dessutom ville TR betona en del yttranden av TT samt den rasistiska inställningen hos TT, vilka som gärningens kontext bekräftade antagandet om att gärningen tolkats av TR på ett riktigt sätt.

I argumentationen för att brottet ansågs vara grovt ingick att motivet för övergreppet var att "kränka offret på grund av dennes hudfärg." TR behandlar här motivet inom ansvarsfrågan. TR tar upp samma formulering av motivet två gånger både i ansvarsdelen och i påföljdsbedömningen enligt följande:

Brottet utmärks av, att det inte har föregåtts av någon som helst provokation från offret, att offret vid övergreppet har varit ensam, oförberedd och försvarslös, att angreppet har varit brutalt samt att motivet för brottet har varit att kränka offret på grund av hudfärg. Det behövs inte sägas att straffvärdet för detta brott är synnerligen högt.

Motiv kan indirekt ingå i bedömningen av om gärningen skall anses som mord eller dråp. Men att explicit göra detta är inte alldeles vanligt. Som senare skall visa sig i HD:s avgörande sammanhänger detta förmodligen med det specifikt "onda" uppsåtet som rasistiska motiv representerar. TR har sannolikt medvetet tagit in motivfrågan i bedömningen av de brottsinterna faktorerna. Rätten har markerat att motivfrågan har sin plats i ansvarsdelen, liksom de andra brottsinterna faktorerna, som även de upprepas i både straffvärdebedömningen och i den förra bedömningen. I princip skall dock en prövning av uppsåt eller att huruvida ett brott kan anses som grovt anses uttömd i och med prövningen i ansvarsdelen. Annars är det fråga om en dubbelbestraffning. Att en tingsrätt gör på detta vis är kanske inte så dramatiskt. Men att HD visar samma tendenser i samma mål ger saken en annan karaktär. Jag återkommer till detta nedan.

Som HovR i NJA 1996 s 27 anförd är gärningsuppsåtet inte omedelbart "berättigat" då fråga är om medverkan. Här bryts det tolkningsföreträde som gärningen besitter på ett annat sätt. Krav finns då på en ökad robusthet eller annat, som bekräftar att gärningen, som den medverkande utfört, har varit inriktad på effekten som åklagaren påstått. TR ansåg följaktligen inte att den medverkande TT nr 2 hade uppsåt att döda.

Påföljden bestämdes av TR för TT till fängelse i sex år och för TT nr 2 i 5 år.

HovR fann att TT avsiktligt tilldelat offret ett knivstick i bröstet och att detta lett till offrets död. Rätten motiverade vidare sitt ställningstagande enligt följande:

Det kan med hänsyn till pojkarnas allmänt rasistiska inställning hållas för visst att efterföljandet av offret skett i avsikt att genom hot eller misshandel kränka denne på grund av hans egenskap av färgad invandrare. Då det gäller frågan om TT:s uppsåt också omfattat att beröva offret livet kan vare sig TT:s allmänna rasistiska inställning eller hans omvittnade uttalanden tilläggas någon avgörande betydelse. En omständighet som likväl talar för att TT haft ett sådant uppsåt är TT nr 2:s uppgift att TT två gånger under efterföljandet av offret - sedan de hade tagit fram knivarna - frågat "skall vi sticka ner han?". TT, som visserligen vidgått att han två gånger under efterföljandet tillfrågat TT nr 2 om dennes avsikt var att sticka ned offret, ha dock förnekat att frågan ställts så som TT nr 2 uppgett. Av vad som sålunda förekommit under efterföljandet av offret kan därför någon säker slutsats inte dras om TT:s uppsåt. Då det härefter gäller händelseförloppet i korsningen med Holmgårdsvägen måste beaktas att detta utspelat sig mycket snabbt. Det bör också fästas vikt vid att TT uppenbarligen chockats av händelsen och verkat överraskad av hur lätt kniven hade trängt in i kroppen på offret. Denna reaktion tyder närmast på att han inte räknat med mer än att kniven skulle tillfoga offret en mera begränsad skada.

Med hänsyn till det anförda finner HovR inte att det av utredningen går att dra någon säker slutsats om TT:s uppsåt när han riktade knivsticket eller knivhugget mot offret. TT måste däremot insett att hans handlande varit livsfarligt. Han är därför skyldig till grov misshandel och vållande till annans död...

HovR fann inte att TT var ansvarig för uppsåtligt dödande utan fällde TT för grov misshandel och vållande till annans död. I HovR:s domskäl uppträdde följdriktigt motiven endast under påföljdsfrågorna, utan att någon påverkan kunde ses i rättens val av påföljd, som var överlämnande till socialtjänsten.

HovR tycks stödja sig på huvudsakligen två förhållanden: dels var TT "uppenbarligen chockad av händelsen", dels verkade TT överraskad av hur lätt kniven trängt in i kroppen. Dessa två omständigheter skulle alltså vara de tyngst vägande momenten, som kastat rimliga tvivel över om uppsåt förelåg. Att en gärningsperson dels är chockad över sin gärning, dels varit överraskad av hur lätt kniven trängt in är inte speciellt märkvärdigt för en gärningsperson som inte har för vana att knivhugga andra. En ovana eller överraskning inför effekten av att skjuta eller sticka ned en annan person kan inte vara ett generellt argument för att uppsåt inte föreläggat. Kvar står ett påstående från åklagaren att TT verkligen hade uppsåt och ett händelseförlopp med en gär-

ning, som inte egentligen visar annat, såvitt avser gärningens tolkningsbara mening att den var riktad mot det "naturliga" resultat som inträffade. Enligt HovR var detta inte nog för att fälla en TT.

Förklaringen till HovR:s fasthållande av att uppsåt ändå inte är styrkt måste därför ligga i att HovR är fast i det betraktelsesätt som HD redan 1862 varnat för och ett flertal domar givit uttryck åt. HovR kräver av åklagaren det omöjliga; den separata "viljeakten" skall bevisas.¹¹⁷³ HovR är därmed en konsekvent tillämpare av den gängse uppsåtsläran. Samma situation föreligger som HD varnade för år 1862; beslutsoförmåga beträffande fällande domar i mål med uppsåtsinvändningar. HovR:s slutsats i NJA 1996 s 27 beträffande det berättigade i gärningsuppsåtet delas förmodligen inte av HovR i detta rättsfall.

I pressdebatten som följde hovrättsavgörandet deltog på olika sätt rättens ordförande, hovrättslagmannen Olle Ekstedt, hovrättslagman Per Eriksson, försvararen advokat Henning Sjöström, advokat Göran Lutherkort, överåklagare Alhem och två chefsåklagare, Sven-Åke Tilly och Andreas Olofsson. Fyra professorer, varav två i straffrätt, intervjuades eller skrev egna inlägg i tidningarna; Leijonhufvud, Modeér, Klette och Hydén.¹¹⁷⁴

Det måste anmärkas att källmässigt är det en avgörande skillnad mellan intervjuutsagor och egna artiklar. De viktigaste utsagor som här refereras, är hämtade från debattörernas egna artiklar. Men exempelvis straffrättsprofessorerna Leijonhufvuds och Klettes yttranden härrör enbart från intervjuer. En viss reservation bör alltså finnas inför korrektheten i dessa yttranden.

¹¹⁷³ Duff, Intention s 31.

¹¹⁷⁴ Följande tidningsartiklar kan illustrera debatten: På Sydsvenska Dagbladets (SDS) kultursida: 960621 Alf Thoor, 960625 Olle Ekstedt, 960626 Alf Thoor, 960627 Göran Lutherkort och Alf Thoor, 960628 Daniel Frenckler, 960629 Håkan Hydén, 960630 Dag Andersson, 960703 Rona Morän, 960704 Robert Nordh och Ola Whilke, 960707 Erland Aspelin, 960710 Ann Sidbrant, 960711 Göran Melander. Brännpunktsartiklar i SDS var 960802 Fiskesjö och 960808 Thoor. Övriga artiklar i SDS: 960619 Thomas Frostberg, G Kjellander, Evander och Strömkvist, 960620 (ledare), 960621 M. Nilsson, 960623. På "Sidan två" i SDS förekom 960625: Thomas Frostberg, Anders Olofsson, Olle Ekstedt och Jan Wifstrand som även hade en artikel på första sidan. I Tidningarnas telegrambyrå förekom 960711 Dag Andersson och Jan Wifstrand, 960713 Henning Sjöström, 960723 Olle Ekstedt och Jan Wifstrand, 960818 Håkan Hydén samt 19961007 Per Eriksson.

I Dagens Nyheter (DN) infördes 960618 ledaren "Sänkta straff för rasistdåd", en artikel av Jesús Alcalá på kultursidan 960711, "Domstolen blundar och dömer", och även 960720 en helsida rubricerad, "Jag dömde enligt lagen", av Olle Ekstedt samt slutligen 960814 "Skandalös bevisförning" av Jesús Alcalá. I Dissidenten, Juridiska Föreningens i Lund medlemstidning nr 3 1997 förekom inlägget "Att tänka *fritt* är stort, att tänka *rätt* är större", av ovan nämnda hovrättslagman Per Eriksson.

HovR:s dom kom att bli en av de i pressen allra mest uppmärksammade domarna i vårt land på senare tid. Skälet till detta var förmodligen dels att Ekstedt gick ut i pressen och försvarade HovR:s dom, dels att målet handlade om ett rasistdåd och ingick i ett led av avgöranden, med början i "Lindomefallet", som i många fall av pressen uppfattades som felaktiga. Det kan inte uteslutas att debatten i tidningarna gav ett återsken av vad som ibland betecknas som spänningen mellan "det allmänna rättsmedvetandet" och juristernas bedömningar.¹¹⁷⁵

Det är inte en tillfällighet att debatten i pressen även kom att handla om den grundläggande frågan om förhållandet mellan moral och rätt. Olle Ekstedts linje uppfattades, åtminstone av hans meningsmotståndare, som ett försvar för en rättsuppfattning som i stort sett motsvarade Uppsalaskolan, och hans meningsmotståndares linje som ett förespråkande av en betydligt större roll för domarens skön utanför den positiva rätten. Denna principiella debatt kan inte ägnas något utrymme här såvitt avser detta mål. Men på ett sätt sammanhänger ändå denna fråga med svårigheterna att dra gränsen mellan dolus- och culpaansvar. Uppsåtlärens utformning och teoretiska grund i det härskande brottsbegreppet med dess svagheter liksom den skarpa åtskillnaden mellan processrätt och materiell straffrätt har sina rötter i ett snävt rättspositivistiskt perspektiv.¹¹⁷⁶

Vad den "tändande" artikeln av Alf Thoor, enligt hans meningsmotståndare, verkade skjuta in sig mot, var att Klippanmålet liksom flera andra samtida mål hade utförts med rasistiska motiv, utan att detta observerats i någon hög-
re grad av domstolarna i ansvarsfrågan. Han skrev bl a:

Vad är avsikt och uppsåt om ett vidlyftigt, hatfylldt, rasistiskt divide-
rande, åtföljt av ett dödligt stick med kniv i offrets hjärta, inte räknas
som mord utan som grov misshandel och vållande till annans död?¹¹⁷⁷

Reaktionen på hans artikel från domarehåll och advokathåll missuppfattade enligt min mening kärnan i hans kritik. Svårigheterna att acceptera HovR:s dom hänför sig nämligen i hög grad till att *gärningstypen* inte beskrevs som uppsåtlig utan endast oaktsam. Kravet på proportionalitet från Alf Thoors

¹¹⁷⁵ Se Klettes artikel, "Rätten, rättvisan och rättsmedvetandet", i Dissidenten nr 3 1997 s 11ff.

¹¹⁷⁶ Se exempelvis Håkan Hydén i SDS 960818: "Det som Klippanmålet genom Ekstedts och Fiskesjös inlägg uppvisar är att den svenska rättstraditionen behöver förändras. Om det 20:e århundradet har tillhört Uppsalaskolan finns det anledning att vika det 21:e århundradet för Lundaskolan. Det handlar då inte, som Fiskesjö föreställer sig, om att återinföra någon "slags riktig rätt som lever ett liv för sig", utan tvärtom att bredda synen på rätten, att göra den mer levande genom att skänka den en etisk och moralisk dimension".

¹¹⁷⁷ SDS 960621, Alf Thoor, med rubrik "Den skamliga svenska primitiviteten".

sida är alltså, utöver påföljdens proportionalitet med brottet och andra påföljdsöverbäganden, också en fråga beträffande brottsrubricering och gärningsbeskrivningen i domen.

Thoors retoriska fråga syftade till att underkänna HovR:s gärningstolkning, som avlägsnat sig i så hög grad från vad Thoor uppfattade som en naturlig tolkning. Det är inte fråga om en enkel sammanblandning av uppsåt och motiv i hans resonemang, på så sätt att detta ger uttryck för en primitiv vilja att klämma åt rasister i största allmänhet. Han tolkade gärningen efter hur den manifesterat sig i yttrevärlden med hjälp av motiv och yttranden samt gärningens övriga kontext. Handlingsskålen och uppsåtet i gärningen var i hans ögon "uppenbara", dvs dödande för något slags tillfredsställande av rasistiska känslor eller idéer. Den eventuella för andra fördolda "godtagbara" tankeverksamheten hos TT var inte relevant för Thoor eftersom det inte fanns ett rimligt tvivel på tolkningen av hur gärningen manifesterat sig i sinnevärlden.

Debattdeltagarna från juristhåll representerade alla en hög nivå för respektive funktion inom rättsanvändningen i samhället. Inläggen från detta håll, i den mån de behandlade uppsåtsfrågan, utgick i de flesta fall från att beskrivningen av gällande rätt enligt den traditionella uppsåtsläran var den enda tänkbara. Därför rörde sig dessa inlägg främst om att antingen - som "försvararna" från juristhåll hävdade - hålla sig till lagens krav inom legalitetsprincipens ram eller att kunna gå utanför dessa och använda sig av överordnade principer eller moralregler med högre dignitet än lagen.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁸ Något vid sidan om den röda tråden i avhandlingens ansats kan det vara på sin plats att citera Hilary Putnam i en intervju i DN, 9/2010: "Det viktigaste som jag ser det nu är att upphäva -- både i den hegelianska meningen att överskrida, men också i den analytiska meningen att falsificera -- distinktionen mellan fakta och värden. Enligt den här distinktionen är fakta objektiva, medan värden, också de moraliska, bara är subjektiva. Det här är en dogm som har blivit en politiskt demoraliserande kraft. Om människor inte tror att de kan argumentera rationellt om värden eller normer, så kommer de naturligtvis inte att försöka." Om utilismen, som moralisk teori baserad på denna åtskillnad, säger han vidare i samma intervju: "...Jag tror att utilismen försöker föra in en falsk enkelhet i moralteorin. När Mill och Bentham sökte efter en enkel egenskap som välmåga eller njutning som ska ökas så mycket som möjligt, så var det för att göra den moraliska frågan till ett tekniskt problem.

Men sedan smugglar utilisterna in en rad andra värden:De smugglar in demokratiska värden utan att erkänna det, eftersom de vill skapa ett enkelt ingenjörprojekt."

Jfr Jareborg (Fragment, s 26) angående förhållandet mellan värde och fakta: "Varje påstående om ett faktum förutsätter värderingar. Det finns inget neutralt rationalitetsbegrepp; varje konception av rationalitet är resultatet av värderingar. Fakta och värderingar förutsätter varandra ömsesidigt." Lagmannen Per Erikssons senaste artikel i Dissidenten med rubriken, "Att tänka *fritt* är stort, att tänka *rätt* är större" (ordet "rätt" är här återgiven närmare den layout som förekom i tidningen än den som visades i ovanstående not) ger

Den specifika rättsliga fråga som dominerade debatten var emellertid ändå om uppsåt förelegat eller inte. Leijonhufvud lade stor vikt vid att HovR *inte* gjort det hypotetiska provet under det att Ekstedt påpekade att detta ofta underlåts i praxis och att det inte heller är nödvändigt att använda sig av det hypotetiska provet. Detta är enligt honom, i enlighet med dess ursprungstanke, främst ett bevishjälpmedel, en lathund. Ekstedt beskrev ingående vilken uppfattning om gällande rätt, som styrkt hans ställningstaganden i uppsåtsfrågan. Det kan vara på sin plats att referera detta mera utförligt.

Anledningen till att 16-åringens gärning bedömts som grov misshandel och inte som mord är att HovR inte ansett att uppsåtet sträckte sig till ett dödande. Svensk lag säger glasklart att gärningsmannens uppsåt måste sträcka sig ända till offrets död om gärningen skall bedömas som mord. Reglerna säger också att uppsåt är en psykisk inställning hos gärningsmannen. Detta gör bedömningen mycket svår. Åklagaren skall bevisa sinnesinställningen lika mycket som han skall bevisa de yttre händelserna. Hur bevisar man vad som rör sig inne i en människas hjärna? Man har naturligtvis själva gärningen att utgå från. Men ett knivstick kan vara olika djupt och riktas på olika sätt...

¹¹⁷⁹

Det brottsliga uppsåtet har tre former. Man talar om direkt uppsåt, indirekt uppsåt och om eventuellt uppsåt. Direkt uppsåt innebär att gärningsmannen verkligen har åsyftat den dödliga följden. Indirekt uppsåt föreligger om hans intresse t ex är att spränga en bil och inser att passagerarna måste dö av detta men inte i och för sig vill mera än att förstöra bilen. Eventuellt uppsåt är mera komplicerat och rentav kontroversiellt. Det brukar beskrivas bl.a. så att gärningsmannen inser risken - men inte mer än risken - för att döden skall följa på en gärning och att det står klart att han skulle ha gjort sin gärning även om han varit säker på att döden skulle bli följden.

HovR har i domen redovisat de skäl som talar för bedömningen att ingen form av uppsåt var styrkt i målet.....

.....inte ens Högsta domstolen redovisar (alltid, SC) resonemanget kring det eventuella uppsåtet när domstolen funnit att sådant uppsåt

starka associationer till det paradigm eller "dogm" som Putnam och förmodligen även Jareborg ser som en "demoraliserande kraft". De båda hovrättslagmännens inlägg ger intryck av att inte tagit något intryck av sådana synpunkter, eller av de med dessa sammanhängande många turerna, i den nästan sekellånga uppsåtsdebatten.

¹¹⁷⁹ SDS 960625, Kultur, Ekstedt.

inte blivit bevisat. Hur olika bedömningar blir redovisade i domen beror på många omständigheter.¹¹⁸⁰

Man kan fråga sig vad Ekstedt menar med att "svensk lag" "glasklart" säger att uppsåt måste sträcka sig ända till offrets död. Förmodligen avses här täckningsprincipen, som varken är särskilt glasklar eller explicit uttryckt i lagtext. Men det sagda är kanske trots allt ganska representativt.¹¹⁸¹ Även debatten i övrigt speglar en föreställning om en helt entydig gällande rätt, om inte helt reglerad i lag, så i övriga auktoritativa rättskällor. Ekstedt är helt övertygad om att bevistemat vid uppsåtsbevisningen är något som finns i gärningspersonens hjärna, en viss sinnesinställning, som i princip är otillgänglig för andras kunskap än gärningspersonen själv. Ett mera entydigt uttryck för den problemskapande funktionen av "Descartes' myt" är svårt att finna.

Reglerna säger också att uppsåt är en psykisk inställning hos gärningsmannen. Detta gör bedömningen mycket svår. Åklagaren skall bevisa sinnesinställningen lika mycket som han skall bevisa de yttre händelserna. Hur bevisar man vad som rör sig inne i en människas hjärna? Man har naturligtvis själva gärningen att utgå från. Men ett knivstick kan vara olika djupt och riktas på olika sätt...¹¹⁸²

I en annan senare artikel nyanserar Ekstedt sig något beträffande de "glasklara" uppsåtsreglerna:

Men domstolen måste ju följa skriven lag och rättspraxis sådan den är. Endast den högsta domstolen kan skapa nya regler men har även för sin del begränsade möjligheter.¹¹⁸³

Ekstedt säger att uppgiften att bevisa dessa i princip oåtkomliga psykiska moment är "mycket svår." HD:s inläga inför SL:s införande är 1862, att problem uppstått på grund av att domare inte ansett sig kunna döma till uppsåtligt brott på grund av detta, faller i hågen igen. Men, inte ens över 130 år senare, har problemet fått en tillfredsställande generell lösning. Ekstedt har verkligen rätt; uppgiften med hans premisser är inte bara mycket svår, den är omöjlig, om inte erkännande finns!

I en intervju påstås Leijonhufvud vara kritisk mot HovR:s dom. Hon sägs där finna domen motsägelsefull, bl a i och med att det andra ledet i *dolus eventualis*, det hypotetiska provet, utelämnats i motiveringen. Intressant är att Leijonhufvud anses mena att motivet har en avgörande betydelse för besva-

¹¹⁸⁰ SDS 960625, Kultur, Ekstedt.

¹¹⁸¹ Se t ex Ekstedts kollega Per Erikssons här angivna artiklar.

¹¹⁸² SDS 960625 Kultur, Ekstedt.

¹¹⁸³ DN 960720 Kultur, Ekstedt. Rubriken är, "Jag dömde enligt lagen".

randet av denna fråga. Det hypotetiska provet skulle följaktligen normalt baseras på en föreställning om motivet. Detta belyser motivfrågans betydelse i ansvarsfrågan, utöver det bevisvärde motivet kan anses ha för uppsåtet i det enskilda fallet. Som så många andra författare anmärker även Leijonhufvud beträffande motiv, sinnesstämning, hänsynslöshet, likgiltighet följande:

Detta kan ju inte domstolarna veta, utan måste dra slutsatser av olika omständigheter. Dit hör exempelvis om en person har dokumenterat en våldsideoologi.¹¹⁸⁴

Leijonhufvuds argumentering mot domen håller sig i stort sett inom ramarna för den traditionella läran. På så sätt når inte kritiken kärnan i problematiken. Dessutom skall sägas att Leijonhufvud tidigare anmärkt att *dolus eventualis* just verkat förlora sin aktualitet som motivering för fällande domar i grova brottmål. Något förvånande är då att hon skulle kräva en fullständig trohet mot *dolus eventualis* i detta fall.

Ekstedts främste kombattant i debatten bland journalisterna i DN var Jesús Alcalá, som bemötte Ekstedt i detta avseende på följande sätt:

Men just ...när HovR tar ställning till huruvida sextonåringen har haft uppsåt att mörda, tror man inte på den medåtalade.

Höga beviskrav

Nu invänder HovR att vi i alla fall omöjligt kan veta om sextonåringen just i det ögonblick "när han riktade knivhugget mot offret" hade uppsåt att mörda. Nej, kanske kan vi inte det. Men i så fall kan vi aldrig veta. I så fall kan vi döma för mord enbart i de fall där mordet är noga planlagt och förberett. Och kanske inte ens då. För vem vet vad som rör sig i huvudet på en gärningsman just sekunden innan knivhugget eller skottet släcker ett liv?¹¹⁸⁵

Som jag framhävt i en tidigare artikel kan ingen någonsin riktigt veta vad som rör sig i huvudet på en gärningsman just i det ögonblick han sticker kniven i sitt offer. Det är en sanning som gäller såväl som i Klippanmålet som i alla andra mål. I stället är det vad som faktiskt skedde före, under och efter brottet som blir avgörande för bevisvärderingen.¹¹⁸⁶

Alcalá satte fingret på den ömma punkten: "Men i så fall kan vi aldrig veta." Och "...vem vet vad som rör sig i huvudet på en gärningsman...". Ekstedt

¹¹⁸⁴ SDS 960619 Evander, med rubriken, "Professor kritiserar domen".

¹¹⁸⁵ DN 960711 Kultur, Alcalá.

¹¹⁸⁶ DN 960814 Kultur, Alcalá, med rubrik, "Domstolen blundar och dömer."

försvarade den traditionella uppsåtslärans postulat att bevis temat är något "inre"; den "aktuella" viljan, eller insikten, dvs egentligen vad som försiggått inuti huvudet på gärningspersonen. Sådillvida är Ekstedt en konsekvent tillämpare av vad han och en del av doktrinen anser är gällande svensk rätt enligt den traditionella uppsåtsläran. Tack vare det envisa försvaret av vad han föreställde sig var tydlig praxis eller lag, fördes problemen upp till ytan åtminstone i någon mån i den svenska uppsåtsdiskussionen.

HD fällde TT för mord till fängelse i 4 år. HD:s motivering är i linje med nutida och äldre praxis. Man fann liksom TR och HovR att TT avsiktligt tilldelat offret ett knivstick i bröstet och att detta lett till offrets död. Därefter beskriver HD sättet för och arten av knivsticket samt kraften i sticket.

Den kniv som TT använde har ett 10,8 cm långt blad, varav 8,8 cm eggförsatt, en största bredd av 1,74 cm. Av protokollet över obduktionen framgår att TT fått ett knivstick 3,5 cm till vänster om bröstets medellinje och ca 6 cm ovanför bröstbenets nedre kant och att sårkanalen omfattar bröstkorgen, vars vänstra femte revben helt delats ca 4 cm till vänster om bröstets medellinje, hjärtsäcken, hjärtat, den vänstra lungan och mellangärdet. I Statens kriminaltekniska laboratoriums sakkunnigutlåtande anges, efter en analys av de skador sticket orsakat i offrets kläder, att den kraft som erfordrats för att åstadkomma skadorna varit relativt stor men att den inte kan bestämt anges.

Skadans art liksom det sätt på vilken den tillfogats offret visar att TT vid knivsticket i varje fall måste ha varit helt likgiltig för om offret skulle dö eller ej. TT kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande.

Som i NJA 1985 s 757 och NJA 1990 s 290 konstateras ett gärningsuppsåt, som i sin tur automatiskt leder till en konstaterad likgiltighet. Domstolen har alltså distanserat sig i ordvalet från NJA 1977 s 630 i och med tillägget om likgiltighet. HD har både sakligt och i sitt ordval anslutit till en omfattande äldre och nyare praxis. Överensstämmelsen med strukturerna i tingsrättspraxis är således god.¹¹⁸⁷ I något fall har den korta och fåordiga motiveringen kritiserats.¹¹⁸⁸ Men sett mot bakgrunden av tidigare praxis och de teoretiska förutsättningarna framstår motiveringen som klar och användbar för rättstillämpningen. HD har använt sig av ett säkert gränssättande uppsåt. Uppsåtsbedömningen är inte problematisk för HD som den framstod för HovR. Trots att hovrättslagmannen och ordföranden för Juseks rättspolitiska råd, Per Eriksson, kollega till Olle Ekstedt, påstår att det inte finns "någon grund för att i Klippanmålet

¹¹⁸⁷ Se avsnitt 5.6.4.

¹¹⁸⁸ Jfr Per Erikssons artikel i Dissidenten s 20f.

hävda att HovR fått bakläxa av HD", är det faktiskt detta som den enkla och korta domen från HD innehöll.¹¹⁸⁹

Av rättssäkerhetsskäl bör gränsdragningsproblemen behandlas på ett rimligare sätt utan sådana tvära kast som hovrättsdomen varit ett exempel på. Förutsättningarna har ökat avsevärt efter HD:s dom i Klippanmålet. HD har inte, som ibland antytts, på något sätt fallit till föga för en tillfällig opinion.¹¹⁹⁰ Det är tvärtom en långvarig och teoretiskt trovärdig praxis, som visat sig i

¹¹⁸⁹ SDS 961007 Per Eriksson, "Fängelsedomen i Klippanmålet bekymrar" och Dissidenten, s 18, 20 och 21. Eriksson menar att Klippanmålet saknar prejudikatvärde eftersom det enbart handlade om bevisningen av uppsåt och att detta behandlats tidigare. Här avses förmodligen NJA 1985 s 757. Lagmannen menar att HD:s dom var en illa genomtänkt dom, som kunde kritiseras för att den "inte gjorde några överväganden om direkt uppsåt." Han menar att hovrätts doms möjligen kunde klandras för att den inte explicit redovisat prövningen av eventuellt uppsåt.

¹¹⁹⁰ Följande exempel kan ges på tonläget i debatten. DN 960720, Ekstedt: "Den som kritiserar måste också veta vad han kritiserar (.....) Man har ju bland dagens debattörer fått för sig att man kan kritisera en domstols dom genom att utgå från det allmänna rättsmedvetandet och inte från de lagregler efter vilka domstolen dömer. Men domstolen måste ju följa skriven lag och rättspraxis sådan den är. Endast högsta domstolen kan skapa nya regler men har även för sin del begränsade möjligheter. Denna bundenhet är rättsäkerheten som anses som en omistlig del av den västerländska kulturen. Det är kusligt när moderna människor vill ersätta denna rättsäkerhet med vrål från den allmänna uppfattningens svarta hålör."

SDS 960713, Henning Sjöström och Einar Kalman: "Till er som upprörts över domen i Klippanmålet; ministrar, publicister och rättskaffens medborgare: Ni företräder vare sig demokratin, rättvisan eller ljuset. Ni företräder mörkret. Än mer än de mörka krafter Ni säger Er kämpa mot, finns det skäl att frukta Er: Ni som vill döma på förhand. Ni som likt medborgarna i Jante, applåderar den åklagare som kräver det hårdaste straffet och de hårdaste sparkarna. I Er påstådda avsky för våld, orättvisa och fördomar, har Ni själva klätt Er i den mörka manteln. Ni förtjänar enbart förakt; Ni är färskallar och en skränande mobb."

Hovrättsdomens kritikers retorik nådde inte dessa höjder, utan inskränkte sig i den "tändande" artikeln av Alf Thoor i SDS 19960621 till att kritisera HovR för bl a "slapp begreppsanalys", "oförmåga till logisk och tydlig brottsbeskrivning" och "den tafatta psykologin, som inte ens begripliggör de enklaste samband mellan syfte och gärning." Dessutom kan antydningar tolkas in, om att motsidan stått för en attityd som kunde beskrivas som "Den skamliga svenska primitiviteten" eller främlingsförakt. Att konfrontationen blev så våldsamt i den svenska diskussionen är kanske inte så märkvärdigt med hänsyn till den åtminstone tidigare slutenheten i den svenska rättsliga debatten i allmänhet genom Uppsalaskolans dominerande ställning i Sverige. Man kan jämföra denna kraftmätning med den kraftfulla men "behärskade" konfrontation, som skedde i England redan i början av 1960-talet, i anledning av fallet *Smith*. Ungefär samma paradigmiskt betingade motsättningar var inblandade. Den segrande (i England t o m över lagstiftaren) högsta dömande instansen i bägge rättskulturerna stod för samma teoretiskt sammanhållna, historiskt och t o m i "rättskänslan" väl förankrade lösning. Man kan även här fråga sig var rötterna till denna "visdom" sitter. Varför inte i *common sense*?

domen. Det är av vikt att denna enhetlighet får än mer uppmärksamhet i framtida reformarbeten på området.

2.3.5.4 HOVRÄTTSPRAXIS

Avsikten är inte att göra en fullständig redogörelse över praxis i hovrätterna beträffande gränsområdet. Dels täcks underrättspraxis av undersökningen beträffande tingsrättspraxis under åren 1989 till 1992, dels är HD:s refererade fall och notisfall så många att den i sig berättigar till slutsatser om vilken väg praxis har valt. Redogörelsen för hovrättspraxis får i första hand tjäna som en kontroll av den övriga undersökningen av praxis och är i huvudsak inskränkt till publikationen "Rättsfall från hovrätterna". Tre rättsfall, som faller något utanför ramen, har medtagits. Dessa gällde grov vårdslöshet i trafik och berörde lokutionen "uppenbar likgiltighet inför andras liv", ett uppenbart uppsåt respektive sammanhanget mellan dolus eventualis och generalprevention.

2.3.5.4.1 DOLUS EVENTUALIS

DOLUS EVENTUALIS I FRIKÄNDA MÅL

RH 1981:131

Den tilltalade, som var berusad och upprepade gånger hade hotat att döda offret, högg offret med en kniv vid ett slagsmål i Folkets park. Den tilltalade erkände hugget men invände att uppsåt att döda inte funnits, utan endast till att skada samt att nödvärn förelegat. Den tilltalade fälldes för dråpförsök i TR med följande motivering:

TT:s yttranden, att han skulle döda offret om denna kom till hans lägenhet, och tillvägagångssättet vid brottet visar, att TT avsåg att beröva offret livet.

HovR godtog däremot TT:s uppsåtsinvändning och fann att TT inte uppsåtligen försökt att döda offret. Yttrandena från TT tillmättes inte någon avgörande betydelse. HovR:s motivering var följande:

Samtidigt måste TT ha insett att knivhugget var sådant att det skulle ha kunnat leda till offrets död. På grund av vad som har redovisats ovan kan det emellertid inte ens antas - än mindre hållas för visst - att TT skulle ha utdelat hugget, om han hade varit säker på att han därigenom skulle ha dödat offret.

HovR ogillar följaktligen åtalet med en dolus eventualisformulering. Åtalet gällde försök till mord. Sätillvida är domen i överensstämmelse med praxis i

övrigt när det gäller restriktivitet att använda sig av *dolus eventualis* annat än vid friande domar och vid försök.

Domen är ändå något överraskande. Man kan fråga sig om inte HovR:s majoritet funnit ruset vara en exculpationsgrund i kraft av *dolus eventualis*formuleringen. Två ledamöter var också skiljaktiga och ville fälla för dråp. Man betonade där berusningen, samt sättet för hugget och placeringen av sticket; således enligt mallen från NJA 1977 s 630.

RH 1989:35

En man knuffades under en mycket kall vinternatt ned i en kanal efter ett handgemäng. Offret räddades genom tillskyndande personer. Åtal för försök till dråp ogillades i TR och i HovR med en *dolus eventualis*formulering. Utgången var betingad av att offret inte dog, på grund av att TT såg och talade med andra personer om räddningen av offret. Offret hade avsiktligt kastats i vattnet. Även denna utgång stämmer med mönstret i praxis i övrigt, när det gäller oviljan att döma till ansvar för försök till uppsåtligt dödande, om inte gärningen är mycket typisk och vad gäller användandet av *dolus eventualis* vid försök och vid friande domar.

RH 1995:70

Två TT:e, 18 och 19 år, åtalades bl a för mord. De TT:e var båda tränade i karate och i att utdela höga sparkar. Offret fälldes med karatesparkar och sparkades i liggande ställning helt oprovocerat ihjäl. Offret rånades på 200 kr. TT:e förnekade uppsåt att beröva offret livet. TR och HovR använde båda ett *dolus eventualis*resonemang för att finna att TT *inte* haft uppsåt att döda. I resonemanget hänvisades till justitierådet Linds yttrande i HIV-målet NJA 1994 s 614.¹¹⁹¹ HovR gjorde en i stort sett likartad utredning och konstruktion som i detta fall av det friande uppsåtsresonemanget, som gick ut på att bägge leden i *dolus eventualis* obetingat måste vara uppfyllda. Eftersom i fallet *dolus eventualis* användes för att fria och inte fälla, är även detta i överensstämmelse med praxis i övrigt.

I detta fall skulle resonemang med både sannolikhetsuppsåt, gärningsuppsåt och likgiltighetsuppsåt kunnat medföra ansvar för uppsåtligt dödande. Resonemanget från HovR:s sidan med en hänvisning till justitierådet Linds särskilda yttrande, kommenterat ovan, verkar ha lett HovR till det friande utslaget. Enligt min mening är både jr Linds yttrande, som förut sagts, och motiveringarna i detta fall inte i överensstämmelse med praxis i övrigt. *Dolus eventualis* fungerar inte på det sätt, som förutsätts i domarna. Gränsområdet

¹¹⁹¹ Se avsnitt 2.3.5.3.2 under "'HIV-målet' – NJA 1994 s 614.

mellan dolus och culpa utformas i dessa typiska fall efter andra regler, som är i överensstämmelse med gärningsuppsåt och gärningsmässigt bestämt likgiltighetsuppsåt. Domstolarna i målet tycks ha hamnat i en återvändsgränd genom att man fastnat för vad TT:e "egentligen" tänkte eller vilken psykisk inställning de kan ha haft vid tillfället.¹¹⁹²

DOLUS EVENTUALIS VID SÄRSKILDA ALLMÄNPREVENTIVA SKÄL - RH 1991:123

Fallet gällde en uppsåtsfråga vid luftfartssabotage. En berusad person (TT) vägrades köpa biljett. Han gick då in i ett flygplan, som stod parkerat på marken och drack öl. Efter en stund gick han in i cockpiten och rörde på reglagen med påföljd att planets landningsställ fälldes in och brandsläckaren löstes ut. Skador på mellan 15 till 30 miljoner kronor uppkom. Han invände att han inte haft något brottsligt uppsåt och att allt skett genom en olyckshändelse. Han hade inte haft någon tanke på att skada planet. Om han hade vetat att planet skulle skadats, skulle han inte ha rört några knappar.

Han fälldes för luftfartssabotage med användande av en klassisk dolus eventualisformulering och av ett sannolikhetsuppsåtsresonemang. Gränsen drogs alltså, skulle man kunna uttrycka det, med dubbel säkerhet. Kanske kan fallet anses antyda en skillnad mellan grova våldsbrott och andra brott; även allvarliga sådana. HovR anslöt sig helt till TR:s bedömning av uppsåtsfrågan. Insikten om risken för skadorna fastslogs ha förelegat främst på grund av att han inte ansågs skulle ha avstått från åtgärderna, även om han vid gärningstillfället insett dessa. Något märkligt kan därför synas vad som anfördes som skäl för insikt om skadorna:

Vad det gäller TT:s uppsåt kan ej anses utrett att han eftersträvat att skada planet. TT har alltså såvitt framkommit inte haft direkt uppsåt. Det kan inte heller sägas att TT förstått att hans åtgärder med planet skulle få sådana följder. Däremot måste TT, när han började sina manövreringsåtgärder i cockpiten för att söka starta flygplanet, ha förstått att planet kunde komma att skadas genom hans åtgärder och därigenom bli oanvändbart. Med hänsyn till vad som framkommit om hans berusning och hans förargelse inne i stationsbyggnaden och vad som framkommit i övrigt kan det hållas för visst att TT i sitt berusade och upprörda tillstånd skulle ha vidtagit åtgärderna även om han varit säker på att planet skulle skadas och därigenom bli oanvändbart för flygning. Det måste också för TT ha framstått som höggradigt sannolikt att åtgärder med spakar och instrument inne i trafikflygplanets cockpit skulle skada planet och göra det oanvänd-

¹¹⁹² Se RH 1986:12.

bart i trafik en tid. Samma höga sannolikhetsgrund för skador har förelegat för det fall TT lyckats i sin avsikt att förflytta planet. Han har alltså begått den åtalade gärningen uppsåtligen.

Möjligen skulle man kunna säga att den tillåtna risknivån för åtgärder med flygplan ansetts vara så låg att även ett litet risktagande tillräknas t o m som uppsåtligt brott, trots att ansvar på samma grund förmodligen aldrig skulle tillräknats om det gällt ett grovt våldsbrott.

2.3.5.4.2 GÄRNINGSUPPSÅT

"RENT" GÄRNINGSUPPSÅT

RH 1984:149

TT åtalades för grov misshandel av ett barn på 5 år. Misshandeln utfördes genom att sparka barnet i buken med en träskoförsedd fot. Skadorna på bl a tarmarna var livshotande. Den tilltalade förnekade uppsåt till skadan. TR friade från ansvar för uppsåt till skadan och anförde bl a:

Tingsrätten - som även har beaktat det personliga förhållandet mellan TT och offret - anser inte att sådan slutsats kan dras av utredningen. Det är således inte utrett att skadan på tunntarmen med åtföljande bukhinneinflammation omfattats av TT:s uppsåt.

I tingsrättsmaterialet förekommer ganska ofta att uppsåtet negeras av rätten på grund av nära förhållanden eller vänskapliga förbindelser mellan TT och offret.¹¹⁹³ Som ett bevisfaktum för vilken mening gärningen hade är det en diskutabel metod. Såväl i NJA 1977 s 630 som dess föregångare i svensk praxis och i fallet *Moloney* i engelsk praxis förekom vänskapsband mellan offer och TT.

HovR motiverade ställningstagandet för fällande dom för grov misshandel på följande sätt:

Även om TT inte just åsyftat den uppkomna tarmskadan, måste han ha förstått att utdelandet av den kraftiga sparken praktiskt taget oundvikligen skulle komma att få till följd en livshotande skada. Offrets skada omfattas således av TT:s uppsåt.

Uppsåtsmotiveringen var alltså en användning av rent gärningsuppsåt enligt NJA 1977 s 630. HovR kommenterade NJA 1978 s 244, där TT friades från ansvar för skador i följd av sparkar. Man ansåg emellertid att gärningstyperna var helt olika.

¹¹⁹³ Se avsnitt 5.5.3.2.1 under "Klassen 'Ej DE'" beträffande Ämåls tingsrätt DB 42/91.

TR var benägen att koncentrera uppsåtsbedömningen till frågan om vad TT tänkte i gärningstillfället eller, i enlighet med den hypotetiska frågan i *dolus eventualis*, skulle ha gjort om han varit viss om skadan. HovR koncentrerade sig istället, med stöd av praxis i övrigt, på gärningstypen.

RH 1986:12

TT hade under en vistelse i fängelse fått höra att en villa i Västsverige var lämplig för inbrott för att komma över bl a vapen. Han reste från Stockholm med ett avsågat hagelgevär och tog sig in i villan men blev upptäckt av en kvinna, som han slog ihjäl med ett flertal slag med gevärets pipa och framdel. Han erkände gärningen men invände att han saknat uppsåt att döda, eftersom han endast ville tysta kvinnan. TR dömde för mord och motiverade varför uppsåt förelegat på följande sätt:

Det våld som sålunda utövats mot offret har varit så kraftigt att TT inte kan ha undgått att förstå att misshandeln skulle leda till hennes död. Han har således uppsåtligen berövat henne livet.

I princip bemöttes inte invändningen om bristande uppsåt på annat sätt än genom att ett "uppenbart" uppsåt användes, bedömt på gärningsmässiga grunder. Eventuella tankar om att endast tysta offret avvisades med att dessa inte förtjänade avseende, eftersom misshandeln gått långt utöver "vad detta syfte motiverade". TR:s motivering röjer tveksamhet och har tendenser att hamna i "återvändsgränden" genom diskuterandet om vilken "egentlig" psykisk inställning TT hade vid tillfället. TR dömde TT till 10 års fängelse.

HovR motiverade en fällande dom för mord till livstids fängelse bl a på följande sätt:

I brist på närmare utredning om vad som förekommit vid tillfället går det enligt HovR inte att slå fast vilka avsikter TT hade när han började slå offret. Frågan saknar dock nämnvärd betydelse i sammanhanget. Av TT:s egna uppgifter framgår att ett stort antal slag träffat offret när hon låg på golvet, uppenbarligen helt försvarslös. Slagen - som träffat framför allt på huvudet och halsen - har med stor kraft utdelats med metalldelen på ett gevär, som på grund av slagen har brutits i två delar. Av utredningen framgår att skadorna i offrets huvud, av vilka offret avlidit, varit synnerligen svåra. Dessa omständigheter leder till bedömningen att TT - i varje fall sedan misshandeln med geväret väl påbörjats - har haft uppsåt att döda offret.

Uppsåtet ansågs som säkert om än inte som ett direkt uppsåt. HovR markerade sin motvilja att ge sig in i "återvändsgränden". Personens eventuella överväganden eller tankar och psykiska inställningar fördes åt sidan i resonemanget. Istället koncentrerade man sig på gärningens karaktär och dess

omedelbara manifestation i verkligheten. Gärningsuppsåtets sedvanliga ingredienser finns med: kraften i våldet, vapnets typ, den vitala delen dessa riktats mot och sättet i övrigt.

HD meddelade ej prövningstillstånd.

ICKE GRÄNSSÄTTANDE GÄRNINGSMÄSSIGT "UPPENBART" UPPSÅT - RH 1992:69

Den tilltalade åtalades och fälldes i TR för grov misshandel i anledning av "oprovocerat" gatuvåld. Han förnekade gärningen och gärningsmannaskapet. I HovR bedömdes inte misshandeln som grov. Uppsåtsfrågan berördes inte mycket varken av åklagaren, TT eller TR eller HovR. Endast en liten passus förekom i HovR:s domskäl:

Det våld som TT har utövat, knytnävsslag mot offrets kropp, låt vara att denne då legat ned, är inte sådant att det framstår som typiskt för ett grovt misshandelsbrott. Det är inte klarlagt att TT har fortsatt misshandeln med insikt om att offret förlorat medvetandet.

Fallet stöder alltså uppfattningen att utan TT:s invändning om uppsåt i målet, tas oftast inte uppsåtsfrågan upp. Uppsåt behöver enligt rättsfallet inte ens tas upp i målet vid fällande dom, då fråga är om ett brott, som kan medföra 10 års fängelse. Frågan är om inte detta enligt gängse process- och straffrättsliga uppfattningar egentligen är ett allvarligt rättegångsfel. Man kan knappast tänka sig att de objektiva rekvisiten utelämnades i ett grovt brottmål. Men att uppsåtsbedömningen kan utelämnas även vid grova våldsbrott är utan tvekan stabil praxis.¹¹⁹⁴ Jag återkommer närmare till denna fråga i samband med re-
dovisningen av tingsrättspraxis.

HovR antyder att misshandel med insikt om att offret förlorat medvetandet skulle vara något som kännetecknar grov misshandel. Detta stämmer överens med vad förarbetena säger i anledning av utvidgningen av användandet av rubriceringen grov misshandel vid misshandel av skyddslösa personer.¹¹⁹⁵ Frånvaron av insikt om denna skyddslöshet har alltså behandlats av HovR, trots att ingen invändning om detta anförts av TT. Men på grund av att TT inte kunde göras ansvarig för annat än knytnävsslag och inte sparkar mot den liggande, sågs gärningen som en atypisk grov misshandel.

¹¹⁹⁴ Se avsnitt 5.4.3.6. Cirka 70 % av alla grova misshandelsfall innehöll inte något om uppsåtsfrågan i domskälen.

¹¹⁹⁵ Prop 87/88:14 s 31ff.

"ORENT" GÄRNINGSUPPSÅT - RH 1993:10

Fallet är motsatt analogt till Klippanmålet. Invandrarungdomar förföljde en rasist, som misshandlades. En av TT:e, som var 15 år vid tillfället, stack ihjäl offret med två hugg i ryggen med samma vapen som i Klippanmålet; en s k butterflykniv. Den tilltalade sade sig inte ha något klart minne av händelsen. Han dömdes för mord av TR med en motivering, som HovR anslöt sig till. En hovrättsassessor ville döma TT till fängelse i fyra år. HovR dömdes TT till att överlämnas till vård inom socialtjänsten. Uppsåtsmotiveringen löd:

TT har begärt och fått sin kniv i ett tidigt skede av förföljandet av offret. Han kan i det läget, när offret hade flera pojkar mot sig, inte ha känt sig hotad av offret. Han har därefter, sedan han fällt fram bladet, sprungit drygt 100 m efter offret och hunnit upp denne, när offret stående ensam och med ryggen mot TT försökte komma undan dem som misshandlat honom i sin port och huggit två gånger i ryggen. Ett användande av ett vapen som en butterflykniv är alltid förenat med stor fara och hugg i ryggen som i detta fall innebär alltid stor fara för livet. TT kan inte ha varit omedveten om detta. Han har inte varit utsatt för något hot och har under språngrmarschen haft tillfälle att lugna ner sig. Han skall dömas för uppsåtligt dödande.

Det var överhuvudtaget inte fråga om att dödsfallet skulle varit ett mål för TT. Motsvarande resonemang som från HovR i Klippanmålet, att uppsåt till effekten måste bevisas som ett psykiskt faktum eller åtminstone ett godtagande enligt det hypotetiska provet i dolus eventualis, saknas. Ett sådant prov skulle inte med säkerhet kunna besvaras jakande. Domstolarna har alltså valt en något uttunnad motivering, som i huvudsak överensstämmer med NJA 1977 s 630. I skenet av Klippanmålet föreligger här en i stort sett fullständig samstämmig praxis. HovR i Klippanmålet är tämligen ensam om att avvika från detta mönster.

2.3.5.4.3 LIKGILTIGHETSUPPSÅT

UPPENBAR LIKGILTIGHET FÖR ANDRAS LIV ÄR OAKTSAMHET - RH 1988:27

TT försökte i en stulen bil att köra ifrån en polisbil och kom upp i en hastighet av 140 km/tim inne i tätorten Älvängen. Den tilltalade försökte att genom "slalomkörning" hindra polisen att köra om. Ingen människa kom till skada. Fråga var om innebörden av "uppenbar likgiltighet för andra människors liv" i 1 § andra stycket TBL.

Tingsrätten skrev:

Genom sitt körsätt har TT, oavsett anledning till varför han försökt undkomma polisbilen, visat prov på grov oaktsamhet och även visat uppenbar likgiltighet för andra människors liv och egendom.

HovR ansåg visserligen att TT genom sitt färdssätt visat grov oaktsamhet men inte visat uppenbar likgiltighet för andra människors liv. Man menade att uttrycket "uppenbar likgiltighet för andra människors liv" måste syfta på det hypotetiska provet i dolus eventualis:

Den till stöd för detta påstående åberopade lagtexten innefattar, såvitt den rör hänsynen till andra människors liv, enligt vanligt språkbruk ett krav på att domstolen är övertygad om att den tilltalade skulle ha handlat på samma sätt även med vetskap om att handlingen skulle få någon annans död till följd. Utredningen ger inte underlag för en sådan övertygelse.

Enligt HovR skulle således rekvisitet i TBL § 1 st 2 på uppenbar likgiltighet för andras liv, kunna användas för att motivera ett klart uppsåtligt dödande med en dolus eventualisformulering. I målet var dock inte fråga om uppsåtligt dödande. En tolkning är därför att hovrätten menar att dolus eventualisprovet skulle kunna användas för att fastställa om sådan uppenbar likgiltighet för andras liv föreligger, som är ansvarsgrundande för ett oaktsamt brott. Det är emellertid inte sannolikt, eftersom hovrätten formulerar ett mycket traditionellt eventuellt uppsåt.

En annan möjlig tolkning är att hovrätten observerat den bristande överensstämmelsen mellan stadgandet och likgiltighetsuppsåtet i praxis, vilket i detta fall tolkats som dolus eventualis. Hovrätten skulle på sätt och vis därigenom förklara likgiltighetsrekvisitet i stadgandet som oanvändbart, eftersom det egentligen innehåller ett uppsåtskrav till annans död.

Det är också tänkbart att hovrätten menat att man kan använda likgiltighetsrekvisitet i TBL § 1 st 2 i brottskonkurrens både för oaktsamhetsbrottet vårdslöshet i trafik och för ett dolusansvar för dödande. En TT skulle kunna fällas till ansvar för grov vårdslöshet i trafik och för dråp eller försök till dråp, om körsättet visar "tillräcklig" likgiltighet för andras liv. Precis samma likgiltighet inför andras liv beroende på precis samma gärning, vilken här endast utgjort ett visst körsätt, skulle samtidigt kunna anses som två gärningar: ett typiskt oaktsamt körsätt, som resulterat i ett försök till uppsåtligt dödande. Ett sådant resonemang är inte otänkbart, om uppsåt ses som en kvalificerad culpa. Likgiltigheten skulle då beteckna "rätt culpakvalité" enligt de två olika culpakraven i dels BrB kap 3 § 2, dels TBL § 1 st 2.

Men att på ett uppenbart likgiltigt sätt, dvs detta är uppenbart för alla och för TT, riskera andras liv genom ett visst körsätt är uttryckligen kriminaliserat

som grov vårdslöshet i trafik. Skulle samtidigt ansvar för försök till uppsåtligt dödande utdömas, måste det i detta fall lösas genom lagkonkurrens för att undvika dubbelbestraffning. En skillnad mellan fullbordat och ofullbordat uppsåtligt dödande är av samma skäl tveksam. Man kan inte med exakt samma likgiltighetsformulering och exakt samma gärningsbeskrivning, som t ex i detta fall ett visst "likgiltigt" körsätt, införa ett rent effektansvar.

Åtalet mot TT ogillades emellertid. Eftersom domstolarna i regel är obenägna att använda *dolus eventualis* för att fälla vid fullbordade grova våldsbrott verkar motiveringen endast ge svar på de fall, där gärningspersonen *inte* visat likgiltighet för andras liv. *Dolus eventualis* och likgiltighet konstaterad genom detta prov, skulle då endast användas för att genom en uppsåtsnegation konstatera oaktsamhet.

Fallet illustrerar hur likgiltighetsbegreppet används på förvirrande många olika sätt. Begreppet utan en förklarande kontext kan beteckna många skuldformer, både uppsåt och oaktsamhet. Begreppet innehåller ingen specifik skuldform utan endast en utsaga om "rätt skuld".

LIKGILTIGHETSUPPSÅT SOM GÄRNINGSUPPSÅT

RH 1989:98

TR dömde för misshandel. Åklagaren hade yrkat ansvar för grov misshandel. Inget som helst uppsåtsresonemang förekom, vare sig i åklagarens yrkande eller gärningsbeskrivning eller i domskälen. Ingen invändning om bristande uppsåt till kroppsskada eller i övrigt förekom. Däremot hävdade TT att skadorna i ansiktet på offret var en olyckshändelse, då offret föll efter att offret slagit TT.

HovR anförde:

TT var uppenbarligen kraftigt berusad vid tillfället och med det tillhygge han använde måste han ha haft svårt att kontrollera vilka skador han tillfogade offret. Omständigheterna kring angreppet ger därför underlag för slutsatsen att det var TT likgiltigt om offret hade råkat betydligt värre ut än han faktiskt gjorde.

HovR använder sig alltså av likgiltighetsuppsåt och likgiltigheten konstateras här som en följd av ruset. Den *bristande* kontrollen är huvudincitamentet till att likgiltighet föreligger. Sätillvida är denna likgiltighet en klassisk oaktsamhet. Men i följd av att gärningen typiskt uppfyller gärningsuppsåt anses gärningen ändå uppsåtlig. Detta är även i klar överensstämmelse med praxis i övrigt. Vapnet eller tillhyggets art och sättet för dess användning liksom även affekt och/eller rus är alla typiska element i liknande fall.

Den tilltalade hade i ett handgemäng med flera personer ur en rivaliserande familj i slutet av detta bråk utdelat ett dödande knivstick i hjärtat mot en flyende medlem av sina motståndare. Den tilltalade hade enbart en invändning om att nödvärn eller minst nödvärnsexcess förelåg. Han fälldes för dråp i båda instanserna. Domstolarna betonade den bristande utredningskvantiteten beträffande händelseförloppet. Uppsåt konstaterades i enlighet med ett resonemang, som i stort sett överensstämde med den sedvanliga formuleringen för likgiltighets uppsåt. TR anförde därvid följande, i vars lydelse HovR instämde:

Det har inte gjorts gällande av TT och stöds ej heller av någons uppgift, att det slag denne fått mot huvudet strax innan varit av sådan karaktär att hans efterföljande handlingar skett i ett försvagat medvetandetilstånd. Det sista knivsticket måste anses utdelat med uppsåt. Det kan hållas för visst att han när han utdelade sticket var medveten om dess livsfarliga karaktär och även ställde sig helt likgiltig till om offret skulle avlida eller ej. De skador offret genom sticket tillfogats har ensamma och omedelbart varit dödliga. TT är därför på angivet sätt övertygad om dråp.

Det enda syfte anmärkningen om att TT inte försvarat sig med att handlingen var en reflex kan tjäna, är att det hade haft betydelse om TT framfört detta försvar. Betydelsen av anmärkningen skall dock inte överdrivas. Det är i och för sig inte en tvingande e contrarieslutsats. Men det anförda stöder tanken på att TT tilldelats ett ansvar i rättegången, som man kan misstänka ligger nära en dispositionsrätt eller dispositionsskyldighet för den TT i brottmålsrättegången.

Uppsåtspövningen visar sig som prövningen av ett gränsuppsåt med ungefär samma ingredienser som bedömningen av ett vanligt gärningsuppsåt.

2.3.6 KONKLUSION – GÄRNINGSUPPSÅT OCH DOLUS EVENTUALIS ÄR GÄLLANDE RÄTT

Praxis publicerade i NJA och RH ger ett fast stöd för att gärningsuppsåt sedan slutet av 1800-talet har använts parallellt med andra gränssättande uppsåtsslag. Gärningsuppsåtets ställning som gränsträgningsinstrument har stärkts på senare tid och är gällande rätt i fällande domar för grova våldsbrott vid fullbordat brott. I dag tenderar det "rena" gärningsuppsåtet från NJA 1977 s 630 att kompletteras med ett konstaterande av likgiltighet. Gärningsuppsåt, främst betecknat som likgiltighet, framstår här som det enda gränsträgningsinstru-

mentet. Undantag från detta är brottslig gärning i anledning av överförande av HIV-smitta och andra atypiska våldsgärningar. Likgiltighet i detta sammanhang tycks inte säga mer än att gärningen(gärningspersonen) varit oaktsam

Dolus eventualis används, utöver när det gäller prövningen av de atypiska gärningarna, parallellt med gärningsuppsåt vid osjälvständiga brott och för att motivera att uppsåt *inte* föreligger. Här dominerar dolus eventualis. Dolus eventualis används i det förra fallet ungefär som *specific intent* i *common law*-kulturen. Vid ogillade åtal fungerar instrumentet närmast som en "positiv" karaktärsbevisning. Den tilltalades ansvarsfrihet följs av en hedersam försäkran om att han inte skulle ha accepterat riskens förverkligande. Dolus eventualis' förmodade genombrott antas ha skett i NJA 1959 s 63 och bekräftats i NJA 1980 s 514. I dessa mål *ogillades* åtalet för *försök* till uppsåtligt dödande.

Prejudikatsläget ger entydigt svar på att sannolikhetsuppsåt inte är eller har varit gällande rätt. I praxis har inte gränsdragningen i första rummet handlat om huruvida sannolikhetsuppsåt eller eventuellt uppsåt skall forma gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet.

Istället har man utgått från ett antal gärningstypiska gärningsmässiga kriterier, i många stycken likt formuleringen i NJA 1977 s 630. I flera avseenden är praxis imponerande jämn och säker i sitt icke-doktrinära sätt att hantera gränsdragningsproblemen. Hovrättens dom i Klippanmålet kanske inte är ett enstaka undantag men är i varje fall inte på något sätt regel.

2.4 SLUTLIG DISKUSSION OCH KONKLUSION – VILJA OCH/ELLER VERK MÅSTE BLI VILJAVERK

Uppsåtsbedömningen började först på allvar att problematiseras i samband med att den moderna straffrättsdogmatiken trängde fram. Problemen gjorde sig visserligen gällande genom platonistiskt betonade idéer om oförenligheten mellan kropp och själ samt därmed också mellan vilja och verk. Men den judiskt-grekisk-kristna sinnelagsetiken kom ändå inte i en grundläggande konflikt med omgivningens betoning av intentionalitet och skuld, som utgångspunkt för straffansvar. Skälet till detta var främst den medeltida kyrkans förankring i senantikens tänkande och traditionens och processens hegemoni

över ansvarsprövningen i en fundamentalt muntlig värld. Först under "mekanismens" höjdpunkt i början på 1900-talet förändrades villkoren. Prövningen av sinnelaget, de "inre" elementen eller den "samhällsfarliga viljan" framstod nu som något, som snart skulle lösas av vetenskapen. Man hade också fått tillgång till en verklig massproduktion av skrift. Straffprocessen byggdes om och åtskillnaden mellan sinnelag och gärning permanentades i den moderna straffrättsdogmatiken.

Uppsåtsprövningen blev därigenom först i detta skede genomgående orealistisk och problematisk. Egentligen hade dessa idéer samma benägenhet att förtränga skillnaden mellan gudomliga och mänskliga villkor för bedömningen av andras gärningar som bruket av magi och olika slags "gudsdomar" för att avtvinga det gudomliga svar på för människan fördolda ting har sin grund i liknande föreställningar om förhållandet mellan gudomlig och mänsklig makt. Istället för magi skulle den exakta vetenskapen kunna skapa nya mekaniska och empiriska förutsättningar för prövningen av de "inre" elementen.

Den subjektivistiska utgångspunkten, vare sig den är av profan eller religiös natur, ger upphov till en bristande realism i uppsåtsprövningen, eftersom den skapar en motvilja mot dennas förankringen i sinnevärlden. Ett bortseende från skuldprincipen, eftersom man ändå inte antas kunna veta något om gärningars mening, eller på rent konsekvensetiska skäl, är lika orealistisk. Konsekvensetiska utgångspunkter skapar en grogrund för en flora av subjuridiskt präglade (procentuella och materiella) speciella skuldkrav, med fara för rättsosäkerhet, eftersom det faktiskt är skuldprincipen som utgör straffansvarets fundamentalprincip.

Avgörande för uppsåtsprövningens motsägelsefrihet och praktiska bärkraft är därför inte ett val mellan konsekvensetik och sinnelagsetik. Prövningen måste bli realistisk, dvs förankras "objektivt" i sinnevärlden samtidigt som skuldprincipen beaktas. De två premisserna, tudelningen i "yttre" och "inre" rekvisit och den skarpa skillnaden mellan processrätt och materiell rätt överges. Särskilt gäller detta prövningen av uppsåtsgränsen mot oaktsamhet. En sådan insikt har börjat avteckna sig åtminstone i spjutspetsarna för tysk och anglosaxisk rätt. I tysk rätt har man börjat inse att 100 års hårt rättsvetenskapligt arbete med att definiera uppsåtsgränsen, på något sätt hamnat i en "Sackgasse". Man nöjer sig inte längre med att upphöja begrepp som t ex "likgiltighet" eller "insikt" till det speciella begrepp som skall kunna avslöja den rätta typen av just det "inre" element, som kriminaliseringen skall träffa. Alla omskrivningar eller parafraseringar, som Hassemer uttrycker sig, av detta "inre" faktum, vill man istället på olika sätt objektivera antingen genom "indikator-kataloger" eller med hjälp av processuella grepp. Om spjutspetsarna i båda rättskulturerna sammanförs, menar jag att man kan uppnå en

tillfredsställande objektivering, eller hellre, gärningsmässighet, i uppsåtsprövningen.

Den nödvändiga begreppsapparaten för detta saknas visserligen i stor utsträckning i litteraturen men finns åtminstone delvis tillgänglig i svensk praxis. Problemet är att praxis inte riktigt lyckats marknadsföra sin version av hur uppsåtsproblemen skall lösas i konkurrens med den doktrinära versionen.

Två läror för prövningen av uppsåtsgränsen existerar därför sida vid sida i Sverige. En används av praxis och är historiskt baserad, gärningsinriktad, icke-dualistisk och i vissa avseenden lik de ålderdomliga lösningarna för området inom *common law*-kulturen. Den andra är en doktrinär lära, som är bunden till det dualistiska brottsbegreppet från 1800-talets slut och till Thyrén-Franks lära om gränsdragningen. Denna lära används också av praxis men företrädesvis i legitimerande syfte.

Den gängse uppsåtsläran räcker inte till för de uppgifter den har tilldelats i svensk rätt. Den har överhuvudtaget fallerat, när det gäller att träffa de gärningar som man velat kriminalisera med hjälp av instrumentet direkt, indirekt och eventuellt uppsåt. I stället används gärningsmässiga kompletteringar både i doktrinen och i praxis. Även straffvärdebestämningen har använts som en komplettering.

Täckningsprincipen är ett uttryck för föreställningen att vissa rena kroppsrörelser måste täckas av något "inre" element. Principen kan bättre uttryckas som ett krav på att gärningar skall vara meningsfulla. Hur denna meningsfullhet beskrivs är främst en fråga om gärningstypicitet och tolkning av gärningar och deras mening. Att det till stora delar rör sig om konventionella och normativa begrepp för gärning och mening och inte om enbart empiriska begrepp, gör ingen skillnad.

Man kan beskriva uppsåt med abstraherande och från gärningen fristående termer. Denna teknik kan dock verka förledande vid uppsåtsprövningen. Bevistemat tenderar att försvinna som något "egentligen" omöjligt och fördolt för andra än gärningspersonen. Det är viktigt att alltid är klart att uppsåt *först* observeras som "viljaverk" direkt i gärningen och dess kontext för att bibehålla realismen i prövningen. Abstraktionen kommer *efter* denna observation.

Alla uppsåtsbedömningar framstår som mer eller mindre gärningsmässiga bedömningar av gärningen och dess mening. Uppsåt kan bevisas och skall bevisas genom att aktuell och säker avsikt och/eller visshet om effekten direkt observeras i gärningen och dess kontext. Detta följer av gällande lagstiftning, legalitetsprincipens *præter legem*-förbud, skuldprincipen och principen in *dubio pro reo*. Uppsåt bevisas inte genom en slutsats från något yttre till "inre

fakta" eller såsom vissa "inre" för andra än gärningspersonen dolda element. Domstolar har skyldighet och rättighet att konstatera uppsåt i gärningen i de fall detta är uppenbart eller tydligt, genom att gärningen som skall bedömas är tydlig och typisk. Detta är det enda område, som bör kvalificeras som uppsåt. Traditionellt brukar detta område betecknas med begreppen indirekt eller direkt uppsåt. Detta uppsåt fastställs alltså oftast på gärningsmässiga grunder genom en direkt observation av gärningens mening och dess kontext. Några särskilda formler behövs inte. Inte heller behöver man upprätthålla en åtskillnad mellan indirekt och direkt uppsåt i vanliga fall, eftersom ingen moralisk eller straffvärdemässig skillnad finns dem emellan. I de fall fristående avsikts- eller uppsåtsrekvisit finns i lagtexten, kan lagtextens egna ord användas i domsmotiveringarna. Fristående avsikts- och uppsåtsrekvisit fyller funktionen av att ange olika handlingsskäl, vilket krävs i vissa fall. Dessa handlingsskäl är, liksom allt uppsåt, bundna till gärningens mening. Uppfyllandet av ett fristående uppsåtsrekvisit kan inte ske utan samband med gärningen i övrigt. Begreppet "fristående" är därmed missvisande. Bättre vore att använda begreppet "särskilda" handlingsskäl eller särskilda uppsåtsrekvisit.

I svåra fall, dvs då uppgiften är att fastställa uppsåtsgränsen, skall inget avkall på kravet på ett säkert uppsåt ges. Samma grundläggande krav på (praktisk) aktuell visshet och aktuell avsikt måste föreligga som vid uppenbart uppsåt. I vissa typiska fall, där robustheten särskilt vad beträffar gärningens kontext är ifrågasatt, kan *ändå* ett säkert och aktuellt uppsåt fastställas. Enligt vissa grundläggande typiska rekvisit som vapnets art, sättet och placeringen av våldet kan ett gränssättande uppsåt gärningsmässigt ändå fastställas. Praxis har i många fall utvecklat precisa regler för vilka dessa rekvisit är. Detta gränsuppsåt kan kallas för gärningsuppsåt, trots att allt uppsåt är gärningsmässigt bestämt. I dessa svåra fall får inte uppsåt presumeras eller omdefinieras. Samma beviskrav och samma krav på ett aktuellt och säkert uppsåt måste upprätthållas vad beträffar gränsuppsåt.

Uppsåt är alltså endast säker visshet om effekt och avsikt *samt* annat gärningsuppsåt, som *ändå kan anses säkert* efter vissa specifika kriterier som praxis utvecklat. Poängen är här att man *inte* skapar en gråzon, där uppsåt är *nästan* säkert. Nästan säkert uppsåt är alltid enbart culpa. En skillnad kan dock upprätthållas mellan *uppenbart* uppsåtliga gärningar och säkert uppsåtliga men inte uppenbart uppsåtliga gärningar. Denna skillnad är inte en avgörande ansvarsskillnad men kan tänkas ha betydelse i de särskilda fall som fordrar ett *särskilt* uppsåt.

Termerna indirekt och direkt uppsåt eller insikts- och avsiktsuppsåt används, och kan användas, för att *i efterhand* ange den abstraherade intentionaliteten. Uppsåtsprövningen föregår denna abstraherande operation, genom att be-

dömningen avser tolkningen av en meningsfull gärning. Alla andra former av skuld än de ovan nämnda är bara culpa. Är inte uppsåt klart och säkert fastställbart, är uppsåtsrekvisitet i kraft av legalitetsprincipen, svensk lag och principen *in dubio pro reo* inte uppfyllt. Både "sløret" uppsåt, "att-se-rött-upsåt", "uppsåt rätt och slätt" (i den mån detta begrepp refererar till något mer än indirekt och direkt uppsåt), sannolikhetsuppsåt, *dolus eventualis* och alla andra former, som inte uppfyller det lagliga uppsåtsrekvisitets entydiga krav på ett säkert uppsåt, är inte uppsåt utan endast culpa.

Detta betyder att den (mycket) grova culpan, dvs det närmaste området intill uppsåtsgränsen på culpasidan, eventuellt kan behöva kriminaliseras i en högre grad än tidigare. Men det finns inte ett oundgängligt behov för en tredje skuldform liknande *recklessness*. Istället kan den grova culpan, som i praktiken oftast är medveten culpa, specificeras på ett särskilt sätt i beskrivningen av varje enskilt brott. Man bör inte ge avkall på att denna skuldform i princip måste vara en ansvarsform och inte bara en påföljdsfråga.

Straffansvarsutredningens förslag att lagstifta mot *dolus eventualis* berövar främst praxis tillgången till en begreppsapparat för ett "hedersamt" frikännande och för att uttrycka kravet på ett *specifikt* uppsåt, eftersom praxis redan, mer eller mindre med vissa undantag, har avskaffat *dolus eventualis* vid fällande domar för grova våldsbrott. Behovet av lagstiftning verkar därför vara överdrivet. Sannolikhetsuppsåt eller insiktsuppsåt bör inte införas såsom Straffansvarsutredningen föreslagit. Man skulle bara befästa en gräzon till nackdel för TT. Det finns inget behov av en sådan favör för åklagaren. Den lösning, som praxis använder sig av ger ett rättssäkrare resultat. Man borde på så sätt också lättare kunna undvika upprepningar av liknande situationer som då hovrättsdomen i Klippanmålet hamnade i en "återvändsgränd". Det är tänkbart att använda sig av begreppen avsiktsuppsåt och insiktsuppsåt på samma sätt som direkt och indirekt uppsåt används idag. Men detta innebär endast en ny "uppsåtsparafrasering" och ingen reform av prövningen av uppsåtsgränsen.

KAPITEL 3 FÖRSÖK

3.1 INLEDNING

Uttrycken för förhållandet mellan å ena sidan fullbordat eller självständigt och å andra sidan ofullbordat eller osjälvständigt brott kan variera. Jareborg har också betecknat denna relation som parasitisk.¹¹⁹⁶ Här används dessa begrepp synonymt som överbegrepp till alla begrepp för osjälvständiga brott.

Förhållandet mellan gärning och uppsåt respektive gärning och person blir särskilt tydligt vid en bedömning av försöksansvar. Det facit som en fullbordad gärning har i effekten saknas i en försöksgärning. Vid bedömning av försöksansvar betraktas gärningen som en "kuperad" brottslig gärning med ett "parasitiskt" förhållande till en tänkt fullbordad brottslig gärning.

Bedömningar av gärningar och personer i två led blir särskilt problematisk då det gäller att fastställa huruvida fristående uppsåtsrekvisit är uppfyllda.¹¹⁹⁷ Gärningen, betraktad som en kroppsrörelse, som är utan intentionalitet, ger nämligen inte "i sig" någon omedelbar information, t ex om forcerandet av ett lås är en räddningsaktion eller ett stöldförsök. Uppsåtet, som anses vara den främsta utgångspunkten för att kunna bedöma om en gärning är ett försök eller inte, beskrivs frikopplat från gärningen "i sig" i form av en "brottsplan", och/eller ett "subjektivt överskott".

För att råda bot på problemen ifråga, vill ortodoxa subjektivister hävda uppsåtets och "brottsplanens" fullständiga hegemoni över gärningen. Ortodoxa objektivister försöker gå förbi problemet genom att istället utgå från en tänkt konkret fara för fullbordat brott som grund för försöksansvar. Denna fara tänks ändå ha skapats främst genom någon slags intentionalitet.

Essensen i de olika praktiska lösningarna från båda håll koncentreras till syvende och sist, trots allt, i en tolkning av (den meningsfulla) gärningen i sin helhet. De teoretiska ramarna för den gängse uppsåtslärans dualistiska provningsmodell överskrids av de traditionella försökslärorerna, både de subjektiva och de objektiva. Därmed blir försöksansvaret en indikator på hållfastheten av grunderna för olika föreställningar om tillräknande och av bedömningen av straffansvar i övrigt.

¹¹⁹⁶ Jareborg, Ansvarslära s 74.

¹¹⁹⁷ Här används, av kompatibilitetsskäl, begreppet "fristående" trots de tveksamheter som förut anförts.

Försöksansvaret redovisas i beskrivningar av straffrättens allmänna del ofta systematiskt i slutet av framställningen inom båda rättskulturerna.¹¹⁹⁸ Ansvarsformen uppfattas som ett underordnat undantag. Tre betydelsefulla verk från *common law*-kulturen pekar i motsatt riktning: *Principles of Criminal Law* av Hall, *Rethinking Criminal Law* av Fletcher och *Criminal Attempts* av Duff.¹¹⁹⁹ Systematiken i framställningarna är inte en tillfällighet. Hall skriver om försöksbrottet:

...criminal attempt involves the very foundations of criminal liability...¹²⁰⁰

... in some instances the problem of external harm are the most complex. If the above (objektiv skada; SC) fundamental principle is valid there, (i försöksansvaret; SC) it can readily be maintained elsewhere. If it is understood in the relation to criminal attempts, it will be easily apprehended generally.¹²⁰¹

Hall motiverar försöksbrottets plats i boken *Principles of Criminal Law* med att först beteckna person- och saksador eller skador på sociala intressen som den grundläggande principen för straffansvar, vilken han anser vara huvudregeln beträffande de flesta brott i brottskatalogen. Eftersom denna princip framförallt verkar motsägas av försöksansvaret, vill han först konfrontera principen med försöksansvaret. Om principen kan upprätthållas även beträffande detta ansvar, anser han att den även generellt har försvarat sin plats. Efter genomgången drar han slutsatsen, även om han finner att principen inte upprätthålls konsekvent beträffande försöksansvaret, att även här bekräftas skadans huvudroll som straffansvarets grund.¹²⁰²

I boken *Rethinking Criminal Law* från år 1976 börjar Fletcher framställningen med stöldbrottet och försöksansvaret före behandlingen av de traditionella allmänna lärorna i straffrätten. Fletchers systematik är i stora drag följande:

Skälen till all kriminalisering kan inordnas under huvudsakligen tre "paradigm"; det manifesta brottet, skadliga följder och subjektiv brottslig-

¹¹⁹⁸ Se exempelvis *Straffansvar*, s 122, Strahl, 1976 s 212, Waaben, *Ansvarsläran* s 194, Jacobs, *AT* s 701, Roxin, *AT* band 1 och 2. Roxin behandlar överhuvudtaget inte försök i det första bandet, utan behandlar försök, medverkan och underlåtenhet i det andra bandet såsom "...die besonderen Erscheinungsformen". I Williams, *Criminal Law* s 614, Cross and Jones, s 333, Smith & Hogan, s 255. Williams, *Textbook* s 368 behandlas emellertid försök före *defences*.

¹¹⁹⁹ Se Hall, s 61 respektive Fletcher, 1978 s xix och 131.

¹²⁰⁰ Hall, *Criminal Attempt* s 789.

¹²⁰¹ Hall, s 61.

¹²⁰² Hall, s 136.

het.¹²⁰³ Försöksansvaret tillhör det subjektiva paradigmet. Utilitaristiska läror om straffets grund och syfte har dominerat i över 100 år. Det finns sedan mitten av sjuttioalet en växande trend att ställa grundläggande frågor om hur straffet moraliskt kan försvaras.¹²⁰⁴ Nödvändigheten av dessa senare frågor visar sig tydligast i det faktum att icke-effektbaserade kriminaliseringar, såsom farebrotten, ökar på bekostnad av effektbrotten.¹²⁰⁵ Ju större del av straffrättens regler, som utgörs av farebrott, desto större skäl att moraliskt motivera kriminaliseringarna.¹²⁰⁶ Detta gäller, eftersom samhällsskadan vid farebrotten inte är ett faktum utan endast en potentialitet. Sedan 1970-talet har ett uppbrott pågått från utilitaristiska skäl för straffet till teorier om proportionalitet mellan straff och brott; dvs vedergällning.¹²⁰⁷ Om straffrättens "moraliseringsgrad" följer kriminaliseringsaktiviteten när det gäller farebrott och riskbeteenden och andra icke-effektbaserade brott, på bekostnad av effektansvaret, aktualiseras på ett särskilt sätt även denna ideologiska strid i debatten om försöksansvaret och fareansvaret samt relationerna dem emellan.¹²⁰⁸

Även Jareborg behandlar försöksansvaret på en framskjuten plats i boken "Ansvarslära", före behandlingen av skuldfrågorna. Han föreslår att det generella försöksansvaret helt skall slopas och ersättas med enskilda farebrott.¹²⁰⁹ Dessutom låter han reglerna om tillbakaträdandet sortera under ansvarsfri-

¹²⁰³ Fletcher, 1978 s xxii.

¹²⁰⁴ Fletcher, 1978 s xx.

¹²⁰⁵ Jfr redan Welzel år 1961, *Das neue Bild* s 35.

¹²⁰⁶ Jareborgs framtoning om straffrättslig "moralist" i Sverige hindrar dock inte att han föreslår att hela försöksansvaret överförs till enskilda farebrott.

¹²⁰⁷ Fletcher, 1978 s xxf. Beskrivningen, som alltså gjordes för mer än 20 år sedan, har i hög grad bekräftats i varje fall i Sverige under dessa år både vad beträffar ökningen av farebrotten och förvittringen av det utilitaristiska paradigmet i BrB med sitt upphov i förra seklet. Se prop 1962:10 s B 40: "I äldre tider dominerade primitiva föreställningar om straffet såsom en rättvis vedergällning mot den som överträdde samhällets normer. Så småningom har man kommit till insikt om det felaktiga och irrationella i detta betraktelsesätt. Ehuru vedergällningstanken ännu - mer eller mindre öppet - lever kvar i folkmedvetandet, är alla som närmare har arbetat med dessa problem, såväl inom olika vetenskapsgrenar som i det praktiska samhällsarbetet, numera ense om att samhällsreaktionen mot brott främst fullföljer det rent praktiska syftet att förebygga och bekämpa den fara för samhällets bestånd samt ordningen och säkerheten i samhället som vissa handlingstyper utgör." Se även lagrådets yttrande s B 398 och 401 och Wennberg, *Försök* s 16f.

¹²⁰⁸ Jfr Takala, *Något om risker och straffrätt* s 54f.

¹²⁰⁹ Fletcher, 1978 s 146ff. Han uppdelar sin genomgång av "impossible attempts" i särskilda grupper: skottlossning, förgiftningsförsök, försök till inbrott i tomma lokaler, stöld och häleri. Fletcher kan alltså sägas på sätt och vis stödja Jareborgs förslag att ersätta det allmänna försöksansvaret med ett differentierat fareansvar.

hetsgrunderna.¹²¹⁰ På sätt och vis är detta en återgång till sakernas tillstånd före år 1946, då ett allmänt försöksansvar infördes i svensk rätt. Förslaget tillmötesgår i varje fall på dessa punkter kritiken mot ett allmänt försöksansvar, som förekom i debatten inför detta beslut.¹²¹¹ Det vore för långsökt att, utan direkt belägg i hans framställning, påstå att även här placeringen syftar till att markera försöksansvarets roll, som utmanare av hållfastheten av en objektiv grund för straffansvar. Men det är betecknande att det är Jareborg, som på senare tid framlagt det kanske mest genomgripande förslaget beträffande försöksansvaret i svensk rätt.¹²¹²

Stöldbrottet ser Fletcher "paradigmatiskt" som ett slags brott som framträder i gärningen och försöksansvar som ett subjektivt "paradigm". Även om indelningen kan vara riktig på flera sätt, så är de förbindande strängarna tydliga mellan dessa "paradigm". På ett särskilt sätt visar sig detta i debatten om försöksansvaret i svensk doktrin. Försöksansvaret blottlägger några av sambanden mellan dessa strukturer. Detta har både Hall och Duff utgått från. I kapitlet argumenterar jag för att det typiskt intentionella försöksansvaret måste definieras "objektivt" eller snarare gärningsmässigt som ett angreppsbrott.¹²¹³ En "objektiv" gärningsmässig försökslära ger ett visst spelrum för tur eller otur i ansvarsbedömningen.¹²¹⁴ I de flesta länder bedöms försök i något avseende mildare än fullbordat brott. Hänsynstagande till tur och otur anses åtminstone i någon mån kunna förenas med skuldprincipen genom att gärningens utfall i verkligheten många gånger är en manifestation av att det på något sätt trots allt i någon mån legat mänsklig makt att förhindra fullbordandet av ett önskat men till synes slumpartat resultat.¹²¹⁵

Av naturliga skäl handlar diskussionen om försöksansvaret främst om försökspunkten och försöksuppsåtet. Traditionellt anses att försöksansvar

¹²¹⁰ Jareborg, Ansvarslära s 74.

¹²¹¹ Wennberg, Försök s 21. Jfr Reservanternas i Lagberedningen år 1844 Spens och Theorell åsikt att en allmän försöksbestämmelse tenderar att bestraffa rena tankar, att bevissvårigheterna när det gäller försöksuppsåtet var för stora och slutligen att bestraffning av försök var ineffektiv ur allmänpreventiv synvinkel. Istället för en allmän försöksbestämmelse skulle kriminaliseringen ske genom särskilda materiella försöksbestämmelser. Se även NJA II 1942 s 237ff angående skälen för kriminaliseringen.

¹²¹² Jareborg, Ansvarsläran s 78.

¹²¹³ Se Jareborg, Ett filosofiskt försök. Om Duffs försökslära s 220ff. Jareborg är bl a kritisk till tanken på att försökskriminaliseringen kan grundas på försöksgärningens angreppsstruktur.

¹²¹⁴ Jareborg, Ett filosofiskt försök. Om Duffs försökslära s 213.

¹²¹⁵ Jfr talesättet att en god målvakt måste ha tur. I idrottssammanhang klandras och beröms personer efter resultatet samtidigt som "viljan" att vinna ofta sägs vara den främsta tillgången för deltagarna i en tävling. Detta för över till forskningsområden långt bort i utkanten av ämnet, såsom t ex "tyst kunskap". Se t ex Ramírez, s 41ff.

förutsätter ett uppsåt, som går utöver försöksgärningen men att åtminstone någon form av gärning inträffat i yttervärlden. Försökspunktens och farerekvisitets fastställande i svensk rätt är enligt de flesta författare i hög grad beroende av bedömningen av uppsåtet eller "brottsplanen". Brottsbegreppets grundläggande systematik i två sorters prövningar, en subjektiv och en objektiv, blir därför svår att upprätthålla i framställningar som är baserade på den gängse uppsåtsläran, gärningsläran och det traditionella brottsbegreppet. Här följer jag av kompatibilitetsskäl i det stora hela ändå den traditionella systematiken.

Kapitlet behandlar främst uppsåtsproblemen i samband med försöksansvaret i svensk rätt. Men detta förutsätter ett vidgat gärningsperspektiv på uppsåtspövningen. Här integreras dock behandlingen av uppsåtsproblematiken med behandlingen av problemen med försökspunktens fastställande i högre grad än vad som är brukligt.

3.2 FÖRSÖKSANSVARETS GRUNDER

Önskningsar och rena avsikter brukar inte kriminaliseras. Exempel i historien på motsatsen finns framförallt i samband med konstruktionen av förräderibrottet.¹²¹⁶ Försöksansvaret kan beskrivas, inom ramen för det traditionella brottsbegreppet, som ett undantag från huvudregeln om täckningsprincipen, eftersom uppsåtet inte "täcker" någon gärning. Försöksansvaret beskrivs ofta som ett fristående uppsåtsrekvisit och ett subjektivt överskott, som uppkommer vid "täckningen" av de objektiva rekvisiten.¹²¹⁷

Grunden för försöksansvaret beskrivs ofta från i huvudsak paradigmatiska utgångspunkter tagna i antingen sinnelagsetik eller konsekvensetik.¹²¹⁸ Försökslärorna har sorterat sig efter ungefär samma linjer som de paradigmatiska förutsättningarna för straffansvar i övrigt.¹²¹⁹ Därmed är även sagt att det finns flera läror om grunderna för bestraffning av försök.¹²²⁰ Försöksproblematiken

¹²¹⁶ Se avsnitt "Några avgränsningar" och avsnitt 2.3.4.3.

¹²¹⁷ Se t ex Straffansvarsutredningen del I, s 227 och 237.

¹²¹⁸ Jareborg, Ansvarslära, s 77. Han använder dock motsatsförhållandet som en "ideologisk bakgrund" till innebörden av kriminaliseringen av försök.

¹²¹⁹ Jfr Frände, Introduktion s 229ff. Man föreställer sig ofta att de objektiva lärororna har problem att beskriva grunden för försöksansvaret. Subjektivisterna tycks vid första påseendet klara sig lindrigare undan. Objektivister anses ha svårt att värja sig från en *common sense*-kritik i anledning av den vardagsspråkliga betydelsen av försök.

¹²²⁰ Se t ex Jacobs, AT s 709 och Lackner, s 154.

har ofta använts som tillhygge i debatten av sinnelagsetikerna mot konsekvensetikerna, liksom oaktsamhetsansvaret använts av kausalister och konsekvensetiker mot sinnelagsetikerna.¹²²¹ Om sinnelagsetiker har svårigheter att förklara varför negligentiadelikt skall straffas, har konsekvensetiker motsvarande svårigheter att förklara varför försök skall straffas.¹²²²

Försöksläror brukar karaktäriseras som antingen objektiva eller subjektiva.¹²²³ Den svenska försöksbestämmelsen i BrB kap 23 § 1 har en objektiv försökslära som grund.¹²²⁴ Man tänker sig att en verklig rättskränkning har skett i "yttrevärlden" genom att en konkret fara har framkallats genom gärningen. Enligt en subjektiv försökslära existerar försöket oberoende av de yttre omständigheterna i egenskap av ett fristående uppsåt. För att konstatera ett försök behöver då principiellt inte någon gärning påvisas. Skillnaden mellan objektiva och subjektiva försöksläror hänför sig till att enligt de förra är försöket observerbart som ett yttre faktum till skillnad från de senare, där det endast kan avläsas som ett "inre" faktum genom erkännande eller slutsatser dragna av det yttre skeendet. Enligt en objektiv försökslära måste dels en rättskränkning i form av en konkret fara i förhållande till ett skyddsobjekt föreligga, dels denna fara vara omfattad av uppsåt.¹²²⁵ Ett subjektivt överskott i sträng mening föreligger därför endast då försöket inte varit fulländat.¹²²⁶

Alla traditionella försöksläror, utom möjligen en lära som framgår av exemplet på förräderi ovan, utgår dock vid bedömningen av försök från ett nedslag i yttrevärlden. Ett gemensamt problemområde för både subjektiva och objektiva försöksläror är därför i vilken mån kriminaliseringen av otjänliga försök skall ske. De förra kan inte avskilja gärningar som uppenbarligen inte är straffvärda, som t ex förgiftningsförsök med ofarliga substanser. De senare har svårigheter att motivera bestraffning av objektivt sett otjänliga men straffvärda försök, som t ex försök till fickstöld i offrets tomma ficka.

I en icke-dualistisk objektiv försökslära utgår man från att försöksgärningens mening eller syfte kan manifesteras i gärningen. Man går inte omvägen över fareframkallandet för att konstatera att gärningen uttrycker ett försök till ett fullbordat brott. Försöksgärningens rättskränkning visar sig istället som en *typisk angreppsgärning*.¹²²⁷

¹²²¹ Se t ex Jareborg, Ansvarslära s 77.

¹²²² Se Duff, Intention s 188 och Criminal Attempts s xff.

¹²²³ Wennberg, Försök s 11f och Duff, Attempts s 147f och 193f.

¹²²⁴ Se Wennberg, Försök s 253 och Straffansvarsutredningen s 226.

¹²²⁵ Wennberg, Försök s 253.

¹²²⁶ Wennberg, Försök s 253.

¹²²⁷ Se Duff, Attempts s 363f.

3.3 NÅGOT OM FÖRSÖKSANSVARET I OLIKA LÄNDERS GÄLLANDE RÄTT

Försöksbrottet i både *civil-* och *common law*-judikaturen anses vara ett formellt begrepp och utgör strängt taget inte en "osjälvständig" brottsform.¹²²⁸ Ur logisk synvinkel är försöksbrottet således både fullbordat och självständigt. Att kalla ett försök att begå brott för ett brott innebär att man använder sig av två betydelse av begreppet "brott"; dels som ett formellt juridiskt begrepp, dels som ett icke-juridiskt begrepp.¹²²⁹ Men det är ändå i egenskap av ofullbordat och osjälvständigt brott, som försöksbrottet fått den plats det brukar få i systematiken.

Översiktligt kan följande bild skisseras av försöksansvaret i engelsk, tysk och nordisk rätt:

Common law hämtade sin första ansats till försöksbestämmelser från ett berömt fall, *Rex v. Scofield*, från år 1784:¹²³⁰ "The intent may make an act, innocent in itself, criminal...." Citatet uttrycker en rent subjektiv grund för försöksansvaret. I engelsk rätt finns i dag en allmän försöksbestämmelse i *sect. 6 i Criminal Attempts Act* från 1981. Uppsåtskravet är kvalificerat till *specific intent*.¹²³¹ Även otjänliga försök är i princip straffbara.

I tysk rätt är enligt StGB § 23 på samma grunder även otjänliga försök kriminaliserade.¹²³² Straffet kan mildras eller bortfalla i dessa fall. Däremot anses i princip alla uppsåtsformer, som används i det fullbordade brottet användbara. Generellt är dock försök endast straffbart vid *Verbrechen*.

Dansk rätt fick år 1866 sin första allmänna försöksbestämmelse. Waaben hänvisar till sunt förnuft samt det allmänna rättsmedvetandet som grund för straffbarheten.¹²³³ Han menar att dansk rätt bärs av en subjektiv grundsyn. Straffet bör vara det samma som vid fullbordat brott. Otjänliga försök är principiellt alltid straffbelagda. Även ett uppsåtligt dödande av en redan död är i

¹²²⁸ Jareborg, Ansvarslära s 73.

¹²²⁹ Hall, s 90.

¹²³⁰ Fletcher, 1978 s 134.

¹²³¹ Duff, Attempts s 1 och 17.

¹²³² Dreher/Tröndle, s 151f.

¹²³³ Waaben, Ansvarslæren s 184.

vissa fall ett försök till uppsåtligt dödande i dansk rätt.¹²³⁴ Dansk rätt skiljer dock inte mellan förberedelse och försök. Waaben anser att uppsåtskravet vid ett försöksstadium som motsvarar förberedelse, måste vara kvalificerat som *hænsigt*.¹²³⁵ Principiellt härrör sig denna differentiering enligt Waaben från att ju närmare fullbordat försök - eller snarare fullbordat brott - gärningen är, desto mindre fasthet och "bestämthet" i uppsåtet behövs. I förarbetena till den danska försöksbestämmelsen sägs att kravet på bestämthet i brottsplanen främst avsåg beviskravet för uppsåtet.¹²³⁶ Det bestämda uppsåtet är alltså här enligt förarbetena uttryckligen främst ett krav på att uppsåtet skall vara uppenbart i bevishänseende och inte endast ett rent materiellträttsligt rekvisit. Brist i kravet på bestämthet kan medföra ansvarsfrihet. Däremot anses alla traditionella uppsåtsformer kunna användas, förutsatt att ett "objektivt" verkställighetskrav är uppfyllt.

Norsk rätt hade tidigare en regel om att försöket *skulle* straffas mildare än det fullbordade brottet. Denna huvudregel är ändrad till att försöket *kan* straffas mildare än det fullbordade brottet.¹²³⁷ Förändringen är alltså i linje med en allmän trend mot mer subjektivistiska tongångar. Försökspunktens placering anses vara direkt beroende av brottstypen.¹²³⁸ Finsk rätt skulle kunna sägas vila på en slags kompromiss mellan en subjektiv och objektiv grund.¹²³⁹ Någon definition av försöksbegreppet ges inte i den finska strafflagen.

I dansk, norsk och tysk doktrin finns en benägenhet att acceptera alla uppsåtsformer som räcker vid det fullbordade brottet.¹²⁴⁰

Svensk doktrin är i stort sett enig om att det inte finns något krav på kvalificerat uppsåt beträffande försök.¹²⁴¹ Ett undantag från denna tumregel är att i BrB kap 1 § 2 st 2 inte utan vidare kan tillämpas vid försöksansvar.¹²⁴² Dessutom krävs ofta att uppsåtet till de delar av försöksgärningen, som är ofulländade, måste vara "bestämt".¹²⁴³ Även i förarbetena till den svenska försöksbestäm-

¹²³⁴ Waaben, Ansvarslären s 191.

¹²³⁵ Waaben, Ansvarslären s 195 och Forsæt 293 ff.

¹²³⁶ Waaben, Ansvarslären s 189.

¹²³⁷ Ny straffelov, s 79ff.

¹²³⁸ Andenaes, Alminnelig strafferett s 321ff.

¹²³⁹ Frände, Introduktion s 227 och 240.

¹²⁴⁰ Se Exempelvis Dreher/Tröndle, s 142, Frände, Introduktion s 232 ff, Waaben, Ansvarslären s 195 och Ny straffelov s 83. Frände menar dock att likgiltighetsuppsåtet inte kan användas. "Skälet är här av bevisteoretisk natur... Av det sagda följer även att oaktamt försök inte straffas enligt finsk rätt." (A a, s 234) Detta är intressant ur aspekten förhållandena mellan oaktsamhet, likgiltighet och försök. Se även avsnitt 4.6.3.6.

¹²⁴¹ Se Jareborg, Ansvarslära s 97, Strahl, 1976 s 234, Straffansvar s 117.

¹²⁴² Strahl, Allmän straffrätt s 101.

¹²⁴³ Strahl, Allmän straffrätt s 214f.

melsen år 1942 antyds att kravet på bestämdhet i brottsplanen främst avsåg beviskravet för uppsåtet.¹²⁴⁴ Man skilde således inte heller i de svenska förarbetena skarpt mellan bevisningen av försöksuppsåtet och det materiella försöksuppsåtet. I Sverige infördes ett allmänt försöksansvar först 1942. Dessförinnan var det angivet vid varje brott under vilka förutsättningar försöksansvar kunde komma ifråga.¹²⁴⁵ I förhållande till länderna ovan, med undantag av Finland, har Sverige intagit en ganska restriktiv hållning mot kriminalisering av försök.¹²⁴⁶

I BrB kap 23 § 1 stadgas:

Har någon påbörjat utförandet av visst brott utan att detta kommit till fullbordan, skall han i de fall särskilt stadgande givits därom dömas för försök till brottet, såframt fara förelegat att handlingen skulle leda till brottets fullbordan eller sådan fara endast på grund av tillfälliga omständigheter varit utesluten.

Den allmänna försöksbestämmelsen ovan måste enligt stadgandet kompletteras av uttryckliga föreskrifter om straffbarhet vid varje särskilt brott. När påbörjandet (försökspunkten) anses inträda lämnas ingen utförlig föreskrift om i lagen. Var försökspunkten skall förläggas är alltså inget som är givet vid varje särskilt brott, bl a eftersom påbörjandet av visst brott kan ske, även om detta omöjliga kan fullbordas.¹²⁴⁷ Farerekvisitet relaterar sig i första hand till det brott som försöksbrottet "parasiterar" på och inte till skyddsintresset.¹²⁴⁸ Men lika lite som lagtexten ger en tydlig ledning beträffande försökspunktens placering genom rekviset "påbörjat", ger stadgandet någon egentlig ledning genom farekravet vilka försök som är otjänliga eller på annat sätt inte "beaktansvärda" försök.¹²⁴⁹ Farerekvisitet förutsätter nämligen att "brottsplanen" är känd. Faran för försökets fullbordan är endast ett annat sätt att kräva en viss brottsplan, eftersom faran för fullbordat brott inte, enligt det gängse brottsbegreppet, kan härledas ur vad som betecknas som "själva" gärningen.

¹²⁴⁴ NJA II 1942 s 241, 243, 247 och 248.

¹²⁴⁵ NJA II 1942 s 237.

¹²⁴⁶ Se t ex Waaben 1993 s 183.

¹²⁴⁷ Jareborg, Ansvarslära s 80.

¹²⁴⁸ Se Jareborg, Ansvarslära s 75 och 84 och Brottsbalkskommentaren del II s 591.

¹²⁴⁹ Jareborg, Ansvarslära s 87.

3.4 FÖRSÖKSPUNKTEN – METODERNA FÖR ATT IDENTIFIERA GÄRNINGEN

3.4.1 ALLMÄNT

Ett objektivt gärningsinriktat försöksansvar måste inrikta sig på att skilja försöksgärningen från den fullbordade gärningen på annat sätt än att konstatera ett underskott på den objektiva sidan vid försöksbedömningen. Identifikationen av försökspunkten, dvs det stadium i gärningens utförande då förverkligandet av uppsåtet till en brottslig gärning påbörjats, blev därför en huvudangelägenhet för de objektiva lärorna.¹²⁵⁰ Subjektivister har förhållit sig traditionellt avvaktande, eftersom bedömningen av ansvaret anses göras på grundval av intentionaliteten "i sig". En objektivistisk ansats tenderar att inte kriminalisera några otjänliga försök och en subjektivistisk att bestraffa alla otjänliga försök. Bägge ståndpunkterna har problem med grundläggande rättvisemål och effektivitetsmål. Eftersom en kriminalisering av alla otjänliga försök ändå inte kan utgå från att rena tankar eller önskingar skall straffas, kvarstår problemet att fastställa försökspunkten också för de subjektivistiska lärorna.¹²⁵¹

Ofta är lärorna för bestämmandet av försökspunkten mer utvecklade och detaljerade än lärorna för grunden av försöksansvaret.¹²⁵² Det finns dessutom många olika lösningar.¹²⁵³ Man erkänner i allmänhet i svensk doktrin de stora svårigheter, som är förenade med att fastställa försökspunkten. Strahl hänvisar dock t ex till att det "...ger sig nog i allmänhet nästan av sig självt, om man rådfrågar gängse uppfattning om försöks straffvärde" eller till "vad som framstår som naturligt".¹²⁵⁴ Därmed vill jag inte hävda att dessa hänvisningar skulle vara innehållslösa. Jag återkommer till detta nedan. Men de visar att de metoder som används idag för att fastställa försökspunkten inte verkar vara

¹²⁵⁰ Duff, *Attempts* s 192 och Fletcher, 1978 s 139f.

¹²⁵¹ Fletcher, 1978 s 174f: "At first blush it appears that a subjective theory of attempts greatly reduces the number of categories with which theorists must contend... All of this is swept aside in the subjectivist's simplifying stroke that the attempt should be judged according to the circumstances as the actor believes them to be. Yet the ease of disposing of one set of problems is offset by new difficulties that crop up elsewhere."

¹²⁵² Se t ex *Straffansvarsutredningen del II* s 173ff, Duff, *Attempts* s 193 och Wennberg, *Försök* s 29ff.

¹²⁵³ Fletcher, 1978 s 136 och Duff, *Attempts* s 193.

¹²⁵⁴ Se t ex Strahl, 1976 s 223 och *Straffansvarsutredningen del I*, s 233.

tillräckliga. Doktrinen idag verkar i varje fall enig om att man måste finna en väg mellan en miniminivå på kravet att ett nedslag i yttervärlden ägt rum, bl a av rättssäkerhetsskäl, och en möjlighet att ingripa på ett tidigt stadium för att förhindra brott.¹²⁵⁵

Närmast fullständig enighet föreligger i doktrinen om att distinktionen mellan begreppen för en försöksgärning och fullbordad gärning är konventionell.¹²⁵⁶ Samma förhållande gäller skillnaden mellan försöksbrott och fullbordat brott. En bedömare av en gärning kan betrakta en målsättning som relevant för en klanderbedömning. Samma målsättning kan av en annan bedömare vara helt underordnad. Denna målsättning kan också framstå för gärningspersonen som en bieffekt han godtagit men ej önskat. Utanför den straffrättsliga kontexten kan en fullbordad brottslig gärning följaktligen beskrivas som ett materiellt försök i ett oändligt antal variationer.¹²⁵⁷ Holmes hävdade att i princip alla brottsbeskrivningar utom livsbrotten är uttryckbara som farebrott och att alla brott var ofullbordade i förhållande till brottet mot skyddsintresset "livet".¹²⁵⁸ Ett stort antal brottsbeskrivningar, som uppfattas som beskrivningar av självständiga brott, är avknoppningar från andra brott. Häleribrottet var t ex ursprungligen en del av stöldbrottet.¹²⁵⁹ All kriminalisering av farebrott och försök förutsätter någon slags indelning av brott som fullbordade och ofullbordade i förhållande till någon skada på ett skyddsobjekt.¹²⁶⁰ Men skyddsobjektet för försökskriminaliseringen är endast frånvaron av det fullbordade brottet, som försöket relaterar sig till. Försöket upphör att vara ett formellt försök i dogmatisk mening i det ögonblick detta presumtvt fullbordade brott har fullbordats.

I dagligt tal kan ordet "försök" och "avsikt" vara synonyma beskrivningar av en gärning på ett visst stadium antingen i förfluten eller i närvarande tid. I båda fallen avser beskrivningarna av försöksgärningen att en viss verksamhet pågår/pågått vid ett visst tillfälle och att denna verksamhet är inriktad mot ett visst mål. Detta mål är definierat av bedömaren av gärningen. Samma gärning

¹²⁵⁵ Fletcher, 1978 s 135 och 148 samt Waaben, Ansvarsläran s 191. Här liksom på nästan alla andra områden i straffrätten kan man uttrycka motsättningarna paradigmiskt. Striden gällde om intentionaliteten skulle utgöra kärnan för brottsansvaret eller om man skulle söka grunden i "objektiva" kriterier som begränsade intentionalitetens roll. Se även Fletcher, 1978 s 40. I engelsk rätt formulerades vid denna tid läran om "*the last step*", dvs att försökspunkten inte är uppnådd förrän det allra sista steget återstod innan brottet fullbordades

¹²⁵⁶ Jareborg, Ansvarsläran s 75 och Fletcher, 1978 s 133.

¹²⁵⁷ Se Fletcher, 1978 s 134.

¹²⁵⁸ Fletcher, 1978 s 134.

¹²⁵⁹ Fletcher, 1978 s 154.

¹²⁶⁰ Se Fletcher, 1978 s 133.

kan således bedömas som brytande av lås, räddningsförsök, reparationsförsök och försök till skadegörelse, stöld, sabotage, spioneri eller försök att gripa en person. Om ett försök är framgångsrikt eller misslyckas bestäms alltså av de (konventionellt bestämda) mål, mot vilka gärningen varit riktad. Domstolar bedömer i princip alltid gärningars eventuella brottslighet i efterhand (även om det är tänkbart att dessa kan pågå vid tiden för domstolsförhandlingarna t ex i form av perdurerande effekter). Skillnaden mellan försök och avsikt - direkt uppsåt - i juridisk mening är därför endast en skillnad beträffande vilket mål som väljs, då verksamheten bedöms. Sätillvida kan man säga att försök i juridisk mening alltid innebär att gärningspersonen misslyckats i sina avsikter, "brottsplaner" eller försök till skillnad från fullbordat brott, som innebär att gärningspersonen lyckats i sina avsikter, "brottsplaner" eller försök.

Fransk rätt har stått för upphovet till den formulering av försökspunkten som även dominerat i tysk och svensk rätt. Punkten var nådd i och med "*le commencement d'exécution*."¹²⁶¹ BrB 23 kap § 1 innehåller en ordagrann översättning av detta uttryck. Vid mitten av 1800-talet fanns en tendens i både civil law- och common law-kulturen att överhuvudtaget inte kriminalisera några otjänliga försök. Exempelvis dömdes i England år 1864 i ett fall inte till ansvar för ett försök till fickstöld, som misslyckades på grund av att fickan var tom.¹²⁶² I Finland fanns före den 1 september 1972 både ett särskilt stadgande om inbrott och ett om grov stöld, som ansågs vara grov för att stölden begåtts medelst inbrott.¹²⁶³ Försök att tillägna sig ett stöldobjekt medelst inbrott, där stöldobjektet saknades, bestraffades ofta enbart som inbrott. Även efter att inbrottsparagrafen avskaffats, bedömdes försök till stöld medelst inbrott, där gärningen stannat vid uppbyggnaden, ofta endast som förberedelse till stöld och bestraffades som skadegörelse eller hemfridsbrott.¹²⁶⁴

Några årtionden senare svängde pendeln över åt motsatt håll. Som exempel kan nämnas RGSt. 451 från den 10 juni 1880, där man dömde en gärningsperson för försök till barnamord, fastän barnet redan var dött, då försöket

¹²⁶¹ Fletcher, 1978 s 139. Uttrycket översattes och övertogs t ex i Preussens strafflag § 31 av år 1851 och StGB av år 1871.

¹²⁶² Fletcher, 1978 s 146. Han hänvisar till Collings, refererat i 169 E. R. 1477 och C. A. 471 1864 samt Preussiska högsta domstolen (febr. 22 1854, 1854 GA 548) och ett fall i Frankrike beträffande ett otjänligt abortförsök. I det engelska fallet stack TT ner handen i en tom rockficka för att stjåla. Den tilltalade frikändes. Det preussiska fallet avsåg en inbrottsstöld, där det eftersökta inte fanns på platsen. Se även Hall, s 587-589 och Williams, Criminal Law s 635-637.

¹²⁶³ Liljenfeldt, s 162ff.

¹²⁶⁴ Liljenfeldt, s 165.

utfördes.¹²⁶⁵ Problemet med en tom fickan vid fickstöld kom upp i Frankrike 1876, fast med fällande resultat denna gång.¹²⁶⁶ I dag är otjänlighet endast en straffmildringsgrund enligt StGB § 23. Enligt tysk rätt kommer därför en TT, som befunnits vara skyldig till ett otjänligt försök, alltid att dömas för brott och åläggas rättegångskostnader, såvida inte åklagaren lägger ner sitt åtal.¹²⁶⁷

Även i vårt land bröts den objektiva trenden redan ungefär 20 år efter den allmänna försökslagstiftningens genomförande år 1942, genom rättsfallet NJA 1968 B 7 som gällde stöld och som avgjordes i subjektiv anda. Detta skedde efter att "Brobyfallet", NJA 1956 B 6, markerat en höjdpunkt för det ortodoxa objektiva tänkandet. I "Brobyfallet" frikändes gärningspersonen från ansvar, eftersom det ansågs tveksamt om dödsfallet inträffat före den sista dödande gärningen, som föregicks av andra i och för sig möjliga dödande gärningar. Ungefär ett sekel senare än i tysk och engelsk rätt har även svensk praxis rört sig mot ett mer subjektivt försöksansvar.

3.4.2 HÅLLPUNKTER FÖR ATT FASTSTÄLLA FÖRSÖKSPUNKTEN

Objektivister utgår från i stort sett tre olika typer av hållpunkter för att fastställa försökspunkten: (1) olika stadier i utförandet, (2) handlingens fara för skyddsobjektet/fullbordat brott (3) offrets/omgivningens uppfattning av handlingen.¹²⁶⁸

Den första hållpunkten (1) implicerar att det finns en gemensam struktur i alla brottsliga handlingar. Man kan försöka att uppdelna en försökshandling i dess beståndsdelar, exempelvis: ta upp en pistol, sikta med den och skjuta. En sådan lösning ger upphov till svårigheten att för varje brott finna en "naturlig" försökspunkt på dessa grunder, om inte en generell "naturlig" plats för försökspunkten överges till förmån för speciella normativa beskrivningar av vilka gärningar som kan kriminaliseras som försök.

Den andra hållpunkten (2) har främst etablerat sig i tysk och nordisk doktrin.¹²⁶⁹ Försöket kan på så sätt definieras som ett farebrott i förhållande till ett fullbordat brott/skyddsintresset (formellt i svensk lag ett fullbordat brott) och

¹²⁶⁵ Fletcher, 1978 s 147.

¹²⁶⁶ Fletcher, 1978 s 147.

¹²⁶⁷ Dreher/Tröndelse, s 151 f.

¹²⁶⁸ Fletcher, 1978 s 140.

¹²⁶⁹ Fletcher, 1978 s 141. Dreher/Tröndle, s 144. Det krävs ett enda rekvisit ur "Tatbestand" för att försökspunkten anses vara nådd. Fletcher menar emellertid att tysk doktrin i huvudsak använder sig av en farebestämning.

därmed erhålla den eftersträvade "kroppsligheten". En närmare definition av detta farerequisit kräver kriterier för den nedre gränsen för straffvärda försök, dvs vilka försök som är respektive som inte är "värda att tas på allvar". Dessa svårigheter skapar en benägenhet att överhuvudtaget inte kriminalisera otjänliga försök. Att inte straffa några otjänliga försök är inte vare sig rättvist eller effektivt vid vissa misslyckade fullbordade försök, såsom exempelvis då ficktjuven finner offrets ficka tom. För en objektivist, som utgår från faran för det fullbordade brottet, är det problematiskt att försök, som inte medfört någon konkret fara eller skada, skall ha straffvärde.¹²⁷⁰ Svensk lag inte ger något tydligt besked om hur gränsen skall dras mellan otjänliga och tjänliga försök, eller varför ett visst försök skall vara beaktansvärt trots dess faktiska omöjlighet. Ett tolkningsförslag av rättsläget är att svensk rätt istället är hänvisad till en subjektiverad form av fara, dvs något slags risktagande.¹²⁷¹ Ett beaktansvärt försök skulle då konstitueras av ett risktagande snarare än en fara. En sådan grund är mer subjektiv än objektiv.

Den tredje hållpunkten (3) för fastställandet av försökspunkten kallar jag med ett sammanfattande namn för "expressivitetsteorier". Man utgår här från allmänhetens eller "auditoriets" intryck av om gärningen typiskt sett var på väg mot att fullbordas till en brottslig gärning eller inte. Teorier liknande "Die Eindruckstheorie", som är en variant på temat, verkar inte ha många förespråkare i tysk och svensk doktrin.¹²⁷² Jacobs' "expressivitetsteori" kan beskrivas enligt följande:

Strafgrund des Versuchs ist das Expressiv-Werden eines Normbruchs, und zwar beim Versuch im materiellen Sinn in einem externen Verhalten, beim Versuch im nur-formellen Sinn in einem positiv-rechtlich für extern erklärten Verhalten.¹²⁷³

Även denna förklaring anknyter i grund och botten till vad "auditoriet" betecknar som "expressivt". Kravet på att regelbrottet skall vara externt synligt, innebär att det skall vara synbart i sinnevärlden utanför gärningspersonens tankevärld. Eftersom det är omvärlden som observerar, måste tolkningsföreträde ges åt denna omvärld. Det "uttryckt externa" är alltså underkastat samma auditorium som "die Eindruckstheorie". Beroendet av auditoriet förändras inte av att "expressiviteorins" förespråkare påpekar att brottet mot den rent formella försöksbestämmelsen måste få sin externalitet positivrättsligt uttryckt. Detta positivrättsliga uttryck för externalitetskravet måste antingen vara domarens rättsskapande verksamhet eller anges i text för varje brott.

¹²⁷⁰ Fletcher, 1978 s 146.

¹²⁷¹ Jareborg, Ansvarslära s 88.

¹²⁷² Jfr t ex Wennberg, Försök s 133. Se dock Jescheck, AT s 416.

¹²⁷³ Jacobs, AT s 713.

Teorin kan tyckas ligga nära ett uppgivande av den allmänna försöksbestämelsen till förmån för uttryckta krav på risktagande eller farekrav för varje brott.

I anglosaxisk praxis har liknande tankegångar haft ett betydande inflytande.¹²⁷⁴ Man har betecknat dessa som läran om gärningens "otvetydiga" brottsliga karaktär.¹²⁷⁵ Holmes skriver:

...the principle is believed to be similar to that on which all other lines are drawn by the law. Public policy, that is to say, legislative considerations, are at the bottom of the matter; ...the nearness of the danger, the greatness of the harm, and the degree of apprehension felt.¹²⁷⁶

Den sista satsen i Holmes yttrande verkar enbart vid första påseendet vara en hänvisning till "övriga" omständigheter av betydelse eller sakens natur. Uttryck som "naturligt" eller "gängse uppfattning om försöks straffvärdhet" har samma referenser. Steget är inte långt till en annan populär formulering i *common law*-kulturen, som gått under kravet på "*unequivocally*" - ungefär "otvetydigt"- brottsligt uppträdande. Salmond formulerar saken på följande sätt:

What, then, is the true principle? The question is a difficult one, but the following answer may be suggested. An attempt is an act of such a nature that it is itself evidence of the criminal intent with which it is done. A criminal attempt bears criminal intent upon its face. *Res ipsa loquitur*.¹²⁷⁷

Sambandet mellan hans förslag och rättsfigurerna *dolus ex re* och *res ipsa loquitur* (ungefär: gärningen talar för sig själv) är tydligt. Han fortsätter:

An act, on the other hand, which is in its own nature and on the face of it innocent is not a criminal attempt... To buy matches with intent to commit arson is not attempted arson, because the act is innocent on its face, there being many lawful reasons for the purchase of matches.¹²⁷⁸

¹²⁷⁴ Se Duff, *Attempts* s 33ff.

¹²⁷⁵ Duff, *Attempts* s 48ff och Fletcher, 1978 s 142.

¹²⁷⁶ Holmes, s 68.

¹²⁷⁷ Salmond, *Jurisprudence* s 404.

¹²⁷⁸ Salmond, *Jurisprudence* s 404.

No man can be safely punished for his guilty purposes, save so far as they have manifested themselves in overt acts which themselves proclaim his guilt.¹²⁷⁹

Man måste hålla i minnet att tänkesättet utvecklats inom *common law*-kulturens processuella sätt att närma sig straffrättsliga problem. Det är förmodligen en självklarhet för Salmond att *the unequivocally test* endast skapar ett preliminärt tillräknande, som kan omkullkastas av alternativa förklaringar i rättegången.¹²⁸⁰

Tanken har blivit föremål för skarp kritik i anglosaxisk doktrin.¹²⁸¹ Modellen har t o m avskaffats explicit i lag år 1961 i Nya Zeeland, där den för övrigt hade sin upprinnelse. Trots detta användes år 1967 begreppet "*unequivocally*" i en dom, där TT ertappades med en tråдавbitare inne på ett metallupplag. Ett hål var upptaget i stängslet. Domstolen fällde för försök, eftersom handlingen ansågs "...not reasonably be regarded as having any other purpose..."¹²⁸²

Denna formulering påminner om en formulering i NJA 1968 C 1462.¹²⁸³ En kamrat till TT hade sparkat in en glasruta i en dörr till ett konditori. Den tilltalade tog sig in i konditoriet och tillgrep några glasspinnar men blev gripen av polis. Den tilltalade uppgav som svar på en fråga från rätten att han nog hade tagit pengar eller cigaretter om han funnit några. Han dömdes för försök till stöld, eftersom man ansåg att det inte fanns någon annan rimlig förklaring till beteendet än att avsikten varit att stjäla.

Svagheten i att i grund och botten överlämna bedömningen åt vad som i samhället anses vara "typiskt" brottsligt är uppenbar. Som en illustration till detta använder Holmes ett exempel från rasismens Alabama. I detta fall följde en afrikansk slav efter en vit kvinna, varvid han, enligt Holmes, antogs vara i färd med att begå våldtäkt och dömdes för detta brott.¹²⁸⁴ Lagen straffade "våldtäktsförsök" utförda av slavar, eller av "every free negroe" med döden. I fallet *Lewis* 35 Ala 380 (1860, Alabama), som Holmes refererar till, dömdes den afrikanske slaven i underinstansen för försök till våldtäkt, för att han hade "...prosecuted his purpose so far as to put her in terror, and render flight necessary". Den tilltalade befann sig klädd endast i en skjorta vid sidan om en väg och ropade till en förbipasserande yngre vit flicka att stanna. Då flickan

¹²⁷⁹ Salmond, *Jurisprudence* s 404.

¹²⁸⁰ Duff, *Attempts* s 50.

¹²⁸¹ Fletcher, 1978 s 142 och Duff, *Attempts* s 50.

¹²⁸² Fletcher, 1978 s 142 och Duff, *Attempts* s 48.

¹²⁸³ Jfr Wennberg, *Försök* s 257: "En sådan typ av *hypotetiskt uppsåt* kan inte ens föränleda ansvar enligt en subjektiv försökslära..."

¹²⁸⁴ Holmes, s 68 och Fletcher, 1978 s 144 samt Duff, *Attempts* s 47.

flydde vid hans anrop, blev hon förföljd av den springande och ropande TT. Domen upphävdes emellertid av Supreme Court of Alabama, eftersom man inte var övertygad om att "...the nature of the act attempted" kunde sägas uttrycka mer än ett "...indecent advance". Holmes argumentationstyp förlorar åtminstone en del av sin bärkraft mot bakgrund av att gärningen i hans valda exempel i sista instans inte tolkades som ett våldtäktsförsök, *trots* den rasistiska samhällsstrukturen och lagtexten.

Frågan är om inte minst lika svåra avgöranden krävs av den professionella domarkåren i många andra avseenden, och om inte problemet, som Holmes antyder, till sist bottnar i domarkårens självständighet i samhället.¹²⁸⁵

Det substantiella i denna, som det kan förefalla, rättsliga "tulipanaros" indikeras av den sega överlevnaden i anglosaxisk rättskultur för "Salmonds test", som den bl a har kallats efter upphovsmannen.¹²⁸⁶ *The Model Penal Code* innehåller faktiskt en variant av denna lära.¹²⁸⁷ Salmonds test samt begrepp som "gängse uppfattning", expressivitet och *unequivocally* syftar alla på att gärningens yttre drag och dess kontext kan avslöja gärningens mening eller syfte.¹²⁸⁸ Motargumenten betonar ofta, i stil med vad Williams hävdar, möjligheten till felslut av gärningens manifestation i yttervärlden.¹²⁸⁹ Han menar att man exempelvis inte kan veta något om gärningens syfte då någon närmar sig en höstack med tändsticka i hand, eftersom denne både kan tänkas vilja tända sin pipa eller tända på höstacken.¹²⁹⁰ Williams argument utgår från att gärningar "i sig" inte ger någon information om det "inre" faktum, som de mentala elementen utgör. Man behöver inte vara så pessimistisk som Williams, även om man kan förneka existensen av ett *nödvändigt* samband mellan fastheten hos en brottslig avsikt och en gärnings "otvetydiga" gärningstyp. Möjligheter till felaktiga bedömningar gör inte att bedömningar är generellt omöjliga. Gärningars mening kan ses både i försöksgärningar och andra gärningar. Förutsättningen är dock att man överger tanken på att försökskaraktären hos en gärning måste avgöras genom att utrona intentionalteten som "inre faktum" åtskilt från gärningen "i sig".

Enligt Strahl skulle även fransk praxis arbeta med kriterier, som påminner om gärningens "expressivitet".¹²⁹¹ Som exempel nämner han att en person, som klättrat över en mur med uppsåt att döda inte döms för uppsåtligt dödande,

¹²⁸⁵ Holmes, s 68 och Modéer, Den svenska domarkulturen s 11ff och 78ff.

¹²⁸⁶ Duff, Attempts s 52 och Fletcher, s 141f.

¹²⁸⁷ Duff, Attempts s 53.

¹²⁸⁸ Jfr NJA 1968 C 1462 samt Duff, Intention s 132.

¹²⁸⁹ Williams, Criminal Law s 630. Jfr Duff, Intention s 131f.

¹²⁹⁰ Jfr Duff, Attempts s 52.

¹²⁹¹ Strahl, 1976 s 219.

eftersom en sådan gärning inte "...direkt tenderar till dödande". Är gärningen däremot gjord med uppsåt att stjäla, döms för stöldförsök, på grund av det typiska i en sådan gärning.¹²⁹²

Duff har utarbetat en objektiv försökslära på grunder som påminner om expressivitetsteorierna.¹²⁹³ Hans distinktion mellan objektivism och subjektivism tar sig följande uttryck:

Whilst subjectivists might argue that criminal liability should be founded purely on the subjective aspects of the defendant's conduct, an objectivist does not argue that liability should be founded purely on its objective aspects. The subjective (the intentions and beliefs with which the defendant acted, the attitudes which his conduct manifested) is crucial to criminal liability, but it is not all that matters. Liability should also and significantly depend on the objective: on the actual results of the defendant's actions, and on their actual relationships to the material and social world.¹²⁹⁴

Uttalandet gör inte Duff till en "ortodox" objektivist. Hans objektivism är mest en följd av insikten om att subjektivism och objektivism snarare är två aspekter på bedömningar av gärningar.¹²⁹⁵ Duff menar att det är nödvändigt att utgå från en objektiv bedömning av försöksansvaret. Skälen är att det finns en straffvärdeskillnad mellan försök och fullbordat brott och denna skillnad har inte en subjektiv grund, samt att vissa otjänliga försök inte är straffvärda.¹²⁹⁶ Han anser att det måste finnas en objektiv förbindelse mellan gärningen och utfallet i verkligheten. Detta band kan inte ensamt utgöras av en fristående intentionalitet.¹²⁹⁷ Försöksansvaret skulle därför vara förbundet med gärningen tolkad som en *attack* eller ett angrepp mot något eller någon.¹²⁹⁸ Eftersom vissa otjänliga försök inte i princip utgör en attack mot något skyddsobjekt, skulle dessa sakna straffvärde. Tolkningen av en gärning som attack förutsätter enligt Duff en objektiv syn på gärningen, eftersom

...our ordinary understanding of action is objectivist: we do not identify, understand, or respond to action purely in terms of their subjective aspects...

¹²⁹² Jfr dock RH 1982:109, där försök till misshandel ansågs föreligga trots att endast inbrott gjorts i en lägenhet, som befanns vara tom.

¹²⁹³ Duff, *Criminal Attempts* s 348.

¹²⁹⁴ Duff, *Criminal Attempts*, s 348.

¹²⁹⁵ Duff, *Intention* s 201.

¹²⁹⁶ Duff, *Criminal Attempts* s 348.

¹²⁹⁷ Duff, *Criminal Attempts*, s 348f.

¹²⁹⁸ Duff, *Criminal Attempts*, s 349.

...criminal action should be constitutive of criminal liability: the constitutive grounds of our criminal liability should be, not our criminal intentions or undesirable character traits, but the actions through which we actualize those intentions or character traits.¹²⁹⁹

Duff vill reservera tankar, känslor och personliga relationer för en privat sfär, som inte angår straffrätten.¹³⁰⁰ I en måttfullt liberal stat vill han inskränka straffansvaret till en publik sfär, som inriktar sig mot gärningar. Försöksansvaret kan därför, sett som ett ansvar för en gärning, tolkas som ansvar för ett genomfört angrepp. Försöket har på samma grund ett lägre straffvärde än det fullbordade brottet främst för att man måste erkänna

...it as an appropriate structuring of the moral responses of people living in a human social life.¹³⁰¹

För att kunna identifiera en gärning som en försöksgärning, och därmed även försökspunkten, använder han sig av ungefär följande resonemang:

Den centrala utgångspunkten för allt straffansvar är

...completed action in which there is no separation between subjective and objective; in which what actually happens is just what the agent intends.¹³⁰²

...actions involving some genuine divergence between subjective and objective (as happens in failed attempts) must be seen as abnormal instances of action; we understand them as failed or incomplete versions of the paradigm of completed action.¹³⁰³

Det är möjligt att *direkt observera* en gärnings mening i gärningen som ett angrepp, inte bara i fullbordade gärningar utan även i en försöksgärning.¹³⁰⁴ Försöksgärningar skiljer sig från gärningar som framkallar fara, genom att fareframkallande gärningars struktur är helt olika försöksgärningars angreppsstruktur.¹³⁰⁵ Fareframkallande gärningar är *potentiella* skadebringande gärningar till skillnad från angreppsstrukturerade gärningar, som är verkliga, "*essentially*", skadebringande gärningar. En person som utsatts för ett försök har utsatts för en skada, inte bara som en konkret fara utan som ett verkligt

¹²⁹⁹ Duff, *Criminal Attempts*, s 349f.

¹³⁰⁰ Duff, *Criminal Attempts*, s 350.

¹³⁰¹ Duff, *Criminal Attempts*, s 351.

¹³⁰² Duff, *Intention* s 201.

¹³⁰³ Duff, *Intention* s 201. Här begagnar sig Duff av begreppen subjektiv och objektiv som abstraherade begrepp, enbart i analytiskt hänseende.

¹³⁰⁴ Duff, *Attempts* s 219ff och 363ff.

¹³⁰⁵ Duff, *Attempts* s 364.

angrepp. Försöksgärningen är i denna mening en typisk verklig och "essentiell" skadebringande gärning. Gärningen som *endast* frambringar fara är en oaktsamhetsgärning i vidaste bemärkelse till skillnad från en försöksgärning, som är en intentionell angreppsgärning:

The distinction between intention and recklessness now becomes more significant, as the distinction between *attack* and *endangerment* - which is also the distinction between *essentially* and *only potentially* harmful action.¹³⁰⁶

I slutändan hänvisar Duff inte direkt till ett auditorium utan arbetar med en kommunikationsteori, där gärningspersonen och bedömarens/samhällets är inblandade i en diskurs, som syftar till att bestämma ramarna för vad som framstår som brottsligt och ytterst bekräftar domslutet som "not utterly unjustified".¹³⁰⁷

Jareborg har, som ovan sagts, föreslagit att hela det allmänna försöksansvaret i svensk rätt skall slopas till förmån för ett differentierat fareansvar. Förstått i enlighet med Duffs begreppsapparat, innebär Jareborgs förslag att försöksansvaret utbyts mot oaktsamhetskriminaliseringar exempelvis i betydelsen av riskuppsåt eller medveten culpa, analogt med TBL § 1 st 2: "grov vårdslöshet i trafik". Men här måste man hela tiden påminna sig om att oaktsamhet i *common law*-kulturen omfattar delar av området inom uppsåtsgränsen i *civil law*-kulturen i och med begreppet *recklessness*. Min analogi haltar alltså.

Det finns en viss utbytbarhet mellan oaktsamhetsdelikt, faredelikt och försöksdelikt. Farebrotten får allt oftare i många länder ersätta oaktsamhetsdeliktens effektdelikt.¹³⁰⁸ I samtliga fall handlar det om att kriminalisera gärningar, som anses brista beträffande bandet mellan person och gärningseffekt. I oaktsamhetsfallet finns i normalfallet en önskad effekt; gärningspersonen *misslyckades* utföra sin gärning. I försöksfallet finns en önskad effekt, men gärningspersonen *misslyckades* med att genomföra sin gärning. I försöket eftersträvar gärningspersonen en effekt men skapar istället en önskad fara, och i culpadeliktet (*luxuria*) skapas en önskad effekt istället för en accepterad fara.

Uttrycker man försöksbrottet i farebrott, kriminaliseras inte uppsåtligt beteende i förhållande till angreppet, som syftat till fullbordat brott, utan uppsåt till

¹³⁰⁶ Duff, *Criminal Attempts* s 364.

¹³⁰⁷ Noteras kan Duffs användning av Alexys (och Peczeniks) kriterium för rättens externa giltighet: "extremt oetiskt". Peczenik, *Vad är rätt?* s 193. Dessa tre ord, "not utterly unjustified", är slutorden i verket "*Criminal Attempts*" (s 400).

¹³⁰⁸ Se Frände, *Farebegreppet* s 95ff och *Faredelikten* s 5ff.

risk, dvs (medvetet) oaktsamt skapande av fara, om man strikt skall följa Duffs förslag. Den avgörande skillnaden enligt Duff mellan rättskränkningen i följd av ett försök och vid den farenriktade luxuriagärningen är att vid försöket visserligen en fara varit insedd som risk, men att en allvarligare skada ingick i brottsplanen. Vid luxuria däremot insågs risken, men ingen skada ingick normalt i "brottsplanen". Vid försöksansvaret skulle man alltså kunna hävda luxuria i förhållande till effekten, eftersom gärningspersonen alltid i gärningsögonblicket måste antas acceptera risken för den lägre skadan, som faran är. Faran är ett faktum i det ögonblick som försöksgärningen företas. Men denna fara "konsumeras" av försöket, på samma sätt som ett okvalificerat oaktsamhetsansvar, dvs(gärnings)culpa, vid alla uppsåtliga brott. Ett uppsåtligt brott är alltid en kvalificerad culpa.¹³⁰⁹ Enligt Duff är det dock inte en skillnad uttryckbar i *separata* skuldtermer, utan skillnaden består i att försöksgärningen är en angreppsgärning (som implicerar uppsåt) och därför en objektiv rättskränkning.

Exempel på dessa förhållanden har anförts tidigare. Försök till dråp och grov vårdslöshet i trafik kan i de fall där det föreligger "uppenbar likgiltighet för andras liv", grunda sig på en gärning, som inneburit samma fara för annans död. I det förra fallet kan t o m uppsåtsformuleringen uttryckas på ett svagare sätt än oaktsamhetsformuleringen. Ofta används formuleringen "i varje fall" likgiltig för annans liv, vid motiveringen av dråpförsökets skuld och "uppenbart likgiltig" vid den oaktsamma gärningen. Skillnaden mellan det uppsåtliga försöksbrottet och det oaktsamma brottet kan alltså inte hänföras till skuldformuleringarna i domskälen eller lagtexten och inte heller till hur faran skapades eller dess omfattning. Skillnaden måste bero på att den ena gärningen specifikt och typiskt ses som en *angreppsgärning* och den andra som en fargärning. Ett klandervärt bilkörande är en typisk fargärning. Samma sak kan ofta sägas om riskerande av annans liv genom att utsätta någon för risk för HIV-smitta. Knivskärande eller användande av skjutvapen mot människor är däremot typiska angreppsgärningar. Det avgörande vid bedömningen är alltså inte en viss fristående attityd eller ett visst "inre faktum" utan gärningsstrukturen inklusive dess mening och inriktning. Att skjuta mot en annan människa och därigenom (sekundärt) framkalla fara för dennas liv är därför typiskt sett ett försök till dödande och bedöms på detta sätt i praxis. Att köra bil med större risk för andras liv än i vad som bedöms som försök till uppsåtligt dödande med typiska vapen, är så gott som uteslutande ett oaktsamt fareframkallande brott.

Skillnaden mellan faretyper och angreppstyper av gärningar beskriver Duff på följande sätt:

¹³⁰⁹ Se avsnitt 4.8.

The distinction between attempts to kill, which are essentially homicidal even if they fail, and actions which are only potentially homicidal because they involve no intention to kill, does not depend on an empirical assessment of the probability of death....

Some attempts to kill, however, are less likely to cause death than are some actions which essentially involve only the risk of death: contrast someone who takes an optimistic shot at his distant enemy, knowing he will probably miss, with someone who without intending to kill takes what he knows is a very serious risk of causing death. None the less, the former's action is essentially murderous, whereas the latter's is only potentially homicidal.¹³¹⁰

Duff finner att det inte är irrationellt, resultatet av bedömares förvirring, medveten orättvisa och inte heller en konsekvensetisk orättvis "konspiration" mot gärningspersonen att ta hänsyn till om en gärning har lyckats eller inte. Detta uttrycks ibland som att tur får räknas TT tillgodo, eller att ett resultat "normalt" är en manifestation av intentionaliteten.¹³¹¹ Det mest adekvata uttrycket för att ett misslyckande i förhållande till uppsåtet räknas TT tillgodo, är att gärningen tolkas efter den struktur, som bl a visats i resultatet. Signalen från rätten till medborgarna skulle, om motsatsen rådde, vara att det faktiskt inte spelar någon roll, om skada sker eller inte. För en gudomlig rättvisa har inte resultatet någon avgörande betydelse, men för en bedömare i världen måste på det ena eller andra sättet ändå resultatet vara förbundet med helhetsbilden av gärningen.¹³¹²

Duff vill inte godkänna andra uppsåtsgränser för försöksuppsåtet än de som skapas av *intent* och *oblique intent*, eftersom försöksansvaret vilar på att gärningen kan struktureras som ett angrepp.¹³¹³ Följaktligen kan inte enligt Duffs försökslära sannolikhetsuppsåt, eller i princip andra *civil law*-instrument för gränsdragningen nedanför "praktisk visshet", accepteras som försöksuppsåt. Beträffande uppsåt till gärningsmoment anser han däremot att, i de fall det fullbordade brottet endast kräver *basic intent*, detta måste duga.¹³¹⁴

¹³¹⁰ Duff, *Attempts* s 365f.

¹³¹¹ Duff, *Attempts*, s 353 och 327ff. Duff hänvisar bl a till Jareborgs artikel, *Criminal Attempts and Moral Luck*. Se även Jareborg, *Ett filosofiskt försök Om Duffs försökslära*, s 229ff.

¹³¹² Jfr Jareborg, *Ansvarslära* s 78: "Det är ingen tillfällighet att sinnelagsetiken framförallt gäller förhållandet mellan Gud och människa och konsekvensetiken mellan människa och människa.

¹³¹³ Duff, *Attempts* s 366 och 369f.

¹³¹⁴ Duff, *Attempts* s 371.

3.4.3 NÄRMARE OM KRAVET PÅ "PÅBÖRJANDE" I BRB KAP 23 § 1

Påbörjandet har alltid skett och försökspunkten är alltid nådd, när försöket är avslutat. Ett försök är alltså "fulländat" eller "avslutat", när gärningsmannen gjort allt som från hans sida behövdes för brottets fullbordan trots att brottet ändå inte fullbordades.¹³¹⁵ Detta gäller även om det varit fråga om en serie handlingar som ingick i brottsplanen, men där endast den första avslutats. Men att fastställa den punkt i gärningen, där försöksgärningen och inte endast uppsåtet manifesterat sig, är enligt många författare inte löst enbart genom att hänvisa till ett "påbörjande". Förarbetena hänvisar bl a till en slags "*constructive intent*", i den meningen att försökspunkten skulle inträda, då man överskridit det straffbara området i allmänhet.¹³¹⁶ Svagheten i resonemanget är uppenbar.

Thyréns argumentation för denna lösning är intressant i sammanhanget. Han skriver:

...en objektivt rättsstridig handling, som någorlunda omedelbart sammanhänger med den sista utförande handlingen och med tillräcklig styrka indicerar beslutet, måste så godt som alltid räknas till försöket: ett *angrepp*, om också icke det definitiva, har därmed börjat.¹³¹⁷

Angreppsstrukturen på gärningen används för att identifiera försöket. I belysning av en icke-dualistisk gärningssyn blir iakttagelsen meningsfull, trots att vad Thyrén närmast kan ha tänkt på är hur den karaktärsmässigt bedömda samhällsfarliga viljan manifesterat sig i denna version av *constructive intent*.

Strahl ger ingen lösning på problemet utan påpekar att det är "svårlöst".¹³¹⁸ Skulle man tolka honom efter de rättsfall som han refererar i stort sett okommenterade, verkar Strahl vara inne på en "gärningstypisk" lösning.¹³¹⁹ Samma linje tycks Jareborg, Wennberg och Straffansvarsutredningen vara inne på. Man redovisar praxis' lösningar efter brottstyper.¹³²⁰ Wennberg betonar emellertid vikten av att grunden för försökets straffbarhet skulle ligga i "...den objektiva risken för det tillsiktade brottets fullbordan".¹³²¹ Denna allmänna

¹³¹⁵ Strahl, 1976 s 217.

¹³¹⁶ NJA II 1942 s 244f.

¹³¹⁷ Thyrén, Principerna III s 91.

¹³¹⁸ Strahl, 1976 s 218.

¹³¹⁹ Strahl, 1976 s 219.

¹³²⁰ Straffansvarsutredningen del I s 229ff och del II s 179ff,

¹³²¹ Wennberg, Försök s 137.

grund skulle då, antydningvis, kunna fungera som en styrprincip för var försökspunkten skall placeras i de olika fallen.

Jareborg menar att praxis, i strid med kap 23 § 1, har korrigerat lagtexten, så att kravet på "påbörjande" har en mer formell än materiell roll. Han skriver:

Det tjänar endast till att ge en antydning om var den s. k. försökspunkten bör förläggas.¹³²²

Detta sägs med hänsyn bl a till utfallet i NJA 1992 s 679, där det var omöjligt för TT att genomföra en viss stöld. Det oaktat dömdes han för försök till grov stöld. I detta avgörande kan man se den långvariga trenden i Europa sedan slutet av 1800-talet mot att inte låta otjänligheten vara ansvarsbefriande. Samma förhållande visar sig även i NJA 1975 s 230 enligt avgörandena i TR och HovR.¹³²³ Försökspåsatet var emellertid inte uppfyllt, varför TT frikändes från försöksansvar.

3.4.4 FAREREKVISITET

I viss mån förekommer en viss tvetydighet i doktrinen om farerekvisitets systematiska hemvist. Strahl placerar lagens farerekvisit som ett rekvisit för fastställande av försökspunkten.¹³²⁴ Andra författare behandlar detta rekvisit under en egen rubrik, som exempelvis "Behandlingen av otjänliga försök".¹³²⁵ Saken är inte av någon avgörande betydelse för framställningens syfte. Jag har emellertid valt vad jag betraktar som Strahls "gärningsmässiga" systematik.

Följande framgår av förarbetena till försökslagstiftningen:

...bestrafningen måste förutsätta att försökshandlingen framstår som straffvärd för en utomstående som är eller tänkes bli i tillfälle att bedöma den och som därvid har kännedom om gärningsmannens uppsåt.¹³²⁶

Gärningen skall enligt citatet framstå som straffvärd på grund av en bedömning av uppsåtet. Man utgår från att försöksgärningens straffvärde skall tolkas genom kännedom om uppsåtet. Uppsåtet förutsätts på något sätt vara känt, *innan* försöksgärningens eventuella tjänlighet respektive inneboende fara för fullbordan är kända. Vad som bedöms i farebedömningen är alltså gärningens

¹³²² Jareborg, Ansvarslära s 80.

¹³²³ Se avsnitt 2.3.5.3.2 under "NJA 1975 s 230".

¹³²⁴ Strahl, 1976 s 216.

¹³²⁵ Wennberg, Försök s 217. Se även Straffansvarsutredningen s 229ff, Jareborg, Ansvarslära s 79ff och Brottsbalkskommentaren del III, s 584ff samt Straffansvar s 123ff.

¹³²⁶ Wennberg, Försök s 220 och Försöksutredningen s 47.

inneboende mening och riktning mot målet, som utgör det fullbordade brottet. Det avgörande kriteriet för farebedömningen är alltså uppsåtet eller brottsplanen. Kännedom om brottsplan och uppsåt, som observeras i gärningen, ger kännedom om gärningens typ och inriktning samt mening, vilket ger upphov till ett straffvärde. Sett på detta vis verkar farerekvisitet syntetiseras till ett krav på gärningsuppsåt.

Wennberg menar, i motsats till vad Strahl och förarbetena antytt, att straffvärdet skall framgå för bedömaren utan kontakt med utomstående, dvs med ett "auditorium" ungefär i Aarnios mening eller "allmänheten":¹³²⁷

Något behov för ett farebegrepp i försökssammanhang skulle inte föreligga, om man alltid kunde förutse utvecklingen.¹³²⁸

Duff menar att man på ett direkt och säkert sätt kan identifiera en gärning som försök och även utvecklingen av försöksgärningen mot fullbordat brott. Om detta är sant skulle farerekvisitet i stadgandet inte behövas. Försökspunkten skulle då kunna fastställas utan farebegreppet med hjälp av gärningsstrukturen.

Wennberg skriver vidare:

Fara föreligger, om det råder en *osäkerhet om utgången* och man vid en i efterhand gjord bedömning, baserad på den kunskap man vunnit om omständigheterna vid försöket, finner att det i gärningsögonblicket, dvs när försökspunkten uppnås, förelegat *risk för brottets fullbordan*.¹³²⁹

Hon drar följande slutsats av detta:

Av denna anledning är mordattentat ofta straffbara tjänliga försök.¹³³⁰

Man har enligt Wennberg endast två möjligheter: Antingen är försöket otjänligt genom att man vet att det inte kommer att fullbordas eller så är det osäkert om det kommer att fullbordas. I det förra fallet är försöket otjänligt och i det senare tjänligt. Men av resonemanget följer inte att "mordattentat" oftare skulle vara tjänligare än andra gärningar. Wennberg ställer frågan:

I vilken utsträckning skall man beakta *gärningsmannens avsikter* vid en s k objektiv farebedömning? Gärningsmannen har just tagit ett strupgrepp i avsikt att döda men blir avbruten (ofulländat försök). Risk för

¹³²⁷ Peczenik, Vad är rätt? s 612 och 675.

¹³²⁸ Wennberg, Försök s 220.

¹³²⁹ Wennberg, Försök s 221.

¹³³⁰ Wennberg, Försök s 221.

offrets död föreligger kanske, om man tar hänsyn till gärningsmannens avsikt att fullfölja gärningen, annars inte.¹³³¹

Frågan i citatet besvarar hon i exemplet som följer på denna fråga. Faran är här inte bara *beroende* av avsikten, den *konstitueras* av uppsåtet. Wennberg menar alltså att farebedömningen och uppsåtsbedömningen, dvs bedömningen av brottsplanen, är objektiva bedömningar. Denna fare/avsiktsbedömning är inte metodiskt märkvärdigare än andra. Problemen för uppsåtsbedömningen i försökssammanhang förefaller vara genererade av en dualistisk syn på uppsåtsbedömningen. Varför mordattentat är typiska tjänliga försök beror helt enkelt på att de *manifesterats* som strukturerade och "meningsfulla" *angrepp* mot annans liv och därmed som försök till fullbordat brott.

Wennberg sammanfattar sin syn på farebedömningar vid försök på följande sätt:

Sammanfattningsvis kan konstateras att ett normalt bedömande från gärningsmannens synpunkt innebär att man med utgångspunkt från gärningsmannens försöksuppsåt (det medel han tänkt använda sig av, det objekt han åsyftat etc) frågar sig om han av flera handlingsalternativ *råkat* välja ett otjänligt sådant när han skred till handlande, eller om samtliga handlingsalternativ varit otjänliga varför man inte kan säga att gärningsmannen lika gärna kunnat välja ett tjänligt alternativ.¹³³²

Med andra ord; visar det sig att uppsåtet i förhållande till valda medel och mål har en sådan struktur att endast genom att överge de bärande elementen i den skulle försöket lyckats, är det otjänligt. Andemeningen i detta yttrande är ungefär samma som att brottsplanen, m a o uppsåtet, inte får innehålla en "djupgående brist".¹³³³ Strahl formulerar detta på följande sätt efter en jämförelse mellan två exempel, där någon i ena fallet trott att krita är ett dödande gift respektive förväxlat två burkar med arsenik respektive krita och i tro att det varit arsenik givit offret av burkens innehåll:

Olikheten ligger i att i det förra fallet brottsplanen var behäftad med ett väsentligt fel, medan den i senare fallet var rimlig.¹³³⁴

Samma sak sägs av Straffansvarsutredningen:

¹³³¹ Wennberg, Försök s 222.

¹³³² Wennberg, Försök s 231.

¹³³³ Jareborg, Ansvarslära s 86.

¹³³⁴ Strahl, 1976 s 221.

Genom undantagsrekvisitet "fara utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter"¹³³⁵ vill man straffbelägga sådana försök vars brottsplan är rimlig.

Vad man över hela linjen gör, är att på olika sätt uttrycka att brottsplanen/(gärnings)uppsåtet) skall vara avläsbar(t). Finns en "väsentlig brist" i planen/(gärnings)uppsåtet föreligger inte uppsåt. Ungefär samma förhållanden råder vid en traditionell gränsdragning med gärningsuppsåt; uppsåtet är "säkert", endast om det är i enlighet med vissa *specifika* kriterier. Skillnaden är att vid försöksbestämmelsens farebedömning handlar det om en extrapolering av omständigheterna och uppsåtet i gärningen, medan det vid gärningsuppsåt i fullbordade fall är fråga om en rekonstruktion. Strahl berör detta sammanhang på följande sätt:

Genom denna tilläggsbestämmelse (farerekvisitets andra del; SC) har man inte gjort annat än att fullfölja tankegången att försök som är värda att taga på allvar skall bestraffas andra inte.¹³³⁶

Jareborg har avslöjat en fundamental brist i argumentationen för farerekvisitet som avgränsning mot otjänliga försök enligt följande: Förutsatt att man måste utgå från att det alltid krävs en faktisk möjlighet att försöket skall lyckas redan i och med försökspunktens inträde, ger inte undantagsregeln någon ledning för exemplet med den tomma fickan, som gjort fickstölden omöjlig.¹³³⁷ Han skriver:

Om man anser att det redan i ordet "påbörja" ligger ett krav på existentiell möjlighet, innebär farerekvisitet inte ytterligare mer än att det i något läge skall framstå som plausibelt att brottet fullbordas, dvs. att en situation skall inträffa, där brottsdefinitionen i fråga är uppfylld.¹³³⁸

Han hävdar att det är viktigt att ha försökspunkten som en gärningsmässig hållpunkt för försöksansvaret.¹³³⁹ Man kan inte utan vidare övergå till att hävda en särskilt tidig försökspunkt, t ex i fallet med den tomma fickan och fickstölden. Om så vore, skulle verkligen enbart tankar vara kriminaliserade. Uppsåt att stjäla i samband med att vederbörande tjuv befunnit sig i en folkmängd skulle räcka. Visserligen kan gärningspersonen hysa allvarliga avsikter att stjäla, och därmed utgöra en allvarlig konkret fara för stöldens förverkligande, men en straffrättslig bedömning måste utgå från en gärningsbedömning och inte en spekulation om eventuella fristående avsikter.

¹³³⁵ Straffansvarsutredningen del II, s 235 och Strahl, 1976 s 221.

¹³³⁶ Strahl, Allmän straffrätt s 221.

¹³³⁷ Jareborg, Ansvarslära s 86f.

¹³³⁸ Jareborg, Ansvarslära s 84.

¹³³⁹ Jareborg, Ansvarslära s 87.

Jareborg menar, och enligt min mening med rätta, att lagtextens ordalydelse inte ger någon ledning för bedömningen av vilka försök, som skall anses som tjänliga eller otjänliga:

Lagens uttryckssätt...är olyckligt och ger ingen verklig ledning för bedömningen av otjänliga försök. Detsamma gäller det ofta upprepade påståendet att tanken är att man skall bestraffa försök, som är värda att tas på allvar, men inte andra.¹³⁴⁰

Jareborg föreslår, bl a för att man inte skall hamna i karaktärsbedömningar, att man istället för fara utgår från en bedömning av gärningspersonens risktagande.¹³⁴¹ Jareborg anför följande i anslutning bl a till NJA 1992 s 679, som gällde befattning med narkotika:

För att inte kontakten med lagens ord helt skall förloras måste det vara fråga om ett kvalificerat ("subjektivt") risktagande ("objektivt" bedömt). (Eftersom man utgår från ett brottsligt uppsåt, är det för övrigt här mer träffande att tala om "chans" än om "risk".) En tänkbar precisering är att *det vid en objektiv bedömning utifrån gärningsmannens position framstår som plausibelt att hans uppsåt kommer att förverkligas.*¹³⁴²

Jareborg kommenterar också Brobyfallet, NJA 1956 B 6, och menar att enligt senare HD-praxis borde fallet ha lett till fällande dom, om man inte alltid kräver existensuell möjlighet vid brott enligt BrB kap 3.¹³⁴³ Detta kunde alltså varit förklaringen till domen. Jareborgs beskrivning av farerekviset bedömt efter den bestämmande lägsta nivån i "undantagsregeln" i kap 23 § 1 är alltså att en objektiv bedömning skall göras om det är plausibelt att gärningspersonens uppsåt kommer att förverkligas.

Av detta kan man sluta sig till att en bedömning av gärningspersonens uppsåt måste föregå bedömningen av uppsåtets realism. Uppsåtet är bedömt med ledning av gärningsstrukturen och kontexten. I detta panorama visar sig uppsåtets/brottsplanens realism. Utgångspunkten är att en brottsplan upptäckts i gärningsstrukturen eller m a o att ett visst slags uppsåt upptäckts. Detta uppsåt måste åtminstone preliminärt vara sådant att det är riktat mot något fullbordat brott/skyddsobjekt. Men i upptäckten av brottsplanen ligger redan upptäckten av strukturen som typisk eller inte typisk. En typisk brottsplan vid en okontrollerad följd men vid fullbordat brott är i sin helhet "realistisk". Att bedömningen skall vara gärningsmässig och objektiv är inget problem. Det är den även i alla andra fall där uppsåt skall bedömas. Problemen uppstår bara

¹³⁴⁰ Jareborg, Ansvarslära s 87.

¹³⁴¹ Jareborg, Ansvarslära s 88.

¹³⁴² Jareborg, Ansvarslära s 89.

¹³⁴³ Jareborg, Ansvarslära s 89.

om man föreställer sig att uppsåt måste vara något fristående från gärningen, dvs något som finns som ett "inre faktum" fördolt för bedömaren.

Wennberg menar att en generell objektiv försökslära, baserad på faran för fullbordat brott, inte har stöd i praxis:

...om eventuellt uppsåt duger för ansvar för fullbordat brott, torde det även duga för försöksansvar enligt en objektiv försökslära, eftersom gärningsmannen även i detta fall straffas för *vad han gjort*, dvs för framkallandet av fara för fullbordat brott. Enligt detta synsätt utgöres effekten av ett farerekvisit, nämligen faran för fullbordat brott. Gärningsmannen skall således ha insett att faran för fullbordat brott varit möjlig och skulle ha handlat som han gjorde, även om han vetat att denna fara skulle inträffa. I praxis har man dock accepterat ett synsätt som inte bygger på en så renodlat objektiv lära....Försöksansvar förutsätter att gärningsmannen haft eventuellt uppsåt i förhållande till något som ligger utanför själva försöket, nämligen *det fullbordade brottets effekt*, således inte i förhållande till *faran för denna effekt*.¹³⁴⁴

Ibland skriver domstolarna att TT skulle ha handlat som han gjorde, även om han insett att handlandet kunnat medföra dödliga skador.¹³⁴⁵ Detta uttryckssätt tyder enligt Wennberg på att fara för det fullbordade brottet och inte det fullbordade brottet varit föremål i uppsåtsprövningen.¹³⁴⁶ Det finns dock, enligt min mening, inte något skäl för att uttryckssättet måste syfta på ett fareansvar i förhållande till ett ansvar såsom för fullbordat brott. Ett inte inträffat brottsligt resultat av en handling kan alltid uttryckas i konjunktiv eller futurum, utan att detta innebär att man därmed syftar på den framkallade faran istället för brottsplanen. En annan sak är att man *kan* uttrycka ett förväntat negativt resultat i faretermer.

Sammantaget är det enligt min mening tydligt att farerekvisitet kräver en gärningsmässig uppsåtsbedömning. Otjänliga försök kan endast avgränsas, genom att gärningen och dess mening klarläggs efter de objektiva omständigheter som visat sig i sinnevärlden. Detta görs genom prövningen av ett traditionellt gärningsuppsåt. Men eftersom det här endast rör sig om en ansvarsfrihetsgrund eller exculpationsgrund, skall en miniminivå av realism beträffande gärningens inriktning fastställas. Det är däremot inte fråga om ett risktagande i egentlig mening utan en regelrätt plan. Gärningspersonen tar inte en risk, utan han gör möjligtvis en sannolikhetsberäkning i förhållande till det mål som uppställts och därmed för brottsplanen. Försöksgärningen är

¹³⁴⁴ Duff, *Criminal Attempts*, s 267.

¹³⁴⁵ Se t ex NJA 1924 s 32 och underrätternas domar i NJA 1970 C 146.

¹³⁴⁶ Wennberg, *Försök* s 267, 270f och 273.

därför inte en verksamhet, som primärt kan karaktäriseras som risktagande utan istället som en målinriktad angreppshandling. Det är denna angreppshandlings struktur som måste vara realistisk och bestämd för att försökspunkten har uppnåtts. Den enda praktiska möjligheten att bedöma om uppsåtet är realistiskt är att göra en bedömning av gärningsstrukturen och därmed gärningen med dess mening. Farerekvisitet i lagen är en anvisning om att tolka gärningens struktur som försöksgärning och angreppstyp. I denna bedömning ligger även frågan om realism eller inte implicit. Detta framgår också åtminstone indirekt av den sammantagna svenska doktrinen i frågan.

3.4.5 KONKLUSION – FÖRSÖKSPUNKTEN BESTÄMS EFTER GÄRNINGENS STRUKTUR OCH MENING

Lagtexten svarar inte enligt Jareborgs mening mot de ambitioner som den ger uttryck för.¹³⁴⁷ Enligt min mening har Jareborg rätt. Farerekvisit verkar inte vara någon lösning på hur försökspunkten skall bestämmas, vare sig det gäller straffvärda otjänliga försök eller övriga fall. Någon annan traditionell subjektiv eller "ortodox" objektiv lösning verkar inte heller stå till buds. Allmänt erkänns att ett tilläggs-kriterium måste finnas. Ofta får detta hjälpverktyg sådana uttryck som Strahls variant att lösningen finns "nog i allmänhet nästan av sig själv". Ett försöksansvar, som är "angreppsdefinierat", är däremot ansvarsgrundande t ex vid stöldförsöket ur den tomma fickan. En önskan att döda, i stil med att bjuda sin arvonkel på en flygresa i hopp om att flygplanet störtar, kan däremot inte identifieras som en gärning strukturerad som ett angrepp.

Jareborgs förslag att överge det allmänna försöksansvaret till förmån för ett fareansvar är ett "alexanderhugg", som borde vara både rättspolitiskt och teoretiskt gångbart. Haken är bara att förslaget inte omedelbart tar hänsyn till försöksgärningens typiska (intentionella) angreppsstruktur, trots att det finns vissa drag av detta i hans förslag, bl a i betonet av *tagandet* av "chans" och risk.¹³⁴⁸ Den första utgångspunkten inför en reform av försöksansvaret, differentierat eller inte, borde vara en reformerad skuld- och uppsåtslära. Därefter borde försöksansvaret differentieras, men som ett försöksansvar i övrigt i linje med Jareborgs förslag.

¹³⁴⁷ Jareborg, Ansvarslära s 87.

¹³⁴⁸ Jareborg, Ansvarslära s 89.

3.5 UPPSÅTSKRAVET VID FÖRSÖKSANSVAR I SVENSK RÄTT

3.5.1 ALLMÄNT

Försöksuppsåtet har i den tidigare delen av kapitlet visat sig vara sammanflätat med identifikationen av försöksgärningen. Det kan inte undvikas att en del frågor från dessa avsnitt återkommer här.

Skillnaden mellan försöksuppsåtet och ett fristående uppsåtsrekvisit i det fullbordade brottets beskrivning hänför sig till det föremål som uppsåtet riktat sig mot. Försöksuppsåtet är riktat mot ett fullbordat brott, och ett fristående uppsåtsrekvisit (i form av ett avsiktsrekvisit) är riktat mot ett speciellt objekt, som t ex att gynna främmande makt, enligt BrB kap 19 § 5. De problem som tidigare berörts, då det gäller att med hjälp av en traditionell dualistisk gärningslära fastställa ett fristående uppsåtsrekvisit, återkommer när det gäller försöksuppsåtet.

3.5.2 PROBLEMSTÄLLNING – UPPSÅTSPRÖVNINGEN ÄR BEROENDE AV GÄRNINGSIDENTIFIKATIONEN

Många författare menar att den traditionella prövningsordningen i brottsbegreppet i först objektiva och därefter de subjektiva rekvisiten skall omkastas vid prövningen av försök.¹³⁴⁹ Vid prövning av försökspunkten skall man istället först utgå från uppsåtet. Frände beskriver saken på följande sätt:

Vid bestämmandet av försökspunkten måste både subjektiva och objektiva element beaktas, varvid uppsåtet bör granskas först eftersom det ger oss möjlighet att förstå handlingen som en del av en större handlingsplan. I annat fall kan vi t.ex. inte skilja mellan ett räddningsförsök och ett stöldförsök.¹³⁵⁰

Omkastningen av prövningsordningen syftar alltså till att "ge oss möjlighet att förstå handlingen som en del av en större handlingsplan". Utan gärningens syfte och/eller mening skulle man alltså inte kunna förstå vare sig försöksgär-

¹³⁴⁹ Jareborg, Ansvarslära s 76 och Straffansvarsutredningen del II, s 237.

¹³⁵⁰ Frände, Introduktion s 231.

ningen eller dess sammanhang. Enligt min mening har Frände rätt. Men implikationerna av det sagda är att uppsåtet inte fungerar som ett slags sista kontroll av att utöver en gärning även intentionalitet i någon form existerat. Detta senare är den gängse skuldlärans, brottsbegreppets och uppsåtslärans budskap. Metoden att först se på gärningen *och* dess mening i ett sammanhang överensstämmer däremot med hur prövningen av en gärning måste ske enligt en icke-dualistisk prövningsmodell.

För att passa den prövningsmodell som det traditionella brottsbegreppet kräver, framställs försöksansvarets prövning som ett *undantag* från den normala tågordningen. Men bedömningen av försöksgärningar är i princip inte annorlunda än andra gärningsbedömningar. Det normalt nödvändiga gärningsmässiga förfarandet vid alla gärningsbedömningar blir bara övertydligt vid prövning av försöksuppsåtet och försöksgärningen. Att ersätta det subjektiva överskottet med ett "objektivt" farerekvisit, faran för fullbordat brott, gör enligt vad som tidigare sagts inte saken bättre. Faran för fullbordat brott kan nämligen inte heller observeras förrän "brottsplanen" och gärningsstrukturen är konstaterad.

Detta gör försöksansvarets test- eller indikatorfunktion, som Jerome Hall tilldelat försöksansvaret i förhållande till allt straffansvar, särskilt intressant.

Traditionellt beskrivs uppsåtskravet på samma sätt och med samma uppsåtsformer som det fullbordade brottets.¹³⁵¹ Alla det fullbordade brottets brottsrekvisit skall omfattas av samma uppsåtsformer som krävs för det fullbordade brottet. Strahl uttrycker saken på följande sätt:

På den subjektiva sidan ...kräves lika mycket som för det fullbordade brottet.¹³⁵²

Traditionellt anses uppsåtskravet vid försök vara präglad av den parasitiska relationen mellan försök och fullbordat brott. Tre huvudindelningar av uppsåtskravet kan urskiljas:¹³⁵³

1. Uppsåt till försöksgärningens inträffade effekter och gärningsmoment, som bedöms på vanligt sätt som vid fullbordat brott.
2. Uppsåt till det fullbordade brottets objektiva rekvisit, som *inte* inträffat. Detta uppsåt indelas i två typer:

¹³⁵¹ Se t ex Jareborg, Ansvarslära, s 75.

¹³⁵² Strahl, 1976 s 214.

¹³⁵³ Se Wennberg, Försök s 253ff, Straffansvarsutredningen del I s 237f, Jareborg, Ansvarslära s 74 och Strahl, 1976 s 214ff, Brottsbalkskommentaren del II s 594f och även som en jämförelse Frände, Introduktion s 232f.

- a. Uppsåt till det fullbordade brottets objektiva rekvisit vid avslutat försök.
- b Uppsåt till det fullbordade brottets objektiva rekvisit vid oavslutat försök.
3. Uppsåt till faran för att brottet skall fullbordas.

Den fortsatta framställningen i avsnittet följer denna ordning.

3.5.3 UPPSÅT TILL FÖRSÖKSGÄRNINGENS INTRÄFFADE EFFEKTER OCH GÄRNINGSMOMENT

Wennberg hävdar att uppsåt till "själva försökshandlingen" ofta är uppfyllt, "eftersom den som utför en handling i allmänhet är medveten härom.¹³⁵⁴ Ordet "själva" måste här syfta på den "rena kroppsrörelsen". Uppsåtet skulle alltså täcka vad som ofta kallas "gärningen i sig" befriad från intentionalitet. Jag förmodar att man här inte menar ett s k "handlingsuppsåt" eller "frivillighetsrekvisit". Men, eftersom försöksgärningen framstår som ett *handlingsmedel* för ett visst syfte i enlighet med "brottsplanen", dvs ett vidare uppsåt mot ett fullbordat brott, blir parallellen tydlig till uppsåtskravet på handlingsmedel och vad som kallas "handlingsuppsåt".¹³⁵⁵ Ett avslutat försök att döda som misslyckas, t ex för att skottet missar offret, måste således innefatta en insikt om handlingsmedlen. Ett sådant handlingsuppsåt måste även finnas om effekten endast var culpöst orsakad.

Strahl skriver: "Har någon ett syfte är han medveten om detta. Han kan inte tvivla på sitt syfte. Han vet det."¹³⁵⁶ Förutsatt att Strahl har rätt i att ett syfte alltid förutsätter vetskap om syftet, kan man fråga sig om en insikt om handlingsmedlen och försöksgärningen redan avgjorts i och med att försökspunkten fastställts. Vid konstaterandet av att försökspunkten uppnåtts, måste frågan om ett syfte, som går utöver denna, redan vara avgjord och därmed även insikten om de valda handlingsmedlen. Skälet till detta är brottsplanens betydelse för försökspunkten. Det kan inte förekomma tvivel om att något nödvändigt gärningsmoment i försöksgärningen inte är omfattat

¹³⁵⁴ Wennberg, Försök s 261.

¹³⁵⁵ Se avsnitt 1.4.5.1 och 2.3.2.1.4.

¹³⁵⁶ Strahl, 1976 s 106. Det kan vara på sin plats att påminna om Strahls eget förslag till lösning för affektbrottens uppsåtsbedömning: Gärningspersonen ser rött, men han ser.¹³⁵⁶ Den som ser rött och har ett syfte i sitt raseri ser inte annat än "rött". Alltså inser han inte sitt syfte, utan endast något "rött". Detta är vad Andenæs' "slörede" eller halvklara *forsæt* inriktat sig på att undgå, genom att hävda att även dunkelt insedda effekter och inriktade gärningar kan *anses* som uppsåt.

av insikt, eftersom gärningen i så fall skulle vara utan inriktning mot det fullbordade brottet och därmed inte skulle vara en försöksgärning. Det finns således inte ett *särskilt* krav på uppsåt - som skall bedömas efter att försökspunkten observerats - till vad som kallas "själva försöksgärningen".

3.5.4 UPPSÅT TILL DET FULLBORDADE BROTTETS OBJEKTIVA REKVISIT, SOM INTE INTRÄFFAT

3.5.4.1 AVSLUTAT FÖRSÖK

Vid avslutat försök sägs att uppsåtskravet, utöver vad som sagts ovan (1.), omfattar en okontrollerad följd, som inte inträffat, exempelvis då en person skjutit mot en annan men skottet bommat. Detta kallas ofta för det subjektiva överskottet. I doktrinen, både i *common law*- och *civil law*-kulturen, har man diskuterat om alla uppsåtsslag eller om endast ett särskilt kvalificerat uppsåt, ett slags "*specific*" eller "bestämt" uppsåt, kan användas vid bedömningen av det subjektiva överskottet vid försöksansvar.¹³⁵⁷ Ett sådant speciellt uppsåtskrav finns inte, enligt doktrinen tämligen ostridiga mening, i svensk rätt.¹³⁵⁸

Straffansvarsutredningen är dock försiktig i sin beskrivning och menar att "i princip" skall alla uppsåtskvalifikationer kunna användas, dock med tveksamhet det andra hypotetiska ledet i *dolus eventualis*.¹³⁵⁹

Det paradoxala är emellertid att försöksansvaret är det huvudsakliga området i praxis för användningen av *dolus eventualis* vid grova våldsbrott, vid sidan av motiveringarna för ogillat åtal för grova våldsbrott.¹³⁶⁰ Min förklaring till detta har varit att vid försök används det eventuella uppsåtet inte som ett gränsdragningsinstrument, utan man vill använda sig av motsvarigheten till *specific intent*, dvs en "laglig" och rättsligt säkert förankrad formel för konsta-

¹³⁵⁷ Se t ex Thyren och Hagströmer, Principerna III s 71f, respektive s 236 samt Wennberg, Försök s 266.

¹³⁵⁸ Straffansvarsutredningen del I s 260f. Man reserverar sig dock i förhållande till det eventuella uppsåtet. Waaben är år 1957 i Forsæt och 1993 i Ansvarslæren, s 295f respektive s 195, visserligen inställd på ett det är självklart att ju mer av gärningen som är "kuperad" desto bestämde måste uppsåtet vara men utgår ändå från att uppsåtet på något sätt måste specificeras åtminstone vid oavslutat försök.

¹³⁵⁹ Jfr Brottsbalkskommentaren, del II s 585 och 595, Straffansvarsutredningen del I, s 227f samt Frände, Introduktion s 233f. Han anser att sannolikhetsuppsåt men inte likgiltighetsuppsåt kan användas.

¹³⁶⁰ Se avsnitt 5.6.2.1.

terandet av uppsåt. Ytterligare en möjlig förklaring är att *dolus eventualis* hypotetiska utgångspunkter korresponderar med försöks gärningens extrapolerade "brottsplan".¹³⁶¹ Prejudikaten NJA 1959 s 63 och NJA 1980 s 514 anses allmänt i doktrinen vara vägledande för hur uppsåtsgården dras enligt gällande rätt.¹³⁶² Men båda fallen handlar om (*ogillade* åtal för) försök till uppsåtligt dödande. Prejudikaten får därigenom en dubbelt inskränkt betydelse vad gäller fullbordat brott.

Enligt den här företrädde uppfattningen bör inte gråzoner eller halvklart uppsåt accepteras vid någon form av uppsåtsbedömning till följd av lag och principen *in dubio pro reo*. Varken sannolikhetsuppsåt, eventuellt uppsåt eller andra uppsåtsslag innanför gråzonen kan därför accepteras varken vid försök eller fullbordat brott. Däremot kan man ur denna synvinkel acceptera att speciella och höga uppsåtsslag formuleras som *dolus eventualis*.

3.5.4.2 OAVSLUTAT FÖRSÖK

Uppsåt till det återstående handlandet i ett oavslutat försök brukar beskrivas som ett särskilt och bestämt uppsåt.¹³⁶³ Wennberg betecknar enbart detta uppsåt som ett subjektivt överskott.¹³⁶⁴ I detta fall menar man att det inte räcker med insikt, sannolikhetsuppsåt eller *dolus eventualis*. Straffansvarsutredningen menar att tveksamhet beträffande hypotetiskt eventuellt uppsåt särskilt gör sig gällande vid oavslutade försök.¹³⁶⁵ Man frågar sig hur en bedömare skulle kunna sluta sig till hur en gärningsperson hypotetiskt skulle ha handlat i ett hypotetiskt tillstånd av visshet om en hypotetisk effekt.¹³⁶⁶ Gränsdragningsinstrumentet *dolus eventualis*, som vid fullbordade brott ursprungligen hade bevisrättsliga grunder, skulle då framstå som en ren spekulation. I förarbetena verkar kravet på bestämt uppsåt emellertid i viss mån relateras till bevisningen.¹³⁶⁷ Det kan således vara fråga om ett blandat materiellt och processuellt

¹³⁶¹ Jfr Jareborg, Ansvarslära s 208.

¹³⁶² Se t ex Straffansvar, s 69f.

¹³⁶³ Brottbalkskommentaren del II, s 595.

¹³⁶⁴ Wennberg, Försök s 253, Strahl, 1976 s 215 och Brottbalkskommentaren del II, s 595.

¹³⁶⁵ Straffansvarsutredningen del I s 237.

¹³⁶⁶ Straffansvarsutredningen del I s 237.

¹³⁶⁷ Strafflagskommissionen, s 184ff. Kommissionen ansåg förslaget om ett krav på särskilt uppsåt, enligt begreppet "åsyftat", vid försök berättigat med hänsyn till att *dolus eventualis* inte ansågs ge uttryck åt "en samhällsfarlig vilja". Se även Straffrättskommittén, s 360. "...den omständigheten att ett brott icke fullbordats (utgör; SC) ofta ett indicium på en mindre samhällsfarlighet hos gärningsmannen – han har t.ex. saknat det förutseende eller den kallblodighet som krävs för att kunna genomföra brottsplanen..." De försökssakkunniga betonade kravet på ett främst i bevishänseende med "säkerhet" konstaterbart uppsåt, trots att man ansåg *dolus eventualis* kunna användas. Se NJA del II 1942 s 244. Se även Frände, Introduktion s 234.

begrepp eller en slags *dolus determinatus* i klassisk bemärkelse. Exempel på ett ofullständigt försök är att någon siktar mot en annan person med en pistol men ännu inte tryckt på avtryckaren och hindrats i detta ögonblick. Uppsåtskravet sägs inte vara kvalificerat såvitt avser hanterandet av vapnet och den effekt, som det fullbordade brottet förutsätter. Däremot skulle uppsåtskravet vara bestämt såvitt avser den "återstående handlingen", dvs avlossandet av skottet. Det räcker inte att gärningspersonen insett att skottet skulle avlossas, utan endast att han "föresatt sig att göra detta".¹³⁶⁸ Man kan fråga sig, om det är möjligt att skilja uppsåtet till att trycka på avtryckaren från uppsåtet till annans död i detta fall, då uppsåt till fullbordat brott anses föreligga. Om avsikten vore att skrämma en person med skottet, men med insikt om att denna skulle kunna avlida och gärningspersonen accepterat annans död som en effekt av gärningen, skulle följaktligen bestämt uppsåt krävas till avlossandet men inte till effekten. Det skulle m a o *inte* räcka för försöksansvar att gärningspersonen haft för avsikt att döda, om han, utan att ha varit bestämd i sin föresats att avlossa skottet, haft insikt om (trott) att han var i färd med att avlossa ett skott.

Däremot skulle det räcka för försöksansvar att gärningspersonen avsiktligt avlossat ett skott i avsikt att skrämma och misstänkt att offret ändå kunde dö samt trots detta varit likgiltig för och/eller accepterat detta. Intuitivt verkar straffvärdet omvänt i förhållande till det skisserade ansvarsutfallet. Det verkar enligt min mening rimligare, även innanför den gängse uppsåtslärans ramar, att ha samma uppsåtskrav för hela brottsplanen.

Jareborg menar att kravet på bestämdhet i första hand syftar på placeringen av försökspunkten. Han anför följande med hänvisning till ett typfall, där brottsdefinitionens verb betecknats som H och där försökspunkten uppnåtts "...om det är språkligt korrekt att säga, att det som vederbörande verkligen har gjort bestod i att hålla på att göra H":

Ett verkligt eller (möjligen) planerat uppehåll i händelseförloppet innan något gjorts, som exemplifierar det första typfallet (dvs H, SC), får anses medföra att försökspunkten ännu inte är nådd. Ibland sägs som förklaring härtill, att vederbörande inte är tillräckligt bestämd i sitt uppsåt (trots att uppsåtsrekvisitet i och för sig är uppfyllt). Uttrycksättet kan vara förvirrande, och det räcker att notera, att gärningsmannen inte gärna kan ha påbörjat utförandet av ett brott, när det ännu inte är klart att han ämnar göra något som täcks av brottsdefinitionens verb.¹³⁶⁹

¹³⁶⁸ Strahl, 1976 s 214. Se även Straffansvarsutredningen del I s 238.

¹³⁶⁹ Jareborg, Ansvarslära s 82.

Som förut sagts är konstaterandet av försökspunkten till sin definition beroende av uppsåtet/brottsplanen. Uttryckssättet att uppsåtet måste vara bestämt syftar följaktligen på att gärningen är en typisk och tydlig försöksgärning, som uppfyller minimikravet på en försöksgärning. Kravet på bestämt uppsåt innebär att "brottsplanen" (uppsåtet) till det fullbordade brottet, som försöket syftar mot, måste vara "bestämd". Men bestämdheten avser i grund och botten att försöksgärningen från och med försökspunkten måste kunna ses som en tydlig försöksgärning i förhållande till ett fullbordat brott. Skälet för att acceptera lägre bevismässiga och materiella kvalifikationer av uppsåtet ju mer av brottets fullbordan som finns i sinnevärlden, anses ofta vara att bedömningen av gärningens mening anses säkrare närmare fullbordanspunkten.¹³⁷⁰ Detta kan uttryckas just som praxis och förarbetena antyder; uppsåtet skall vara "bestämt". Men det kan bättre uttryckas som Jareborg indirekt gör att (försöks)gärningen är bestämd. Kravet på bestämt uppsåt framstår på så sätt som ett krav på ett säkert gärningsmässigt bedömt uppsåt vid försök.¹³⁷¹

Även i detta avseende harmonierar försöksuppsåtet med annat uppsåt förutsett att alla uppsåtsrekvisit innebär ett generellt krav på ett säkert uppsåt vid alla uppsåtsbedömningar.

3.5.5 UPPSÅT TILL FARAN FÖR FULLBORDAT BROTT

Prövningen av farerekvisitet brukar ses från två synvinklar som har två skilda funktioner. Dels skall begreppet användas till att utesluta orealistiska otjänliga försök, dels till att allmänt beteckna vad som hänt i sinnevärlden genom försöket.

Farerekvisitet i BrB kap 23 § 1 syftar till att markera en *lägsta gräns* för bestämmandet av om ett försök är otjänligt eller inte. Poängen i stadgandets farerekvisit är att lösa problemet med otjänliga försök genom att skapa förutsättningar för att pröva hur realistisk brottsplanen är. Prövningen av om fara för fullbordat brott föreligger skall utföras från gärningspersonens synvinkel på rent objektiva grunder. Brottsplanens eller m a o uppsåtets realism skall därför inte behöva inses av gärningspersonen, eftersom farerekvisitet är en exculpationsgrund ungefär som en tillräknelighetsbrist.

¹³⁷⁰ Se t ex Waaben, Ansvarslären s 195ff.

¹³⁷¹ I NJA 1968 C 1462, (se även avsnitt 3.4.2) anfördes som skäl för en dom för grov stöld, där en person med en annans hjälp tagit sig in i ett konditori men i sammanhanget tagits av polisen, att man inte fann någon annan rimlig förklaring till beteendet än att TT avsett att tillgripa gods eller egendom. Sett i denna belysning är inte formuleringen särskilt anmärkningsvärd. Se Wennberg, Försök s 257.

Varken Strahl, Jareborg, Brottsbalkskommentaren eller Frände säger uttryckligen att uppsåt till fara för fullbordat brott krävs. Wennberg skriver dock följande:

Bestraffning kräver att försökshandlingen inneburit objektiv fara för fullbordat brott samt att gärningsmannen haft viss insikt härom.¹³⁷²

Det är uteslutet att Wennberg syftar på försökets tjänlighet eller på att gärningen och/eller brottsplanens fullbordan kan subsumeras under en brottsbeskrivning för fullbordat brott. Det senare vore samma sak som att rättsvillfarelse generellt skulle exculpera vid försök.

Här avses förmodligen den fara för brottets fullbordan som utgörs av försöksgärningens effekt och rättskränkning i sinnevärlden. Denna "effekt" skulle därför tvunget täckas av uppsåt liksom varje slags objektivt rekvisit. En objektiv försöklära menar man skulle på detta sätt kunna ge underlag för att även *dolus eventualis* kan användas, i och med att uppsåtet riktat sig mot den konkreta faran såsom något i sinnevärlden.

Ordningen för bedömningen av uppsåtet till faran för fullbordat brott skulle alltså bli följande: Först måste ett uppsåt (en brottsplan) till ett fullbordat brott konstateras, *därefter* att fara föreligger för att fullbordat brott kan inträffa. Till sist skulle uppsåtet till faran för fullbordat brott fastställas. Förfarandet verkar inte vara rimligt. Eftersom ett uppsåt till fullbordat (uppsåtligt) brott konstaterats, kan inte den fara, som konstaterats på grund av detta uppsåt, senare täckas av uppsåt. Faran är en funktion av uppsåtet och är därför inte något mer objektivt än uppsåtet. Faran för fullbordat brott uppstår nämligen enligt den traditionella uppsåtsläran inte ur beteendet, den rena kroppsrörelsen eller gärningen "som sådan", utan ur gärningen *och* uppsåtet eller t o m i vissa fall enbart ur ett fristående uppsåt till det fullbordade brottet. Det går därför inte att objektivisera försöksbedömningen genom att istället för en brottsplan införa en fara, som uppkommit genom denna brottsplan, som man ville undvika. Det subjektiva överskott, som man försökte undvika, är istället en förutsättning för det tillskapade skenbart objektiva rekvisitet: fara för brottets fullbordan. Faran för att en gärning skall resultera t ex i en stöld och inte i en räddningsaktion konstitueras inte av en "ren" kroppsrörelse. Det är också uppenbart att uppsåt till och/eller insikt om TT:s eget uppsåt eller brottsplan inte behöver visas i en brottmålsrättegång. Denna insikt förutsätts redan när en brottsplan tagit form. Brottsplanen är *aldrig* inriktad endast mot att skapa en *fara för fullbordat brott*. En brottsplan som inriktats mot en konkret fara för en effekt där fråga är om uppsåtligt effektansvar, är ingen brottsplan, eftersom det inte föreligger en

¹³⁷² Wennberg, Försök s 253.

plan att uppnå den kriminaliserade effekten. I förhållandet till effekten föreligger således högst ett riskuppsåt. Och oaktsamma försök är som bekant inte straffbara.¹³⁷³ Brottsplaner syftar *alltid* till ett fullbordat brott. Uppsåt till att skapa en fara för fullbordat brott kan endast grunda oaktsamhetsansvar i förhållande till eventuell effekt. En annan sak är att uppsåt till en fara faktiskt kan föreligga eller att en gärningsperson *inser* att det föreligger en fara för fullbordad effekt. Uppsåtet måste vara riktat mot ett visst brotts fullbordan, formellt definierat i lag och inte direkt mot skyddsobjektet för det fullbordade brottet.¹³⁷⁴ En annan sak är att skyddsobjektet för försöksbrottet möjligen ibland uttrycks som en fara för fullbordat brott.

Att exempelvis syfta till att skrämma någon genom att skjuta förbi denne är ett typiskt oaktsamhetsbrott när det gäller effekten annans död, eftersom uppsåt *inte* finns till effekten annans död. Detta gäller även om det skulle visa sig att risken för annans död varit sådan att endast en tillfällighet, såsom t ex ett läkaringripande, förhindrat ett dödsfall. Försöket att skrämma har alltså i princip misslyckats genom att något annat åstadkommits. Man kan inte *bara* vilja skrämmas, (dvs ha uppsåt till faran för annans död) och samtidigt ha eventuellt uppsåt till annans död. Möjligen kan man skrämmas *och* ha (indirekt eller eventuellt) uppsåt till annans död.

Enligt en traditionell uppsåtslära föreligger ingen fara för brottet mordbrand bara för att en person gått upp på en höskulle med en tänd tändsticka.¹³⁷⁵ Även om faran för brand är mycket stor finns ingen fara för att mordbrandsbrottet skall fullbordas utan en "brottsplan", förutsatt en dualistisk gärningslära och därmed en traditionell uppsåtslära samt brottsbegrepp. Faran uppstår först i och med att uppsåt att begå det specifika mordbrandsbrottet föreligger. Utan uppsåt till de omständigheter som finns i brottsbeskrivningen för mordbrand, finns ingen fara för brottets fullbordan. Om faran gäller ett fullbordat mordbrandsbrott, kan således inte denna fara konstitueras, utan att detta uppsåt till det fullbordade brottets objektiva rekvisit föreligger. Det är däremot tänkbart att framkallandet av *fara* för branden var uppsåtligt, utan att för den skull branden varit omfattad av uppsåt.

Även enligt en traditionell subjektiv försökslära, som utgår från en "brottsplan" som ett subjektivt överskott eller ett fristående uppsåtsrekvisit, kan inte heller "brottsplanen" vara täckt av uppsåt. Farerekvisitet i BrB kap 23 § 1 utgår från att försöket konstrueras som ett subjektivt överskott, närmast i enlighet med en subjektiv försökslära.

¹³⁷³ Se avsnitt 4.4.2.3.

¹³⁷⁴ Brottsbalkskommentaren, del II s 591.

¹³⁷⁵ Williams, Criminal Law s 630f.

Den faretyp, som traditionellt kan tänkas täckas av uppsåt är följaktligen inte fara för brottets fullbordan utan istället viss konkret eller abstrakt fara, som inte konstitueras av gärningspersonens intentionalitet. Jareborgs reformförslag löser således även denna anomali i de traditionella försökslärorna.

Sammanfattningsvis är det tydligt att kravet på "viss insikt" eller uppsåt till faran för fullbordat brott, som enligt den gängse uppsåtsläran måste upprätthållas, inte kan förklaras som uppsåt till att försöket är tjänligt, till att ett brott håller på att fullbordas eller till en fara för brottets fullbordan i övrigt. Den förklaring som återstår är att den som planerar eller syftar mot något, *alltid insett* vad han planerar eller syftar mot. Detta, liksom att alla som inser något, *inte alltid* avsett detta, kan tyckas vara något självklart. Förhållandet mellan dessa satser avspeglas straffrättsligt i skuldprincipen. Enligt skuldprincipen görs personer *främst* ansvariga för straffrättsligt oönskade effekter, som åsyftats eller utförts efter en plan. Ansvar för gärningar utförda med enbart olika grad av insikt ges ofta lägre straffvärde, omgärdas med fler ansvarsfrihetsregler och/eller kompletteras med krav på en verklig eller presumtiv strävan mot effekten ifråga. Detta brukar uttryckas negativt som att ansvar för att ha handlat med full insikt om en effekts inträde förutsätter att gärningspersonen inte i *tillräcklig eller förväntad mån* strävat bort från effekten. Ett exempel är den allmänna "presumtion", som går ut på att en oaktsamhetssansvarig person inte har strävat efter att förverkliga en oaktsam effekt.¹³⁷⁶ Ibland beskrivs detta som en allmän (oftast konkludent) hjälpteori till föreställningsläran, som går ut på att en ren insikt om en effekt aldrig är *tillräcklig* för straffansvar. I engelsk *criminal law* uttrycks t ex detta genom att inte betrakta styrkt insikt som styrkt uppsåt utan endast som ett bevisfaktum i förhållande till *intent*.¹³⁷⁷

Kravet på uppsåt till fara för fullbordat brott innehåller följaktligen närmast en anslutning till den vanliga tillämpningen av skuldprincipens krav på att en rättsligt definierad förväntad och godtagbar strävan hos gärningspersonen exculperar eller att (gärnings)culpa krävs vid allt straffansvar.

¹³⁷⁶ Se avsnitt 4.6.2.2.5 under "Insikt som definitions Kriterium" och 4.6.3.3.3 under "Personlig culpa" och (e) Bedömningen av personlig culpa i två led: ett orsaksled och ett klandervärdhetsled".

¹³⁷⁷ Se avsnitt 2.3.2.2.2 under "Homicide" och "Bevisningen av *intent* vid *homicide*".

3.6 KONKLUSION – FÖRSÖKSANSVARET BEKRÄFTAR DEN ICKE- DUALISTISKA PRÖVNINGSMODELLEN

Hela försöksansvaret beskrivs traditionellt som intimt beroende av uppsåtet och brottsplanen. Uppsåtskravet för handlingsmedlen, "själva försökshandlingen" och för faran för fullbordat brott konstateras emellertid redan i och med fastställandet av försökspunkten. Samma sak gäller uppsåt till rekvisiten för fullbordat brott, både när det gäller avslutat eller oavslutat försök. Finns en försöksgärning i dogmatisk mening, är också brottsplanen-uppsåtet beskrivet. Uppsåtet vid försök fastställs således inte i enlighet med den traditionella uppsåtsläran i en senare separat prövning av fristående "inre" element, som täcker de objektiva rekvisiten. Uppsåtsprövningen följer däremot de klassiska strukturerna för ett icke-dualistiskt och gärningsmässigt bestämt uppsåt.

Försöksansvaret utgör i det stora hela ett *undantag* från den gängse uppsåtsläran med rötterna i prövningsmodellen från det klassiska brottsbegreppet och den kausala handlingsläran. Allmänt måste gälla att alla undantag från en regel kräver minst samma argumentationsstyrka som regeln för att legitimera sin existens. Men ingen förklaring ges till detta undantag från det gängse förfaringsättet, inom ramen för den traditionella straffrättsystematiken. Den argumentation som består för att frångå kärnan i den traditionella straffrättsdogmatiken, är att (tillfälligt) överge ståndpunkten och argumentera för en motsatt icke-dualistisk ståndpunkt. Man hävdar att prövningen av försöksansvar *inte kan* ske genom att först se på "själva" gärningen-kroppsrörelsen och därefter det fristående subjektiva eller personliga elementet, samt till sist på om detta täcker det förra fenomenet. Prövningen menar man *måste börja* med att *först* konstatera gärningens/gärningspersonens syfte eller mening för att kunna förstå försöksgärningen och beskriva försökspunkten. Det spelar ingen roll om man använder en traditionell subjektiv eller objektiv försökslära.

Hall såg försöksansvaret som ett test på om straffansvar kan grundas på objektiva, dvs främst konsekvensetiska överväganden. Försöksansvarets utformning visar tydligt att den dualistiska prövningsordningen, som den moderna straffrättsdogmatiken förutsätter, inte kan följas vid prövningen av försök. Varken en klassisk objektiv eller subjektiv försökslära kan användas.

Försöksansvaret skulle därmed ha fyllt sin testfunktion och stödja en ny utgångspunkt för hela straffansvaret.

Jareborg har pekat på att kravet på en bestämd brottsplan är ett krav på en bestämd försöksgärning av typiskt slag. Hans förslag att ersätta försöksansvaret med ett differentierat fareansvar innebär att försöksansvaret också begrundas, enligt min mening, av att försöksansvaret inte kan förklaras med den dualistiska begreppsapparaten som straffrättsdogmatiken består av. Förslaget är motsägelsefritt och skapar ett teoretiskt underlag för ett fareansvar som i flera stycken liknar försöksansvaret.

Delikttypen för kriminalisering av tagandet av risker, eller för att utsätta olika skyddsobjekt för fara, utgörs emellertid av ett klassiskt oaktamhetsansvar när det gäller effekten. Man utgår då från ett uppsåtligt förhållande till handlingsmedlen och/eller till den konkreta faran eller risken men från ett negligentiäförhållande till effekten¹³⁷⁸. Utbytbarheten mellan farebrott och oaktamhetsdelikt har denna grund. Formellt utgör alla försöksbrott ett fullbordat brott och steget över till många självständiga formellt fullbordade brott behöver inte vara särskilt dramatiskt. Men om försöksbrotten görs om till farebrott, förloras försöksbrottens speciella karaktär av *angrepp*. Skyddsobjektet förblir detsamma, men två olika gärningstyper eller "deliktprofiler" med olika straffvärdespektra kriminaliseras. Istället för ett ansvar grundat på ett krav på ett klassiskt "viljaverk" införs ett klassiskt krav på ett "vållandeverk", dvs ett fareansvar. Man har så inskränkt skuldprincipen på ett viktigt område genom att ersätta en "större" skuld med en "mindre". Det är naturligtvis tänkbart att kompensera för detta, exempelvis genom påföljdsrabatter. Men, som ovan sagts, rättssäkerheten gagnas sällan av att prövningsmoment från ansvarsdelen i brottmålsprocessen överförs till andra mer "billighetsinriktade" prövningar.

Det försöksansvar som slutligen framträder är ett "objektivt" försöksansvar grundat på försöksgärningens nedslag i sinnevärlden.¹³⁷⁹ Men detta försöksansvar är inte baserat på fara eller riskuppsåt, utan utgör resultatet av ett fullföljande av de straffrättsliga "expressivitetsteorierna" kopplat till en icke-dualistisk prövningsmodell.

¹³⁷⁸ Duff, *Criminal Attempts* s 373.

¹³⁷⁹ Duff, *Attempts* s X.

KAPITEL 4 CULPA

4.1 PROBLEMSTÄLLNINGEN

Straffrättslig culpa brukar beskrivas som ett mycket viktigt och svårt begrepp.¹³⁸⁰ Svårigheterna vid culpaprövningen uppstår emellertid inte av naturliga skäl, utan främst till följd av prövningens moraliska och ideologiska karaktär.¹³⁸¹ Culpaprövningen präglas, t o m i högre grad än uppsåtsprövningen, av föreställningar om nödvändigheten av ett ideologiskt val mellan sinnelagsetik och konsekvensetik.

Tre problemkomplex är särskilt framträdande. För det första skapas culparekvisit ofta genom en öppen brottsbeskrivningsteknik. För det andra verkar culparekvisiten uppträda antingen som något subjektivt eller objektivt eller bådadera. För det tredje är oaktsamhetsansvaret inte utan vidare förenligt med skuldprincipens krav på att gärningspersonen skulle kunna ha uppfyllt det som enligt gällande rätt förväntades av honom.

Det första problemet beror på konflikten mellan legalitetsprincipen och "rättstomma rum".¹³⁸² Kravet på straffrättslig legalitet konfronteras med att oaktsamhetsprövningar faktiskt är utpräglat moraliska bedömningar, och att regleringen av prövningen alltid är mer eller mindre beroende av "utomrättsligt" material.

Det andra problemet uppstår när man försöker anpassa culpaprövningen till en dualistisk syn på gärningsbedömningar genom att söka efter grundstrukturen objektivt respektive subjektivt också i culpaprövningen. "Der Angelpunkt" i den moderna straffrättsdogmatiken har på detta sätt problematiserat både uppsåtsbedömningen och oaktsamhetsbedömningen. Den valda utgångspunkten i subjektivism eller objektivism har frambringat olika

¹³⁸⁰ Binding, *Die Normen*, s 311, 335ff: "Die Vorsatslehre ist relativ leichte Arbeit gegenüber der Lehre von der Fahrlässigkeit. Se t ex Lackner, *Kommentar* s 106, "Sowohl die genauer Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs wie auch seine Integration in den Deliktsaufbau sind noch nicht abschliessend geklärt und in Teilbereichen sehr umstritten". Nuutila, *Komparativa aspekter på de culpösa brotten* s 158: "Detta betyder att redan de *straffrättsdogmatiska* frågorna angående de culpösa brotten är ytterst komplicerade och svåra..." Se även Frände, *Legalitetsprincipen* s 193ff, Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 239, Koriath, s 655, Erenius, *Oaktsamhet* s 25 och 127 samt Jareborg, *Ansvarslära* s 30 och *Gärningslära* s 31.

¹³⁸¹ Jareborg, *Ansvarslära* s 36.

¹³⁸² Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 239.

utpräglade subjektiva eller objektiva culpabegrepp eller indelningar av culpa-begreppet i en objektiv sorts culpa och en subjektiv sorts culpa. Som exempel på sinnelagsideologiskt tänkande kan nämnas Thyréns föreställning om den ålderdomliga effektstraffrätten och den "moderna" sinnelagsstraffrätten, som han menar präglas av hänsyn till den "samhällsfarliga viljan".¹³⁸³ År 1906 inskränktes ansvaret för det objektiva överskottet vid den typ av dråp som konstituerades av misshandel där döden följt, genom att man införde ett oaktsamhetskrav. Thyrén kommenterade detta på följande sätt:¹³⁸⁴

Med riktig uppfattning af *culpa*-begreppet kunna icke heller praktiska skäl, i form af bevissvårigheter, anföras för att på detta område afvika från den moderna uppfattningen af brottets väsen.¹³⁸⁵

"Modern" i Thyréns föreställningsvärld var i detta sammanhang hänsynstagandet till skuldkravet till skillnad från vad han ansåg vara en äldre effektstraffrätt.

Som exempel på en konsekvensetisk culpälära kan nämnas Koriaths oaktsamhetslära, som är helt grundad på "Erfolgstrafrecht".¹³⁸⁶

Svårigheterna för bägge synsätten är uppenbara. Om man väljer ett renodlat subjektivistiskt synsätt, kan det vara svårt att acceptera negligencia som ansvarsgrundande. Både effektiviteten och rättssäkerheten blir lidande, genom att synsättet inbjuder till gränsdragningar baserade på fiktiva eller presumerade "inre" fakta. Den ortodoxa objektivismen har däremot omedelbara problem i förhållande till skuldprincipen. En kompromiss eller ett tudelat culpabegrepp bär med sig båda svårigheterna.

Vid ett första påseende hör det tredje problemkomplexet främst hemma i uppsåtsdebatten. Men det är tänkbart att utgå från ett uppsåtsbegrepp som endast omfattar alla rent intellektuella insiktsmoment och den visade inriktningen av gärningar, utan att direkt ta ställning för eller mot en deterministisk syn. Det går också att lättare undvika frågan t ex genom tillräknelighetsnormer, som utesluter vissa typiska personkategorier från ansvar. Oaktsamhetsklandret antas däremot oftast grundas enbart på en antagen förmåga att göra det aktsamma. Klandret grundas på att gärningspersonen borde kunnat göra något annat.

¹³⁸³ Thyrén, 1914 s 4.

¹³⁸⁴ Thyrén, 1914 s 42.

¹³⁸⁵ Thyrén, 1914 s 42.

¹³⁸⁶ Se avsnitt 4.6.2.3.

Binding hävdar följande:

Ohne die Anerkennung des Vermeidenkönnens gibt es kein fahrlässiges Delikt. Daraus erklärt sich die große Verlegenheit der Deterministen ihm gegenüber.¹³⁸⁷

Kelsen hävdar däremot:

Bei der Fahrlässigkeit wird das Schuldmoment lediglich dadurch gegeben, daß etwas gesollt, aber in Widerspruch zur Norm nicht eingetreten ist. Daß dasjenige, was vorausgesehen und vermieden hätte werden sollen, auch hätte vorausgesehen und vermieden werden können, ist eigentlich nebensächlich, wenn nicht gar falsch; dieses 'können' darf man ruhig weglassen. Es entstammt noch der indeterministischen Terminologie...¹³⁸⁸

Frågan om determinism eller indeterminism sägs ibland vara utan betydelse för straffrätten.¹³⁸⁹ Även om frågan inte kan lösas i detta sammanhang, kan man dock konstatera att åtminstone de citerade författarna låtit frågan vara av avgörande betydelse för culpabegreppets struktur. Dock hävdar knappast någon författare idag en extrem determinism. Koriath använder sig exempelvis av en intentionalistisk närmast indeterministisk handlingslära samtidigt som han ansluter sig till en oaktsamhetslära, vars grunder ligger nära den i citatet av Kelsen ovan.¹³⁹⁰

Att culpa har sin grund i skuldprincipen, åtminstone i dess "personliga" del, är dock en vanlig åsikt i doktrinen. Även om man utgår från en valfrihet eller handlingsfrihet enbart för att detta förutsätts i gällande rätt, är ofta konsekvensen av detta att klandret för oaktsamhet på något sätt anses ha sin rot i antagandet om gärningspersonens förmåga att vara aktsam.¹³⁹¹ Frågan om determinism eller indeterminism i straffrätten är enligt min mening avgjord i och med att åtminstone en handlingsfrihet innebärande en förmåga att handla på ett godtagbart sätt förutsätts i den gällande rätten. Kapitlet behandlar därför främst de två första problemställningarna.

¹³⁸⁷ Binding, Die Normen s 344 not 8.

¹³⁸⁸ Kelsen, Hauptprobleme 1911 s 136.

¹³⁸⁹ Jareborg, Fragmet s 207: "Och för jurister är problemet (viljans frihet; SC) så besvärande att de försöker undvika att se det direkt i ögonen; i verkligheten hamnar dock alla i ett läge där en viss lösning eller ideologi förutskickas, åtminstone omedvetet." Se även Jescheck, AT s 328f och 459 och Koriath, s 595ff.

¹³⁹⁰ Se avsnitt 1.4.3.5.3 under "Koriaths handlingslära".

¹³⁹¹ Roxin, AT s 57f.

4.2 NÅGRA AVGRÄNSNINGAR

När det gäller behandlingen av tysk doktrin har jag valt att även uppmärksamma de klassiska culpälärotyperna i den första generationen "moderna" culpäläror i den tyska doktrinen. Skälet till detta är dels att den andra generationen tyska "moderna" läror, som började dyka upp på 1930 talet framförallt genom Engisch' insats, fortfarande uppehåller sig vid de grundläggande frågor som aktualiserades tidigare, dels (och främst) för att viktiga delar av svensk doktrin efter 1970-talet har stora likheter med denna andra generations läror. Bindings och Engisch' läror drog upp två skilda huvudlinjer för oaktsamhetsdebatten i tysk doktrin: en klassisk oaktsamhetslära där oaktsamhet ses som en skuldform respektive en lärotyp som förutsätter både en skuldprövning och en objektiv prövning. Dessa två huvudlinjer består än i dag, i viss mån i tysk men framförallt i svensk och nordisk doktrin.

Ett problem är att man i svensk litteratur om oaktsamhet nästan helt undviker att hänvisa till annan, särskilt tysk, litteratur. De verk som efter 1970-talet behandlat oaktsamhetsbedömningen i svensk doktrin är alla, utom Erenius' monografi, helt eller nästan helt utan hänvisningar till annan vetenskaplig litteratur. Erenius' monografi är det enda betydande verk i svensk litteratur, som innehåller referenser i någon omfattning till tysk litteratur. Hans beskrivningar av tysk litteratur är dock ganska förklenande, åtminstone när det gäller oaktsamhetens "skuldsida".¹³⁹² Strahls lärobok från 1976 innehåller inga referenser vare sig till tysk eller övrig utländsk litteratur eller till svensk litteratur, utom att Erenius' bok och fyra andra främst skadeståndsrättsliga arbeten nämns. Löfmarcks bok "Straffansvar", liksom Leijonhufvuds och Wennbergs bok med samma namn, innehåller inte heller några litteraturhänvisningar. Jareborgs viktiga artikel om två sorters culpa från 1977 (The Two Faces of Culpa) har i stort sett endast en hänvisning till Erenius' monografi "Oaktsamhet" från 1976 samt Strahls lärobok från 1976.¹³⁹³ I Jareborgs verk "Brotten" från 1979 finns endast en litteraturförteckning med sparsamma uppgifter om utländsk litteratur. Böckerna "Gärningslära" och "Ansvarslära" är om möjligt ännu mindre utförliga i detta hänseende. Hans enda framställ-

¹³⁹² Erenius, *Oaktsamhet* s 41: "Denna ofruktbara metodik har väl avsatt ett otal vetenskapliga arbeten. Med hänsyn emellertid till inriktningen av detta arbete och beaktande det ringa intresse tysk doktrins behandling av Fahrlässighet som skuldproblem torde ha för gällande svensk rätt på området har det syntts mig riktigast att här icke vidare utveckla Fahrlässighet i förhållande till begreppet Schuld. Jag begränsar mig i stället till att kort ange något om tysk rätts ställningstaganden till frågan om oaktsamhetsjämförelsen."

¹³⁹³ Jareborg, *Essays* s 52 och *Två sorters Culpa* s 219. Såvitt avser behandlingen av konformitetsprincipen finns utöver en hänvisning till hans avhandling från år 1969, "Om handling och uppsåt" en upplysning om fyra verk från anglosaxisk litteratur.

ning om culpa, som innehåller ett begränsat antal hänvisningar till annan litteratur finns i boken "Fragment".¹³⁹⁴ Övrig nordisk litteratur är också mycket knapphändig i detta avseende.¹³⁹⁵

Detta hade kanske inte varit problematiskt om svensk litteratur varit självständig i förhållande till tysk doktrin. Men enligt min mening har så gott som allt i den svenska och nordiska oaktsamhetslitteraturen, med undantag av Jareborgs betoning av culpaprövningens centrala roll för hela straffrättsdogmatiken, sin mer eller mindre direkta förebild i tysk litteratur. Detta gäller de klassiska läroarna men särskilt de provningsmodeller som utgår från att culpa måste prövas i flera led, först objektivt och därefter subjektivt. Erenius' lära och Jareborgs "två sorters culpa" delar uppenbarligen grunddragen i Engisch' oaktsamhetslära. Engisch' betydelse för både tysk och svensk oaktsamhetsdoktrin kan knappast överskattas. Till saken hör dessutom att den tyska litteraturen, utöver att den till omfånget är svåröverskådlig, i vissa delar är både oerhört komplex och delvis motsägelsefull, särskilt när det gäller Engisch' lära.

Det finns olika sätt att behandla den tyska oaktsamhetslitteraturen och den äldre tyskinspirerade svenska litteraturen. Man kan ansluta sig till en slags tyst (svensk) överenskommelse att förbigå dessa källor eller på traditionellt rättsvetenskapligt sätt redovisa dem. I detta arbete anser jag mig kunna gå en mellanväg. Jag har valt att översiktligt behandla de viktigaste arbeten som påverkat de svenska lösningarna, även om detta krävt ett visst utrymme i avhandlingen. Särskilt granskningen av Engisch' lära och de läror som grundar sig på samma tänkande, har utformats som en kritisk granskning. Problemen i de tyska varianterna har debatterats under decennier i tysk doktrin. Den tyska debatten bör därför visa svagheterna eller företrädena hos förebilderna och deras efterföljare.

Jag argumenterar, i följd av min grundläggande utgångspunkt, i kapitlet mot en dogmatisk uppdelning av culpaprövningen i subjektiva och objektiva sorter.¹³⁹⁶ Flerstegsläroarna har visserligen ökat förståelsen för culpaproblematiken,

¹³⁹⁴ Jareborg, Fragment s 176.

¹³⁹⁵ Här skall dock nämnas Nuutilas omfattande verk på finska om oaktsamhetens två former, Rikosoikeudellinen huolimattomuus, Fahrlässigkeit als Verhaltensform und als Schuldform Mit deutscher Zusammenfassung, Helsinki 1996. Av sammanfattningen att döma relateras innehållet i hög grad till den tyska traditionen efter Engisch.

¹³⁹⁶ Koriath, s 658: "Strittig ist auch, ob es sinnvoll ist, zwischen einer äußeren und inneren Sorgfalt zu unterscheiden. (Här hänvisar Koriath till Engisch' och Jakobs läror; SC) Nach dieser Theorie soll der defiziente Handlungsvollzug in der äußeren Welt sein Ursache in einem geistigen Parallelprozeß haben. Diese Theorie ist, um mit Ryle zu sprechen nicht zutreffend."

främst genom att betona culpaprövningens objektiva och för straffrätten grundläggande natur. Men försöken att inordna dessa framsteg under "der Angelpunkt" i brottsbegreppet leder in i en återvändsgränd. I detta hänseende är en klassisk lärotyp mer konsistent än de "modernare" flerstegsläroarna. Främst med hänsyn till detta är bärkraften i den klassiska lärotypen enligt min mening inte förbrukad. Detta medför att även de svenska klassiska läroarna får en relativt stor uppmärksamhet.

Den svenskspråkiga doktrinen befinner sig i flera avseenden på minst samma utvecklingsnivå som den tyska.¹³⁹⁷ Man kan säga att den tyska och nordiska oaktsamhetsdebattens spjutspets idag, när det gäller culpabegreppets dogmatiska roll, utgörs av Jareborgs lära. Jareborg har sedan 1970-talet framhåvt frågan om oaktsamhetsbedömningens avgörande betydelse för straffrättssystematiken och därmed för hela ansvarsbedömningen.¹³⁹⁸ I detta perspektiv framstår culpa inte bara som en "skuldform" bredvid uppsåt eller som en objektiv prövning i "Tatbestand", utan bedömningen av culpa är i första hand en grundläggande bedömning för allt straffansvar, oberoende av om gärningen anses kvalificerad som uppsåtlig eller bara omfattad av negligentia. Även om liknande tankegångar kan spåras i tysk doktrin, har Jareborgs lära om gärningsculpa på ett nytt sätt beskrivit förhållandena mellan uppsåtsbedömningen och oaktsamhetsbedömningen.¹³⁹⁹ Hans lära om culpabegreppets förhållande till likgiltighetsbegreppet har dessutom tydliga strängar till det anglosaxiska tänkandet, främst Duffs oaktsamhetslära.

Jareborg skrev följande om bakgrunden till sin culpateori, som framlades år 1977:

Hela min rapport ("Två sorters Culpa/Two Faces of Culpa"; SC) kan ses som ett försök att för mig själv klargöra varför culpa är det som Strahl säger att det är. Det visar sig då att vissa av Strahls teser för mig framstår som oacceptabla, t. ex. att täckningsprincipen inte gäller vid culpaansvar (s. 82 f) och att det krävs att gärningsmannen skall ha bort känna till den förhållningsregel, som han haft att iakttaga för att inte brista i erforderlig aktsamhet. ...Jag saknar också en förklaring av dess dogmatiska relationer till andra centrala begrepp, en beskrivning av dess plats i brottsbegreppets struktur.¹⁴⁰⁰

Kapitlet kommer i flera hänseenden att röra sig runt denna konfrontation. Strahls mer klassiska lära har flera likheter med den lära, som bl a presenterats

¹³⁹⁷ Nuutila, *Komparativa aspekter på de culpösa brotten* s 163.

¹³⁹⁸ Jareborg, *Ansvarslära* s 30 och Nuotio, *Boganmeldelser* s 60.

¹³⁹⁹ Se Jareborg, *Två sorters culpa* s 219. Jareborg hänvisar här framförallt till Jescheck.

¹⁴⁰⁰ Jareborg, *Två sorters culpa*, s 248.

av Leijonhufvud och Wennberg i deras lärobok "Straffansvar."¹⁴⁰¹ Wennbergs bidrag i Brottsbalkskommentaren är särskilt viktigt. Även om huvudlinjerna i svensk straffrättslig debatt om oaktsamhet företräds av denna "klassiska" oaktsamhetslära och av Jareborg, finns även en något mer traditionell klassisk linje, som kan härledas från Agge och Thornstedt.¹⁴⁰² Leijonhufvuds uppföljare, kompendiet "Straffansvar" från 1985, till Agge-Thornstedts lärobok innehåller bl a en intressant markering av att indelningen i två prövningssteg av oaktsamheten inte är en dogmatisk nödvändighet.¹⁴⁰³

Båda linjerna i den oavslutade "debatten" mellan Jareborg och Strahl, som i olika mån har företrätts av Leijonhufvud och Wennberg, har funnits sida vid sida utan att någon fortsatt debatt kommit till stånd på allvar. Enligt mitt förmenande är en syntes inte bara möjlig utan nödvändig. Lärorna var för sig ger inte en tillräckligt konsistent bild av oaktsamhetsbedömningen.

De flesta oaktsamhetsbedömningarna i domstolarna gäller gärningar med anknytning till uppträdanden i trafiken.¹⁴⁰⁴ Gärningar i trafiken anses traditionellt vara typiska oaktsamma gärningar och inte uppsåtliga. Skadorna av trafikbrotten är emellertid ofta lika allvarliga, eller värre, än de som orsakas av traditionella grova uppsåtliga våldsbrott. Mycket på grund av dessa allvarliga effekter av gärningar i trafiken ställs frågan om skillnaden mellan uppsåt och oaktsamhet på sin spets. Greve har bl a tagit detta som en utgångspunkt för att förespråka en övergång från uppsåt till oaktsamhet som allmän brottsföresättning.¹⁴⁰⁵ Skuldmotiveringarna i domstolarna är dessutom ofta mycket lika på ömse sidor om uppsåtsgränsen, särskilt om man jämför formuleringen "i vart fall likgiltigt" för uppsåtligt dödande och visad "uppenbar likgiltighet" för annans liv, vid grov vårdslöshet i trafik med vållande till annans död.¹⁴⁰⁶ Detta förhållande är av särskilt intresse för gränsdragningen mellan dolus och culpa. En viss tyngdpunkt i framställningen ligger av dessa skäl på oaktsamhetsbedömning av gärningar i trafiken.

¹⁴⁰¹ Straffansvar, s 72ff.

¹⁴⁰² Agge, Del II s 252ff och Thornstedt, Rättsvillfarelse s 5ff Samt Agge-Thornstedt, s 152ff.

¹⁴⁰³ Löfmarck, Straffansvar (kompendium) s 59.

¹⁴⁰⁴ I svensk doktrin har man i detta sammanhang främst ägnat sig åt problemet alkohol i trafiken. Se Regner, Svensk juridisk litteratur 1976- 1991 s 381ff. Hoflund har dock i "Vårdslöshet i trafik" s 102 och 195ff samt i "Trafikbrottslagen" s 31ff och 60ff givit en allmän översikt även över oaktsamhetsbedömningen i trafikmål.

¹⁴⁰⁵ Se avsnitt 2.3.2.1.3.

¹⁴⁰⁶ Jfr Hoflund, Trafikbrottslagen s 61f.

Endast två stadganden och förarbeten till dessa undersöks mer utförligt; BrB kap 3 § 7 och TBL § 1. Alla de säkerhetsföreskrifter, förordningar eller förhållningsregler, som kan underbygga aktsamhetskravet behandlas inte särskilt.¹⁴⁰⁷

I litteraturen betonas ofta att culpa är ett i förhållande till uppsåt helt självständigt begrepp.¹⁴⁰⁸ Oaktsamhet och uppsåt uppfattas som två separata skuldformer. I praxis dras gränsen mellan dolus och culpa däremot ofta genom att man helt enkelt konstaterar att culpa "i varje fall" är visat, efter att man konstaterat att uppsåt inte föreligger. I tingsrättspraxis framträder detta särskilt tydligt.¹⁴⁰⁹ En del av prejudikaten, som använts i samband med redovisningen av dolus, är därför också relevanta för att belysa culpabedömningen.¹⁴¹⁰ I det kända prejudikatet NJA 1959 s 63, som ofta får illustrera gränsdragning med hjälp av dolus eventualis, ogillades åtalet som främst löd på för försök till dråp. Den tilltalade fälldes istället bl a för det oaktsamma brottet vårdslöshet i trafik. Försök till oaktsamt dödande är inte straffbart och behandlades därför inte av domstolen. De prejudikat som behandlas här har därför inskränkts till i huvudsak två fall, som blivit mycket refererade i doktrinen; NJA 1966 s 70 och NJA 1989 s 522. I dem berörs dels frågan om oaktsamhetsbedömningen måste utföras i flera steg genom att använda olika sorters oaktsamhet, dels frågan om relationen mellan oaktsamhetsbegreppet och skuldbegreppet.

Behovet av en tredje skuldform, liknande *recklessness*, har diskuterats i *civil law*-kulturen. I *common law*-kulturen räknas *recklessness*, som främst motsvarar medveten oaktsamhet men med vissa drag av *negligentia*, som *basic intent*.¹⁴¹¹ Man betraktar ofta *recklessness* som *derived intent*, dvs ett slags presumerat *intent*.¹⁴¹² I den genuina *common law*-traditionen är man obenägen att överhuvudtaget se *negligence* som en erkänd del av *mens rea*.¹⁴¹³ Betecknande är därför att mot antagandet om viss sorts *recklessness* kan gärningspersonen försvara sig med - enligt terminologin från Jareborgs avsiktlighetsuppsåt - att han trodde att en godtagbar gärning utfördes.¹⁴¹⁴ En uppsåtsinvändning i

¹⁴⁰⁷ Se Strahl, 1976 s 169 och Löfmarck, Konkurrensproblem s 61 samt Erenius, Oaktsamhet s 68, angående relationen mellan säkerhetsföreskrifter i lag och oaktsamhetsrekvisitet.

¹⁴⁰⁸ Se t ex Roxin, s 890ff.

¹⁴⁰⁹ Se avsnitt 5.4.2.2.1 under "Oaktsamhetsformuleringarna" och 5.4.2.4.

¹⁴¹⁰ Jfr Jareborg, Två sorters culpa s 242. Här menar Jareborg att riskuppsåt, dvs medveten culpa, innefattar *negligentia* som en "lägre grad" av culpa.

¹⁴¹¹ Se avsnitt 2.3.2.2.2.

¹⁴¹² Duff, *Intention* s 141.

¹⁴¹³ Se exempelvis Hall, s.237ff.

¹⁴¹⁴ Duff, *Intention* s 147. I fallet Morgan [1975] 2 All ER 347 gjordes klart att en invändning om samtycke från en våldtagen kvinna exculperande, trots att det rörde sig om "an unreasonable belief". Jfr även Shimmen [1987] 84 Cr. App.R. 7. Indirekt framgår även av detta

förhållandet till risken för effekten är således ibland relevant också vid bedömningen av *recklessness*, trots att insikt funnits om risken för att effekten skulle inträffa. Samtidigt har man, förutsatt att *recklessness* betraktas som oaktsamhet, ett mer omfattande oaktsamhetsansvar än i *civil law*-kulturen, eftersom *recklessness* enligt *common law* utgör en allmän brottsförutsättning. Detta gäller trots att *recklessness* i vissa avseenden i det närmaste kan grundas på *negligentia*.

I tysk och nordisk straffrätt placeras medveten culpa endast i undantagsfall innanför uppsåtsgränsen.¹⁴¹⁵ I svensk rätt är *negligentia* tillräckligt för oaktsamhetsansvar. Bedömningen av "medvetandet" i oaktsamhetsprövningen, dvs om uppsåt till risk och/eller fara föreligger, är i allt väsentligt likadan som annan bedömning av uppsåt. Det specifika i prövningen av oaktsamhet i förhållande till uppsåt är utdömandet av ansvar för omständigheter, trots att dessa *inte* omfattas av "medvetande" eller uppsåt. Varför en gärning skall hänföras till medveten culpa och inte till uppsåt är därför främst beroende på skillnaden mellan *negligentia* och uppsåt.

Genom att allt osäkert uppsåt, enligt den åsikt som här företräds, betraktas som oaktsamhet, aktualiseras frågan om införandet av en tredje skuldform ungefär i enlighet med det område som täcks av begreppet *recklessness*. I *civil law*-kulturen har man vant sig vid att betrakta en del av uppsåtsområdet som en gråzon mellan uppsåt och oaktsamhet. Man har ofta påpekat att det som omfattats av gråzonen i många fall inte varit mer än omdefinieringar av ett regelrätt culpaansvar.¹⁴¹⁶ Det har dock visat sig i svensk praxis, särskilt tydligt i tingsrättspraxis, att varken eventuellt uppsåt eller sannolikhetsuppsåt eller andra "osäkra" uppsåtsslag i dag används i någon nämnvärd omfattning vid gränsdragningen mellan uppsåt och oaktsamhet när det gäller självständigt brott.¹⁴¹⁷ Detta gäller åtminstone de brottstyper, som här undersökts. Gränsdragningen sker huvudsakligen med ett säkert gärningsuppsåt, som fungerar både mer rättssäkert och effektivt än exempelvis sannolikhetsuppsåt och *dolus eventualis*. Dessa uppsåtsformer kan dock ha en annan roll på andra områden än de här undersökta. I varje fall förhåller det sig så beträffande

fall att en uppriktig god tro skulle ansetts som ansvarsbefriande. I fallet åtalades TT för skadegörelse av ett skyltfönster, som sparkats sönder med en karatespark. Den tilltalade försvarade sig med att han som karateexpert trott sig kunna snudda med en spark vid fönstret utan att skada det. Eftersom han, trots allt, hade insikt om en viss risk för misslyckande fälldes han.

¹⁴¹⁵ Jfr dock "die Möglichkeitstheorie". Se avsnitt 2.3.2.1.2 under "Kognitiva läror".

¹⁴¹⁶ Se t ex Strahl, 1976 s 117: "Dolus eventualis ter sig i regel som en kvalificerad form av medveten culpa." Angående *dolus von Seth* som medveten culpa och Duffs samt Agges inställning till sannolikhetsuppsåt, se 2.3.5.3.3.

¹⁴¹⁷ Se avsnitt 2.3.5.3.2 och 3.5 samt 5.4.1.1.2, 5.4.1.2.2 och 5.4.1.3.

försök och vid ogillade åtal för uppsåtliga grova våldsbrott. Men förklaringen till det eventuella uppsåtets popularitet där, har förmodligen andra orsaker än att formuleringen är tjänlig som gränsdragningsinstrument.¹⁴¹⁸ En tredje skuldform vid övergången till ett krav på säkert uppsåt är alltså inte nödvändig, eftersom det inte rör sig om särskilt stora delar av uppsåtsområdets gränssnitt, som behöver överföras till oaktsamhetsområdet.

Allvarliga förslag om en tredje skuldform har framförts flera gånger i tysk doktrin.¹⁴¹⁹ Ett sådant ansvar för de mindre delar av uppsåtsområdet som kan tänkas vara aktuella, vore rättspolitiskt tänkbart, bl a eftersom den grova culpan närmast uppsåtsgränsen oftast har formen av ett riskuppsåt.¹⁴²⁰ Skillnaden på beteckningen hänsynslös eller oaktsam kan vara av avgörande betydelse för hur allmänheten reagerar inför en sådan reform. I tingsrätternas domskäl finns en rik flora av möjliga uttryck. Istället för att omdefiniera culpa till dolus skulle man kunna betona den egentliga karaktären hos den grova culpan: riskuppsåtet eller hänsynslösheten. Rekvisitet "uppenbart likgiltig" (uppenbart oaktsam) skulle kunna ersättas med rekvisitet "hänsynslös", eftersom begreppen ofta täcker varandra. Det finns ingen anledning till att intentionalitetsuttryck måste förvisas från culpaområdet, bara för att en skarp uppsåtsgräns används. Att endast betrakta ett negligentiaansvar renat från intentionella uttryck såsom oaktsamhet, bottnar i ett naturalistiskt psykologiskt skuldbegrepp. Skuld kan kvalificeras normativt på många olika sätt, exempelvis som culpa, då riskuppsåt föreligger. Uppsåtsgränsen är inte i första hand en naturlig gräns utan är ett normativt krav, enligt lag och principen in dubio pro reo, på ett aktuellt och säkert uppsåt till relevanta omständigheter. Det avgörande är om det relevanta händelseförloppet - inte risken eller faran för detta - innefattats eller inte innefattats i gärningens mening eller uppsåtet. I kapitlet träder således frågan om införandet av en tredje skuldform i bakgrunden för behandlingen av negligentiaansvaret.

4.3 BAKGRUND

I romersk rätt sägs culpabegreppet ha fungerat både som skuldbegrepp och som en skuldform vid sidan om dolus.¹⁴²¹ Binding anser emellertid att culpa i den tidigare romerska rätten förelåg endast då gärningen antogs vara uppsåt-

¹⁴¹⁸ Se avsnitt 2.3.5.5.

¹⁴¹⁹ Se avsnitt 2.3.2.1.2 under "Den tredje vägens" lösningar, angående Wiegends försök att införa en tredje skuldform i tysk rätt.

¹⁴²⁰ Jareborg, Ansvarslära s 218.

¹⁴²¹ Binding, Die Schuld s 12. Angående grundbetydelsen av dolus och culpa; svekfullhet, bakslughet, respektive skuld, fel och brott, se Ahlberg vid "dolus" och "culpa".

lig.¹⁴²² Ända till slutet av 1700-talet var det vanligt i tysk och svensk doktrin att endast se uppsåtliga delikt som verkliga delikt och oaktsamma som kvasidelikt.¹⁴²³ Binding skriver följande om förhållandet mellan skuld- och culpabegreppet i den romerska rätten:

Arten der Fahrlässigkeit

Zu ihrer Aufstellung hat der grandiose Missverstand der römischen culpa lata im Gegensatze zur culpa levis den Anlass gegeben. Unter culpa lata fassten die Römer Ergänzungen ihres viel zu engen Dolus-malus-Begriffes zusammen - besonders Fälle der luxuria und lascivia, des Übermutes und des Leichtsinns, ganz echte Vorsatzfälle, vereinzelt auch Fälle des von uns so genannten dolus eventualis - und nannten sie nicht schwere Fahrlässigkeit, sondern schwere Schuld. Von Arten der Fahrlässigkeit ist bei ihnen gar keine Rede.¹⁴²⁴

Binding vänder sig mot vad han ser som ett missförstånd av äldre tiders skulduppfattning: Straffrättshistorien började inte med en primitiv effektstraffrätt, som senare följdes av en upptäckt av skuldbegreppet.¹⁴²⁵ Det förhåller sig istället tvärtom. Både hos germaner, greker och romare var "Willenwerk" den enda ursprungliga och egentliga skuldformen.¹⁴²⁶ Betecknande är grundbetydelsen, "utan skuld", av begreppet "Fahrlässigkeit".¹⁴²⁷ Oaktsamhet var alltså från början en kvasiskuld belägen utanför det egentliga skuldområdet, som utgjordes av viljaverk. Culpabegreppet syftade ursprungligen främst på vad som senare kom att kallas culpa lata, dvs stor eller svår skuld - "viljaverk" - till skillnad från culpa levis, dvs negligentia. I inget fall i romersk rätt fanns något egentligt oaktsamhetsansvar då det gällde crimen publicum.¹⁴²⁸ Straffbar oaktsamhet utvecklades ur casusreglerna och privatstraffrätten.¹⁴²⁹ All culpa - skuld- var alltså ursprungligen uppsåtlig skuld. Detta gällde även culpa dolo proxima, luxuria och lascivia. Skuld, dvs culpa, var ett som ont värderat dolöst förhållande till den relevanta omständigheten. Culpa levis, ren negligentia, som inte ens innehöll ett riskuppsåt t ex i form av hänsynslöshet, utgjorde en senare utsträckning av skuldbegreppets omfång. Uttryck som magna culpa dolus est betydde därför att dolus, dvs "argan list",

¹⁴²² Binding, Die Schuld s 16.

¹⁴²³ Binding, Die Schuld s 16. Jfr Nehrman's indelning i äkta- och "kvasidelikt". Se 2.2.3.2.3.

¹⁴²⁴ Binding, Die Schuld s 130f.

¹⁴²⁵ Binding, Die Schuld s 10f.

¹⁴²⁶ Binding, Die Schuld s 12.

¹⁴²⁷ Binding, Die Schuld s 129. Ordet var sammansatt av det gammalgermanska ordet för skuld, "Vare" och "Losigkeit".

¹⁴²⁸ Thyrén, Lex Aquila s 13f.

¹⁴²⁹ Binding, Die Schuld s 14f.

var stor skuld, inte att grov culpa var dolus. Begreppet culpa dolo determinata hade inget att göra med oaktsamhet utan betydde ungefär dolusbestämd skuld. Uttryckssättet användes främst vid objektiva överskott.¹⁴³⁰ Begreppet culpa levis, dvs vad som närmast motsvarar negligentia, härstammar från privatstraffrätten och uppträdde i samband med lex Aquila.¹⁴³¹ Först i och med Hadrianus' regering växte ett offentligträttsligt straffrättsligt negligentiaansvar fram.¹⁴³² Visserligen fanns ett gränssnitt bestående av bl a rättsfiguren culpa dolo proxima och culpa lascivia, "nära nog sådan skuld som dolus", respektive tygellös eller hänsynslös skuld, men även dessa konstruktioner betraktades som dolusvarianter.¹⁴³³

Att det förhållit sig som Binding påstår är enligt min mening i stora drag riktigt.¹⁴³⁴ Culpa var enbart dolusskuld i den romerska rätten, i varje fall till dess att culpa levis introducerades genom privatstraffrätten. Negligentia och culpa levis, saknades i den offentliga straffrätten i varje fall fram till att privatstraffrätten blivit integrerad i den offentliga straffrätten. Samtidigt omfattade dolusbegreppet i den romerska rätten explicit i varje fall större delen av det som utgör den tredje skuldformen i engelsk rätt. Åtminstone gäller detta vad som brukar kallas *recklessness Cunningham* och vad som i *civil law*-kulturen kallas medveten culpa. Culpa (lata) omfattade således ungefär vad vi i dag kallar uppsåt och medveten culpa. Dolus och (det privatstraffrättsliga) culpa levis motsvarade ungefär vad "die Möglichkeitstheorie" hänför till dolus respektive icke-dolus.

Negligentia, som i *civil law*-kulturen idag anses som det centrala oaktsamma området, utvecklades ur casusbegreppet.¹⁴³⁵ Det kan tyckas ligga nära till hands att dra slutsatsen, att negligentiabegreppets ursprung i casusbegreppet visar att negligentia ursprungligen inte alls hade med vilja att göra. Samma slutsats kan vara frestande att dra ur konsekvensetisk ideologisk synvinkel.¹⁴³⁶ Enligt min mening är detta inte sannolikt av följande skäl.

Casusbegreppet omfattade i och med frånvaron av culpa lata (egentlig skuld) dels negligentia, dels ren våda. Casus definierades som frånvaro av dolus, dvs även frånvaro av luxuria, hänsynslöshet, eventuellt tveksamt uppsåt och ob-

¹⁴³⁰ Jfr Hurwitz, s 330 och 344. Hurwitz översätter, i Feuerbachs efterföljd, begreppet culpa dolo determinata med "den ved dolus bestemte uaktsomhed". Denna översättning verkar långsökt.

¹⁴³¹ Binding, Die Schuld s 16.

¹⁴³² Erenius, Oaktsamhet s 33, Binding, die Schuld s 15ff och Thyren, Lex Aquila s 13.

¹⁴³³ Binding, Die Schuld s 14.

¹⁴³⁴ Jfr Waaben, Forsæt s 6. "...Dolus blev da den højeste grad af culpa."

¹⁴³⁵ Erenius s 35 och Binding, Die Schuld s 16f.

¹⁴³⁶ Erenius, Oaktsamhet s 36. Jfr Binding, Die Schuld s 10f.

jektiva överskott. Casus var helt negativt definierat i förhållande till egentlig skuld (culpa) och därmed dolus. Culpa levis, vars rot var ett privat(straff)rättsligt casusansvar, definierades alltså som ansvar *trots* frånvaron av egentlig culpa, dvs dolus. Miniminivån för skuld - culpa - sänktes från i stort sett riskuppsåt till negligentia, genom att culpa levis och i vissa fall även culpa levissima tillfördes. Sedermera, framförallt i den italienska medeltidsrätten, övergick culpabegreppet till att även beteckna oaktsamhet, dvs culpa kom att betyda culpa levis och negligentia.¹⁴³⁷ Utöver att behovet av dolusbegreppet i civilrättsliga sammanhang var mindre, låg detta förmodligen nära till hands, eftersom man redan hade ett ganska rikt utbud av begrepp för att täcka det egentliga culpaområdet, dvs dolus.¹⁴³⁸ När culpa användes för att beteckna negligentia, angavs därmed endast den behövliga eller relevanta miniminivån för skuld. På samma sätt används begreppet även i dag i civilrätten samt i vissa fall i straffrätten.¹⁴³⁹ Skälet för att utsträcka vad som fritt enligt Duff skulle kunna kallas huvudparadigmet för straffansvar även till denna del av casus, var sannolikt att "kvasiskulden", dvs negligentia, på något sätt ändå antogs vara förbunden med egentlig skuld. Det var aldrig tal om att culpa skulle omfatta all casus, utan endast negligentia. På så sätt kom culpa att slutligen få betydelsen av icke uppsåtlig skuld, trots att det från början avsåg enbart uppsåtlig skuld.¹⁴⁴⁰

Erenius använder sig av ett exempel från tysk medeltida rätt, vilket gällde överkörning av annan med häst och vagn, för att visa att gränsdragningen mellan uppsåt och oaktsamhet berodde på rester från en ren "Erfolgshaftung".¹⁴⁴¹ Om den överkörande satt på hästen eller gick bredvid vagnen bedömdes gärningen som "Ungefährwerk", dvs som ett vållandeverk, men om denne stod eller satt på vagnen betraktades gärningen som viljaverk.¹⁴⁴² Erenius likställer en sådan s k effektstraffrättslig "objektivistisk" lagstiftningsteknik med hur sagoberättaren i de isländska sagorna beskriver gärningar. Sättet att beskriva gärningen skulle avvika från dagens sätt, genom att man då inte beskrev "den 'inre' sidan, utan vad han (alltså sagoberättaren, SC) iakttar med sina ögon."¹⁴⁴³ För Erenius finns på detta sätt motsatsställningen mellan det inre och det yttre som ett absolut måste. Detta historiska

¹⁴³⁷ Mommsen, s 88ff och Thyrén, 1914 s 54ff, Jägerskiöld, s 148ff samt Erenius, Oaktsamhet s 33ff.

¹⁴³⁸ Se t ex Mommsen, s 86f.

¹⁴³⁹ Se t ex avsnitt 4.4.2.3.

¹⁴⁴⁰ Engelsk straffrätt befinner sig således här nära den romerska rätten och den italienska medeltida straffrätten.

¹⁴⁴¹ Erenius, Oaktsamhet s 36f.

¹⁴⁴² Erenius, Oaktsamhet s 37.

¹⁴⁴³ Erenius, Oaktsamhet s 37.

argument används för att stödja culpabedömningens nödvändiga indelning i en objektiv och en subjektiv del.¹⁴⁴⁴ Jag håller med Erenius att exemplet förmodligen visar den germanska rätten före receptionen av romersk rätt.¹⁴⁴⁵ Men det påfallande i exemplet är för det första att man så tidigt och så entydigt skilde mellan vållandeverk och viljaverk, och för det andra att man grundade denna skillnad så markant på en gärningsmässig bedömning. Det är slående hur gärningsmässig och modern en sådan bedömning är, om man ser till hur uppsåtsgränsen dras i praxis i dag eller, om man så vill, hur historiskt grundad modern praxis är. Erenius' exempel på en objektiviserande bedömning visar inte på en ren icke-subjektivistisk effektstraffrätt. I motsats till vad han vill framhäva, är det ett exempel på att gärningens mening på ett oproblematiskt sätt ses direkt i gärningen och på bestämningen av personens episodiska skuld. Skillnaden mellan de två bestraffningsgrunderna i exemplet, beror på hur långt man velat utsträcka "intentionalitetsparadigmet". Här har faktiskt konformitetsprincipen använts för att upprätthålla straffvärdeskillnaden; om föraren satt på vagnen och körde, hade han tydlig förmåga att undvika "trafikolyckan" till skillnad från om han gick bredvid. Anledningen till att man i tidig germansk rätt (enligt Erenius före receptionen av grekiskt-romerskt subjektivt tänkande) använde sig av dessa konkreta aktsamhetsregler var att dessa utgjorde beskrivningar av *typiska* vållandeverk till skillnad från *typiska* viljaverk. Exemplet framstår som en tidig variant av innebörden av skillnaden mellan TBL § 1 st 1 och 2; alltså "normal" vårdslöshet i trafik respektive "uppenbar ligkiltighet för andras liv".

I detta sammanhang förtjänar även en känd rättshistorisk diskussion i svensk-språkig doktrin, den mellan Lundstedt och Jägerskiöld om oaktsamhetsansvarets rötter, att uppmärksammas.¹⁴⁴⁶ I stora drag hävdade Lundstedt (och enligt Jägerskiöld ett ansevärt antal svenska författare med Lundstedt) att culpabegreppet i svensk rätt var en sen skapelse från 1800-talet, under det att Jägerskiöld påstod att det rörde sig i huvudsak om ett arv

¹⁴⁴⁴ Erenius, *Oaktsamhet* s 34ff, särskilt 36f. Jfr Luhmann, *Rechtssoziologie* s 119. Luhmanns intressanta sociologiska något spekulativa "skuld-evolution" beskriver skuldbegreppet som en slags judisk-kristen uppfinning för att genom institutionalisering av den inte infriade förväntan om ett visst beteende kunna avskilja synd och skuld från samhällskroppen och individen: "Das Unwahrscheinliche dieser Institution, das neue Prinzip, liegt nicht nur in der Verfeinerung von Zurechnungsweisen oder Motivationsmitteln, sondern vor allem darin, daß Schuld *Erlösung* ermöglicht – also in der Zeitdimension ein Ende der Folgen abweichenden Verhaltens in Aussicht nimmt." Grundstrukturen i Luhmanns analys av skuld som "Enttäuschungserklärung" i förhållande till "Verhaltenserwartungen" (a s 105) kastar ljus över brottsbegreppets utgångspunkt i oaktsamhetsbegreppet. Jfr avsnitt 1.4.3.5.3 under "Jacobs skuldbegrepp" samt 4.8.2.1.

¹⁴⁴⁵ Erenius, *Oaktsamhet* s 36.

¹⁴⁴⁶ Jägerskiöld, s 145ff.

från den romerska rätten. Han visade detta bl a genom en omfattande översikt över praxis från 1700-talet i svensk rätt. Även om debatten i mycket kom att röra sig om det civilrättsliga culpabegreppet, erkände bägge parter att culpabegreppet har sina rötter i straffrätten. Den ideologi, som Lundstedt företrädde, stöddes av tanken på ett opersonligt och värdeneutralt culpabegrepp som utvecklats sent ur kraven från merkantila intressen, utan några värderande drag och dessutom utan samband med intentionalitet. I hans ideologiska intresse låg att med historiska argument försöka lansera ett så "viljetomt" och deterministiskt culpaansvar som möjligt. Culpa skulle därför inte vara historiskt knutet till föreställningar om personlig skuld.¹⁴⁴⁷ Jägerskiöld menade att det ligger "i öppen dag" att culpabedömningen och begreppsbildningen i svensk rätt verkligen är ett arv från den romerska straffrätten och inte något som utvecklats under 1800-talet.¹⁴⁴⁸ Culpa-principen skulle kunna härledas från lex Aquila.

Jägerskiölds argument är enligt min mening övertygande i denna del.

Jägerskiöld nämner inte att culpa i sin normalbetydelse, culpa lata, syftade på dolus. Detta är naturligt, eftersom hans undersökning främst rör civilrättslig culpa. Han menar att den äldsta avfattningen av lex Aquila endast befattade sig med sakskada. Men även Jägerskiöld har förmodligen gjort sig skyldig till det som Beling betraktar som ett "grandiost" misstag. Jägerskiöld menar att culpa lata skulle vara liktydigt med grov oaktsamhet.¹⁴⁴⁹ Han ställer culpa lata mot culpa levis och menar att dessa två culpabegrepp skulle motsvara dels grov, dels lättare culpa. Samma förhållande återkommer i Jägerskiölds tolkning av juristen Paulus' yttrande att "magna culpa dolus est".¹⁴⁵⁰ Detta är inte av någon avgörande betydelse, eftersom Jägerskiöld koncentrerat undersökningen till begreppet "culpa levis". Detta begrepp återkommer enligt honom i Corpus juris civilis som culpa utan attributet levis. Han anser att en sådan oaktsamhet var ren negligentia.¹⁴⁵¹

Jägerskiölds genomgång av praxis visar att svensk rätt i allt väsentligt, förmodligen också vad beträffar straffrätten, recipierat det culpabegrepp som växte fram ur det privatstraffrättsliga förfarandet och att det var en avknoppning av det offentlig(straff)rättsliga culpabegreppet, som utgjordes av culpa lata, dvs dolus och i stort sett medveten culpa. Därmed bör man även ha utgått från att culpa levis i förhållande till culpa lata var ett kvasidelikt. Detta

¹⁴⁴⁷ Se Jescheck, AT s 456 och Mommsen, s 88, 89 och 90.

¹⁴⁴⁸ Jägerskiöld, s 146.

¹⁴⁴⁹ Jägerskiöld, s 148.

¹⁴⁵⁰ Jägerskiöld, s 148.

¹⁴⁵¹ Jägerskiöld, s 148.

framgår också av Nehrman's klassificering av delikten i äkta delikt, dvs uppsåtliga och kvasidelikt, dvs icke uppsåtliga.¹⁴⁵²

Sammanfattningsvis kan sägas att negligencia förblev personlig skuld genom en utvidgning av det ursprungliga culpabegreppet. Det objektiva draget i culpabedömningen var inte något artskilt från dolusbedömningen. Författare som utan reservationer utgår från en dualistisk gärningssyn, menar att dolusbedömningen till skillnad från culpabedömningen helt och hållet är subjektiv. Enligt den här företrädde meningen är emellertid all prövning av uppsåt och oaktsamhet grundläggande objektiv och gärningsmässig. Men detta innebär inte att den därför är "opersonlig".

4.4 LAGSTIFTNINGEN

4.4.1 LAGSKRIVNINGSTEKNIKEN

Lagtekniskt är oaktsamhetsbestämmelser uttryckta som en underlåtenhet.¹⁴⁵³ I BrB kap 3 § 7 stadgas: "Den som av oaktsamhet orsakar annans död, döms för *vållande till annans död.*" Ett förbud som i BrB kap 3 § 7 mot att av oaktsamhet orsaka annans död innehåller ett förbud mot en underlåtenhet att visa aktsamhet i förhållande till annans liv. Oaktsamhetsregeln är utformad som ett förbud att visa brist på aktsamhet, dvs ett förbud mot oaktsamhet. Denna dubbla negation gör förbudet till ett påbud att visa aktsamhet i förhållande till annans liv.¹⁴⁵⁴ Lagtexten innehåller således ett krav på att en underlåtenhet skall ha orsakat annans död. Eftersom detta inte är möjligt, avses ett hypotetiskt orsakande; om gärningspersonen varit aktsam skulle inte effekten annans död ha inträffat.

Jareborg beskriver underlåtenhet i straffrättslig mening som när någon "...inte gjorde en handling, som han borde ha gjort."¹⁴⁵⁵ Den underlåtenhet som normalt avses i juridiska sammanhang, rör inte frågan om mer eller mindre fysisk passivitet eller aktivitet utan endast frågan om någon underlåtit att handla i en

¹⁴⁵² Se avsnitt 2.2.3.2.3.

¹⁴⁵³ Frände, Legalitetsprincipen s 202f. Jfr översikten i Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte s 167ff, över tyska författare från Binding och Engisch, som klassificerar oaktsamhet som underlåtenhet.

¹⁴⁵⁴ Jareborg, Gärningslära s 119. "Ett blankettstraffbud kan klassificeras som ett kommissivdelikt, om det straffbelägger underlåtenhet att efterkomma ett förbud (dubbla negationer)."

¹⁴⁵⁵ Jareborg, Gärningslära s 56.

viss relevant riktning, som utvalts av bedömaren av gärningen.¹⁴⁵⁶ Man kan underlåta att vara aktsam, både genom underlåtenhet och handling. En handling som är oaktsam, är alltså en handling, som inte uppfyllde de förväntningar som ställts av en bedömare av handlingen. I nämnda lagbud finns följaktligen endast en förväntan och ett krav på en utebliven aktsam handling. En typisk oaktsam handling, som att på skämt rikta ett laddat skjutvapen mot en annan person, är inte exklusivt oaktsamt. Bristen i aktsamhet består i att skjutvapnet borde ha hanterats på ett annat sätt, ett aktsamt sätt.

Strahl skriver följande om förhållandet mellan culpa och underlåtenhet:

Likheten med culpa är påfallande. Såväl underlåtenhet som culpa är en avvikelse från vad den tilltalade bort göra, vid underlåtenhet att företaga den underlåtna handlingen, vid culpa att bete sig på ett godtagbart sätt.¹⁴⁵⁷

Understundom och särskilt när fråga är om ansvar för vad här kallats föregående underlåtenhet kan frågan om den tilltalade bör dömas för uppsåtligt brott bero av en bedömning, som i hög grad liknar en culpabedömning.¹⁴⁵⁸

Varför skall man emellertid beteckna förhållandet som en "likhet"? Oaktsamhet är en underlåtenhet att vara aktsam, liksom straffrättslig underlåtenhet är

¹⁴⁵⁶ Jfr den något motsägelsefulla definitionen i boken "Juridikens termer", "Underlåtenhetsbrott, brott där den brottsliga handlingen utgörs av en underlåtenhet." Strahl, Allmän straffrätt s 26: "Skillnaden mellan ett brott genom handling och brott genom underlåtenhet är, kort uttryckt, att en brottslig handling alltid är ett visst beteende, bestämt genom en brottsbeskrivning. Underlåtenheten åter är underlåtenhet att bete sig på ett visst sätt. Hur den underlåtande i övrigt betett sig är irrelevant." Jareborg, Gärningslära s 83: "Naturvetenskaperna känner ... inte till handlingar och underlåtenheter. En underlåtenhet kan däremot inte på något sätt utgöra del i en fysisk kausalkedja..." och a a s 55: "Underlåtenhetsbegreppet är enbart socialt i det att det inte som vid handling finns någon rent fysisk motsvarighet till underlåtenheten. Underlåtenhetsbegreppet är *parasitiskt* på handlingsbegreppet; en underlåtenhet är alltid en underlåtenhet att göra något visst. Denna parasitism visar sig också i att det måste finnas särskilda skäl för att tala om underlåtenhet eller om underlåtenhet som en del i en aktivitet; en aktivitet som innehåller underlåtenheter omtalas vanligtvis bara som handling." A a, på samma sida: "...en underlåtenhet är inte detsamma som passivitet eller överksamhet. Vad personen faktiskt gör är helt utan betydelse för frågan om han underlåter att utföra en viss handling." Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte s 25, beskriver underlåtenhet till skillnad från handling som en avvikelse från "ein Handeln in einer bestimmten Richtung, eine ganz konkrete Handlung". A a, på samma sida citeras von Liszts: "...nicht Nichtstun, sondern: E t w a s n i c h t t h u n ". Andenæs, Unnlåtelse s 1: Det som har rettslig interesse er den *relative passivitet*, passiviteten i en bestemt retning, ikke-foretagelsen av en bestemt handling."

¹⁴⁵⁷ Strahl, 1976 s 293.

¹⁴⁵⁸ Strahl, 1976 s 304.

att inte utföra det som borde utföras. Oaktsamhet är en negativt värderad underlåtenhet att vara aktsam. En oaktsamhet är en underklass till den klass av gärningar som kan kallas underlåtenheter. All underlåtenhet är däremot inte oaktsamhet. Exempelvis är inte en underlåtenhet att döda något oaktsamt. Däremot är alla brott som begås genom underlåtenhet negativt värderade underlåtenheter och därmed oaktsamma gärningar. Jareborg skriver följande:

Vid *omissivdelikt* utkrävs ansvar alltid därför och endast därför att en person inte har gjort något visst, som han borde ha gjort. Förväntansgrundlaget behöver inte bestå i annat än att icke-företagandet av en viss typ av handling är kriminaliserat.¹⁴⁵⁹

Den första meningen verkar vara tillämplig på culpa; en person har inte gjort det han borde ha gjort, nämligen det aktsamma alternativet som han kunde ha gjort. Man skulle alltså så långt hävda att omissivdelikt och culpadelikt är identiska. Satsen "och endast därför" är också tillämplig på båda deliktstyperna, eftersom både vid omissivdeliktet och culpadeliktet fastställs vad som borde ha gjorts, enligt en traditionell straffrättslig prövning genom att skulden provas. Både ett omissivdelikt och ett culpadelikt kan utföras uppsåtligen, förutsatt att även culpa måste provas vid uppsåtliga delikt. En stor mängd culpadelikt t ex i specialstraffrätten, straffas som culpösa gärningar trots att de utförts uppsåtligen.

Däremot är den andra meningen i citatet inte tillämplig på oaktsamhet. Det är nödvändigt men inte tillräckligt att förväntansgrundlaget vid oaktsamhet består av att en viss handlingstyp i en brottsbeskrivning är kriminaliserad.¹⁴⁶⁰ Förväntansgrundlaget vid underlåtenhet beskrivs av Jareborg som t ex sociala eller personliga regler.¹⁴⁶¹

Av Strahls yttrande kunde man tro att han menar att en underlåtenhet alltid syftar på en handling, som borde utföras och inte på passivitet. Men aktsamt beteende kan även syfta på att en handling inte bör utföras. Det aktsamma alternativet består då i en passivitet. Ett parkeringsförbud innehåller ett krav att inte ställa ett fordon på platsen ifråga. Här finns alltså ett påbud om passivitet eller ett förbud mot viss aktivitet. Alla de oaktsamhetsbrott, som uttryckts som förbud mot viss aktivitet kan uttryckas som ett påbud om aktsamhet. Strahl menar också att både det culpösa och det uppsåtliga brottet

¹⁴⁵⁹ Jareborg, Gärningslära s 118.

¹⁴⁶⁰ Jareborg, Gärningslära s 56.

¹⁴⁶¹ Jareborg, Gärningslära s 55.

Snarare förhåller det sig så att den culpösa "handlingen" alltid är en underlåtenhetsgärning i betydelsen en underlåten förväntad gärning. Bland de premisser som antagits för detta arbete, ingår att gärningsbegreppet även kan beteckna en underlåtenhet. En culpös gärning kan alltså innehålla vilken aktivitet eller passivitet som helst, som inte utgjort den förväntade gärningen. Skillnaden mellan en culpös gärning och en underlåtenhetsgärning är endast att den förra är värderad i förhållande till en definierad aktsamhet; ett aktsamhetskrav. En underlåtenhetsgärning i ett annat än juridiskt sammanhang behöver inte vara en grund för klanderbedömning. Däremot är ett underlåtenhetsdelikt i juridisk mening alltid en klanderbedömd underlåtenhet i förhållande till ett aktsamt alternativ.

Vad är i så fall en culpös underlåtenhet? Strahl anger som exempel en underlåtenhet att göra en anmälan, genom att i rätt tid skicka in en ansökan med fel adress, med påföljd att ansökan inte kommit in i rätt tid, eller att komma för sent för att man misstagit sig på tidtabellen.¹⁴⁶³ Jareborg menar att underlåtenhet generellt är mindre straffvärd än en handling, därför att ett påbud (principiellt) avskär alla handlingsalternativ utom ett, till skillnad från ett förbud som bara avskär ett.¹⁴⁶⁴ De allra flesta uppsåtliga brott är uttryckta som kommissivdelikt. Det är alltså *lättare* att iakttä ett förbud på grund av dess precisa form. Påbud spänner principiellt över en större tänkbar handlingsfär. Jareborg indelar brotten (dvs brott i abstrakt mening) i dels omissivdelikt, dels kommissivdelikt, dvs brott som inte är omissivdelikt.¹⁴⁶⁵ Vidare indelar han brott (dvs konkreta brott) i äkta och oäkta underlåtenhetsbrott. Ett äkta underlåtenhetsbrott är alltså en överträdelse av ett omissivdelikt och ett oäkta sådant av ett kommissivdelikt.

Aktsamhetskravet kan följaktligen inte beskrivas i text på samma preciserade sätt som förbudsregler utan måste kompletteras med omständigheter från den

¹⁴⁶² Se Jareborg, 1969 s 96ff och Gärningslära s 55f angående begreppet "förväntansunderlaget" samt Strahl, Allmän straffrätt s 304. Jfr ovan angående Luhmanns skuldlära och den i tysk rätt åtminstone sedan von Liszt utvecklade "Erwartungstheorie". Se även Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte s 50ff. I a a s 57 citerar Armin Kaufmann Gallas: "...daß...die 'erwartete Handlung' der 'Angelpunkt des Unterlassungsverbrechens' sei."

¹⁴⁶³ Strahl, 1976 s 305

¹⁴⁶⁴ Jareborg, Gärningslära s 118.

¹⁴⁶⁵ Jareborg, Gärningslära s 119.

aktuella situationen.¹⁴⁶⁶ En underlåtenhet måste, för att påbudet skall vara meningsfullt, alltid relateras till en situation och en person, som är mer inskränkt än alla situationer och alla personer. Ett förbuds räckvidd är däremot inskränkt i och med den särskilda gärning som utpekas. Alla påbud som ger upphov till omissivdelikt måste alltid inskränkas och därmed kompletteras med en beskrivning av en särskilt förpliktande situation och/eller förpliktande subjekt, för att inte påbudet skall omfatta alla tänkbara handlingar eller alla tänkbara situationer och personer.¹⁴⁶⁷ Denna beskrivning kan återges i lagtext.¹⁴⁶⁸ Men utöver detta måste den särskilda pliktskapande situationen (normalt genom en precision av viss garantställning) ofta preciseras utifrån de förutsättningar som betingade den gärning, vars aktsamhet bedöms. Principen kräver att hänsyn tas till de särskilda förhållanden, som kan medföra att gärningspersonen inte kunde göra annat än det han gjorde. Skuldprincipen medför emellertid att även den preciserade förbudna gärningen endast är förbjuden i vissa situationer och med vissa subjekt. Ett godtagbart gärningsalternativ styrt mot ett godtagbart alternativt hypotetiskt resultat måste alltid kunna ha utförts i den aktuella gärningens ställe, för att gärningen skall kunna tillskrivas någon. Att oaktsamhetsbedömningen vid mycket allvarliga brott som exempelvis uppsåtligt dödande, ändå inte ägnas någon större uppmärksamhet i lagstiftningssammanhang beror på att oaktsamheten oftast är uppenbar, genom att alla gärningar, som inte kan subsumeras under den förbudna gärningsbeskrivningen, är aktsamma *i förhållande till det ifrågakvarande förbudet*. Därmed har ett oändligt antal aktsamma gärningar hypotetiskt funnits som alternativ till den förbudna gärningen.

Oaktsamhetsrekvisitet i lagtext är alltså aldrig fullständigt preciserat i lag, på grund av att regeln ifråga har karaktär av påbud. Detta följer av att aktsamhetskravet är den förväntade handlingen, som förväntades på grund av diverse sociala kriterier på vilken handling som skall anses vara godtagbar i det enskilda fallet.

Aktsamhetskravet måste således kompletteras med annat material än vad som står att finna i lagtexten. Vissa författare benämner detta material som "utomrättsligt" eller hävdar att bristen på reglering visar på "rättstomma" rum, som i princip bör fyllas genom kodifiering.¹⁴⁶⁹ I sådana beskrivningar

¹⁴⁶⁶ Garantlärans och rättspliktslärans när det gäller underlåtenhetsdelikten är beskrivningar av de förutsättningar som gäller för kompletteringarna till underlåtenhetsdelikten. Dessa måste liksom oaktsamhetsdelikten kompletteras med begränsningar av stadgandenas räckvidd.

¹⁴⁶⁷ Frände, Legalitetsprincipen s 195.

¹⁴⁶⁸ Se t ex Peczenik, Causes and Damages sid 283ff.

¹⁴⁶⁹ Se t ex Erenius, Oaktsamhet s 80 not 52 och Straffansvar, s 72.

används en rättskällelära, som tycks utgå från att "inomrättslighet", och därmed gällande rätt, i straffrättslig mening endast utgörs av lagtext. Det "utomrättsliga" materialet skulle alltså komma från "icke-rättsliga" källor. Uppenbarligen syftas därmed exempelvis på konstruktionen av aktsamhetskravet, i den mån detta framgår av den enskilda situationen och de enskilda förutsättningarna för den hypotetiskt aktsamma gärningen. Om detta vore en riktig beskrivning av exempelvis en domstols aktsamhetsbedömning av en gärning, skulle domstolen dels bedriva rättslig verksamhet i den mån den höll sig till lagtexten och dels icke-rättslig verksamhet med utomrättsligt material. Detta kan inte vara riktigt. Användandet av "utomrättsligt" material i rättegången är rättslig verksamhet och materialet är rättsligt eftersom domstolen för in omständigheterna i målet och *skapar* en rättsregel av detta "utomrättsliga" material. Att oaktsamhetsbedömningen verkar vara problematisk ur legalitetssynvinkel har sin rot i en syn på domarens verksamhet som en mekanisk subsumtionsoperation. Ett legalitetskrav som förbiser domarens rättsbildande uppgift, framställer oaktsamhetsbedömningen som om den var i konflikt med legalitetsprincipen, fastän oaktsamhetsprövningen på något sätt ändå måste finnas med vid alla slags ansvarsbedömningar.¹⁴⁷⁰ Oaktsamhetsbedömningen framstår då som ett slags undantag från legalitetsprincipens obestämbarhetsförbud. Detta verkar vid första påsyn dock inte vara problematiskt när det gäller exculperande rättsregler, som t ex hänsynstagandet till gärningspersonens förmåga att lyda lagen. Men eftersom oaktsamhetsregeln är en öppen regel, kan den ändå verka inculperande genom att vissa domstolar i mindre mån än andra domstolar underlåter att exculpera för t ex gärningspersonens förmåga. Om inte domaren tillerkänns denna rättsbildande förmåga, verkar rättssäkerheten (enbart i betydelsen av förutsebarhet) vara i fara. Kelsen har också visat att det är nödvändigt att domaren *skapar* mening- eller innehållet i tillräknandet, den individuella normen; dvs en viss individ skall dömas till exempelvis fängelse i ett visst fall.¹⁴⁷¹ Det är inte en *logisk* följd att en viss person skall dömas för ett brott, när alla rättsliga rekvisit är uppfyllda. Konflikten med legalitetsprincipen är emellertid oftast skenbar i och med att aktsamhetskravet, som kompletterar en skriven lagtext, principiellt har en exculperande roll. Här förutsätts legalitetskravet innehålla viss mänsklig, professionell och auktoritativ rättsbildande verksamhet i domstolarna. Detta görs redan vid vanlig lagtolkning.

I varje fall har dessa reglers grundläggande karaktär av påbud och ofullständighet en avgörande betydelse för förståelsen av oaktsamhetskravet såsom detta uttrycks i lagtext. Om ett handlande är straffbart som oaktsamt (eller

¹⁴⁷⁰ Frände, Legalitetsprincipen s 198.

¹⁴⁷¹ Se avsnitt 1.3.4.

uppsåtligt) brott, måste aktsamhetsregeln byggas upp i rättegången från källor som både ligger "utanför" och "innanför" lagtexten.¹⁴⁷²

Av det sagda följer även att alla omissivdelikt och kommissivdelikt utförda genom underlåtenhet faktiskt måste vara bedömda efter en aktsamhetsstandard och att de är oaktsamhetsdelikt. All straffrättslig relevant underlåtenhet är oaktsamhet på ett särskilt tydligt sätt.

Aktsamhetskravet fungerar således som en grundläggande måttstock vid alla gärningsbedömningar.

4.4.2 BROTTSBALKEN

4.4.2.1 DET ALLMÄNNA SKULDKRAVET OCH BROTTSKATALOGEN

Det allmänna uppsåtskravet i BrB kap 1 § 2 st 1 anses oftast syfta på vissa psykiska moment hos gärningspersonen. Lagtexten säger därmed endast motsatsvis, att icke-uppsåtliga gärningar i vissa fall kan vara brottsliga, men att det i så fall skall anges i varje brottsbeskrivning.¹⁴⁷³ Utan att det särskilt nämns, har emellertid förhållandena i stort sett varit de motsatta vad beträffar specialstraffrätten fram till 990601.¹⁴⁷⁴

Brottskatalogen innehåller ibland särskilda oaktsamhetsformuleringar.¹⁴⁷⁵ I lagtexten förekommer synonymt med oaktsamhet exempelvis ovarsamhet, oförsiktighet och försummelse. När det är fråga om insikt som gärningspersonen borde ha haft, användes ofta uttrycket "skälig anledning anta". I huvudsak sägs emellertid inget uttryckligen beträffande kravens närmare innehåll. Ordvalet i de enskilda brottsbeskrivningarna kan dock antyda innehållet i de subjektiva rekvisiten. Vad beträffar straffbart dödande har formuleringen i lagtexten "berövar annan livet" förbehållits det uppsåtliga brottet respektive "av oaktsamhet orsakar" brottet vållande till annans död. Man hävdar vanligtvis ett kausalitetskrav både vid uppsåtliga och vid oakts-

¹⁴⁷² Det är i detta sammanhang viktigt att inte förlora känslan för vad som är dogmatik i någorlunda sträng bemärkelse, och vad som mer är heuristiska mönster i rättegången inför det dogmatiska ställningstagandet. En annan sak är att det franka sätt Strahl, Leijonhufvud och Wennberg uttrycker saken på kan kännas som en befriande realism när det gäller legalitetskravets genomförande i verkligheten.

¹⁴⁷³ Även en gärning som bedöms avvika inte bara från en "normal" persons aktsamhet utan även från särskilt strikta krav på aktsamhet kan vara brottslig i vissa fall, under kategorin "strikt ansvar".

¹⁴⁷⁴ Lag 1994:458.

¹⁴⁷⁵ Jfr terminologi i TBL § 1, "i väsentlig mån" och "uppenbart likgiltig".

samma brott. Därför ger skillnaden i uttryckssätt intrycket av en skillnad i intentionalitet, så tillvida att oaktsamhetsbrottet förutsätter en brist på viss intentionalitet till effekten. Frågan är om det är möjligt att använda formuleringen "den som av oaktsamhet berövar annan livet" även för oaktsamhetsbrotten.¹⁴⁷⁶ Om man tänjer begreppsomfånget, skulle det kunna gå, men ordet "beröva" har en prägel av att målet för handlingen är att åstadkomma död för annan.

Kvalifikationer av skuldkravet vid oaktsamhetsansvar i brottsbeskrivningarna sker ofta med hjälp av begreppen "ringa", "grov" eller av att ett epitet utelämnas. Vad som närmare avses i stadgandena är inte klart. "Samtliga omständigheter" anges ofta avgöra om oaktsamheten är kvalificerad som grov eller på annat sätt. Kvalifikationsgraderna brukar dock i första hand relateras till frågan om riskuppsåt förelegat, dvs om oaktsamheten varit "medveten" eller inte.¹⁴⁷⁷ Strahl skriver:

Innebörden av stadganden, som begränsar straffbarheten till grov oaktsamhet eller till oaktsamhet som ej är ringa blir i praktiken inte stort mer än en uppmaning till domstolarna att visa överseende.¹⁴⁷⁸

Man visar emellertid inte överseende eller ursäktar någon utan grund. Det är inte lätt att föreställa sig grunder för sådant "överseende" frikopplat från frågan om uppsåt till risken, eftersom alla individuella och övriga förutsättningar utom den aktuella inriktningen mot effekten ingår i oaktsamhetskravet. Skuldprincipen gör sig alltså gällande även då det gäller att gradera culpa. Strahl betonar även detta på följande vis:

Att ett beteende mycket avviker från erforderlig aktsamhet är naturligtvis ägnat att låta det framstå såsom grovt oaktsamt, men mot denna bedömning kan tala att den ifrågavarande individens egenskaper eller hans situation i någon mån ursäktar honom.

Frågan är viktig, eftersom den antyder sambandet mellan de två skuldformer-
na dolus och culpa.¹⁴⁷⁹ Jag återkommer till denna fråga närmare i samband med redogörelsen för doktrinen om culpabegreppet.

¹⁴⁷⁶ Jfr Andenæs, *Uaktsomt drap* s 14 och Weltzel, *Das neue Bild* s 4ff. En diskussion förekom under 1960-talet i Tyskland rörande användningen av begreppet "töten" i samband med icke uppsåtligt dödande.

¹⁴⁷⁷ Jfr t ex Jareborg, *Ansvarslära* s 225, *Brottsbalkskommentaren* del I, s 182ff och Prop 1994/95:23 s 60.

¹⁴⁷⁸ Strahl, *Allmän straffrätt* s 190.

¹⁴⁷⁹ Jfr *Straffansvarsutredningen* del I s 56, angående straffansvarsutredningens förslag till ändring av BrB kap 3 § 7 att ett "medvetet allvarligt risktagande" ... "skall särskilt beaktas" när det gäller att bedöma om brottet är grovt.

En förutsättning för kvalifikationen av culpa ges i BrB kap 3 § 7 beträffande det oaktsamma dödandet, då dödandet skett i samband med förande av motorfordon. Det skall särskilt beaktas om föraren varit påverkad av alkohol. Detta förekommer även vid vållande till kroppsskada.¹⁴⁸⁰ Ordalydelsen i st 2 i §§ 7 och 8 har analoga drag med undantaget för ansvarsfrihet vid bristande uppsåt i BrB kap 1 § 2 st 2.¹⁴⁸¹ Undantagsbestämmelserna för ursäkter, som går ut på rustillstånd - dvs en slags uppsåtsbrist - kvalificerar alltså brottet som uppsåtligt och som oaktsamt, både där ett visst uppsåt krävs och i detta fall vid oaktsamhet där ett visst uppsåt inte behöver visas. Alkoholpåverkan är emellertid en faktor, som gör brottet grovt enbart då vållandet skett i samband med förande av motorfordon. Lagtexten innehåller alltså egentligen inte ett undantag från att bristande intentionalitet ursäktar en annars brottslig gärning, utan alkoholpåverkan är en faktor som gör brottet grovt. Men stadgandet i BrB kap 3 § 7 st 2 framstår trots detta som ett undantag från den normalt exculperande verkan av bristande "medvetenhet" i förhållande till grovheten i culpan, på i stort sett samma grunder som undantaget från skuldprincipen i BrB kap 1 § 2 st 2. Formuleringarna i stadgandena pekar således på att olika kvalifikationer av culpa ofta är betingade av grader av uppsåt till risken.

4.4.2.2 STRAFFVÄRDEBESTÄMMELSERNA I BRB KAP 29

Straffvärdebestämmelserna i BrB kap 29 innehåller ett flertal bestämmelser som stadgar oaktsamhetsbedömningar av gärningar, utöver de som särskilt stadgats i andra lagrum. Dessa "extra" oaktsamhetsbedömningar har stor betydelse för varje enskild tilltalad. Innebörden av § 1 är att intensiteten i den redan bedömda skulden i ansvarsdelen skall kunna påverka påföljdsbestämningen.¹⁴⁸² I 29:2 anges t ex att, utöver detta, hänsynslöshet kan få en försvårande effekt på straffvärdebedömningen och i 29:3 att ett flertal fall av nedsatt insikt och/eller medvetande kan få en förmildrande inverkan på bedömningen.

Flertalet av straffvärdebedömningens regler ansluter till vad man grovt sett kan kalla variationer i intentionaliteten. Oaktsamhetsbedömningen måste därför ofta förknippas med intentionalitetsbedömningar, vare sig det rör sig om brist på viss beskriven intentionalitet eller förekomsten av viss sådan. Eftersom beslut om tillräknande av ansvar alltid skall vara gjord innan straff-

¹⁴⁸⁰ Tillägg till BrB kap 3 §§ 7 och 8 genom lag 1993:1462.

¹⁴⁸¹ Jfr Brottsbalkskommentaren del I, s 189 och den något annorlunda lydelsen i den senaste upplagan, del I (1998), s 176ff.

¹⁴⁸² Zila, Det straffrättsliga påföljdssystemet s 42.

värdebedömningen görs, finns en relevant och komplett aktsamhetsregel i ansvarsdelen. Denna aktsamhetsbedömning kan inte undanröjas i straffvärdebedömningen. Men oaktsamheten kan nyanseras och värderas på ett nytt sätt. Uppsåtlig skuld kan omvärderas på ett nytt sätt i straffvärdedelen, genom att exempelvis ett särdeles "fult" uppsåt får följder i form av strängare straff. I ansvarsdelen skall man bortse från denna aspekt. "Ful" oaktsamhet i form av riskuppsåt kan också få ett genomslag i straffvärdedelen, trots att riskuppsåtet ofta inte betraktas som relevant i ansvarsfrågan. Egentligen har straffvärdereformen en omvälvande effekt på skuldprövningen i brottmålsprocessen.

Lagstiftaren har, för att förstärka legalitetsprincipen, inrymt väsentliga nyanseringar av culpakravet, som förut existerat i praxis, i skriven lag. Ett på sätt och vis uråldrigt skuldspektrum finns nu inrymt (och återinfört) i lagtext. Ett vägande skäl till att man valt att införa nyanseringarna i påföljdsdelen är antagligen, utöver begränsningen genom vad som är rättspolitiskt möjligt, föreställningen om att skuldprövningen är speciellt svår. Påföljdens bestämmande och därmed det *slutliga* straffvärdet kan enligt Kelsens tillräknandelära ses som förbindelsen mellan beslutet om tillräknande och normen.¹⁴⁸³ Om detta till någon del är sant, kan redan av detta skäl det inte anses alldeles självklart att påföljdsdelen verkligen är så skild från ansvarsdelen och tillräknandet som lagtexten förutsätter. Dessutom skall påpekas att domstolarna ofta inte skiljer strikt mellan ansvarsdel och påföljdsdel i domskälen.¹⁴⁸⁴

4.4.2.3 FÖRSÖK TILL OAKTSAMT BROTT

Beträffande oaktsamt försök konstaterar Brottbalkskommentaren kort:

Det kräves alltid uppsåt. Culpösa försök finns inte.... (Det är inte; SC)
...alldeles korrekt att tala om försök såsom ett tidigare stadium i handlingsprogressen än för fullbordat brott. Det förhåller sig blott så att straff för försök inte kommer ifråga om fullbordat brott föreligger. Talesättet är emellertid bekvämt.¹⁴⁸⁵

Men varför skulle inte oaktsamma försök vara möjliga? Försök till ett risktagande är ju möjligt. Medveten oaktsamhet kan beskrivas som riskuppsåt. Det är därför möjligt att försöka, men misslyckas, att ta en risk. En person kan t ex försöka ta en mycket stor och livsfarlig risk i trafiken, men bilen lyder inte hans manövreringar eller försöka - men misslyckas - att skrämma en annan person genom att skapa en livsfara för denne.

¹⁴⁸³ Se avsnitt 1.3.4.

¹⁴⁸⁴ Det mest flagranta exemplet på detta är HD:s dom i Klippanmålet. Se avsnitt 2.3.5.3.3.

¹⁴⁸⁵ Brottbalkskommentaren del II s 584ff.

Stadgandet i BrB kap 3 § 9 ersatte ett tidigare stadgande om utsättande av barn, fara för venerisk smitta och resande av livsfarligt vapen i SL men avsågs ha en långt mer allmän räckvidd än dessa.¹⁴⁸⁶ Thyréns utkast innehöll ursprungligen ett explicit krav på uppsåt till risken.¹⁴⁸⁷ I § 15 i utkastet straffades den som av

...grov oaktsamhet om annans liv eller hälsa med vett och vilja bragt honom i uppenbar fara.

Det slutliga förslaget stannade för uppsåt *eller* grov oaktsamhet:

Den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet framkallar fara för annans liv eller hälsa....¹⁴⁸⁸

Det genomförda förslaget i BrB löd:

Utsätter någon av grov oaktsamhet annan för livsfara eller fara för svår kroppsskada eller allvarlig sjukdom, dömes för *framkallande av fara för annan*

Thyréns konstruktion gick alltså ursprungligen ut på att någon av grov oaktsamhet om annans liv eller hälsa och med uppsåt givit upphov till fara. Det fanns alltså två krav, grov oaktsamhet om annans liv och uppsåt till risken. Faran förutsattes i motiven till utkastet vara "uppenbar". Men enligt Thyréns utkast skulle dels handlingen vara uppenbart livs- eller hälsofarlig och grovt oaktsam, dels försättandet i fara vara uppsåtligt.¹⁴⁸⁹ Detta strider mot Thyréns oaktsamhetssyn i övrigt och korresponderar till synes med andra läror om två sorters oaktsamhet: en rent objektiv och en rent subjektiv. Eventuellt kan han bara ha avsett att accentuera skillnaden mellan den objektiva prövningstypen när det gäller negligencia och den subjektiva vid riskuppsåt.

Stadgandet i BrB kap 3 § 9 kriminaliserar framkallande av fara för annans liv. Även uppsåtligt framkallande av fara för annans liv straffas som culpöst brott enligt denna paragraf, som endast kräver grov oaktsamhet. Detta innebär att uppsåtligt brott här betecknas som culpa i dess grundbetydelse.¹⁴⁹⁰ Skillnaden mellan försöksbrott och farebrott framträder därför här på ett särskilt tydligt sätt. Farebrottet är till sin typ "endast" oaktsamt, trots att det utan tvekan är uppsåtligt. Skälet till detta är att försöksbrottet, "självfallet", som Brottsbalkskommentaren uttrycker saken, innebär en inriktning på effekten och inte bara

¹⁴⁸⁶ Straffrättskommittén, s 141.

¹⁴⁸⁷ Straffrättskommittén, s 142.

¹⁴⁸⁸ Straffrättskommittén, s 18, 120 och 141ff.

¹⁴⁸⁹ Thyré, 1917 s 214f.

¹⁴⁹⁰ Brottsbalkskommentaren del I s 195.

på faran.¹⁴⁹¹ I förhållande till effekten är framkallande av fara ett oaktsamt beteende, även om faran är uppsåtligt framkallad. Ett farebrott innehåller, trots att det är formellt systematiskt avskilt från ett "fullbordat" brott ändå en referens till den effekt som det utgjort en fara för.¹⁴⁹² Försök till oaktsamt brott i bemärkelsen att försöka, men misslyckas att skrämma någon med dödshot, borde därför inte vara något otänkbart. Det är möjligt att det varit detta som föresvävat Thyren.

Analoga förhållanden gäller vid försök till alla underlåtenhetsbrott: Gärningspersonen har en viss bestämd målsättning, exempelvis ett eget barns död, och handlingsmedlet är underlåtenhet att ge barnet föda. Det är fullt tänkbart att denna målsättning misslyckas, eller stannar på försöksstadiet av andra skäl, och därför straffas på försöksstadiet. Gärningspersonen ådagalägger en *brist* på förväntat godtagbart intentionellt beteende genom att ha en mot denna standard avvikande målsättning (hypotetiskt fastställd). Men en underlåtenhet, som inte innehåller en förbjuden strävan och som inte ens innebär ett medvetet risktagande, utan enbart är en underlåtenhet att utöva en viss gärning, kan inte tänkas i något försöksstadium, eftersom gärningens mening inte kan förbindas med effekten. Visserligen kan bedömare hävda att en målsättning *tolkningsvis* eller presumtivt fanns och därför förmodligen funnits, eftersom gärningspersonen faktiskt kunde ha gjort det som en "god" person hypotetiskt skulle ha gjort i gärningspersonens "kläder", men klandret refererar i grund och botten till en viss *brist* på god vilja och inte till en särskild juridiskt klandervärd målsättning till den bedömda effekten.¹⁴⁹³

Oaktsamhet tänkt som en särskild mental inställning eller ett särskilt psykiskt faktum, exempelvis som någon slags attityd av likgiltighet, skulle kunna tänkas som ett förstadium av försök, innan gärningen har givit upphov till någon effekt. Ett försök till brott kännetecknas, enligt det här framförda synsättet, emellertid av en säker gärningsmässigt bestämd angreppsbeholdning, sedd som en inriktning mot ett visst fullbordat brott. Negligentian kännetecknas av *brist* på viss strävan eller gärningsmening till skillnad från den s k medvetna culpan, som kännetecknas av en viss intentionalitet till risken; en risk har tagits med uppsåt. Därför är inte försök till negligentia möjligt men väl till att "ta" en viss risk.

¹⁴⁹¹ Brottsbalkskommentaren, del I s 195.

¹⁴⁹² Se avsnitt 3.5.5.

¹⁴⁹³ Det kan noteras att underlåtenhet att bistå nödställd föreslås kriminaliserad i Straffansvarsutredningen. Se Straffansvarsutredningen del I, s 311ff, särskilt s 338.

Sammantaget är det på grund av dessa förutsättningar som oaktsamma försök inte är tänkbara vid negligens.¹⁴⁹⁴ Svensk lag låter försöksansvaret endast omfatta de brott där detta särskilt är angivet. På detta sätt undkommer man problemet utan att tvingas förklara varför.

4.4.3 TRAFIKBROTTLAGEN

Skuldkravet vid dödande genom trafikhändelse har länge varit en omdebatterad fråga. Hoflund har beskrivit den sedan i varje fall biltrafikens barndom pågående debatten, om man skall bedöma det "typiska" dödandet av annan genom en trafikhändelse som oaktsamt eller uppsåtligt dödande.¹⁴⁹⁵ Han citerar bl a en artikel den 24 oktober 1933 i SvD och Social-Demokraten:

Berusade bilbanditer köra ihjäl cyklist och lämna honom kvar...(SvD)

Nu som så ofta tidigare är det spritbruk i förening med motorfärder som föranleder de flesta mordena. Ty mord är det, ingenting annat.....Det är förvånansvärt hur lindriga straff domstolarna utmätat åt även notoriska dräpare i motorhuva...(Social-Demokraten)¹⁴⁹⁶

Hoflund skriver: "Reaktionerna var alltså desamma då som nu, 60 år senare."¹⁴⁹⁷ Citaten visar på en ambivalens i samhället beträffande skuldkravet vid det riskfyllda bilförandet. Bilismen betraktades och betraktas även i dag allmänt som en självklarhet och ett positivt värde i samhället, i varje fall om man skall döma av de stora kostnader, som accepteras för verksamheten. I Sverige har domstolarna valt att regelmässigt betrakta ett dödande i trafiken som bara oaktsamt och inte uppsåtligt. I Finland är inte detta fallet.¹⁴⁹⁸ Här har HD i ett flertal prejudikat istället dömt för uppsåtligt dödande i fall då dessa endast skulle betraktats som oaktsamt dödande det i Sverige och kanske inte alls som straffbar oaktsamhet i förhållande till effekten i Danmark och Norge. Till saken hör dessutom att i Sverige ofta används samma skuldformuleringar med samma betydelse i tingsrätterna för grov vårdslöshet i trafik, i brottskonkurrens med vållande till annans död, som för mord eller framförallt dråp.¹⁴⁹⁹ I svensk rätt har man alltså redan från början valt att betrakta ansvar vid trafik-

¹⁴⁹⁴ Jfr Brottsbalkskommentaren del II, s 584 - 585.

¹⁴⁹⁵ Hoflund, Vårdslöshet i trafik, s 11.

¹⁴⁹⁶ Hoflund, Trafikbrottslagen s 13.

¹⁴⁹⁷ Hoflund, Trafikbrottslagen s 13.

¹⁴⁹⁸ I två finska HD-fall har TT dömts för försök till fullbordat uppsåtligt dödande och till fullbordat uppsåtligt dödande: 1981 II 81 respektive 1992 : 92.

¹⁴⁹⁹ Straffvärdesskillnaden mellan de olika ländernas lagstiftning är anmärkningsvärd och egentligen oacceptabel. Bara detta förhållande påkallar en reform av skuldfrågorna i de nordiska länderna.

brott som ett typiskt oaktsamhetsansvar, även om man använder strängare formuleringar än de som används för att motivera uppsåt till mord och dråp.

Trafikbrottslagens aktsamhetsregler växte fram i takt med att bilismen tog fart. Ansvarsbestämmelserna för de allvarligaste överträdelseerna av MFF och VTS kom att hamna i en särskild lag (1934:247). Paragraferna 2 och 3 innehöll lokutioner, som vad beträffar grov vårdslöshet och smitning, är förebilden för dagens TBL § 1 och § 5. Fortfarande verkar fokus riktat på konstellationen berusning och fordonsförande. Bedömningen av vårdslösheten är visserligen skild från bedömningen av körande i berusat tillstånd, men den abstrakta faran på grund av berusning och förande av fordon framstår i alla fall som det huvudsakliga kriminaliseringsobjektet.

I början av 1940-talet fanns de grundläggande bestämmelserna om vägtrafiken i två författningar, MFF och VTS från 1936 med ansvarsbestämmelser i dessa bägge dessa lagar samt i 1934 års trafikbrottslag och i ordningsstadgan för rikets städer.¹⁵⁰⁰ Ett betänkande från 1944 års trafikförfattningssakkunniga resulterade i att alla bestämmelser sammanfördes i vägtrafikförordningen och TBL år 1951.¹⁵⁰¹ Det rådde viss tveksamhet om hur straffbestämmelserna skulle fördelas mellan vägtrafikförordningen och TBL, varför vägtrafikförordningen år 1972 ersattes med VTK och TTK, som innehöll särskilda bestämmelser för terrängfordon.¹⁵⁰²

Då brottskonkurrens föreligger mellan aktsamhetskraven i TBL och andra specialstraffrättsliga lagrum samt BrB kap 3 § 7, utgör aktsamhetskraven i de förra stadgandena ofta den enda grunden för bedömningen av oaktsamhet till brottet vållande till annans död.¹⁵⁰³ Det går följaktligen inte att förbise oaktsamhetsbedömningen vid prövningen av trafikbrottsligheten, när man skall beskriva oaktsamhetsbedömningen av gärningar där händelseförloppet utspelats i trafiken.

I VTK § 5 formuleras det grundläggande aktsamhetskravet för all vägtrafik:

Vägtrafikant skall iakttaga den omsorg och varsamhet som till förekommande av trafikolycka betings av omständigheterna. Han skall utpträda så, att han ej onödigtvis hindrar eller stör trafiken.

Vägtrafikant skall även i övrigt visa hänsyn mot andra vägtrafikanter och dem som bor eller uppehåller sig vid vägen.

¹⁵⁰⁰ Hoflund, Trafikbrottslagen s 14.

¹⁵⁰¹ SOU 1948:34 s 83.

¹⁵⁰² Förkortningarna motsvarar: MFF motorfordonsförordningen, VTS, Vägtrafikstadgan, TBL, trafikbrottslagen, VTK, vägtrafikungörelsen och TTK, terrängtrafikungörelsen.

¹⁵⁰³ Se t ex Brottsbalkskommentaren s 189.

I § 7 samma lag formuleras aktsamhetskravet då frågan gäller ett påbud att följa anvisningar i trafiken, såsom exempelvis vägs skyltar:

Vägtrafikant skall följa anvisning för trafiken som meddelas genom vägmärke, vägmarkering eller trafiksignal....

I §§ 60 och 61 samma lag formuleras aktsamhetskravet vad det gäller anpassning av hastigheten i förhållande till omständigheterna. Paragraf 60 lyder enligt följande:

Fordons hastighet skall anpassas till vad trafiksäkerheten kräver. Hänsyn skall tas till väg-, väderleks- och siktförhållandena, fordonets skick och belastning samt trafikförhållandena i övrigt. Hastigheten får aldrig vara högre än att föraren behåller kontrollen över fordonet och kan stanna det på den del av den framförvarande körbanan eller vägrenen som han kan överblicka och framför varje förutsebart hinder.

Aktsamhetskravet är således preciserat till att bl a innefatta skyldighet att iaktta försiktighet i vägkorsning, att anpassa hastigheten, förbud att köra påverkad eller uttröttad, skyldighet att vara uppmärksam på övrig trafik, skyldighet att vara uppmärksam på övrig trafik och ta särskild hänsyn till skyddade trafikanter.¹⁵⁰⁴ Det för den konkreta situationen tillämpliga aktsamhetskravet i VTK, får sin särskilda betydelse som ett underlag för den aktsamhetsregel som skall skapas i det enskilda fallet, exempelvis vid frågan om vårdslöshet i trafik enligt TBL § 1 och vållande till annans död enligt BrB kap 3 § 7. I VTK § 167 knyts ansvarsbestämmelserna i TBL, BrB och VTK ihop genom att där anges:

Ansvar enligt denna kungörelse inträder inte, om straff kan ådömas enligt brottsbalken eller lagen (1951: 649) om straff för vissa trafikbrott.

Aktsamhetsregeln i § 5 korresponderar sålunda med ansvarsbestämmelsen för vårdslöshet i trafik i TBL § 1, som fram till 1.1.1995 hade följande lydelse:

Bristerden som (t ex vägtrafikant; SC) ...i den omsorg och varsamhet, som till förekommande av trafikolycka betingas av omständigheterna, och är ej oaktsamheten ringa, dömes för vårdslöshet i trafik.....

Där någon....ådagalägger grov oaktsamhet eller visar uppenbar likgiltighet för andra människors liv eller egendom, dömes för grov vårdslöshet i trafik....

Straffbar oaktsamhet i trafiken definieras således främst genom de allmänna och särskilda föreskrifter, som de särskilda trafikförfattningarna innehåller. Ringa oaktsamhet undantogs från straffbarhet i TBL § 1. En och samma oaktsamhet och gärning, exempelvis att inte stanna med fordon vid rött trafikljus, (ett påbud enligt VTK § 7, som normalt är straffbart med penningböter enligt § 164 samma författning) kan ha helt olika konkreta effekter vad beträffar skador och konkret fara för skada. Exakt "samma" oaktsamhet bestraffas helt olika beroende på den följd som gärningen haft. Oaktsamheten, som inte fört med sig vare sig konkret fara eller konkret skada på egendom eller person och som inte är kvalificerad i övrigt (exempelvis då livsfara inträder vid mycket för hög hastighet), bestraffas enbart med penningböter enligt VTK § 7 eller kommer, genom strafföreläggande, aldrig inför domstol i erkända fall.

Departementschefen gjorde i förslaget till ändringen av TBL § 1, som genomfördes år 1995, gällande att lagföring ofta drabbade slumpartat, på grund av att i stort sett åtal och utredning endast skett i samband med olycka med förhållandevis stora skador. Om en olycka inträffat till följd av att föraren underlåtit att stanna, med omfattande saksador men utan personsador, inträdde ibland ansvar för vårdslöshet i trafik. Oaktsamheten kunde vara helt identisk med det fall som bedömts enligt VTK § 7, vilket enbart föranledde penningböter vid utebliven konkret fara eller skada. Detta menade departementschefen ha sin grund i ett nästan strikt ansvar för faran eller effekten.¹⁵⁰⁵

TBL § 1 ändrades f o m 1.1.1995 i vissa delar (ändringarna är kursiverade):

Brister vägtrafikanter, den som för spårvagn eller den som någon annanstans än på väg för motordrivet fordon *i väsentlig mån* i den omsorg och varsamhet som till förekommande av trafikolycka befinnas av omständigheterna, *döms* för vårdslöshet i trafik till dagsböter.

Om någon vid förande av motordrivet fordon eller spårvagn gör sig skyldig till grov oaktsamhet eller visar uppenbar likgiltighet för andra människors liv eller egendom, döms för grov vårdslöshet till fängelse i högst två år.

Lagändringen avsåg alltså att ändra aktsamhetskravet från oaktsamhet, som ej var ringa, till brist i aktsamhet i väsentlig mån. Förändringen i ordalydelsen syftar till en kvalificering av kravet på aktsamhet i förhållande till det tidigare rättsläget, genom att i första hand särskilt "typisk" och allvarligare oaktsamhet krävs. En sådan oaktsamhet var tänkt främst som medveten oaktsamhet.

¹⁵⁰⁵ Prop 94/95:23 s 61. Jfr Löfmarck, Konkurrensproblem s 100f. Jareborg, Gärningslära s 161 och s 197. Dubbelbestraffning eller strikt ansvar har här samma rättsliga verkan.

TBL § 1 st 1 och 2 innehåller alltså dels en särskild kvalifikation i förhållande till vad som stadgas i BrB kap 3 §§ 7 - 10, i och med formuleringen "väsentlig mån", dels en definition av grov vårdslöshet i trafik som antingen grov oaktsamhet (i trafiken) eller "uppenbar ligkiltighet" för nämnda skyddsobjekt.

Av ordalydelsen kan man i varje fall sluta sig till åtminstone två nyanser av brist på aktsamhet: avvikelse från aktsamhetskravet "i väsentlig mån" och "uppenbar ligkiltighet" för andras liv eller egendom. I och för sig är inte denna senare formulering i strikt mening uttryckt som en kvalifikation av oaktsamhet utan som en "brottsintern" kvalifikation av brottet som grovt eller "normalt". Eftersom formuleringen "vårdslöshet i trafik" i stora stycken korresponderar med "oaktsamhet i trafik", framstår "uppenbar ligkiltighet" ofta som en kvalifikation av aktsamhetskravet. Dessutom avser de brottsinterna faktorerna oftast just kvalifikationer av aktsamhetskravet i form av angivelser av "ligkiltighetsnivåer" eller olika intentionalitetskrav.

Sedan 1940-talet har konkurrensen mellan TBL § 1 och BrB kap 3 § 7 betraktats som brottskonkurrens.¹⁵⁰⁶ Tidigare betraktades dock konkurrensen som lagkonkurrens. Då oaktsamhet i trafiken orsakat annans död, dömdes till ansvar endast för vållande till annans död, dvs med tillämpning av det strängaste straffbudet.¹⁵⁰⁷ Avgörande för om brottskonkurrens skall användas, är att brotten inte syftar på samma gärning och att inte samma skyddsintresse ligger bakom de båda straffbuden. Detta kan vara svårt att se i många trafikfall. Två närmast identiska körsätt kan få mycket olika följder. Frågan är om det då är samma gärning eller två olika gärningar. Skyddsintresset är dessutom det samma vid de traditionella livsbrotten, som i de flesta grova fall som bedöms efter rekvisitet i TBL § 1 st 2, "uppenbar ligkiltighet för andras liv". Leijonhufvud menar att rättsläget är oklart, och att man åtminstone inte kan betrakta det som givet att det normalt råder brottskonkurrens i övrigt mellan TBL och BrB.¹⁵⁰⁸ Tänkbart är att dubbelbestraffning (eller m a o strikt och "absolut" ansvar för effekten annans död) regelmässigt förekommit på detta rättsområde i vårt land.¹⁵⁰⁹ I och med ändringen av TBL § 1 år 1995 är läget kanske ändrat, men detta återstår att se.¹⁵¹⁰

Brotten vållande till kroppsskada, grovt brott, och framkallande av fara för annan, § 8 st 2 respektive § 9 i samma kapitel och balk, har också båda an-

¹⁵⁰⁶ Löfmarck, Straffrättens konkurrensproblem s 100f.

¹⁵⁰⁷ Löfmarck, Straffrättens konkurrensproblem s 100.

¹⁵⁰⁸ Löfmarck, Straffrättens konkurrensproblem s 101.

¹⁵⁰⁹ Detta är normalt inte fallet i Norge och Danmark, där ansvar för oaktsamt dödande genom trafikhändelser inte tidigare varit regel som i Sverige, Finland och Tyskland. Se Löfmarck, Straffrättens konkurrensproblem s 100 och Andenæs, Uaktsomt drap s 1ff.

¹⁵¹⁰ Jfr Jareborg, Gärningslära s 197.

knytningar till skyddsintresset annans liv. Detta visar sig bl a genom att livsfara enligt § 9 och grovt brott enligt § 8 st 2 kan bedömas på samma grunder. Även en gärning med relativt lindrig kroppsskada kan bedömas som grovt brott om särskilt typiskt livsfarligt vapen används.¹⁵¹¹ Konkurrensproblem är emellertid inte lika vanliga vid tillämpningen av dessa paragrafer som mellan BrB kap 3 § 7 och TBL § 1.

4.5 FÖRARBETENA

4.5.1 STRAFFLAGSKOMMISSIONEN

Strafflagskommissionen utgick från att den nedre gränsen för oaktsamhetsbedömningen gick där gärningspersonen avvikit från den aktsamhet, som han var skyldig att iaktta.¹⁵¹² Man använde sig av begreppet "skyldig aktsamhet". Begreppet "skyldig aktsamhet" har sin negativa motsvarighet i begreppet "otillåten risk".¹⁵¹³

Strafflagskommissionens förslag till kodifiering av oaktsamhetsbedömningen löd:

Med oaktsamhet förstås i denna lag, att gärningsmannen utan uppsåt åstadkommit gärningen genom att brista i den aktsamhet om allmänt eller enskilt intresse, som med hänsyn till hans ställning och övriga vid gärningen föreliggande omständigheter bort av honom iakttagas.¹⁵¹⁴

Noteras bör att man uttryckligen ansett sig tvingad att bestämma oaktsamhet som icke-uppsåt. Detta indikerar att kommissionen åtminstone intuitivt utgått från att alla skuldbedömningar alltid förutsätter en oaktsamhetsbedömning. Därmed impliceras även ett nödvändigt samband mellan uppsåt och culpa.

¹⁵¹¹ Se t ex NJA 1994 s 500 där vållandet bedömdes som grovt för att en pistol använts. Trots att en relativt lindrig skada inträffat av två skott, ansåg HD att "...det är av vikt att skadan orsakats av ett livsfarligt vapen som TT medfört till en livligt besökt restaurang." Åtalet i tingsrätten var i första hand inriktat mot ansvar för försök till mord.

¹⁵¹² Strafflagskommissionen, s 135.

¹⁵¹³ Jfr Thyren, 1914 s 9: "otillåten handling".

¹⁵¹⁴ Strafflagskommissionen, s 8.

4.5.2 STRAFFRÄTTSKOMMITTÉN

4.5.2.1 ALLMÄNT

Straffrättskommittén använder sig av Thyréns och Hagströmers terminologi bland annat i begreppen "viljestandard" och "viljebeskaffenhet". Straffrättskommittén räknade med att täckningsprincipen skulle gälla även vid oaktsamhetsbedömningen. De objektiva rekvisiten skulle vara täckta av att gärningspersonen borde ha "räknat med" följden.¹⁵¹⁵ Men Straffrättskommittén talar inte om en egentlig täckning med ett psykiskt moment från gärningspersonen. Täckningen skulle bestå av att en person med normal viljestandard skulle ha räknat med följden. Därför borde gärningspersonen även ha räknat med denna. Andemeningen måste vara att det inte skall få förekomma delar av brottsbeskrivningen som inte är täckta av oaktsamhet, genom att den hypotetiskt aktsamme gärningspersonen kunde, insåg och ville det godtagbara. Det är alltså inte fråga om en tudelad prövningsmodell, dvs först en objektiv prövning och objektivt tillräknande av objektiv oaktsamhet och sedan en prövning av en subjektiv oaktsamhet, utan endast en anmärkning om att det inte skall få förekomma något rent objektivt absolut ansvar i någon del och att denna princip anses tillgodosedd på grund av att det hypotetiskt varit möjligt för TT att göra som den aktsamme förmodas ha gjort.

Aktsamhetsprövningen skall enligt Straffrättskommittén utföras på följande sätt:

Oaktsamhet anses föreligga om en människa med normal viljebeskaffenhet skulle ha avhållit sig från handlingen för att undvika en sådan skadlig eller farlig verkan därav som i det föreliggande fallet inträtt. I den mån en normalt aktsam person icke på grund av risken för skadans inträffande skulle ha avhållit sig från handlingens företagande, föreligger icke oaktsamhet utan våda; gärningen är då alltid straffri (SL 5:12). Vid prövning huruvida oaktsamhet föreligger skall man alltså i regel räkna med en normal viljestandard men i övrigt utgå från den handlandes egen sinnesbeskaffenhet, hans erfarenhet, kunskaper, förstånd, begåvning o.s.v.¹⁵¹⁶

¹⁵¹⁵ NJA II 1962, s 19.

¹⁵¹⁶ Straffrättskommittén, s 378. I doktrinen förbigås ofta Straffrättskommitténs modell för oaktsamhetsbedömningen. Erenius menar att Straffrättskommittén mer eller mindre gått i Thyréns, Wettters och Hagströmers spår och anammat begreppen "viljestandard" och "viljebeskaffenhet", (A a, s 78). Något utförligare beaktas Strafflagskommissionens förslag i Erenius, Oaktsamhet s 76ff. På s 77 i a kallar Erenius den objektiverande tendensen i

Den normala viljestandarden är alltså det *enda* moment som man menar skall vara undantaget från den diskursiva jämförelsen mellan det verkliga fallet och det hypotetiska, som skapats genom domarens skön.¹⁵¹⁷ Alla andra moment, oberoende av om de kan anses som personliga eller opersonliga, skall överföras från det verkliga fallet till det konstruerade hypotetiska aktsamma alternativet, som är jämförelseobjektet för det verkliga. En synskada eller bristande förståndsgåvor i det verkliga fallet överförs, ("substitueras") till den hypotetiska personen. Det kan alltså i princip inte vara fråga om att klandra ett beteende enbart på grund av en svaghet hos gärningspersonen. Denna huvudregel förutsätter att man kan urskilja vad som är en svaghet och vad som är en ovana.

4.5.2.2 KVALIFIKATIONER AV AKTSAMHETEN ENLIGT STRAFFRÄTTSKOMMITTÉN

I vissa fall ansåg Straffrättskommittén att personer kunde bära ett striktare ansvar än normal culpa:

För att upprätthålla en viss standard hos ämbetsmän och krigsmän har emellertid vid tjänstefel (SL 25:4 och 26: 18) kriminaliseringen sträckts längre än vid andra brott. Till straff kan dömas även vid "oförstånd eller oskicklighet", d. v. s. brist på de kunskaper, insikter och färdigheter som erfordras för tjänstens utövning.¹⁵¹⁸

Straffrättskommittén föreslog att all straffbar oaktsamhet begränsas till oaktsamhet som inte är ringa och anmärker i det sammanhanget:

Oförstånd och oskicklighet bära i dessa fall [vid tjänstefel; SC.] uppfattas som särskilda former av oaktsamhet och straffrihetsregeln i 1 § är sålunda tillämplig även på dem.¹⁵¹⁹

Kommittén beskrev även kriterierna för grov oaktsamhet:

Med grov oaktsamhet förstås såväl medveten som omedveten oaktsamhet, i den mån denna med hänsyn till samtliga omständigheter vid gärningen är att anse som grov.¹⁵²⁰

innebörden i begreppet "skyldig aktsamhet" (enligt Stjernberg) för en "modernare" culpa-bedömning.

¹⁵¹⁷ Thyrén, 1914 s 7.

¹⁵¹⁸ Straffrättskommittén, s 378.

¹⁵¹⁹ Straffrättskommittén, s 379.

¹⁵²⁰ Straffrättskommittén, s 378.

Inga exempel ges på vilka övriga omständigheter som avses, utöver att oaktsamheten varit medveten. Det förefaller vara ganska svårt att beskriva vilka omständigheter utöver intentionaliteten, som skulle kunna kvalificera oaktsamheten som grov, om man använder sig av Straffrättskommitténs begreppsapparat. Om nu oaktsamhet som kommittén säger i normalfallet kännetecknas av en brist på "normal viljestandard", måste även i princip den grova oaktsamheten uteslutande vara en grov brist på "normal viljestandard". Andra element, såsom hänsynstagande till förstånd och oskicklighet, kännetecknas exempelvis uttryckligen som en "särskild form av oaktsamhet".¹⁵²¹ Den normalt skicklige är inte direkt ersatt av en allmän vir optimus. Den *konkreta* skickligheten är utbytt mot en normalt skicklig tjänsteman eller normalt skicklig körkortsinnehavare. Man har alltså definierat en grupp personers ställning som en garantställning.

4.5.2.3 FÖRSLAGET I STRAFFRÄTTSKOMMITTÉN OM STRAFFRIHET FÖR RINGA OAKTSAMHET

"Ringa" oaktsamhet är synonymt till "liten" oaktsamhet. Uttrycket kan inte primärt syfta på ringa brottseffekter, ringa brott, eller ringa medvetenhet om effekten eller handlingen. Ringa måste syfta på klander, dvs en gärning som bara kan klandras i liten mån, eftersom det rör sig om en liten avvikelser från aktsamhetsregeln. Ringa oaktsamhet är en handling som är mycket lik den aktsammes handling; en handling som är så gott som aktsam. Skillnaden mellan den aktsammes handling och den något aktsammes kan vara grundad på vilken värdering som helst av gärningarna. Även vid stora skador är det tänkbart med ringa oaktsamhet, när exempelvis gärningspersonen gjort stora ansträngningar för att undvika skada.

Straffrättskommittén föreslog en allmän straffrihetsregel för ringa oaktsamhet. Den utgick emellertid efter kritik från lagrådet:

Huruvida oaktsamhet bör anses föreligga enligt straffbud, måste städse bedömas med hänsyn till arten och vikten av det intresse som skyddas.....Det kan lätt vid en jämförelse med gradindelningen för uppsåtliga brott bli missvisande, om man beträffande oaktsamhetsbrotten från straffbarhet undantager "ringa" fall, eftersom det tydligen ej är avsett att detta undantag här skall föra åt sidan mer än en mycket liten sektor, ungefär motsvarande de fall då man enligt

¹⁵²¹ Straffrättskommittén, s 379.

dansk doktrin över huvud ej skulle tala om oaktsamhet vid tillämpning av straffbestämmelsen.¹⁵²²

Lagrådets kritik anspelar på skyddsobjekten och därmed på skadan eller faran för skada, på grund av det oaktsamma beteendet. I den ovan nämnda meningen av ordet "modern" kan lagrådet här verka vara inne på en "modernare" väg i förhållande till Straffrättskommitténs mer "klassiska". Lagrådet skulle alltså vilja förbehålla bedömarens av oaktsamhetens klander-värdhet rätten att på ett pragmatiskt konsekvensetiskt sätt låta effekten styra klandervärdet. Men det är även möjligt att se lagrådets yttrande med utgångspunkt från ett tolkningsperspektiv på den gärning som skall bedömas. Det är helt enkelt naturligt att behålla ett visst presumtivt klander på en handling som skapat stora skador eller faror för skador och därför avviker mycket från en alternativt god och aktsam handling som inte (hypotetiskt) medfört sådana skador.

4.5.3 FÖRARBETENA TILL TBL § 1

4.5.3.1 FÖRARBETENA FÖRE ÅKLAGARUTREDNINGEN

Till frågan om hur oaktsamheten skulle prövas anförde departementschefen i propositionen år 1951 till den ursprungliga lydelsen av TBL § 1:

En vägtrafikanter kan stundom ha del i uppkomsten av en trafikolycka, oaktat han gjort allt vad i hans förmåga stått för att undvika olycksfallet. I dylika fall har med hittillsvarande praxis ej sällan dömt till ansvar för ovarsamhet, även då situationen varit sådan, att för dess bemästrande skulle ha erfordrats en alldeles exceptionell kvicktänkt-het och kallblodighet. Enligt min mening är det ej riktigt att åt stadgandet om ansvar för ovarsamhet i vägtrafik giva en sådan vidsträckt innebörd. Detta skulle nämligen innebära, att man i trafikmål skärpte de principiella krav, vilka ställas i andra mål om ansvar för oaktsamhet. Man lär icke böra av en vägtrafikanter kräva mer, än att han innehar de kvalifikationer, som rimligen kunna förväntas hos en normalt skicklig trafikant, inom den grupp, varom fråga är, och att han gör vad i hans förmåga står för att undvika olycksfall.¹⁵²³

Förarbetena utgick uttryckligen från att det inte skulle röra sig om ett striktare ansvar än vad som gällde i övrigt i samhället.¹⁵²⁴ Praxis hade emellertid drivit

¹⁵²² NJA II 1962 s 23.

¹⁵²³ Prop 51 : 30, s 268. Jfr Åklagarutredningen, s 120.

¹⁵²⁴ Prop 51 : 30, s 26. Jfr Åklagarutredningen, s 120.

utvecklingen mot ett allt striktare ansvar. TBL § 1 av år 1951 syftade främst till att återställa ansvaret från ett mer eller mindre strikt ansvar till ett "normalt" ansvar. Den skärpning av "de principiella kraven" i trafikmål som skett skulle återställas från kravet att visa en "exceptionell kvicktänkhets och kallblodighet" till att vara en "normalt skicklig trafikant", vilken gör vad som står i hans förmåga för att undvika olycksfall. Departementschefen verkar inte vilja tillämpa ett principiellt annorlunda oaksamhetsansvar vid trafikmål än vid andra mål med culpaansvar.

Detta står emellertid i strid med den sista meningen i citatet. Man hänvisar uttryckligen till att aktsamhetskravet motsvarar vad gärningspersonen förmått göra för att undvika en trafikolycka. Möjliga förklaringar till ambivalensen i uttryckssättet är att avsikten var helt inriktad på att komma en bit på väg mot ett normalansvar från ett strikt ansvar. Försvarare av flerstegsläror kan tänkas hämta inspiration av det och hävda att detta är ett typexempel på den bristande insikten hos tillämpare och lagstiftare om behovet av att individualisera culpaprövningen. Enligt min mening är inte detta vad förarbetena syftade till.

I den sista meningen i citatet ovan formuleras aktsamhetskravet, dvs den "förväntan" som ställts på vägtrafikanter: Dels finns en "normalnivå" för den *skicklighet*, som den grupp av vägtrafikanter gärningspersonen tillhörde skall ha, dels finns ett krav på att vägtrafikanter skall göra vad som står i deras förmåga att hindra olycksfall.

Det som möjligen förlett domstolarna att fortsätta använda sig av ett strikt ansvar är att aktsamhetskravet uttryckts som ett särskilt krav, likt ett ökat ansvar för vägtrafikanter, ungefär som tjänstemannaansvaret, dvs ett särskilt krav på normal skicklighet. Men det var egentligen motsatsen som propositionen inriktades på, dvs att motverka en kvalifikation av culpaansvaret. Propositionen ger dubbla budskap.

Följaktligen måste en aktsamhet enligt dessa förarbeten omfatta sådan varsamhet, som en normal person visar i trafiken. Den varsamhet som denne normale person hypotetiskt har, är dels betingad av omständigheterna, dels av ett krav på normal skicklighet, samt dels av att individen strävar efter att undvika trafikolycka. Den culpälära som återspeglas här är alltså en klassisk culpälära efter samma mönster som i Straffrättskommittén.

Riksåklagaren kommenterade även förslaget att undanta ringa oaksamhet från straffbarhet enligt TBL § 1:¹⁵²⁵

¹⁵²⁵ Riksåklagarens cirkulär C 1951: 47.

Ämbetet vill framhålla att det givetvis icke är möjligt att genom en sträng gränsdragning fixera det straffbara området av oaktsamheten och därifrån avskilja vad som kan bedömas såsom ringa oaktsamhet. Det må emellertid erinras - och detta innebär endast ett understyrkande av de synpunkter som framgå ur departementschefens uttalande - att vid en trafikovarsamhet, som föranlett personskada eller egendomsskada, som ej är obetydlig, eller där fara framkallats för sådan skada, oaktsamheten kan vara ringa även om skadan till äventyrs är svårartad eller faran för skada i det särskilda fallet varit avsevärd. Å andra sidan kan oaktsamheten icke alltid betecknas som ringa, därför att i det aktuella fallet skada ej inträffat eller ens fara därför förelegat.

Man kan fråga sig varför det ganska uppenbara förhållandet att ringa oaktsamhet inte enbart är hänförligt till skadans eller farans storlek måste föranleda kommentarer. Svaret bör ligga i den traditionella motsättningen mellan konsekvensetik och sinnelagsetik. Riksåklagaren poängterade att skadan inte har en självständig betydelse vid kvalifikationen av oaktsamhet och tog ställning för ett sätt att kvalificera culpa, som motsvarar propositionens ställningstagande för att i första hand beakta intentionaliteten vid kvalifikationen. Riksåklagaren frågade sig vilken annan faktor som annars skulle kunna kvalificera oaktsamheten.

4.5.3.2 "I VÄSENTLIG MÅN BRUSTIT I AKTSAMHET"

Trafikmålen ökade i en sådan grad i och med bilismens framväxt att man år 1944 föreslog att endast sådan ovarsamhet, som var av betydelse för trafiksäkerheten, skulle medföra ansvar.¹⁵²⁶ Då detta inte ledde till lagstiftning, tillsattes år 1961 en kommitté under namnet trafikmålskommittén för att försöka begränsa antalet trafikmål vid domstolarna. Kommittén föreslog att endast den som "i väsentlig mån brustit i aktsamhet" skulle kunna ställas till ansvar enligt TBL § 1.¹⁵²⁷ Inte heller detta förslag genomfördes, och år 1984 föreslogs återigen att TBL § 1 skulle avse endast den som i väsentlig mån brustit i aktsamhet.

Åklagarutredningen från år 1992 föreslog slutligen ännu en gång att § 1 TBL endast skulle avse den som i väsentlig mån brustit i aktsamhet.¹⁵²⁸ Över 30 år efter förslaget från trafikmålskommittén 1963, lagfästes år 1995 slutligen kravet på att oaktsamheten i TBL § 1 skall avse ett "väsentligt" avsteg från

¹⁵²⁶ Hoflund, Vårdslöshet i trafik s 93.

¹⁵²⁷ SOU 1963:27 s 11.

¹⁵²⁸ NJA II 1994 s 736ff. Se även Trafikmålskommittén, s 39

aktsamhetskravet. Inget av förslagen till ändring avsåg således strängt taget att aktsamhetskravet i trafiken skulle ändras, utan alla förslag syftade på att avkriminalisera avvikelser från en del av samma aktsamhetskrav, som bestått under i varje fall 60 år. Uttryckssättet "i väsentlig mån" användes eftersom, som det heter i propositionen till ändringen år 1995, på så sätt "...höjs (sic) gränsen för den straffbara oaktsamheten avsevärt."¹⁵²⁹

Skälen till avkriminaliseringen var huvudsakligen att frigöra polis- och åklagarresurser för annan brottsbekämpning samt i övrigt för att uppnå processekonomiska vinster.¹⁵³⁰ Tolkningssvårigheter samt allmänhetens och rättstillämparnas oenighet om vilken aktsamhet som krävs anges också i utredningen som skäl till höjningen av kraven i den nya bestämmelsen. Tillämpningen ansågs variera i olika delar av landet, vilket förhållande även pockade på en reform.¹⁵³¹

4.5.4 EN JÄMFÖRELSE MELLAN SYNSÄTTET I STRAFFRÄTTSKOMMITTÉN OCH FÖRARBETENA TILL TBL

Straffrättskommitténs förslag till hur aktsamhet skall bedömas var följande:

Vid prövning huruvida oaktsamhet föreligger skall man alltså i regel räkna med en normal viljestandard men i övrigt utgå från den handlandes egen sinnesbeskaffenhet, hans erfarenhet, kunskaper, förstånd, begåvning osv.¹⁵³²

Förarbetena till TBL från år 1951 benämner de generella grunderna för straffrättslig oaktsamhet som "de principiella krav, vilka ställas i andra mål om ansvar för oaktsamhet."¹⁵³³ Hoflund tolkar formuleringen "principiella krav" som att departementschefen anser dessa grunder för oaktsamhetsbedömningen i straffrätten för ostridiga. Samtidigt menar departementschefen i propositionen av år 1951 att man inte bör kräva mer av en vägtrafikan än vad som förväntas av en normalt skicklig sådan, och att "...han gör vad i hans förmåga står för att undvika olycksfall."¹⁵³⁴ Man kan fråga sig om yttrandet även kan tolkas motsatsvis. Bör man kräva en standard motsvarande en nor-

¹⁵²⁹ Åklagarutredningen s 61. Med gräns måste här menas tröskel.

¹⁵³⁰ Prop 94/95 :23 s 41.

¹⁵³¹ Åklagarutredningen, s 118.

¹⁵³² Straffrättskommittén, s 378.

¹⁵³³ Prop 51 :30 s 268.

¹⁵³⁴ Prop 51:30 s 268.

mal vägtrafikanter? Ett jakande svar implicerar att departementschefen i propositionen från år 1951 måste tolkas motsatsvis på detta sätt. Hoflund menar att departementschefen här har ställt sig bakom en skärpning av de "principiella" reglerna för oaktsamhetsbedömningen i och med detta anförande.¹⁵³⁵ Enligt Hoflund skulle departementschefen menat att en vägtrafikanter inte ursäktas, trots att han gjort vad han kunnat för att undvika ett olycksfall men inte hade en normal skicklighet i trafiken.

Men departementschefen har faktiskt inte uttalat sig för annat än att man inte kan fordra något *mer* än det som begärs av den normale vägtrafikanter. Ytterrandet är ägnat att motverka en *skärpning* av oaktsamhetsbedömningen såsom man uppfattat denna, förmodligen i Straffrättskommitténs tappning. Man torde därför kunna sluta sig till att departementschefen inte avsåg en skärpning av vanliga oaktsamhetsregler, dvs ungefär vad Straffrättskommittén stod för, vid tillkomsten av TBL år 1951.

Departementschefen, och även i sak författarna till åklagarutredningen, påpekade inför ändringen av TBL § 1 år 1995 följande beträffande brottskombinationen vållande till annans död på grund av trafikhandelse:

...det i varje fall i underrättspraxis förekommer att ett åtal för vårdslöshet i trafik ogillas på grund av att oaktsamheten inte når upp till straffbar nivå medan ett åtal avseende samma gärning för vållande till annans död enligt 3 kap. 7 § BrB bifalles.¹⁵³⁶

Ingen dom i mitt material för vållande till annans död på grund av trafikhandelser under tiden 1989 - 1992 visar ett sådant förhållande.¹⁵³⁷ Jag har inte heller kunnat finna att departementschefens påstådda rättsförhållande står beskrivet i åklagarutredningen. Det enda rättsfall, som skulle vid ett första påseende kunna tänkas bilda underlag för detta påstående är, enligt mitt förmenande, rättsfallet NJA 1968 s 317, som Erenius tar upp i sin skrift om culpatriöskeln.¹⁵³⁸ Gärningspersonen dömdes för vållande till annans död i TR, eftersom oaktsamheten *inte* ansågs vara ringa, men i HovR befanns culpa vara ringa, och TT fälldes inte såvitt avser åtalet för vårdslöshet i trafik men för vållande till annans död. HD ansåg inte att någon culpa alls förelåg. Detta är kanske det som även Hoflund syftar på genom att hävda att korrespondensen ändå finns mellan straffbuden.¹⁵³⁹ Detta kan också vara underlaget för departementschefens uttalande att det förekommer fall, då inte denna kor-

¹⁵³⁵ Hoflund, Trafikbrottslagen s 43.

¹⁵³⁶ Åklagarutredningen s 119 och prop 94/95 :23 s 59 och 62.

¹⁵³⁷ Se avsnitt 5.4.2.3.2.

¹⁵³⁸ Erenius, Culpatriöskeln s 144f.

¹⁵³⁹ Hoflund, Trafikbrottslagen s 48f.

respondens föreligger, i varje fall i underrätterna. Det är, enligt min mening, inte en tillräcklig grund för att anta att någon sådan skillnad förekommer i svensk rätt. Det förhåller sig förmodligen istället på motsatt sätt. I samtliga fall av vållande till annans död på grund av trafikhändelser i tingsrättsmaterialet, har tingsrätten grundat sin dom för vållande till annans död på den oaktsamhetsbedömning, som gällde brottet vårdslöshet i trafik.¹⁵⁴⁰ Aktsamhetsregeln, dvs den aktsamma gärning, som gärningen jämförs med vid brottet vållande till annans död i trafiken, är *identisk* med den aktsamhetsregel, som gärningen beträffande vårdslöshet i trafik jämförs med. Det rör sig om samma gärning och tingsrätterna gör i samtliga fall endast en bedömning av oaktsamheten i den tilltalades gärning. Denna bedömning görs endast beträffande oaktsamheten, som grundlägger vårdslöshet i trafik.

Departementschefen menar att den (lägre) oaktsamhetsnivå, som gäller vid vållande till annans död, inte kommer att påverkas av att nivån höjs för vårdslöshet i trafik.¹⁵⁴¹ Följaktligen förutser hon att det kan inträffa fler fall (efter 950101), där en TT frikänns beträffande åtalet för vårdslöshet i trafik men döms för vållande till annans död. Eftersom antagandet om förekomsten av sådana fall före lagändringen verkar sakna grund, finns ingen större anledning att tro att en sådan förändring kommer att äga rum.

I åklagarutredningen och i propositionen till lagändringen i TBL § 1 betonas att man ville bort från det så gott som strikta ansvar, som utvecklats i praxis. Departementschefen påpekade:

Vad utredningen anfört om hittillsvarande praxis tyder emellertid på att bestämmelsen i vissa fall tillämpats på ett sätt som närmar sig vad som gäller vid strikt ansvar.¹⁵⁴²

Fyrtiofem år efter införandet av TBL år 1951 upprepas således samma försök att med lagstiftning återföra praxis från strikt ansvar till ett "normalansvar", eftersom praxis på området vågrat att rätta sig efter lagstiftarens vilja.

Departementschefen skriver vidare i propositionen av år 1994/95:

Enligt vår mening måste en oaktsamhetsbedömning alltid ske i flera led. I fråga om ansvar för vårdslöshet i trafik ingår som ett av dessa led att bestämma om den aktuella gärningen som sådan innefattar brister i omsorg och varsamhet och således utgör ett otillåtet risktagande. Vid denna bedömning kan den normalt skicklige förarens körsätt vara av betydelse såsom en jämförelse. Om bedömningen i

¹⁵⁴⁰ Se avsnitt 5.4.2.3.2.

¹⁵⁴¹ Prop 94/95 : 23 s 62.

¹⁵⁴² Prop 94/95: 23 s 60.

detta led utmynnar i att oaktsamhet föreligger måste emellertid i ett senare led även bedömas om gärningsmannen insåg eller bort inse att hans handlande innebar ett sådant risktagande och huruvida han därigenom borde ha kunnat undvika att den aktuella trafiksituationen uppkom. Det är i detta senare led som enligt vår mening en ökad hänsyn bör tas till gärningsmannens egna förutsättningar. En trafikant bör inte i(sic) anses ha brustit i omsorg och varsamhet enbart genom att han i ett visst fall visat sig vara mindre skicklig än den normale trafikanten, om hans färdigheter inte sträckte sig längre.¹⁵⁴³

De sista meningarna i citaten från propositionerna från år 1995 kan jämföras med citatet ovan från propositionen från år 1951. I citatet ovan betonas att "enbart" det förhållandet att avvikelser från den normales skicklighet inte kan vara avgörande, om gärningspersonens färdigheter inte räcker till. I propositionen från 1951 sägs att man inte bör kräva mer skicklighet än en normalt skicklig trafikant kan prestera "...och att han gör vad som står i hans förmåga att undvika olycka." Kontexten till meningen i 1951 års proposition är att lagstiftarens avsikt uttryckligen sades vara att kvalifikationen *inte* skulle principiellt avvika från annan oaktsamhetsbedömning. Den rimliga tolkningen av dessa sammanfattande meningar i förarbetena från år 1991 och 1994/95 måste därför vara att de har samma innehåll.

I 1995 års proposition försöker lagstiftaren att på ett mycket tydligt sätt direkt anknyta till begreppsapparaten i Jareborgs provningsmodell. Medlet för att få bort det strikta ansvaret, som belastar domstolväsendet och åklagare i oönskad mån, är att betona vikten av tudelningen i provningen för att i högre grad kunna betona den personliga culpan i förhållandet till den icke-personliga culpan.

Men i 1951 års proposition tänkte man sig inte att bortse från hänsynstagandet till personliga och individuella element. Detta var snarare grundbulten i den klassiska läran. Man är vid denna tid snarare benägen att se culpa enbart som en skuldfråga. Alla egenheter hos gärningspersonen skulle läggas till aktsamhetskravet. Jämförelsen gäller enligt detta synsätt principiellt enbart vilken strävan ett godtagbart alternativ manifesterat i förhållande till gärningspersonens strävan, *ceteris paribus*. Hänvisningen till den personliga culpan ger ett felaktigt intryck av att man på detta sätt kan lösa problemen med culpaansvaret för den särskilda gruppen vägtrafikanter, varav man får förmoda att bilisterna i första hand är målgruppen. Provningsmodellen tillför inte tillämpningen något som inte fanns förut.

¹⁵⁴³ Prop 94/95 : 23 s 61.

Förarbetena till ändringen av TBL § 1 av år 1995 har tydliga nedslag av begreppsbildningen i Jareborgs oaktsamhetslära.¹⁵⁴⁴ Samtidigt använder man sig av Jareborgs begreppsapparat på ett sätt, som detta inte är avsett till. Lagändringen år 1995 ger ett helt annat innehåll åt första stycket i paragrafen än en betoning på personlig culpa i Jareborgs mening. Man avkriminaliserade "normal" oaktsamhet för att endast beakta beteenden som i "väsentlig mån" avviker från aktsamhetskravet. Vad man öppet redovisar är viljan att övergå från negligentiaansvar till någon slags riskuppsåtsansvar. Tolkningen av vilka moment som grundar kvalifikationen "i väsentlig mån" är i hög grad bunden till graden av insikt om eller uppsåt till risken. Propositionen från år 1994/95 uttalar sig uttryckligen om att det är gärningar utförda med riskuppsåt, som stadgeändringen riktar sig mot.¹⁵⁴⁵ Den medvetna oaktsamheten var målområdet för lagstiftningen. Mellan kvalifikationerna av culpa som negligentia och rekvisitet luxuria, dvs bl a "uppenbar likgiltighet" inför om andra levde eller dog, i andra stycket av stadgandet, infördes en tredje kvalifikationsregel, som uttrycktes som en avvikelse "i väsentlig mån" från aktsamheten. Kvalifikationen syftar således till att i första hand avkriminalisera gärningar, som inte anses utförda med riskuppsåt. Att kvalifikationer av culpa allmänt förknippas med närheten till aktsamhet, uttryckt i lättheten att genom insikt och styrning uppnå det aktsamma, är inget nytt. Kanske är det mera sällan uttryckt så direkt som här.

Stadgandet i TBL § 1 innehåller alltså i dag ett register, som spänner över hela kvalifikationsregistret för oaktsamhet, t o m in på vad praxis i vissa lägen ansett som uppsåt. I den nedre delen av skalan finns ett mer eller mindre strikt ansvar, manifest i praxis under lång tid. Häri kan inräknas tendenser till att tolka in ett krav på expertskicklighet. Däröver på skalan ligger det normala aktsamhetskravet som man i vissa sammanhang sökte införa år 1951. Över denna nivå befinner sig kvalifikationen culpa "i väsentlig mån" baserad på i stort sett riskuppsåt. Överst på skalan ligger slutligen kvalifikationen i andra stycket, som bl a går ut på "uppenbar likgiltighet" för annans liv. Andra stycket i paragrafen tangerar, eller överskrider, gränsen mellan riskuppsåt och ett traditionellt likgiltighetsuppsåt. Frågan är om inte lagstiftningen, när det gäller TBL § st 2, utökats med en brottskategori ungefär motsvarande "bildrap". I varje fall motsvarar formuleringen av skuldkravet i andra stycket, uppenbart likgiltig för andras liv, med god marginal vad praxis normalt betecknar som uppsåt vid mord och dråp.

Det verkar som om anslutningen till en tvåledsmodell tjänat syftet att legitimera kvalifikationen i riktning mot riskuppsåt som normalstandard. Man

¹⁵⁴⁴ Se avsnitt 4.6.3.3.3.

¹⁵⁴⁵ Prop 94/95: 23 s 60.

tycks ha tänkt sig att den personliga culpa i stort sett motsvarar ett riskuppsåt. Pliktskyldigast har man även tillfört "bort inse", som ett personligt krav, i sin återgivning av prövningsmodellen. Enligt förarbetenas begreppsapparat verkar alltså personlig culpa inte bestå av en risk som bort inses utan risken som insågs.

Förarbetena pekar därmed på en svårighet i de prövningsmodeller som utgår från en prövning av culpa i flera steg; bedömningen av den personliga, subjektiva eller individuella culpa ligger redan i den objektiva culpa. Den subjektiva culpa i negligencia har inget eget liv, kan inte urskiljas och har ingen självständig betydelse. Vill man hävda en sådan i negligencia måste konststycken, som Thyréns undermedvetna vilja, tas till.

Den senaste ändringen av alla de genomförda och föreslagna ändringar beträffande innebörden i aktsamhetskravet vid vårdslöshet i trafik innebär en rörelse snarare bort från den "moderna" läran tillbaka i riktning mot Straffrättskommitténs klassiska lära om hur oaktsamhet skall bedömas, trots begreppsapparaten i de senare förarbetena.

4.6 DOKTRINEN

4.6.1 INLEDNING

Ibland sägs att skuld- och oaktsamhetslärorna utvecklats mot en bred konsensus.¹⁵⁴⁶ Det finns emellertid en nästan oöverskådlig mångfald läror i tysk rätt, eftersom varje handlingslära tenderar att resultera i en särskild skuld- och oaktsamhetslära. Avsnittet inleds med en kortfattad redogörelse för huvudlärorna i tysk rätt. Därefter följer en redogörelse för svensk doktrin och något om annan nordisk doktrin. Genomgången avslutas med utblickar mot *common law*-kulturen, främst beträffande Duffs oaktsamhetslära och likgiltighetsbegrepp.

Mycket schematiskt kan lärorna i nordisk och tysk rätt uppdelas i tre grupper:

Den första gruppen utgörs av "klassiska" läror, som utgår från att oaktsamhet främst är en skuldform som innehåller en speciell psykisk inställning hos gärningspersonen. Som skuldform befinner sig oaktsamhetsrekvisitet endast på den subjektiva sidan av brottsbegreppet.

Den andra gruppen utgår från att oaktsamhet konstateras genom en prövning i minst två led (flerstegsläror), ett objektivt och ett subjektivt. Här uppträder

¹⁵⁴⁶ Se t ex Weizel, SR s 139f och Strahl, 1976 s 75f.

oaktsamhetsrekvisitet både på den objektiva och den subjektiva sidan av brottsbegreppet. Både ett objektivt och subjektivt tillräknande anses vara nödvändigt.

Den tredje gruppen förklarar oaktsamhetsansvaret på andra sätt. En förklaring är att det rör sig om ett rent processuellt betingat ansvar, som går ut på att invändningen om uppsåtsbrist har slopats vid vissa brott. En annan förklaring går ut på att oaktsamhet visserligen inte måste innehålla ett särskilt psykiskt element i form av vilja eller vetskap, men att grunden för ansvarsformen består i en attityd av likgiltighet.

Diskussionen om oaktsamhetsprövningen i tysk och svensk doktrin handlar i första hand om skillnaden mellan ett "klassiskt" och ett "modernt" oaktsamhetsbegrepp.¹⁵⁴⁷ I klassiska oaktsamhetsläror är prövningen av oaktsamhet främst en skuldfråga, och i "moderna" läror försöker man på olika sätt "objektivera" oaktsamhetsprövningen. Eftersom det nu finns utmanare till den "moderna" uppfattningen, utöver den typiska klassiska lärotypen, måste ett annat namn väljas. Istället för "moderna" läror används här som arbetsnamn varianter av termen "flerstegsläror". Namnet anger att oaktsamhetsprövningen anses utförd i minst två dogmatiskt relevanta led - ett objektivt och ett subjektivt led - och är en parafraas av Roxins begrepp "die Zweistufigkeitslehre". Uttrycket läran om "der doppelte Massstab" används också.¹⁵⁴⁸

Den klassiska lärotypen härskade i doktrinen ungefär samtidigt med det klassiska brottsbegreppet, alltså ungefär från sekelskiftet till 30-talet, och flerstegsläror i sin tur från denna tid med höjdpunkt mellan 70-talet och till dags dato. Läror av den tredje typen framlades under främst 1990-talet; den processuella läran t ex år 1994 i Tyskland. Tidsperioderna ovan pekar på en koppling till diskussionen omkring brottsbegreppet. Man skulle kunna se debatten som en pendling mellan tes, antites och syntes, där det klassiska brottsbegreppet tillsammans med det klassiska oaktsamhetsbegreppet bildar tesen, det finalistiska brottsbegreppet och flerstegslärorna antitesen. Syntesen befinner sig ännu i stöpsleven men konturerna kan skönjas i ett icke-dualistiskt och blandat processuellt-materiellt synsätt, som bevarat den klassiska lärans enkelhet och teleologi men med insikten från flerstegslärorna att oaktsamhet nödvändigtvis måste vara en objektiv och grundläggande brottsförutsättning.

¹⁵⁴⁷ Hassemer, Kennzeichen des modernen Strafrechts s 114.

¹⁵⁴⁸ Roxin, AT s 905.

Det går inte att entydigt slå fast vilken lära som i dag är den härskande i svensk doktrin. I tysk doktrin härskar flerstegslärorna, även om den tyska doktrinens rikedom och mångfald även på detta område är framträdande.¹⁵⁴⁹ Dessa utmanas uppenbarligen än så länge ganska försiktigt av andra läror. I svensk, och delvis i övrig nordisk doktrin härskar flerstegsläror, framförallt genom Jareborgs försorg. Samtidigt står Wennberg i den inflytelserika Brottsbalkskommentaren för en mer klassisk lära. Svensk praxis, framförallt tingsrättspraxis, ligger nära syntesen.¹⁵⁵⁰ Man ser även antydningar i tysk doktrin om att tysk praxis inte accepterat flerstegslärorna.¹⁵⁵¹

I huvudsak är endast de två första lärotyperna representerade i nordisk doktrin.

4.6.2 TYSKLAND

4.6.2.1 KLASSISKA LÄROR

4.6.2.1.1 ROXINS DEFINITION

Roxin menar att enligt den "nyare" och härskande uppfattningen handhas oaktsamhetsprövningen som en fråga om brottsbeskrivningsenlighet eller inte. Frågan om en gärning är oaktsam eller inte, är alltså enligt Roxin en fråga om en viss gärning överensstämmer med en brottsbeskrivning. Han skriver:

Ein fahrlässiges Verhalten kann im Einzelfall gerechtfertigt oder entschuldigend sein; ob es aber überhaupt fahrlässig war, entscheidet sich im Tatbestand. Demgegenüber sah die klassische Lehre, die sich in diesem Bereich bis in die Nachkriegszeit behauptet hat, die Fahrlässigkeit ausschließlich als eine neben dem Vorsatz minderschwere Schuldform an.¹⁵⁵²

Han förtydligar detta med ett exempel om ett möte mellan en ung man och en flicka, som resulterat i en meteorträff på flickan. Roxin menar att den unge mannen enligt den klassiska läran visserligen är skyldig till ett rättsstridigt dödande men är straffri på grund av bristande oaktsamhetsskuld. I motsats till detta betraktelsesätt beskriver han den "moderna", och härskande, läran på följande sätt:

¹⁵⁴⁹ Roxin, AT s 905.

¹⁵⁵⁰ Se avsnitt 5.6.5. och Ulväng, Culpa i trafiken s 119.

¹⁵⁵¹ Se t ex Roxin, AT s 929.

¹⁵⁵² Roxin, AT s 890.

Nach moderner Auffassung dagegen ist bei einem völlig einwandfreien Verhalten des Verursachers schon der Tatbestand der fahrlässigen Tötung nicht erfüllt.¹⁵⁵³

Roxin hävdar att två rättsvetenskapliga landvinningar grundlagt denna "moderna" uppfattning, dels att uppsåtsrekvisiten i huvudsak överförts till brottsbeskrivningsenligheten i enlighet med den finalistiska och personala handlingsläran, dels läran om objektivt tillräknande.¹⁵⁵⁴

Enligt denna "moderna uppfattning" skulle alltså oaktsamhetsbedömningen vara inriktad på beteendet och inte på gärningens följd. Även om hans beskrivning kan verka vara något karikerad vad beträffar de klassiska lärorna, får den tills vidare vara obemött. Den fyller i alla fall syftet att på något sätt utmärka de två huvudsakliga betraktelsesätten som främst står emot varandra i doktrinen i dag. Därmed visar Roxin att uppdelningen i ett objektivt och ett subjektivt prövningsled utgör en vattendelare mellan en uttalad dualistisk och "modern" lära och en äldre klassisk lära, som i och för sig också utgår från brottsbegreppets dualism i en "yttre" rekvisittyp och en "inre" rekvisittyp, men som vill hänföra hela oaktsamhetsbedömningen till den "inre" subjektiva rekvisittypen.

De klassiska lärorna kan uppdelas i två huvudtyper: dels de som utgår från viljeteorier, dels de som har föreställningsläran som grund.

4.6.2.1.2 BINDINGS VILJETEORETISKA LÄRA

Binding föreställer sig - trots att han anser att negligentiadeliktet inte är utfört med vilja eller insikt till en effekt - att det finns en slags viljeytring i den culpösa gärningen.¹⁵⁵⁵ Han formulerar detta enligt följande: "...so darf ein Jurist eine Handlung nicht ungewollt nennen..."¹⁵⁵⁶ Han avvisar som "vollständig falsch" att det är möjligt att dra en gräns mellan uppsåt och culpa bara på grund av förekomsten eller inte förekomsten av en vilja till gärningen och dess effekt.¹⁵⁵⁷ Men han hävdar ändå att oaktsamhet är "...stets unbewusste Schuld.":¹⁵⁵⁸

¹⁵⁵³ Roxin, AT s 890 och 905.

¹⁵⁵⁴ Roxin, AT s 890f.

¹⁵⁵⁵ Binding, Die Normen s 314ff och 357ff.

¹⁵⁵⁶ Binding, Die Normen s314f och die Schuld s 128.

¹⁵⁵⁷ Binding, Die Schuld s 125f.

¹⁵⁵⁸ Binding, Die Schuld s 130.

...Die sozusagen grundsätzliche Auflehnung wider die Rechtspflicht, die dem vorsätzlichen Delikt eignet, fehlt hier.¹⁵⁵⁹

Om varken vilja eller vetande är grunden för oaktsamhetsansvaret, kan man fråga sig vad Binding menade med viljeinnehåll i detta sammanhang. Binding besvarade frågan på följande sätt: Den samtida doktrinen i Tyskland förnekade helt enkelt, i enlighet med den tidigare traditionen, *negligentia* som egentlig skuldform.¹⁵⁶⁰ Genom att göra så gjorde man sig dock skyldig till två fel. Dels finns vissa oaktsamhetsdelikt med effekter som omfattats av vilja, som t ex putativt nödvärn, dels överskattas effektens betydelse i förhållande till handlingen i oaktsamhetsdelikten.¹⁵⁶¹ Oaktsamhetsdelikten omfattas av en vilja dels i vissa undantagsfall, dels genom att oaktsamhetsdelikten åtminstone borde syfta till att kriminalisera ett visst beteende eller vissa handlingsmedel snarare än en effekt. Detta är särskilt tydligt eftersom gränsdragningen mellan handlingsmedel och följd inte är skarp och att vid oaktsamhetsdelikten alltid uppsåt finns till handlingsmedlen. Han använder följande exempel från trafiken: En person som med en vagn, "...wie toll durch die Strassen fährt...", och därvid kör över ett barn "...hat die Handlung energisch gewollt".¹⁵⁶² Både det oaktsamma och den uppsåtliga handlingen är till fullo omfattade av vilja.¹⁵⁶³ Det enda som fattas i den oaktsamma gärningen är insikten om effekten. Detta bör inte hindra en jurist att beteckna "...den Erfolg als durch Willenshandlung verursacht".¹⁵⁶⁴ För övrigt innehåller inte heller alltid uppsåttsdelikten, t ex vid *dolus eventualis*, en följd som den uppsåtliga gärningspersonen har föreställt sig; "Er (gärningspersonen, SC) handelt frivol darauf und nimmt was kommt."¹⁵⁶⁵ Möjligheten att undvika händelseförloppet finns i både uppsåtliga och oaktsamma fall. Intentionaliteten i förhållande till händelseförloppet och handlingsmedlen är alltså av samma slag vid uppsåtliga och oaktsamma delikt. Även möjligheten att undvika skada och gärningens effekt finns på samma sätt i båda fallen med undantag av att detta är lättare i de uppsåtliga fallen. *Dolus* innehåller ett värderande element precis som oaktsamhet.¹⁵⁶⁶

Wenn in der neueren Literatur wahrhaftig zum öfteren behauptet wird, "vorsätzlich" sei ein aus der Umgangssprache entlehntes indifferentes Wort, das keinen Vorwurf gegen den vorsätzlicher (sic) Tat

¹⁵⁵⁹ Binding, Die Schuld s 130.

¹⁵⁶⁰ Binding, Die Schuld s 126. (Jfr den härskande läran i *common law*-kulturen)

¹⁵⁶¹ Binding, Die Schuld s 126f.

¹⁵⁶² Binding, Die Schuld s 127.

¹⁵⁶³ Binding, Die Schuld s 128.

¹⁵⁶⁴ Binding, Die Schuld s 128.

¹⁵⁶⁵ Binding, Die Schuld s 128

¹⁵⁶⁶ Binding, Die Schuld s 129.

Bezichtigten enthielt, während Fahrlässigkeit sofort die Schuld beim Schopf nehme und den handelnden, dem sie zugeschrieben werde, mit einem Vorwurf belaste, so liegt dem ein grober Irrtum zugrunde.

Denn nicht Vorsatz, sondern böser, später *rechtswidriger* Vorsatz ist die technische Bezeichnung der einen Schuldart, und die der zweiten besagt nur, daß die erste schwerere nicht vorliegt.¹⁵⁶⁷

Sammanfattningsvis skrev han:

Ein fahrlässiges Delikt, das nicht Willenwerk wäre, lässt sich gar nicht vorstellen.¹⁵⁶⁸

Im Wollen der Rechtswidrigkeit besteht also zwischen dem fahrlässigen und dem vorsätzlichen Delikt nicht der kleinste Unterschied.¹⁵⁶⁹

Binding förekommer finalisternas lära på flera punkter.¹⁵⁷⁰ Bindings värdeladdade uppsåt har en motsvarighet i Jareborgs grundläggande krav på gärningsculpa även vid uppsåtsdelikt.¹⁵⁷¹ Värde förutsätter nämligen en måttstock. Denna måttstock kan bara vara en alternativ godtagbar gärning. Beskrivningen av oaktsamhet med utgångspunkt från handlingsmedlen är något som Welzel sedermera tar som utgångspunkt för att kunna bemöta "kausalisternas" huvudkritik mot den finala handlingsläran.¹⁵⁷²

Gränsen mot den icke straffbara oaktsamheten drar Binding med de sedermera så populära begreppen "maßvolles Risiko" och "statthaftes Risiko", dvs tillåten eller otillåten risk.¹⁵⁷³ Binding, som lägger stor vikt vid begreppet, skiljer dessutom mycket medvetet mellan riskbegreppet och farebegreppet.¹⁵⁷⁴ Han medger bevisvärigheterna vid skuldbevisningen och dessutom att begreppen för oaktsamhet bör utformas med hänsyn till detta på ett särskilt sätt. Men han avfärdar problemen genom att hävda den skarpa åtskillnaden mellan formell och materiell rätt.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁶⁷ Binding, Die Schuld s 129.

¹⁵⁶⁸ Binding, Die Schuld s 127.

¹⁵⁶⁹ Binding, Die Schuld s 128.

¹⁵⁷⁰ Se avsnitt 1.4.3.4.3f och 4.6.2.2.4.

¹⁵⁷¹ Se avsnitt 1.4.5.2 och 4.6.3.3.3 under "Gärningsculpa".

¹⁵⁷² Welzel, Das neue Bild s X.

¹⁵⁷³ Binding, Die Schuld s 139ff.

¹⁵⁷⁴ Binding, Die Schuld s 141 not 3.

¹⁵⁷⁵ Binding, Die Schuld s 136.

Große Schwierigkeiten kann im Einzelfall wohl einmal die Beweisfrage bereiten: aber diese liegt nicht auf dem Gebiete des materiellen Rechts.¹⁵⁷⁶

Binding menar att det inte är någon bevisfördel för en bedömare av en gärning att ersätta den enskilda förmågan att göra något annat än det som gjordes, med en förmåga bestämd av vad en normalmänniska kunnat i den aktuella situationen.¹⁵⁷⁷ Tvärtom skulle den normala förmågan vara "oändligt mycket svårare" att fastställa än den aktuella. Han tycks jämföra svårigheten att betrakta det "inre" hos en stor mängd personer jämfört med att bara behöva betrakta det inre hos en enda person. Detta förutsätter att man bortser från det normativa draget i en "normalbedömning", och att uppgiften verkligen är att bedöma något ytterst svåråtkomligt "inre".

På en enda punkt finns enligt Binding en avgörande skillnad mellan grunden för uppsåts- och oaktsamhetsansvaret:

Nur einer einzigen Eigenschaft seiner Handlung wird er sich nicht bewusst: ihrer Rechtswidrigkeit.¹⁵⁷⁸

Gärningspersonen skulle alltså sakna insikt om att gärningen är en sådan gärning som är förbjuden. Det är här inte fråga om problemet rättsvillfarelse, utan insikt om att gärningens rättsstridighet är ett rättsstridigt händelseförlopp. Bristen på insikt om effekten, som är förbjuden, skulle alltså vara den avgörande punkten, eftersom gärningen utan effekten inte i princip är förbjuden. I uppsåtsfallet känner gärningspersonen till effektens inträde i skiftande grad enligt den gängse uppsåtsläran. Oaktsamhet kännetecknas däremot av att effekten inte är insedd. Oaktsamhetsdelikten skulle alltså enligt Binding endast sakna den ena huvudkomponenten i doluskravet: kravet på insikt om effekten:

Bewusste und unbewusste Deliktsbegehung sind dogmatisch durch eine tiefe Kluft voneinander geschieden. Ganz falsch wird behauptet, die höchste Stufe der Fahrlässigkeit und die tiefste des Vorsatzes fielen zusammen. Da müssten ja bewusste und unbewusste Begehung an einer bestimmten Stelle identisch sein.¹⁵⁷⁹

Binding menar att medveten culpa, dvs insikt om möjligheten av att en effekt kan inträffa, inte kan vara någon kvalifikationsgrund.¹⁵⁸⁰ Om verkligen en

¹⁵⁷⁶ Binding, Die Schuld s 136.

¹⁵⁷⁷ Binding, Die Schuld s 124.

¹⁵⁷⁸ Binding, Die Schuld s 130.

¹⁵⁷⁹ Binding, Die Schuld s 135.

¹⁵⁸⁰ Binding, Die Schuld s 132f.

möjlighet för en effekt tagits på allvar, menar han att *dolus eventualis* är uppfyllt. Om denna möjlighet inte på allvar föresvävat gärningspersonen måste man bortse från insikten. "Riktig" *luxuria* skulle alltså inte vara något annat än *dolus*.¹⁵⁸¹ Han visar viss förståelse för att ökade aktsamhetskrav för vissa kategorier, som t ex tjänstemän, kan vara befogade, i enlighet med principen att ju större förmåga att undvika skada desto större aktsamhetskrav. Men å andra sidan menar han att i princip borde inte dessa ökade krav vara begränsade till vissa klasser, utan till alla personer som är skickligare än normalpersonen. Högre krav skulle gälla för skickliga bilförare än för normalföraren.¹⁵⁸² Denna komplikation gör att Binding menar att alla sådana speciella kvalifikationsrekvisit borde ersättas med en generell regel, som går ut på ökat straff vid mycket grov oaktsamhet.

Sammanfattningsvis är det lätt att kritisera en sådan, som det verkar, tidsbunden culpallära för utgångspunkten i självmotsägelsen, en "omedveten vilja". Det måste också erkännas att i Bindings oaktsamhetslära finns en mängd lösa trådar och motsägelser. En utgångspunkt för att förstå honom är att hans speciella viljebegrepp var en överbyggnad på personbegreppet.¹⁵⁸³ Vilja är enligt Binding förmågan att "überhaupt kausal zu werden".¹⁵⁸⁴ Han tänkte sig viljan som en "skapande energi".¹⁵⁸⁵ Dessa tankar återkommer bl a hos Hurwitz, som menar att bedömningen av oaktsamhetsskulden, om än i mindre grad än uppsåtsskulden, har

...tilknytning til psykologiske faktorer, ganske vist ikke til et bestemt aktuelt bevisthedsindhold, men derimod til den psykiske energi, der stod til den handlendes rådighed.¹⁵⁸⁶

Försöken att framställa grunden för oaktsamhetsansvaret som ett medvetet förvärvande av dåliga vanor kan ses som en avläggare av Bindings lära om en slags "psykisk energi".¹⁵⁸⁷ Men det är tänkbart att begreppet "psykisk energi" inte är så mystiskt som det låter. I sin kontext verkar det mera peka på att oaktsamhet grundas på ett krav att utnyttja sin förmåga ("energi") till att utföra det som förväntas av normala medborgare. Klander för *negligentia* är klander för en underlåtenhet att handla på förväntat sätt. Bandet mellan gärning och person grundas på en hypotetiskt bestämd potentiell vilja. Sett på

¹⁵⁸¹ Binding, *Die Schuld* s 132.

¹⁵⁸² Binding, *Die Schuld* s 135.

¹⁵⁸³ Binding, *Die Schuld* s 7 och Koriath s 637f.

¹⁵⁸⁴ Koriath, s 637f.

¹⁵⁸⁵ Koriath, s 638.

¹⁵⁸⁶ Hurwitz, s 342.

¹⁵⁸⁷ Koriath, s 660.

detta vis är Bindings oaktsamhetsgrund ungefär av samma typ som finalister-
nas och sådana sentida författares som Engisch, Jacobs samt Frisch.¹⁵⁸⁸

4.6.2.1.3 LÄROR MED UTGÅNGSPUNKT I FÖRESTÄLLNINGSLÄRAN

Föreställningslärans förespråkare inom de klassiska oaktsamhetslärorerna me-
nade att försummelse av möjlighet till insikt var oaktsamhetsansvarets grund.
Von Liszt beskriver, i enlighet med föreställningslärans grundtanke, att det
måste vara möjligt för gärningspersonen vid oaktsamhetsdeliktet att förutse
gärningsföljden.¹⁵⁸⁹ Utgångspunkten är alltså inte att ett psykiskt moment i
form av vilja existerar som band mellan gärning och gärningsperson utan
endast en föreställning om händelseförloppet. Frank anslöt sig till en defini-
tion av oaktsamhet som "...zum Vorstellungsmangel führender
Vorsichtsmangel"¹⁵⁹⁰ I och med att möjligheten till insikt om gärningen och
dess följder funnits, och att denna insikt borde ha förelegat skulle därmed
oaktsamhetsskuld vid negligentia föreligga. Liksom Binding menar Frank att
man inte kan utgå från ett motsatsslut i förhållande till uppsåtsbedömningen,
samtidigt som uppsåtsbrist alltid måste föreligga vid oaktsamhetsansvar.
Oaktsamheten måste enligt Frank fastställas positivt:

Die Verneinung des Vorsatzes bedeutet aber keineswegs schlechthin
die Bejahung der Fahrlässigkeit. Vielmehr hat sie ihre positiven
Merkmale.¹⁵⁹¹

4.6.2.1.4 KONKLUSION – DEN KLASSISKA LÄRAN INVALIDISERAS BARA DÅ ETT "OAKTSAMHETSSINNELAG" FÖRUTSÄTTS

Kritiken mot föreställningsläran har bl a gått ut på att samma oöverstigliga
problem delas av både föreställningsläran och viljeteorin: Utan insikt om en
möjlig effekt, vilket i negligentiafallet alltid måste vara rättens ståndpunkt,
finns inte heller någon möjlighet till insikt om effekten.¹⁵⁹² Antagandet av en
möjlighet till insikt förutsätter på något vis, om man utgår från åtminstone
handlingsfrihet för gärningspersonen, att någon form av reflekterande förnuft
varit i verksamhet.¹⁵⁹³ Svagheten i föreställningsläran består i att man inte har

¹⁵⁸⁸ Koriath, s 663f samt Jacobs, Studien s 104ff och särskilt s 155, där nyckelbegreppet
"Vermeidbarkeit" får bilda en funktion av straffreglernas syfte; prevention.

¹⁵⁸⁹ Von Liszt Lehrbuch s 181ff.

¹⁵⁹⁰ Frank, Das Strafgesetzbuch s 179.

¹⁵⁹¹ Frank, Das Strafgesetzbuch s 179.

¹⁵⁹² Koriath, s 670.

¹⁵⁹³ Koriath, s 670.

tillfört någon annan grund än viljeteorin. Båda lärotyper förutsätter förekomsten av ett viss sorts "oaktsamhetssinnelag", samtidigt som bägge utgår från att både vilja och insikt saknats. Därmed saknas även möjligheten till lösning. Möjlighet till insikt och möjlighet till vilja innebär inte att ett sådant aktuellt sinnelag förelegat. Och ett sådant aktuellt sinnelag saknas vid oaktsamhetsansvaret.

I den mån de klassiska lärorna innehåller ett krav på någon form av positivt aktuellt psykiskt rent materiellt band, som ett "inre faktum", mellan person och gärning inklusive dennas effekt, träffas de av kritiken. Utan denna premiss är detta inte givet.

4.6.2.2 FLERSTEGSLÄROR

4.6.2.2.1 ALLMÄNT

Flerstegslärorna avviker oftast inte från den klassiska läran vad gäller den subjektiva delen av begreppet. Men när det gäller den objektiva delen är förhållandena annorlunda. Grunden för den objektiva culpan är inte ett aktuellt positivt band mellan person och gärning. Istället används en helt gärningsmässig oaktsamhet. Denna oaktsamhet behöver endast jämföras med en måttstock i form av en aktsam helt opersonlig gärning: en gärning "i sig" eller "som sådan".¹⁵⁹⁴ Man föreställer sig på så sätt att det är möjligt att undgå kravet på ett personligt, aktuellt och positivt band vid bedömningen av den objektiva delen. En sådan konstruktion ger intryck av att även utvidga den gärningsmässiga delen av culpaprövningen på bekostnad av den personliga. Avsikten är att ge culpabegreppet större stadga, enhetlighet och realism genom denna objektivisering.

Uppdelningen av culpabegreppet i en objektiv och en subjektiv del förknippas ofta med den normativa skuldläran och med finalisternas skuldlära men framförallt med Engisch' arbete "Vorsatz und Fahrlässigkeit" från 1930.¹⁵⁹⁵ Skuldläror som utgår från att skuld utgörs av gärningspersonens psykiska "inre fakta", försöker förklara att klander för oaktsamhet grundar sig på t ex viss "psykisk energi". Skuldläror som menar att uppsåt dels förekommer som ett objektivt bedömt finalt element i "Tatbestand", dels som ett värderat uppsåt i skulddelen, tenderar även till att överföra detta mönster till oaktsamhetsprövningen. Samtidigt måste sägas att flerstegslärorens främsta företrädare ofta är kritiska mot finalismen i övriga hänseenden.¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹⁴ Duff, Intention s 41ff.

¹⁵⁹⁵ Jacobs, Studien s 59, Roxin, AT s 890f, Koriath, s 658 och Erenius, Oaktsamhet s 44.

¹⁵⁹⁶ Se avsnitt 1.4.3.4.4 samt Jareb och Träskman, Utlåtande s 6.

INLEDNING

Engisch' avhandling, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, har haft stort inflytande i Tyskland och i Sverige.¹⁵⁹⁷ Oaktsamhetsdelen är den mest omfattande delen i boken. De inledande orden i denna del är följande:

Die dogmatische Klärung der Fahrlässigkeit stößt auf sehr viel größere Schwierigkeiten als die des Vorsatzes.¹⁵⁹⁸

Hans följdriktligen särskilt svåra oaktsamhetslära är baserad främst på flera olika aspekter av dualismen objektiv-subjektiv när det gäller prövningar av gärningar. En grundläggande utgångspunkt är att oaktsamhet inte kan anses som en i förhållande till uppsåt negativt definierad skuld.¹⁵⁹⁹ Oaktsamhet måste definieras på ett självständigt sätt och inte bara som icke-uppsåt. Detta synsätt faller tillbaka på Franks och Liszts' uppfattning.¹⁶⁰⁰ Engisch argumenterar för detta ungefär enligt följande: Uppsåt är en svårare skuldform än culpa. Culpa finns därför endast då inte uppsåt finns. Men man kan inte hävda att culpa enbart är brist på någon av komponenterna vett och vilja, eftersom uppsåt kan vara utesluten av andra skäl än brist på vett och vilja. Dessutom innehåller inte alltid uppsåt insikt eller vilja i högre grad än culpa.

Den röda tråden i hans analys av oaktsamhet är därför sökandet efter ett självständigt culpabegrepp främst genom undersökningen av skillnaden mellan oaktsamhetsskuld och uppsåtlig skuld. Analysen utgår från ett flertal tudelningar av oaktsamhetsrekvisiten. Först och främst utgår han från distinktionen "formella" och "materiella" skuldrekvisit.¹⁶⁰¹ Hans framställning koncentreras därefter på den formella skulden. De formella skuldrekvisiten indelas dels i två arter av oaktsamhet: rättslig och faktisk, dels i "inre" och "yttre" oaktsamhet och dels i objektiva rekvisit för erforderlig aktsamhet respektive subjektiva psykiska rekvisit för särskild individuell insiktsmöjlighet.¹⁶⁰² Jag försöker följa denna ordning här.

¹⁵⁹⁷ Se t ex Erenius s 44 och Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 479f.

¹⁵⁹⁸ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 239.

¹⁵⁹⁹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 241f.

¹⁶⁰⁰ Se Frank, Das Strafgesetzbuch s 185 och Von Liszt, Lehrbuch s 182: "Der heutige Begriff des fahrlässigen Vergehens beruht darauf, daß der eingetretene Erfolg nicht als Bedingung der Strafbarkeit ..., sondern als Teil der Handlung selbst aufgefaßt wird. Erst damit tritt die Fahrlässigkeit als zweite Schuldart neben den Vorsatz."

¹⁶⁰¹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 38f.

¹⁶⁰² Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 239 och s 240.

FORMELL OCH MATERIELL OAKTSAMHETSSKULD

Formella skuldrekvisit menar Engisch är de som framgår direkt av de positivrättsliga källorna, till skillnad från de s a s "utomrättsliga" materiella skuldrekvisiten.¹⁶⁰³ Den formella oaktsamhetsskulden ser han framträda som en positivrättsligt fastställbar rekvisitsamling för aktsamhet, vilken syftar på oaktsamt beteende i det vardagliga livet. Den materiella oaktsamhetsskulden, dvs den icke-positivrättsliga grunden för formell oaktsamhetsskuld, är en klandervärd brist på förväntat "intresse" för ett godtagbart beteende. Det rör sig alltså om två olika normtyper: positivrättsliga och "utompositivrättsliga" oaktsamhetsnormer. Distinktionen är emellertid inte konsekvent genomförd. Exempelvis får det "materiella" oaktsamhetsrekvisitet "Mangel des Interesses" direkt betydelse för bestämmandet av formella oaktsamhetsrekvisit såsom "Erkennbarkeit".¹⁶⁰⁴ Distinktionen mellan formella och materiella skuldrekvisit syftade till att ändra fokus för det rättsvetenskapliga arbetet med oaktsamhetsbegreppet. Istället för att vandra på "...dem 'naturrechtlichen Pfad, der stets in den 'rechtsleeren Raum' und zu einer ebenso anspruchsvollen als richtigen Dogmatik führt...'", skulle det dogmatiska intresset främst inriktas på

...den Elementen der Fahrlässigkeit, so wie sie sich als praktisch gültig erweist, nachzugehen und in ähnlicher Weise den Versuch zu machen, konkreten Entscheidungen schon in abstracto den Weg zu ebnen, wie man dies etwa im Bereich der Lehre vom Kausalzusammenhang für das Merkmal der Adäquanz unternommen hat.¹⁶⁰⁵

Hans metodiska utgångspunkter är alltså följande: Att söka efter en "materiell skuld" i form av ett materiellt band mellan person och gärning vid oaktsamhetsbedömningen är i grunden ett ofruktbart företag.¹⁶⁰⁶ Grunden till förvirringen i oaktsamhetsdogmatiken beror på att sökandet efter bandet mellan gärning och person är en fråga om materiell skuld och inte "formell skuld". Frågan om den materiella skuldens innehåll ligger i princip utanför den positiva rätten. Visserligen måste rättsvetenskapen ändå söka den materiella skulden, både när det gäller uppsåt och oaktsamhet, men först efter att det praktiska grundläggande klarläggningsarbetet vad beträffar den formella skulden är utfört.¹⁶⁰⁷ Det materiella skuldinnehållet, som bildar grunden för oaktsamhetsansvaret, utgörs av en avsaknad av intresse för att undvika upp-

¹⁶⁰³ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 38ff och 239f.

¹⁶⁰⁴ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 365ff och 410ff.

¹⁶⁰⁵ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, s 239 och 240.

¹⁶⁰⁶ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 38ff och 239f.

¹⁶⁰⁷ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 476.

fyllandet av brottsbeskrivningen.¹⁶⁰⁸ Oaktshetens materiella grund är därför klandervärd brist på viss vilja eller strävan.¹⁶⁰⁹ Verksamhetsfältet för rättsvetenskapen måste vara inriktat på det "rättsliga rummet", dvs den positiva rätten och inte det "rättstomma rummet". Den formella skuldens element består endast av vad som genom "...die sozial-ethischen Anschauungen der Volksgenossen festgelegt sind."¹⁶¹⁰ Den formella grunden för oaktshetsklandret är att vissa beteenden klandras i gällande rätt. En beskrivning av oaktshetsklandret måste alltså koncentrera sig på vilka beteenden som kallas oaktshetta i det dagliga livet, såsom detta visar sig rättsligt i uppenbara och ostridiga tyfall.¹⁶¹¹ En sådan oaktshett är en av brottsbeskrivningsenlighetens egenskaper.¹⁶¹²

TVÅ SORTERS OAKTSHETT, "RECHTSFAHRLÄSSIGKEIT" OCH "TATSACHENFAHRLÄSSIGKEIT"

Enligt Engisch finns redan hos Feuerbach spår av en indelning av oaktshetsbegreppet i olika arter.¹⁶¹³ Bakgrunden till indelningen är det romerskrättsliga kravet på att även dolus skulle omfatta rättsstridigheten.¹⁶¹⁴ Engisch menar att Feuerbach ändå såg oaktshett främst som en underlåtenhet att skaffa sig kännedom om straffbudet ifråga och inte som en farlig handling eller ett misstag, som kunnat undvikas.¹⁶¹⁵ En sådan dubbel oaktshetsprövning av "faktisk" respektive "rättslig" culpa, skulle alltså enligt Engisch vara åtminstone en latent struktur i straffrättssystematiken redan från dess första början. Beling lanserade en uttrycklig artskillnad mellan "Rechts-" och "Tatsachenfahrlässigkeit."¹⁶¹⁶ Den förra sorten skulle bestå i bristande insikt om rättsstridigheten, trots att detta kan begäras av gärningspersonen, och den senare av bristande insikt om brottsbeskrivningsenlighet, trots att detta kan begäras av gärningspersonen.¹⁶¹⁷ "Rättslig" oaktshett skulle vara betydligt mer straffvärd än den "faktiska" oaktsheten.¹⁶¹⁸ Man försökte t o

¹⁶⁰⁸ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 476.

¹⁶⁰⁹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 475.

¹⁶¹⁰ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 38.

¹⁶¹¹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 240 och 241.

¹⁶¹² Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 241.

¹⁶¹³ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 242 och Feuerbach, Lehrbuch s 92. Märk dock att den här använda utgåvan är redigerad av Mittermaier år 1840.

¹⁶¹⁴ Mommsen, s 86.

¹⁶¹⁵ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 242.

¹⁶¹⁶ Beling, Grundzüge s 54f.

¹⁶¹⁷ Binding, Die Schuld s 132. Binding skriver här om detta förslag: "Der verrottete Unterschied von error juris und error facti sollte wieder aufleben. Die Terminologie ist möglichst unglücklich."

¹⁶¹⁸ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 246.

m genomföra denna åtskillnad i tysk lag. Engisch vill inskräpa att skillnaden mellan rättslig och faktisk oaktsamhet inte hänför sig omedelbart till skillnaden mellan, å ena sidan oaktsamhet som har sin grund i att gärningspersonen misstagit sig på rättens innehåll, och å andra sidan sådan oaktsamhet som har sin grund i misstag i anledning av vissa faktiska omständigheter.¹⁶¹⁹ Men bl a Binding och Köhler påstår ändå att distinktionen endast handlar om vanlig rättsvillfarelse.¹⁶²⁰ Skälet till Engisch' ställningstagande är:

Denn es kann sein, daß zu einer richtigen Erfassung der Tatumstände in ihren wesentlichen Merkmalen auch Kenntnis des Rechts oder rechtlicher Beziehungen gehört.¹⁶²¹

Engisch menar att den rättsliga oaktsamheten blir till en ny tredje skuldform mellan uppsåt och oaktsamhet.¹⁶²² Han påpekar att inte heller uppsåtsskulden normalt kräver mer än en möjlighet till rättsstridighetsinsikt.¹⁶²³ Denna tredje formella skuldform skulle då lika gärna kunna betraktas som en uppsåtsform eller som en oaktsamhetsform. Invändningar mot att uppsåt och oaktsamhet inte kan vara synonyma skuldformer hänför Engisch till naturrättsliga invändningar baserade på ett materiellt skuldbegrepp.¹⁶²⁴ Engisch erkänner de stora svårigheterna att i rättstillämpningen skilja på en insikt om tillåtligheten och insikt om faktiska omständigheter. Men eftersom detta problem hänför sig till processrätten, menar han att det inte påverkar frågan om identifikationen av de materiellrättsliga oaktsamhetsrekvisiten.

"INRE" OCH "YTTRE" OAKTSAMHET

Engisch menar att det å ena sidan finns en "inre", *psykisk* oaktsamhetsinställning, dvs en attityd av t ex likgiltighet inför effekten, och å andra sidan "yttre" oaktsamhet, som visar sig i umgänget med riskfyllda gärningar.¹⁶²⁵ Den inre oaktsamheten syftar på kravet på en viss koncentrationsprestation. Denna typ motsvarar vad Binding hävdade vara en försummelse av en "Vorprüfungspflicht".¹⁶²⁶ Vid bestämning av "yttre" oaktsamhet lade enligt Engisch praxis stor vikt vid att bestämma vissa specifika typiska beteenden, som betraktas som oaktsamma för vissa specifika område.¹⁶²⁷ Dessa två typer av oaktsamhetskrav behöver inte vara förbundna med varandra. Någon kan vara

¹⁶¹⁹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, s 251 och 247.

¹⁶²⁰ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 251 och Binding, die Schuld s 132f.

¹⁶²¹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 251f.

¹⁶²² Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 248.

¹⁶²³ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 249.

¹⁶²⁴ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 249.

¹⁶²⁵ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit 269f.

¹⁶²⁶ Binding, Die Schuld s 121. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 273.

¹⁶²⁷ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 274f.

”psykiskt” mycket aktsam och i det yttre beteendet vara mycket oaktsam.¹⁶²⁸ Engisch definierar inte distinktionen närmare men anser att både den yttre objektiva och den inre subjektiva culpan utgår från en gemensam rot: Båda är medel för att undvika att brottsbeskrivningen uppfylls.¹⁶²⁹

DEFINITIONEN AV OAKTSAMHET SOM ENBART UNDVIKANDEBARHET OCH/ELLER SOM BRISTANDE INSIKT

Engisch menar att definitionen av aktsamhet som endast undvikande av ett rättsstridigt brottsbeskrivningsenligt beteende, som gärningspersonen kunde och skulle undvika, är för vid.¹⁶³⁰ Både oaktsamhet och uppsåt uppfyller nämligen dessa krav. En gräns mellan uppsåt och culpa kan alltså inte enligt Engisch dras med hjälp av denna definition.¹⁶³¹

Detta konstaterande implicerar att en sådan culpa bestämd på detta vis, inte bara kan, utan *måste*, konstateras vid uppsåt, under förutsättning att man inte lyckas att definiera oaktsamhet helt självständigt. Då framstår uppsåt som kvalificerad oaktsamhet, genom att oaktsamhet blir synonymt med skuld. Men oaktsamhet anses ofta vara en skuldform, *trots att* brist på insikt och strävan finns. Brist på uppsåt, och *trots denna brist ändå skuld*, är alltså endast en lägre grad av skuld/oaktsamhet än uppsåt. Den avgörande uppgiften att finna en självständig definition för oaktsamhet i förhållande till uppsåt återstår alltså för Engisch. För Engisch är det därför viktigt att oaktsamhet måste vara en insiktsbrist, som inte bestäms i förhållande till uppsåtsbegreppets vetandemoment.¹⁶³² Detta skulle kunna vara det kvarstående sättet att definiera culpa som självständigt i förhållande till uppsåt. Förutsatt att uppsåt bestäms efter Franks formel, dvs hypotetisk *dolus eventualis*, finner han inte någon skillnad i vetande mellan uppsåt och culpa.¹⁶³³ En sådan skillnad kan men måste inte finnas. Definitionen av culpa som brist på viss insikt menar han alltså vara alltför inskränkt.¹⁶³⁴

¹⁶²⁸ Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 279.

¹⁶²⁹ Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 280.

¹⁶³⁰ Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 267f.

¹⁶³¹ Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 268

¹⁶³² Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 258. Binding menar att oaktsamhet är viljemässig men ”unbewusste Schuld”. Engisch refererar till Sturm, *Gerichtssaal* 74 s 168ff. Sturm menar att oaktsamhet inget har att göra med psykiska omständigheter, utan skillnaden mellan oaktsamhet och uppsåt är endast etisk: Uppsåt är överträdandet av påbudet ”du skall vara god”, oaktsamhet av påbudet ”du skall vara klok”.

¹⁶³³ Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 260.

¹⁶³⁴ Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 266.

ENGISCH' KRITIK AV LÄRAN OM DEN DUBBLA MÅTTSTOCKEN

Engisch menar att den härskande läran vid 1930-talets början hävdade dels att en objektiv bestämning av aktsamheten, dels att särskilda brottsrekvisit för individuella hänsynstaganden måste uppställas.¹⁶³⁵ Aktsamheten var alltså i den härskande läran reglerad i en objektivt bestämbar norm. Hänsynstagandet till individuella omständigheter föll utanför aktsamhetsnormen och var en annan normtyp. Detta kallades den dubbla måttstockens princip.¹⁶³⁶ Engisch påpekar inkonsistensen i motiveringen för detta synsätt, uttryckt i "das Vermeiden-Sollen setzt das Vermeiden-Können voraus, ultra posse nemo obligatur."¹⁶³⁷ Von Hippel, som är upphovsmannen till det av Engisch använda citatet, använder sig alltså av konformitetsprincipen för att begrunda det individuella ledet i bedömningen. Engisch menar däremot att den objektiva bedömda förmågan enbart kan mätas efter den individuella förmågan. Samma princip som grundar den objektiva förmågan har alltså först använts för att bestämma den individuella förmågan.

KRAVET PÅ INSIKTSMÖJLIGHET SOM DET AVGÖRANDE POSITIVA KRITERIET FÖR OAKTSAMHET

Engisch drar slutsatsen av det ovan sagda att vi står inför frågan om oaktsamhet uteslutande består av en brist på aktsamhet som inte är en uppsätlig oaktsamhet.¹⁶³⁸ Enligt hans egen argumentation måste svaret vara jakande. Men han svarar ändå nekande av följande skäl: I ett enda avseende kan ändå oaktsamheten bestämmas positivt. Aktsamheten, och den därav konstaterade oaktsamheten, måste bestämmas efter standarder och en insiktsfull persons gärnings måttstock men även efter de personliga och individuella egenskaper, som gärningspersonen haft.¹⁶³⁹ Därmed visar det sig att insiktsmöjligheten bestäms inte bara efter en insiktsfull person utan "...erst im Zusammenhang mit einem mehr der Täterpersönlichkeit entsprechenden Merkmal der Erkennbarkeit".¹⁶⁴⁰ Detta gör att Engisch drar slutsatsen att oaktsamhet inte bara är brist i uppfyllandet av aktsamhetsregeln.¹⁶⁴¹

Men de personliga egenskaperna utgjorde grunden för bedömningen av vad en insiktsfull person hypotetiskt skulle ha gjort i gärningspersonens kläder,

¹⁶³⁵ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 349.

¹⁶³⁶ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 351.

¹⁶³⁷ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 351.

¹⁶³⁸ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 365.

¹⁶³⁹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 365.

¹⁶⁴⁰ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 365.

¹⁶⁴¹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 366.

enligt hans egen argumentation ovan. Det enda som skulle skilja den insiktsfulles gärning, inklusive personliga egenskaper och individuella situationer och standarder, från den verkliga oaktsamme gärningspersonens skulle alltså vara insiktsfullheten. Den verkliga personen skulle inte vara insiktsfull på grund av att han försummat insiktsfullheten; han har inte strävat efter insikt och därmed ett gott resultat. Det förblir oklart vad Engisch menar i detta avseende. Han fortsätter emellertid att beskriva det särskilda draget hos oaktsamhet i rekvisitet "Erkennbarkeit".

Som exempel på detta speciella oaktsamhetsrekvisit anför han följande: En tjänsteflicka stänger av en ugn för tidigt, så att koloxid kommer ut i ett rum och skadar personer. Hon stängde av ugnen för att hon inte kände till faran med koloxid och ugnar.¹⁶⁴² Exemplet överensstämmer med den principiella problematiken i Erenius' och Jareborgs exempel i NJA 1966 s 70, det s k "skjutfältsfallet", där frågan gällde om bristande kunskap om skjutreglemente kunde ge upphov till oaktsamhetsansvar för annans död. Fallet är både för Erenius och framförallt Jareborg ett nyckelprejudikat för förekomsten av två sorters culpa. Fallet behandlas närmare nedan.¹⁶⁴³ Engisch uttrycker detta enligt följande:

Damit tritt dann die Erkennbarkeit als besonderes Fahrlässigkeitsmerkmal neben die Sorgfaltspflichtsverletzung.¹⁶⁴⁴

Engisch påpekar att domstolarna ser detta som i första hand en fråga om en slags insikt om aktsamhetsnormen; alltså ett tangerande av rättsvillfarelseproblematiken vid oaktsamhet.¹⁶⁴⁵ Varför insiktsmöjligheten skulle hamna vid sidan om personlig eller individuell förmåga och/eller andra egenskaper är dock inte tydligt i Engisch' lära.¹⁶⁴⁶

ENGISCH' SLUTLIGA DEFINITION AV OAKTSAMHET

Engisch definierar slutligen oaktsamhet ungefär enligt följande: Den objektivt nödvändiga aktsamheten bestämmer genom den insiktsfulla människans kunskap klandret mot den enskilda människan. Klandret är beroende av den personligt orienterade kunskapsmöjligheten. Oaktsamhet är alltså att för-

¹⁶⁴² Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 366.

¹⁶⁴³ Se avsnitt 4.7.3.

¹⁶⁴⁴ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 366.

¹⁶⁴⁵ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 366.

¹⁶⁴⁶ Detta problem återkommer nedan i samband med behandlingen av Jareborgs definition av den personliga culpan. Se avsnitt 4.6.3.3.3 under "(d) Personlig culpa i förhållande till kravet på gärningskontroll" och "(e) Bedömningen av personlig culpa i två led: ett orsaksled och ett klandervärdhetsled".

summa den objektivt erforderliga aktsamheten fastän det är möjligt att inse brottsbeskrivningsenlighet hos en gärning genom uppfyllandet av plikten att beakta rättens innehåll. Försummelsen och klandret för denna har inte sin grund i en viljeakt eller ett viljemoment utan gärningspersonen

... ist gedankenlos, weil er ...u n i n t e r e s s e r t ist an der Vermeidung von Tatbestandsverwirklichungen.¹⁶⁴⁷

Fahrlässigkeit bedeutet (bewusste oder) erkennbare Tatbestandsverwirklichung durch Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt, wobei die Erkennbarkeit eine solche bei Erfüllung der Rechtsbeachtungspflicht sein k a n n, aber nicht sein m u ß.¹⁶⁴⁸

Oaktsamhet är således enligt Engisch brist på aktsamhet, och kravet på aktsamhet respektive klandret för oaktsamhet bestäms efter *de förutsättningar och i den mån* gärningspersonen bedöms ha kunnat vara aktsam, om han strävat efter, eller varit intresserad av att vara aktsam.

4.6.2.2.3 DEN HÄRSKANDE LÄRAN I TYSKLAND

INDELNINGEN AV OAKTSAMHETSPRÖVNINGEN I TVÅ STEG

I Engisch' efterföljd har oaktsamhetsbedömningen i den härskande läran i doktrinen i stort sett lästs vid en lära, som förutsätter en objektiv och en subjektiv prövningsfas inordnad efter det traditionella brottsbegreppets dualism, "eine Zweistufigkeitslehre".¹⁶⁴⁹ Samtidigt måste betonas att striden om oaktsamhetsbegreppets innehåll inte har upphört. Jescheck och framförallt Roxin utformade delvis sin lära i tiden efter finalisternas intåg på arenan men kan ändå i vissa avseenden anses företräda tiden före dessa.¹⁶⁵⁰ Jescheck är tydlig i sitt krav på att indelningen i en objektiv och en subjektiv prövningsfas verkligen måste ske i denna ordning i processen. Främst kan dock Roxin sägas syntetisera vad som i doktrinen anses vara den härskanden läran i dag, som kan beskrivas enligt följande:

Oaktsamhetsprövningen är indelad i dels en objektiv, dels en subjektiv sort.

Den objektiva sorten fastställs genom ett objektivt tillräknande, tillräknande till "Tatbestand", och den subjektiva genom ett subjektivt tillräknande, ett tillräknande till "Schuld".¹⁶⁵¹ Normerna, som klargör den otillåtna risken och

¹⁶⁴⁷ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 370.

¹⁶⁴⁸ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 372.

¹⁶⁴⁹ Roxin, AT 890.

¹⁶⁵⁰ Jescheck, AT s 456.

¹⁶⁵¹ Roxin, AT s 890ff.

därmed den objektiva oaktsamheten, kan, utöver en ren kasuistisk uppräknings, indelas i 6 grupper: "Rechtsnormen", "Verkehrsnormen", "der Vertrauengrundsatz", "die differenzierte Massfigur", "Erkundigungs- und Unterlassungspflichten" och "die Abwägung von Nutzen und Risiko".¹⁶⁵² Här går jag inte närmare in på dessa kategoriers innehåll, eftersom de i första hand rör gränsen mellan culpa och casus och i stort sett under andra namn återkommer i redogörelsen för svensk doktrin.

Den subjektiva culpan konstitueras närmast av frånvaron av "Schuldausschliessungsgründe", under hänsynstagande till en individuell oförmåga.¹⁶⁵³ I detta avseende menar Roxin att en stark falang inom tysk doktrin, främst Stratenwert, även hävdar att den objektiva culpaprövningen förutsätter en prövning av gärningspersonens individuella förmåga och att det därför inte rör sig om en indelning i två steg.¹⁶⁵⁴ I detta fall skulle culpaprövningen endast röra sig om en enda prövning av en i princip "objektiv" culpa.

Ett av de återkommande argumenten för "tvåstegsläran" är att brottsbegreppet kräver en sådan prövningsordning, och att finalismen visat på nödvändigheten av att inte bara uppsåt utan även oaktsamhet måste till vissa delar höra till brottsbegreppets objektiva sida. Prövningsordningen måste därför gå från "Unrechtstatbestand" till "Schuldstatbestand".¹⁶⁵⁵ "Fahrlässigkeit" är i enlighet med denna grundsyn enligt Jescheck inte bara en skuldform vid sidan av uppsåt utan "...ein besonderer Typus der strafbaren Handlung...".¹⁶⁵⁶ Att hävda en gärningsmässig icke-dualistisk tendens i yttrandet är förmodligen en övertolkning, men ordvalet antyder i alla fall något sådant. Formulerandet av den tredje generationen oaktsamhetsläror får emellertid överlåtas till den kommande tyska straffrättsdogmatiken, som inte är lika starkt bunden till ett dualistiskt brottsbegrepp.

KVALIFIKATIONER AV OAKTSAMHET

Allmänt erkänns att uppsåt och olika grader av oaktsamhet befinner sig i ett "Stufenverhältnis" i skuldhanseende.¹⁶⁵⁷ Man ser dock uppsåt som en starkare skuldform än oaktsamhet. Om uppsåt inte kan bevisas, kan högst oaktsamhet antas enligt principen in dubio pro reo.¹⁶⁵⁸ Men å andra sidan behövs då inte en särskild prövning av oaktsamheten. Detta menar Roxin vara i stort sett accep-

¹⁶⁵² Roxin, AT s 894ff.

¹⁶⁵³ Roxin, AT s 927.

¹⁶⁵⁴ Roxin, AT s 906.

¹⁶⁵⁵ Se t ex Jescheck, AT s 456 och Roxin, AT s 907.

¹⁶⁵⁶ Jescheck, AT s 456f.

¹⁶⁵⁷ Roxin, AT s 914ff.

¹⁶⁵⁸ Roxin, AT s 915.

terat både i doktrinen och i praxis.¹⁶⁵⁹ Man utgår från ett "normativt-etiskt" samband mellan uppsåt och oaktsamhet men inte från ett "begreppslogiskt" samband.¹⁶⁶⁰

Grunden för detta samband anser Roxin vara att det "inre" förhållnings sättet till gärningen avgör det olika straffvärdet:

Es geht dabei nicht, wie im Falle des logischen Stufenverhältnisses, um klassifikatorische Begriffe und deren Beziehung zueinander, sondern um eine vergleichende Wertung, aus der sich ergibt, daß die soziale Missbilligung eines Verhaltens mit dem Maß der inneren Beteiligung an der Erfolgsherbeiführung zunimmt. Diese innere Beteiligung ist bei vorsätzlichem größer als bei fahrlässigem Verhalten, so daß dem Urteil im Zweifel die schwächere Zurechnungsform zugrunde gelegt werden kann.¹⁶⁶¹

Att sambandet mellan dolus och culpa existerar som grader av skuld i ett slags normativt beroendeförhållande, är de flesta författare och praxis överens om. Samtidigt hävdas allmänt att uppsåt och oaktsamhet utesluter varandra i begreppsligt hänseende.¹⁶⁶²

4.6.2.2.4 FINALISTERNA

Här får finalisterna representeras främst av Welzel. Welzel menar att grunden för oaktsamhet som skuld egentligen är en karaktärsskuld, en slags asocial undermedveten skuld, som har sin rot i "fehlerhaften Aufbau der Persönlichkeitsschicht, in einem verwerfbaren Charakterfehler."¹⁶⁶³ Sådillvida är detta närmast en variant av den klassiska läran. Men redan år 1931 skrev Welzel följande om objektivt tillräknande och förhållandet mellan prövning av personlig skuld och gärningsmässig skuld:

Neben dem kausalen Geschehen und dieses teilweise übergreifend und in sich einbeziehend steht ein andersartiges Geschehen, das nicht der Ordnung der Kausalität, sondern der Sinn-Intentionalität unterliegt... Der Erfolg gehört darum dem Subjekt in ganz anderer Weise zu als eine bloße Wirkung ihrer Ursache... Soweit diese Abhängigkeit reicht, ist das Geschehen dem Subjekt als eigene Tat zugehörig oder,

¹⁶⁵⁹ Roxin, AT s 915.

¹⁶⁶⁰ Roxin, AT s 915.

¹⁶⁶¹ Roxin, AT s 915.

¹⁶⁶² Roxin, AT s 915.

¹⁶⁶³ Welzel, Das neue Bild s 56. Se även a a, s 55 för att det kan vara skäl att påminna om Welzels skulddefinition: "Schuld ist das Ausbleiben sinnmässiger Selbstbestimmung, vermöge deren die Person ihr Verhalten nach der ihr aufgegebenen rechtlichen Daseinsordnung zu steuern vermag, bei Vornahme einer rechtswidrigen Handlung."

um es anders auszudrücken, (objektiv) zurechenbar. Diese (objektive) Zurechnung bedeutet nicht Zurechnung zur Schuld, sie besagt überhaupt nichts über die Werthaftigkeit des zuzurechnenden Geschehens, sondern führt nur die zur Handlungseinheit zusammengesetzten einzelnen Geschehensfakta auf den sie beherrschenden personalen Zentralpunkt zurück.¹⁶⁶⁴

Welzel skiljer skarpt mellan skuld, som en värdering av det som skett, och bandet mellan person och gärning, som alltså skulle bestå i "Sinn-intentionalität", sedermera formulerad som "finalitet".¹⁶⁶⁵ Först skall noteras Welzels grundidé om att bandet mellan gärning och person har sin rot i hans uppfattning om handlingens ontologi. Bandet och handlingsstrukturens målriktade karaktär befinner sig s a s i "sein" och inte i "soll" världen.

Welzel förklarade sin oaktsamhetslära genom en normteori på följande sätt:¹⁶⁶⁶ Straffrättsnormer riktar sig enbart mot handlingar, som på något sätt är målinriktade. Dessa normer är utformade som två grundläggande typer: förbud och påbud. Till den viktigaste typen av förbudsregler hör de normer, som inriktar sig på att förbjuda det som gärningspersonen vill förverkliga, vare sig det gäller gärningsföljder eller medel för dessa följder. En andra grupp riktar sig mot de oaktsamma handlingsbrotten. I dessa fall är det handlingsmedlen för gärningen, oberoende av vilken målsättning gärningspersonen har, som är föremål för regler, som *påbjuder* vilken slags godtagbar aktsamhet som gäller. Typiska delikt för denna grupp är trafikbrotten, som föreskriver en användning av "im Verkehre erforderliche Sorgfalt". Även förbud av handlingar, som gärningspersonen inte kunnat utföra aktsamt hör till denna grupp. Till en tredje normgrupp hör de som direkt påbjuder viss verksamhet för att socialt oönskade följder skall undvikas. Welzel menade att den kausala handlingsläran kompletterades med läran om tillåten risk, för att man var tvungen att finna länken mellan skulden och "dem Bedingungszusammenhang", som fattades i den kausala handlingsläran.¹⁶⁶⁷ Därmed menar Welzel att man tagit de första stegen från en oaktsamhetslära baserad på "Erfolgsunwert" till "Handlungsunwert". Oaktsamhet skulle enligt finalismen i sin orginaltappning vara följande:

Der für die fahrlässigen Delikte massgebliche Handlungsunwert liegt in dem Missverhältnis der wirklichen Handlungssteuerung des Täters gegenüber dem rechtlich gebotenen Verhalten.¹⁶⁶⁸

¹⁶⁶⁴ Welzel, Kausalität s 718.

¹⁶⁶⁵ Se avsnitt 1.4.3.4.3.

¹⁶⁶⁶ Welzel, Das neue Bild s 4f.

¹⁶⁶⁷ Welzel, Das neue Bild s 9.

¹⁶⁶⁸ Welzel, Das neue Bild s 9.

Detta argument var inte nytt, utan överensstämde i allt väsentligt med vad Binding sagt.¹⁶⁶⁹

Den stora tyska straffrättsliga debatten under efterkrigstiden mellan finalisterna och kausalisterna kom till stor del att handla om oaktsamhetsbegreppet.¹⁶⁷⁰ I och med att den traditionella skuldläran tömdes på kravet på intentionalitet av finalisterna, och att andra proportioner etablerades mellan den objektiva och subjektiva delen i brottsbegreppet, påverkades även uppfattningen om oaktsamhetsbedömningen. Utgångspunkten för försvaret från "kausalisterna" i debatten om den finala handlingsläran var oaktsamhetsbedömningens otvetydiga objektiva karaktär och bristen på intentionalitet vid sådana gärningar. Welzel ansåg att oaktsamma gärningar var finala gärningar. Kausalisterna förnekade detta på goda grunder. Invändningen från kausalisterna mot finalisterna gick framförallt ut på att vid oaktsamhetsdelikten är det regelmässigt fråga om bandet mellan effekt och gärningsperson och inte bandet mellan person och handlingsmedel.¹⁶⁷¹ Ett annat argument har varit att Wetzels oaktsamhetslära kan stå i strid med åtminstone legalitetsprincipens obestämlighetsförbud, eftersom oaktsamhetsdelikten enligt hans lära utgör ett "enormt antal" i lagtext opreciserade kriminaliseringar av beteenden.¹⁶⁷²

Welzel försvarade sig genom att utgå från oaktsamhet i trafiken. Målet att komma fort fram för den som kör så fort att hon skär en kurva för mycket så att en olycka inträffar, är inte rättsligt relevant, men väl hur hon/han styrde de enskilda handlingsmomenten oberoende av om hon/han tänkte på faran eller inte.

Welzel har egentligen inte svarat på kritiken, som gick ut på att han inte kunnat lösa oaktsamhetsbedömningens egentliga dilemma: bandet mellan effekten och gärningspersonen. Frågan om vilken karaktär bandet har i Wetzels lära kvarstår. Senare utvecklade andra finalisterna, som Armin Kaufmann och även i viss mån Jacobs, tanken på en potentiell vilja i förhållande till effekten.¹⁶⁷³ En viktig punkt i Wetzels lära var att brottsbeskrivningen vid oaktsamhetsdeliktet är en "öppen" brottsbeskrivning till skillnad från andra mer slutna regler, där brottsbeskrivningen är avgränsad. Welzel uttrycker detta på följande sätt.

Dieses Leitbild ist am treffendsten in § 276 BGB umschrieben:
"Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer

¹⁶⁶⁹ Se avsnitt 4.6.2.1.2.

¹⁶⁷⁰ Welzel, *Das neue Bild* s XII.

¹⁶⁷¹ Koriath, s 663.

¹⁶⁷² Roxin, *AT* s 920f.

¹⁶⁷³ Koriath, s 664. Han anser att Jacobs' oaktsamhetslära har denna grund.

acht lässt." Der Richter hat also zunächst zu ermitteln, was in der konkreten Lage des Täters für ihn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist, und dann durch einen Vergleich dieses gebotenen Verhalten mit der wirklichen Handlung des Täters festzustellen, ob diese sorgfaltgemäss war oder nicht.¹⁶⁷⁴

4.6.2.2.5 DISKUSSION OCH KONKLUSION- INDELNINGEN I SUBJEKTIV RESPEKTIVE OBJEKTIV OAKTSAMHET HAR FRÄMST SIN GRUND I "DER ANGELPUNKT"

ENGISCH' LÄRA

Formell och materiell skuld

Engisch har genom indelningen i formell och materiell skuld åstadkommit en uppdelning av oaktsamhetsrekvisiten i två normtyper: dels generella (objektiva), typiska och positivrättsliga egentliga oaktsamhetsrekvisit, dels andra "naturrättsliga" och "überpositiven", oegentliga oaktsamhetsrekvisit, som främst beskriver varför oaktsamhet är klandervärd. De senare normerna är företrädesvis i Engisch' version personinriktade, till skillnad från de förra. Det är alltså inte fråga om två sorters oaktsamhet, en subjektiv och en objektiv i egentlig bemärkelse, utan om en metodisk normteoretisk uppdelning. Engisch indelar inte oaktsamhetsrekvisiten i dels en skulddel, dels en brottsbeskrivningsdel. Han låter hela oaktsamhetsbedömningen ske i skulddelen. Men indelningen i en formell skulddel och en materiell skulddel ger ett intryck av han att ändå i praktiken drar en skiljelinje mellan ett objektivt beteende och individuella rekvisit, t ex visad brist på intresse eller vilja.

*Indelningen av oaktsamheten i två sorters oaktsamhet:
"Rechtsfahrlässigkeit" och "Tatbestandsfahrlässigkeit"*

Engisch har svårt att motivera indelningen av oaktsamhet i en rättslig och en faktisk art. Däremot gör han tydligt att rättsvillfarelse vid oaktsamhet kan vara särskilt exculperande på grund av oaktsamhetsnormens obestämda karaktär. Detta problem återkommer när det gäller att avgöra frågan om vad personlig oaktsamhet är till skillnad från annan oaktsamhet. Ett embryo till debatt i frågan nådde svensk doktrin under 1970-talet.¹⁶⁷⁵

Även om rättsliga förhållanden uppträder som normativa rekvisit är detta inte något som gör att problemet rättsvillfarelse ger upphov till en särskild art av

¹⁶⁷⁴ Welzel, *Das neue Bild* s 32.

¹⁶⁷⁵ Jfr Jareborg, *Två sorters culpa* s 248.

oaktsamhet. Men det är givet att problemet rättsvillfarelse är av en annan dignitet vid oaktsamhetsbedömning än vid uppsåt, på grund av den i förväg obestämda normstrukturen vid oaktsamhet. En oaktsamhetsnorm måste alltid kompletteras av omständigheter i det enskilda fallet och är alltid i viss mån oskriven och kan t o m tyckas vara potentiellt i strid med legalitetsprincipen. Den formella normtypen gäller enligt Engisch enbart i kraft av positiv rätt. Rekvisit för oaktsamhet enligt den formella typen måste alltså vara uttryckta inte bara som principer utan i gällande regler. Klarhet om den gällande rätten fås genom ett studium av hur praxis och lag har betraktat analoga situationer i förhållande till den gärning som skall bedömas. En oaktsamhetsnorm som teoretiskt tillhör den formella skulden och är av positivrättsligt slag, måste dock till vissa delar konstrueras med utgångspunkt från det enskilda fallet. Om en gärningsperson helt saknar kännedom om vilket aktsamt beteende det aktuella fallet kräver, är denna kunskapsnivå i princip en del av den gällande rätten. Indelningen i formella och materiella skuldrekvisit för oaktsamhet förutsätter därför åtminstone i detta hänseende att en indelning i rättsliga och faktiska oaktsamhetsrekvisit görs.

Indelningen i inre och yttre oaktsamhet

För det första verkar Engisch' indelning i formell och materiell oaktsamhets-skuld korrespondera med denna indelning. Frågan är om inte dessa indelningar är synonyma, så att formella oaktsamhetsrekvisit är "objektiva" och yttre samt materiella "subjektiva" och inre. Tills vidare kan frågan lämnas öppen. Engisch måste emellertid, på grund av sin lojalitet mot det (ny)klassiska brottsbegreppet, indela aktsamheten i två sorter: en "inre" och en "yttre". Det (ny)klassiska brottsbegreppets underliggande handlingslära utgår från att en handling består av en inre och en yttre sida. När han stöter på beskrivningar i praxis av beteenden som krävs, dvs av preciseringar av aktsamhet, måste han därför dela upp dessa beskrivningar i dels en objektiv och dels en subjektiv regel. Ett av hans argument för en koncentration av det rättsvetenskapliga arbetet på den "objektiva" sidan är att praxis hanterar oaktsamhetsbedömningar främst som krav på vissa beteendemönster. I praxis säger han sig stöta på yttre regeltyper och i doktrinen nästan enbart inre regeltyper.¹⁶⁷⁶ Engisch vill visa att aktsamhetskraven i praxis är gällande rätt i högre grad än vad doktrinen antar, åtminstone såvitt avser de yttre kraven. Han vill på detta sätt göra bedömningen mer realistisk och objektiv, genom att den inriktas mer på de yttre beteendena, ungefär som den samtida amerikanska realismen. Denna uppdelning av rekvisiten för oaktsamhet tillför alltså ytterligare en indelning till de förra. Sammanlagt föreligger följande indelningar hitintills: 1. materiell skuld och formell oaktsamhetsskuld, 2. rättslig

¹⁶⁷⁶ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 274f.

och faktisk oaktsamhet, 3. inre (subjektiva) och yttre (objektiva) aktsamhetskrav.

Enligt min mening är skillnaden mellan tonvikten på det "inre" och "yttre" endast en återspeglning av att doktrinen abstraherat de grundläggande förhållanden som finns i gärningens "yttre" som "inre". Praxis utför inte samma abstraherande operation. De aktsamhetsregler som syns i de "yttre" beteendena, implicerar där de "inre". De distinktioner, som här har redovisats, har sin tyngdpunkt i motsatsparet objektivt-subjektivt, utan att fullt ut skapa en artskillnad mellan objektiv och subjektiv oaktsamhet. Distinktionerna verkar mest vara en produkt av den kausala handlingsläran. Distinktionerna underlättar i varje fall inte en förståelse av det specifika i oaktsamhetsansvaret eller skillnaden mellan dolus och culpa. Snarare förhåller det sig tvärtom.

Engisch' kritik av läran om den dubbla måttstocken

Engisch har enligt min mening obestriddligen rätt i sin kritik. Den dubbla måttstocken är inte dubbel utan en enda måttstock, och det är skuldprincipen eller konformitetsprincipen, som utformar denna måttstock. Engisch menar att den dubbla måttstockens princip istället endast uttrycker följande:

Du sollst rechtswidriges Handeln meiden, soweit du nach meiner Auffassung kannst!¹⁶⁷⁷

Också här har Engisch obestriddligen rätt. Och däri ligger svaret på problemet om en särdeles skicklig person måste använda denna speciella skicklighet för att anses vara aktsam. Nivån på aktsamheten kan bestämmas av olika stora krav på olika personer och grupper. Detta följer även av oaktsamhetens karaktär av underlåtenhetsdelikt och dess förutsättning i garantläran. Engisch anser att det är en lagstiftningsfråga, i vilken omfattning plikten bestäms efter personkategorin som det är fråga om.¹⁶⁷⁸ Han påpekar även att sådana avgöranden inte bara rör personliga egenskaper utan även individuella eller personliga förhållanden i övrigt.

Det är däremot inte enligt min mening klart att den dubbla måttstockens två element i den härskande läran ansågs vara åtskilda i den grad och på det sätt, som Engisch menar att de var. En aktsamhetsregel kan vara sammansatt av både personliga eller individuella situationsbundna krav och/eller standarder, utan att för den skull dessa anses som flera normtyper. Engisch tycks förutsätta att det individuella hänsynstagandet inte kan anses vara ett uttryck för en aktsamhetsregel. Skälet till detta kan bl a vara hans indelning i "inre"

¹⁶⁷⁷ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 352.

¹⁶⁷⁸ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 355.

och "yttre" oaktsamhet. Detta problem återkommer nedan, särskilt i Erenius' lära i svensk doktrin.¹⁶⁷⁹ I varje fall kan konstateras att Engisch argumenterar för att aktsamhetsregeln bör uppfattas som en regel innefattande de personliga och/eller individuella omständigheter som tillförs denna regel, trots att mycket pekar på att han *ändå* i sin lära utgår från en indelning i två sorters culparekvisit, baserade på den distinktion han argumenterat mot.

Insikt som definitionskriterium

Engisch' kritik av brist på insikt/strävan som definitionsgrund är enligt min mening riktig, men enbart under premissen att "osäkert" eller hypotetiskt eventuellt uppsåt är uppsåt och att ansvar grundat på *enbart* insikt accepteras. Skillnaden i insikt finns inte alltid mellan insikt vid sådant uppsåt i förhållande till insikt vid oaktsamhet. Om endast säkert uppsåt är uppsåt, är ansvar grundat på oaktsamhet skilt från uppsåtsansvar genom, och endast genom, att oaktsamhet är en *brist* på krävd säkert konstaterbar strävan eller lägst insikt. Men oaktsamhetsprövningen och uppsåtsprövningen är däremot inte för den skull fristående från varandra. Culpaansvar framstår därför som ett mindre kvalificerat ansvar i förhållande till uppsåt.

Engisch menar även särskilt att det i princip är riktigt när man i doktrinen

...zuweilen betont, daß auch der vorsätzlich Handelnde die erforderliche Sorgfalt vermissen lasse.¹⁶⁸⁰

Engisch erkänner alltså i någon mening att uppsåtsansvar förutsätter oaktsamhet. Detta något självklara faktum har betydelse för förståelsen av sambandet mellan dolus och culpa. Aktsamhetskravet i den positiva rätten, som den framgår av praxis och annan gällande rätt, är enligt den här företrädade meningen grundläggande för allt straffansvar. Aktsamhetskravet ger en beskrivning av den *förväntan* samhället har på medborgarna. I det uppsåtliga fallet är det aktsamt att göra allt utom det som inte förväntas, dvs den uppsåtliga gärningen. Engisch söker efter skillnaden mellan uppsåt och vad som *endast kan betecknas som oaktsamhet*. Han söker efter grunden (främst i rättskällan praxis) för att straffa *inte bara trots* bristen på uppsåt. Men så här långt har Engisch inte visat annat än att man i vissa fall kriminaliserar gärningar utan att uppsåt är förhanden.

Koriath kritiserar Engisch på denna punkt.¹⁶⁸¹ Koriath menar att "intresse" i detta sammanhang måste syfta på en slags vilja, som grund för oaktsamhet.

¹⁶⁷⁹ Se avsnitt 4.6.3.3.2.

¹⁶⁸⁰ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 348.

¹⁶⁸¹ Koriath, s 668ff.

Det kan vara riktigt att Engisch här inte håller isär det som är grundläggande för hans metodiska ansats: indelningen i formell och materiell skuld. Bristen på intresse som formellt oaktsamhetsrekvisit är svår att skilja från detta som materiellt rekvisit. Engisch' ambitioner är att detta negativt bestämda insiktsmoment skulle vara en positiv bestämning av oaktsamhet. Koriath menar att Engisch glider mellan ett strängt insiktskrav och ett viljekrav. Som Engisch' argumentation utvecklats sig har han enligt min mening inte lyckats att positivt bestämma oaktsamheten på denna grund.

Det är emellertid knappast riktigt, som Koriath påstår, att en negativ bestämning av att oaktsamhet är brist på insikt/vilja alltid måste innebära att detta också är en positiv bestämning av dessa moment. Därför är Koriaths kritik endast helt berättigad under förutsättning att Engisch skulle ha lyckats att positivt, i förhållande till *dolus*, bestämma oaktsamhet som ett vilje- eller insiktskrav. Engisch söker att etablera en sådan grund för culpaansvaret, men lyckas inte göra detta. Koriath kritiserar alltså Engisch' materiella grund för culpa och hans strävan att uppnå en formell grund. Koriaths kritik träffar följaktligen inte läror som utgår från att det *inte* går att definiera ett särskilt kriterium för culpa skilt från uppsåt.

En förklaring till motsägelsen i Engisch' lära är kanske att han arbetar med två arter av oaktsamhet: en "rättslig" och en "faktisk". Insiktsmomentet, som det var fråga om vid kolosfallet eller vid skjutfältsfallet, utgörs nämligen egentligen av villfarelse om aktsamhetsregeln och går utöver den bristande insikten om de faktiska förhållandena på platsen. Det skulle alltså röra sig om en försummelse av en "Rechtsbeachtungspflicht".¹⁶⁸² Då artskillnaden mellan rättslig och faktisk oaktsamhet är en fråga om rättsvillfarelse i vanlig mening, faller även i detta hänseende indelningen i dessa två sorters oaktsamhet.¹⁶⁸³

Engisch konstaterar att oaktsamhet inte enbart mäts i förhållande till en allmänt insiktsfull människas aktsamhet. Oaktsamhet konstitueras även i förhållande till gärningspersonens individuella förmågor och personliga förhållanden.¹⁶⁸⁴ Den förra måttstocken kallar Engisch för objektiv och den senare för subjektiv. Engisch gör denna indelning, samtidigt som han säger sig ha lagt både den objektivistiska och subjektivistiska läran tillfälligt åt sidan. Här är det alltså inte fråga om ett erkännande av att det utöver den objektiva prövningsmodellen skulle finnas ett skönjbart psykologiskt tillstånd eller en

¹⁶⁸² Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 370.

¹⁶⁸³ Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 479. I sin efterskrift till den omtryckta upplagan år 1964, påpekar Engisch att "'Rechtsfahrlässigkeit' ist nichts anderes als das, was man jetzt 'Vorsatz in unentschuldbarem Verbotsirrtum' nennt."

¹⁶⁸⁴ Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 365.

attityd av oaktsamhet eller likgiltighet, som medför skuld i klassisk mening. Det är endast fråga om en personlig individuell måttstock för aktsamheten eller ett individuellt och personligt bestämt aktsamhetskrav eller aktsamhetsregel. Han konstaterar alltså att för culpa räcker det inte bara att en aktsamhetsstandard inte är uppfylld, utan även att en *möjlighet* till insikt om gärningens händelseförlopp måste finnas.¹⁶⁸⁵ Men detta medför inte att denna brist på insikt måste klassificeras som en slags speciell aktsamhetsregel. Även andra individuella moment och egenskaper ingår ju i aktsamhetskravet, som till sin natur är generellt som alla regler. En regel eller en måttstock är alltid generell, dvs gäller för alla fall som är lika, och därmed för mer än ett fall, även om den utgörs av individuella omständigheter. Den subjektiva måttstocken är uppbyggd av det aktuella fallets individuella omständigheter, som överförs från ett enda aktuellt fall och gjorts till en regel. Denna regel gäller för alla subsumerbara fall. Regeln har inte tillämpats på det enskilda fallet bara för att de individuella omständigheterna importerats till denna. En jämförelse måste även ske mellan den fullständiga aktsamhetsregeln, konstruerad med hjälp av det enskilda fallet. En avvikelse i det enskilda fallet i förhållande till regeln kan endast konstateras genom att något fattas i det enskilda fallet i förhållande till regeln.

Engisch återkommer emellertid till frågan om culpabedömningen kan förklaras av subjektiva eller objektiva läror och tar snarast ställning för en subjektiv lära.¹⁶⁸⁶ Han menar att ett val av det oaktsamma, trots allt, ingår som ett grundläggande rekvisit i den sammantagna aktsamhetsregeln. Han påstår nämligen att oaktsamhetsskulden är resultatet av en bedömning av ett visst val, som visar sig i insiktsmomentet. På något sätt är alltså den individuella måttstocken ändå inte bara en måttstock och regel utan även en särskild bedömd materiell art av oaktsamhet, som visar sig i en viljeyttring efter att aktsamhetsregeln tillämpats på det enskilda fallet. Denna speciella art skulle ändå inte vara annat än en formell skuld till skillnad från en materiell. Men samtidigt menar Engisch ändå att det ligger någon slags undermedveten vilja bakom den subjektiva oaktsamheten. Han menar liksom Binding att det ligger en viljeyttring

...unter der Schwelle des Bewusstseins liegende Disposition, die uns gegebenenfalls auf Gefahren aufmerksam macht und unsere Sorgfalt allererst lenkt.¹⁶⁸⁷

¹⁶⁸⁵ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 410.

¹⁶⁸⁶ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 439f.

¹⁶⁸⁷ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 476.

Om Engisch menar att det positivt oaktsamma ligger i att det *aktsamma*, dvs den aktsamma alternativa gärningen, som utgör aktsamhetskravet, måste utrustas med en aktsam vilja eller hellre med en aktsam eller "ansvarsfull" *inriktning*, är detta förståeligt. Denna aktsamma strävan eller inriktning hos den aktsamma gärningen i aktsamhetskravet är inte tagen ur det aktuella fallet. Avvikelse från detta krav på en "ansvarsfull" styrning, inriktning eller mening av, respektive med, gärningen är ett specifikt och generellt krav vid all oaktsamhet. Men det specifika för oaktsamhetsansvar är att det *inte* finns visat ett medvetet eller undermedvetet ont, likgiltigt eller samhällsfarligt psykiskt element hos gärningspersonen i förhållande till effekten eller händelseförloppet vid oaktsamhet. Däremot finns en *brist* på denna "ansvarsfulla" inriktning i den oaktsamma gärningen till skillnad från den aktsamma. Något specifikt oaktsamt i förhållande till uppsåt är inte detta. En sådan brist på aktsamhet finns även vid uppsåtliga rättsstridiga gärningar.

Engisch' berömda avhandling slutar på följande sätt:

So erhält die Gliederung der Verbrechungsmerkmale, die anfänglich nur nach formalen Gesichtspunkten vollzogen wurde, ihren tieferen Sinn durch Besinnung auf die spezifische Idee des Unrechts auf der einen, der Schuld auf der anderen Seite.¹⁶⁸⁸

Det centrala temat för Engisch är ändå främst att infoga oaktsamhetsbedömningen i axiomet om brottsbegreppets tudelning. Brottsbegreppets centrala indelning i en objektiv och en subjektiv del kan inte ifrågasättas av Engisch, och uppgiften för rättsvetenskapen verkar vara att inordna oaktsamhetsbedömningen i detta brottsbegrepp. Något av en omvärdering på denna punkt finns i hans efterskrift:

Die finalistische Handlungslehre hat an den Grundfesten der Verbrechenssystematik, wie sie bei Abfassung meines Buches (Ende der zwanziger Jahre) den führenden Lehrbüchern und Kommentaren zugrunde lag, gerüttelt.¹⁶⁸⁹

Två huvudfrågor kvarstår alltså obesvarade i hans lära. Den första frågan sammanhänger med hur övergången mellan ett formellt och ett materiellt skuldbegrepp kunnat ske. Den andra frågan är i vilken grad den dualism Engisch bekänner sig till i den sista meningen, är styrande för hans teoribildning.

¹⁶⁸⁸ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 477.

¹⁶⁸⁹ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 479.

Engisch har förklarat hur genom oaktsamhetsbedömningen en aktsamhetsregel byggs upp av både särskilda standarder och regler i positiv rätt, och hur denna regel kompletteras av mer individuella krav med hänsyn till gärningspersonens egenskaper och förmåga i övrigt. Men ingen förklaring har getts, varför denna regeluppbyggnad skall utgöras av normer för två sorters oaktsamhet och inte heller vad den subjektiva sortens oaktsamhet består av till skillnad från den objektiva, om han inte menar en skillnad mellan allmän erkänd oaktsamhetsstandard och aktsamhetsregler som tillkommit från omständigheterna i det enskilda fallet. Han förklarar inte hur det som enbart var en individuell måttstock innefattande gärningspersonens särskilda förmåga, m a o en *generell* måttstock, kunde övergå till att vara en insikt om händelseförloppet och t o m en underförstådd vilja, som gärningspersonen inte bara borde ha haft utan på något sätt ändå undermedvetet haft.

FINALISTERN A

Oaktsamhetsbedömningen utförs enligt Welzel på följande sätt: Först och främst måste aktsamhetskravet eller m a o regeln för vad som är aktsamt kompletteras i sin öppna del till en färdig regel, varefter den aktuella gärningen subsumeras under detta aktsamhetspåbud.¹⁶⁹⁰ Welzel menar att aktsamhetsbegreppet är objektivt och normativt. Welzel identifierar och/eller blandar alltså inte ihop, som Engisch gör, aktsamhetsnormen och det aktuella fallet det tillämpas på. Så långt verkar det vara fråga om en traditionell tillämpning av en regel på ett konkret fall.

Den nedre avgränsningen för oaktsamhet på den brottsbeskrivningsenliga delen av oaktsamhetsbegreppet bestäms enligt Welzel av två faktorer: dels den objektiva förutsebarheten, dvs adekvat kausalitet, dels av vad som är en tillåten risk. Hans terminologi för detta senare är "das 'verkehrsnormale' oder 'sozialadäquate' Mass" eller "das massvolle Risiko".¹⁶⁹¹ Begreppen känns igen i senare tysk och svenskspråkig doktrin.¹⁶⁹² Welzel betonar också att det är möjligt att bygga upp aktsamhetsregeln genom att hämta typiska möjligheter att förebygga risker ur "konkretionsprocessen", dvs ur den konkreta verksamhetsområdet som det enskilda fallet utspelar sig i.¹⁶⁹³

Han skiljer på den objektiva och subjektiva delen av oaktsamhetsprövningen enligt följande:

¹⁶⁹⁰ Welzel, *Das neue Bild* s 32.

¹⁶⁹¹ Welzel, *Das neue Bild* s 32f.

¹⁶⁹² Jfr t ex Roxin, *AT* s 239 och Jareborg, *Ansvarslära* s 44ff.

¹⁶⁹³ Welzel, *Das neue Bild* s 33.

...die individuelle Voraussehbarkeit (der subjektive Nachvollzug des objektiven Adäquanzurteils) (ist; SC) ein konstitutives Merkmal für die Vorwerfbarkeit jener objektiven Sorgfaltsverletzung. Das Recht gebietet für Handlungen im sozialen Bereiche generell die Innehaltung der objektiven - einem einsichtigen und besonnenen Täter möglichen - Sorgfalt und erklärt die Verletzung dieser Sorgfalt für rechtswidrig...; aber zur Schuld kann es diese objektive Sorgfaltsverletzung nur dann verwerfen, wenn der individuelle Täter nach Massgabe seiner Einsichtsfähigkeit den Erfolg voraussehen konnte. Massgeblich ist daher der intellektuelle Bildungsstand, den der Täter individuell besitzt... oder den er aus seiner sozialen Stellung heraus besitzen sollte.¹⁶⁹⁴

Här verkar det som om Welzel menar att den subjektiva culpan motsvarar den delen av aktsamhetsregeln som kompletterat den öppna regeln och kommer från individens särskilda förmåga. Detta strider mot vad han förut sagt om aktsamhetsregeln och dess tillämpning. Welzel blandar alltså ändå ihop regeln uppbyggnad och dess tillämpning. Som förut sagts inriktar sig Welzels skuldbegrepp på ett värderande konstaterande av en hos gärningspersonen funnen frånvaro av ett meningsinriktat beslut i riktning mot en rättsenlig styrning av sitt beteende.¹⁶⁹⁵ Det är således svårt att se någon avgörande skillnad mellan denna underlåtenhet i förhållande till ett rättsenligt beteende och avvikelsen i förhållande till aktsamhetskravet. Den objektiva delen av oakt-samhetsprövningen kan alltså enligt Welzel inte skiljas från den subjektiva på grundval av de kriterier för distinktionen han själva använder. Den subjektiva skuldprövningen blir en fantom, som är ogripbar på annat sätt än antingen som ett rent tillräknande av ansvar, dvs domstolens dogmatiska operation, eller som ett "objektivt" och heuristiskt tillräknande. Mot vad Welzel själv säger, är alltså konsekvenserna av hans skuld- och oakt-samhetslära att skuld blir identisk med culpa, och att den enda skuld respektive culpa som finns, är en objektivt bestämd culpa. Den subjektiva culpan försvinner helt, och skuld-begreppet töms på sitt innehåll.¹⁶⁹⁶

Diskussionen mellan finalister och kausalister har inte helt avslutats.¹⁶⁹⁷ I tysk doktrin har åtminstone gränsdragningen nedåt mot våda i hög grad influerats av finalismen. Man kan dessutom säga att föreställningen om en tvådelad

¹⁶⁹⁴ Welzel, Das neue Bild s 60.

¹⁶⁹⁵ Se avsnitt 1.4.3.4.3.

¹⁶⁹⁶ Welzel, Das neue Bild s 43. Welzel menar att "tömningen" av skuldbegreppets innehåll, endast är en rening av skuldbegreppet på för skulden främmande element.

¹⁶⁹⁷ Se avsnitt 2.3.2.1. Man sägs ha bytt diskussionsämne i tysk uppsåtsdebatt; nu handlar det om förhållandet mellan bevisfrågor och materiella frågor och inte om uppsåtsbegrep-pets plats i brottsbegreppet.

culpaprövning, ungefär efter finalisternas förebild, är mer eller mindre allmänt etablerad. Finalisterna har egentligen, något paradoxalt, förstärkt denna tudelning, utan att ge något svar på frågan vad skuldbedömningen omfattar. I den mån denna bygger på en lära om objektivt tillräknande är det inte heller klart vad detta tillräknande egentligen går ut på.

Något är i alla fall gemensamt för de båda tidigare traditionella huvudkombattanterna i tysk doktrin. Man är enig om att oaktsamhetsklandret, såvitt avser den subjektiva delen av oaktsamhetsprövningen, begrundas av skuldprincipen. Och i båda lägren råder en allmän osäkerhet om det närmare innehållet i den subjektiva culpan, vilket gör distinktionen mellan objektiv och subjektiv culpa grundläggande oklar.

DEN HÄRSKANDE LÄRAN

Det hävdas allmänt att uppsåt och oaktsamhet utesluter varandra i begreppsligt hänseende. Detta förefaller vara svårförståeligt och direkt motsägelsefullt; man kan inte både hävda att oaktsamhet mer eller mindre automatiskt föreligger på andra sidan uppsåtsgränsen, utan närmare prövning av oaktsamheten, och samtidigt hävda att uppsåt och culpa utesluter varandra begreppsmässigt. Uppsåt, liksom riskuppsåt och medveten culpa, framstår snarare enligt detta resonemang som särskilda kvalifikationer av negligentia.

Detta förhållande är inte särskilt komplicerat, men det är av central betydelse för förståelsen av uppsåtsgränsen. Jareborgs systematiska placering av culpa i brottsbegreppet visar på en annan lösning än den härskande tyska läran. Några tyska författare menar att det föreligger ett nödvändigt samband, som är mer än en ren värdering.¹⁶⁹⁸ I tysk praxis har även funnits exempel på att man arbetat med oaktsamhet som en slags "Auffangtatbestand", som omfattar även uppsåtliga gärningar.¹⁶⁹⁹ På något sätt accepteras i tysk rätt ändå mer eller mindre allmänt att oaktsamhetsprövningen inte uppträder som en särskild bedömning isolerad från uppsåtsbedömningen. Jag återkommer till frågan även i samband med behandlingen av Jareborgs culpälära.

Doktrinen gör ibland skillnad mellan medveten culpa och riskuppsåt. Riskuppsåt skulle vid vissa konkreta färbrott syfta på en uttalad risk till skillnad från medveten culpa, som aldrig nödvändigtvis förutsätter mer än en insikt om en liten risk.¹⁷⁰⁰

¹⁶⁹⁸ Otto, In dubio pro reo s 373ff och Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo s 64ff.

¹⁶⁹⁹ Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo s 64.

¹⁷⁰⁰ Roxin, AT s 913. Denna distinktion upprätthålls inte här.

Doktrinen har försökt att definiera grov oaktsamhet, dvs "Leichtfertigkeit", på många sätt. Roxin beskriver den grova oaktsamheten "...als ein unrechts- und schuldübergreifendes Merkmal..."¹⁷⁰¹ Men främst skulle kvalifikationen baseras på det "objektivt" gärningsmässiga och inte på hänsynstagande till gärningspersonens förmåga:

Das Prädikat der Leichtfertigkeit ist primär einer besonders gefährlichen Handlung, nicht einer besonders verwerflichen inneren Einstellung zuzuschreiben.¹⁷⁰²

Man bortser därmed från sambandet mellan farlighet och tolkningen av gärningens mening, och förlitar sig på att det är möjligt att särskilja den "inre" inställningen från "själva" gärningen. Avvikande meningar finns i tysk doktrin. Exempelvis utgår man från att grov oaktsamhet vid vållande till annans död i trafiken, i praxis snarast verkar kopplas till medveten culpa, dock inte som ett fristående riskuppsåt.¹⁷⁰³ Kopplingselementet utgörs då av ett slags uppenbarhetskrav, "...der Gedanke des Sich-Aufdrängens einer möglichen Tatbestandsverwirklichung" genom t ex likgiltighet.¹⁷⁰⁴ Uttryckssättet liknar ordalydelsen i TBL § 1 st 2 där den grova oaktsamheten bl a karaktäriseras som uppenbar likgiltighet inför andras liv. Detta uppenbarhetskrav verkar då fungera som en objektivt bedömd insikt om risken.

4.6.2.3 KORIATHS "OBJEKTIVA" OCH PROCESSUELLA LÄRA

Koriath avvisar föreställningen om att grunderna för oaktsamhet ligger i "skuldprincipen" eller konformitetsprincipen.¹⁷⁰⁵ Hans utgångspunkt är att oaktsamhetsansvaret grundar sig på ett rent effektansvar. Hans sympati för Kelsens tankar om kausalitetens ursprung gör emellertid att Koriath förmodligen inte omedelbart ser ett effektansvar som ett strikt eller absolut ansvar. En kausalitet i Kelsens anda, med utgångspunkt i hämnden eller "vedergällningsprincipen", är en slags personlig kausalitet redan i utgångsläget.¹⁷⁰⁶

Koriath godtar i det stora hela inte brottsbegreppets eller oaktsamhetsprövningens indelning i en "yttre" och "inre" del.¹⁷⁰⁷ Koriaths kritik riktas

¹⁷⁰¹ Roxin, AT s 917.

¹⁷⁰² Roxin, AT s 918.

¹⁷⁰³ Maurach, Menschenraub s 417 och Volk, GA 1976 s 177f.

¹⁷⁰⁴ Roxin, AT s 916f.

¹⁷⁰⁵ Koriath, s 656ff.

¹⁷⁰⁶ Koriath, s 174ff.

¹⁷⁰⁷ Koriath, s 258ff.

huvudsakligen mot den klassiska oaktsamhetsläran men träffar även oaktsamhetsbedömningens skuldsida när det gäller modeller för flerledsprövningar. Han utgår dessutom från att gärningspersonens band till gärningen bedöms med en "objektiv" måttstock.

Koriath har följande utgångspunkt:

Zur Frage, wann ein individueller Handlungsvollzug unsorgfältig ist, kann auf dogmatischer, also abstrakter Ebene wenig gesagt werden. Unterschiedliche Tätigkeiten haben verschiedene Standards.¹⁷⁰⁸

Eftersom det alltid är en individuell gärning som skall bedömas och aldrig en generell måste man av citatet att döma acceptera att de generella "inomrättsliga" eller positiva rättskällorna utanför det enskilda fallet inte ger någon betydelsefull ledning ur dogmatisk synvinkel. Om oaktsamhet som en "Parallelprozeß" av ett sinnestillstånd av inre oaktsamhet, som finalisterna tycktes anta, framgår ur en handling eller tidigare handlingar, som är oaktsamma i en yttre mening, säger han: "Diese Theorie ist, mit Ryle zu sprechen, nicht zutreffend."¹⁷⁰⁹ Koriath beskriver oaktsamt handlande enligt följande:

Unsorgfältig handeln bedeutet nicht, sorglos sein *und* außerdem noch handeln, sondern in einer ganz bestimmten Weise handeln.¹⁷¹⁰

Oaktsamheten är enligt Koriath inte ett sinnestillstånd utan en beskrivning av ett handlingssätt. Men den springande punkten för svårigheterna i oaktsamhetsbedömningen skulle vara att det, *utöver* denna i och för sig teoretiskt tänkbara grund för oaktsamheten, även krävs en förbindelse mellan en effekt och gärningspersonen.¹⁷¹¹ Att införa en fullständigt genomförd farebrottssystematik istället för oaktsamhetsdelikten, som de ser ut idag, anser han bara skulle skapa en ny systematik ungefär som den förra.¹⁷¹² Dessutom räcker inte olika former av adekvat kausalitet till att förklara sammanhanget mellan en följd och ett oaktsamt handlande. Detta skulle endast få till resultat att ett flertal klasser av olika slags tillräkneliga följder uppstod. Tur eller otur skulle kunna tänkas få bli utslagsgivande, såtillvida att gärningsföljden blev avgörande även i straffrättsliga sammanhang.¹⁷¹³ Men då har man enligt Koriath helt släppt tanken på att det är oaktsamhet som straffas och är tillbaka i en ren effektstraffrätt.

¹⁷⁰⁸ Korath, s 657f.

¹⁷⁰⁹ Koriath, s 658.

¹⁷¹⁰ Koriath, s 658.

¹⁷¹¹ Koriath, s 658.

¹⁷¹² Koriath, s 659.

¹⁷¹³ Jfr Jareborg, *Criminal Attempts and Moral Luck* s 223: "I want to argue that negligence liability in practice cannot be based on mentality ethics."

Han kritiserar två huvudgrupper av försök i doktrinen att förankra oaktsamhetsklandret i något annat än en ren effektbestraffning enligt följande:

De äldsta försöken att begrunda straffvärdet för negligentia motiverades genom att påvisa ett viljemoment i oaktsamhetsgärningen genom förekomsten av en undermedveten vilja i gärningen.¹⁷¹⁴ Detta måste avvisas, eftersom en omedveten vilja innehåller en självmotsägelse. Den andra ansatsen gick ut på att grunden ligger i en *icke* godtagbar vilja. Det innebar att dåliga vanor kan klandras, eftersom de avslöjar en slags medveten brist på träning av viljan. Föreställningen om en *icke* godtagbar vilja utgick från att uppsåt grundar sig på en positivt bestämd viss vilja, och att en avsaknad av en godtagbar vilja var grunden för oaktsamhetsklandret. Klein, som framförde denna lösning, beskrev bristen på god vilja enligt följande:

...den Mangel des guten Vorsatzes, die nur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen.¹⁷¹⁵

Problemet med denna konstruktion är att en ond vilja inte har visats utan endast en underlåtenhet att använda sig av en viss krävd godtagbar vilja. Klein påstår att det är samma sak att inte använda sig av sin godtagbara vilja som att visa en ond vilja. Hans kritiker påpekar att detta inte är ett riktigt motsatsslut.¹⁷¹⁶ Visserligen är det enligt de straffrättsliga oaktsamhetsreglerna något *icke* önskat och klandervärt att underlåta ett godtagbart handlingsätt. Och gärningspersonen har någon slags intentionalitet i förhållande till sitt aktuella beteende. Men kritikerna har obestridligen rätt i att någon intentionalitet inte finns i förhållande till en oaktsam effekt, förutsatt att varje form av riskuppsåt saknas.

Koriath kritiserar också andra förklaringsförsök, som t ex Welzels lära, som inriktat sig på att grunden för klander i första hand måste utgöras av ett klander av handlingsmedlen och inte av effekten. Han invänder mot detta att det är tvärtom är så att oaktsamhetsdelikten i första hand tar sikte på effekten.¹⁷¹⁷ Även om Welzels förklaring är riktig, såtillvida att vid culpabedömningen måste "finalitet" eller styrning föreligga i förhållande till handlingsmedlen, är det inte en förklaring till varför oaktsamhet, som just har effekten i centrum, klandras. Welzel påstås ha myntat uttrycket "potentiellen Finalität" vid oaktsamhet i förhållande till en effekt.¹⁷¹⁸ Med detta uttryck ville man markera att

¹⁷¹⁴ Koriath, s 659f.

¹⁷¹⁵ Citat ur Koriath s 661.

¹⁷¹⁶ Artur Kaufmann, Das Schuldprincip s 160.

¹⁷¹⁷ Koriath, s 664.

¹⁷¹⁸ Koriath, s 662.

förmågan att handla, bedömd efter andras förmåga, skulle vara en potentialitet, som på något sätt ändå var uttryck för en finalitet. Welzel kritiserade emellertid (senast år 1969) detta och menade att den finala handlingsläran inte kunde omfatta denna utvidgning av handlingsbegreppet.¹⁷¹⁹ Han ansåg att lösningen ligger i att erkänna att "das wesentliche Moment der Fahrlässigkeit nicht im Erfolg, sondern in der Art und Weise...des Handlungsvollzugs liegt".

Koriath anser att Jacobs' lära om förmågan att undvika det straffbara egentligen baserar sig på potentiell finalitet.¹⁷²⁰ Visserligen hävdar Jacobs att han använder sig av Welzels ursprungliga lära, men han tar å andra sidan avstånd från denna.¹⁷²¹ Jacobs' idé är att grunden för klandret av oaktsamhet är "Vermeidbarkeit". Han beskriver denna enligt följande:

Die Vermeidbarkeit wird mit Hilfe der Hypothese bestimmt, daß der Täter, hätte er das dominante Motiv zur Vermeidung einer bestimmten Aktion, diese Aktion real vermeiden würde.¹⁷²²

Detta är i stort sett på samma sätt som Welzel formulerat saken. Således drar Jacobs slutsatsen

...daß das dominante Motiv zur Vermeidung des Erfolges das unabdingbare Essentiale aller Sorgfalt bildet...¹⁷²³

Koriath menar däremot att "die Vermeidbarkeit ist ein irreales Konstrukt."¹⁷²⁴ Kritiken mot Jacobs går alltså ut på att detta motiv, som gärningspersonen tillvitats, är en rent hypotetisk konstruktion och inte något som verkligen återfinns hos gärningspersonen.¹⁷²⁵ Skälet till klander är nämligen enligt Jacobs "(die; SC) Macht des Subjekts, bestimmte Erfolge zu vermeiden". Koriath kritiserar Jacobs på grund av att något, som subjektet inte alls har tillgång till, skall styra beteendet.

Koriath menar att grunden för oaktsamhetsklandret inte kan sökas i förmågan att undvika det straffbara, vare sig det formuleras som ett val eller en insikt:

Es ist m.E. nicht möglich, in fahrlässigen Handlungen ein Moment des Wählens oder Kalkulierens auszumachen. Wahrscheinlich liegt hierin auch der Grund, daß die Moralphilosophie das fahrlässige

¹⁷¹⁹ Welzel, SR s 129.

¹⁷²⁰ Koriath, s 664.

¹⁷²¹ Jacobs, Studien s 70ff.

¹⁷²² Jacobs, AT s 140.

¹⁷²³ Jacobs, Studien s 64.

¹⁷²⁴ Koriath, s 664.

¹⁷²⁵ Koriath, s 665.

Verhalten stiefmütterlich behandelt hat. Freiheit und Vernunft sind hier kein Thema.¹⁷²⁶

Därmed hävdar han att skuldprincipen inte är grund för oaktsamhetsklandret. Skälet till detta skulle vara det ovan sagda: "Die Vermeidbarkeit ist ein irreales Konstrukt".¹⁷²⁷ Hans slutomdöme om Jacobs' teori är att den förmåga som antas föreligga hos gärningspersonen enbart är en fiktiv relation mellan personen och gärningens effekt.

Den slutsats Koriath drar är att straffrättsligt oaktsamhetsklander är ren "Erfolgsstrafrecht". På grund av att straffrätten är en retributiv rättvisetyp - till skillnad från den restitutiva rättvisa som civilrättslig "skuld" är inriktad mot - menar han att skuldprincipen har som syfte att avskära alla fall som enbart beror på tillfälligheter:

Aus dem Schuldprinzip folgt, daß der Nachweis einer psychischen Beziehung zwischen Tat und Erfolg zu den zentralen Beweisthemen gehört. Es liegt in der Natur der Sache daß die Beweisführung in diesem Bereich außerordentlich schwierig ist. Das eröffnet jedem Angeklagten eine bequeme Argumentationsstrategie: Seine Behauptung, für ihn sei der Erfolg reiner Zufall gewesen, wäre vielfach möglicherweise kaum zu widerlegen.¹⁷²⁸

Koriath hävdar att oaktsamhetsklandret är svaret från rättssamhället på detta problem. Det kan vara skäl att återge Koriaths slutord rörande oaktsamheten in extenso, vilka även utgör de sista meningarna i hans 673 sidor långa arbete.

Um das aus Gründen der Rechtssicherheit zu verhindern, muß es eine Haftung für fahrlässiges Verhalten geben... M.E. liegt der Sinn der Strafe für fahrlässiges Verhalten in der Einschränkung bestimmter Argumente in der Gerichtsverhandlung. Anders formuliert: Es soll dem Angeklagten nur eine einzige Verteidigungsmöglichkeit eingeräumt werden, nämlich die, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat. Die Beachtung der erforderlichen Sorgfalt wäre dann ein Indikator, kein Beweis, daß für den Angeklagten das Ereignis ein zufälliges gewesen ist...Einem Angeklagten wird nur die Möglichkeit genommen, eine bestimmte Prozeßstrategie zu verfolgen. Denn wäre ein solches Modell hinreichend erprobt, könnte ein Täter sich eine gute Chance ausrechnen, auch bei Verletzung von Höchstwerten völlig straffrei davonzukommen. Das könnte zu einer Destabilisierung des gesamten Normengefüges führen. Aus der Un-

¹⁷²⁶ Koriath, s 670.

¹⁷²⁷ Koriath, s 664.

¹⁷²⁸ Koriath, s 673.

möglichmachung einer Strategie ergibt sich aber nicht, daß es nicht möglich ist, daß dem Angeklagten A der Erfolg E nicht nichtzuge-rechnet werden konnte - eben weil er für A zufällig war. Nur die Kompetenz eines Richters kann die Kompliziertheit eines Einzelfalles bewältigen; theoretisches Rasonieren hilft hier wenig.¹⁷²⁹

Koriath företräder alltså inte en "ortodox objektivistisk" eller konsekvensetisk syn på straffansvaret. Han hyllar snarare en "hermeneutisk grundsyn". Koriaths kritik riktar sig mot de olika påståendena att oaktsamhetsbedömningen skulle ha en grund i skuldprincipen, oberoende av om denna uttrycks i indikativ eller i konjunktiv. Skuldprincipen förutsätter alltså enligt Koriath att något *verkligt* band mellan gärning och gärningsperson skall kunna konstateras. Detta band måste existera, inte bara som en hypotes eller "fiktion", utan som ett verkligt bevisbart faktum.¹⁷³⁰

Poängen i Koriaths lära är sammanfattningsvis följande: Det finns inte någon grund för oaktsamhetskländer i ett positivt eller negativt viljeinnehåll i gärningen. Samma sak gäller förmodan om en grund i volitiva element, som uppträtt i och med att gärningspersonen frivilligt satt sig i ett tillstånd, vilket indirekt resulterat i effekten.¹⁷³¹ Man kan inte fiktivt förskjuta grunden för tillräknandet till en eventuell medveten underlåtenhet att exempelvis utbilda sig för en situation. Istället utgörs utgångspunkten av den rent normativa plikten att inte underlåta att styra en viss handling i en viss riktning.¹⁷³² I varje fall kan man anta att alla normala människor kan utöva sin handlingsfrihet. Den makt som en gärningsperson anses ha utövat vid oaktsamhetsansvar, är därför inte konstaterad på annat sätt än att den makt som alla andra har, läggs hypotetiskt eller fiktivt till gärningspersonens egenskaper på grund av att gärningspersonen presumeras vara "normal".

Hans kritik drabbar både en förment "objektiv" och en "subjektiv" culpaprövning eftersom grunden för "tillräknandet" av det "generella" aktsamhetskravet utgår från en normal och aktsam persons förmåga. Vare sig culpaprövningen beskrivs - heuristiskt eller dogmatiskt - som objektiv eller subjektiv är utfallet detsamma. Koriath menar att oaktsamhetsprövningen är

¹⁷²⁹ Koriath, s 673.

¹⁷³⁰ Däri bör han kunna ha rätt, förutsatt att bevisemat verkligen *är* ett psykiskt element, såsom den traditionella skuldläran hävdar både beträffande uppsåtsläran och culpalläran. Men om bevisemat inte är ett psykiskt element, utan intentionalitet och mening direkt kan observeras i gärningen, är läget ett helt annat.

¹⁷³¹ Koriath, 1994 s 662.

¹⁷³² Koriath, 1994 s 662f.

objektiv och inte subjektiv.¹⁷³³ Hans resonemang resulterar alltså i att den personliga oaktsamheten som materiellt rättsligt fenomen försvinner.

Kritiken mot skuldprincipen som grund för oaktsamhetskländer är visserligen bestickande, men frågan om grunden för denna plikt lämnas obesvarad. Koriath förbiser, på analogt sätt som Kelsen gör vid tillskrivandet, hela det normknippe som strukturerar denna s k hypotetiska eller fiktiva makt. Detta normknippe är ett resultat av skuldprincipens tillämpning. Även om prövningen av oaktsamheten enbart ges en processuell grund, kan man inte förbigå att även regler för processen måste kunna försvaras i ett demokratiskt samhälle. Koriath tycks utgå från att dessa processuella regler här bara skulle ha ett fasadlegitimerande syfte och "egentligen" fungera som rent undantag från materiella ansvarsregler. Grunden för sådana antaganden brukar vara att processuella regler inte behöver lika starka skäl som materiella regler, eftersom processnormerna intuitivt endast ses som ett randområde till legalitetsprincipens tillämpning. De utgör s a s domarrättens mer eller mindre exklusiva verktyg i svåra fall och är av lägre dignitet än den materiella straffrättsliga normsamlingen. Förutsatt att dikotomin mellan process- och materiell rätt, med rötterna i paradigmskiftet under slutet av 1800-talet, i varje fall delvis är skenbar, har inte Koriath åstadkommit en bättre förklaring än den som han avvisat, bara för att reglerna kallats processuella och inte materiella. Exempelvis uttrycks skuldrekvisit i *common law*-kulturen ofta processuellt som *defences*.

Värdet av Koriaths lära består i att han beskrivit oaktsamhetsbegreppet rätts-tekniskt på ett för *civil law*-kulturen nytt sätt, och att han påvisat det ohållbara i en flerledad culpaprövning. Men det är en missuppfattning att tro att man därmed visat att oaktsamhetsansvar inte har att göra med skuldprincipen.

4.6.3 NORDEN

4.6.3.1 ALLMÄNT

Viktigare verk i den svenska doktrinen, vilka behandlar oaktsamhetsbegreppet efter Brottsbalkens införande, kan inordnas i följande kronologi: Först kommer de tidiga upplagorna av Brottsbalkskommentaren del I med Strahl och ett flertal av Straffrättskommitténs medlemmar som författare. Strahls artikel "Adekvansläran" är samtidig med den första upplagan av Brottsbalkskommentaren år 1964. Därefter kommer Erenius' avhandling "Oaktsamhet" år 1971 och hans artikel "Culpatröskeln" år 1976. Han följdes av Strahls bok "Allmän straffrätt" år 1976. Jareborg publicerade rapporten "Två sorters cul-

¹⁷³³ Koriath, s 656 och 673.

pa" år 1977 och verket "Brotten" år 1979. Leijonhufvud och Wennberg har utgivit boken "Straffansvar", sedan Löfmarck år 1985 presenterade förlagan till denna bok, som i sin tur var en efterföljare till Agge-Thornsteds lärobok i straffrätt. År 1986 återkom Jareborg med häftet "Uppsåt och oaktsamhet" och sedan, från 1992 till 1996, med böckerna här benämnda "Fragment", "Gärningslära" och "Ansvarslära". Strahl har år 1987 författat oaktsamhetsavsnittet i första avdelningens första kapitel i den femte upplagan av Brottsbalkskommentaren. Wennberg har författat samma avsnitt i sjätte (år 1994) och sjunde upplagan (år 1998).

4.6.3.2 SVENSKA KLASSISKA LÄROR

4.6.3.2.1 HAGSTRÖMER

Hagströmer skriver i boken "Svensk Straffrätt" från åren 1901-1905 att den oaktsamme visserligen inte hade sin vilja inriktad på rättskränkningen, men att viljan ändå var inriktad på handlingsmedlen om än inte på resultatet.¹⁷³⁴ Han beskrev oaktsamhetsbedömningen på följande sätt:

...äfvén culpa innebär således en viljeakt, ett viljande av viss beskaffenhet.¹⁷³⁵

Såttillvida överensstämmer Hagströmers uppfattning med vissa grunddrag i Bindings och senare Welzels lära; intentionalitet finns i det culpösa handlandet men är riktad mot handlingsmedlen och inte det relevanta resultatet. Culpabedömningen skall sammanfattningsvis enligt Hagströmer utföras enligt följande:

Man får i hvarje fall tänka sig, huru en aktsam person, lika utrustad i dessa afseenden som personen i fråga, skulle hafva handlat i hans ställe.¹⁷³⁶

4.6.3.2.2 THYRÉN

EN KLASSISK OCH "FUNKTIONALISTISK" LÄRA

Thyrén föreställde sig att oaktsamhetsbedömningen gick ut på antagandet av ett visst *undermedvetet* psykologiskt faktum. Han argumenterade på följande vis:

¹⁷³⁴ Hagströmer, Straffrätt s 212.

¹⁷³⁵ Hagströmer, Straffrätt s 212.

¹⁷³⁶ Hagströmer, Straffrätt s 212.

Fastmera är det mycket möjligt att inkulpaten företog sin handling utan den minsta tanke på att densamma skulle medföra skada eller innebära angrepp på främmande rätt: jemförd med normalmänniskan förefaller han sålunda visserligen tanklös, besinningslös, men utvisar ingen positiv mot samhällsvilja eller samhällsintresse riktad vilja. Är man vid sådant förhållande berättigad att tala om en *samhällsfarlig vilja* hos inkulpaten? Ja, ty det psykologiska faktum, att tanken på en viss verkan af handlingen uppstår eller icke uppstår, är ingalunda något för subjektets vilja helt och hållet tillfälligt, liksom utifrån kommande; fastmera beror det i hög grad på hela medvetandets allmänna beskaffenhet, på den riktning, som detsamma under sin föregående utveckling erhållit genom subjektets egen vilja. Erfarenheten visar ju, att den människa, som under hela sitt lif vant sig vid aktsamhet, långt snarare i ett kritiskt ögonblick antingen varskar faran eller "omedvetet", "af instinkt" undviker den, än den slarvige och vårdslöse: det kan sålunda vara ett helt föregående livs likgiltighet för samhällsintresset, som alstrat den allmänna disposition till vårdslöshet, hvilken nu i det afgörande ögonblicket blir ödesdiger.¹⁷³⁷

Thyréns goda kontakter med företrädare för tysk doktrin är tydliga.¹⁷³⁸ Med Thyrén - den "förste funktionalisten"- var svensk straffrättsvetenskap gott och väl i täten för sin tid.¹⁷³⁹ I perspektivet från den tyska straffrättsdogmatiska utvecklingen har han ungefär sju decenniers försteg.¹⁷⁴⁰ Hans bidrag, "Über Dolus och Culpa", uppmärksammas också ett flertal gånger, t ex av Engisch i dennes avhandling "Vorsatz und Fahrlässigkeit".¹⁷⁴¹

Thyrén är man oinne på någon slags förvärvad vana att vara slarvig och obetänksam. Detta påminner om flera av hans samtida tyska läror.¹⁷⁴² Denna vana eller detta karaktärsdrag skulle alltså vara uttryck för en "samhällsfarlig vilja", uttryckt i "medvetandets allmänna beskaffenhet", som uppstått genom ett disponerande av tillvaron genom gärningspersonens vilja. Han går ett steg längre än Hagströmer och hävdar att det oaktsamma beteendet uttrycker en slags undermedveten klandervärd allmän samhällsfarlighet. Oaktsamhet är alltså inte bara en "viljeakt" riktad mot handlingsmedlen utan är i och med gärningen uttryck för en slags vana. Viljeakten skulle alltså vara bestämd av

¹⁷³⁷ Thyrén, 1914 s 4f.

¹⁷³⁸ Se Binding avsnitt, Jfr Ross, Dolus eventualis i svensk rätt s 675f.

¹⁷³⁹ Schünemann, Grundfragen s 153. Jfr Thyrén 1914 s 64: "Rättsstridighet (=frånvaro av intressekollision) och Roxins beskrivning av grunden för kravet på Rechtswidrigkeit som "sozialen Konfliktserlösungen" (Schünemann, a a s 47.)

¹⁷⁴⁰ Schünemann, Grundfragen s 45.

¹⁷⁴¹ Se t ex Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 199 i samband med behandlingen av likgiltighetsbegreppet och Franks hypotetiska formel för dolus eventualis.

¹⁷⁴² Koriath, s 660.

en presumtivt bedömd vilja. Men Thyréns lära verkar t o m gå längre än så; gärningspersonen förmodas verkligen ha en undermedveten vilja, som kunde avläsas i motsatsställningen till den icke samhällsfarliga viljan. Jareborg har beskrivit och rubricerat underlaget hos Thyrén för detta och liknande resonemang som: "Thyrén som spekulativ psykolog".¹⁷⁴³ Jag hänvisar till Jareborgs klarläggande beträffande innehållet i denna spekulativa psykologi. Även om Thyréns funderingar kan tyckas förlegade, måste man beakta att mycket av detta faktiskt är den teoretiska grunden för hur lagstiftaren tänkt sig oaktsamhetsprövningen i BrB. Bortsett från Thyréns märkligheter när det gäller psykologin, ligger även omfattande studier i den romerska rättens culpabegrepp till grund för hans culpälära och skuldlära.¹⁷⁴⁴

Ett centralt tema för culpaprövningen enligt Thyrén och Hagströmer samt sedan även Wetter och Stjernberg är begreppet "erforderlig aktsamhetsgrad" eller "skyldig aktsamhet".¹⁷⁴⁵ Skyldig aktsamhet var ett resultat av konstruktionen av *hela* aktsamhetskravet, inklusive de s k "subjektiva" individuella eller personliga förutsättningarna. Jämförelsen mellan den hypotetiska gärningen utförd med normalmänniskans godtagbara "viljeinriktning" och den aktuella gärningen, var den egentliga grunden för oaktsamhetsprövningen.¹⁷⁴⁶ I denna jämförelse kunde en avvikelse i det enskilda fallet från den acceptabla hypotetiska gärningen ses som en avvikelse från en viss förväntad vilja. Det "subjektiva" momentet i prövningen utgjordes alltså endast av en jämförelse mellan å ena sidan normalmänniskans godtagbara styrning av samma händelseförlopp med samma förutsättningar som det aktuella fallet och å andra sidan det aktuella händelseförloppets styrning eller "viljeinriktning". Bedömningen av hur aktsamhetskravet byggdes upp i den enskilda prövningen av aktsamhet, sågs som en *rättsbildande* verksamhet. Thyrén beskrev förhållandet enligt följande:

Huru skall normalmänniskans hypotetiska införande i den gifna situationen ske, d.v.s. hvilka elementer af situationen få tänkas ändrade och hvilka måste tänkas orubbade? - Svaret härpå sammanhänger på det närmaste med den nyss gjorda analysen af inkulpatens medvetenhetstillstånd i handlingsögonblicket. Först och främst får naturligen substitutionen icke hänföras till något annat än *personen*. Men äfven beträffande denne, måste vissa momenter lemnas orubbade: den straffrättsliga substitutionen (hvad man än vill anse om den civilrättsliga) får icke ske så, att man helt enkelt inför en i alla afseen-

¹⁷⁴³ Jareborg, 1969 s 22ff.

¹⁷⁴⁴ Se Thyrén, 1893.

¹⁷⁴⁵ Hagströmer, s 212, Strafflagskommissionen, s 135, Wetter, Grundlinjer s 43f, Stjernberg, Föreläsningar s 116 och Thyrén, 1914 s 4ff.

¹⁷⁴⁶ Hagströmer, s 212ff och Thyrén, 1914 s 7.

den andligen "normaliserad" människa i den handlandes ställe. Fastmera får substitutionen endast omfatta *viljeinriktningen*: hur skulle en människa hafva handlat, i öfrigt lika med inkulpaten, men med en i socialtiskt afseende normal vilja? Dumhet, okunnighet, oerfarenhet o.s.v. ... - bör rimligen endast på det sättet kunna leda till *straffbarhet* - skadestånd må vara en fråga för sig - att pröfningen visar, att äfven en person af inkulpatens intellektuella etc. beskaffenhet skulle, derest han i afseende på viljan varit i nyssnämnda mening normal, hafva afstått från handlingen, enär han måste inse, att hans okunnighet o.s.v. kunde blifva till skada för främmande intresse.¹⁷⁴⁷

Det förefaller vara tveksamt att utgå från att Thyrén tänkte sig oaktsamhetsrekvisitet som ett rent subjektivt rekvisit, innefattande en positivt fastställd undermedveten vilja, jämförlig med uppsåtsrekvisitet. Thyrén utgår först från en "objektivt" fastställd "skyldig aktsamhet" dvs aktsamhetskravet. Men därutöver beskriver Thyrén jämförelsen och subsumtionen, som sker mellan den godtagbara gärningen, dvs aktsamhetskravet, med utbytt subjekt, såvitt avser viljeinriktningen av gärningen mot en godtagbar styrning. Det enda som i princip skiljer det insatta hypotetiskt ansvarsfulla subjektet från det verkliga är viljeinriktningen.¹⁷⁴⁸ Thyréns oaktsamhetsbedömning har inte något släktskap med dolus i den bemärkelsen att det skulle röra sig om en positivt fastställd skönjbar styrning hos gärningspersonen, utan det rör sig om en *brist* på godtagbar viljeinriktning.

Thyrén betonar att man inte bara måste ta hänsyn till gärningspersonens personliga egenskaper och oskicklighet och därmed uppkomna insiktsnivå. Aktsamhetsregeln skulle, utöver vad som återfanns i den positiva rätten, vara sammansatt både av personliga, individuella egenskaper och av andra speciella drag i det aktuella händelseförloppet. Hänsynstagandet till de personliga egenskaperna skulle inte återspegla en indelning av aktsamhetsbedömningen i ett s k objektivt respektive ett subjektivt tillräknande. Fastställandet av att gärningspersonen "måste inse" är enligt Thyrén helt en objektiv bedömning på grund av en brist på godtagbar viljeinriktning.

Aktsamhetsbedömningen skulle visa en brist i viljeinriktningen. Men denna brist var inte i och för sig skälet till att gärningen ansågs vara straffvärd. Konstaterandet av bristen var en procedur som syftade till att blottlägga en viss disposition hos gärningspersonen, vars samhällsfientliga karaktär skulle visas. Proceduren skulle utföras som ett hypotetiskt prov ("...normalmänniskans

¹⁷⁴⁷ Thyrén, 1914 s 7.

¹⁷⁴⁸ Thyrén, 1914 s 7.

hypotetiska införande i den gifna situationen”), där den aktuella gärningen jämfördes med en hypotetiskt aktsam.¹⁷⁴⁹

Bevistemat skulle alltså egentligen vara viljeinriktningen, eller den ”energi” som visats ”såsom ett *oundvikligt minus* i samhällsviljans beherrskande af medvetandet”.¹⁷⁵⁰ Metoden skulle vara en presumtion *jure de jure* att alla som visar en sådan brist i viljeinriktningen har visat en samhällsfarlighet. Thyréns konstruktion kan också uttryckas som ett farebrott; den som visar en sådan brist på ”normal viljeinriktning” har givit upphov till en fara för samhället. Oakt-samhetsbevisningen bör enligt Thyrén ske genom ett hypotetiskt prov, som visar ett reellt psykiskt band mellan gärning och person.

Han låter uppsåtsgränsen mot culpa dras med hjälp av Franks hypotetiska formel, och oakt-samhet bestäms med en annan hypotetisk formel, samtidigt som han anser att det inte går att bestämma gränserna mellan uppsåt och culpa på ett skarpt sätt.¹⁷⁵¹ Thyréns tanke var att med båda dessa hypotetiska prov kunna träffa den samhällsfarliga karaktären, som visades i den onormala, samhällsfarliga viljeinriktningen. Det är uppenbart, att döma av verket ”Principerna för en strafflagsreform”, att Thyrén verkligen trodde på att oakt-samhetsprövningen i hans version och Franks formel båda hade kapacitet att avslöja den eftersökta samhällsfarliga viljan. Thyrén nöjer sig inte med att oakt-samhet och *dolus eventualis* betraktas som en normativ skuld, utan med dessa hjälpmedel vill han nå den materiella skulden: den samhällsfarliga karaktären. De hypotetiska formlerna på ömse sidor om gränsen mellan *dolus* och culpa kunde enligt Thyrén beskriva en för honom tydlig materiell straff-rättslig verklighet bestående i den ”...likgiltighet för samhällsintresset” som ”...alstrat den allmänna disposition till vårdslöshet” vilken som prövas i oakt-samhetsprövningen. Han reserverar sig emellertid enligt följande:

Å andra sidan beror förutsebarheten *icke helt* af individens vilja och en afvikelse från normen härutinnan kan icke utan vidare räknas viljan till last. Fastmera måste man inom medvetandet åtskilja en (relativt) *fix* faktor, omfattande t.ex. individens allmänna grad af ”förstånd”...¹⁷⁵²

”Förstånd” i detta sammanhang är enligt Thyrén de särskilda förståndsgåvor, erfarenheter, kunskaper eller egenskaper som man måste komplettera akt-samhetsregeln med. Denna ”fixa” faktor kontrasteras med en ”variabel” faktor, ”nämligen den riktning (användning på ett eller annat mål), som sub-

¹⁷⁴⁹ Thyrén, 1914 s 4 och 7.

¹⁷⁵⁰ Thyrén, 1914 s 6 och 7.

¹⁷⁵¹ Se avsnitt 2.2.3.4 under ”Tiden närmast före och efter strafflagen”.

¹⁷⁵² Thyrén, 1914 s 5.

jektet gifver åt nämnda fixa faktor".¹⁷⁵³ Viljans utövande i egentlig bemärkelse enligt Thyrén är således användningen eller målinriktningen av denna fixa faktor.

Thyrén delar inte upp oaktsamhetsprövningen i två delar; en objektiv och en subjektiv. De personliga elementen utgör alla delar av aktsamhetsregeln på samma sätt som standarder av olika slag. Oaktsamhetsprövningen är för Thyrén en jämförelse mellan *en* aktsamhetsnorm och *ett* verkligt fall. Oaktsamheten är personlig, och prövningen hur gärningspersonen disponerat situationen är objektiv genom det hypotetiska provet. I juridisk mening är det enligt Thyrén tillräckligt att frågan om den samhällsfarliga viljan avgörs "genom denna substitution", dvs genom ett hypotetiskt prov. Bedömningen av oaktsamheten måste därför enligt Thyrén vara objektiv, genom att oaktsamheten fastställs som en brist på vissa personliga och icke-personliga element, och samtidigt personlig, genom att substitutionen skall ske med utgångspunkt från gärningspersonens egenskaper, eftersom gärningspersonen måste kunna ha utfört det hypotetiskt goda, om han hade haft en godtagbar viljeinriktning. Det enda som substitueras är således viljeinriktningen, dvs den "variabla" faktorn eller m a o inriktningen av förmågan.¹⁷⁵⁴

SLUTSATSER OM THYRÉNS LÄRA

En av Thyréns slutsatser beträffande gränsdragningen mellan dolus och culpa blir att skillnaden mellan den högsta och lägsta skuldformen vid medveten skuld (dvs riskuppsåt, sannolikhetsuppsåt respektive "visshetsuppsåt") endast är en gradskillnad.¹⁷⁵⁵ Thyrén menar att det egentligen inte finns några artskilda skuldformer. Skillnaden mellan dolus och culpa framstår som en fråga om skuldqualität. Hans studier i den romerska rätten och särskilt i Lex Aquila har säkert bidragit till att forma hans skulduppfattning.¹⁷⁵⁶ All skuld är viljeskuld både för Thyrén och för romarna. Men Thyréns skuldlära är till skillnad från den romerska rättens syn på saken en strängt dualistisk viljeskuld, där bevistemat är ett från gärningen skilt separat psykologiskt "inre" faktum, den samhällsfarliga viljan/karakteren. Samhällsfarlig vilja fastställs på båda sidor om uppsåtsgränsen genom ett hypotetiskt prov. Samhällsfarlig vilja är också den enda grunden för straff. Skuld är för Thyrén förekomsten av samhällsfarlig vilja, även om den vid dolus eventualis och vid omedveten culpa fastställs genom olika hypotetiska prov.

¹⁷⁵³ Thyrén, 1914 s 5.

¹⁷⁵⁴ Thyrén, 1914 s 7.

¹⁷⁵⁵ Thyrén, *Über Dolus und Culpa* s 153f.

¹⁷⁵⁶ Jfr vad Binding kallade det "grandiosa" misstaget om innebörden av begreppen skuld och culpa i den romerska rätten. Se t ex avsnitt 4.3.

Thyréns lära är alltså klassisk efter förebilder som exempelvis Bindings lära. Culpaprovningen utförs som en jämförelse mellan å ena sidan en aktsamhetsregel, inkluderande gärningspersonens personliga och situationsbundna omständigheter *men med* en godtagbar viljeinriktning, och å andra sidan den aktuella gärningen *utan* den aktuella viljeinriktningen. Den aktuella viljeinriktningen framkommer som en minuspost i jämförelseoperationen.

Thyréns idéer dominerade hela mellankrigstiden och under tiden för förarbetena inför Brottsbalken. Stjernberg var enig med Thyrén om att culpa syftade på "...inre fakta, vad som rör sig i människornas själsliv."¹⁷⁵⁷ Stjernberg menade dock att bestämningen av gränsen mot uppsåt är avgörande för culpabedömningen. Culpa skulle alltså vara en slags "icke-uppsåtlig skuld".¹⁷⁵⁸ På ett intressant sätt ger han därför intrycket av att uppsåt skulle vara en kvalificering av culpa, och ändå inte ett självständigt rent "subjektivt" begrepp som syftar på "inre fakta". I tysk doktrin återkom vid samma tid ofta uttalanden om att oaktsamhet måste vara en egen skuldform helt oberoende av culpa.¹⁷⁵⁹ Gränsdragningen mellan uppsåt och oaktsamhet i tingsrättspraxis sker däremot i hög grad endast genom att "icke-uppsåt" konstateras.¹⁷⁶⁰

4.6.3.2.3 BROTTSBALKSKOMMENTAREN

Thyréns koncept försvann i stort sett i och med de första upplagorna av Brottsbalkskommentaren. Inget finns kvar av termen "viljestandard" eller överhuvudtaget begreppet "vilja".¹⁷⁶¹ Detta är det tydligaste tecknet på att en ny oaktsamhetslära börjat tränga ut den "klassiska" i doktrinen. Redan i de första upplagorna framställs oaktsamhetsprovningen, åtminstone antydningssvis, som en flerstegsoperation indelad i primärt en objektiv provning och därefter ett "hänsynstagande" till subjektiva moment.¹⁷⁶²

De senaste två upplagorna har emellertid inskränkt beskrivningen av oaktsamhetsprovningen till något mer än en sida i förhållande till den förra, där Strahl medverkade, på tre sidor.¹⁷⁶³ Den oaktsamhetslära som Wennberg står för, och som finns i de senaste upplagorna, är närmare en klassisk lära än den tidigare. För det första är Wennberg tydlig beträffande omöjligheten av att tillämpa täckningsprincipen och för det andra är tudelningen (eftersom täck-

¹⁷⁵⁷ Stjernberg, Föreläsningar s 164 och Erenius, Oaktsamhet s 77.

¹⁷⁵⁸ Erenius, Oaktsamhet s 162f.

¹⁷⁵⁹ Se avsnitt 4.6.2.2.2. Däremot anser Erenius att det är sannolikt att Stjernberg inte velat avvika från sin samtids syn på culpabegreppet. Se Erenius s 77.

¹⁷⁶⁰ Se avsnitt 5.6.5.

¹⁷⁶¹ Erenius, Oaktsamhet s 79 och Brottsbalkskommentaren del I 2.uppl år 1968, s 31.

¹⁷⁶² Brottsbalkskommentaren del I, 2 uppl 1968 s 31ff.

¹⁷⁶³ Brottsbalkskommentaren del I s 40f.

ning av det objektiva med det subjektiva inte anses kunna genomföras) nu inte lika klart utsagd:

För alla fall av oaktsamhet utmärkande är emellertid, att oaktsamheten är en avvikelse från erforderlig aktsamhet. Däri ligger dels ett krav på att gärningen skall avvika från ett aktsamt beteende, dels också att det kunnat begäras av gärningsmannen att han iakttagit erforderlig aktsamhet.¹⁷⁶⁴

Brottsbalkskommentarens starka ställning inom doktrinen har sin rot i att den anses ligga källmässigt nära förarbetena.¹⁷⁶⁵ Exempelvis angavs i de tidiga upplagorna uttryckligen de författare som var ledamöter i Straffrättskommittén och strafflagsberedningen. Den något paradoxala situationen föreligger alltså att Brottsbalkskommentaren från första början, med ledamöter från Straffrättskommittén i redaktionen, avviker från förarbetena, under det att de senare upplagorna, utan lika stark anknytning till Straffrättskommittén, i vissa avseenden ligger närmare förarbetena och en mer klassisk oaktsamhetslära.

Sammanfattningsvis kan sägas att oaktsamhetsprövningen enligt de första upplagorna utgick från å ena sidan en avvikelse från vad som är godtagbart beteende såsom den objektiva delen av oaktsamhetsprövningen och å andra sidan "tog hänsyn till" vad som kan begäras av gärningspersonen i den situation han befann sig i. Det senare ledet skulle utgöra det subjektiva i prövningen, utför på något sätt *utanför* jämförelsen med aktsamhetskravet. En tudelning av oaktsamheten i en subjektiv och en objektiv del är här ganska tydlig. I de två senaste upplagorna är däremot det senare hänsynstagandet uttryckligen en del av prövningen i förhållande till aktsamhetskravet/regeln. Skillnaden mellan beskrivningen i de tidiga och de senare upplagorna kan koncentreras till två konstateranden i upplagorna från år 1994 och 1998; dels att täckningsprincipen inte kan användas vid oaktsamhetsprövningar, dels att de senare "subjektiva" eller individuella momenten i prövningen verkar *ingå* i jämförelsen mellan aktsamhetskravet och gärningen. Även i den senare upplagan förutsätts en artskillnad mellan uppsåt och oaktsamhet. Men samtidigt framhålls att en skillnad mellan uppsåtsrekvisit och oaktsamhetsrekvisit är att de senare är öppna rekvisit som förändras i takt med exempelvis den "industriella utvecklingen".

¹⁷⁶⁴ Brottsbalkskommentaren del I, s 41 och Brottsbalkskommentaren del I (1998) s 42.

¹⁷⁶⁵ Lind, Motiv som rättskälla s 357: "Sedan början av detta århundrade har lagkommentarer utgivits som i största utsträckning baseras på lagmotiven. Man utgår då vanligen från att motivuttalanden till den nya lagstiftningen har giltighet och kommer att beaktas i rättstillämpningen. Härefter inrättar sig inte sällan personer som berörs av den nya lagstiftningen."

EN KLASSISK OCH "PRAGMATISK" LÄRA

Det finns ett nära samband mellan Brottsbalkskommentarens utgåvor t o m år 1987 och Strahls oaktsamhetslära. Strahl var medlem av Straffrättskommittén och kan räknas som "the grand old man" i svensk straffrätt, åtminstone från början av sjuttioalet.¹⁷⁶⁶ Jag räknar Strahls oaktsamhetslära som en "pragmatisk" klassisk lära, trots att flera drag i denna är uttalat "moderna". Strahl indelar oaktsamhetsbedömningen i en objektiv och en individuell del, men ändå är det inte fråga om två sorters oaktsamhetsrekvisit i egentlig bemärkelse.

I litteraturlistan till avsnittet om oaktsamhet i Strahls lärobok i allmän straffrätt finns 6 av 9 verk, vilka främst behandlar skadeståndsrätt.¹⁷⁶⁷ En del av de rättsfall han använder sig av i avsnittet berör endast frågor om skadestånd. Han har inte motiverat detta närmare, utan det är tydligt att han tänkt sig att straffrättslig och skadeståndsrättslig culpabedömning i huvudsak görs på samma sätt. Den betydelsefulla artikeln om adekvansläran publicerades också med sådana förtecken.¹⁷⁶⁸

Strahl använder begreppen culpa och oaktsamhet som synonyma begrepp. De grundläggande antagandena om oaktsamhetsprövningen är enligt Strahl följande:

...att den handlande brustit i erforderlig aktsamhet och att det kunnat begäras just av honom att han i den ifrågavarande situationen iakttog sådan aktsamhet. Det senare momentet i culpabedömningen kallas i denna framställning det individuella culpaskönet.¹⁷⁶⁹

Strahl menar att oaktsamhetsrekvisitet "tillåter människor ett val huruvida de skall begå brottet eller inte" och "...om den tilltalade dömes (för culpöst brott; SC) sker det emedan han anses ha stått inför ett val och valt fel."¹⁷⁷⁰ Prövningen av oaktsamhet sker i första hand genom en jämförelse med "erforderlig aktsamhet"¹⁷⁷¹ Denna erforderliga aktsamhet fastställs främst genom en utanför lagtexten utbildad "standard", som i denna mening kan sägas vara

¹⁷⁶⁶ Jareborg, Essays s 14.

¹⁷⁶⁷ Strahl, 1976 s 168.

¹⁷⁶⁸ Artikeln ingick i "Teori och praxis, studier i svensk civilrätt", skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren. Se även a a s 325.

¹⁷⁶⁹ Strahl, 1976 s 168.

¹⁷⁷⁰ Strahl, 1976 s 78 respektive 84.

¹⁷⁷¹ Strahl, 1976 s 81.

"utomrättslig".¹⁷⁷² Utöver den grundläggande prövningen av de objektiva rekvisiten vid oaktsamhetsdelikten "...fordras ...att det skall föreligga en avvikelse från något annat, nämligen från det aktsamma eller åtminstone det godtagbara.¹⁷⁷³ Tidigare uttrycktes detta som att det för culpa erfordras "...att det skall kunna begäras av gärningsmannen att han i den ifrågavarande situationen betett sig annorlunda."¹⁷⁷⁴ Sammantaget tar Strahl således fasta på det alternativa godtagbara handlings sättet, som bestämmer aktsamhetskravet.

Strahl delar alltså upp oaktsamhetsbedömningen i två delar; en del utförs som en jämförelse med "erforderlig aktsamhet" och en del är direkt bunden till gärningspersonens förutsättningar. Beträffande den första delen av prövningen, den "objektiva", gäller:

Oaktsamhet skall för att ådraga ansvar som sagt vara *brist på erforderlig aktsamhet*. Det ifrågavarande beteendet skall därför vara en avvikelse från det aktsamma eller åtminstone det godtagbara. Huruvida den handlande betett sig så, att han brutit i erforderlig aktsamhet, beror av omständigheterna i det särskilda fallet. Vid sin prövning av vad erforderlig aktsamhet krävt har domstolen att taga hänsyn till hur en människa i en sådan situation som den ifrågavarande anses bära bete sig.¹⁷⁷⁵

Denna "erforderliga aktsamhet" är enligt Strahl uppbyggd av i första hand föreskrifter i lag och författning eller andra förhållningsregler, i andra hand av prejudikat som ger ledning, därefter teknisk riktighet i handlandet, t ex läkar-konstens regler, därefter vad som är brukligt att göra vid viss verksamhet bland "ansvarsmedvetna" människor och slutligen som en sista komplettering av vad en "insiktsfull och ansvarsmedveten människa (domaren själv) skulle ha gjort i den aktuella situationen.¹⁷⁷⁶ Strahl menar att detta schema för bedömningen måste kompletteras efter varje särskilt falls egenheter genom att den risk som föreligger i det särskilda fallet måste beaktas. Strahl betonar alltså domstolens frihet att konstruera denna regel. Föreskrifter i lag och författning är inte bindande för konstruktionen av aktsamhetsregeln; "Rekvisitet är nämligen oaktsamhet, inte överträdelse av en föreskrift."¹⁷⁷⁷

¹⁷⁷² Beträffande begreppet "standard" vid bedömningar av *negligentia* se Jareborg, Ansvarslära s 51 och Peczenik, Causes and Damages s 284. År 1969 använde sig Strahl av begreppet "utomrättslig" i detta sammanhang. Se Erenius, Oaktsamhet s 80 not 52.

¹⁷⁷³ Strahl, 1976 s 80.

¹⁷⁷⁴ Erenius, Oaktsamhet s 80 not 52.

¹⁷⁷⁵ Strahl, 1976 s 169.

¹⁷⁷⁶ Strahl, 1976 s 170ff. Som synonyma begrepp till erforderlig aktsamhet används här "aktsamhetskravet" och "aktsamhetsregeln".

¹⁷⁷⁷ Strahl, 1976 s 169.

Uppenbarligen är konstruktionen av aktsamhetsregeln gjord efter samma grunder som hos Hagströmer och Thyrén; alla tänkbara omständigheter, både från det enskilda fallets omständigheter och kontexten i övrigt, skall bygga upp detta krav på "erforderlig aktsamhet". I fråga om ansvaret vid oaktsamma effektbrott beskriver Strahl aktsamhetsregeln på ett tydligt sätt: "Brist på erforderlig aktsamhet är inte annat än en avvikelse från en regel för hur människor bör bete sig."¹⁷⁷⁸

Prövningen om aktsamhetskravet är uppfyllt eller inte, sker genom att - helt enligt den klassiska oaktsamhetsläran - den verkliga gärningspersonen *byts ut* mot en hypotetiskt "ansvarsfull" människa, som hypotetiskt utför den oaktsamma gärning som gärningspersonen skulle ha gjort. Denna prövning är angiven som ett slags första *objektivt* stadium i prövningen. Vilken dogmatisk karaktär detta objektiva tillräknande har, säger inte Strahl. Däremot är det tydligt att han vill hävda att detta mellanstadium i ansvarsbedömningen är en nödvändig fas, skild från den senare som han kallat "det individuella culpaskönet".

Den andra fasen i prövningen, den personliga, subjektiva eller i Strahls tappning "det individuella culpaskönet", skall alltså inte tillhöra aktsamhetskravet eller aktsamhetsregeln utan är något annat. Han ger en närmare beskrivning av detta enligt följande:

För att ett culpaprekvisat skall vara uppfyllt kräves, såsom sagts i början av kapitlet, inte blott att den handlande åsidosatt erforderlig aktsamhet utan även att det kunnat begäras av den ifrågavarande individen att han i den ifrågavarande situationen iakttog erforderlig aktsamhet. Bedömningen huruvida detta krav är uppfyllt kallas här det *individuella culpaskönet*.¹⁷⁷⁹

Av ordalydelsen framgår att Strahl inte menar att aktsamhetsregeln skall kompletteras av "individens egenskaper". Dessa är exempelvis kroppskrafter, syn, hörsel, skicklighet, kunnighet, färdigheter, utbildning, erfarenheter, höggradig nervositet, inte sinnessjukdom men väl den sinnessjukes sinnesbeskaffenhet, höggradig impulsivitet, dock inte häftigt lynne, övergående tillstånd av skräck, bestörtning, förvirring, omtöckning, överansträngning eller trötthet.¹⁷⁸⁰

¹⁷⁷⁸ Strahl, 1976 s 192.

¹⁷⁷⁹ Strahl, 1976 s 175.

¹⁷⁸⁰ Strahl, 1976 s 179ff.

Två andra ytterligare aspekter på Strahls oaktsamhetslära förtjänar att tas upp: Dels konstaterandet att kvalifikationer av oaktsamhet ingenting annat är än "att vara lite mänsklig", dels att kausalitet och de subjektiva rekvisiten enligt Strahl hänger ihop på det sättet att adekvansbegreppet inte behövs i straffrätten, eftersom vi inte har strikt ansvar.¹⁷⁸¹

Strahl föreställde sig att kvalifikationen av oaktsamheten, som i den romerska rätten, kunde indelas i tre grader: culpa lata, culpa levis och culpa levissima:

Man föreställde sig skillnaden såsom en kvantitativ sådan.

Den sammanfaller inte med skillnaden mellan medveten och omedveten oaktsamhet. Oaktsamhet brukar sägas vara medveten, om den culpöse är medveten om att han åsidosätter erforderlig aktsamhet. Att culpa är medveten är visserligen ägnat att låta den te sig som grov, men även omedveten culpa kan vara grov. Lagen fäster sällan avseende vid om culpa är medveten eller omedveten. Den företager en kvantitativ gradering.¹⁷⁸²

Som exempel på detta nämner Strahl smittskyddslagen och TBL §1 st 2 om uppenbar likgiltighet.

Uppenbar likgiltighet torde förutsätta viss medvetenhet om risk för olycka.

Att genomföra en kvantitativ gradering på exakt sätt låter sig emellertid inte göra, bl a därför att i culpaomdömet ingår skilda moment.

Att ett beteende mycket avviker från erforderlig aktsamhet är naturligtvis ägnat att låta det framstå som grovt oaktsamt, men mot denna bedömning kan tala att den ifrågavarande individens egenskaper eller hans situation i någon mån ursäktar honom. Innebörden av stadganden, som begränsar straffbarheten till grov oaktsamhet eller till oaktsamhet som ej är ringa blir i praktiken inte stort mer än en uppmaning till domstolarna att visa överseende.¹⁷⁸³

Utgångspunkten i de tre graderna av culpa, som tre grader av oaktsamhet till skillnad från dolus, är som Binding kallade det en "grandios" missuppfattning

¹⁷⁸¹ Strahl, Adekvansläran s 324ff och Strahl, 1976 s 190, 72 och 124. Jfr Peczenik, Causes and Damages s 288ff angående adekvat kausalitet: "Adequacy is thus judged through the eyes of an expert (a *vir optimus*), while negligence is judged through the eyes of a layman (a *bonus pater familias*)."

¹⁷⁸² Strahl, 1976 s 189 ff.

¹⁷⁸³ Strahl, 1976 s 190.

av den romerska rätten. Den kvantitativa oaktsamhet Strahl alltså hänvisar till är visserligen ursprungligen en kvantitativ gradering, men en uppsåtskvantifiering. Culpa lata var uppsåt och culpa levis respektive levissima oaktsamhet. Kvantifieringen är m a o en skuldquantifiering. Det som Strahl tror var den grova oaktsamheten, dvs kvantifiering av oaktsamhet, var istället grov skuld m a o uppsåt. Grov skuld var förbunden med tydlig styrning. Således förefaller kvantifieringen istället vara en kvalifikation, i den mån man menar att skillnaden mellan uppsåt och oaktsamhet är en fråga om kvalitet. Culpa kvantifierades alltså genom graden av styrning. Skuld korresponderade med styrningsgraden. Enbart härledd eller presumtiv skuld var culpa levis, dvs "lätt" skuld.

Strahl menar alltså att även om beteendet verkligen kan vara iögonfallande oaktsamt eller den önskade effekten avsevärd, är det ändå inte detta som avgör grovheten.

Han betonar också att skadan i princip är irrelevant för bedömningen bortsett från att skadan har ett visst bevisvärde.¹⁷⁸⁴

Även om kausalitetsfrågorna inte prioriteras i min framställning, eftersom de främst berör den nedre ansvarsgränsen mot våda, är kausalitetsfrågan av visst generellt intresse för oaktsamhetsbedömningen. Strahls kausalitetslära rymmer både klassiska och "post-klassiska" drag. Strahl betecknar rekvisiten från BrB kap 3, att orsaka annans död och beröva annan livet, som kausalitetsrekvisit eller orsaksrekvisit. Han skriver följande om innebörden av orsaksrekvisitet:

...frågan om innebörden av detta (kausalitetsrekvisitet eller orsaksrekvisitet) är en fråga om innebörden av brottsbeskrivningen och så tillvida en juridisk fråga. Detta betyder inte, att juridiken skulle arbeta med ett särskilt orsaksbegrepp. Det är missvisande att tala om juridisk kausalitet.¹⁷⁸⁵

Från rättssäkerhetssynpunkt är det viktigt, att orsaksrekvisitet formas med största möjliga precision. Kravet att en effekt orsakas, är en rättssäkerhetsgaranti. Övriga rekvisit är inte sällan så vaga, t ex uppsåtsrekvisitet, att det finns all anledning att söka ge orsaksrekvisitet skarpa gränser genom en genomtänkt teori.

¹⁷⁸⁴ Strahl, 1976 s 172.

¹⁷⁸⁵ Strahl, 1976 s 51.

Det är givet, att utformningen av ett allmänt orsaksrekvisit, i princip en fråga om tolkningen eller utläggningen av lagen, måste ske i anslutning till vad orsakande är enligt gängse språkbruk.¹⁷⁸⁶

Gängse språkbruk är enligt Strahl ungefär vad betingelse teorin lär.¹⁷⁸⁷ Men samtidigt erkänner Strahl, dels att det måste förutsättas att skillnaden mellan effekt och handling är en juridisk skillnad, dels att en juridisk reduktionsoperation, där vissa omständigheter som påverkat händelseförloppet kausalt rensas bort, utförs genom betingelse teorins hypotetiska prov. Strahl menar emellertid samtidigt att adekvans läran inte är hållbar.¹⁷⁸⁸ De begränsande faktorerna menar han därför vara kravet på "social adekvans" samt dolus och culpa.¹⁷⁸⁹

SLUTSATSER OM STRAHLS CULPALÄRA

Oaktsamhetens grovhet är alltså enligt Strahl främst bunden till frågan om förmågan att göra det aktsamma. Med andra ord refererar kvalifikationen till *hur lätt det var* att följa aktsamhetskravet. Uppmaningen till överseende är alltså en sänkning av aktsamhetskravet. Preciserandet av reglerna för detta "överseende" med individers handlande i vissa avseenden är just vad den juridiska straffrättsliga verksamheten traditionellt syftar till genom att hantera skuldfrågor. Det relevanta för oaktsamhetens kvalifikation, eller kvantifiering, är således enligt Strahl enbart *hur stor* avvikelserna är från den hypotetiskt aktsamma gärningen inklusive de individuella förutsättningarna i denna. Storleken på avvikelserna måste mätas efter den lätthet, med vilken man kunnat undvika det oönskade händelseförloppet. Därmed förefaller Strahls koncept för kvalifikationsproblemet att sammanfalla med förmågan att styra händelseförloppet mot ett förväntat aktsamt förlopp. Medvetenhet om risk gör det lättare att undvika riskens förverkligande. Därför är riskuppsåt, liksom uppsåt i övrigt, culpa lata, eller grov skuld. Grov oaktsamhet är m a o, trots vad Strahl säger, främst s k medveten culpa enligt Strahls egen oaktsamhetslära.

I Strahls adekvanslära är de ansvarsbegränsande faktorerna beroende av åtminstone en bedömning gjord av en *vir optimus*, dvs minst en slags strikt form av ansvar och en för TT sträng culpastandard. Strahl har rätt i att svårigheterna är uppenbara för betingelse teorin, eller för läran om "juridiska"

¹⁷⁸⁶ Strahl, 1976 s 52.

¹⁷⁸⁷ Strahl, 1976 s 56ff.

¹⁷⁸⁸ Strahl, Adekvans läran s 335f.

¹⁷⁸⁹ Strahl, Adekvans läran s 353 och Strahl, 1976 s 74. Han menar att kravet på adekvat kausalitet är något helt annat än social adekvans, dvs tillåten risk eller vad "livets regel" tillåter. Jfr Keinapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht s 10. Keinapfel menar att social adekvans och begreppet tillåten risk ligger mycket nära varandra i betydelse.

former av kausalitet, att särskilja de faktorer som är juridiskt relevanta orsaker till en effekt.¹⁷⁹⁰ Men det är inte uteslutet att begreppen ändå används i praktiken som en skenbar motivering.¹⁷⁹¹ Ansvarsbegränsningen åstadkoms oftast genom dels läran om tillåten risk och dels genom skuldkravet. Detta är ändå på något sätt ostridigt i litteraturen.¹⁷⁹² Om kvalifikationsstandarden inte har denna strikta form, vilket enligt skuldprincipen egentligen inte skulle förekomma, utan är "vanlig" oaktsamhet eller uppsåt, är denna stränga form inte aktuell. Trots allt är det ändå fråga om vilken kvalifikationsgrad som är aktuell. På så vis krävs alltid någon slags kausalitet, bestämd som culpa av viss normativ grad, men inte en kausalitet på annat sätt. Begreppet tillåten risk är i stort sett ett annat uttryck för social adekvans eller att gärningen var akt-sam.¹⁷⁹³ Jag föredrar begreppet "aktsamhet" för denna funktion, eftersom tillåtenheten, liksom för övrigt även rättsstridighetsbegreppet, ger ett skenbart intryck av att tillåtlighet och rättsstridighet på ett enkelt och mekaniskt sätt kan utläsas ur en komplett regelmassa. Innebörden av dessa begrepp utformas nämligen delvis genom "skön" eller domarrätt. Kravet i alla mål på en akt-samhetsnorm i enlighet med konformitetsprincipen ger alltså den nödvändiga begränsningen av straffbarheten.

Welzel och Honig menade redan i slutet på 20-talet att lärorna i straffrätten, när det gällde kausalitetsfrågorna, befann sig i en "öppen kris".¹⁷⁹⁴ Detta menade Welzel framförallt gällde gränsdragningarna vid effektdelikten, då betingelseteorin och adekvansteorin användes. Welzel menade att upptäckten av att kausaliteten måste värdebestämmas inte egentligen var svaret på frågorna om kausalitetens funktion i straffrätten. Han hävdade att bakom denna värdebestämda kausalitet fanns en ontologisk teleologisk grund, som han senare kom att beteckna som finalitet.¹⁷⁹⁵ Han menar att adekvansläran är "...eine verkappte teleologische Theorie".¹⁷⁹⁶ Utgångspunkten för hans attack mot det klassiska brottsbegreppet och de kausala handlingslärorna var att de kausala handlingslärorna av naturliga skäl för sitt bestånd kräver en kausalitet. Även om frågan om handlingars ontologi i stort sett måste lämnas öppen här, är det ostridigt att vid *bedömningar* av gärningar träder culpafrågan i förgrunden på bekostnad av kausalitetsfrågor.

¹⁷⁹⁰ Se t ex Jareborg, Gärningslära s 98f.

¹⁷⁹¹ Se t ex Lackner, s 62ff. Lackner anser att både betingelseteorin och en form av adekvansläran är härskande läror. Jfr Peczenik, Vad är rätt? s 565.

¹⁷⁹² Leijonhufvud och Wennberg, Straffansvar s 53ff.

¹⁷⁹³ Se dock Jareborg, Ansvarslära s 71, beträffande begreppen "tillåten risk" och "gärningsculpa" som ersättning för adekvansbegreppet.

¹⁷⁹⁴ Honig, Kausalität und objektive Zurechnung s 174 och Welzel, Kausalität s 703.

¹⁷⁹⁵ Welzel, Kausalität s 706ff.

¹⁷⁹⁶ Welzel, Kausalität s 720.

Avsikten med att utvärdera de individuella egenskaperna hos gärningspersonen sägs vara att domstolen skall kunna "ta hänsyn" till dem. Men det kan inte vara så att de individuella egenskaperna på något sätt i sig självt konstituerar culpa eller inte culpa. Ett faktum som exempelvis nedsatt hörsel hos gärningspersonen eller offret, säger ingenting om huruvida culpa föreligger. Däremot skall domstolen bedöma och väga den nedsatta hörseln mot en regel, som ger upplysning om det är aktsamt att köra bil utan hörapparat, trots att hörseln är nedsatt. Det är alltså uppenbart att alla dessa individuella egenskaper används som kompletteringar av aktsamhetskravet. Varför viss erforderlig aktsamhet "begärs" av gärningspersonen är att exempelvis den nedsatta hörseln ökat aktsamhetskravet, på så sätt att för en fullt ut hörande finns inte ett aktsamhetskrav vid bilkörning som innefattar krav på hörapparat. Kravet på erforderlig aktsamhet har alltså verkat som en komplettering av denna aktsamhetsregel. Samma svagheter som i övrigt föreligger hos flerstegsläroarna tycks alltså även belasta Strahls lära.

Det är förståeligt om Strahl med "det individuella culpaskönet" menar att domstolen också, utöver att den måste bygga upp "erforderlig aktsamhet" eller aktsamhetsregeln med information från standarder och generella föreskrifter, måste komplettera aktsamhetsregeln med hänsyn till gärningspersonens egenskaper och förmåga. Men det är inte förståeligt om "det individuella culpaskönet" skulle vara en operation, där oaktsamhet på något omedelbart sätt visade sig i och med att egenskaperna ifråga konstaterats. Det föreligger då uppenbara svårigheter att skarpt upprätthålla en åtskillnad mellan individuella rekvisit och andra rekvisit. Man kan fråga sig varför indelningen skall göras, utöver att den på något sätt skall spegla den fundamentala tudelningen i brottsbegreppet. Man kan även fråga sig varför dessa individuella egenskaper skall vara mer eller mindre skönsmässigt bedömda jämfört med andra egenskaper hos andra individer eller med speciella omständigheter, som t ex hänsynstagandet till särskild väderlek vid ett visst gärningstillfälle. Alla sådana omständigheter ingår ju på samma nivå i den typ av aktsamhetsregel, som enligt Strahl byggs upp för att användas i subsumeringsoperationen, där det enskilda fallet jämförs med det generella eller typiska fallet i regeln.

Vad Thyren och Hagströmer samt Straffrättskommittén beskrev som "normal viljestandard" beskrivs av Strahl som en normal "ansvarskänsla". Men konstaterandet av en normal ansvarskänsla i sammanhanget kan inte förstås på annat sätt än att en gärning utförd med ansvarskänsla skulle ha styrts mot ett "ansvarfullt" händelseförlopp.

Det kan emellertid inte uteslutas att Strahl verkligen menat att prövningen av de individuella egenskaperna var något annat än prövningen av andra rekvi-

sit vid culpabedömningen. Hans betoning av två faser och hans benämning av dessa som olika *slag av prövningar*, beroende på om kompletteringarna av aktsamhetsregeln kommer från individens egenskaper, som t ex hörsolförmåga, eller exempelvis individens förmåga beroende på klädustrustning eller teknisk utrustning, talar för detta. Men förutsatt att Strahl menat att det har vissa praktiska fördelar att dela upp prövningen i två heuristiska led: ett objektiva led och ett subjektivt personligt led, vilka det inte går att skarpt åtskilja, är Strahls oaktsamhetslära i stort sett densamma som den som hävdas av Straffrättskommittén. Han tycks även bekräfta detta i följande anförande:

Rättsregler uppställas att gälla för framtida handlingar. Även en övertygad determinist bör därför kunna uppskatta, att ansvar göres beroende av oaktsamhet och därmed av ett val mellan handlingsalternativ och att vid bedömningen av handlingen individuell underlägsenhet räknas individen till godo.¹⁷⁹⁷

Avsnittet är skrivet med finstil. Utmönstrandet av begrepp som alluderar på "vilja" eller "viljestandard" verkar m a o vara enbart en terminologisk fråga.

4.6.3.2.5 WENNBERG OCH LEIJONHUFVUD

EN KLASSISK OCH ICKE-DUALISTISK LÄRA

Någon avgörande skillnad mellan Wennbergs linje i Brottbalkskommentaren och Leijonhufvuds prövningsmodell i boken "Straffansvar" finns inte. Visserligen har Leijonhufvud inget emot att täckningsprincipen används vid oaktsamhetsbedömningar, men hon betonar uttryckligen: "Det andra ledet av prövningen av oaktsamhet är - bör vara - en bedömning av gärningsmannens *individuella förmåga* att handla på önskvärt sätt."¹⁷⁹⁸

Leijonhufvuds och Wennbergs oaktsamhetslära i boken "Straffansvar" ligger i vissa avseenden nära Strahls tänkande men är mer tydligt klassiskt enkel.¹⁷⁹⁹ Oaktsamhet är enligt författarnas åsikt en avvikelse från önskvärt handlande. Författarna har konsekvent och utan närmare motivering systematiskt placerat culpabegreppet inom den subjektiva delen av brottsbegreppet. Skälet för det kan antas vara trohet mot det klassiska brottsbegreppet. Men samtidigt föreslår de att oaktsamhetsbedömningen "kan" indelas i flera led. Oaktsamhet ser de som en standard uppbyggd av "utomrättsliga" regler:

Oaktsamheten är en *sk standard*, dvs ett rättsligt begrepp som får sin innebörd av utomrättsliga regler stadda i kontinuerlig förändring.

¹⁷⁹⁷ Strahl, 1976 s 175.

¹⁷⁹⁸ Straffansvar, s 59.

¹⁷⁹⁹ Straffansvar, s 72f.

Klart är dock att oaktsamhet i straffrättslig mening alltid innebär en avvikelse från önskvärt handlande - önskvärd aktsamhet.¹⁸⁰⁰

Standarder kan enligt detta språkbruk inte vara "inomrättsliga" i positivrättslig bemärkelse förrän domaren auktoritativt avgjort det. Innan dess är dessa standarder en särskild rättskälla som *kan* iakttas, eller en förbindelsesträng mellan moral och rätt, där moralen får sitt inflytande genom domarskön. Beteckningen "utomrättslig" användes, som tidigare sagts, även av Strahl.

Det första ledet i oaktsamhetsprövningen skulle innebära följande:

Eftersom oaktsamhet i straffrättslig mening alltid innebär en viss ej alltför obetydlig avvikelse från *önskvärt handlande*, söker man först formulera den önskvärda aktsamheten.¹⁸⁰¹

Författarna tycks inte utgå från ett "oaktsamhetssinnelag" utan ser oaktsamhet mer som ett ansvar trots uppsåtsbrist.

Det skall även anmärkas att Leijonhufvud och Wennberg menar att oaktsamheten vid brottsbalksbrott, t ex vållande till annans död, bedöms med samma oaktsamhetskrav som TBL § 1 då lagrummen tillämpas i brottskonkurrens, trots att specialstraffrättsliga brott normalt inte självklart har samma krav på oaktsamhet som Brottsbalken.¹⁸⁰²

SLUTSATSER OM WENNBERGS OCH LEIJONHUFVUDS OAKTSAMHETSLÄRA

Det första som görs vid alla oaktsamhetsbedömningar är enligt författarna att söka formulera den "önskvärda aktsamheten". Detta är enligt min mening ett viktigt konstaterande. Detta är också ofta utgångspunkten i praxis, då oaktsamheten inte betraktas som uppenbar.¹⁸⁰³ Domstolarna börjar med att bygga upp en aktsamhetsregel, dvs ett godtagbart alternativ som TT kunde (skulle kunna) ha utfört, och jämför detta med den aktuella gärningen. Det första ledet enligt Leijonhufvud och Wennberg är alltså inte en culpabedömning i dogmatisk mening, utan en uppbyggnad av aktsamhetsregeln genom att hämta information från i första hand förhållningsregler och - får man förmoda - "utomrättsligt" material, (inklusive den individuella situationens förutsättningar) som exempelvis väderlek och väglag. Detta första led har alltså inget av objektivt tillräknande över sig. Det kan inte heller på något sätt röra sig om flera sorters culpa, även om man skiljer mellan mer eller mindre personliga

¹⁸⁰⁰ Straffansvar, s 72.

¹⁸⁰¹ Straffansvar, s 72.

¹⁸⁰² Straffansvar, s 72.

¹⁸⁰³ Se t ex avsnitt 4.7.2 samt 5.3.4.3.2 och 5.5.3.5 under "Klassen 'AktsR'".

inslag i aktsamhetsregeln. Det andra ledet enligt författarna går ut på att ta hänsyn till individens kroppskrafter och förutsättningar i övrigt. Uttryckssättet att "ta hänsyn till" återkommer här liksom i litteraturen i övrigt. Men här måste det avse samma art av operation som i det första ledet; aktsamhetsregeln byggs vidare så att den, helt färdig, även omfattar TT:s individuella förutsättningar.

Eftersom författarna på ett konsekvent sätt skilt mellan aktsamhetskravet och dess tillämpning, är det klart vad beteckningen "utomrättsliga regler" syftar på. Här måste avses exempelvis säkerhetsinstruktioner. Därmed har man även markerat att båda leden är på samma dogmatiska nivå. Båda leden handlar om att ur källor av olika slag konstruera och *skapa* en regel, inte bara tolka en given regel. Författarna vill alltså se konstruktionen av aktsamhetsregeln som en till den skrivna lagen kompletterande domarrättslig rättsbildning av den i princip "öppna" aktsamhetsregeln.¹⁸⁰⁴

Till skillnad från flerstegslärorna, framförallt Engisch' och den härskande läran i tysk rätt samt i viss mån även Strahls lära, är detta en i allt väsentligt klassisk och motsägelsefri lära om bedömningen av oaktsamhet. Här är inte fråga om en prövning i flera led eller om ett fristående "oaktsamhetsinnehåll", utan om ett rekommenderat sätt att bygga upp en aktsamhetsregel och därefter tillämpa denna på det enskilda fallet.

4.6.3.3 FLERSTEGSLÄROR I SVERIGE

4.6.3.3.1 ALLMÄNT

Här används begreppet "flerstegsläror" för att beteckna de läror som hävdar en dogmatisk åtskillnad, t ex begreppsligt och/eller funktionellt, mellan en objektiv och en subjektiv culpaprövning. Namnet är ett arbetsnamn och i viss mån vagt beträffande den svenskspråkiga doktrinen till skillnad från den tyska. I tysk doktrin används beteckningar som "die Zweistufigkeitslehre" och läran om "der doppelte Maßstab" till skillnad från den klassiska lärans uppfattning om oaktsamhetsprövningens hemvist i skulden.¹⁸⁰⁵ Anledningen till att begreppet "flerstegsläror" kanske kan vara mer tveksamt i svensk doktrin är främst deras främste förespråkare Jareborgs systematiska placering av culpa i brottsbegreppet.

¹⁸⁰⁴ Welzel, Das neue Bild s 16.

¹⁸⁰⁵ Roxin, AT s 905.

INLEDNING

Erenius delar grundintentionen i Engisch' lära att genom en koncentration på aktsamhetsreglerna i den positiva rätten, främst bestämd efter praxis' avgöranden, uppnå en realism och stadga i domstolarnas oaktsamhetsbedömningar.¹⁸⁰⁶ Instrumentet för att uppnå detta är att indela culpaprövningen i en objektiv generell del och en subjektiv individuell del.¹⁸⁰⁷ Även en tudelning i objektiv och subjektiv culpa var huvudpoängen i Engisch' metodval. Innebörden av komponenterna i distinktionen beskrivs dock olika. Genom distinktionen vill Erenius avskilja de individuella elementen i prövningen, så att den ovan nämnda koncentrationen kan ske. Den individuella delen har han sedermera indelat i dels en individualiserande del för "fysiska" individuella element, dels en individuell del för "psykiska" individuella element.¹⁸⁰⁸ I det kommande behandlas främst indelningen i en objektiv del och en individuell del, enligt den ursprungliga versionen av hans lära.

Den praktiska vinsten skulle vara rättssäkerhet, i och med att i domstolarna utvecklades tydliga standarder för bedömningen. Prövningen skulle därmed bli att kunna avlägsna sig från ett godtycke, som figuren bonus pater familias får stå skott för.¹⁸⁰⁹ Den som häftigast angrep rättsfiguren bonus pater familias var Lundstedt.¹⁸¹⁰ Grunden för hans angrepp och Erenius' motvilja mot figuren ifråga är föreställningen om att aktsamhetskravet på något sätt bör finnas i sinnevärlden som en "inomrättslig" rättskälla för att vara gällande rätt. Måttstocken fick inte vara "innehållslös" och komma från "rättstomma" rum.¹⁸¹¹ "Domarskönet" skulle begränsas med hjälp av tydliga positiva regler för domaren.

Att detta inte låter sig göra vid oaktsamhetsprövningar framgår av att alla oaktsamhetsbedömningar är moraliska bedömningar av orsaksförlopp, som Jareborg uttrycker saken.¹⁸¹² Detta ideologiska ställningstagande hos Erenius skapar alltså stora praktiska och teoretiska svårigheter för hans lära då han avlägsnar sig från sitt huvudsyfte att skildra praxis' ställningstaganden vad beträffar den nedre gränsen mot casus. Även här stöter han emellertid på

¹⁸⁰⁶ Erenius, *Oaktsamhet* s 87 samt Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit* s 153.

¹⁸⁰⁷ Erenius, *Oaktsamhet* s 17.

¹⁸⁰⁸ Erenius, *Culpatröskeln* s 145.

¹⁸⁰⁹ Erenius, *Oaktsamhet* s 159.

¹⁸¹⁰ Erenius, *Oaktsamhet* s 155.

¹⁸¹¹ Erenius, *Oaktsamhet* s 156.

¹⁸¹² Jareborg, *Ansvarslära* s 36.

problem, som liknar de som visar sig vid bestämningen av gränsen för riskers tillåtlighet.¹⁸¹³

Mot bakgrund av min kritik mot Engisch' lära och det klassiska brottsbegreppets dualistiska prövningsmodell blir min hållning till Erenius' grundläggande utgångspunkter också kritisk. Jag är däremot inte kritisk till hans avsikt att i praxis upptäcka mönster för oaktsamhetsprövningen som kan förstärka rättssäkerheten. Men tolkningen av praxis förutsätter en konsistent lära som utgångspunkt. Därför måste hans läromässiga raster för tolkningen klargöras.

ERENIUS' FUNKTIONELLA ANALYS

Erenius befattar sig främst med vad han kallar en funktionell analys av den objektiva delen av oaktsamhetsbedömningen och undviker därför flera svåra frågor, exempelvis frågan om den begreppsliga skillnaden mellan den objektiva och den individuella prövningen. Erenius skriver följande:

De starkaste skälen för att ändå i straffrättssystematiken hänföra culpans till de subjektiva brottsrekvisiten står enligt min mening icke att finna i själva begreppets materiella innehåll men i avvägningar av formellt straffrättssystematiskt slag.¹⁸¹⁴

Troheten mot brottsbegreppets struktur, som egentligen befinner sig i en viss motsättning mot hans ansats i övrigt, är alltså det avgörande skälet för att "själva" culpabegreppet skall anses vara "subjektivt".¹⁸¹⁵ Erenius tar sikte framförallt på vad han anser vara oaktsamhetsbedömningens "objektiva" del. Det sammantagna intrycket är att det skulle ha varit mer naturligt för honom att hänföra culpaparekvitet till denna del av brottsbegreppet. Denna objektivisering tänktes som en utökning av vad Engisch skulle kunna ha kallat det "inomrättsliga" rättsskäligena stoffet för oaktsamhetsregeln på bekostnad av det "utomrättsliga". Erenius vill "kodifiera" oaktsamhetsprövningen i en högre grad på bekostnad av "domarskönet". Sätillvida är hans ansats traditionellt "rättsrealistisk". Identifieringen av det särskilda i oaktsamhetsansvaret till skillnad från dolusansvaret skulle följaktligen ske främst genom att klarlägga praxis' ställningstaganden. Avhandlingen "Oaktsamhet" och artikeln "Culpatröskeln" behandlar främst oaktsamhetens gräns mot det straffria.¹⁸¹⁶

¹⁸¹³ Se avsnitt 4.6.3.3.3 under "Skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden?"

¹⁸¹⁴ Erenius, Oaktsamhet s 53 och s 80.

¹⁸¹⁵ Jfr avsnitt 4.6.3.3.3 under "Konklusion – Den första grundbulten håller men inte den andra".

¹⁸¹⁶ Erenius, Oaktsamhet s 30. Se även Culpatröskeln, s 144.

Erenius intresserar sig alltså inte i första hand för gränsen mellan dolus och culpa.

NÄRMARE OM INDELNINGEN AV OAKTSAMHET I GENERELL, (OBJEKTIV) OCH INDIVIDUELL (SUBJEKTIV) CULPA

Samtidigt som distinktionen mellan en objektiv och en subjektiv culpaprövning är den bärande huvudtanken i Erenius arbete, verkar han egentligen mena något mer än detta. En tudelning av oaktsamhet i två huvudtyper är en huvudförutsättning i hans lära för att man skall kunna koncentrera undersökningen till de generella oaktsamhetsrekvisiten. Därmed är han också tvungen att definiera vad som förstås med generell och individuell culpa. Exempelvis instämmer han i en beskrivning av tysk rätt som indelar "Fahrlässigkeit" i en objektiv och en subjektiv del.¹⁸¹⁷ Här är det inte fråga om enbart en beskrivning av oaktsamhetsprövningen ur funktionell synvinkel och den nedre gränsen av culpaansvaret. Han betonar det viktiga i Engisch' arbete, att systematiskt behandla culpa som en objektiv och en subjektiv culpa.¹⁸¹⁸ Detta görs i motsats till ett enligt honom förfelat synsätt, där oaktsamhet anses enbart tillhöra skulden.¹⁸¹⁹ Han beskriver vinsterna som kan uppnås genom uppdelningen, på följande sätt:

Det rör sig om en sakligt-funktionell uppdelning av de överväganden som göres vid bestämmandet av innehållet i det "subjektiva" rekvisitet oaktsamhet. Med en straffrättssystematik sålunda som särskiljer generella och individuella kriterier beträffande oaktsamhetsrekvisitet synes praktiskt väsentliga fördelar vara att vinna. Framförallt kommer domstolspraxis i det den i första hand inriktar sig på oaktsamhetsbegreppets objektiva, generella sida att ges möjlighet precisera normer som skänker vägledning och ger stadga åt oaktsamhetsbedömningen.¹⁸²⁰

Vinsterna han talar om är att inrikta domstolspraxis mot en rättsbildning, som ger stadga och rättssäkerhet i form av tydliga oaktsamhetsregler för olika fall. Vinsterna skulle alltså uppnås genom att sortera ut de generella regeltyperna från de icke-generella (individuella) regeltyperna.

Tanken på icke-generella normers existens kan verka direkt motsägsfull. Jag lägger denna fråga åt sidan för tillfället. Det kan ändå vara meningsfullt att närmare undersöka hans indelning av culpaprövningen. Det kan inte uteslu-

¹⁸¹⁷ Erenius, Oaktsamhet s 46.

¹⁸¹⁸ Erenius, Oaktsamhet s 44ff.

¹⁸¹⁹ Erenius, Oaktsamhet s 42f.

¹⁸²⁰ Erenius, Oaktsamhet s 81.

tas att Erenius hävdar en annan grund för sin distinktion mellan subjektiv och objektiv culpa. Det är även tänkbart att Erenius' motsägelse, även om den inte finns på ett uppenbart sätt i senare varianter av objektiva och subjektiva culpälror, ändå återfinns i dessa. Då kan hans lära fungera som en nyckel till dessa senare.

Erenius tycks vid en första påsyn inte utgå från samma slags dualism, som är grundläggande i det klassiska brottsbegreppet: indelningen av brottsförutsättningarna i en objektiv "yttre" och en subjektiv "inre" del. Hans indelning av oaktsamhetsprövningen i en objektiv del och en subjektiv, individuell del påstås endast vara en indelning av *aktsamhetskravet* i dels de förutsättningar för aktsamhet som är *generella* till sin natur, dels de som han anser inte vara generella. Men ibland tycks han ändå mena något annat såsom i det följande:

Oaktsamhetsdomen är ett konstaterande av att den handlande *ej bort förfara som han gjort*. Själva oaktsamhetsbedömningen måste emellertid *ej nödvändigtvis i realiteten ha en uttalat normativ karaktär*. Vad som i första hand åsyftas med värderingsoperationen är att handlingen *jämförs* med ett på ett eller annat sätt tillskapat *mönster*. I många fall, vilket vi senare skall söka belysa, stannar bedömningen vid en dylik *jämförelseoperation*. Resultatet av jämförelsen mellan det av samhället accepterade handlingsmönstret med den aktuella gärningen blir i många fall ensamt bestämmande för innehållet av det subjektiva rekviritet oaktsamhet. Detta innebär *ej* att det normativa elementet helt trängs undan. Man skulle kunna uttrycka det så, att det "flyttas längre fram." Det träder i funktion redan vid utväljandet av handlingsmönstren eller utbildandet av culpaformerna.¹⁸²¹

Erenius skiljer alltså mellan "oaktsamhetsdomen" och "själva oaktsamhetsbedömningen". Den förra operationen är ett tillräknande med angivande av skälet; gärningspersonen har inte följt aktsamhetsregeln. Vad det senare uttrycket betyder är enligt min mening inte klart. Erenius menar att oaktsamhetsbedömningen, vid brott som exempelvis vållande till annans död, är inriktad mot en jämförelse med

...det av samhället accepterade handlingsmönstret... Det subjektiva momentet inträder här som en begränsning av ansvaret i och med att frågan om hänsyn till vad vi skulle kunna kalla *individuella moment* kommer in i bilden. Kan det krävas av gärningsmannen att han i det aktuella fallet handlat annorlunda eller underlåtit att handla."¹⁸²²

¹⁸²¹ Erenius, *Oaktsamhet* s 86.

¹⁸²² Erenius, *Oaktsamhet* s 17.

Här hänvisar Erenius till Ross, som formulerat innehållet i den subjektiva delen av oaktshetsprövningen på följande sätt:

Hvilken vægt skal der tilægges den handlendes individuelle udrustning i retning af overnormal eller undernormal evne til att opfatte og indse?¹⁸²³

Erenius menar således att det på något sätt finns ett slags oaktshetsprövning som redan utförts i den objektiva delen. Det som sker därutöver är att "hänsyn tas" till vissa ursäktande omständigheter. Om detta är sant, skulle inte exempelvis ursäkter som nödvärnsexcess prövas mot en regel om detta. Rätten skulle endast behöva ta "hänsyn" till förhållandena utan någon egentlig tillämpning av en regel.

Jareborg kommenterar tankegångarna på följande sätt:

Samtidigt som jag gärna framhåller att Erenius' böcker innehåller mycket av värde, måste jag tillstå att hans ansats till analys av gärningsculpa är mig helt främmande; jag kan inte inse hur man kan börja med en "objektiv" jämförelseoperation utan en värdering, varigenom avgörs vilken måttstock som skall användas.¹⁸²⁴

Erenius menar att den mer mekaniska jämförelseoperationen i domstolen mellan gärningen och den "inomrättsliga" positivrättsliga delen av oaktshetsregeln, är den icke-normativa, *generella och objektiva* delen av oaktshetsprövningen. Den skönsmässiga delen, där hänsyn tas men utan att någon jämförelse mellan regel och gärning sker, ser han som den *individuella delen*. Dessa individuella drag i oaktshetskravet ser Erenius ofta som personliga, förstått i vid bemärkelse. Betecknande är att Erenius, som tidigare sagts, senare ser sig föranlåten att utvidga den individuella kategorin med kategorin "individualiserande" moment.¹⁸²⁵ Avsikten med denna nyansering måste vara att skilja mellan personliga moment, d v s personliga "inre" egenskaper, och yttre opersonliga drag i situationen. Han vill alltså skilja mellan exempelvis gärningspersonens kunskap och skicklighet och å andra sidan väderleken vid gärningstillfället. Denna åtskillnad faller helt tillbaka på den klassiska indelningen av brottsbegreppet i objektiva (yttre) och subjektiva (inre) rekvisit. Han tänker sig därmed att vinna ytterligare fördelar i generalitet genom att avskilja de "inre" personliga egenskaperna även från andra kompletteringar till oaktshetsregeln. Därigenom har han slutligen stannat för en indelning i dels helt objektiva (yttre) och generella oaktshetsrekvisit,

¹⁸²³ Ross, Hensigt er ikke forsæt s 357.

¹⁸²⁴ Jareborg, Två sorters culpa s 247.

¹⁸²⁵ Erenius, Culpatröskeln s 145f.

dels objektiva (yttre) men icke-generella individualiserande rekvisit och dels subjektiva (och inre) icke-generella individuella rekvisit. Indelningen i en objektiv culpaprövningsdel och en subjektiv sådan har alltså även drag av den klassiska indelningen i "inre" och "yttre" fakta.

NÄRMARE OM DE INDIVIDUELLA REKVISITEN

Erenius konstaterar först att *negligentia* framträder som ett motsatsförhållande till *dolus*:

I olikhet med uppsåtsbegreppet kan man ej generellt definiera oaktsamhetsbegreppet med hjälp av psykologiska kriterier. Dylika kriterier har väl betydelse vid den s. k. medvetna culpan, d.v.s där gärningsmannen insett möjligheten av effektens inträde. De har emellertid ingen betydelse i de fall den handlande ej insett möjligheten ehuru han bort ha gjort detta. I dessa fall talar man om omedveten culpa.¹⁸²⁶

Därmed har Erenius uttalat sig om att gränsen mellan *dolus* och *culpa* i princip skall dras med hjälp av "psykologiska kriterier". Samtidigt redovisar han följande samsyn med doktrinen i övrigt beträffande bevisproblemen, i samband med bevisningen av de subjektiva rekvisiten:

Det är också en ej sällan gjord iakttagelse, att bevisvärderings- och bevisbördefrågor på ett intimt sätt är sammanblandade med materiellrättsliga frågor rörande de subjektiva brottsrekvisiten.¹⁸²⁷

Erenius beskriver gränsen mellan oaktsamhet och uppsåt som ett i princip okomplicerat materiellrättsligt förhållande mellan psykiska kriterier och icke-psykiska kriterier. Samtidigt menar han att det ändå finns ett intimt samband mellan bevisfrågor och materiella frågor när det gäller att bestämma uppsåtsgränsen. I dessa hänseenden skiljer han mellan "positivrättsliga" och processrättsliga regler.¹⁸²⁸ Han menar dock att bevisbörderegler har samma preventiva funktion som "positivrättsliga" regler och därigenom tjänar samma syfte.¹⁸²⁹ Grundsatsen "in dubio pro reo" t.ex. anser han ha som syfte att avgränsa ett straffbuds verkan, och därigenom skulle principen ha status som en materiell straffrättslig regel.¹⁸³⁰ Trots att bevisrättsliga regler likställs i de flesta avseenden med materiella straffrättsliga regler, utgår han ändå från dess

¹⁸²⁶ Erenius, *Oaktsamhet* s 81.

¹⁸²⁷ Erenius, *Oaktsamhet* s 174.

¹⁸²⁸ Erenius, *Oaktsamhet* s 176.

¹⁸²⁹ Erenius, *Oaktsamhet* s 176.

¹⁸³⁰ Erenius, *Oaktsamhet* s 176.

fundamentala olika natur. Bevisningen av oaktsamhet menar han skilja sig från uppsåtsbevisningen enligt följande:

... det är härvid icke fråga om att från yttre fakta sluta sig till gärningsmannens "inre".¹⁸³¹

Han har således en strängt dualistisk ordning för bedömningar av uppsåtliga gärningar. Samtidigt ger han en bild av att praxis vanligtvis utgår från en gärningsmässig bedömning av oaktsamhet. Oaktsamheten framgår normalt av gärningens mening. Han noterar även det viktiga förhållandet att oaktsamhet inte behöver prövas särskilt utan framgår av "handlingsmönstret":

Oftast uppkommer inga specifika bevisvanskligheter vid culpabedömningen. I de fall domstolen enligt vad domskälen synes ge vid handen ej uppehållit sig närmare vid eller ens berört frågan om culpa föreligger - och detta förefaller vara det vanligaste - kan detta bero på att omständigheterna vid gärningens begående var sådana, att de utgör "prima facie-bevis" för oaktsamhet.

Att det subjektiva rekvisitet oaktsamhet ej blir föremål för särskild prövning kan vidare ha sin grund i att brott mot det på visst sätt utbildade handlingsmönstret eo ipso är att betrakta som culpa¹⁸³²

Detta ställs mot en misstanke om att oaktsamhet presumeras i praxis:

Det kan också tänkas att praxis utbildat bevislättnad för åklagaren bl. a. i form av de särskilda slags bevisbörderegler som kallas *presumtioner*.¹⁸³³

Han har därmed tagit ställning för att det enligt honom materiellt principiellt klara förhållandet mellan uppsåt och oaktsamhet ändå kan komma att i betydande mån påverkas av bevismöjligheterna och påpekar att bevisfrågorna har en väsentlig betydelse för utformningen av de materiella uttrycken för den subjektiva oaktsamheten. Det verkar däremot inte som om han menar att den normalt gärningsmässiga bedömningen är något som påverkar hans lära om oaktsamhetsbedömningen. Skillnaden mellan dolus och "subjektiv" culpa menar han utgörs av att den subjektiva culpan är exculperande och dolus inculperande:

Som vi tidigare framhållit kan vi med fördel uppdelat culpabedömningen i två led. Vi kan kalla dem för de objektiva och de subjektiva leden.... Först sedan det konstaterats att handlingen till sin typ

¹⁸³¹ Erenius, Oaktsamhet s 177.

¹⁸³² Erenius, Oaktsamhet s 177f.

¹⁸³³ Erenius, Oaktsamhet s 177.

”objektivt” är att betrakta som oaktsam blir det aktuellt att föra in det subjektiva elementet. Därvid knyts intresset till frågan om det kunde begäras av gärningsmannen att han i den ifrågasvarande situationen skulle ha handlat i överensstämmelse med det i samhället accepterade mönstret. Det subjektiva momentet ges den innebörd att vissa individuella moment av fysisk eller psykisk art kan ifrågasättas få betydelse som uteslutande ansvar. Vad som således skulle kunna rättfärdiga, att culpa kallas subjektivt rekvisit är icke som vid uppsåt en gärningsmannens psykiska relation till visst eller vissa moment utan inträder som en begränsning av ansvaret.¹⁸³⁴

Erenius hyser således en fast tro på att uppsåtsrekvisiten skiljer sig från oaktsamhetsrekvisiten genom att de förra är vissa inre mentala element, som skall bevisas särskilt, och de senare är något helt annat som liknar institutet *defences* i *common law*.¹⁸³⁵ Detta förhållande är dessutom utgångspunkten för att anta att presumtioner inte kan ha någon betydelse vid fastställandet av oaktsamheten. Han formulerar detta på följande sätt:

Anledningen till att presumtionerna förmodats ha viss betydelse för imputationens former förefaller vara att finna i en strävan att närma sig gärningsmannens psykologiska inställning till sin handling och vissa därmed förbundna fakta. Man synes därvid icke tillräckligt ha beaktat den avsevärda principiella skillnad som föreligger i uppbyggnaden mellan de två subjektiva brottsrekvisiten.¹⁸³⁶

Skillnaden mellan de två subjektiva rekvisitformerna skulle utformas av att det ”subjektiva elementet” i culpaprövningen skulle få betydelse som ”uteslutande ansvar.”¹⁸³⁷ Culpaprövningens subjektiva karaktär menar Erenius vara att oaktsamheten uppträder som en ursäktande omständighet, en slags ansvarsfrihetsgrund. Grundläggande skulle alltså vara den exculperande funktionen och inte den inculperande.¹⁸³⁸ Vid uppsåt skulle däremot det psykiska elementet bevisas, och detta skulle därmed verka inculperande. Skillnaden skulle alltså utgöras av att de subjektiva culparekvisiten skulle ha karaktär av ansvarsfrihetsgrund eller försvar, under det att de subjektiva uppsåtsrekvisiten skulle vara ”riktiga” rekvisit. Det traditionella brottsbegreppet uttrycker att ansvar föreligger dels om vissa grundförutsättningar som brottsbeskrivningensenlighet finns, dels om vissa andra gemensamma grundförutsättningar, som t ex nödvärn, inte finns. Varför brist på aktsamhet

¹⁸³⁴ Erenius, Oaktsamhet s 182.

¹⁸³⁵ Jfr Belings betoning av positiviteten i alla ”Verbrechensmerkmale” i Beling, Grundzüge s 10.

¹⁸³⁶ Erenius, Oaktsamhet s 182.

¹⁸³⁷ Erenius, Oaktsamhet s 182.

¹⁸³⁸ Se avsnitt 2.2.3.1.3, 2.2.3.2.1, 4.4.1, 1,21.3.3.3 och 4.8.2.1.

på grund av bristande förmåga, skicklighet eller därav betingad insikt skulle utgöra ett typiskt negativt brottsrekvisit och förekomsten av viss insikt skulle vara ett positivt brottsrekvisit framgår inte av Erenius' lära. Snarare träffar hans beskrivning alla rekvisit, som inte direkt uttrycks i ett stadgande och som därför enligt legalitetsprincipens praeter legemfunktion har en exculperande funktion.

KONKLUSION – FLERLEDSPRÖVNINGEN I ERENIUS' LÄRA ÄR EN BESKRIVNING AV MER ELLER MINDRE ÖPPNA AKTSAMHETS NORMER

Utan uppdelningen i två regeltyper förfelar Erenius' oaktshetslära sitt "realistiska" syfte, eftersom den stadga han talar om förutsätter en koncentration på det objektiva ledet i culpaprövningen. Frågan som inställde sig i början i anledning av denna konstruktion, var om icke-generella, dvs individuella, regler är något tänkbart. Jag kan acceptera detta i den mening som Kelsen använder begreppet "individuell norm".¹⁸³⁹ Denna norm är i sin ursprungliga form tänkt att användas av exekutiva myndigheter på vanligt sätt. Men Erenius menar en norm som inte används som vanliga normer i en subsumering utan en norm som endast "tas hänsyn till".

Väglaget vid en olycka tillhör exempelvis *det generella* aktsamhetskravet, oberoende av om det för det konkreta fallet speciella väglaget preciserats för den individuella situationen eller om väglaget angivits med mindre precision. Alla trafikolyckor vid detta slags väglag omfattas i princip av denna generella specifikation av aktsamhetsregeln. Samma sak gäller gärningspersonens individuella förutsättningar. De är generella, då dessa förutsättningar tillförts och skapat den färdiga aktsamhetsregeln. Detta gäller också vid underlåtenhetsbrott. Där kompletteras och preciseras rättsregeln - t ex förbudet mot att döda - med en garantställning som preciserar exempelvis föräldrars garantställning i förhållande till egna barns livsuppehälle. Regeln att det är förbjudet att döda, uttryckt på detta preciserade sätt, är inte mindre generell för att den har sin grund i en komplettering med en beskrivning av garantställningen ifråga, av lagtextens förbud mot att döda. Det är tvärtom *endast* i kraft av den generella karaktären hos speciella och individuella egenskaper, som exempelvis väglag och insikt på grund av viss skicklighet, som de individuella egenskaperna kan komplettera aktsamhetsregeln. Endast de egenskaper som i princip *delas* av andra "normala" personer, eller personer i viss garantställning, kan ligga till grund för aktsamhetskravets utformning. Bedömningen vid negligencia grundas enbart på att dessa egenskaper generellt medför ett visst resultat, som borde ha inträffat i det aktuella fallet. Även brist på skicklighet eller oförmåga,

¹⁸³⁹ Se avsnitt 1.3.4.

såsom exempelvis synhandikapp, *generaliseras* i oaktsamhetsbedömningen, så att vederbörande handikappade fotgängare jämförs med *alla* liknande handikappade fotgängare. Aktsamhetsregeln, inklusive de speciella omständigheterna, uttrycker m a o att gärningspersonen *kunde* (skulle kunna) göra som man generellt hävdar att alla andra normala personer i hans situation skulle kunnat göra. Det enda moment som grundar klander vid *negligentia*, är det uteblivna strävandet mot ett godtagbart resultat, vare sig detta uttrycks som resultat i form av insikt eller slutligt resultat. Detta bedömningsmoment grundar i sin tur den auktoritativa utsagan att gärningspersonen inte gjorde det han kunde göra.

Det är inte begripligt att beteckna domstolens bedömning av det enskilda fallet i förhållande till den "generella" delen av regelmassan som en jämförelse samtidigt som prövningen av den del av regelmassan, som är utarbetad med referens till det enskilda fallet, betecknas som bara ett hänsynstagande, dvs en icke-jämförelse.¹⁸⁴⁰ Skillnaden mellan dessa delar av regelmassan består inte i att den ena delen jämförs med det enskilda fallet och att detta inte sker med den "subjektiva" eller individuella delen. Bägge jämförs med det enskilda fallet. Jämförelsen med den kompletterade delen av regelmassan sker heuristiskt och naturligen ofta *samtidigt* med den rättsbildande operationen, såsom Erenius antyder. Men denna heuristiska samtidighet kan även ske beträffande den generella delen. Den delen av regelmassan förs in i målet som ett färdigt paket men kan heuristiskt jämföras - subsumeras - med den konkreta gärningen redan innan tillräknandet sker. Många gånger kallas detta för objektivet tillräknande. Trots denna benämning förblir detta "tillräknande" inte något tillräknande annat än tillräknande i heuristisk mening. Ingen kan fällas till ansvar endast för ett "objektivt tillräknande". När domstolarna verkar fälla till ansvar för oaktsamhet endast på grund av detta objektiva tillräknande, är det inte fråga om att domstolen "stannar vid en dylik jämförelsesituation".¹⁸⁴¹ Domstolen har istället funnit att regelmassan är tillräckligt individualiserad och tydlig för det enskilda fallet.¹⁸⁴² Detta sker regelmässigt då prövningen gäller en uppsåtlig gärning. Erenius säger så själv, då han förklarar underlåtenheten hos praxis att redovisa oaktsamhetsprövningarna i detalj. Det finns inte ett krav på domstolar att alltid ta ställning till allt hypotetiskt tänkbart, om situationen verkar vara normal.¹⁸⁴³ All kommunikation skulle avstanna, även det stränga formaliserade kommunikationssätt som utmärker domstolsförhandlingar i brottmål, om ett sådant krav fanns.

¹⁸⁴⁰ Jfr Jareborg, Två sorters culpa s 247.

¹⁸⁴¹ Erenius, Oaktsamhet s 86.

¹⁸⁴² Se avsnitt 5.4.2.4 och 5.5.3.5 under "Klassen 'AktsR'".

¹⁸⁴³ Jfr Diesen, 120ff angående gränserna för vilka alternativa hypotetiskt friande förklarar till det inträffade, som domstolarna brukar uppställa.

Det är uppenbart fruktbart att analysera och samla praxis' lösningar av de svåra aktsamhetsbedömningarna av gärningar, och även att offentliggöra dessa med avsikt att skapa enhetlighet i bedömningarna för att åstadkomma rättssäkerhet. Men att försöka verka i denna riktning med hjälp av en grundläggande tes att det existerar vissa regler, som inte är generella för att de är särskilt personliga eller individuella, är enligt min mening ett osäkert företag. Hur skall en regel eller ett "hänsynstagande", som tillämpningen av den individuella aktsamhetsregeln ofta kallas, existera utan generalitet? Begreppet regel, vars grundbetydelse är rättesnöre eller riktlinje, betyder något som används som förebild för något annat. En regel är nödvändigtvis generell i någon mening. Begreppsbildningen verkar innehålla en *contradictio in adjecto*. En domare som dömt en person för ett oaktsamt brottsligt beteende, förväntas inte av samhället bestämt hävda att han kommer att döma en annan person, *ceteris paribus*, på ett helt annat sätt.

Erenius' aktsamhetslära är enligt min mening mer eller mindre invalidiserad av dessa motsägelser, redan i hans grundläggande förutsättningar.

Erenius menade att skillnaden mellan *dolus* och *culpa* skulle bestå i att *culpa* och inte *dolus* har en exculperande funktion. Det är emellertid tydligt att *dolus* liksom *culpa* kan fungera exculperande i praxis.¹⁸⁴⁴ Om exempelvis ett s k fristående uppsåtsrekvisit enligt BrB kap 19 § 5 krävs men endast s k indirekt uppsåt föreligger, fungerar detta uppsåt som exculperande i förhållande till ett antaget ansvar enligt det stadgandet. Invändningar om personliga omständigheter såsom brist på uppsåt till effekten, befattning i utländsk beskickning, fel gärningsman, oaktsamhet eller nödvärn kan alla fungera som exculpationer och kan även uttryckas som negativa rekvisit. En annan sak är att försvarsbeteckningen mer framhäver den processuella karaktären hos brottsförutsättningen och att en sådan karaktäristik kan vara relevant i vissa fall. Genom detta sätt kan en antagen presumtiv karaktär hos en brottsförutsättning som exempelvis culpaparekvisitet betonas på bekostnad av den materiellrättsliga karaktären. Erenius har emellertid förklarat att culpaparekvisitet just inte har en presumtionskaraktär.

Det är emellertid riktigt att den öppna och oskrivna delen av aktsamhetsregeln, som utgörs av kompletteringarna från det enskilda fallet, måste ha en exculperande funktion i förhållande till en heuristisk inculperande operation, som skett i och med subsumeringen av gärningen under straffbudet. På så sätt är den komplettering som sker av den förväntade aktsamma gärningen, genom tillförseln av individuella element till aktsamhetsregeln, alltid en

¹⁸⁴⁴ Se Roxin, AT s 921. Roxin menar att både *culpa* och *dolus* kompletteras av exculpationsmöjligheter.

ansvarsinskränkande operation av domstolen. Detta är som tidigare sagts grunden för att oaktsamhetsregeln inte anses vara i konflikt med legalitetsprincipen. Men man kan inte därför säga att oaktsamhet till skillnad från uppsåt alltid har en exculperande funktion. Däremot rör, enligt min mening, detta vid skuldprövningens centrala nervsystem. Han har därigenom pekat på den grundläggande skillnaden mellan "icke-slutgiltig" skuld, i form av icke-värderat uppsåt eller riskuppsåt, och "slutgiltig" skuld/culpa som alltid är värderad och som är resultatet av en straffrättslig subsumering i laga ordning.

De flesta straffbuden i svensk lag innehåller en plikt för domaren att utdöma ansvar och påföljd för vissa beteenden, som strider mot vad som förväntas av personer i Sverige. Omsatsen i detta pliktåläggande, dvs brottsbeskrivningen, är oftast endast en i grova drag angiven gärningstyp. Alla tillägg utöver denna rudimentära brottsbeskrivning är i kraft av legalitetsprincipens praeter legem- och obestämlighetsförbud endast exculperande eller ansvarsinskränkande tillägg till brottsbeskrivningen. Därför måste t ex garantläran, ansvarsfrihetsgrunder eller aktsamhetsregeln i övrigt, utöver vad som framkommer i brottsbeskrivningen, fungera exculperande. Som förut har berörts är inte ens denna indelning i exculperande och inculperande rekvisit riktig. En restriktivitet när det gäller oskrivna exculperande, t ex individuella förutsättningar för oaktsamhet, fungerar i praktiken inculperande i förhållande till en mer generös tillämpning. Inom vissa ramar kan alltså, trots legalitetsprincipens praeter legem-förbud, oskrivna ansvarsinskränkande regler vara både in- och exculperande. En tolkning av ett stadgande om ansvar för oaktsamhet kan därför, innanför brottsbeskrivningens ordalydelse, även vara inculperande. Om brottsbeskrivningen t ex anger att grov oaktsamhet krävs, är riskuppsåt, eller sk medveten culpa, normalt inculperande, eftersom det är en tolkning av ordalydelsen i stadgandet. Brist på riskuppsåt exculperar oftast i dessa fall. Brist på aktsamhet i väsentlig mån, t ex extremt för hög hastighet i förhållande till omständigheterna vid bilkörning, kan vara inculperande enligt TBL § 1. De kompletteringar av personlig art, som tillförs aktsamhetsregeln, inklusive t ex bristande skicklighet och/eller insikter om trafiksituationen liksom också situationsbundna omständigheter som t ex väderleken, kan vara inculperande. Detta gäller i den mån kompletteringarna skärper aktsamhetskravet t ex enligt kravet på anpassning av hastigheten i VTK § 60 och olovlig körning i TBL § 3 eller hindrande av trafiken i TBL § 2. Väderleken, bristande begåvning, skicklighet eller bristande skicklighet kan påverka aktsamhetskravet utan att detta framgår av något stadgande då dessa omständigheter inskränker ansvaret och inculperande, då detta framgår av ett lagrum.

Den tolkning av Erenius' oaktsamhetslära som tycks kvarstå, är att Erenius menar att den subjektiva culpan inte finns i brottsbeskrivningen och därför endast kan uppträda som exculperande element. Erenius upprätthåller inte till

en början en tydlig distinktion mellan individuella element, som är av "fysisk eller psykisk art".¹⁸⁴⁵ Den enda skillnaden mellan de objektiva och subjektiva leden i oaktsamhetsprövningen, skulle vara att Erenius menar att det rör sig om två normtyper; dels positiva aktsamhetsnormer, som finns eller kan upprättas med hjälp av praxis och som kan användas på ett stort antal fall, dels andra aktsamhetsnormer som inte kan användas annat än i det enskilda fallet, eftersom de måste konstrueras om för varje gång de används. Erenius skulle då förmodligen syfta på den enkla sanningen att aktsamhetsregeln i vissa delar är en öppen norm, som måste kompletteras. Den öppna delen kallar han individuell och den "slutna" färdiga delen för objektiv och generell. Detta vilar som förut sagts förmodligen på en missuppfattning om att en icke-generell regel är möjlig. Möjligtvis kan man säga att vissa regler och inte andra, "psykiska" såväl som "fysiska", enklare kan beskrivas i form av förhållningsregler eller standarder, som gäller en större krets av personer. Men liksom vid alla omissivdelikt måste alla påbud, alltså även aktsamhetspåbud, inskränkas för att inte drabba en för vid krets. Dessa inskränkningar införs ofta i straffbudet. Exempelvis gäller aktsamhetspåbuden i VTK enbart vägtrafikanter. Dessa påbud är mindre generella än aktsamhetspåbudet i förhållande till andra människors liv i BrB kap 3 § 7, eftersom det senare påbudet gäller "alla" i Sverige just nu. Men sådana vidsträckta och intetsägande definitioner på ett subjektivt och ett objektivi tvt prövningsled skapar inte något underlag för Erenius' lära.

Koriath menar att culpa är en processuellt betingad begränsning av uppsåtsförsvaret. Volk (och Koriath vad beträffar oaktsamhetsprövningen) vill framhäva att rättsbildningen av både uppsåt och oaktsamhet har sina rötter i bevisproblem och i processen.¹⁸⁴⁶ Koriath menar därvid att oaktsamhetsansvaret är ett *undantag* från skuldprincipen. För Duff är däremot processens betydelse närmast en självklarhet för alla "rekvisit" inom hans tradition. Dessa synsätt är förstaeliga, men inte att oaktsamhet skulle skilja sig från uppsåt genom att oaktsamhet fungerar som en exculpation.

Erenius har därmed inte klarlagt skillnaden mellan rekvisiten för dolus och culpa och inte heller att culpa måste fastställas som ett fristående ansvarsbegrepp. Det återstår endast den antagna principiella skillnaden som ligger i att dolus är ett "inre" faktum som skall bevisas och att culpa som subjektivt rekvisit endast medför att vissa individuella drag hos gärningspersonen anförs som "ansvarsbegränsande" moment i bedömningen.¹⁸⁴⁷

¹⁸⁴⁵ Erenius, *Oaktsamhet* s 182.

¹⁸⁴⁶ Se avsnitt 2.3.2.1.2.

¹⁸⁴⁷ Jag tolkar Jareborgs kritik (Jareborg, *Två sorters culpa* s 247) av Erenius' jämförelsebegrepp på samma sätt.

Sammantaget ger de grundantaganden Erenius anför för skillnaden mellan *dolus* och *culpa* ingen hållpunkt för bestämmandet av vad han egentligen menar med den subjektiva *culpans* innehåll, utöver att å ena sidan uppsåt skulle vara "inre fakta" och därför skuld, samt å andra sidan oaktsamhet skulle vara skuld trots brist på dessa inre fakta.

4.6.3.3 JAREBORG

JAREBORGS LÄRA HAR TVÅ GRUNDBULTAR

Jareborgs *culpalära* har två grundbultar, dels tesen att "...culpabegreppet är straffrättsdogmatikens mest centrala begrepp", dels indelningen av *culpa* i två åtskilda sorter: "gärnings*culpa*" och "personlig *culpa*".¹⁸⁴⁸ Den första grundbulten, *culpabegreppets* centrala roll i straffrättsdogmatiken, har jag berört tidigare. Den beskrivning av *aktsamhetsprövningen* som slutligen emanerar ur kapitlet är byggd på Jareborgs första grundbult. Jag menar att *aktsamhetsprövningen* är normteoretiskt, systematiskt och praktiskt grundläggande för all straffrättslig prövning av gärningar. Även *culpabegreppets* (eller *aktsamhetskravets*) "gärningsmässighet" utgör en viktig del av denna grundbult. Jareborg är den som i terminologiskt hänseende, nationellt och internationellt, gjort den skarpaste skillnaden mellan en "objektiv" oaktsamhet och en "subjektiv" oaktsamhet genom begreppsbildningen två sorters *culpa*: "gärnings*culpa*" och "personlig *culpa*".¹⁸⁴⁹ Min beskrivning är, i följd av ställningstagandet för en icke-dualistisk *prövningsmodell*, också grundad på en kritisk granskning av den andra grundbulten i Jareborgs lära.

Flerstegslärorna respektive beskrivningarna av *aktsamhetsprövningen* utan denna indelning är två tydliga alternativa förklaringsätt till grunderna för *aktsamhetsprövningen* och därmed för *ansvarsprövningen*. Avsnittet är ingen fullständig genomgång av Jareborgs *culpalära* i alla detaljer. I detta hänseende hänvisar jag till Jareborgs egna framställningar.¹⁸⁵⁰ Huvuduppgiften är att besvara frågan om Jareborg lyckas att försvara distinktionen mellan en objektiv *culpasort*, *gärningsculpa*, och en subjektiv *culpasort*, *personlig culpa*, på något avgörande nytt sätt, jämfört med tidigare försök i tysk och svensk doktrin.

Först bör noteras att Jareborg inte genomgående använder *culpa* och oaktsamhet som synonyma begrepp. Uttrycket "omedveten oaktsamhet", liksom

¹⁸⁴⁸ Jareborg, *Ansvarslära* s 30 och s 211f.

¹⁸⁴⁹ Jämfört med Jeschecks uppdelning är Jareborg ännu mer explicit i sin formulering av tudelningen. Se Jescheck, *AT* s 457ff. Därmed inte sagt att denna skarpa gräns helt följer vad som tidigare betecknats som objektiv respektive subjektiv *culpa*.

¹⁸⁵⁰ Se t ex Jareborg, *Ansvarslära*, *Gärningslära*, *Två sorters culpa* och *Fragment*.

negligentia och luxuria (den medvetna culpa) brukar reserveras för kategorin "personlig oaktsamhet".¹⁸⁵¹ I denna framställning används däremot oaktsamhet generellt för sådan culpa, som inte är kvalificerad som uppsåtlig, vare sig i förhållande till en risk eller till något annat. Negligentia betecknar däremot endast den sk omedvetna culpa, dvs sådan culpa som inte är grundad på något riskuppsåt. Culpa och oaktsamhet används här som synonyma begrepp. Jag kommer dessutom i det följande att argumentera för att denna överensstämmelse inte bara är ett terminologiskt förhållande.

GRUNDELEMENTEN I DISTINKTIONEN MELLAN GÄRNINGSCULPA OCH PERSONLIG CULPA

Gärningsculpa

Gärningsculpa är en "sorts" oaktsamhet, som i flera stycken har samma uppgifter som det traditionella adekvanskravet, nämligen att avgränsa ansvaret i de fall då resultatet av en gärning inte kan kontrolleras av gärningspersonen.¹⁸⁵²

En kontrollerad handling (KH) är culpös i förhållande till en okontrollerad följd (OF), om KH innefattar ett otillåtet risktagande i förhållande till OF.¹⁸⁵³

I Jareborgs brottsbegrepp utgör gärningsculpa en kategori underordnad klassen gärningskontroll, som i sin tur är en underklass till klassen otillåten gärning.¹⁸⁵⁴ I normalfallet innefattar prövningen av gärningsculpa dels frågan om gärningspersonen tagit otillåtna risker i sitt kontrollerade handlande, dels om risktagandet varit relevant för resultatets uppkomst. Prövningarna är "utpräglat normativa". Gärningsculpa är ett rättsstridighetsrekvisit och därmed ett allmänt brottsrekvisit.¹⁸⁵⁵ Gärningsculpa krävs alltså vid alla brott, dvs vid både dolus- och culpabrott.

Jareborg ersätter kravet på adekvat kausalitet med gärningsculpa. Strahl finner kravet på adekvat kausalitet onödigt och menar att skuldkravet, dvs kravet på dolus och culpa, är tillräckligt för att avgränsa ansvaret nedåt mot våda.¹⁸⁵⁶ Adekvans framstår därvid som en grad av culpa eller en grad av

¹⁸⁵¹ Jareborg, Ansvarslära s 211f.

¹⁸⁵² Jareborg, Gärningslära s 31.

¹⁸⁵³ Jareborg, Ansvarslära s 33.

¹⁸⁵⁴ Jareborg, Gärningslära s 34.

¹⁸⁵⁵ Jareborg, Ansvarslära s 37.

¹⁸⁵⁶ Se avsnitt 4.6.3.2.4 under "Strahls lära om culpakvalifikation och adekvans".

skuld. Bådas kritik har riktat sig mot den adekvata kausalitetens skenbart icke-normativa empiriska fundament.¹⁸⁵⁷

Den huvudsakliga skillnaden mellan gärningsculpa och adekvans skulle således bestå i att genom adekvat kausalitet laborerar man med "...relationer mellan klasser av företeelser" och genom gärningsculpa med "plausibiliteten hos konkreta händelseförlopp...".¹⁸⁵⁸ Både Strahl – åtminstone implicit – och Peczenik använder sig av skuldbegrepp till skillnad från Jareborg, som uttryckligen avvisar detta genom att dela upp culpaprövningen i en skulddel och en gärningsdel.¹⁸⁵⁹ Gärningsculpa framstår trots detta, bl a i kraft av valet av ordet "culpa", som ett grundläggande normativt skuldbegrepp med rötterna i skuldprincipen.¹⁸⁶⁰ Läran om gärningsculpa söker att återge gränsen mot ansvarsfriheten sin rätta normativitet, åtminstone delvis i polemik mot läran om adekvat kausalitet.

Personlig culpa

Personlig culpa, såvitt avser negligencia, är den sorts oaktsamhet som är en motsvarighet till uppsåt.¹⁸⁶¹ Denna sorts culpa föreligger när

...gärningsmannen inte har uppsåt i förhållande till sin gärning, men han har åtminstone skäligen anledning att tro eller misstänka att gärningen kommer till stånd.¹⁸⁶²

Gärningspersonens oaktsamhet består alltså av att han inte haft riskinsikt för att han borde ha haft en sådan insikt, dvs han borde ha strävat efter riskinsikt.¹⁸⁶³

Skillnaden mellan gärningsculpa och personlig culpa ses i allmänhet som en skillnad mellan vilket orsaksförlopp som betraktas, då gärningen bedöms. Prövningen av gärningsculpa inriktas på skadan och bedömningen av personlig culpa på brist på insikt om otillåten gärning.¹⁸⁶⁴ Gärningsculpa är en oaktsamhet som konstitueras *genom* att man gör något och personlig culpa *när* man gör något:

¹⁸⁵⁷ Jareborg, Ansvarslära s 71. Jareborg sammanfattar här skälen för utmönstrandet av begreppet adekvat kausalitet.

¹⁸⁵⁸ Jareborg, Ansvarslära s 72.

¹⁸⁵⁹ Strahl, Adekvansläran t ex s 329, 336, 339, 341 och 348.

¹⁸⁶⁰ Jfr Strahl, Adekvansläran s 348. Strahl anser att adekvanskravet är ett maskerat culpakrav.

¹⁸⁶¹ Jareborg, Ansvarslära s 37.

¹⁸⁶² Jareborg, Ansvarslära s 37.

¹⁸⁶³ Jareborg, Ansvarslära s 37.

¹⁸⁶⁴ Jareborg, Ansvarslära s 36.

Att vara oaktsam är att göra något utan att ta tillbörlig hänsyn till riskerna. Man kan vara oaktsam *när* man gör något visst (t ex kör bil). Man kan också vara oaktsam *genom* att göra något visst (t ex göra en omkörning före en kurva). I det senare fallet "förkroppsligar" den utpekade gärningen den oaktsamhet man visar.¹⁸⁶⁵

Jareborg medger att detta kan verka svårt:

På ett för många svårbegripligt vis utnyttjar straffrätten, inom ramen för brottsbegreppet, begreppet culpöst orsakande på två olika sätt.¹⁸⁶⁶

Den grundläggande skillnaden mellan gärningsculpa och personlig culpa kan inte ses i begreppsstrukturen.¹⁸⁶⁷ Jareborg menar också här att detta är en svårighet för distinktionen. Han skriver:

Den grundläggande skillnaden mellan gärningsculpa och omedveten oaktsamhet finner man inte i begreppsstrukturen, utan i det oönskade resultat som den oaktsamme riskerar.¹⁸⁶⁸

Jareborg verkar i detta sammanhang söka förklara begreppens betydelse genom att främst hänvisa till begreppens användning.¹⁸⁶⁹

FEM PROBLEM FÖR DISTINKTIONEN

Allmänt

Fem grundläggande problem kan urskiljas för begreppet "gärningsculpa" respektive "personlig culpa" och distinktionen mellan dem: (a) förhållandet mellan gärningsculpa och begreppet "primära handlingar", (b) "särskilda omständigheter rörande gärningsmannen" som rekvisit för gärningsculpa, (c) begreppsstrukturen och personlig culpa, (d) personlig culpa i förhållande till kravet på gärningskontroll, (e) bedömningen av personlig culpa i två led: ett orsaksled och ett klandervärdhetsled. De två första problemen åtföljer främst begreppet gärningsculpa och de tre senare begreppet personlig culpa. Men det är givet att problemområdena berör och överlappar varandra. Särskilt gäller detta problem (d) och (b).

¹⁸⁶⁵ Jareborg, Ansvarslära s 30.

¹⁸⁶⁶ Jareborg, Ansvarslära s 35.

¹⁸⁶⁷ Jareborg, Ansvarslära s 212f.

¹⁸⁶⁸ Jareborg, Ansvarslära s 212f.

¹⁸⁶⁹ Jfr VTF s 570.

(a) Gärningsculpa och primära handlingar

En gärning är culpös då konformitetsprincipens krav på förmåga att rätta sig efter lagen uppfyllts. Den nedre gränsen mot våda visas, då gärningen inneburit en tillåten risk, som var relevant för resultatet. Jareborg beskriver prövningen av gärningskontroll och därmed i sak ett objektivt tillräknande enligt följande:

Det som intresserar är således inte en bedömning av den konkreta gärningen som helhet, utan istället en bedömning av den kontrollerade gärning som utgör kärnan däri. Ett första steg vid bedömningen är att dela upp den konkreta gärningen i (1) en konkret kontrollerad gärning, (2) i en orsaksrelation, och (3) en konkret okontrollerad följd.¹⁸⁷⁰

Den konkreta gärningen sägs ha en kärna, som utgörs av en kontrollerad gärning. Här ligger Jareborgs handlingslära som grund. Gärningar har enligt Jareborg en kärna av s k "basic acts" eller primära handlingar.¹⁸⁷¹

(b) "Särskilda omständigheter rörande gärningsmannen" som rekvisit för gärningsculpa

Gärningsculpa är tänkt som en sorts oaktsamhet som ännu inte innefattar prövningen av gärningspersonens strävan mot insikt om otillåten risk. Men prövning av gärningspersonens kapacitet görs även i stora delar vid gärningsculpa. Jareborg menar att det gäller att utreda den allmänna kapaciteten hos normala gärningspersoner, dvs sådana generella egenskaper som delas av den sociala normala krets gärningspersonen tillhör. Jareborg låter prövningen av "särskilda omständigheter rörande gärningsmannen" hänföras till prövningen av gärningsculpa, när det gäller att klara ut det "opersonliga" normala akt-samhetskravet förutom kravet på strävan mot viss insikt.¹⁸⁷²

Andra författare, som använder sig av flerledsmodeller, är mer benägna att hänföra alla särskilda omständigheter beträffande gärningspersonen, vilka påverkar aktsamhetskravet, till den subjektiva culpan.¹⁸⁷³ Jareborg menar att de särskilda "personliga" omständigheterna tillhör skuldprövningen, men att hänsynstagandet t ex till att en person är handikappad inte i egentlig mening

¹⁸⁷⁰ Jareborg, Ansvarslära s 38.

¹⁸⁷¹ Se avsnitt 1.4.5.2.2.

¹⁸⁷² Jareborg, Ansvarslära s 55f.

¹⁸⁷³ Jescheck, AT s 481. Erenius och Engisch är dock något otydliga på denna punkt. Se avsnitt 4.6.2.2.5 under "Idelningen i inre och yttre oaktsamhet" samt 4.6.3.3.2 under "Närmare om de individuella rekvisiten"

hör till den gärningsmässiga delen av prövningen.¹⁸⁷⁴ Här får gärningspersonens handikapp anses vara en särskild omständighet som gärningspersonen delar med alla andra handikappade. Hänsynstagandet till "särskilda omständigheter rörande gärningsmannen" innebär att prövningen således går ut på att klargöra om gärningens risktagande påverkats av "gärningsmannens *sociala roll och allmänna kapacitet*".¹⁸⁷⁵

Denna prövning inom gärningsculpa av gärningspersonens individuella förmåga vill Jareborg skilja från prövningen av en "äkte" individuell förmåga inom den personlig culpascorten.

Prövningen av den personliga culpan skall enligt Jareborg göras i ett orsaksled och ett klandervärdsled.¹⁸⁷⁶ Han menar att orsaksledet i prövningen av den personliga culpan består "...i att man klargör vad gärningsmannen skulle ha gjort för att komma till relevant tro eller misstanke."¹⁸⁷⁷ Exempelvis kan prövningen resultera i ett krav på att gärningspersonen skulle varit uppmärksam. Detta krav på gärningspersonen skall fastställas utifrån dennes "personliga förmåga vid tillfället i fråga".¹⁸⁷⁸ Hänsynstagande till paniktillstånd menar Jareborg tillhör "orsaksledet" i prövningen av den personliga culpan. I "klandervärdsledet", fortfarande inom prövningen av den personliga culpan, skall klargöras vad gärningspersonen hade förmåga och tillfälle att göra för att kunna bli uppmärksam och därigenom komma till en "relevant tro eller misstanke" om risken.

När det gäller klandervärdsledet av prövningen av den personliga culpan skriver Jareborg:

Liksom vid bedömning av gärningsculpa ställs kraven olika i olika sammanhang och för personer i olika roller. Bedömningen av personlig culpa skall emellertid göras så individuell som möjligt. Tanken är att hänsyn skall tas till gärningsmannens speciella svagheter (men inte till hans eventuella överlägsenhet i något hänseende), såsom underlägsen fysisk styrka eller rörelseförmåga (sådan är dock sällan av betydelse), syn, hörsel, skicklighet, kunskap, utbildning, erfarenhet, intelligens, och även sådant som psykisk störning, nervös läggning (men knappast dåligt humör) och tillfälliga tillstånd av skräck, förvirring, bedövning eller utmattning.¹⁸⁷⁹

¹⁸⁷⁴ Jareborg, Ansvarslära s 55.

¹⁸⁷⁵ Jareborg, Ansvarslära s 55.

¹⁸⁷⁶ Jareborg, Ansvarslära s 214.

¹⁸⁷⁷ Jareborg, Ansvarslära s 214.

¹⁸⁷⁸ Jareborg, Ansvarslära s 214.

¹⁸⁷⁹ Jareborg, Ansvarslära s 214f.

Frågan blir då i fall handikappet är tämligen unikt för gärningspersonen om en sådan prövning är en skuldprövning eller en gärningsmässig prövning. Jareborg menar samtidigt att underlägsen fysisk styrka eller rörelseförmåga, nedsatt syn eller hörsel, bristande skicklighet, kunskap, utbildning, erfarenhet och/eller intelligens alla är exempel på "speciella svagheter", som skall tas hänsyn till vid bedömningen av personlig culpa. Dessa egenskaper skall utforma den grad av "hänsyn", dvs det särskilda aktsamhetskrav som kan riktas mot gärningspersonen.

Vissa "dåliga" egenskaper, som hetsigt humör, vilket i och för sig kan orsaka insiktsbrist, skall emellertid enligt Jareborg inte räknas in i de egenskaper, som kan exculpera gärningspersonen i gärningsculpaprövningen. Andra, t ex nervös läggning eller skräcktillstånd, som också kan orsaka brist på insikt, exculperar dock redan i prövningen om gärningskontroll föreligger. Personlig culpa anses bestå i ett tillstånd av insiktsbrist, som inte borde ha förelegat. Grunden för klandret sägs vara att en strävan mot insikt om risk för effekten inte förekommit. Följaktligen skulle en culpa ådagalagd (inculperad) genom brist på strävan mot riskinsikt uppkommen på grund av dåliga vanor vara personlig. En insiktsbrist åter, som uppkommit genom en nervös läggning, skulle exculpera gärningspersonen redan som en brist på gärningskontroll. En *gärning* som däremot inte uppfyllt den nivå av insiktsmöjlighet för "nervösa människor" skulle kunna anses gärningsculpös. Om den nervösa *personen* varit culpös skulle avgöras av om denne inte strävat efter insikt om risken på samma sätt som en klanderfri person tillhörig den "nervösa" gruppen.

Man kunde tänka sig att rekvisiten för gärningsculpa skulle utgöras av sådana omständigheter som utformade ett objektivt tillräknande; dvs att en gärning "förkroppsligade" culpa. Resultatet av prövningen skulle enbart vara konstaterandet att gärningen strider mot normal aktsamhet. Rekvisiten för personlig culpa kunde då i princip omfatta samma prövning av samma omständigheter som i gärningsculpadelen, men prövningen skulle uteslutande handla om huruvida strävan mot viss skyldig insikt förelegat. Som Jareborg påpekat förutsätter den gärningsmässiga prövningen insiktsprövningen.

(c) Begreppsstrukturen och personlig culpa

Samtidigt som Jareborg menar att den grundläggande skillnaden mellan personlig culpa och gärningsculpa inte finns i begreppsstrukturen, skriver han om den personliga culpan:

Om vi anknuter till de i andra kapitlet redovisade begreppsstrukturerna visar det sig att normalfallet av omedveten oaktsamhet består i ett oaktsamt orsakande genom underlåtenhet.¹⁸⁸⁰

Enligt citatet ovan använder han ändå de "begreppsstrukturer", som ingår i hans brottsbegrepp för att förklara den personliga culpan. Distinktionen mellan gärningsculpa och personlig culpa skulle inte framgå av begreppsstrukturen, men begreppen gärningsculpa och personlig culpa var för sig skulle ändå visa sig i begreppsstrukturen. Jareborg antyder, enligt ovan, samma förhållande vid gärningsculpa.

Det åsyftade begreppsomfånget för gärningsculpa är all culpa, dvs allt som strider mot aktsamhetskravet, och som inte är personlig culpa. Personlig culpa åter innefattar all culpa som strider mot den del av aktsamhetskravet som uttrycker en undersöknings- eller kontrollplikt. Det är alltså denna del, som brutits ut ur det sammantagna aktsamhetskravet och vars närmare innehåll Jareborg formulerar enligt följande:

Den som i skuldhanseende visar aktsamhet, dvs. utför kontroller, tänker efter, osv., när en insikt som innebär att han handlar uppsåtligt om han ändå utför gärningen.¹⁸⁸¹

Aktsamhetskravet för denna utbrutna del skulle alltså bestå av att en aktsam gärningsperson skaffar sig insikt om risker. Kravet skulle däremot inte bestå av att en gärningsperson skall sträva efter en godtagbar lösning, utan endast att gärningspersonen skaffar sig information om risken. Det klassiska oaktsamhetsbegreppet enligt Straffrättskommittén utgick från att det godtagbara alternativet, som enligt skuldprincipen måste föreligga, skulle kunna utföras med en "normal viljestandard". Man utgick alltså från ett krav på en godtagbar strävan att uppnå ett gott resultat. Oaktsamhetsskulden, och därmed all oaktsamhet, visade sig genom att resultatet av denna strävan av "normal" standard jämfördes med den aktuella gärningens resultat. Jareborg tillämpar

¹⁸⁸⁰ Jareborg, Ansvarslära s 213.

¹⁸⁸¹ Jareborg, Ansvarslära s 213. Se även Jescheck, AT s 483f. Jescheck betecknar den personliga culpan som "Die subjektive Voraussehbarkeit des Erfolgs und des Kausalverlaufs." Men han menar att dessutom tillkommer även ett krav på en subjektiv måttstock, dvs prestationsförmågan hos den särskilde gärningspersonen. Detta krav kommer utöver den objektiva måttstocken som syftar på "...die Leistungsfähigkeit des besonnenen und gewissenhaften Angehörigen des Verkehrskreises des Täters." (A a, s 481) Jescheck menar alltså att skuldsidan av oaktsamhetsbedömningen innefattar två moment: dels en prövning av förmågan att kunna uppfylla och få kunskap om aktsamhetskravet, dels en prövning av förmågan till förutsebarhet eller insikt om orsakandet av följden. Jescheck antyder dock att dessa två prövningar ändå i grunden är identiska.

däremot konsekvent föreställningsläran genom att helt utbyta strävan efter ett godtagbart resultat med (en godtagbar) strävan efter insikt.¹⁸⁸²

I princip finns alltså inte någon *direkt* grund för en tillämpning av konformitetsprincipens krav på att minst ett godtagbart alternativ måste vara möjligt att uppfylla för gärningspersonen för att han skall kunna klandras. Jareborg menar ändå att konformitetsprincipens krav har uppfyllts.¹⁸⁸³ Men hos Jareborg finns strängt taget, utöver kravet på en brist på strävan efter insikt, även antydningar om ett krav på en brist på strävan mot det godtagbara:

Vid omedveten oaktsamhet klandras gärningsmannen således för att han inte har visat tillräcklig aktsamhet i fråga om att undvika att göra något, som han förutsätts inte vilja göra: föröva en otillåten gärning.¹⁸⁸⁴

Här verkar det som om aktsamhetskravet ändå inte enbart består av strävan efter insikt utan också en strävan att uppnå ett visst godtagbart resultat. Men av kontexten verkar ändå framgå att Jareborg vill att personlig culpa konstitueras av gärningspersonen, för att han inte strävat efter erforderlig insikt. Bedömaren skall enligt Jareborg beakta strävan efter riskinsikt, inte strävan efter ett godtagbart resultat. Jareborg har också i andra sammanhang tagit ställning för föreställningsläran mot volitiva läror.¹⁸⁸⁵

(d) Personlig culpa i förhållande till kravet på gärningskontroll

Gärningskontroll är "utövad förmåga att kontrollera", vilket i sin tur måste vara samma sak som makt att göra annat. Jareborg skriver:

...kontrollen har inte omedelbart att göra med en förmåga att åstadkomma att brott förövas, utan det väsentliga är *förmågan att förhindra att brott förövas*.¹⁸⁸⁶

Att en handling är kontrollerad innebär att gärningsmannen på order kan avsluta eller hejda det kausala skeendet som hans handlande innebär.¹⁸⁸⁷

¹⁸⁸² Jfr avsnitt 4.6.2.2.3 under "Indelningen av oaktsamhetsprövningen i två steg" särskilt beträffande Jescheks lära i Jeschek, AT s 459f.

¹⁸⁸³ Jareborg, Ansvarslära s 211.

¹⁸⁸⁴ Jareborg, Ansvarslära s 215.

¹⁸⁸⁵ Jareborg, Ansvarslära s 206f.

¹⁸⁸⁶ Jareborg, Ansvarslära s 31.

¹⁸⁸⁷ Jareborg, Ansvarslära s 30.

Om inte "förmåga att förhindra att brott förövas" finns, är brott uteslutet. Gärningskontroll är därför ett allmänt nödvändigt brottsrekvisit enligt Jareborg. Men denna kontroll är inte en beskrivning av vad gärningspersonen verkligen kontrollerat i sitt handlande eller sin underlåtenhet utan enbart av den förmåga eller makt som gärningspersonen kan eller skulle kunnat utöva. Rekvisitet "gärningskontroll" beskrivs som en grundläggande primär minimiförutsättning för ansvar att gärningspersonen vid gärningstillfället kunde (skulle kunnat) göra något annat än det som gjordes.

Konformitetsprincipens "enkla budskap" är enligt Jareborg att en person inte "bör anses ansvarig för ett brott, om han inte kunde rätta sig efter lagen".¹⁸⁸⁸ Förmåga att handla, såsom att handlingen inte är ofrivillig och att underlåten handling är "omöjlig att utföra" för gärningspersonen på grund av bristande styrka, kunskap, skicklighet, därför att han exempelvis är förlamad eller befinner sig på annan plats, hör rättsdogmatiskt inte

... hemma bland förutsättningarna för personligt ansvar utan de har att göra med de krav på gärningskontroll som uppställs för att en handling eller underlåtenhet skall vara otillåten.¹⁸⁸⁹

Jareborg menar alltså att handikapp, exempelvis förlamning inte är en sådan "äkta" individuell omständighet, som utgör en grund för prövningen av personligt ansvar. Detta har konstaterats i samband med genomgången ovan av "särskilda omständigheter som rör gärningsmannen". Erenius hänför sådana omständigheter till "individuella" moment utanför "jämförelsen" i oaktamhetsprövningen. Denna distinktion har här beskrivits ha sin grund i ett normteoretiskt misstag. Jareborg skiljer mellan individuell skicklighet och kunskap, som beror på ett handikapp och andra sådana brister, som beror på andra omständigheter. Det framgår emellertid inte klart varför eller hur en (speciell) social grund för bristande skicklighet skall åtskiljas från ett (speciellt) fysiskt, t ex ett mentalt, handikapp.

(e) Bedömningen av personlig culpa i två led: ett orsaksled och ett klandervärdhetsled

Jareborg beskriver bedömningen av personlig culpa på följande sätt: Bedömningen skall ske i två led; ett "orsaksled", och ett "klandervärdhetsled".¹⁸⁹⁰

Orsaksledet innebär att bedömaren skapar ett godtagbart alternativt handlings sätt, som är tillräckligt för att insikt om risken skall uppkomma, dvs

¹⁸⁸⁸ Jareborg, Ansvarslära s 194.

¹⁸⁸⁹ Jareborg, Ansvarslära s 194f.

¹⁸⁹⁰ Jareborg, Ansvarslära s 214.

enligt Jareborgs egna ord: "...man klargör vad gärningsmannen skulle ha gjort för att komma till relevant tro eller misstanke".¹⁸⁹¹ Exempelvis skulle det ofta räcka att vara uppmärksam. Detta godtagbara fall kompletterat med gärningspersonens "särskilda omständigheter" jämförs (omedelbart eller i två faser) med den eventuella brist på insikt som finns i det konkreta fallet, där inte denna godtagbara åtgärd utförts. Jareborg betonar att man alltid måste beakta den personliga förmågan vid tillfället. Orsaksledet består enligt Jareborg i att pliktnormen eller aktsamhetsregeln kompletteras med ytterligare individualiteter som skicklighet, styrka, syn och hörsel.¹⁸⁹² Detta menar Jareborg även har skett vid prövningen av gärningsculpa. Samma aktsamhetsregel och komplettering - eller individualisering - av denna sker, och samma grund i konformitetsprincipens krav på förmåga att undvika det brottsliga styr bedömningen både för gärningsculpa och personlig culpa i orsaksledet.

Klandervärdhetsledet handlar enligt Jareborg normalt om att

...motivera att något, som gärningsmannen hade förmåga och tillfälle att göra, och som skulle lett till att han nått relevant tro eller förmåga, också är något som han borde ha gjort.¹⁸⁹³

Dessutom skall enligt Jareborg hänsyn tas till gärningspersonens speciella svagheter

...såsom underlägsen fysisk styrka eller rörelseförmåga...syn, hörsel, skicklighet, kunskap, utbildning, erfarenhet, intelligens, och även sådant som psykisk störning, nervös läggning (men knappast dåligt humör) och tillfälliga tillstånd av skräck, förvirring, bedövning eller utmattning.¹⁸⁹⁴

Jareborg menar att aktsamhetskravet på gärningspersonen att hysa en strävan efter riskinsikt bedöms genom att bedömaren tar hänsyn till alla de personliga förutsättningar hos den speciella gärningspersonen, vilka kan tänkas exculpera honom i förhållande till en normal gärningsman.¹⁸⁹⁵ Som ovan sagts anses vissa dåliga specifika egenskaper dock inte exculpera, som exempelvis dåligt humör och häftigt temperament. I detta hänseende avviker Jareborg inte från vad som är vanligt i doktrinen. Skälet för att undanta dessa som exculpationsgrunder brukar sällan anges i doktrinen. Förmodligen härrör detta från ett underförstått krav på att man skall lära sig hantera sina dåliga egenskaper.

¹⁸⁹¹ Jareborg, Ansvarslära s 214.

¹⁸⁹² Jareborg, Ansvarslära s 215.

¹⁸⁹³ Jareborg, Ansvarslära s 214.

¹⁸⁹⁴ Jareborg, Ansvarslära s 215.

¹⁸⁹⁵ Jareborg, Ansvarslära s 215.

Man skiljer alltså tydligt mellan *dåliga* egenskaper, som skall kunna behärskas och *icke-dåliga* eller godtagbara egenskaper, som inte måste kunna behärskas.

Införandet av och hänsynstagandet till dessa godtagbara personliga egenskaper utgör således klandervärdsledet i culpabedömningen.¹⁸⁹⁶ Ett skäl till att beteckna denna del av aktsamhetskravet som regler för en personlig culpa skulle enligt Jareborg vara att denna bedömningsfas av culpa är något som motsvarar bedömningen av *dolus*.

DELUTVÄRDERING

Grundelementen i distinktionen

Gärningsculpa sades vara oaktsamhet *genom* att göra något visst, och att denna oaktsamhet "förkroppsligas" av gärningen. Personlig culpa skulle däremot vara den oaktsamhet man visar *när* man gör något visst. En tänkbar tolkning av den första meningen är att den berör bedömningen av en konkret gärning och den senare en regels tillämpning vid bedömningen. Att detta senare skulle "förkroppsliga" en gärnings oaktsamhet kan möjligen förklaras genom att alla regeltillämpningar i en viss mening förkroppsligar den regel som tillämpas.

Förklaringarna möter på svårigheter. Det verkar vara främmande för Jareborgs tänkande att begreppet gärningsculpa skulle syfta på en kroppslighet i betydelsen av oaktsamhet för gärningen, som ren "yttre" kroppsrörelse "i sig" eller "som sådan", helt befriad från "inre" element. Om Jareborg menar att det rör sig om skillnaden mellan en regel och tillämpningen av denna på en konkret gärning, utsätter han sig för sin egen kritik mot Erenius i detta hänseende. Den förklaring som ligger närmast till hands, är att det trots allt är brottsbegreppets tudelning som genererat distinktionen. Tillsvidare lämnar jag detta öppet.

Det måste vara rimligt att inte alltid kräva att ett begreppsomfång är fullständigt klarlagt i alla delar för att motivera ett begrepps meningsfulla användning. Många gånger kan användningen av ett oprecist språk och begrepp mer preciserat beskriva en företeelse än ett språk, som bemödar sig om fullständig begreppslig klarhet. Förhållandena inom konst och litteratur är exempel på detta. Kraven inom straffrättslig begreppsanvändning måste dock vara särskilt höga.¹⁸⁹⁷ Som Jareborg uttryckt sig skulle inte begreppsstrukturen, dvs begreppsomfånget och de i detta ingående delarnas inbördes förhållande,

¹⁸⁹⁶ Jareborg, Ansvarslära s 214.

¹⁸⁹⁷ Jfr VIF s 572. T o m Wittgenstein, upphovsmannen till användningen som utgångspunkt för definitioner, medger att begrepp kan behöva preciseras på ett tydligare sätt inom exempelvis juridiken.

ge någon preciserad information om distinktionen. Enligt min mening är detta för låga krav på precision av begreppsomfången för de begrepp, som skall beskriva detta viktiga rättsområde. Det kan därför vara skäl att ändå undersöka den begreppsstrukturella skillnaden i detta fall.

Till att börja med verkar namnen på de språkliga "verktygen" ifråga inte vara valda för att i första hand beskriva användningen och resultaten av bedömningen. Utgångspunkten måste vara att benämningarna på begreppen syftar på något som är dels kroppsligt och gärningsinriktat, dels psykiskt och personlighetsinriktat.¹⁸⁹⁸ Alltså en "yttre" och en "inre" sida av culpa. Jareborg använder emellertid ofta namnen på de två sorterna av culpa med betydelser som motsvarar namnen. Gärningsculpa sägs exempelvis beteckna att gärningen "förkroppsligar" den oaktsamhet en person visar, till skillnad från den personliga culpan som betecknar att en person är oaktsam.¹⁸⁹⁹ Jareborg använder begreppen ganska konsekvent t ex enligt följande:

Vid diskussionen av gärningsculpa lämnas emellertid gärningsmannens avsikter därhän. Frågan gäller inte i främsta rummet om *han* varit oaktsam, utan om den kontrollerade *gärningen* varit oaktsam.¹⁹⁰⁰

Utgångspunkten bör därför ändå vara att gärningsculpa är gärningsmässig culpa och personlig culpa är personlig culpa. Gärningsmässigheten består i att den, till skillnad från den personliga culpan, på något sätt anses föreligga hos en gärning, utan närmare beskrivet subjekt, närmast som en egenskap hos culpan. Denna culpa tillräknas en gärning objektivt på något sätt, till skillnad från den personliga culpan som tillräknas en person. Detta medför att om inget tillräknande i dogmatisk mening sker i det gärningsmässiga ledet av culpabedömningen, ger inte uttrycket i citatets andra mening någon information om distinktionen. Oaktsamhetsbegreppet används ofta i vardagsspråkliga sammanhang för att beskriva en oaktsamhet som en egenskap hos gärningar. Man kan exempelvis säga att en handling var oaktsam. Men detta språkbruk utesluter inte att något slags subjekt preliminärt tillskrivs denna gärning. Något tillräknande av ansvar till en gärning "i sig", utan subjekt, sker inte i dogmatisk mening. Tillräknandet är förbehållet personer *med* vissa gärningar. Gärningspersonens avsikter, i betydelsen av vilken styrning gärningen utförts med, lämnas inte därhän vid en oaktsamhetsbedömning, vare sig vid dess start eller slutförande. Inte heller görs bedömningar av subjektlösa gärningar "i sig" eller "som sådana" någon gång vid oaktsamhetsprövningar, vare sig i rättsliga eller moraliska oaktsamhetsbedömningar. En annan sak är frågan om

¹⁸⁹⁸ Jareborg, Ansvarslära s 218.

¹⁸⁹⁹ Jareborg, Brotten I s 192ff och Ansvarslära s 43ff.

¹⁹⁰⁰ Jareborg, Ansvarslära s 38.

subjektet och gärningspersonen är en "någon", dvs ofullständigt eller fullständigt identifierad.

Citatet ovan verkar följaktligen *inte* i första hand syfta på språkanvändningen, utan på en skillnad som är hänförlig till en skarp avgränsning av begreppens begreppsomfång. Denna skarpa gräns sägs utgöras av att gärningsculpa endast omfattar culpa som "tillräknas" en gärning, sedd som en yttre ren (kontrollerad) kroppsrörelse, och personlig culpa endast culpa som "tillräknas" en person. Skillnaden är alltså trots allt hänförlig till begreppsstrukturen. Rekommendationen att inte observera skillnaden mellan gärningsculpa och personlig culpa begreppsstrukturellt motsägs därför av att Jareborg ändå refererar till en sådan skillnad. Ett begreppsstrukturellt förklaringsätt måste också göra den avgörande skillnaden mellan gärningsculpa och personlig culpa synlig i deras begreppsstrukturer. Ett begrepps omfång ingår till väsentliga delar i en begreppsstrukturell förklaring av ett begrepp och därmed även av en distinktion, som åtminstone delvis formas av begreppet. Därför implicerar Jareborgs distinktion mellan personlig och gärningsmässig culpa ett anspråk på begreppsstrukturell konsistens, både beträffande distinktionen och begreppen som ingår i denna. Detta görs trots hänvisningen till språkanvändningen, som impliceras i hävdandet av resultatet och inte begreppsstrukturen som grund för distinktionen. Saken är desto tydligare eftersom Jareborg också själv hänvisar till begreppsstrukturella förklaringar, när det närmare innehållet i personlig culpa och gärningsculpa skall beskrivas.

Tills vidare kan man ändå konstatera att Jareborg, till skillnad från andra författare med liknande utgångspunkter, inte fullt ut drabbas av de problem som ett konsekvent upprätthållande av den begreppsliga skillnaden mellan ett objektivt, gärningsmässigt och ett personligt, individuellt och traditionellt skuldmissigt culpabegrepp för med sig. Namnbytet från ett objektivt och subjektivt till ett gärningsmässigt och personligt culpabegrepp, i kombination med avståndstagandet från den begreppsliga skillnaden, ger ett visst rörelseutrymme, dock inte så stort att kravet på en begreppslig strukturell skillnad kan lämnas åt sidan.

Det är förvisso mycket vunnet med att göra straffbarheten för den nedre gränsen mot straffrihet normativ. Men man kan fråga sig varför Jareborg gör halt i denna rörelse mot en mer realistisk prövningstyp och försöker hävda en objektiv eller "förkroppsligad" *sorts* culpa, kategoriskt avskild från skuldrekvisiten, för att avskära "...orsaksförlopp, som inte bör tillräknas en orsakare...".¹⁹⁰¹ Strahl och Peczenik gör inte så, utan låter den nedre gränsen i

¹⁹⁰¹ Jareborg, Ansvarslära s 30 och 71.

princip styras av skuldrekvisit. Såvitt jag kan se gör Jareborg detta främst med hänsyn till medverkansläran och distinktionen mellan ursäcker och rättfärdiganden.¹⁹⁰² Men dessa rättsliga fenomen tycks, som strax skall visas, i sin tur främst grunda sig på att det förutsätts vara möjligt, nödvändigt och lämpligt att indela rekvisit i dels objektiva eller opersonliga, dels subjektiva eller personliga rekvisit.

Problemen under (a) - (e)

(a) Gärningsculpa och primära handlingar

Den prövningsmodell som här förordas strider mot föreställningen om "basic acts" eller primära handlingar, som utgångspunkt för ansvars- eller gärningsprövningar. I grund och botten ligger en kausal handlingslära bakom denna tanke. Man skulle kunna se antagandet om "basic acts" som det styrande huvudproblemet i Jareborgs andra grundbult. Finns inte denna förutsättning finns heller ingen anledning att kräva två sorters culpa.

(b) "Särskilda omständigheter rörande gärningsmannen"

"Särskilda omständigheter rörande gärningsmannen" vill Jareborg hänföra till rekvisiten för gärningsculpa. Handikapp är exempel på sådana särskilda omständigheter. Dessa omständigheter skulle alltså *inte* vara "äkta" personliga utan endast särskilda för en viss kategori, dvs för en "krets" av handikappade personer.¹⁹⁰³ En *sortskillnad* hävdas alltså mellan hänsynstagande å ena sidan till ett handikapp (t ex en hörselskada), som faktiskt medfört oskicklighet och bristande insikt, samt å andra sidan hänsynstagande till oskicklighet på grund av handikapp (t ex en likadan hörselskada) eller till brist på utbildning orsakat av detta handikapp, vilken orsakat en bristande insikt.

I NJA 1966 s 70 var frågan bl a om hänsyn skulle tas till bristande insikter om säkerhetsbestämmelser, en brist som alla personer i den krets TT befann sig i, dvs hemvärnschefer, delade. Det tycks m a o röra sig om prövning av gärningsculpa. Detta karaktäriseras av Jareborg (och Erenius) som en typisk prövning av personlig culpa. Strahl ville snarare se det som om det var fråga om rättsvillfarelse.¹⁹⁰⁴ Utan att gå närmare in på detta fall, som skall behandlas nedan, måste man fråga sig om det verkligen är möjligt att någorlunda skarpt skilja mellan "särskilda omständigheter som rör gärningsmannen" och personliga egenskaper.

¹⁹⁰² Jareborg, Ansvarslära s 50f.

¹⁹⁰³ Jareborg, Två sorters culpa s 226.

¹⁹⁰⁴ Se avsnitt 4.7.3.

I själva verket är det regelkaraktären och den generella karaktären i domarens ögon hos de högst personliga och individuella omständigheterna hos gärningspersonen, vilka utgör den särskilda "måttstocken" och därmed den särskilda *och generella* regel, som tillämpas vid oaktsamhetsbedömningen. Konformitetsprincipen kräver att alla andra personer med samma handikapp eller samma brist, oavsett om bristen eller handikappet bara uppträtt en enda gång och förväntas uppträda bara en gång, skulle påverkats på samma sätt som gärningspersonen.

Men Jareborgs karaktäristik av den personliga culpan är inte inskränkt, som exempelvis i Erenius' och Jeschecks läror till att motsvara de särskilda omständigheter, som är personliga och särskilda för gärningspersonen. Redan 1977 ville Jareborg distansera sig från Jeschecks och andra tyska läror. Han ville då skilja mellan vad han tyckte sig se som individuell gärningsculpa, och som ofta presenterades som personlig culpa, och "äkta" personlig culpa.¹⁹⁰⁵ Kriteriet för denna "äkta" personliga culpan skulle då vara att denna gör en person klandervärd och (individuell) gärningsculpa en gärning klandervärd.¹⁹⁰⁶ Men detta säger inte mer än vad som ovan sagts om grunden för åtskillnaden, dvs att den kvarstående förklaringen till distinktionen endast förblir brottsbegreppets tudelning.

De kriterier som Jareborg använder sig av för att särskilja "äkta" gärningsculpa från äkta personlig culpa, när det gäller "särskilda omständigheter rörande gärningsmannen", skiljer sig därför inte i realiteten från andra liknande distinktionsförsök.

(c) Begreppsstrukturen och personlig culpa

Jareborg skriver:

Omedveten culpa kan generellt karaktäriseras som ett *åsidosättande av en undersöknings- eller kontrollplikt*.¹⁹⁰⁷ Omedveten oaktsamhet är det samma som att gärningsmannen skulle ha på relevant sätt förstått, att han orsakade något visst eller att någon viss omständighet förelåg, om han hade gjort H, som han hade förmåga och tillfälle att göra och som han borde ha gjort. Den relevanta "förståelsen" är visshet, tro eller misstanke - i samtliga fall har ju vederbörande tillfälle att följa lagen.¹⁹⁰⁸

¹⁹⁰⁵ Jareborg, Två sorters culpa s 226.

¹⁹⁰⁶ Jareborg, Två sorters culpa s 220.

¹⁹⁰⁷ Jareborg, Ansvarslära s 213.

¹⁹⁰⁸ Jareborg, Ansvarslära s 213.

Av detta följer att denna beskrivning av *negligentia* syftar till att innefatta en nödvändig, och generellt sett tillräcklig, dimension av personlig culpa. Det klassiska culpabegreppet beskrevs som en avvikelse från aktsamhetskravet. Detta karaktäriseras emellertid av Jareborg som gärningsculpa i första hand.¹⁹⁰⁹ Uppenbarligen innefattades kontrollplikten i det klassiska culpabegreppet som en del av detta. Jareborgs personliga culpa bör därför kunna ses som utbrutet ur det klassiska culpabegreppet. Detta har t o m kritiserats för att i för hög grad betona skuldkaraktären och det personliga i culpaprövningen.¹⁹¹⁰ En kontrollplikt ingick självfallet i aktsamhetskravet, som var utgångspunkten för detta begrepp. Jareborg menar att det är nödvändigt att klassificera begreppet personlig culpa såsom tillhörande skuldsidan i brottsbegreppet. Svaret på varför utbrytningen av denna del måste ske ges alltså inte. Begreppet, som ett fristående culpabegrepp, förklaras därför till slut endast av brottsbegreppets grundläggande tudelning i objektivt och subjektivt.

(d) Personlig culpa och gärningskontroll

Varför en insiktsbrist, som har sin grund i ett handikapp som nervös läggning, kan utesluta gärningskontroll och gärningsculpa samt varför en insiktsbrist som har sin orsak i en läggning för hetsigt humör inte kan detta, kan inte bero på dessa förutsättningars olika personliga eller opersonliga natur. Kretsen av personer med hetsigt humör kan bestämmas ungefär på samma grunder som den beträffande nervös läggning. Inte heller är insiktsbristen i och för sig grunden för den personliga culpan. Insiktsbrist finns nämligen som ett resultat av de flesta av de "särskilda omständigheter rörande gärningsmannen" som Jareborg hänför till gärningsculpaprövningen. Skillnaden skulle då istället kunna bero på hänsynstagande till en *strävan* efter insikt vid personlig culpa. Personen med dåligt humör skulle inte anses ha strävat efter insikt på samma sätt som den som hade nervös läggning. Men bristande skicklighet, hetsigt humör eller nervös läggning kan ofta avhjälpas genom träning. Detta gäller även många andra olika slags handikapp. Både den nervöse och den hetsige personen kan hysa samma strävan efter insikt och vara oförmögna till insikt på samma sätt.¹⁹¹¹

Någon skillnad rörande rekvisitorsorternas mer eller mindre personliga eller opersonliga karaktär finns såldes inte. Inte heller föreligger en skillnad beträffande den konstaterade insikten eller strävan mot insikt om risk eller godtagbart resultat.

¹⁹⁰⁹ Jareborg, Två sorters culpa s 232.

¹⁹¹⁰ Se avsnitt 4.6.2.1.1.

¹⁹¹¹ Se avsnitt 4.6.2.3.

Prövningen av om någon bort sträva mot att avhjälpa sin bristande skicklighet och kunskap och därmed sin insiktsbrist bedöms däremot alltid i förhållande till en måttstock. Denna kan beskrivas i enlighet med vad en vir optimus skulle ha gjort vid ett striktare ansvar och enligt en "ansvarsfull" medborgare vid "normalt" culpaansvar. Beträffande dåligt humör godkänns inte denna persons strävan, eftersom man utgår från en plikt att sträva bort från eller avhjälpa dessa dåliga egenskaper genom t ex övning eller genom att tillägna sig goda vanor.¹⁹¹² När det gäller personen med nervös läggning finns en *annan* parameter för dennes strävan än den med läggning för häftigt humör. En person med nervös läggning åläggs av samhället en viss nivå beträffande sin strävan mot insikt. Exempelvis förväntar man sig inte att alla mycket nervösa personer söker psykiatrisk vård, men kanske att körkortsinnehavare rättar till sådana problem eller avstår från att köra bil. Parametrarna kan varieras närmast obegränsat.

Följaktligen inskränks skillnaden mellan rekvisit för gärningskontroll och rekvisit för personlig culpa till att utgöra en skillnad i parametrar för vad som skall anses som godtagbar strävan mot insikt.

Thyrén använde sig av begreppen "fixa" faktorer och "variabla" faktorer för att beskriva detta förhållande. Den fixa faktorn bestod av "förståndsformågor" och den variabla av *inriktningen* av de förmågor som stod till gärningspersonens förfogande. En insikt kunde således vara en fix faktor, beroende på ett handikapp som gärningspersonen inte kunde anses vara skyldig att åtgärda. Insikter ansåg han vara medel som användes och inriktades av gärningspersonens vilja mot ett mål. Eftersom ingen inriktning mot den för ansvar relevanta effekten förekommer vid *negligentia*, måste Thyrén vid *negligentia*-ansvar anta att gärningspersonen borde ha tillägnat sig och använt detta medel, men underlåtit att göra så, exempelvis eftersom han utvecklat dåliga vanor. Den fixa faktorn "insiktsbrist" ansågs exculpera men den variabla faktorn "insiktsbrist", åstadkommen genom brist i "samhällsvänlig" vilja, inculpera. Skillnaden mellan Thyrén och Jareborg härvidlag är att Jareborg binder ansvaret till en *strävan* mot riskinsikt och Thyrén till en *vilja* till riskinsikt. Utan att för ett ögonblick vilja pådyvla Jareborg Thyréns alla spekulationer om grunden för straffansvaret i övrigt, är det svårt att se någon egentlig skillnad på just detta område.

Ungefär liknande "särskilda omständigheter rörande gärningsmannen" anförs av Strahl. Dessa omständigheter hänför emellertid Strahl till det "individuella culpaskönet". Strahl uttalar sig om dessa omständigheter på följande sätt:

¹⁹¹² Jfr Wessén angående grundbetydelsen av "dygd" som ungefär motsvarar "det man kan".

Man kan fråga sig, om det inte alltid beror på bristande förmåga att en människa inte betar sig bättre än hon gör. Detta är emellertid en filosofisk fråga, som inte behöver bekymra straffrättskipningen. Rättsregler uppställs att gälla för framtiden. Även en övertygad determinist bör därför kunna uppskatta, att ansvar görs beroende av oaktsamhet och därmed av ett val mellan handlingsalternativ och att vid bedömningen av handlingen individuell underlägsenhet räknas individen till godo.¹⁹¹³

Alla tre teorierna utgår från att oaktsamhetsklandret på något sätt grundas på en förmåga att göra det som lagen förväntar. Kravet på gärningskontroll medför enligt Jareborg, att brist på förmåga att göra detta förväntade exculperar gärningspersonen. Skuldkravet baseras också på att förmåga, inklusive möjlighet, funnits att göra något annat, som är acceptabelt i förhållande till vad som förväntas i straffbudet, än det som gjordes. Man kan dock inte med Jareborgs culpaprövningsmetod förklara varför å ena sidan vissa förmågor som resulterat i en aktuell bristande kunskap, insikt och skicklighet skall grunda en särskild sorts personlig culpa, och å andra sidan andra eller samma förmåga, som resulterat i samma brist på kunskap, insikt och skicklighet medför att inte gärningskontroll förelegat. Man kan inte heller hänföra egenskaper eller förmågor orsakade av svåra handikapp till förutsättningar för gärningskontroll eller en gärningsmässig culpa och egenskaper orsakade av andra lindrigare eller tillfälligare handikapp till förutsättningar för skuldmässig culpa. Båda kategorier har sin grund i skuldprincipen. Konstaterandet av att oaktsamhet och gärningskontroll föreligger är härlett ur en jämförelse mellan en gärningspersons gärning och en hypotetisk persons, t ex en "ansvarsfull" persons, hypotetiska gärning i TT:s "kläder". Denna "ansvarsfulla" person utrustas således med alla de handikapp som en gärningsperson inte (skulle) kunnat avhjälpa och därför inte bort avhjälpa. Det finns ingen dogmatisk artskillnad mellan exculpationer grundade på att det varit omöjligt för en gärningsperson att undvika ett resultat av fysiska skäl och att det varit omöjligt att undvika resultatet av normativa eller psykiska skäl. Således kan skuldprincipen utgöra grunden för kravet på gärningskontroll liksom för skuldkravet.

Sammanfattningsvis verkar brottsförutsättningen kontrollerat händelseförlopp och gärningsculpa vara sprungna ur skuldprincipens postulat att ett godtagbart alternativ måste ha funnits om gärningspersonen kunnat utföra. Vad som i denna fas av prövningen konstaterats och krävts är att gärningen, inklusive ett subjekt utrustad med vissa förmågor, jämförts med ett gott alternativ, som *preliminärt* befunnits avvika från detta. Kravet på gärningskontroll är därför enligt min mening endast förstäligt som ett grundläggande preli-

¹⁹¹³ Strahl, 1976 s 175f.

minärt krav på gärningsmässig och individuell eller personlig culpa. Vad Jareborg kallar gärningskontroll och gärningsculpa är således endast ett *preliminärt* konstaterande av en miniminivå för oaktsamhet; gärningsmässig och personlig. Det slutligt formulerade aktsamhetskravet är det enda dogmatiskt relevanta aktsamhetskravet i processen. En annan sak är att aktsamhetskravet kan varieras efter många olika parametrar. Exempelvis kan vissa personer i garantställning utsättas för högre aktsamhetskrav än andra eller vissa verksamheter medföra högre krav än vid andra verksamheter. Detta innebär inte att det i rättegången föreligger flera olika sorters aktsamhetskrav, såsom ett gärningsmässigt och ett personligt.

(e) Prövningen av personlig culpa i två led

Alla rekvisit prövas i "Klandervärdhet", inte bara "personliga"

Det specifika för den personliga culpan skulle bestå i det andra ledet, prövningen av klandervärdheten. Skulle det handla om en prövning av ren "Vorwerfbarkeit" eller klandervärdhet, utsätter sig konstruktionen egentligen för samma kritik som Roxin riktat mot finalismens skuldbegrepp.¹⁹¹⁴ Klandervärdhetsprövning görs nämligen av alla rekvisit, både "subjektiva" och "objektiva". Detta säger därför inte vid en första påsyn något särskilt om innehållet i den personliga culpan, som skulle skilja sig från annan culpa. Det kan alltså inte röra sig om att klandervärdhetsprövning är något som görs av särskilda oaktsamhetsrekvisit till skillnad från exempelvis uppsåtsrekvisit eller "opersonliga" rekvisit.

Jareborg kan inte mena att aktsamhetsregeln inte egentligen tillämpas utan endast "tas hänsyn till". Han har kritiserat Erenius' föreställning om att aktsamhetsregelns individuella normdel inte används i en jämförelse med det enskilda fallet. Det auktoritativa tillräknanDET av klandervärdhet i juridisk mening är en särskild rättslig verksamhet. Att konstruktionen av aktsamhetsregeln i tiden så gott som kan sammanfalla med prövningen av oaktsamhet gör inte dessa operationer identiska. En regels tillkomst och tillämpning är två dogmatiskt åtskilda operationer. Om så inte vore fallet skulle varje del av kompletteringarna i gärningsculpabedömningen av särskilda omständigheter, som t ex Jareborg kallar dem, vara dogmatiska auktoritativa konstateranden av culpa. Man skulle då, i dogmatisk mening, vara tvingad att räkna med ett oändligt antal och stegvisa oaktsamhetsavgöranden. Karakteristiskt för en sådan syn är Erenius' expansion från en tudelning till en tredelning av bedömningsleden, vari han föreställde sig att någon jämförelse inte skedde efter

¹⁹¹⁴ Se avsnitt 1.4.3.4.3.4.

det allra första stadiet. Väglaget vid en trafikolycka skulle exempelvis inte ingå i en jämförelse utan endast "tas hänsyn till".

Den avgörande och egentligen enda skillnaden mellan personlig och gärningsmässig oaktsamhet skulle alltså trots allt bestå i att man enligt Jareborg kan konstatera gärningsculpa, då en gärning avviker från aktsamhetskravet *exklusive* kravet på strävan mot viss godtagbar insikt, och personlig culpa, då en gärning avviker från aktsamhetskravets påbud om strävan mot viss godtagbar insikt i klandervärdhetsledet.

Enligt den klassiska läran enligt förarbetena till Brottsbalken byter man i princip ut ett enda moment i den aktuella gärningen och gärningspersonen – den aktuella "viljestandarden" eller den aktuella strävan mot det aktuella resultatet – mot en hypotetiskt godtagbar "normal viljestandard", för att etablera ett gällande aktsamhetskrav. Klandervärdhetsledet – m a o prövningen av (o)aktsamheten – går enligt denna lära ut på att det hypotetiskt godtagbara resultatet av en hypotetiskt god strävan jämförs med det aktuella resultatet. Om lägst samma resultat föreligger, kan gärningspersonen inte klandras. Negativa avvikelser är grund för ett klander av felaktig strävan (vilja); oaktsamhet kan anses föreligga. Jareborg använder sig av strävan mot riskinsikt, där den klassiska läran enligt förarbetena använder sig av normal viljestandard. Skillnaden verkar närmast vara att terminologin är något mer i enlighet med föreställningsläran än den klassiska viljeteoretiskt betonade oaktsamhetslärorerna.

Negligentia är ingen pendang till uppsåt

Okvalificerat culpaansvar avviker från *dolus* (dvs kvalificerat culpaansvar) genom att *brist* på *dolus* föreligger. Utöver bristen på *dolus* finns samma "gärningsmässiga" culpabedömning till grund för ansvar. *Negligentia* är inte en särskild konstaterad undermedveten lägre grad av insikt eller vilja i förhållande till *dolus*. *Negligentia* kännetecknas av en brist på en i rättslig mening förväntad strävan, uttryckt volitivt eller kognitivt, mot ett godtagbart resultat.¹⁹¹⁵ En uppsåtlig icke-förväntad gärning manifesterar också en sådan brist. Den förväntade (aktsamma) gärningen beskrivs och tolkas med utgångspunkt från en mening eller en riktning mot ett förväntat (aktsamt)

¹⁹¹⁵ Här avses endast uppsåt till en förväntad dvs godtagbar gärning. Detta uppsåt, eller denna s a s rättsligt förväntade (hypotetiska) godtagbara strävan, utgörs av den alternativa godtagbara gärningens mening. Denna hypotetiskt godtagbara gärningsmening får inte förväxlas med uppsåtskravet i BrB kap 1 § 2. Man kan inte heller säga att aktsamhetskravets godtagbara gärningsmening utgör den positiva sidan av uppsåtskravet i BrB kap 1 § 2. Däremot utgör den godtagbara gärningsmeningen ett rättsligt jämförelseobjekt för det allmänna uppsåtskravet i BrB kap 1 § 2.

resultat. Dessa samlade förväntningar är rättsligt formulerade på olika sätt. Aktsamhetskravet utgör således en strävan mot ett godtagbart resultat, formulerat som en viss aktsam gärning med ett visst resultat. Oaktsamhet är en brist i denna strävan. Den konstateras genom att den aktuella gärningen jämförs med en godtagbar gärning, som utgör aktsamhetskravet. Det finns alltså inget som kan sägas "motsvara" den specifika dolusprövningen i negligentiaprövningen utom prövningen av aktsamheten, som görs i alla prövningar av brott. Snarare förhåller det sig på motsatt sätt. Culpaansvar till skillnad från dolusansvar är ansvar, *trots att dolus saknas*.

Om man hävdar att oaktsamhetsprövningen skall ske i ett till uppsåtsbedömningen parallellt led, i ett klandervärdhetsled, blir det därför nödvändigt att på något sätt tillskriva oaktsamhetsrequisitet uppsåtsliknande drag, såsom exempelvis viss klandervärd "psykisk energi", undermedveten vilja eller undermedveten insikt. Men culpaansvaret (negligentia) utmärks just av att bedömaren *inte* funnit någon strävan efter ett godtagbart resultat och inte heller en pseudosträvan mot detta. Ansvaret har sin grund i att gärningspersonen ansågs ha förmåga att göra det aktsamma, *eftersom alla "ansvarsmedvetna" personer i dennes ställe skulle gjort detta*. Endast strävan mot det aktsamma (inklusive en strävan att bekämpa dåliga egenskaper som t ex dåligt humör), dvs minst ett godtagbart alternativ, skiljer den "ansvarsmedvetna" personen från gärningspersonen vid oaktsamhet. De särskilda exculperande och ansvarsinskränkande omständigheter som ges i den konkreta situationen och egenskaper, som domaren är skyldig att tillskriva den "ansvarsmedvetna" personen, måste hämtas från de exculperande egenskaper och omständigheter, vilka inte gärningspersonen borde avhjälpa. Här finns inte en skillnad mellan personliga eller andra omständigheter, utan alla fyller funktionen av att ge ansvarsfrihet och därmed inskränka ansvaret. Detta gäller oberoende av om de är "objektiva", individualiserande, "subjektiva", "individuella" eller något annat. Vid bedömningar av uppsåtliga brott sker samma prövning av ansvarsbegränsningar, genom att de egenheter som gärningspersonen hade, avgör om han varit aktsam eller inte. Den enda skillnaden är, som Koriath säger, att uppsåtsinvändningen inte godtas vid okvalificerad oaktsamhet. I princip godtas alla andra invändningar, då man prövar bägge skuldformerna.

Oaktsamhetsbedömningen är således ingen parallell prövning i förhållande till uppsåtsbedömningen. Båda prövningar skall resultera i konstaterandet av en strävan hos TT mot något som inte förväntas i straffrättslig mening (inklusive passivitet), dvs något oaktsamt, för att man skall kunna utdöma straffansvar.

Inte heller som pendang till uppsåt kan oaktsamhet identifieras som personlig culpa skild från annan culpa.

Insikt om ett oönskat resultat räcker inte för oaktsamhet

Jag har tidigare argumenterat för att kravet på strävan efter insikt inte är avgörande för aktsamhetsbedömningen, utan endast kravet på strävan efter ett godtagbart resultat. Strävan efter riskinsikt finns inte alltid då aktsamma gärningar eller dolösa gärningar utförs.¹⁹¹⁶ Strävan efter ett godtagbart resultat eller lägst efter att inte överskrida tillåten risk för detta finns däremot vid all aktsamhet och saknas vid oaktsamhet.

Det kan i och för sig vara rätt att domstolarna vid aktsamhetsprövningen ofta stannar vid att uttryckligen fråga efter den uppmärksamhet eller riskinsikt som TT borde haft. Men detta krav på strävan efter insikt räcker inte för oaktsamhetsansvar. Kravet på strävan efter ett godtagbart resultat är alltså underförstått. Kritiken mot föreställningsläran i detta avseende har gått ut på att kravet på en strävan efter en viss insikt endast är ett annat uttryck för ett krav på en strävan mot ett godtagbart resultat.¹⁹¹⁷ Detta visar sig tydligt i och med nödvändigheten att vid negligentiansvar presumera att gärningspersonen inte ville åstadkomma det oönskade resultatet.¹⁹¹⁸ En sådan presumption är ett uttryck för att aktsamhetskravets strävan efter insikt alltid måste vara en strävan efter ett godtagbart resultat. Detta är det enda skälet till denna "presumption". Vid uppsåt strävar gärningspersonen *inte* efter ett godtagbart resultat men ofta efter en så tydlig insikt om chansen/"risken" för resultatet som möjligt. Uppsåtlig gärning klandras för att en strävan efter det aktsamma inte funnits, och gärningspersonen, *med åtminstone riskinsikt*, genom gärningen strävat mot ett specifikt oönskat resultat beskrivet i lag. Vid culpa består skulden *enbart* av det första ledet i skuldprövningen, nämligen att det aktsamma resultatet inte har eftersträvat. Man har helt enkelt givit upp det sista kravet på ett specifikt band mellan effekt och person och därmed det s k täckningskravet i detta avseende.¹⁹¹⁹ Framförallt finns det inte som ett slags bevisat

¹⁹¹⁶ Se t ex avsnitt 4.6.2.2.5 under "Insikt som definitions-kriterium".

¹⁹¹⁷ Därmed inte sagt att det alltid skulle finnas en moralisk skillnad mellan att handla med säker insikt om ett visst faktum och att sträva efter detta.

¹⁹¹⁸ Jareborg, Ansvarslära s 217.

¹⁹¹⁹ Jfr här oenigheten, när det gäller täckningsprincipen och oaktsamhetsprövningen, mellan Strahl och Wennberg i Brottsbalkskommentaren å ena sidan och Jareborg å andra sidan i Jareborg, Två sorters culpa s 248. Man kan uttrycka saken processuellt, t ex som en presumption av inte godtagbar insikt eller strävan. Koriath har, dock något oegentligt enligt min mening, uttryckt det som att det rör sig om ett rent effektansvar utformat som en processuell regel att uppsåtsinvändningen inte längre ger ansvarsfrihet vid okvalificerat culpaansvar. Se avsnitt 4.6.2.3.

pseudoband bestående av en speciell subjektiv eller individuell skuldform baserad på vare sig undermedveten vilja eller insikt.

Jareborg skriver:

...hela sättet att resonera om omedveten culpa bygger på en presumption om att den personliga culpan är en nödvändig förutsättning för den otillåtna gärningen och därmed också för gärningsculpa. Man får inte ställa frågan vad gärningsmannen skulle ha gjort om han hade haft uppsåt, utan det presumeras att gärningsmannen skulle ha avstått från gärningen om han hade insett vad han höll på med att göra. Presumtionen speglar säkerligen det verkliga förhållandet i de allra flesta fall. Men man kan föreställa sig fall där den inte gör det. Ett exempel är att A, som är på väg till B:s bostad för att mörda B, på grund av bristande uppmärksamhet råkar köra ihjäl honom i en vägkorsning. Hade han sett att det fanns en fotgängare på gatan och att denne var B, så skulle han passat på tillfället att döda B.¹⁹²⁰

Det är alltså tydligt, enligt Jareborgs egen argumentation, att skälet för presumptionen enbart är att strävan efter insikt inte helt täcker kravet på aktsamhet. En annan sak är att presumptionen ofta är riktig. Men det finns inget skäl att inte ange det rätta kravet för vad som är aktsamt. Aktsamhetskravet, enligt Jareborg, innehåller alltså implicit ett krav på en strävan efter ett visst godtagbart resultat och inte enbart en strävan efter en viss riskinsikt. En strävan efter viss riskinsikt tillhör också aktsamhetskravet av naturliga skäl, eftersom detta impliceras i en strävan efter ett godtagbart resultat. Ett förlopp kan inte styras utan någon form av förutseende.

Det visar sig alltså att den grundläggande skillnaden, som skulle bestå av en skillnad mellan risken för skada, dvs gärningens resultat, och risken för insiktsbrist - inte existerar, eftersom aktsamhetskravets *strävan* efter insikt inte är något som presumeras i största allmänhet utan detta krav implicerar en strävan efter ett godtagbart resultat.

Det är svårt att värja sig mot tanken att föreställningslärans huvudsakliga funktion vad gäller oaktsamhetsprövningen är att stödja en grundläggande deterministisk syn på mänskliga val.¹⁹²¹ Man vill helt enkelt inskränka valets betydelse, samtidigt som man ändå är tvungen att laborera med val. Detta skapar en svårförståelig och motsägelsefull begreppsapparat.

¹⁹²⁰ Jareborg, Ansvarslära s 217f.

¹⁹²¹ Koriath, s 670.

Slutsatsen är att distinktionen trots allt främst tycks härröra från "der Angelpunkt"

Det problematiska för Jareborgs provningsmodell är att personlig culpa och gärningsculpa inte går att skilja åt på det sätt och på de grunder Jareborg har förespråkade. Det enda skälet för distinktionen tycks tillsvidare vara det som kvarstår för Erenius; brottsbegreppet kräver denna tudelning. Min arbetshypotes är fortfarande att detta är främmande för Jareborgs tänkande. Det är därför nödvändigt att pröva om det finns andra kriterier för att åtskillnaden skall kunna försvaras.

YTTERLIGARE PROBLEM SOM JAREBORG SJÄLV TAGIT UPP

Jareborg har själv framfört och bemött ett antal svårigheter för distinktionen. Ovan har jag kommenterat en av dessa; bristen på begreppsstrukturell grund för distinktionen är besvärande. Här behandlar jag tre ytterligare svårigheter och deras bemötande: (1) terminologin, (2) att den personliga culpan utgör en förutsättning för gärningsculpa och (3) att säkerhetsinstruktioner både har som syfte att ge kunskap och att minimera risker.

Jareborg skriver om terminologin för begreppen "personlig culpa" och "gärningsculpa":

Språkligt sett kan de te sig förfärliga, men de har använts sedan mitten av 1970-talet utan att någon har kunnat föreslå en bättre terminologi.¹⁹²²

Om problemet att personlig culpa är en förutsättning för gärningsculpa säger han:

En sak som bidrar till att det kan verka svårt att skilja mellan de två sorterna av culpa är att det normalt finns kausala relationer mellan gärningsculpa och personlig culpa. Gärningsculpa ådagaläggs när gärningsmannen är personligt culpös, dvs tidsmässigt måste tillståndet av personlig culpa uppkomma innan gärningsmannen förlorar kontrollen över händelseförloppet. I många fall är den personliga culpan (t.e.x. en försummelse att vara uppmärksam eller att göra en kontroll) orsak till gärningsculpan, orsak till att gärningsmannen inte längre har kontroll över händelseförloppet. Detta utesluter naturligtvis inte att det fortfarande är angeläget att skilja mellan de två typerna av culpa. Ser vi till uppsåtsfall är det ju så att direkt uppsåt redan definitionsmässigt är orsak till den otillåtna gärningen. Därav

¹⁹²² Jareborg, Ansvarslära s 36.

följer uppenbarligen inte att man kan eller bör skilja mellan rekvisit för personligt ansvar och andra rekvisit.

Härtill kommer att hela sättet att resonera om omedveten culpa bygger på en presumtion om att den personliga culpan är en nödvändig förutsättning för den otillåtna gärningen och därmed också för gärningsculpa.¹⁹²³

Om problemet rörande säkerhetsanordningars dubbla syfte framhåller Jareborg:

Ytterligare en för den begreppsliga klarheten besvärande faktor är att en del säkerhetsanordningar har en dubbel funktion. En kognitiv feedbackanordning, som är ett hjälpmedel för att få kunskap, kan också ses som en anordning som har till syfte att minimera risker.¹⁹²⁴

Mina kommentarer är följande:

Uppgiften att undersöka den efterfrågade distinktionen, som inte är begreppsstrukturellt grundad och som av upphovsmannen ansetts som språkligt förfärlig, kan redan inledningsvis verka oöverstiglig. Man kan hävda att om begreppen inte längre kan identifieras genom sin begreppsstruktur eller språkliga dräkt, kan man undvara dem eller förklara det önskade fenomenet på ett tydligare sätt. Enligt min mening är dock den språkliga termen "gärningsculpa" träffande, genom att den på ett nytt sätt förknippar culpabegreppet med gärningen, utan att för den skull förlora vare sig dess teleologiska, generella eller konkreta karaktär. Detta kommer att visas i det följande. Begreppet "personlig culpa" är i och för sig också begripligt och träffande. Däremot är dessa begrepp inte lämpade som namn på distinktionens begreppspar. Snarare täcker båda hela culpabegreppets omfång. All culpa är både gärningsmässig och personlig.

På vilket sätt skillnaden mellan personliga och andra rekvisit "uppenbarligen" kan och bör skiljas åt, trots problemet att gärningsculpa förutsätter personlig culpa, säger inte Jareborg. Straffrättsdogmatiken i *civil law*-kulturen är som bekant delad i åtminstone två läger vad beträffar skuldrekvisitens subjektiva eller objektiva karaktär. Detta är något av huvudproblemet i skuldproblematiken sedan den "moderna" dogmatikens födelse. Jareborgs brottsbegrepp gör anspråk på att redovisa de nödvändiga och tillräckliga allmänna brottsförutsättningarna i en viss ordning, som motsvarar en tågordning för bedömningen av gärningar. Det sista stycket i citatet visar detta ännu tydligare. Jareborgs brottsbegrepp borde därför egentligen korrigeras så att den personliga culpan

¹⁹²³ Jareborg, Ansvarslära s 217.

¹⁹²⁴ Jareborg, Ansvarslära s 218.

fanns på en högre nivå än gärningsculpan. Enligt min mening visar detta att gärningsculpa är grundläggande personlig, och att distinktionen invalidiseras av detta faktum.

Jareborg avvisar invändningen om säkerhetsanordningars dubbla funktion med att även den mänskliga hjärnan kan ses som en skyddsanordning, som bidrar till att minimera skaderisker, och att detta förhållande "...inte bör hindra oss från att fortsätta att skilja mellan gärningsculpa och personlig culpa."¹⁹²⁵ Varför denna besvärande faktor skulle upphöra att vara besvärande på grund av detta förklaras inte. Snarare är det väl så att det problematiska i begreppsbildningen kvarstår och förstärks genom det inbördes beroende sammanhanget mellan operationer, som går ut på riskminimering och kunskapsinhämtande.

Sammanfattningsvis kan sägas att distinktionen mellan gärningsculpa och personlig culpa lider av besvärande svagheter på grund av de beskrivna svårigheterna och deras implikationer. Frågan är om inte distinktionen redan i kraft av dessa, och av vad som sagts tidigare, försvinner som en dogmatisk artskillnad.

KAN DET ÄNDÅ FINNAS SKÄL FÖR ATT ANVÄNDA SIG AV DISTINKTIONEN?

Innan ovanstående fråga kan besvaras återstår ännu att undersöka om man kan motivera distinktionen på tre ofta framförda grunder: legalitetsprincipen i allmänhet, skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden och att "medverkansläran" förutsätter en sådan distinktion.

Legalitetsprincipen?

Att förskjuta betydelsen av två "sorters culpa" till den språkligt något mildare varianten enligt rubriken "Two Faces of Culpa" kan vara meningsfullt. En indelning av aktsamhetsreglerna i två regeltyper i stil med dels mer "färdiga", slutna eller handregelmässiga, dels mer öppna, "utomrättsliga", kan också låta göras sig. Syftet med detta skulle kunna vara att på något sätt principiellt hålla fast vid satsen *nullum crimen sine lege*. Det problematiska med culpabegreppets legalitet är nämligen att det åtminstone kan tänkas vara i strid med *præter legem*-förbudet, på grund av sin "öppna" natur. Genom en indelning i brottsbeskrivningsenligt inculperande och "utomrättsligt" (dvs från domarrätt eller domarskön) exculperande material upprätthålls åtminstone nödortfigt dessa aspekter av legalitetskravet. Frågan är om inte åtminstone Erenius' och Engisch' försök att beskriva culpabedömningen har dessa rötter. Man vill

¹⁹²⁵ Jareborg, Ansvarslära s 218.

"kodifiera" oaktsamhetsprövningen så långt det är möjligt. Distinktionen är, förstådd på detta sätt, av värde om den befrämjade en sådan enhetlighet. Jareborg menar att ett starkt skäl för åtskillnaden mellan gärningsculpa och personlig culpa skulle vara att gärningsculpa begränsar "tillämpligheten av alltför vida brottsdefinitioner".¹⁹²⁶ Att en aktsamhetsprövning (personlig och gärningsmässig) bättre tjänar avgränsningssyftet i förhållande till en adekvansprövning, är förmodligen ganska okontroversiellt i svensk doktrin idag. Värdet av att aktsamhetsprövningen och uppsåtsprövningen på ett avgörande sätt beskrivs som gärningsmässig är också enligt min mening av stort värde. Det är också enligt min mening i och för sig riktigt att främja legaliteten genom tydlighet beträffande aktsamhetskravet. Men tydligheten är beroende av en tydlighet beträffande *hela* aktsamhets- och culpaprövningen. En distinktionen som inte kan upprätthållas befrämjar inte denna tydlighet. Gärningsmässigheten i oaktsamhetsprövningen måste få prägla hela den enhetliga prövningen och domarens del i färdigställandet av aktsamhetsregeln. Legaliteten betjänas bäst genom att erkänna domarens nödvändiga del i denna process.

Det sagda utgår dock från en tänkt *dogmatisk* roll för gärningsculpa. Det är tänkbart att se en indelning av oaktsamhetsprövningen i flera steg som en anvisning till en svagt normativt laddad checklista för prövningen av culpa-rekvisiten och till att t ex gå från "inomrättsliga" rättskällor till "utomrättsliga"; från mer generella (dvs av mer tydlig normkaraktär) till mer specificerade. Men dessa steg är inte nödvändigtvis gärningsmässiga respektive personliga.

Skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden?

Skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden anförs av Jareborg som ett av de avgörande praktiska skälen till att upprätthålla "två sorters culpa".¹⁹²⁷

Fletcher menar att ytterst är skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden endast beroende av om straffbudet ses i inskränkt bemärkelse eller inte. Rättfärdiganden kompletterar en straffrättslig norm för all framtid, under det att en ursäkt enbart rör det enskilda fallet:

Law in the narrow sense consists solely of the norms prohibiting conduct and laying down the criteria of justification. Law in the broad sense encompasses the total set of criteria that affects the outcomes of particular cases.¹⁹²⁸

¹⁹²⁶ Jareborg, *Två sorters culpa* s 232.

¹⁹²⁷ Se t ex Jareborg, *Essays* s 21.

¹⁹²⁸ Fletcher, 1978 s 812.

I *common law*-kulturen finns av tradition en misstänksamhet mot indelningen i rättfärdiganden och ursäkter. Under inflytande från tysk doktrin, kanske framförallt genom Fletchers komparativrättsliga insats och hans reverens för finalismen, har distinktionen också här fått ökad betydelse.¹⁹²⁹

Diskussionen om skillnaden mellan rekvisit för brottsbeskrivningsenlighet och rättfärdiganden samt ursäkter har främst förts mellan anhängarna av "die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen" och vad man skulle kunna kalla "undantagsteorier", efter ungefär Fletchers beskrivning.¹⁹³⁰ Problemet som diskussionen rör sig runt är den "deontiska motsägelse" som ligger i att ha dels en regel, brottsbeskrivningsenlighet eller inte, dels regler, t ex nödvärn eller nödvärnsexcess, som upphäver denna regel.¹⁹³¹ Man kan se det som en konflikt mellan en förbudsnorm och en tillåtande norm. Genom att klassificera exempelvis nödvärn som ett negativt rekvisit undviks formellt den "deontiska motsägelsen". I stället för förbudet "Du skall inte döda" och undantaget "Du kan döda i nödvärn" formuleras en regel "Du skall inte döda utom i nödvärn".¹⁹³² Det viktigaste argumentet mot detta synsätt har Welzel framfört. Han menar att det finns en avgörande skillnad mellan det rättsligt tillåtna och det rättsligt betydelselösa eller irrelevanta.¹⁹³³ Om inte detta görs, försvinner den väsentliga värdemässiga skillnaden mellan att exempelvis döda en mygga och att döda en människa i nödvärn.¹⁹³⁴

Enligt min mening kan Welzels argumentationstyp kritiseras enligt följande:

Det är naturligtvis riktigt att det i många fall ligger en våldsamt stor moralisk skillnad mellan att döda en människa och en mygga. Den skillnad Welzels exempel bygger på, utgår enbart från en skillnad i effekt. Gärningen "dödande" förutsätts vara likadan, vare sig det gäller en mygga eller människa. Men den moraliska och juridiska likheten mellan gärningarna och gärningstyperna är snarare mindre än mellan att uppfylla rekvisiten för uppsåtligt dödande och att döda en inteckning. Koriath menar att exemplet är "unfair" i den meningen att den som vågar rättsligt likställa skillnaden mellan

¹⁹²⁹ Se Fletcher, 1978 s 434f och The Psychotic Aggressor s 237ff samt Aschworth, Principles s 241f. Se dock Husak, s 202ff.

¹⁹³⁰ Fletcher har i artikeln "The Psychotic Aggressor s 227 redovisat en uppställning av debatten (från år 1993) om skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden. Fletchers betoning av den praktiska betydelsen av distinktionen hänför sig främst till vikten av en slags moralisk mellandom för allmänhetens acceptans av en friande dom. Detta motsvarar ungefär vad Welzel hävdar. Se Koriath, s 322ff.

¹⁹³¹ Koriath, s 322.

¹⁹³² Koriath, s 326.

¹⁹³³ Welzel, SR s 81f.

¹⁹³⁴ Welzel, SR s 81.

de två dödandehandlingarna blir "als moralischer Versager stigmatisiert".¹⁹³⁵ Intuitivt framkallar exemplet en bild av dels ett traditionellt uppsåtligt brottsligt dödande, dels ett uppsåtligt dödande av en mygga. Den moraliska och förmenta juridiska skillnaden grundar sig på den förlust ett människoliv utgör i förhållande till en myggas liv. Men om dödandet av människan i exemplet utförs som en reflexgärning helt utan oaktsamhet, kvarstår visserligen den stora förlusten av ett människoliv, men både det moraliska och juridiska klandret måste helt avvisas beträffande båda gärningarna.

Fletcher hävdar att den viktigaste "praktiska" implikationen av distinktionen mellan ursäkter och rättfärdiganden är att allmänheten lättare accepterar ett frikännande på grund av ursäkter, om det på något sätt samtidigt framgår av domen att gärningen var otillåten.¹⁹³⁶ Resultatet skulle uppnås genom att man signalerar till allmänheten att en viss gärning inte tolereras, utan att belasta en TT. Men om man vänder på saken: Är det inte "praktiskt" svårare att bära för TT att han blev frikänd men han utförde en gärning som var rättsligt otillåten? Den otillåtna gärningen är ju ändå tillskriven TT:s gärning; den är "hans". Även detta är ett "praktiskt" resultat av teorin. Det ena "praktiska" resultatet förutsätter det andra. Allra minst den sk "allmänheten" kan förutsättas arbeta med en mer eller mindre artificiell skillnad mellan gärningar "som sådana" och personerna som utfört dessa gärningar. Ett sådant "praktiskt" resultat, dvs ett pseudoansvar eller en pseudopåföljd, till nackdel för TT är inte möjligt utan lagstöd. Om ett sådant "praktiskt" resultat förekommer måste det antingen avskaffas eller lagfästas.

Lagen innehåller visserligen ansvar utan påföljd i flera fall, t ex vid otillräknelighet i svensk lag, men inte ett sådant pseudoansvar. Det förekommer enligt min mening inte något extra rättsligt avgörande, i form av ett beslut eller en annan normtyp, vare sig i fråga om ansvar eller påföljd, när domstolen använder ursäkter, som t ex nödvärnsexcess, för att ansvarsbefria den som är ursäktad.

Ett rättsdogmatiskt fenomen måste ha en viss rättslig form. Annars är detta fenomen ett annat fenomen, t ex ett moraliskt beslut. Detta är en viktig rätts-säkerhetsfråga. Analog ansvarsbestämmelser eller sociala extra påföljder, som har rättslig status, har inget lagstöd och strider direkt mot legalitetsprincipens præter legem-förbud. Ett frikännande på grund av brist på bevis, ursäkter, eller rättfärdiganden innehåller ingenting mellan raderna när det gäller ansvar eller påföljder. Det förekommer inget extra tillräknande av an-

¹⁹³⁵ Koriath, s 328.

¹⁹³⁶ Fletcher, The Psychotic Aggressor s 245.

svar eller påföljd som ett objektivt extraansvar.¹⁹³⁷ En gärning är antingen helt tillåten eller helt otillåten; aldrig otillåten *men* ursäktad. Även om lagen gör skillnad, terminologiskt och på annat sätt, mellan nödvärn och nödvärnsexcess, finns ingen ansvarsskillnad mellan stadgandena för dessa ansvarsfrihetsgrunder. En dualistisk provningsmodell, kanske mer eller mindre omedvetet i linje med den gamla generalinkquisitionen, har genererat föreställningen om att en gärning kan ses "som sådan" och bära en slags ansvar genom en av rättsvetenskapen uppfunnen mellandom. Detta leder till en förväxling mellan olika beslut på en prima facie-nivå, dvs beslut i överläggningsfasen och rättsliga beslut. Även om man ser vissa tillåtande rättsnormer som svagare än andra, kan inte denna olikhet grunda en icke lagfäst straffrättslig rättsföljd.¹⁹³⁸ Ingen rättsverkan utan lagstöd kan knytas till skillnaden mellan tillåtligheten att äta frukost (dvs en svag tillåtande norm) och tillåtligheten att döda i självförsvar. En annan sak är att domstolen normalt inte behöver ta upp alla svaga tillåtande rättsnormer till skillnad från de starkare. Allt som förekommer i världen behöver aldrig behandlas i en rättegång.

Om straffrättsligt tillräknande tänks som att domstolen utövar en normskapande verksamhet - TT beläggs med ansvar inkluderande vissa exekutiva konsekvenser - försvinner hela den deontiska motsägelsen, som finns inte bara mellan rekvisit för brottsbeskrivningsenlighet och rättsstridighet utan även mellan rekvisit för skuld och rättsstridighet.¹⁹³⁹ Därmed kan inte heller skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden upprätthållas. Skuldkravet, som är ett krav domaren skall iaktta, finns som ett delvis nedskrivet stadgande med krav på avvikelse mot viss förväntad aktsamhet uttryckt i straffbestämmelsen. Men detta finns med, prima facie, under hela processen och kompletteras vid behov under hela processen. Detta gör inte skuldrekvisit som tänkes bero på intentionalitet eller "Vorwerfbarkeit" till en annan sorts normer än rekvisit för "Unrecht". Koriath uttrycker detta på följande sätt:

Unrecht gibt es weder als Verhaltens-, Erfolgs- oder Intentionsunrecht. Keine dieser Größen enthält naturaliter die Eigenschaft, Unrecht zu sein. Unrechtskonstituierend sind rechtliche Normen. Diese Größen können die quasi sekundäre Eigenschaft, Unrecht zu

¹⁹³⁷ Däremot är det tänkbart att knyta andra beslut, t ex tvångsmedel i laglig ordning till vissa rättsliga fenomen.

¹⁹³⁸ Koriath, s 328. Han använder sig av Kelsens indelning av normer i dels svaga tillåtande normer, dvs det som är rättsligt irrelevant tillåtet såsom att äta frukost och starka tillåtande normer såsom det rättsligt tillåtna dödandet. Enligt min mening är detta i grund och botten ett (rättsligt) prima facie-resonemang, förutsatt att skillnaden mellan rättsligt och moraliskt tillräknande hålls klar.

¹⁹³⁹ Koriath, s 328f.

sein, bekommen, wenn sie die Bedingungen sind, an die Sanktionen gekoppelt sind.¹⁹⁴⁰

Om lagstiftaren valt att ge utrymme åt ursäkter, som t ex ootillräknelighet, i straffstadgandet eller som en allmän regel utanför brottskatalogen, fungerar normen, oberoende av sin systematiska hemvist, som en inskränkning av ett straffstadgande. Samma sak gäller i princip för uppsåtskravet eller ursäkter. Skillnaden mellan uttrycken för tillåtande normer, ursäkter och rättfärdiganden, beror inte på att den ena är mer eller mindre "objektiv", tillhör en viss rekvisitkategori eller är av en annan normtyp än den andra.

Det är betecknande att man inom det klassiska brottsbegreppets ram inte lyckats att upprätthålla en ren distinktion mellan objektiva och subjektiva ansvarsfrihetsgrunder.¹⁹⁴¹

Man kunde tänka sig att finalisterna skapat förutsättningar för att upprätthålla distinktionen, eftersom det finalistiska brottsbegreppet har, i varje fall till stora delar, överfört uppsåt och culpaprövning från skuldsidan till prövningen av brottsbeskrivningsenligheten. Skuldformer som uppsåt och oaktsamhet samt egentligen s k subjektiva exculpationsgrunder överhuvudtaget, skulle därför tillhöra den "hårda kärnan" i den straffrättsliga normen och inte fungera exculperande mer än andra normer. Men å andra sidan är skuldsidan och därmed "exculpationssidan" så vag att skillnaden verkar närmast vara godtycklig. Kvar är en moralisk skillnad, som på något vis intuitivt och omedelbart görs till en juridisk skillnad. Welzels berömda exempel beträffande skillnaden mellan att döda en mygga och att en människa i nödvärn ger endast opphov till en moralisk skillnad i ansvarshänseende.

Inom en funktionalistisk ram skapas inte heller större förutsättningar för en grund för distinktionen. Roxins tredelade brottsbegrepp utgår från en hård kärna, "Tatbestand", av ett straffstadgande med funktionen att tillgodose legalitetsprincipens krav, ett mjukare mellanstadium av "Rechtswidrigkeit" som har till uppgift att vara intresseavvägning eller konfliktlösning och slutligen en ansvarsdel som syftar till att klara ut "Vorwerfbarkeit", vars grund är prevention.¹⁹⁴² Den inculperande funktionen skulle i princip klaras av i det första skedet. Det är riktigt att legalitetsprincipen fordrar en norm med hård textkärna. Men skillnaden mellan de två första skedena består inte i konfliktlösning. Denna uppgift har bägge normtyperna. Skillnaden består i stället endast i att rättsstridighetsreglerna antas vara ensidigt öppna i den tilltalades intresse och därmed endast ha en exculperande funktion. Därför antas inte

¹⁹⁴⁰ Koriath, s 329.

¹⁹⁴¹ Fletcher, 1978 s 761ff.

¹⁹⁴² Schünemann, Grundfragen s 47ff.

legalitetsprincipens krav på samma sätt behöva omfatta denna normgrupp. Men som sagts tidigare, kan man åtminstone även se rättsstridighetsrekvisiten som inculperande vid en beslutad utebliven exculpation.¹⁹⁴³ Detta är t ex fallet vid culpa- och uppsåtsinvändningar. En vägran från domstolen att acceptera en uppsåtsinvändning är ett negativt uttryck för att uppsåt verkat inculperande. Konfliktlösningen i mellanledet skulle ge upphov till en intresseavvägning av delvis "utomrättsligt" slag. Men det enda som skiljer denna konfliktlösning från den hårda kärnan, är att oskrivet material accepteras komplettera de mer eller mindre öppna reglerna. Reglerna blir inte heller olika typer, om de uttrycks som *defences* eller rekvisit.

Om en culpaprövning görs i mellanledet, dvs såsom en rättsstridighetsprövning, som Jareborg förordar, stabiliseras det "utomrättsliga" materialet i en dogmatisk fas, som "hårdar" det mjuka mellanledet. Detta sker genom att culpaprövningen signalerar en auktoritet genom domstolsbeslutet åt prövningen av mellanledet. Schünemann tänkte sig (år 1984) att framtiden skulle medföra en sammansmältning av de tre värderingsmönstren och normtyperna till två; "Unrecht" och "Verantwortlichkeit".¹⁹⁴⁴ Rättsstridighetsrekvisiten skulle endast fungera som ett heuristiskt hjälpmedel för att beskriva den "straffrättspecifika" hårda delen.¹⁹⁴⁵ Schünemann verkar bli sannspädd på denna punkt. Men oklarheten i vad skuld-preventionsfunktionen tjänar till består, eftersom det i det tysk-finalistiska härskande brottsbegreppet ofta prövas om "Vorsatz" föreligger i båda kategorierna.¹⁹⁴⁶ Denna oklarhet implicerar även skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden.

Slutsatsen måste bli att indelningen i rättfärdiganden och ursäkter främst genererats av axiomet från den klassiska indelningen av brottsbegreppet i en objektiv och en subjektiv del. En gärningsmässig culpasantyp kan därför inte motiveras med hänsyn till en eventuell skillnad mellan rättfärdiganden och ursäkter. Den förra indelningen tjänar som en hjälpteori eller hjälphypotes till den senare.¹⁹⁴⁷ I ljuset av det processuella "brottsbegreppet" från den inkvisitoriska processen blir saken än tydligare. Detta "brottsbegrepp" var extremt funktionellt inriktat mot en processuell sanning. Här fanns en "objektiv" hård kärna i prövningens första del, inklusive ett *auktoritativt* beslut (om man så vill ett gärningsmässigt culpabeslut) och en andra del i form av en "individuell" prövning av endast gärningsmannaskapet samt ett slutligt ansvarsbeslut. Detta, beslutet om *condemnatio*, företer stora likheter med tillräknandet i och

¹⁹⁴³ Se avsnitt 2.2.3.1.3.

¹⁹⁴⁴ Schünemann, Grundfragen s 55ff.

¹⁹⁴⁵ Schünemann, Grundfragen s 57 och 58.

¹⁹⁴⁶ Schünemann, Grundfragen s 61.

¹⁹⁴⁷ Peczenik, Vad är rätt? s 326.

med utfärdandet av en "individuell norm" i Kelsens anda. Den första delen var däremot inte dualistisk och falskt empiriskt "objektiv" eller gärningsmässig. Prövningen i generalinkquisitionen var inte en prövning av en "objektiv" och "ren" kroppsrörelse befriad från subjekt och styrning.

Sätts "medverkansläran" ur spel i vissa fall utan distinktionen mellan personlig culpa och gärningsculpa?

Allmänt

Ett annat viktigt område, som delvis överlappar vad som aktualiseras genom indelningen i rättfärdiganden och ursäakter, är medverkansbestämmelserna. Det kan förefalla som om ändå distinktionen mellan "Unrecht" och "Schuld" och därmed personlig och gärningsmässig culpa, skulle vara nödvändig, eftersom annars i vissa fall "... så sätts medverkansläran ur spel".¹⁹⁴⁸ Problem som rör medverkansobjektets identifiering med beaktande av legalitetsprincipens krav finns behandlat i en omfattande, framförallt tysk, litteratur.¹⁹⁴⁹ Problemet är både viktigt och aktuellt i dagens genomorganiserade samhälle. Hur skall straffansvar utformas för miljöbrott eller ekonomiska brott, där verksamheten styrs av en juridisk person och en hierarkisk organisation? Hur skall man straffrättsligt behandla organisationer, som bildas enbart för ett visst projekt? Hur skall den modernt organiserade brottsligheten, med modern kommunikationsteknik, hanteras i de fall där våldsbrott ingår i organisationens strategi? Vem är ansvarig när det ingår i strategin att isolera aktionsgrupper från varandra för att skydda toppen i organisationen mot att kunna tillskrivas gärningsmannaskap?

Svaret på dessa frågor är förbundet med vilket brottsbegrepp man väljer och hur man strukturerar prövningen av gärningar i straffrätten. Enligt min mening finns ingen anledning att helt kapitulera inför frågorna i stil med medverkansansvarets utformning i flertalet stater i USA.¹⁹⁵⁰ Här utgår man många gånger från att i stort sett blotta närvaron vid brottets begående är ansvarsgrundande. Inte heller är det nödvändigt att fastställa gärningsmannaskap efter ett grundläggande mekanistiskt mönster. De antydningar som Herlitz och Leijonhufvud ger, om en vidare syn på gängledares ansvar, ger enligt min mening en anvisning om vägvalet.¹⁹⁵¹ Problemet går inte att behandla utförligt här. Frågan här gäller om medverkansläran på ett avgörande sätt stöder indelningen av culpa i två sorter: en personlig och en "opersonlig".

¹⁹⁴⁸ Jareborg, Ansvarslära s 50f.

¹⁹⁴⁹ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft s 3. Som framgått finns även en monografi i ämnet av Herlitz: "Parities to A Crime and A Notion to A Complicity Object".

¹⁹⁵⁰ Straffansvarsutredningen, s 374.

¹⁹⁵¹ Leijonhufvud, Efter Lindome s 55ff, Herlitz, 594f.

Gällande svensk rätt antas ibland förutsätta en "objektiv" fastställd otillåten gärning för att grundlägga medverkansansvar.¹⁹⁵² Det skulle då förhålla sig enligt följande: För att ett parasitiskt eller accessoriskt ansvar skall kunna etableras på ett rimligt sätt, måste en opersonlig gärningsmassa – ett "medverkansobjekt" – kunna avskiljas från en personliggjord gärningsmassa, eftersom ansvaret annars skulle vara för inskränkt. Om "medverkansobjektet", utöver otillåten gärning, också innefattar den ursprungliga gärningspersonens uppsåt eller personliga culpa, kan en ursäktad gärningsman omöjliggöra t ex en anstiftares ansvar. Medverkansbestämmelserna skulle enligt ett inskränkt accessoriskt ansvar kräva att minst en fristående rättsligt konstaterbar otillåten gärning förövats.¹⁹⁵³

För att visa att medverkansläran förutsätter en gärningsmässig culpasort, använder Jareborg ett exempel, där en sjuksköterska ger en injektion ur en ampull, som innehåller ett dödligt gift, i tro att ampullen innehåller medicin.¹⁹⁵⁴ Misstaget skulle tänkas bero på att någon bytt ut etiketten på ampullen. När det endast gäller sjuksköterskans ansvar är Jareborg i sak enig med Strahls och Peczeniks förut beskrivna åsikt; det vore "...ett onödigt juristeri att skilja mellan gärningsculpa och personlig culpa".¹⁹⁵⁵ Däremot skulle skillnaden mellan gärningsculpa och personlig culpa göra sig gällande eftersom en medverkande till gärningen endast kan dömas om "...hans handling uppfyller rekvisiten i en enskild straffbestämmelse."¹⁹⁵⁶ Legalitetsprincipens præter legem-förbud, i förening med medverkansbestämmelserna, skulle alltså framtvunga distinktionen, eftersom den medverkandes gärning och brottsbeskrivning måste vara lagfäst. Om sjuksköterskan inte varit personligt culpös men gärningen är culpös, skulle den medverkandes gärning vara brottsbeskrivningsenlig och ansvarsgrundande. Det avgörande för förekomsten av ett medverkansobjekt och för att etablera ett medverkansansvar skulle vara att en normal sköterska kunnat inse (det varit plausibelt) att något var på tok. Etiketten satt exempelvis så att en normal sköterska kunde inse detta. Om det inte funnits något skäl för en sådan misstanke, föreligger inte gärningsculpa och båda går fria. Om en sådan normal misstanke föreligger, men sköterskan tillfälligt var ur gängorna eller av annat *personligt och individuellt* skäl inte kunde misstänka något, kan den medverkande fällas men inte sjuksköterskan. Hon kan sägas vara ursäktad men gärningen otillåten. Det skulle därför vara

¹⁹⁵² Jareborg, Ansvarslära s 100ff.

¹⁹⁵³ Jareborg, Ansvarslära s 37.

¹⁹⁵⁴ Jareborg, Ansvarslära s 50.

¹⁹⁵⁵ Jareborg, Ansvarslära s 50.

¹⁹⁵⁶ Jareborg, Ansvarslära s 51.

viktigt att vänta med den personliga culpan till ett senare avgörande och först konstatera att en rättsstridig gärning utförts för att kunna konstituera ett medverkansobjekt; dvs en objektiv gärning, som kan göra den medverkandes gärning brottsbeskrivningsenlig.¹⁹⁵⁷ Utan ett sådant "objekt" skulle inte ansvaret för den medverkande vara grundat på ett straffbud och därför vara i strid med legalitetsprincipens præter legem-förbud. Förutsättningen för åtskillnaden mellan personlig culpa och gärningsculpa är alltså enligt exemplet att legalitetsprincipen kräver att en i lag beskriven gärning utförts. Det skulle då vara möjligt att på ett tidigt stadium fastställa en neutral subjektfri och skuld-fri gärningsmassa, hypotetiskt utförd av *en normal sjuksköterska*. Denna gärningsmassa – detta medverkansobjekt – kan då tillskrivas den medverkande.

Jareborg markerar på så sätt att en gärning inte är en helt värderingsfri och "godtyckligt" styrd kausal gärningsmassa, vilket förutsätts i det klassiska brottsbegreppet. Om adekvat kausalitet användes för att avgränsa händelse-förloppet, skulle man istället för att pröva om en normalt aktsam sjuksköterska hade misstänkt detta, pröva om en *optimalt* aktsam sjuksköterska gjort det enligt Peczeniks adekvanslära eller enligt en traditionell adekvanslära att det varit sannolikt att misstaget med etiketten skulle upptäckts. Man skulle kunna säga att Jareborg höjer oaktsamhetskravets tröskel till ett krav på en avvikelse mot vad en normalt aktsam sköterska skulle utfört.¹⁹⁵⁸

Bakgrunden till medverkansbestämmelserna i BrB kap 23 § 4 och 5 är intressant. I 1734 års lag fanns vissa bestämmelser om medverkan till brott.¹⁹⁵⁹ En anstiftare eller medverkande skulle straffas lika med "den som gärningen gjorde." Straffet kunde jämkas med hänsyn till medvållandet. Här verkar det i princip inte vara fråga om ett accessoriskt ansvar i materiell mening. Annars kan man tänka sig, med hänsyn till den dåtida processformen och "brottsbegreppet", att accessoritet inte var problematiskt i processuell mening. I den gamla inkvisitoriska processen var gärningsmannaskap processföremålet, efter att förekomsten av en rättsstridig fristående gärning *beslutats* inklusive vad som ofta beskrivs som intentionalitet och "psykiska" element.

¹⁹⁵⁷ Jareborg, Ansvarslära s 107.

¹⁹⁵⁸ Konstruktionen har likheter med det förklassiska brottsbegreppets "generella" person i generalprocessen. Enheten gärning-generell person *tillräknades* verkligen rättsföljder och "ansvar". I den akusatoriska processen finns inget utrymme för detta.

¹⁹⁵⁹ SOU 1944:69 s 85. Avhandlingens ramar tillåter inte annat än en ytterst summarisk genomgång av medverkansansvaret i svensk rätt. I övrigt får jag hänvisa till Herlitz' och Roxins tidigare nämnda arbeten.

Frågan i den senare rättegångsdelen gällde enbart identifikationen av gärningspersonen.

I 1864 års lag utgick man däremot från ett tämligen strikt accessoriskt ansvar, där medverkansansvaret tänktes som en delaktighet i en viss gärningspersons fullbordade brott. Var inte denne ansvarig, var inte heller de medverkande ansvariga. Anstiftare straffades som gärningsman och medhjälpare i den mån de främjat gärningen. Medverkansansvaret utvidgades emellertid genom lag år 1949. En tolkning av denna reform är att ansvaret för medverkan utökades genom att man slopade kravet på uppsåt eller ursäktande omständigheter i "medverkansobjektet" eller gärningskravet enligt BrB kap 23 § 4. Härigenom kunde man tänka sig att gällande rätt indirekt sanktionerat både tudelningen av brottsbegreppet och tudelningen av culpabegreppet i en personlig och en "opersonlig" del. Jareborg skriver:

I gällande rätt är kravet på accessoritet begränsat till att gälla en otil-låten gärning, inte ett brott.¹⁹⁶⁰

En komplikation för denna tolkning är att det s k överskjutande uppsåtsrekvisitet anses tillhöra gärningen.¹⁹⁶¹ Detta uppsåtsrekvisit är alltså i detta fall inget skuldrekvisit utan ett objektivt rekvisit enligt den traditionella medverkansläran. För ett rent klassiskt brottsbegrepp med en ren psykologisk skuldlära är detta problematiskt. Medverkansobjektet tillförs något "icke-objektivt". Jag för emellertid inte denna argumentation vidare här.

Jareborg menar alltså att en förändring av ansvaret skedde, från full accessoritet till en begränsad. Denna förändring måste också avspegla sig i stadgandena om medverkansansvaret, eftersom legalitetsprincipens praeter legem-förbud här begränsar praxis och doktrinen i dess rättsbildande verksamhet.

Frågan är då vad som kan sägas vara gällande svensk rätt om medverkansansvaret. Att en lagstiftare har mönstret från det gängse brottsbegreppet framför sig vid lagstiftningen kan inte vara relevant, vare sig det framgår explicit eller implicit av förarbetena. Jareborg nämner inget om var i lagtexten denna begränsning uttryckts. Bestämmelsen i BrB kap 23 § 4 lyder i relevanta delar:

Ansvar som i denna balk är föreskrivet för viss gärning skall ådömas inte bara den som utfört gärningen utan även annan som främjat denna med råd eller dåd...

¹⁹⁶⁰ Jareborg, Ansvarslära s 115.

¹⁹⁶¹ Jareborg, Ansvarslära s 109.

Den som inte är att anse som gärningsman döms, om han har förmått annan till utförandet, för anstiftan av brottet och annars för medhjälp till det.

Varje medverkande bedöms efter det uppsåt eller den oaktsamhet som ligger honom till last...

Stadgandet säger inte explicit att "viss gärning" i detta fall måste förstås som en "objektiv" otillåten gärning i enlighet med det härskande traditionella brottsbegreppet. Jareborg menar att ordet "gärning" här "...hänför sig till en konkret handling och underlåtenhet, inte en gärningstyp."¹⁹⁶² Begreppet "viss gärning" i lagtexten har alltså inte bundits strängt till ett specifikt stadgandes formella brottsbeskrivningsenlighet varken i vid eller inskränkt bemärkelse. Begreppet "viss gärning" bestäms däremot av vilken handlingslära som tillämpas. Inläggen i debatten om medverkansobjektet har följaktligen i stora delar knutits till vilken handlingslära och vilket brottsbegrepp som valts.¹⁹⁶³ Ingen särskild handlingslära framgår av lagtexten. Den icke-dualistiska syn på bedömningen av gärningar, som här företräds, är inte på något sätt utesluten i stadgandet.

Strafflagskommissionens och Straffrättskommitténs förslag, som ledde till de nya medverkansbestämmelserna, talar inte om en begränsad accessoritet. Grundtanken är att lämna läran om accessoritet och *istället* utgå från den medverkandes eget gärningsmannaskap och egen gärning.¹⁹⁶⁴ Man använder sig två gånger av uttryckssättet "grundsatsen om de medverkandes självständiga ansvar" för att betona avståndstagandet.¹⁹⁶⁵ Att man, till skillnad från norsk lag, utgick från en "...bestämd skillnad mellan gärningsmannaskap och andra former av medverkan till brott..." innebar inte att den tyska lösningen om begränsad eller som man uttryckte sig "limiterad accessoritet" accepterades.¹⁹⁶⁶ Straffrättskommittén skriver:

Vid en revision av svenska strafflagens bestämmelser angående det fall, att flera samverka till brott, torde avgjort vara att förorda, att lagstiftningen frigöres från uppfattningen om delaktighet såsom straffbar allenast då den innebär medverkan till annans brott... I stället torde även annan medverkande än gärningsmannen bära beaktas som självständigt ansvarig.¹⁹⁶⁷

¹⁹⁶² Jareborg, Ansvarslära s 107 samt Herlitz, s 52ff.

¹⁹⁶³ Se Herlitz, s 64ff.

¹⁹⁶⁴ SOU 1944:69 s 88.

¹⁹⁶⁵ SOU 1944:69 s 94 och 95.

¹⁹⁶⁶ Strahl, Till delaktighetsläran s 26.

¹⁹⁶⁷ SOU 1944:69 s 90.

Man ville dock inte i Straffrättskommittén gå så långt som i Norge, där hela medverkansansvaret reglerades och än i dag regleras i brottskatalogen.¹⁹⁶⁸ Man ville också distansera sig till den danska lagstiftningen, som inte krävde att ett brott överhuvudtaget förelagat.¹⁹⁶⁹ Här skriver Straffrättskommittén:

Trots grundsatsen om de medverkandes självständiga ansvar måste det i vissa fall bliva beroende på de övrigas handlingar, huruvida en medverkande blir straffbar. För straffbarhet fordras nämligen att ett brott kommit till stånd, och huruvida så skett kan bero på annans handling.¹⁹⁷⁰

Straffrättskommittén använder sig av en egen terminologi för att beskriva "att ett brott kommit till stånd". Man skriver vidare:

De förutsättningar för straffbarhet, som tillhöra brottsresultatet eller medlet för brottets förövande, behöva i regel uppfyllas endast av någon av de medverkande för att de skola återverka på de övriga.¹⁹⁷¹

Man menar exempelvis att om endast en av de medverkande tillägnar sig en sak, räcker det för att de övriga medverkande skall kunna ådra sig stöldansvar, förutsatt att de övriga rekvisiten föreligger för de medverkande. Denna betydelse menar man uttryckligen vara "objektiv". Som exempel på en likartad objektiv betydelse anser man straffriheten vid medverkan vara, då nödvärn föreligger. Även om man använder sig av det traditionella brottsbegreppets terminologi och indelning i subjektiva och objektiva rekvisit, kan man inte säga att man menar att ett fristående medverkansobjekt måste tillskapas för medverkansansvar. Kravet på "viss gärning" och kravet på att vissa objektiva omständigheter måste vara uppfyllda kan ses som ett krav på den medverkandes gärnings brottslighet, inte ett objektivt tillräknande.

Strahl var medlem av Straffrättskommittén vid tiden för reformförslaget av medverkansreglerna. Förslaget underskrevs 1944:130. I början av året dessförinnan skrev Strahl sin artikel "Till delaktighetsläran" i SvJT.¹⁹⁷² I stora delar överensstämmer artikeln med betänkandet. Artikeln kan ses som en närmare förklaring till reformen i betänkandet.¹⁹⁷³ Strahl avvisar på ett mycket tydligt

¹⁹⁶⁸ Se Ny straffelov, s 74ff. Man har föreslagit att medverkansansvaret regleras i den allmänna delen ungefär enligt svensk modell.

¹⁹⁶⁹ SOU 1944:69 s 91.

¹⁹⁷⁰ SOU 1944:69 s 95.

¹⁹⁷¹ SOU 1944:69 s 95.

¹⁹⁷² SvJT 1944 s 23.

¹⁹⁷³ Strahl, Till delaktighetsläran s 30ff. Se även Herlitz, s 208ff.

sätt läran om begränsad accessoritet.¹⁹⁷⁴ Det kan vara på sin plats att redovisa hela Strahls argumentation i denna del:

Det kan synas, som om man genom kravet på att brottet skall ha kommit till stånd återginge till uppfattningen om delaktighetens accessoritet. Visserligen fordras icke, att det skall finnas en straffbar gärningsman, men det kan förefalla, som om det i enlighet med läran om den limiterade accessoriteten skulle krävas att någon annan än den delaktige förverkligat de objektiva förutsättningarna för straffbarhet. Den tankegång, som fört fram kravet på att ett brott kommit till stånd, skulle i så fall ange den i det föregående efterlysta grunden för nämnda lära. Enligt den här framställda uppfattningen fordras dock icke för att annan medverkande än gärningsmannen skall straffas, att hans handling är accessorisk i förhållande till en gärning som objektivt sett är ett brott. Det fordras i stället, att ett brott kommit till stånd med alla, subjektiva såväl som objektiva, rekvisit, men brottet behöver lika litet beträffande den objektiva som med avseende å den subjektiva sidan ha förverkligats av någon person ensam för sig. Det räcker, att den gärning, som alla medverkande tillsammans åstadkommit, är att anse som brott.

Frågan blir alltså, när ett brott skall anses vara begånget. Denna fråga är enkel där blott en person handlat, ty i så fall måste denne ha förverkligat alla rekvisiten för brottet. I fall av subjektfsflerhet är det däremot möjligt att en uppdelning av rollerna äger rum.¹⁹⁷⁵

Det är tydligt att det genomförda förslaget inte är avsett att vara grundat på en accessorisk lära, som förutsätter ett slags fristående medverkanobjekt. Detta antyds även av det i denna mening odogmatiska umgänget i betänkandet med t ex verkan av den "objektiva" betydelsen av samtycke, som man menar inte generellt kan befria från ansvar vid medverkan.¹⁹⁷⁶

Jareborg säger ändå att gällande rätt utgår från en accessoritet till en gärning, som kan hänföras till kategorin "otillåten gärning". Strahl, betänkandet och lagstiftningen utgår explicit *inte* från en sådan accessoritet; inte ens en begränsad. På detta sätt blir frågan en katalysator för det dogmatiska innehållet i begreppet "otillåten gärning" och brottsbegreppets ena huvudkategori. Jareborg talar inte här *bara* om en konkret gärning utan om den ena huvudkategorin, dvs vad som traditionellt kallas den objektiva delen. Frågan är då vilken dogmatisk nivå denna objektiva huvudkategori i Jareborgs brottsbegrepp befinner sig på. Finns ett anspråk på någon form av objektivt

¹⁹⁷⁴ Strahl, Till delaktighetsläran s 30.

¹⁹⁷⁵ Strahl, Till delaktighetsläran s 32f.

¹⁹⁷⁶ SOU 1944:69 s 95.

tillräknande i och med konstaterandet av att otillåten gärning föreligger? Den enda förklaring jag kan se är att under Jareborgs begränsade accessoriska medverkanslära ligger föreställningen om att en handling *måste* bedömas på det sätt och i den ordning hans brottsbegrepp förutsätter. Av detta följer att det första som enligt Jareborg *måste* fastställas är ett fristående medverkansobjekt och därefter om detta kan täckas med subjektiva rekvisit från någon medverkande. Av detta följer också att den lära Jareborg anser underbygga gällande rätt ändå framstår i det stora hela som en traditionell medverkanslära om begränsad accessoritet.¹⁹⁷⁷

Även Strahl har senare beskrivit stadgandet i BrB kap 23 § 4 som en "viss motsvarighet till den tidigare accessoriteten".¹⁹⁷⁸ Men han har betonat att accessoriteten inte har att göra med annans ansvar. Det skulle endast vara fråga om att med hjälp av BrB kap 23 § 4 och brottskatalogens brottsbeskrivningar upprätta en brottsbeskrivning av de "...bitar, som genom bestämmelsen angående främjande hopfogas till att vara ett brott för den medverkande."¹⁹⁷⁹ För att kunna identifiera de "bitar", som speciellt hör till "tilldragelsen," använder han sig av begreppet "omständighet av objektiv betydelse", som återfinns i betänkandet. Han använder sig även av det traditionella brottsbegreppets kategorier i detta syfte. När det gäller att klarlägga vilka dessa omständigheter är, är han dock benägen att i klara fall, som enligt stadgandet för nödvärn och laga befogenhet, trots allt använda sig av ett slags objektivt tillräknande och accessoritet.¹⁹⁸⁰ Detta frångår han, när undantagen från detta skall behandlas. Exempel på detta är dels nödvärn, dels samtycke.

Det finns en viktig principiell skillnad mellan Jareborg och Strahl även om Strahl, genom att använda det klassiska brottsbegreppets begreppsapparat, inte riktigt lyckats hålla fast vid sin ursprungliga teori.¹⁹⁸¹ Strahl har i högre grad bibehållit en inriktning mot att "tilldragelsen" verkligen är något nytt, i sak oberoende av brottsbegreppets kategorier, som tillskapas när den medverkandes gärning prövas. Jareborg har en klarare tendens att fasthålla en accessoritet till en av brottsbegreppets båda huvudkategorier.¹⁹⁸² Man kan säga

¹⁹⁷⁷ Jfr Herlitz, s 223.

¹⁹⁷⁸ Strahl, 1976 s 245f. Se även Herlitz, s 213 och 225.

¹⁹⁷⁹ Strahl, 1976 s 244.

¹⁹⁸⁰ Strahl, 1976 s 261ff.

¹⁹⁸¹ Herlitz, s 228f och s 234. Herlitz har enligt min mening rätt i att risken finns att Strahl hamnar i ett cirkelresonemang. Men detta beror enligt min mening bara på att han försöker förena den klassiska handlingsläran och det klassiska brottsbegreppet med sin övertygelse.

¹⁹⁸² Jfr Herlitz, s 243. Han påpekar att Jareborg, fast i något mindre omfattning, liksom Strahl är "...vulnerable to the same kind of criticism in terms of circular reasoning as Strahl..."

att Strahl inte vill utgå från någon form av objektivt tillräknande i egentlig mening, vilket Jareborgs lösning åtminstone indirekt tycks förutsätta. Enligt min mening är det inte otänkbart att Strahls "pragmatism", intuition eller, om man så vill, känsla för praxis här varit avgörande.

Förarbetena visar alltså på en strävan bort från konsekvenserna av det gängse brottsbegreppet. Man vill inrikta medverkansläran mot en klarare och enklare utformning och försöker på något sätt slingra sig förbi det gängse brottsbegreppets tudelning och oklara imperativ om hur gärningar måste bedömas.

Herlitz' ställningstagande för ett genuint klassiskt brottsbegrepp och en klassisk kausal handlingslära fritar honom från kritiken han riktar mot Strahl och Jareborg om cirkelresonemang.¹⁹⁸³ Herlitz konstaterar i en rubrik: "Accomplice Liability Is Always Accessorial to a Complicity Object!"¹⁹⁸⁴ Enligt mitt synsätt är detta ställningstagande, även om det kan stödjas av funktionalistiska argument, längre från en motsägelsefri medverkanslära än Jareborgs och Strahls lära; främst då Strahls (ursprungliga) lära. Däremot är den tidigare nämnda av Herlitz föreslagna speciella reglering av gängledares ansvar ett steg i rätt riktning. Men den har andra teoretiska grunder.¹⁹⁸⁵

En medverkande, som tydligt kan ses som en huvudkraft bakom ett brott, kan genom "utvidgning" av gärningsmannaskapet i gällande rätt betraktas som anstiftare och gärningsman.¹⁹⁸⁶ Det är emellertid fullt tänkbart i en anstiftningssituation att en tillåten gärning förövats av den som ses som ursprunglig gärningsperson. Detta är fallet, t ex om en person förövar en misshandel i nödvärn, men misshandelssituationen var planerad av en anstiftare. I detta fall finns inget medverkansobjekt, inte ens enligt en begränsad accessorisk lära. Det är orimligt att den anstiftande inte skall bära ansvaret för gärningen.

¹⁹⁸³ Herlitz, s 456ff särskilt s 464f. Herlitz' premisser för att bestämma "the complicity object" är följande: "As I...do not accept that intent should be part of the definition of a wrongful act, and since moreover I also, on the whole, believe that one should define wrongfulness with as few as possible subjective elements (here understood as relating to elements describing thoughts, intentions etc. of that actor), it follows that the notion of a wrongful act will to a greater extent be oriented towards more objective elements, i.e., such elements or criteria which to a larger degree can be perceived from, so to speak, a distance."

¹⁹⁸⁴ Herlitz, s 448.

¹⁹⁸⁵ Herlitz, s 569: "It will always remain a question of interpretation and how we on the whole choose to understand the offence descriptions. In this sense the 'doing-the-act' requirement should thus, to a degree, be viewed as an "open" concept and it may be that our perception of 'doing' that which is stated in the offence descriptions changes so as to encompass a forcing person behind, i.e., that it adapts to a changing morality."

¹⁹⁸⁶ Jareborg, Ansvarslära s 113ff.

Motsvarande orimlighet föreligger vid medverkan till grov misshandel eller stympling, när samtycke föreligger.

Något skäl för att acceptera ett konverterat gärningsmannaskap i dessa fall finns inte i en accessorisk lärotyp. Hur kan under dessa premisser anstiftaren plötsligt levandegöra den icke existerande gärningen vid t ex samtycke till grov misshandel? En anstiftare kan kanske sägas vara icke-medverkande och helt och hållet gärningsperson genom att använda andra personer som mer eller mindre viljelösa medel. Men enligt den accessoriska medverkansläran är han faktiskt medverkande och inte gärningsman i sträng bemärkelse. Situationen kan inte jämföras med fall då exempelvis en hund används för att angripa personer, eftersom medverkan endast gäller personer som medverkar. Den enda förklaringen är att teorin överges. Man ändrar förutsättningarna och utnämner den medverkande till gärningsperson och den tillåtna gärningen blir otillåten. Man måste tillgripa en hjälpteori. Undantaget grundar sig egentligen på den medverkandes *eget förhållande* till sin egen gärning. Man tolkar helt enkelt gärningsmassan, *inklusive* den mening som den medverkande givit gärningen.

Slutsatsen är att medverkansansvaret i svensk rätt fungerar utan distinktionen mellan gärningsculpa och personlig culpa

I exemplet med sjuksköterskan ger inte distinktionen mellan ursäkt eller rättfärdiganden någon klar grund för medverkansansvaret. Vare sig en person är ursäktad eller rättfärdigad genom gärningen, kan en medverkande göras ansvarig, om hans gärning, medverkandegärning eller gärning bestämd på annat sätt, enligt gällande rätt medger ett tillskrivande på blandade normativa, funktionalistiska eller faktiska grunder. Läran om "medverkandeobjektet" har bara som uppgift att bekräfta nödvändigheten av brottsbegreppets tudelning och bringa den i harmoni med medverkansläran.

Det är i enlighet med præter legem-förbudet förvisso riktigt att en brottsbeskrivning måste finnas men inte att brottsbeskrivningen består av en beskrivning av en samling "rena" kroppsrörelser utan intentionalitet, som senare tillskrivs på grund av t ex intentionalitet i form av ursäkter eller på annat sätt. Kravet på en "objektiv" gärningsmassa bygger på att man föreställer sig att det "finns" dels en viss gärningsmassa, dels en viss intentionalitet eller skuld, som skall täcka denna subjektsneutrala gärningsmassa. Vad som observeras från början är i stället en viss gärning inklusive viss mening. Denna enhet kan, på olika grunder, tillskrivas vissa personer helt eller delvis genom ett beslut om tillskrivande. Om den som fysiskt utför vissa delar av denna i stora delar normativa enhet, som beskrivits som en gärning, är exculperad (dvs ursäktad eller rättfärdigad) t ex på grund av att han saknat uppsåt re-

spektive är i nöd eller tror sig vara i nöd, har detta i princip inget att göra med den gärningsenhet som tillskrivs andra deltagare.

En gärning, som inte på något sätt "objektivt" (dvs som ett nedslag i yttervärlden) är en gärning, kan inte vara utförd, vare sig som medhjälp eller på annat sätt. Att detta är riktigt beror inte på att en fristående gärningsmassa brister i objektivitet, utan på att den medverkande inte begick någon "meningsfull" gärning.

Om en person medverkar i en gärning, som är rättfärdigad, sägs han inte kunna göras ansvarig. Om en fånge bryter sig ut ur ett brinnande fångelse, för att risk finns att han kan skadas, kan han påräkna rättsligt sanktionerat stöd för sin egen gärning och tredje man har också sådant stöd för att underlätta rymningen.¹⁹⁸⁷ En person som deltar i att hjälpa ut intagna från en brinnande anstalt, är intuitivt sett inte ansvarig för medverkan till rymning. Men detta beror endast på att man intuitivt förutsätter en "godtagbar" gärningstyp hos den *medverkande*. Exemplet kan ändras till att den medverkande är en kumpan till de intagna och har anstiftat och planerat branden och utnyttjar tillfället att rädda intagna för att senare förenas med dessa i brottslig verksamhet. En person, som uppsåtligen angriper ett hus under inflytande av en tillfällig sinnesförvirring, kan inte påräkna rättsligt sanktionerat stöd från tredje person. En person, som angriper ett hus, för att av nöd rädda större värden, t ex för att förhindra att många hus i grannskapet brinner ned, kan däremot påräkna sådant stöd.¹⁹⁸⁸ Man brukar säga att i det ena fallet, där gärningspersonen endast är ursäktad, föreligger en rättsstridig gärning, som en bistående skulle göra sig delaktig i, medan i det andra fallet nödsituationen utesluter rättsstridighet. Intuitivt förefaller det vara felaktigt att tillåta angreppet på egendomen i det första fallet. Att en ren intresseavvägning eller att uppsåtsbrist gör straff meningslöst ur preventionssynpunkt ger inget entydigt svar.¹⁹⁸⁹ Skolexemplen för dessa avvägningar kan varieras, så att tydligheten försvinner.¹⁹⁹⁰

Men grunden för denna skillnad har ytterst sina rötter i samhällets förväntan på att vissa gärningar är önskade eller oönskade. Det är tänkbart att denna förväntan är styrd av intresseavvägning eller preventionshänsyn. Regelsystemet i samhället innehåller en förväntan på en ekonomi eller särskild aktsamhet när det gäller handhavandet av andras egendom för både den som ses som gärningsperson och den som anses som medhjälpare. Det avgörande

¹⁹⁸⁷ Fletcher, 1978 s 811.

¹⁹⁸⁸ Fletcher, 1978 s 761 och 868f.

¹⁹⁸⁹ Fletcher, 1978 s 774 och 813.

¹⁹⁹⁰ Fletcher, 1978 s 760f.

är alltså tredje mans och hans gärnings *eget förhållande* till denna gärnings resultat och den (sanktionerade) förväntan, som finns på aktörerna under dessa förhållanden. Reglerna om nöd handlar bl a om förväntan på tredje mans gärningar, när frågan gäller rätten att ingripa och bistå vid ett angrepp som i exemplet ovan. Skillnaden handlar inte om en brottsbeskrivningsenlig eller rättsstridig gärning för den ursprunglige aktören, som på något sätt finns i empirisk mening och "övertas" av medhjälparen. Därmed inte sagt att tredje mans gärning kan och bör uttryckas som medhjälp till en annans gärning. Uttryckssättet förändrar inte saken.

Orsaken till tillåtligheten i tredje mans gärning är att denne utför en gärning, som kan tillskrivas honom och som i rättslig mening är aktsam. Denna gärning är en laglig rättsligt förväntad och aktsam gärning, liksom ett laga ingripande, som kan kallas för medhjälp eller samarbete. I ansvarshänseende förblir detta ett förhållande mellan denne och lagstiftaren och/eller domaren. Däremot är det inte en förväntad och aktsam gärning att bistå en psykopat att bränna ned ett hus, om inte detta t ex skulle rädda liv. Inte heller är det tänkbart att straffritt utifrån medverka till en planerad rymning, som skall utföras genom att interner tänder eld på ett fängelse. I detta fall kommer samma gärning, som obestridligen räddar liv, att bedömas som medverkan till rymningsbrott. Skillnaden i behandlingen hänför sig till gärningarnas rättsliga tolkning.

Alla aktörer i detta rättsliga spel har sina egna regler. Tredje mans rätt och/eller skyldighet att ingripa har i princip inget att göra med den ursprunglige gärningspersonens skäl, motiv eller brottslighet, och inte heller med en objektivt existerande gärning "i sig". Ingenting förändras om de två aktörerna i olika mån kan ses som medverkande. Den klassiska ursäkten/rättfärdigandet för en svältandes stöld av mat har samma implikationer. En person, som av misstag tror att ett hus brinner och börjar att hugga upp dörren, kan inte sanktionsfritt bistås av tredje man, såvida inte denne också trodde det samma. *Förväntansgrundlaget* i dessa fall är att båda avstår från att hugga, och åtminstone det moraliska förväntansunderlaget för tredje man är att försöka förmå den som angriper huset att sluta göra detta. Det rör sig om delvis skilda förväntansunderlag både moraliskt och juridiskt. Skälet till förväntansunderlagets utformning är beroende av sociala ställningstaganden, som inte behöver styras av fasta ekonomiska faktorer eller skönjbara intresseavvägningar. Det är t ex tänkbart att ett samhälle tillåter viss stöld av mat av rent moraliska skäl.

Det är alltså inte en neutral fristående icke-rättfärdigad gärningsmassa, som först upptäcks och sedan tillskrivs, för att den täcks av en eller flera personers intentionalitet eller som kan tillskrivas på grund av kausalitet. Medverkansan-

svaret, enligt förarbetena och gällande rätt, är ett enklare sätt att uttrycka den medansvariges gärning, som i vid bemärkelse alltid mer eller mindre består av andras bistånd, men som vid medverkan är mer uttalat. Det finns inget behov av att fastställa en neutral gärning "i sig", som skall täckas i en senare operation. Ett mord på en person utfört av "torpeder", som dödar av lydnad för en ledare, framstår därför *främst* som ett mord av anstiftaren, även om medverkan till detta mord medför gärningsmannaskap för alla icke ursäktade eller rättfärdigade medverkande. Bedömningen i detta fall börjar oftast med tolkningen av anstiftarens gärning och gärningsmening.¹⁹⁹¹

BrB kap 23 § 4 förutsätter att en "meningsfull" konkret gärning utförts, som på något sätt är beskriven i lag. Det är emellertid inte fråga om ett tillräknande av gärningen som någon slags fristående objektiv rättsstridig gärning utan subjekt, utan ett konstaterande av en viss gärningsperson, den aktuella medhjälparen, och *dennes* specifika del i gärningen. Om Hruschka åtminstone delvis har rätt, är inte gärningsmannaskap ett självklart empiriskt faktum.¹⁹⁹² Det är enligt min mening uppenbart att inget hindrar att beskriva en anstiftare, en gängledare eller en deltagare som gärningsman till den del av gärningen, som inom ganska vida ramar av normativa skäl kan "*askriberas*" eller "*attributerats*" till en deltagande person, t ex efter den insats som han värderas ha gjort. Att låta kausalitet ensam vara avgörande är inte tänkbart. I så fall måste ett normativt kriterium till för att begränsa kretsen av tänkbara gärningspersoner.¹⁹⁹³ Liknande begränsningar är nödvändiga, om uteslutande en grund i teleologi eller ontologi och även en funktionalistiskt inspirerad kompromiss används.¹⁹⁹⁴

Föreställningen av behovet av en rent objektiv gärning utan psykiska element ligger i "Descartes' myt". Man föreställer sig att gärningen "finns" någonstans som en konkret "klump" isolerad från intentionalitet och gärningspersonen.

¹⁹⁹¹ Jfr Jareborg, Ansvarslära s 119. Detta uttrycks (utan närmare motivering) som "konvertering", "krympning" eller "utökning" av gärningsmannaskap. "Konvertering" kombineras med en "krympning, så att den som utfört gärningen bedöms som blott medhjälpare." Ett överskjutande uppsåt, som t ex vid spioneribrottet, tillhör således "gärningsmassan" och är av objektiv betydelse men inte ett "vanligt" uppsåt till gärningen. (A a, s 120) "Medverkansobjektet" skall alltså innehålla viss sorts intentionalitet men inte övrig.

¹⁹⁹² Se avsnitt 1.3.2.

¹⁹⁹³ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft s 4 och 6. Se Herlitz, s 151. Jag ser ingen principiell omöjlighet att acceptera beskrivningen av gärningsman i linje med lösningen i USA. Därmed inte sagt att det är möjligt att utan vidare importera en sådan lösning till svensk eller tysk rätt eller ens att den är särskilt träffande och rättvis, bara att det inte finns några "naturliga" hinder vare sig av ontologiskt, kunskapsteoretiskt eller etiskt slag. (Se vidare Fil lex s 385.)

¹⁹⁹⁴ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft s 19ff.

Om man laborerade med en sådan "klump" i äldre tider i generalprocessen, var detta en helt annan sak. Här skapades en *normativ* "klump", en processuellt beslutad gärning, som sedan fördes vidare till ett beslut om gärningsmannaskap i en annan ny process. När den materiellrättsliga synen på brottsbegreppet blev dominerande, trodde man, enligt 1800-talets då förhärskande syn, att det var en närmast självklar sak att överföra detta normativa gärningsbegrepp och gärningsmannaskap till en mekanistisk syn. I den äldre kontexten skilde man inte mellan värde och fakta på ett genomfört sätt. Ett normativt gärningsmannaskap var en fakticitet, dvs ett fenomen som inte sågs som väsensskilt från t ex ett lik efter ett brottsligt dödande. Detta var grundläggande oproblemiskt. Man kunde på ganska bestämda blandade normativa och empiriska grunder knyta normativt bestämda gärningspersoner till den i huvudsak normativt bestämda och som brottsligt beskrivna gärningen. Enligt det nyare naturvetenskapliga paradigmet omtolkades det normativa gärnings- och gärningsmannabegreppet till fysiska fakta. Från och med detta paradigms seger i straffrättsdogmatiken arbetar man med gärning och gärningsmannaskap ofta mer eller mindre omedvetet som två helt skilda empiriska fenomen. Följaktligen tror man verkligen att när en gärning har begåtts, denna existerar som en påtaglighet; en "klump", som man efter främst naturvetenskapliga metoder måste knyta vissa gärningspersoner till.

Gärningsmannaskapets blandade normativa och faktiska komplexa natur måste *rekonstrueras* med hjälp av de instrument, som den praktiska och värderande juridiken har innanför bl a legalitetsprincipens ramar. Detta innebär inte godtycke. Snarare förhåller det sig tvärtom i förhållande till en naturalistisk fiktion. Det förefaller vara betydligt rättssäkrare och effektivare att rekonstruera gärningsmannaskapet efter i demokratisk ordning öppet redovisade värderingar. Exempelvis att en gängledare i Herlitz' mening kan *göras* ansvarig för torpeders eller kamraters våld. Bevisningen bör kunna utgå från positionen, gängledare. Det är inget konstigt i vardagspråklig mening att påstå att en maffialedare avrättade en konkurrent, även om man vanligtvis använder sig av verbet "låta" i sammanhanget. Alternativet till att använda sig av att kasta tärning, ordalier, att fingera gärningsmannaskap för alla som fysiskt varit "med om" brottet eller naturalism, är att öppet redovisa de normativa grunderna för gärningen och gärningsmannaskapet och att erkänna möjligheten att identifiera gärningars mening direkt i gärningen.

Enligt min mening skulle lagstiftningen behöva ändras i riktning mot självständiga medverkansbrott analogt med vad Jareborg föreslagit beträffande det

likaså parasitiska försöksansvaret och i enlighet med grunddragen i den gällande norska regleringen av medverkansansvaret.¹⁹⁹⁵

Varken gällande rätt, legalitetsprincipen eller en motsägelsefri medverkanslära kräver en kategori objektiv eller "förkroppsligad" culpaprövning skild från en personlig eller subjektiv prövning. Vad som återstår är, trots allt, att tudelningen, "der Angelpunkt der Verbrechenlehre", genererat medverkanslärans föreställning om nödvändigheten av ett fristående medverkansobjekt, och därmed även i denna del behovet av två sorters culpa: en personlig och en "opersonlig".

KONKLUSION – DEN FÖRSTA GRUNDBULTEN HÅLLER MEN INTE DEN ANDRA

Den första grundbulten i Jareborgs lära är fundamental för straffrättsdogmatiken. Däremot är det svårt att se, på vilket sätt Jareborgs culpaprövningsmodell innehåller en tvåledsprövning eller i vilket avseende gärningsculpa skulle skilja sig från personlig culpa. Beskrivningen av två sorters culpa är i sina konsekvenser istället en beskrivning av en klassisk culpaprövning, där "den normala viljestandarden" bytts ut mot en strävan mot en "normal insikt". Det har inte förbättrat begripligheten eller skapat några praktiska vinster.

Det är inte obetingat nödvändigt, enligt min mening, att tvingas välja mellan Jareborgs flerledsmodell och den mer klassiska viljeaktsbetonade modellen för culpaprövningen. Vad som inte kan bestå är uppfattningen att culpa är två sorter eller arter av culpa. Men det är möjligt, i Jareborgs gärningsculpabegrepps konsekvens, att utgå från att culpaprövningen är en *gärningsmässig* prövning och inte en prövning av vare sig insikter, som psykiska element, en viss viljeakt eller viss likgiltighet. Prövningen kan alltså gå ut på att den erforderliga aktsamheten i princip konstrueras efter alla de nyanser som Jareborg, Erenius, Strahl samt Leijonhufvud och Wennberg preciserat med hänsyn till både särskilda individuella och situationsbundna omständigheter. Därutöver ges denna aktsamma alternativa gärning en godtagbar inriktning, i enlighet

¹⁹⁹⁵ Jfr Herlitz, s 591. Herlitz föreslår att i vissa fall, t ex när det är fråga om gängledare, kan man "...consider creating new specific offences which penalize behavior as perpetration instead of twisting general penal law." Dock fasthåller han att "...the complicity object should only be established by perpetrators".

Leijonhufvud, Efter Lindome s 57. Leijonhufvud föreslår att den sk lindomeproblematiken skulle kunna lösas bl a genom en försiktig utökning av medhjälpsansvaret på bekostnad av brottet skyddande av brottsling enligt BrB kap 17 § 11. Möjligen kan man se detta förslag som ett försök att se viss medhjälps som en mer självständig brottslig gärning än hittills.

med vanliga tolkningsregler för handlingar. I den subsummering som då kan utföras visar sig avvikelser, både kvantitativt och kvalitativt.

4.6.3.4 FRÄNDES OAKTSAMHETSLÄRA

Även Frände använder sig av Jareborgs konstruktion av gärningsculpabegreppet. Frände menar att utgångspunkten för straffrättsliga ingripanden bygger på uppsåtliga handlingar.¹⁹⁹⁶ Detta bör vara riktigt och rubbar inte förklaringen av skuld som (gärnings)culpa, eftersom uppsåtligt handlande även måste bedömas mot en måttstock av aktsamt beteende innefattande tänkbara ansvarsfrihetsgrunder. Värderingen av den uppsåtliga gärningen sker även i förhållande till måttstocken, som är det aktsamma.

Skillnaden mellan Jareborg och Frände ligger huvudsakligen i att Frände utgår från att uppsåt och oaktsamhet ingår i brottsbeskrivningsenligheten, och att skuldprövningen utförs genom att klara ut "...om gärningspersonen kan klandras för det han gjort."¹⁹⁹⁷ Skuldprövningen skulle alltså bestå enbart i att de ursäktande grunderna, eller de subjektiva ansvarsfrihetsgrunderna, beaktas enligt huvuddragen av finalismens skuldlära. Frände förklarar relationerna mellan skuld, gärningsculpa och personlig culpa på följande sätt:

... begreppet (*personlig*) oaktsamhet hänvisar till gärningsmannens psyk. Detta betyder att oaktsamheten alltid är en individuell fråga i motsats till gärningsculpan som bestäms utgående från en objektiv måttstock.¹⁹⁹⁸

Jag skall inte här närmare utveckla argumentationen i förhållande till detta synsätt. I allt väsentligt har detta redan gjorts tidigare. Enligt mitt förmenande innebär placeringen av uppsåt och oaktsamhet i brottsbegreppet inom brottsbeskrivningsenligheten en ökad realism i förhållande till en mer "klassisk" placering. Frände betonar samtidigt flera gånger brottsbegreppets preliminära karaktär för bedömningen och dess relativt svaga normativa laddning.¹⁹⁹⁹ Svagheten i hans "finalistiska" skuldbegrepp kompenseras alltså enligt min mening av realismen beträffande den normativa karaktären i skuldbegreppets hierarkiska uppbyggnad och därmed även karaktäristiken av delarna som ingår i detta.

¹⁹⁹⁶ Frände, Introduktion s 190.

¹⁹⁹⁷ Frände, Introduktion s 13 och s 15.

¹⁹⁹⁸ Frände, Introduktion s 196.

¹⁹⁹⁹ Frände, Legalitetsprincipen s 184 och Introduktion s 12.

4.6.3.5 NORGE OCH DANMARK

I övriga nordiska länder använder man sig av en i huvudsak klassisk culpälära. Därför kommenteras inte denna vidare.²⁰⁰⁰ Noteras kan att Andenæs uttryckligen anmärker att oaktsamhetsbrottet i regel är en uppsåtlig handling, dvs uppsåtlig i förhållande till handlingsmedlen, och att oaktsamheten bestäms "...ved sammenlikning med en norm for riktig opptreden".²⁰⁰¹ Kommentaren till den norska *Straffeloven* utgår från att oaktsamhet är en skuldform.²⁰⁰² Indelningen av culpaprövningen i en subjektiv och en objektiv del antyds på så sätt att den objektiva delen utgörs av en prövning mot ett slags miniminorm. Man betraktar hänsynstagandet till de individuella omständigheterna som en fråga om i vad mån aktsamhetsnormen skall innehålla dessa element; inte som två sorters culpa.

Den norska Straffelovkommisjonen hade ett intressant förslag. Man föreslog att straffbar oaktsamhet endast skulle föreligga om gärningspersonen "...*har eller med letthet kunne ha innsett, at han handlet uaktsomt*".²⁰⁰³ Bestämmelsen ströks

...ikke fordi man var uenig i tanken, men fordi den var mindre heldig formulert, og man dessuten fant det unødvendig med en uttrykkelig bestemmelse om at grensen for den strafferettslige og sivilrettslige uaktsomhet ikke falt sammen²⁰⁰⁴

Detta är i överensstämmelse med vad departementschefen sade beträffande lagändringen från oaktsamhet dock ej ringa till väsentlig oaktsamhet i TBL § 1. I stället för att som Strahl kallar det, vara mild i största allmänhet eller att som i Tyskland överföra prövningen helt till "billighetsavdelningen", vill man i Norge i enlighet med vad Getz framfört låta graden av klander vid oaktsamhet vara beroende av förmågan att undvika det oaktsamma. Förmågan måste oftast vara störst i de fall gärningens förlopp varit eftersträvat eller insetts som säkert. Skalan för straffvärde vid culpa är då som högst vid uppsåt till relevant omständighet, nästa etapp utgörs av riskuppsåt och därunder av negligentia.

Waaben vill, trogen sin skepsis mot indelningen i subjektivt och objektivt, inte beteckna oaktsamhetsbedömningen som vare sig subjektiv eller objektiv men av "praktiska" skäl hänföra oaktsamhetsbegreppet till den subjektiva sidan av

²⁰⁰⁰ Se Bratholm, *Straffeloven* s 153ff, Waaben, *Ansvarslæren* 150ff och Andenæs, *Alminnelig Strafferet* s 235ff

²⁰⁰¹ Andenæs, *Alminnelig Strafferet* s 235.

²⁰⁰² Bratholm, *Straffeloven* s 153ff.

²⁰⁰³ Andenæs, *Alminnelig Strafferet* s 237.

²⁰⁰⁴ Andenæs, *Alminnelig Strafferet* s 237.

brottsbegreppet.²⁰⁰⁵ Dessa "praktiska" skäl kan förmodligen ändå tolkas som "praktiska" hänsyn till det traditionella brottsbegreppets struktur.

4.6.3.6 KAN OAKTSAMHET FÖRKLARAS MED HJÄLP AV LIKGILTIGHETSBEGREPPET?

4.6.3.6.1 OAKTSAMHET SOM GÄRNINGENS MANIFESTERADE LIKGILTIGHET

Duffs teori om uppsåtsbedömningen går ut på att gärningsbedömningar inte börjar med att observera en ren kroppsrörelse och därefter övergår till att undersöka ett psykiskt moment, en "själsrörelse".²⁰⁰⁶ Intentionalitet observeras direkt i gärningen. Hans oaktsamhetslära är grundad på likgiltighet manifesterad i gärningen. Koriath pekade i sin analys på de problem som finalisterna stötte på vid oaktsamhetsbedömningen och som även han anser finns hos de lärare, som hävdar att skuldprincipen kan tillämpas genom att man använder sig av gärningspersonens förmåga att undvika det straffbara. Duff menar att dessa svårigheter främst har sin rot i en felaktig syn på bedömningen av gärningar, och att man därför skall låta skuldprincipen även påverka negligentiansvaret.²⁰⁰⁷

En jämförelse mellan oaktsamhetsbegreppet i kontinental och anglosaxisk tradition förutsätter att hänsyn tas till den (minst) dubbla roll som *recklessness* har.²⁰⁰⁸ Duff behandlar culpa enligt engelsk gällande rätt, där *recklessness* motsvarar både medveten oaktsamhet (*recklessness Cunningham*) och negligens (*recklessness Caldwell*).²⁰⁰⁹ Han utgår från att det är uppenbart att den förra rollen är rotad i skuldprincipen. *Luxuria (recklessness Cunningham)* passar då in i ett "utvidgat" intentionalitets-"paradigm", som i grund och botten utgår från att ett val har gjorts.²⁰¹⁰ Sådillvida överensstämmer detta med det vanliga betraktelsesättet i båda rättskulturerna att den medvetna oaktsamheten är förankrad i någon form av val. För negligens del menar Duff att denna "paradigmatiska" hemvist saknas. Man måste alltså basera detta på något annat än ett val. Han skriver:

But why should liability depend on choice? Because choice, it is thought, is the defining mark of agency; it marks the point at which we

²⁰⁰⁵ Waaben, Ansvarslæren s 150f.

²⁰⁰⁶ Se avsnitt 2.3.2.2.3 under "En icke-dualistisk uppsåtsbedömning".

²⁰⁰⁷ Duff, Intention s 178.

²⁰⁰⁸ Duff, Intention s 139ff.

²⁰⁰⁹ Duff, Intention s 148ff.

²⁰¹⁰ Duff, Intention s 154.

engage in the world as free and responsible agents, and thus bring ourselves within the proper reach of the criminal law.²⁰¹¹

Duff besvarar frågan vidare genom att betona att gärningar och inte i första hand tankar och känslor är straffrättens primära uppgift och att straffrättsligt ansvar förutsätter att jag valt som en fri och ansvarig gärningsperson. Enkelt uttryckt: "I cannot help what I feel; what I can help, and am responsible for, are my choices."²⁰¹² Duff menar att detta, förutsatt en traditionell dualistisk gärningslära, egentligen utesluter *negligentia* som en skuldform. Inte heller skulle det då hjälpa att man berättigar klandret av *negligentia* som en underlåtenhet att hysa ett visst slags sinnestillstånd.²⁰¹³ Underlåtenheten innehåller inte det positiva mentala element, som man traditionellt hävdar vara grunden för skuld. Han skriver följande:

This argument reveals the malign influence of the kind of Dualism which I criticized...; it portrays *mens rea* as an occurrent mental state distinct from, though accompanying, the agent's external conduct. Now we certainly cannot ascribe any such mental state to the negligent agent: but this does not show that we cannot rightly blame her for her negligence, or identify the element of 'subjective' fault which makes her culpable.

If negligence is only 'a deviation from the standard of care to be expected of a reasonable person', it is purely 'objective': but we can add a 'subjective' element to the definition by talking of an 'avoidable deviation'; by holding an agent to be negligent only if she *could* have attained that standard of care... Negligence can thus be defined as a genuine species of culpable fault.²⁰¹⁴

Så långt är detta inte några nyheter för debatten i den kontinentala doktrinen. Duff tillfogar emellertid att *recklessness*, även i form av *negligentia*, inte baseras på ett val, utan på "praktisk likgiltighet", som *manifesteras* i gärningen.²⁰¹⁵ Duff benämner denna likgiltighet, som alltså inte är identisk med känslor eller attityder, "praktisk". En praktisk slutledning är "en slutledning där konklusionen och minst en premiss uttrycker en moralisk värdering."²⁰¹⁶ Att kalla en likgiltighet för praktisk måste alltså alludera på att den likgiltighet, som här åsyftas, är en värderad likgiltighet och därmed en slags objektiv likgiltighet. Ordet "likgiltighet" i detta fall syftar då inte på ett mentalt element, en attityd

²⁰¹¹ Duff, *Intention* s 154.

²⁰¹² Duff, *Intention* s 155.

²⁰¹³ Duff, *Intention* s 155.

²⁰¹⁴ Duff, *Intention* s 156

²⁰¹⁵ Duff, *Intention* s 157.

²⁰¹⁶ *Fil lex*.

eller en känsla, utan på en i gärningen visad likgiltighet. Gärningen tolkas som likgiltig genom direkt observation av gärningen och dess mening. Detta är inte ett resultat av en presumtiv intentionalitet utan just av en likgiltighet, som visas genom gärningen. Duff sammanfattar detta på följande sätt:

For once we see that the species of mens rea which consist in awareness of risk does not consist in an occurrent mental state accompanying the action (that is rather shown in the pattern of the agent's actions and reactions), we shall be better able to recognize that an agent's indifference to a risk which she creates is a matter not of her occurrent feeling, but of the meaning of her actions; that such indifference can be a proper basis for criminal liability; and that it can be displayed by one who is unaware of the risk which she creates.²⁰¹⁷

Duff hävdar alltså att gärningens mening manifesteras som en attityd beskriven och bedömd som en praktisk likgiltighet. Som ett exempel på att även fullständig okunnighet om effekten är en manifestation av sådan likgiltighet tar Duff ett tänkt fall, där en brudgum på väg till bröllopet stannar upp vid en biljardhall och blir så upptagen av spelet att han glömmer sitt bröllop. Duff menar att brudgummen genom sin gärning och underlåtenhet visar att han inte bryr sig om bruden, som alltså rätteligen kan klandra hans gärning.²⁰¹⁸

Negligentiaskuld är enligt Duff inte en presumerad eller "derived" intentionalitet på något sätt. Inte heller är det en undermedveten föreställning eller insikt eller ett undermedvetet viljemoment. Negligentia anser han vara en särskild skuldform, med likgiltighet i förhållande till det rättsgoda. Vid dödande av oaktsamhet skulle likgiltigheten då visa sig i förhållande till offrets liv.

Valet av ordet likgiltighet är kanske inte särskilt lyckat i en kontinental tradition, eftersom ordet väcker associationer till en känsla i form av ett slags mentalt element. Men det avgörande i Duffs lösningsförslag är inte ordvalet, utan att han menar att denna likgiltighet eller attityd i förhållande till effekten och gärningen i övrigt kan observeras direkt genom en tolkning av gärningen och dess mening.

Duff argumenterar även med stöd av en distinktion mellan latent kunskap och aktuell kunskap. Latent kunskap anser han inte vara en slags undermedveten kunskap, eller kunskap som tas fram i en inre dialog och inre ordergivning, utan den latent kunskapen visar sig som aktuell kunskap i gärningen, när

²⁰¹⁷ Duff, Intention s 162.

²⁰¹⁸ Duff, Intention s 163.

denna utförs.²⁰¹⁹ Den aktuella kunskapen aktualiseras inte enbart i och med att den görs tydlig genom en slags tyst inre monolog. Skuldkravet sett som ett krav på en viss riskinsikt, eller som mentala fenomen, som bör ha förelegat vid gärningens utförande, ser därför inte Duff som tänkbara lösningsförsök. Den likgiltighet, som Duff vill hävda är direkt synlig i gärningen, är paradigmatiskt olik, men ändå inte helt väsensskild, från den intentionalitet som direkt var synlig i gärningen vid bedömningen av *intent*.²⁰²⁰ Bl a återkommer han i citatet ovan till att det fortfarande är fråga om att gärningens mening är utgångspunkten för tolkningen av gärningen, även för den sorts likgiltighet det här är fråga om.

I fallet *Miller & Denovan* rånade två unga män ett offer, som Miller slog i huvudet med ett trästycke, så att offret dog. Miller hävdade bristande mens rea i förhållande till dödsfallet.²⁰²¹ Duff kommenterar fallet på följande sätt:

If Mr Miller realized that his attack might kill he was, clearly, reckless of his victim's life: for his attack then displayed, as we might naturally say, an utterly callous indifference to his victim's life. To say this, however, is to talk not about an occurrent *feeling* which he did or did not have at the time, but about the meaning of his *action*: for that meaning consisted not only in the intention (to injure his victim) which structured it, but also in the 'practical attitude' (of indifference to his victim's life) which it displayed; and that attitude consisted recklessness. The indifference which constitutes recklessness is a matter, not of feeling as distinct from action, but of the practical attitude which the action itself displays.²⁰²²

Duff använder sig således även av likgiltighetsbegreppet för att beskriva *intent*. Likgiltigheten anges då som en särskilt kvalificerad likgiltighet. Duff kallar en sådan likgiltighet för "utterly callous". Likgiltighet är alltså inte enligt Duff något som är inskränkt till *negligentia* utan gäller för alla brott. Men först och främst använder han likgiltighetsbegreppet som det centrala begreppet i sin oaktsamhetslära. Begreppet har alltså inte enbart en bakgrundsroll för förklaringen av "skuldbegreppet" i Duffs ansvarsbegrepp, utan det betecknar framför allt en ansvarsform.

²⁰¹⁹ Duff, *Intention* s 161.

²⁰²⁰ Duff, *Intention* s 179.

²⁰²¹ *Miller & Denovan* (Glasgow High Court 1960) Gordon p. 741 s 162f.

²⁰²² Duff, *Intention* s 162.

4.6.3.6.2 EN JÄMFÖRELSE MELLAN DUFFS OAKTSAMHETS- OCH LIKGILTIGHETSBEGREPP SAMT LIKGILTIGHETSBEGREPPET I TYSK OCH SVENSK LITTERATUR

Enligt min mening klarlägger förhållandet mellan likgiltighetsbegreppets olika roller, både som en beskrivning av skuldbegreppets grund och som skuldformer, sambandet mellan culpa i sin grundbetydelse som skuld och mellan culpa som skuldform. Förhållandet framgår indirekt även av begreppet gärningsculpa, varför frågan även är central i denna del och tas upp igen i samband med den närmare redogörelsen för Jareborgs oaktsamhetslära.

Om Duffs tankegångar skall kunna användas också i ett kontinentalt perspektiv, måste likgiltighetsbegreppets olika betydelser i de båda rättskulturerna beskrivas. Det är uppenbart att likgiltighetsbegreppet spelar en stor roll i svensk praxis vid bedömningen av gärningar, som innefattar brottsligt dödande, främst som beskrivning av uppsåt vid bestämningen av uppsåtets gräns mot culpa, men även som en beskrivning av grov oaktsamhet i TBL § 1 samt BrB kap 3 § 7.²⁰²³

Till detta kommer dessutom skuldbegreppets normativa särart. Ett rent formellt normativt skuldbegrepp kommer att utsättas för "friktion" i samhället utanför den juridiska sfären, eftersom moral och rätt oundvikligen befinner sig i ett "friktionsförhållande" eller ett ständigt utbyte, såsom kommunicerande kärler.²⁰²⁴ Detta är skälet till att begrepp i inflytelserika läror och i praxis uppträder, många gånger trots upphovsmännens avsikter, både som "formella" och "materiella" begrepp. Likgiltighetsbegreppet är ett exempel på detta. Begreppet uppträder i lagtext och prejudikat i olika skuldformuleringar med olika innebörd, samtidigt som det används i doktrinen som en förklaring till varför skuld överhuvudtaget är en förutsättning för klander.

Likgiltighetsbegreppet har sedan länge använts i tysk straffrättsdoktrin, bl a för att dra gräns mellan culpa och dolus.²⁰²⁵ Engisch menade att likgiltighet inför effekten täckte de formuleringar av uppsåt, som vanligtvis uppträdde under sådana uppsåtsformuleringar som att effekten tagits på köpet, att gärningspersonen varit införstådd med effekten eller att han godkänt den.²⁰²⁶ Han menade att dolus eventualis enligt Franks formel innebar ett medel för att

²⁰²³ Se avsnitt 2.3.5.3.3, avsnitt 4.4.3 och 5.6.4. Jfr Frände, Introduktion s 13 och i viss mån Jareborg, Ansvarslära s 201. Se även Koriath s 568.

²⁰²⁴ Se Åkerman, The Necessity of Friction s viiff och 3ff.

²⁰²⁵ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 188ff.

²⁰²⁶ Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit s 188. Se även Jareborg, Fragment s 200 not 73.

fastställa en absolut likgiltighet inför effekten.²⁰²⁷ Vid den avsiktliga gärningen eller den som utförts med en säker insikt om effekten har gärningspersonen visat sin relativa likgiltighet inför effekten. Sätillvida överensstämmer vad Engisch säger med praxis i Sverige, där likgiltighetsbegreppet i vissa sammanhang fått tjäna som benämning på att gärningen hamnat på den uppsåtliga sidan vid gränsdragningen mellan uppsåt och culpa.²⁰²⁸ Framför allt Jareborg och delvis Engisch använder likgiltighetsbegreppet som en förklaring till varför oaktsamhet och uppsåt, förutom direkt uppsåt, klandras. Men båda anser att begreppet har betydelse för gränsdragningen mellan dolus och culpa, i Engisch' fall främst som en beteckning för grunden för dolus eventualis i enlighet med hans "Gefühlstheorie", och i Jareborgs fall på ett likartat sätt som nyss beskrivits beträffande Duffs begreppsbildning.²⁰²⁹ Jacobs använder sig också i någon mån av likgiltighet som ett slags tilläggs-kriterium för sannolikhetsuppsåt.²⁰³⁰ Frände tar uttryckligen ställning för att likgiltighetsbegreppet bör användas vid uppsåtsgränsen som ett tilläggs-kriterium för att begränsa uppsåtsansvaret.²⁰³¹

Den mest relevanta bilden av likgiltighetsbegreppets möjligheter som gränsdragningsinstrument framgår av en jämförelse mellan Duffs och Jareborgs begreppsapparat. Dessa författare ger begreppet en helt central roll för bestämningen av skuldbedömnings grund; Duff i någon mån som en beteckning för skuld främst vid oaktsamhet, och Jareborg som ett centralt skuldbegrepp både för dolus, möjligtvis direkt uppsåt undantaget, och culpa. Skillnaden mellan Jareborgs och Duffs likgiltighetsbegrepp beskriver därför förhållandet mellan skuld och oaktsamhet och uppsåt på ett särskilt tydligt sätt.

Ett år innan Duff skrev förordet till boken "Intention, Agency & Criminal Liability", tog Jareborg ställning för att använda likgiltighetsbegreppet för att förklara varför ett dolöst brott klandras mer än ett oaktsamt.²⁰³² Jareborg menar att det inte finns en självklar etisk grund till varför dolus är mer straffvärt än culpa.²⁰³³ Likgiltigheten skulle bättre än andra förklaringar, som olydnad mot Gud eller staten, förklara straffvärdet för både dolus och culpa.²⁰³⁴ Jareborg beskriver den form av likgiltighet som avses i detta sammanhang, på följande sätt:

²⁰²⁷ Se avsnitt 2.3.2.1.2 och Jareborg, Fragment s 198.

²⁰²⁸ Se avsnitt 5.6.4.

²⁰²⁹ Jareborg, Fragment s 198.

²⁰³⁰ Jacobs, AT s 271.

²⁰³¹ Frände, Tre J:n s 36.

²⁰³² Jareborg, Fragment s 191.

²⁰³³ Jareborg, Fragment s 192ff.

²⁰³⁴ Jareborg, Fragment s 196.

Likgiltighet kan utgöra beståndsdel i en del typer av känslor, främst emotioner (t. ex. förakt) och sinnesstämningar. Likgiltighet kan åtföljas av alla typer av känslor. Men själva likgiltigheten är inte identisk med någon känsla. Likgiltigheten är en attityd. Dess innehåll är inte särskilt komplicerat. A är likgiltig inför att p, endast om att p inte utgör ett handlingsskäl för A. (Det kommer strax att framgå varför definitionen anger en nödvändig, men inte en tillräcklig förutsättning.) Om A vet att en viss handling H kommer att leda till att B skadas, så är han likgiltig inför detta, endast om det förhållande att B kommer att skadas inte fungerar som handlingsskäl. A är inte likgiltig, om han företar H därför att han därigenom kan skada B.²⁰³⁵

När Jareborg och Duff använder sig av ordet likgiltighet betecknar det inte känslor. Likgiltighet är alltså inte känslor av likgiltighet, utan "själva likgiltigheten" är en attityd, en hållning. Inledningsvis accepterar jag Jareborgs definition av likgiltighet inför något som brist på handlingsskäl för detta.²⁰³⁶ Uttrycket "själva likgiltigheten" hos Jareborg, till skillnad från annan likgiltighet som exempelvis känslomässig likgiltighet i uttrycket "...han kände sig fullständigt likgiltig för offrets död", syftar alltså på en attityd, dvs intagen position i förhållande till offret som går före känslan av likgiltighet. Den likgiltige i exemplet ovan har s a s en inställning till offrets liv, positionerar sig och noterar känslor, emotioner, som åtföljer denna inställning. "Själva likgiltigheten", som personen i exemplet hyser, skulle alltså vara *enbart* en position som personen har, eller har intagit, i förhållande till offrets död. Personen kan alltså ha en känsla av denna likgiltighet men denna känsla är dock inte, enligt Jareborg, "själva" likgiltigheten utan sådan likgiltighet är endast något som "åtföljer" känslor (1), eller kan utgöra en beståndsdel av känslor (2).²⁰³⁷

Skillnaden skulle alltså för det första (1) kunna observeras genom att dels ett subjektivt moment av känsla av likgiltighet eller någon annan känsla konstaterats hos gärningspersonen, dels att denna känsla *följs av ett ställningstagande* till detta faktum som handlingsskäl. Vad detta ställningstagande "i sig" (dvs "själva" likgiltigheten) är, går inte att utrona utan att på något sätt stipulera en viljeakt i personens själsliv. Här verkar det som om Jareborg använder sig av en slags viljeaktsresonemang. Detta är dock fullständigt främmande för Jareborgs tänkande i övrigt, varför tolkningen måste förkastas. Jareborg kan inte mena att "själva likgiltigheten", dvs ställningstagandet till ett faktum som handlingsskäl, är en slags procedur, ett beslut som försiggår i personen eller något annat ställningstagande "i sig", som inte är identiskt med känsla av

²⁰³⁵ Jareborg, Fragment s 193.

²⁰³⁶ Se Wessén. Ordet "attityd" kan härledas från ordet "kroppsställning" eller hållning".

²⁰³⁷ Jareborg, Fragment s 193.

likgiltighet. Någon skillnad, baserad på denna utsaga, mellan känslor av likgiltighet och "själva likgiltigheten" står alltså inte att finna.

För det andra (2) skulle likgiltighet kunna utgöra en beståndsdel i främst emotioner, som t ex en sinnesstämning av uppgivenhet eller förakt. Likgiltigheten skulle då vara en beståndsdel av känslorna i samband med likgiltighetsställningstagandet. Känslor av alla tänkbara slag, inklusive en känsla av liknöjdhet eller likgiltighet, skulle då föregå "själva likgiltigheten", dvs gärningspersonens ställningstagande att inte betrakta ett faktum som ett handlingsskäl. Svårigheten att skilja känslor exempelvis av liknöjdhet, från ett likgiltigt ställningstagande kvarstår. Likgiltighet skall trots detta enbart ses som ett ställningstagande, en attityd eller en positionering inför ett val att inte ett faktums sannolika (riskabla) inträde är ett handlingsskäl för gärningspersonen.

Problemet kvarstår alltså; vad är gärningspersonens ställningstagande "i sig" till ett faktum som handlingsskäl? Påståendet att en person avfört ett faktum som ett handlingsskäl, implicerar ett band mellan person och faktum. Men detta band kan, såvitt jag förstår Jareborg, inte hänföras till en psykisk process, dvs ett band som är en "viljeakt" eller ett ställningstagande sett som en psykisk process, eftersom denna psykiska process inte kan skiljas från känslor eller beslut att inte beakta detta faktum.

Man måste alltså söka efter andra kriterier för att skilja "själva" likgiltigheten från känslor. Jareborg menar att (episodisk) likgiltighet innebär att ett visst föreställt faktum inte "*fungerar* som handlingsskäl i en konkret situation".²⁰³⁸ Här ligger enligt min mening nyckeln till förståelsen. Med Duffs terminologi kan man säga att det relevanta faktumet har *direkt observerats i gärningen inte fungera* som ett skäl. Det är alltså inte en psykisk process, ett "inre" element, som har observerats. Gärningens innehåll, dess mening, har fungerat som ett konkret negligerande av ett faktum, som kunde ha utgjort ett handlingsskäl.

Men det händelseförlopp, som gärningen givit upphov till, har vid oaktsamhet avvikit från en *hypotetiskt godtagbar gärning*, där detta faktum hypotetiskt *fungerat* som ett handlingsskäl. Det är således i *denna hypotetiska gärning* som faktum fungerat som handlingsskäl. Det är alltså endast efter en jämförelse med denna hypotetiska godtagbara gärning, där faktum fungerat som handlingsskäl, som man kan uttala sig om en annan gärning, där faktum *inte* fungerat som handlingsskäl.

²⁰³⁸ Jareborg, Fragment s 193 (Min kursivering).

Likgiltighet i Jareborgs mening bör alltså vara något som observeras *direkt* i gärningen genom en jämförelse med en hypotetisk icke likgiltigt gärning, antingen som likgiltighet inför ett visst förväntat förlopp eller som likgiltighet för om detta förlopp överhuvudtaget kan inträda. Först då kan distinktionen mellan känslor av likgiltighet och en annan likgiltighet upprätthållas. Visserligen fortsätter likgiltigheten "i sig" att gäcka bedömare, men en direkt observerbar likgiltighet är synlig i gärningen oberoende av om gärningspersonens eventuella psykiska dispositioner kan bevisas "i sig". Detta hindrar inte en bedömare att abstrahera denna direkta observation till en utsaga om en viss gärningspersons ställningstagande till ett faktum som handlingsskäl.

Men av detta följer att likgiltighetsbegreppet därigenom förlorar sin egentliga förklaringspotential för straffrättslig skuld i traditionell mening. Likgiltighetsbegreppet blir ett synonymt begrepp till oaktsamhet. Begreppet säger varken mer eller mindre än oaktsamhetsbegreppet. Likgiltighet framträder som en avvikelse från det godtagbara, dvs aktsamhetskravet, som måste definieras vid varje brott. Begreppen likgiltighet, culpa eller skuld får alla samma funktion. Straffvärdeskillnaden mellan dolus och culpa kan på så sätt inte sökas i likgiltighetsbegreppet mer än i culpabegreppet.

Hassemer har betecknat likgiltighet, i uppsåtsversionen av begreppet, som en av många parafraaser " av uppsåtsbegreppet.²⁰³⁹ Syftet för dessa nyanser av uppsåt skulle vara att försöka finna gränsen mellan dolus och culpa med nya finslipade begrepp. Han menar att parafraserna inte tillför något mer än det begrepp de var parafraaser av. Hans eget recept ligger nära Armin Kaufmanns utgångspunkt, *förmåga att undvika det straffbara* som materiell grund för tillräknan-det. I sak sammanfaller denna grund med Jareborgs begrepp "gärningskontroll". Men framförallt utgår han från att i Engisch' anda "die ratio der Vorsatzbestrafung" är gärningspersonens "... Einstellung zu der Rechtsgüterwelt".²⁰⁴⁰ Enligt min mening har Hassemer rätt i att likgiltighetsbegreppet, som uppsåtsbeteckning, utgör en parafraas av uppsåtsbegreppet. Med hänsyn till detta, och använt på det sätt som först Jareborg och sedan Duff föreslagit, framstår likgiltighetsbegreppet inte bara som en uppsåtsparafraas utan som en skuld- och culpaparafraas.

Jareborg medger att hans beskrivning av likgiltighetsbegreppet kan verka tveksam, då flera intressen konkurrerar i gärningspersonens val.²⁰⁴¹ Exempelvis skulle enligt Jareborgs betraktelsesätt ett brottsbeskrivningsenligt dödande

²⁰³⁹ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 302 och avsnitt 2.3.2.1.2f under "Hassemers indikator-katalog".

²⁰⁴⁰ Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes s 296 och 295.

²⁰⁴¹ Jareborg, Fragment s 193.

utfört på grund av laga befogenhet, innefatta en likgiltighet inför annans död, som dock ändå inte klandras på grund av ett undantag. Ur vardagsspråklig synvinkel ter sig en sådan användning av likgiltighetsbegreppet märklig. En polis som dödar i tjänsten för att rädda en folkmassa undan ett sprängattentat kan inte kallas likgiltig för attentatpersonens liv. En polis som dödar lagenligt är däremot i Jareborgs mening likgiltig för det intresse som annans liv utgör, eftersom det inte utgjort ett handlingsskäl. Detta måste gälla i alla situationer, där konkurrerande intressen gör sig gällande. Exempelvis en rånare som kör över en väktare, som hindrar hans flykt, låter inte uppehållandet av väktarens liv vara ett handlingsskäl i förhållande till sin flykt. Den enda skillnaden mellan det första exemplet och det sista är att i det förra fallet är handlingsskålet som blev avgörande ett premierat och *godtagbart* skäl till skillnad från det senare.

Teoretiskt är det visserligen möjligt att ge likgiltighet en sådan stipulativ juridisk teknisk innebörd, att det på ett neutralt sätt speglar ett (heuristiskt) objektivt tillräknande, men de språkliga anomalierna pekar på att begreppets normala betydelseområde är överskriden. Man gör klokt i att inte avvika från denna för mycket. Aktsamhetsbegreppet är ett relativt neutralt, formellt och normativt begrepp som är anpassat till vardagsspråket. Exempelvis får ansvarsfrihetsgrunderna, inklusive social adekvans, sin rätta plats inom aktsamhetsbegreppet. Att kalla polisens dödandegärning i exemplet för aktsam är inom gränserna för vanligt språkbruk. Detta förhållande är enligt min mening inte en "komplikation", som Jareborg kallar det, utan förhållandet invalidiserar Jareborgs likgiltighetsbegrepp, förutsatt att man menar något mer än oaktsamhet.

Den normativa skuldläran beskriver skulden som "Vorwerfbarkeit". Skuld skulle alltså enbart vara beteckningen på att en gärning var möjlig att klandra i juridisk mening, och inte på något sätt beskriva den etiska eller i övrigt gemensamma grunden för detta klander. Men så fort en gemensam beteckning, såsom t ex likgiltighet, sätts på skulden och denna beteckning täcker mer än detta neutrala och formella skuldbegrepp, finns en utsaga om denna skulds materiella innebörd och därmed "materialiserar" skuldbegreppet. Likgiltighetsbegreppet används alltså av Jareborg och Duff som ett slags materiellt skuldbegrepp, ungefär som Engisch tänkte sig att ett visat ointresse (både som materiellt och formellt skuldbegrepp) var det positiva särskilt oaktsamma elementet till skillnad från dolus. Men vare sig skuld uttrycks som ointresse eller likgiltighet, är detta något som särskilt utmärker dolus till skillnad från culpa. Endast så vitt avser det direkta uppsåtet menar Duff och Jareborg att vi har ett annat "paradigm": fientlighet eller *attack*.²⁰⁴² Men samtidigt drar sig inte

²⁰⁴² Jareborg, Fragment s 202. Duff, Intention s 166.

Duff för att beteckna en sådan fientlighet som *utterly indifferent*. Duff, och även Jareborg säger alltså därmed att uppsåt - *intent* - är både uttryck för fientlighet och likgiltighet. Detta stämmer med (gärnings)culpabegreppet i Jareborgs begreppsapparat och kan även indirekt tolkas in i vad Duff säger om saken.

4.6.3.6.3 KONKLUSION - LIKGILTIGHETSBEGREPPET SÄGER INTE MER ÄN OAKTSAMHETSBEGREPPET

Förutsatt att likgiltighetsbegreppet, som det framställts av Duff och Jareborg, inte skall beteckna något materiellt, som varken syftar på en känsla eller ett psykiskt mentalt element, blir skillnaden mellan likgiltighet och oaktsamhet inte skönjbar. Resonemanget berättigar enligt min mening till ett antagande om att "formell" likgiltighet, beskriven på detta sätt, egentligen inte beskriver mer än att gärningen avvikit från aktsamhetskravet, som måste uppställas vid varje brottsbedömning.

Likgiltighet utgör grunden för oaktsamhet, men också för skulden i övrigt enligt Duffs lära. Men framförallt är hans teori en lära om att likgiltighet direkt kan observeras i gärningens mening. Hans likgiltighetsteori utgår från en "praktisk" likgiltighet, som syftar på en i gärningen visad attityd, till skillnad från känslor av likgiltighet. Jareborg har klara tendenser i en sådan icke-dualistisk riktning, och hans argumentation resulterar enligt min mening i denna slutsats. Ingen av lärorna förklarar emellertid straffvärdeskillnaden mellan dolus och culpa genom skuldparafraseringen (eller culpaparafraseringen) "likgiltighet". Man säger bara att straffvärdeskillnaden mellan skuldgraderna dolus och culpa beror på avståndet till det aktsamma. Detta är dock en mycket viktig slutsats, som bl a sammanhänger med culpabedömningens centrala roll i ansvarsbedömningen och i straffrättssystematiken. Men det uttrycks bättre genom att man beskriver straffvärdeskillnaden mellan dolus och culpa som olika relationer till aktsamhetskravet i bedömningen. Denna relation är grunden för skuld och culpa. Därför är likgiltighetsbegreppet i Jareborgs och Duffs tappning indirekt ändå en öppning mot en förklaring till varför dolus är mer straffvärt än culpa. Detta ger i sin tur indikationer till att gränsdragningen mellan dolus och culpa är en fråga om kvalifikationer av skuld och därmed culpa, i betydelsen konstaterad avvikelser från aktsamhetskravet. Dolus är en större avvikelser från aktsamhetskravet än (enbart) culpa, därför att dolösa gärningar är mer främmande för det aktsamma alternativet. Duffs och Jareborgs oaktsamhetslära och likgiltighetsbegrepp ger därför, förutsatt att oaktsamhets- och likgiltighetsbegreppet omtolkas som här har gjorts, en motsägelsefri bild av grunden för oaktsamhet och förhållandet mellan oaktsamhet och uppsåt.

4.7 PRAXIS

4.7.1 INLEDNING

Det material som genomgått i kapitel 2 och 5 täcker i många stycken gränsområdet även på den oaktsamma sidan.²⁰⁴³ I detta avsnitt redovisas endast några få fall som visar praxis' metodval för culpaprövningen och kvalifikationen av culpa.

I en nyligen publicerad framställning över prövningen av culpa i trafiken av Magnus Ulväng, med förord av Jareborg, behandlar Ulväng sex fall, som refererats i NJA.²⁰⁴⁴ I bokens sista avsnitt, rubricerat: "Finns det anledning att skilja mellan två sorters culpa?", konstaterar Ulväng:

Det går inte att se att domstolarna direkt använder sig av den begreppsstruktur, terminologi och systematik, som används i Jareborgs culpabegrepp... Analysen av rättsfallen visar att det går att finna begreppsstrukturen representerad i domsmotiveringarna, om än mycket implicit.²⁰⁴⁵

Ulväng vill trots detta rekommendera Jareborgs begreppsstruktur, terminologi och systematik.²⁰⁴⁶ Skälet till detta är främst hänsyn till den ovan berörda skillnaden mellan ursäkter och rättfärdiganden samt "medverkansläran" och att det behövs en "...välordnad systematik för domstolarna att hänga upp sin argumentation på."²⁰⁴⁷ Han hävdar att "Jareborgs culpabegrepp hjälper oss att förstå hur domstolarna resonerar."²⁰⁴⁸ Det förblir dunkelt för mig hur Jareborgs culpabegrepp, när det uppenbarligen inte används av domstolarna, åtminstone såvitt avser två sorters culpa, ändå skulle avslöja domstolarnas sätt att resonera. Möjligen syftar Ulväng inte på de juridiskt relevanta formuleringarna i domskälen utan på heuristiska resonemang i rättegångens överläggningsfas.²⁰⁴⁹

²⁰⁴³ Jareborg, Två sorters culpa s 219.

²⁰⁴⁴ Ulväng, Culpa i trafiken.

²⁰⁴⁵ Ulväng, Culpa i trafiken s 119.

²⁰⁴⁶ Det kan vara på sin plats att påminna om Jareborgs egna betänkligheter när det gäller begreppsstrukturen och terminologin.

²⁰⁴⁷ Ulväng, Culpa i trafiken s 119.

²⁰⁴⁸ Ulväng, Culpa i trafiken s 119.

²⁰⁴⁹ Se t ex s 47 i Ulväng, Culpa i trafiken: "Hur det sedan i realiteten går till när domstolen gör sin oaktsamhetsbedömning är naturligtvis omöjligt att säga."

Resultatet av Ulvängs analys stämmer med resultatet av undersökningen av tingsrättspraxis och Jareborgs egna iakttagelser av praxis.²⁰⁵⁰ Indelningen av culpaprövningen i flera steg, eller i två sorter enligt flerledsmodellerna, har ingen nämnbar förankring i praxis. Det finns ingen anledning att pressa domsmotiveringarna på "mycket implicita" formuleringar. Ulvängs analysresultat, de prejudikat som presenteras här och i kapitel 2 samt resultatet av genomgången av tingsrättspraxis visar tydligt att praxis inte accepterat en indelning av culpaprövningen i två sorters culpa. Detta gör att jag kan inskränka genomgången av praxis till några få typiska fall.

Ett trafikfall, NJA 1997 s 103, tas upp. Detta fall berör främst innebörden av olika avvikelser från aktsamhetskravet. Rättsfallet ger viss ledning när det gäller att bestämma grov oaktsamhet samt den närmare betydelsen av uttrycken "i väsentlig mån" och "uppenbar likgiltighet för andras liv".

Utöver detta trafikfall tar jag upp två flitigt kommenterade rättsfall. Det första rättsfallet, NJA 1966 s 70, används av Jareborg och Erenius som ett särskilt typiskt exempel på en flerledsbedömning. Det andra fallet, NJA 1989 s 522, berör samma fråga och innehåller ett utförligt yttrande av Jareborg om nödvändigheten av att culpa måste prövas dels som gärningsculpa, dels som personlig culpa.

4.7.2 NJA 1997 s 103

TT, som saknade körkort, förde en bil med en hastighet av minst 110 km/tim på en väg i ett tätbebyggt samhälle, där hastigheten begränsats till 50 km/tim. I samband med en omkörning ökades hastigheten ytterligare. Den tilltalade förlorade kontrollen över fordonet och frontalkolliderade med en mötande bil. I denna bil erhöll bl a offer nr 1 en grav hjärnskada. Medpassageraren i det fordon som TT framförde (offer nr 2) avled av kollisionen.

Åklagaren yrkade ansvar för bl a grov vårdslöshet i trafik, grovt vållande till annans död och vållande till kroppsskada, grovt brott. Den vårdslösa körningen och de båda vållandebrotten ansågs grova, "...då TT vid förandet av fordonet visat uppenbar likgiltighet för andra människors liv och egendom och skadornas art".

TT hävdade minnesförlust och uppgav sig varken kunna erkänna eller förneka gärningarna.

TR anförde bl a:

²⁰⁵⁰ Se avsnitt 5.4.5ff samt Jareborg, Ansvarslära s 38.

Detta måste anses som ett mycket stort medvetet risktagande... Han borde också insett att följderna av en sammanstötning kunde bli mycket stora med hänsyn till den höga hastigheten. Rätten finner TT:s körsätt innebära grov oaktsamhet och visande av uppenbar likgiltighet för andra människors liv och egendom. Han skall därför fällas till ansvar för grov vårdslöshet i trafik. Dödsfallet och personskadorna i övrigt är en direkt följd av körningen och sammanstötningen och han skall därför också dömas för vållande enligt åtalet. Även dessa brott är att bedöma som grova.

Hovrätten ansåg att TT i enlighet med TR:s dom gjort sig skyldig till de åtalade gärningarna, men att det inte

...kan anses utrett att TT visat uppenbar likgiltighet för andra människors liv och egendom.

Trots detta menade hovrätten att oaktsamheten var grov på grund av den höga hastigheten, och av att TT företog en omkörning utan att förvissa sig om att omkörningen kunde genomföras utan hinder av mötande trafik samt av att han ökat hastigheten vid omkörningen. Den tilltalade fälldes för bl a grovt vållande till kroppsskada och grovt vållande till annans död samt grov vårdslöshet i trafik. I HD behandlades endast frågan om påföljden, varför hovrättens dom i ansvarsdelen stod fast.

Domstolarna använde sig i fallet inte av två eller flera sorters culpa. Aktsamhetsregeln konstruerades främst med hjälp av riskuppsåt, hastighetsbestämmelserna på platsen och ett allmänt aktsamhetskrav, som antas gälla vid omkörning. Den tilltalade och omständigheterna i övrigt betraktades uppenbarligen som "normala" och inga särskilda ursäktande omständigheter beaktades. Tingsrätten nämnde uttryckligen, till skillnad från hovrätten, att riskuppsåt förelåg. Därmed inte sagt att detta uteslutits av hovrätten. Det torde kunna antas att riskuppsåt ansågs uppenbart av hovrätten. Däremot fann inte hovrätten uppsåt till risk för andras liv. Hovrätten använde sig av en avvikelse från aktsamhetskravet, som är större än "i väsentlig mån" men som är mindre än "uppenbar likgiltighet för andra människors liv". Möjligen kan slutsatsen dras att sådan oaktsamhet som i väsentlig mån avviker från aktsamhetskravet kan konstitueras av hastighetsöverträdelser som ligger betydligt under den som det här var fråga om. Förmodligen har de allvarliga skadorna i fallet i hög grad medverkat till att culpan bedömdes som grov. Om endast mindre personskador uppkommit och om TT haft körkort, kanske avvikelsen från aktsamhetsregeln endast ansetts uppgå till en avvikelse i väsentlig mån.

4.7.3 NJA 1966 s 70

TT, som var hemvärnschef, anordnade och ledde en fältskjutning inom ett område, som inte var avspärrat i enlighet med säkerhetsföreskrifterna. En person, som inte deltog i skjutningen, blev träffad av en rikoschetterande kula och skadades så svårt att han avled. Den tilltalade åtalades bl a för vållande till annans död. HD anförde bl a följande:

Dessa bestämmelser äro ifråga om avfattning och uppställning in-vecklade. TT hade icke erhållit särskild utbildning i tjänst som övningsledare vid skjutning, och han hade icke i någon mån blivit orienterad om instruktionsbestämmelsernas innehåll och praktiska tillämpning. Med hänsyn till den otillräckliga utbildning som han erhållit, får han antagas hava saknat förmåga att på egen hand tillägna sig dem. Rikshemvärnschefens utbildningsanvisningar synas också utgå från att det icke kan krävas av en hemvärnschef, att han vid övningskjutning skall kunna självständigt tillämpa instruktionen.

TT hade ägt möjlighet att genom förfrågan hos försvarsområdesstaben skaffa sig erforderlig kännedom om vad som borde iakttagas beträffande säkerheten vid skjutningen. Vidare lades skjutningen upp på i huvudsak samma sätt och, enligt vad som upplysts, med väsentligen samma skjutplatser och skjutriktningar som fältskjutningar, vilka tidigare under en lång följd av år genomförts på platsen. Vid dessa hava såvitt är känt några olyckor eller olyckstillbud icke inträffat. TT saknade med hänsyn härtill ej fog för antagande, att säkerhetskraven för skjutningen voro tillgodosedda och att särskild kontroll från hans sida i detta avseende ej var behöfvig. Vid nu upptagna förhållanden får eftersättandet av säkerheten vid skjutningen väsentligen tillskrivas organisatoriska brister inom hemvärdet. Framhållas bör, att försvarsområdesbefälhavaren omedelbart efter olyckan vidtog åtgärder för att giva bättre vägledning i säkerhetsfrågor åt hemvärnscheferna inom försvarsområdet.

Med hänsyn till det anförda kan försummelse av beskaffenhet att för-anleda ansvar ej läggas TT såsom övningsledare vid skjutningen till last.

Erenius menar att HD verkar först ha tagit ställning för en objektiv culpa i och med att förtroendegrundsatsen tillämpats och därefter bedömt den individuella culpan. Han skriver:

Överträdelse av säkerhetsbestämmelserna var i detta fall nog för oaktksamhet. *Först sedan detta konstaterats* gör HD en bedömning huruvida det i det särskilda fallet kan begäras, att TT följt reglerna ifråga. Härvid gör HD ett *rent individuellt övervägande*. Frågan är vad TT i

detta särskilda fall haft för individuella möjligheter att handla i konformitet med det i instruktionen uppdragna handlingsmönstren.²⁰⁵¹

Jareborg använder sig genomgående av detta rättsfall som exempel på två sorters culpa.²⁰⁵² Jareborg anser att gärningsculpa förelåg, eftersom TT inte följt säkerhetsföreskrifterna men personlig culpa förelåg inte, eftersom det inte kunde begäras av TT att han gjort detta.

Leijonhufvud och Wennberg refererar även till rättsfallet i anslutning till sin framförda teori om att oaktsamhetsbedömning görs genom att man först bygger upp den grundläggande aktsamhetsregeln och därefter kompletterar denna med hänsynstagande till individuella omständigheter. Fallet används dock snarast som ett exempel på att frågan om tillräckliga instruktioner, som gärningspersonen haft anledning att förlita sig på kan få betydelse vid bedömningen.²⁰⁵³

Året innan Jareborg skrev sin artikel om två sorters culpa kommenterade Strahl rättsfallet. Fallet behandlades i samband med frågan om rättsvillfarels betydelse vid ansvar för dels uppsåtligt, dels culpöst brott. Han menade att detta endast i undantagsfall kunde få betydelse i dessa fall och anförde följande beträffande culpabedömningen:

För culpabedömningen åter är villfarelse om en förhållningsregel, även en förhållningsregel i lag eller författning, på grund av culpa-rekvisitets konstruktion av betydelse för culpabedömningen.²⁰⁵⁴

Strahl menade att beträffande missförstånd av trafikföreskrifter, även lokala föreskrifter, endast sällan kunde föranleda ansvarsfrihet. Däremot anförde han beträffande NJA 1966 s 70 följande:

Från andra områden kan lättare hämtas exempel på fall, där okunghet om eller missförstånd av generell föreskrift anses kunna lända den tilltalade till frihet från ansvar för culpöst brott.²⁰⁵⁵

Fallet är enligt Strahl ett exempel på "rättsvillfarelse" vid culpabrott. Strahl betonar oaktsamhetsbedömningens principiella oberoende av föreskrifter i lag eller reglemente. Det är skälet till att han principiellt utsträcker ansvarsfriheten något i sådana fall. Men det intressanta är att han ser problemet i fallet inte som två sorts culpa eller som en flerledsbedömning, utan som en fråga om

²⁰⁵¹ Erenius, Oaktsamhet s 70.

²⁰⁵² Jareborg, Två sorters culpa s 219ff, Brotten I s 194 och Ansvarslära s 38.

²⁰⁵³ Straffansvar, s 74.

²⁰⁵⁴ Strahl, Allmän straffrätt s 183.

²⁰⁵⁵ Strahl, Allmän straffrätt s 183.

konstruktionen av aktsamhetsregeln i fallet. Med detta synsätt kan man säga att aktsamhetsregeln byggdes delvis upp av säkerhetsföreskrifterna, men inte så att dessa *tillämpades* i en slags första fas, utan så att dessa inte fick genomslag i konstruktionen av den slutliga aktsamhetsregeln. "Rekvisitet är nämligen oaktsamhet, inte överträdelse av en föreskrift".²⁰⁵⁶

Diskussionen i HD rörde sig i hög grad om hur säkerhetsföreskrifterna beaktades i praktiken. HD konstaterade att TT på grund av att skjutningen ordnats i överensstämmelse med tidigare praxis, att TT samrått med sina överordnade och att TT "...saknade med hänsyn härtill ej fog för antagandet, att säkerhetskraven för skjutningen voro tillgodosedda och att särskild kontroll från hans sida i detta avseende ej var behövlig." Analogt med rättskälleläran skulle man kunna säga att "gällande rätt" beträffande säkerheten enligt HD hade iakttagits av TT i och med att han följt de överordnades råd och tidigare praxis. Frågan gällde också om instruktionen var så otydlig att den inte gick att följa av den grupp, som den riktade sig till, nämligen alla hemvärnschefer med liknande förutsättningar. Det visade sig här att hemvärnschefen i fallet hade ungefär samma utbildning som alla andra hemvärnschefer. Detta var extra tydligt, eftersom försvarsmakten i de väsentliga avseendena ändrade sina säkerhetsrutiner och omorganiserade utbildningen. HD konstaterade att gärningen visserligen avvek från de skrivna säkerhetsbestämmelserna vid en första påsyn av arméns skrivna säkerhetsinstruktion, men dessa inte kunde läggas till grund för en culpabedömning i detta fall. Därmed har inte ett beslut fattats av HD om att "gärningen" varit oaktsam. Det HD betonade var att skjutningen genomfördes i strid med arméns skrivna säkerhetsinstruktion.

Enligt min mening är det alltså tydligt att detta fall, som används som huvudexempel på en culpaprövning i flera led, bygger på en missuppfattning om hur culpa provas. Roten till misstaget ligger i föreställningen om att all prövning av brott är underkastad ordningen: prövning av brottsbeskrivningsenlighet, rättsstridighetsprövning och skuldprövning. Brottsbegreppets anspråk på en viss absolut gällande tågordning för all prövning skapar denna föreställning också när det gäller prövningen av culpa. I detta fall gällde det dessutom en säkerhetsinstruktions förhållande till en *öppen* brottsbeskrivning med sin slutliga utformning i vardande; dvs påbudet om en viss aktsamhet. Här föreligger alltså inte brottsbeskrivningsenlighet, inte ens enligt ett klassisk starkt normativt laddat brottsbegrepp med höga anspråk på att denna tågordning är gällande rätt.

Även om HD skulle ha utfört två operationer av det slag som Erenius och Jareborg föreställer sig, är detta följaktligen bara heuristiska operationer. Så-

²⁰⁵⁶ Strahl, Allmän straffrätt s 169.

dana "tillräknanden" kan vara oändligt många och innehålla alla tänkbara kombinationer. Att kalla detta två sorters culpa skulle vara att förväxla överläggningsfasen med beslutsfasen i rättegången. Strahl samt Leijonhufvud och Wennberg har visat att säkerhetsföreskrifter av detta slag är regler som syftar till att bygga upp en regel om aktsamhet. Det är alltså inte fråga om oaktsamhet förelegat ur "objektiva synpunkter".²⁰⁵⁷ Denna typ av objektivitet - reglers generalitet - vidlåder alla straffrättsliga regler, objektiva rekvisit som subjektiva rekvisit. Normen som domstolen följde var att en normal och ansvarsfull hemvärnschef i TT:s kläder inte skulle kunna ha gjort på annat sätt. Däremot hade en vir optimus förmodligen kunnat göra annat. Men denna aktsamhetsnivå gällde inte här.

När det gäller förståelsen av begreppet "personlig" fanns i detta fall uttryckligen en regel, dvs en säkerhetsinstruktion, som inte var tillräckligt tydlig och som inte kunde överföras till aktsamhetsregeln. Att den aktuella hemvärnschefen aktualiserade detta förhållande gör inte prövningen av regelns giltighet enbart till en prövning av personliga, subjektiva eller individuella rekvisit. Det brast i culpa, så långt är det enligt min mening riktigt. Men denna culpaprövning är gärningsorienterad och personorienterad, som all culpa.

Bestämmelserna om straffrättsvillfarelse regleras numera i BrB kap 24 § 9 under kapitelrubriken "Om allmänna grunder för ansvarsfrihet". Ansvarsfrihet för villfarelse rörande en gärnings tillåtlighet skall inträda om villfarelsen berott på fel som förekommit vid kungörelsen av bestämmelsen, eller om villfarelsen varit uppenbart ursäktlig. Förutsatt att ungefär samma förutsättningar rådde före 1994, då denna lag trädde i kraft, är det enligt min mening klart att det här varit fråga om en slags straffrättsvillfarelse. Även om det inte gäller en straffrättslig regel utan endast en säkerhetsinstruktion, måste ändå reglerna om rättstvillfarelse analogt vara tillämpliga. Man kan beteckna frågan om säkerhetsinstruktioners inlemmande i aktsamhetsregeln som ett specialfall av rättstvillfarelse. Det rör sig följaktligen inte om en villfarelse om den gällande straffrättens innehåll utan om en villfarelse om innehållet i "utomrättsliga" regler.

Sammanfattningsvis var enligt min mening huvudproblemen i rättsfallet (straff)rättstvillfarelse vid oaktsamhet, och/eller frågan om vilka bestämmelser för säkerheten som gällde för gruppen "hemvärnschefer" vid det aktuella tillfället. Enligt min mening är det inte fråga om två prövningar av olika sorters culpa. Ett sådant synsätt innebär en förväxling av regeluppbyggnaden med regelutlämningen.

²⁰⁵⁷Erenius, Oaktsamhet s 70.

4.7.4 NJA 1989 s 552

En raggabil "prejades" av en annan bil. Personen i det främre sätet på den prejade bilen (TT nr 2) hade misshandlats av personerna i den prejande bilen. Denna bil ställdes sedan upp framför TT nr 2:s bil så att vägen delvis spärrades. Då föraren, TT nr 2:s flickvän (TT nr 1), i den prejade bilen sakta började köra förbi den blockerande bilen hoppade en sjuntonårig yngling (offret) från den blockerande bilen upp på motorhuvu av TT nr 2:s bil och blev sittande med ryggen mot vindrutan. TT nr 2, som satt bredvid TT nr 1, manipulerade då med bilens pedaler så att bilen med TT nr 1 vid ratten först ökade hastigheten till cirka 70 km/tim och därefter bromsade mycket hårt, varvid offret kastades av framför bilen. Efter att offret kastats av fortsatte TT nr 1 färden, trots att offret, som låg framför bilens front, hamnat under bilen vid den fortsatta körningen och släpades med. Efter 2, 5 km stannade slutligen bilen, eftersom den blivit manöveroduglig för att offrets kropp hängde under bilen och hindrade manövreringen. Offret avled av skadorna han fick vid händelsen.

Båda TT åtalades för grov vårdslöshet i trafik och vållande till annans död. TT nr 1:s medverkan bestod enligt åtalet i att hon som förare underlät att bromsa eller på annat sätt förhindra accelerationen och den håftiga inbromsningen, samt att bilen framförts över offret. TT nr 1:s inställning till målet angavs enligt följande:

TT nr 1 erkände att hon inte sökt hindra TT nr 2 att göra det han gjorde. Hon bestred ansvar för brott på den grund att hon saknat möjlighet att hindra honom och att hon inte heller haft någon skyldighet att göra detta.

TR fann att både TT nr 1 och TT nr 2 gjort sig skyldig till vållande till annans död. TR motiverade ansvaret på följande sätt:

Utredningen visar att TT nr 1 under det att TT nr 2 påverkade bilens gas- och bromspedal med offret på motorhuvu och sedan denne kastats av inte vidtagit några åtgärder för att stoppa bilen. Det framgår av utredningen att hon haft faktisk möjlighet därtill, och det måste anses åligga den som är förare av en bil att ingripa i en sådan livsfarlig situation som förelegat.

För att ansvar för vållande till annans död skall komma i fråga för TT nr 1:s del måste dessutom klarläggas att ingripande från henne hade medfört att offret inte hade avlidit. På denna punkt är det svårare att dra några säkra slutsatser av utredningen. Så mycket torde dock framgå av utredningen att, om TT nr 1 i ett tidigt skede, sedan TT nr 2 börjat att påverka bilens gaspedal med åtföljande hastighetsökning,

hade gjort en mjuk inbromsning, eller, eventuellt i samband med en sådan inbromsning, stängt av bilens tändning eller lagt växelspaken i friläge, situationen för offret inte varit i så hög grad livsfarlig som den blev främst genom TT nr 1:s hårda inbromsning. Det får därför anses klarlagt att om TT nr 1 ingripit hade offret inte avlidit.

TT nr 1 påstod att hon inte hade möjlighet att ingripa i körningen mer än hon gjorde, för att hon blivit klämd mot bildörren av TT nr 2. TR fann att detta inte stämde. TR prövade däremot, märkligt nog, inte om situationen varit sådan, att TT nr 1 av psykiska skäl, t ex tidspress och paniktillstånd, inte kunde ha ingripit. Oaktsamhet förutsätter en förmåga att rätta sig efter lagen, och det är naturligtvis inte endast rent somatiska hinder utan även psykiska hinder som skapar denna oförmåga. Hänsynstagande till psykisk oförmåga eller den aktuella viljan att uppnå ett godtagbart resultat skall ske, oberoende av om oaktsamhetsprövningen ses som en ren skuldprövning enligt en klassisk lära eller som en flerledsoperation. Benägenheten att beakta subjektiva omständigheter är antagligen störst i en klassisk skuldbetonad oaktsamhetslära. Frågan om nödvändiga etapper och om ordningsföljd i prövningen är en helt annan fråga än att bedöma om vissa särdrag i TT nr 1:s situation och speciella egenskaper skall tillföras aktsamhetsregeln.

Möjligen kan orsaken till domstolarnas underlåtenhet vara att TR ansett att TT nr 1:s oriktiga uppgift om den fysiska förmågan hade ett visst bevisvärde för en eventuell psykisk omöjlighet.

HovR ansåg liksom TR det vara utrett att hon inte blivit klämd mot bildörren. Man konstaterade att hon inte varit kroppsligen förhindrad att ingripa:

TT nr 1 har inte uppgett något annat skäl till sin underlåtenhet att ingripa i bilens förande såsom hon bort, än att hon inte haft någon faktisk möjlighet härtill....Det är således utrett att TT nr 1 genom sin underlåtenhet att ingripa i TT nr 2:s förande av bilen gjort sig skyldig till vårdslöshet i trafik som emellertid, som TR:n funnit, bör bedömas enligt normalgraden.

HovR:s formulering ger ett ännu tydligare intryck av att man verkligen känt sig bunden av att inte behandla mer än det försvar TT nr 1 åberopat om faktisk omöjlighet. Men det kan även här varit fråga om att HovR, på grund av TT nr 1:s oriktiga uppgift, inte trott på att det varit psykiskt omöjligt för TT nr 1 att ingripa. HovR dömde TT nr 1 till ansvar för vållande till annans död, med bl a följande motivering:

Vad gäller frågan om TT nr 1 bör dömas även för vållande till annans död, konstaterar HovR:n att en förutsättning är att ett ingripande från hennes sida skulle ha lett till att offret inte hade avlidit. HovR:n kon-

staterar därvid att, om TT nr 1 ingripit i TT nr 2:s körning på det sätt som nyss sagts genom att påverka bilens bromspedal, den farliga situationen för offret inte hade uppkommit, vilket i sin tur självfallet medfört att han inte hade avlidit

Som förarbetena till ändringen av TBL angivit, var i många stycken ansvaret för vårdslöshet i trafik närmast strikt vid tillfället.²⁰⁵⁸ Bedömningen utgick ofta från en normalstandard beträffande kravet på bilförarens skicklighet (och därmed även förmåga att förhindra olyckor) i trafiken. Precis som vid tjänstefel fanns alltså ett avsevärt striktare ansvar vid vårdslöshet i trafik och därmed även brottet vållande till annans död, än vid andra oaktshetsfall. Om man bortser från förklaringen att domstolarna låtit TT nr 1:s trovärdighet vara avgörande för om psykiska hinder för att ingripa förelegat, ligger det nära till hands att man krävt att TT nr 1 skulle ha en skicklighet, som t o m översteg en normalförarens. Ansvaret skulle vara mer eller mindre strikt.

TT nr 1 sökte revision och yrkade i första hand att HovR:s dom skulle ogillas. TT nr 1 åberopade ett omfattande utlåtande avgivet av Jareborg, som hävdade att TT nr 1 varit aktsam på grund av brister i den personliga culpan.

Jareborgs argumentation gick bl a ut på följande:

Jag godtar ... domstolarnas slutsats att TT nr 1 varit förare av bilen - och därmed skyldig att ingripa till förhindrande av trafikolycka - samt att hon haft viss faktisk möjlighet till sådant ingripande och att hon inte varit berättigad att på grund av nöd underlåta att ingripa. Att döma av domskälen skulle därmed också frågan om TT nr 1 ådågalagt erforderlig oaktshet vara avgjord. Så är ingalunda fallet, och domstolarnas underlåtenhet att företa en prövning i detta hänseende måste betecknas som anmärkningsvärd. En oaktshetsbedömning är komplicerad och måste ske i olika etapper. Sålunda måste man skilja mellan huruvida en viss gärning innefattar ett otillåtet risktagande (i förhållande till en viss typ av ej önskvärd händelse) och huruvida en sådan gärning, som lett till en icke önskvärd händelse, orsakat denna genom oaktshet (dvs huruvida det otillåtna risktagandet varit relevant för följderna). Man måste också skilja mellan vad jag kallar gärningsculpa, oaktshet som består i att skapa (och eventuellt förverkliga) skaderisker, och vad jag kallar personlig culpa, oaktshet som består i att vederbörligen ej insett, men borde ha insett, att ett sådant händelseförlopp kunde komma att utspelas. Ansvar för oaktshetsbrott förutsätter både gärningsculpa

²⁰⁵⁸ Jfr departementschefens yttrande vid ändringsförslaget av TBL § 1 i prop 94/95:23 s 60: "Vid bedömning av ansvar för vårdslöshet i trafik betraktas i regel inte okunnighet, oerfarenhet eller andra intellektuella brister hos trafikanter som någon ursäkt."

och personlig culpa. Jag tillåter mig ...hänvisa till mina arbeten Brotten I (2 uppl 1984) s 225ff och Uppsåt och oaktsamhet (1986) s 13ff.

Jareborg har rätt i att det i detta fall åtminstone varit mycket tveksamt om risktagandet i gärningen varit relevant för följderna. Det är inte heller svårt att hålla med Jareborg att ett så strikt ansvar inte borde få förekomma då det är fråga om vårdslöshet i trafik och vållande till annans död. Lagstiftaren syftade till att rätta till detta i lagändringen av TBL § 1 år 1995. Däremot har detta, som ovan anmärkts, inte orsakats av att domstolarna undvikit att pröva oaktsamheten i flera led.

Jareborg fortsätter därefter:

Det skall märkas att vi ännu inte kommit in på bedömningen av personlig culpa. Av en sådan bedömning finns inte ett spår i domskälen, trots att en sådan oaktsamhet är en nödvändig förutsättning för fällande dom.

En diskussion av personlig culpa förutsätter att kraven för gärningsculpa är uppfyllda. I det här fallet måste vi utgå från att TT varit oaktsam genom sin underlåtenhet att bromsa under skede II och att denna oaktsamhet varit relevant för offrets död under skede IV (eller också måste någon annan grund för gärningsculpa konstrueras). Vad saken gäller är då huruvida TT nr 1 kan klandras för att inte ha sett till att komma till klarhet i hur hon skulle förhindra offrets död (respektive förhindra att offret utsattes för risk att skadas). HovR:n menar tydligt att TT nr 1 kunde och borde inse att hon skulle bromsa under skede II och att detta skulle förhindra dödsfall. - En meningsfull diskussion är knappast möjlig på föreliggande underlag. Jag vill emellertid betona att personlig culpa ofta är utesluten i paniksituationer. Det finns då inget som vederbörande kunde ha gjort för att bättre förstå vad som skulle kunna hända (se Uppsåt och oaktsamhet s 15).

I revisionsgenmålet biträdde riksåklagaren yrkandet om ogillande av åtalet mot TT nr 1. Riksåklagaren menade, även bortsett från kausalitetsfrågan som han bedömde på samma sätt som Jareborg, att det inte kunde krävas av TT nr 1 att hon i den panik, som rådde i bilen, hindrade överkörningen och i praktiken att hon inte haft någon möjlighet att hindra överkörningen.

HD tog ställning enligt följande:

Av utredningen i målet framgår att stämningen i bilen var uppjagad redan när TT nr 1 började köra förbi den blockerande bilen. Upphetsningen måste ha ökat när offret hoppade upp på motorhuven. TT nr

1:s uppgift att TT nr 2:s ingripande i körningen kom oväntat för henne får tas för god. Det kan inte rimligen krävas att TT nr 1, som måste styra bilen, under dessa omständigheter och med den korta tid som stod till buds skulle hinna besluta sig för någon ytterligare åtgärd för att förhindra en olycka. Hennes underlåtenhet att trampa på bromspedalen kan därför inte läggas henne till last som ovarsamhet.

På grund av det anförda kan TT nr 1 inte fällas till ansvar för vårdslöshet i trafik och därmed inte heller för vållande till annans död.

För att börja sist i HD:s motivering kopplar HD samman bedömningen av oaksamheten när det gäller vårdslöshet i trafik med vållande till annans död genom ordet "därmed". Detta torde vara i enlighet med fast praxis.

HD:s oaksamhetsbedömning utgick från dels tidsnöden, dels paniksituationen i bilen. Detta medförde att man inte kunde begära av TT nr 1 att hon skulle hinna vidta åtgärder. Det är alltså framförallt "individualiserande" omständigheter, för att tala med Erenius, som medför att aktsamhetskravet var uppfyllt. HD går inte in på vad Jareborg betecknar som personlig oaksamhet, som han anser vara ett nödvändigt led i oaksamhetsprövningen. I så fall skulle HD istället ha uttalat sig om att hon strävade efter att få insikt om händelseförloppet. Av det finns inget i domen. Däremot använder sig HD av uttryckssättet "besluta sig för". Det är alltså inte en kognitiv culpaförutsättning som är i blickpunkten, utan uttryckssättet visar att HD tar för givet att det är strävan efter ett godtagbart resultat som bedömningen tar sikte på och inte en strävan efter viss insikt. HD:s domskäl visar att en brist på strävan efter insikt om risker *inte ensamt* anses utgöra grunden för klander, utan insikten är ett medel för att uppnå ett godtagbart resultat. Strävan efter insikt är endast ett led i *strävan efter ett godtagbart resultat*, dvs strävan efter att göra på ett annat sätt.

Jareborg säger, att en "...oaksamhetsbedömning är komplicerad och *måste ske* (min kurs) i olika etapper". Jareborg argumenterar inte närmare varför denna prövning här "*måste ske*" i etapper. Man kan tänka sig att han endast avser en preliminär prövning i olika etapper inom överläggningsfasen. Men så är faktiskt saken inte uttryckt. I detta fall är det möjligt att aktsamhetsregeln byggts upp i domstolarna under överläggningsfasen av i tur och ordning t ex aktsamhetskravet i VTK § 5 och TBL § 1, brottsbeskrivningen i BrB kap 3 § 7 och vissa evidenta personliga egenskaper och "individuella" förhållanden: tvång eller nöd, den pressande situationen vid framförandet, hotet från sällskapet i den andra bilen och manöverutrymmet för TT nr 1.

HD:s prövning av TT nr 1:s aktsamhet innefattar både personliga och operonliga omständigheter. Prövningen av de personliga eller subjektiva omständigheterna sker inte som en prövning av vad TT nr 1 borde ha insett,

utan domstolen konstaterar att yttre omständigheter medförde att man inte kunde kräva av henne eller en annan person i hennes ställe att *göra* något annat än det hon gjorde.

HD menade till skillnad från de andra instanserna att tidspressen och situationen medförde att alla personer med TT nr 1:s förmåga inte kunde undvika att göra på ett annat sätt än hon gjorde. I målet prövades aktsamheten mot aktsamhetsregler av gärningsmässig och personlig natur, genom att hennes gärning jämfördes med ett hypotetiskt aktsamt alternativ som en ansvarsfull person skulle ha strävat efter. Denna aktsamma gärning krävdes av TT nr 1, och hon utförde den också.

4.7.5 SLUTSATS

Dessa tre fall ger alltså stöd åt en oaktsamhetsprövning i praxis ungefär enligt en klassisk viljeteoretisk lära. Samtidigt stöder de föreställningen om att domstolarna på ett enkelt sätt bygger upp en aktsamhetsregel, som är både personlig och gärningsmässig och som används vid prövningen av den aktuella aktsamheten.

4.8 SLUTLIG DISKUSSION OCH KONKLUSION OM OAKTSAMHETSANSVARET

4.8.1 DE LEGE LATA

4.8.1.1 LAG

BrB kap 1 § 2 innehåller ett allmänt krav på en skarp gräns i ansvarshänseende mellan *dolus* och *culpa*. Gällande lag utesluter förekomsten av en gråzon, inom vilken en gärning kan godtyckligt bedömas som uppsåtlig eller oaktsam. Inte heller kan processuella begrepp användas i detta syfte. Principen *in dubio pro reo* medför att alla endast möjliga eller eventuellt uppsåtliga brott måste betraktas som icke-uppsåtliga. Oaktsamhet visar sig alltid finnas vid varje brott, som en "Auffangstatbestand", eller som Jareborg uttrycker saken, gärningssculpa är en brottsförutsättning även vid uppsåtliga brott. Detta framgår bl a av att lagtekniskt implicerar alla straffbud en förväntan på viss aktsamhet, uttryckt antingen som ett direkt påbud om aktsamt beteende eller som ett förbud mot visst oaktsamt beteende. På detta sätt framstår uppsåt som en kvalificerad oaktsamhet. Detta kan sägas utan att fördunkla den skarpa grän-

sen mellan dolus och culpa, vare sig det rör sig om medveten culpa eller på andra grunder konstaterad grov culpa. Övergången mellan dolus och culpa behöver inte vara kontinuerlig bara för att uppsåt framstår som en kvalifikation av culpa. Även om skillnaden mellan dolus och culpa består av en kvalifikation av culpa kan den stadgade skarpa gränsen upprätthållas, eftersom principen in dubio pro reo och BrB kap 1 § 2 framtvingar ett krav på säkert uppsåt, som *kan* och *skall* fastställas som en i gärningen observerad mening. BrB innehåller inget krav på ett styrkt "inre" element, endast ett krav på uppsåt. Den skarpa skillnaden mellan dolus och culpa upprätthålls alltså genom att ett säkert uppsåt måste vara gärningsmässigt styrkt enligt BrB kap 1 § 2. En skarp skillnad mellan å ena sidan dolus eventualis och sannolikhetsuppsåt eller liknande osäkra uppsåtsformer samt å andra sidan icke-uppsåtligt riskuppsåt, likgiltighet eller (annan) medveten culpa kan inte upprätthållas. Det som faller nedanför uppsåtsgränsen är därigenom i kraft av stadgandena ovan att anse enbart som en brist i aktsamhet, förutsatt att den nedre gränsen mot casus inte överskrids.

Gränsdragningen mellan dolus och culpa sett från culpasidan är sammanbunden med frågan om kvalifikationen av culpa utöver uppsåtskvalifikationen. Stadgandena i BrB ger inte någon större ledning. Däremot visar det sig att i TBL § 1 st 2 används formuleringen "uppenbar likgiltighet" för att beteckna grov oaktsamhet - grov vårdslöshet - inför annans död. Detta är en skarpare formulering av skulden än vad det i praxis etablerade likgiltighetsuppsåtet står för. Dessutom måste antas att ett flertal fall av trafikdödande även uppfyller kraven för dolus eventualis, liksom sannolikhetsuppsåt. Motsvarande det som skedde i det sk Handenfallet, att en rånare efter rånet flyr i en bil och medveten om risken för annans död i hög hastighet kör rakt mot och över en väktare som står i hans väg, måste anses ha uppfyllt dessa krav.²⁰⁵⁹ Stadgandet i TBL § 1 visar att i lagtext dras gränsen mellan dolus och culpa efter andra kriterier än visade psykiska element, t ex "likgiltighet" hos gärningspersonen. Detta är desto tydligare, eftersom ansvaret för vållande till annans död enligt BrB kap 3 § 7 ofta vid dödande i trafiken befinner sig i konkurrens med TBL § 1 st 2. Lagtexten saknar inte bara information om oaktsamhetsbedömningen utan innehåller även motstridande element i förhållande till hur en fast praxis på uppsåtsområdet tolkar BrB kap 1 § 2. Förklaringen måste vara att trafikdöndet typiskt sett eller betraktat efter gärningens mening i de allra flesta fall inte anses som ett uppsåtligt dödande. Det som betraktas som likgiltighetsuppsåt i praxis kan därför, m h t stadgandet i BrB kap 1 § 2 och principen in dubio pro reo jämfört med TBL § 1 st 2, främst anses vara ett uttryck för ett

²⁰⁵⁹ Se avsnitt 5.5.3.4.2 under "Klassen 'RiskM'" beträffande Handens tingsrätt DB 386/91.

säkert gärningsmässigt uppsåt, där likgiltighetsbegreppet används som en beskrivning av svår skuld eller svår culpa, som kvalificerats som uppsåt.

4.8.1.2 PRAXIS

Utformningen av det närmare innehållet i skuldkravet, och därmed aktsamhetskravet, har överlämnats åt praxis. Svensk praxis, liksom antydningssvis även tysk praxis, verkar i stort sett arbeta efter en klassisk lära och inte efter en lära, som utgår från en artskild dogmatisk tudelning av culpaprövningen. Aktsamhetskravets avgörande primära roll i ansvarsbedömningen, även vad beträffar uppsåtliga brott, tycks däremot bekräftas av praxis. Grov oaktsamhet verkar ofta vara förbunden med riskuppsåt och/eller objektivt fastställd insikt om "uppenbar" risk.

4.8.1.3 DOKTRINEN

4.8.1.3.1 INLEDNING

Analysen av doktrinen har resulterat i ungefär samma mönster som lag och praxis pekar på. Doktrinen är visserligen mycket differentierad, men det är möjligt att dra vissa generella slutsatser om hur en motsägelsefri culpaprövning kan genomföras. Här riktas intresset i första hand mot bestämningen av uppsåtsgränsen sedd från culpasidean.

4.8.1.3.2 TVÅ LÄROR SIDA VID SIDA I SVENSK DOKTRIN

Schematiskt kan följande bild tecknas av doktrinen. Två läror lever på ett tydligt sätt vid sidan om varandra i svensk litteratur: en klassisk lärotyp och Jareborgs lära om två sorters culpa. I tysk doktrin är den senare typen härskande, dock med undantag för läran om gärningsculpa som en allmän brottsförutsättning. I tysk och i viss mån i engelsk doktrin kan dock spåras en något annorlunda tendens på den senaste tiden. I linje med diskussionen av uppsåtsfrågorna talas det nu också här om processuella och gärningstypiska lösningar.

Förklaringen till flerstegslärornas bristande genomslag i praxis kan vara att lärorna om och begreppsapparaten för flera sorters culpa i tysk och svensk-språkig doktrin innehåller så många motsägelser att de inte används i tillämpningen. Den klassiska läran i svensk doktrin, som kan sägas vara en av de två härskande, innehåller inte dessa motsägelser såvitt avser en dogmatisk uppdelning av culpa i två sorter. Här sker inte prövningen i flera dogmatiskt avskilda delar utan endast som ett uppbyggande av aktsamhetskravet, aktsamhetsregeln, i flera heuristiska delar inför beslutet om tillräknande. Man

arbetar då inte med ett objektivt tillräknande i egentlig mening, till skillnad från flerstegslärorna. Samtidigt är, paradoxalt nog, denna lära mer trogen en dualistisk gärningssyn och mer trogen det dualistiska brottsbegreppet i sin klassiska tappning än Jareborgs lära.

Man är i båda rättskulturerna inte enad om aktsamhetsprövningens systematiska hemvist på brottsbegreppets subjektiva eller objektiva del. Här har Jareborgs lära om culpabedömningens centrala roll i brottsbegreppet befast en ny roll för culpabegreppet.

4.8.1.3.3 CULPAANSVAR UTTRYCKT SOM PROCESSUELLA REGLER

Försöket att förklara culpaansvaret som ett rent effektansvar utanför konformitetsprincipens tillämpningsområde och enbart som processuella begränsningar av uppsåtsinvändningar är även delvis motsägelsefullt. Det bygger på premissen om att processuella förutsättningar för brott inte skulle ha en grund på samma sätt som materiellrättsliga, och därmed på en absolut skillnad mellan processrätt och materiell rätt. Men processuella brottsförutsättningar uttrycker många gånger samma sak som materiellrättsliga brottsförutsättningar. Det är mer en fråga om valt perspektiv: operationellt eller analytiskt. Ansvarsfrihetsgrunder kan ses både som processuella undantag eller *defences* i vidsträckt mening och som negativa rekvisit. Alla kategorierna har sin grund i föreställningar om personers förmåga att göra det rättsligt förväntade. Det bör dock ligga en sanning i att culpaansvaret *kan* uttryckas som en processuell regel, innebärande att uppsåtsinvändningar helt ut eller i viss utsträckning inte godkänns. Grunden för culpaansvaret ligger ändå förankrad i konformitetsprincipen.

4.8.1.3.4 TÄCKNINGSPRINCIPEN

Begreppet "täckning" syftar på att en kroppsrörelse skall täckas av en själslig rörelse: ett mentalt element som konstaterats efter att kroppsrörelsen iakttagits. Detta är en grundläggande felsyn på hur *bedömningar* av gärningar går till. Detta gäller om möjligt i högre grad vid *negligentia* än vid uppsåt. Att ett beteende är oaktsamt har inget att göra med en viss bevisad strävan hos gärningspersonen. Det är däremot endast en avvikelse i förhållande till ett aktsamhetskrav som innehåller ett krav på en viss strävan. Det aktsamma alternativet måste däremot vara inriktat mot ett aktsamt resultat. Den oaktsamma gärningen utmärks av att en sådan inriktning saknas. Koriath menar att just detta förhållande kännetecknar culpaprövningen genom att man avstår från att kräva täckning av effekten. Där är Strahl och Wennberg entydiga; vid oaktsamhet tillämpas inte täckningsprincipen. Enligt min mening är detta riktigt med de förutsättningar det gängse brottsbegreppet och skuldläran

tillhandahåller. Täckning i dess ursprungliga mening vid oaktsamhetsansvar kan därför endast förekomma i linje med föreställningar om "undermedveten" (sammhällsfarlig) vilja eller insikt. Täckning i en överförd mening kan tänkas som ett krav på att t ex en effekt skall vara omfattad av oaktsamhet. Detta betyder att en gärning, som bedöms vara oaktsam, måste ha orsakat en viss effekt, och att oaktsamheten varit relevant för just den inträffade effekten. I detta fall, fortfarande enligt ovan nämnda förutsättningar, täcks inga objektiva rekvisit av subjektiva rekvisit. Men det hypotetiskt aktsamma alternativets objektiva rekvisit täcks av en ansvarsfull strävan, till skillnad från den verkliga gärningen, som inte innehåller någon strävan alls mot effekten.

4.8.1.3.5 GRÄNSEN MELLAN DOLUS OCH CULPA

Med den här förordade begreppsapparaten sammanfaller kvalifikationsproblemet vid culpaprövningen med problemet som berör gränsbestämningen mellan dolus och culpa.

Det allmänna intrycket i doktrin och praxis är att man menar att kvalifikationsgraderna på något sätt följer "medvetandegraden" eller åtminstone lättheten att undvika det oönskade händelseförloppet. Frände menar t ex att grov culpa är nästan helt koncentrerad till medvetenheten. Praxis, särskilt tingsrättspraxis liksom förarbetena, både Straffrättskommittén och förarbetena till ändringen av TBL § 1, går på samma linje. Problemet löses inte genom olika parafraseringar av dolus och culpa. Det kan spåras en trötthet i förhållande till dessa, åtminstone i tysk doktrin, där uppfinningarna på området brukar mångfaldigas. Inte heller de försök som gjorts med likgiltighetsbegreppet har varit fruktbara.

Aktsamhetsbedömningen kan resultera i ingen eller högre kvalificerad oaktsamhet. Kvalifikationerna av aktsamheten är alltid beroende av hur stor skillnaden är mellan gärningen och aktsamhetskravet. Stor skada från en *typisk* gärning, som normalt har sådan skada och som kan tolkas *mer eller mindre omedelbart* i förhållande till aktsamhetskravet, innehåller en anvisning om att gärningen är inriktad mot skadan. Vid mindre kvalificerad culpa än uppsåt är inte resultatet typiskt förbundet med gärningen, eller gärningen har omtolkats med en annan mening efter rimliga förklaringar.

Vid typiska negligentiadelikt anses inte gärningen typiskt riktad mot effekten. Negligentiaansvar kan trots detta föreligga. Däri ligger det problematiska i negligentiaansvaret. Att skjuta mot någon med liten möjlighet att träffa, är ändå en typisk gärning som är riktad mot effekten annans död, även om sannolikheten för träff är liten. Detta bedöms efter den typicitet som kännetecknar hela gärningen, inklusive handlingsmedlen. Samma förhållande återkommer

vid otjänliga försök, som inte är straffbara, eftersom de inte är typiska. Atypiciteten gör att håller man t ex socker i kaffet med tro att so-
dande, utgör det inte ett tjänligt försök. Gärningens mening norr
inte att döda.

Gärningens typicitet är alltså *inte* nödvändigtvis beroende av sannolikheten eller graden av risk. Om typiciteten utgör *tolkningsutgångspunkten*, är inte risken för effekten den enda utgångspunkten, utan även de typiska *medlen* för gärningen kan beaktas. En stor risk för viss effekt med en klart atypisk gärning vad beträffar medlen gör inte att gärningens mening korresponderar med effekten. Det typiska dödandet i trafiken har ofta ett sannolikt resultat, vars sannolikhetsgrad flerfalt kan överträffa det typiska dödandet i exemplet med beskjutningen av någon på långt håll med mycket liten risk för träff. "Defekten" i skjutandegärningen, dvs det långa avståndet och den ringa sannolikheten, uppvägs av den typiska gärningen i övrigt, där handlingsmedlen avslöjar gärningens mening.²⁰⁶⁰ Vid den för annans död riskfyllda trafikgärningen krävs normalt att något föreligger som anger att gärningens mening är riktad mot annans död, utöver den normalt mot annans död inte inriktade gärningen. Frågan aktualiserades i det s k Handenfallet.

Man kan abstrahera uppsåtet i bägge fallen och beteckna skjutandet på långt håll som gjort med vilja respektive dödandet i trafiken som gjort utan vilja. Men då måste man hålla i minnet att denna abstraherade vilja inte ensam är föremål för bedömning eller är ett bevistemå. Bevistemat är gärningens mening, ofta preliminärt tolkad efter sin typ, med beaktande av de särskilda omständigheter som kan omkullkasta eller bekräfta denna mening. Uppsåt är *bedömt* uppsåt eller snarare bedömd mening.

Både uppsåt och oaktsamhet är brist på aktsamhet, dvs oaktsamhet. Okvalificerad culpa är alltid minst nödvändig och i vissa fall tillräcklig skuld. Uppsåt till ett händelseförlopp i samband med en gärning är alltid tillräcklig och i vissa fall nödvändig skuld.

Culpaansvaret, och därmed även gränsen mellan dolus och culpa, kan inte förklaras genom att man hävdar att dess grund ligger i någon slags speciell likgiltighet eller annan till dolusansvaret parallell visad attityd till ett händelseförlopp. Det likgiltighetsbegrepp som Engisch använt sig av för att kunna klarlägga gränsen mellan dolus och culpa motsvarar ungefär detta. Det speciella med culpaansvaret är att gärningen just *inte* har någon särskild visad

²⁰⁶⁰ Däremot är förmodligen en sådan gärning tveksamt tjänligt i försöksstadiet. Det faktum att målet inte träffas, förutsatt att sannolikheten för träff är försumbar, kan göra försöket otjänligt.

...sam mening, som den borde ha haft, eftersom aktsamhetskravet uppställt i
...mlighet med konformitetsprincipen visar att gärningen kunde och borde haft
denna mening.

Jareborgs likgiltighetsbegrepp som delvis även återfinns hos Duff, löser därför
inte kvalifikationsproblemet. Denna typ av likgiltighet säger inte mer än att
gärningen avvikit från en förväntad gärning; dvs gärningen var oaktsam. Eller
om man så vill; gärningspersonen var oaktsam. Likgiltighetsbegreppet, sett på
detta sätt, kan användas synonymt med oaktsamhetsbegreppet. Praxis och
lagstiftningen tycks även göra så i viss utsträckning. Likgiltighetsuppsåtet,
ofta i lokutionen "i varje fall likgiltig" för annans död, används huvudsakligen
för att beteckna att culpan kvalificerats som dolus. Samtidigt används lokutio-
nen "uppenbar likgiltighet" för annans död för att beteckna att culpan
kvalificerats som grov culpa, ofta som riskuppsåt. Likgiltighetsbegreppet
tjänar i första hand som en beteckning på oaktsamhet. Kvalificeringen och
gränsdragningen sker på andra grunder.

4.8.1.3.6 SÄRSKILT OM OMRÅDET NÄRMAST UNDER UPPSÅTSGRÄNSEN

Aktsamhetskravet behöver inte göras explicit i en dom. En dom behandlar
oftast exempelvis inte heller alla ansvarsfrihetsgrunder. Då åklagaren åtalat
för uppsåtligt brott, fungerar oaktsamhet som en exculpationsgrund. En avvi-
kelse från aktsamhetskravet kan då konstateras *omedelbart* för att den är
uppenbar, särskilt då det är fråga om ett tydligt uppsåt, eftersom vid uppsåt
avståndet till aktsamhet är störst och därmed uppenbart. Kvalifikationen av
culpa följer i huvudsak den lätthet (och därmed förmåga till styrning och
kontroll) med vilken händelseförloppet kunnat undvikas. I både det uppsåtliga
och det enbart oaktsamma dödandebrottet kan man säga att *bristen* på visst
aktsamt beteende i förhållande till annans död klandras. Det är i och för sig
inte orsakandet av annans död som klandras utan endast oaktsamhet i för-
hållande till annans död. Detta kan observeras t ex vid rättsenligt dödande på
grund av exempelvis laga befogenhet. Båda brottskategorierna - uppsåtligt
delikt liksom enbart culpadelikt - klandras *uteslutande* på grundval av en kon-
staterad avvikelse från det oaktsamma alternativet, som byggts upp till ett
aktsamhetskrav i rättegången.²⁰⁶¹

Aktsamhetskravet är grundläggande för all slags skuldprövning. "Icke-
uppsåt" är oftast nog för att konstatera den övre gränsen av oaktsamhet. Man

²⁰⁶¹ Rättsstridighet måste alltså förstås som ett vidare begrepp än normstridighet. Dock
måste *alltid* normstridigheten vid brottsbedömningar sammanfalla med en avvikelse från
det oaktsamma. Det oaktsamma i sin tur är ett vidare begrepp än den skrivna normen.

brukar säga att gärningen "i varje fall" är oaktsam. Implikationerna av detta är att det aldrig är nödvändigt att fastställa culpa när uppsåt har ansetts föreliggande. Eftersom uppsåt är en kvalifikation av culpa, har culpa ofta redan fastställts heuristiskt i och med att uppsåt kommit i fråga.

4.8.2 DE LEGE FERENDA

Stadgandena för grov vårdslöshet i trafik bör ses över och bringas i harmoni med övriga skuldkrav för dödande. Även efter ändringen av TBL § 1 år 1995 kommer ett antal fall att subsumeras under TBL § 1 st 2 i konkurrens med BrB kap 3 § 7. Saken behandlas närmare nedan i kapitlet om tingsrättspraxis. En möjlig väg är att formulera oaktsamhetsdelikten i högre grad än nu som materiella och/eller processuella regler uttryckta som konkreta fareansvar.²⁰⁶² Man skulle då kunna fånga olika gärningars straffvärde på ett mer nyanserat sätt, genom att på detta vis precisera kravet på gärningens mening. Det vore ett lagpositivistiskt projekt, som skulle befästa rättssäkerheten. Enligt min mening är det fråga om inte också praxis beträffande konkurrensen mellan brotten i de ovan nämnda stadgandena borde ändras i riktning mot lagkonkurrens för att undvika dubbelbestraffning.

I den ursprungliga klassiska skuldläran utgick man från uppsåt och konstruerade någon slags mystisk undermedveten vilja för att lösa skuldfrågan i negligentia. Jag föreslår att man gör tvärtom: Skuld borde ses som ett deficit i förhållande till ett godtagbart alternativ. Den grundläggande anledningen till att detta alternativ är godtagbart är att det alltid utförs med en ansvarsfull strävan. Aktsamhetsregelns innehåll i alla bedömningar överensstämmer med detta aktsamma alternativ. Stor skuld är stor avvikelse från aktsamhetsregeln. Dolus och culpa är inte olika arter av skuld med artskilda grunder för kriminalisering. Båda har det aktsamma som måttstock och kriminaliseringsgrund, i och med antagandet att gärningspersonen kunde följa lagen. De kan betraktas som olika skuldformer endast om culpa är överklass och uppsåt underklass; inte tvärtom. Man skall alltså inte kräva av domstolarna att de skall utföra en separat oaktsamhetsprövning, om den nedre gränsen mot casus är klar. Detta gäller förutsatt att domstolarna verkligen på något sätt markerat att skulden inte är uppsåtlig men dock gränsande till uppsåt, dvs om kvalifikationen av culpa som uppsåt bortfaller, *kvarstår* culpabedömningens resultat av culpa och skuld.

Gärningens mening eller gärningens typicitet kan avläsas direkt i gärningen, och domstolen har "rätt" att dra slutsatser om detta, vare sig det rör sig om

²⁰⁶² Jfr Jareborgs förslag att utforma det allmänna försöksansvaret som konkreta faredelikt. Se avsnitt 3.4.5.

uppsåtsdelikt eller delikt med riskuppsåt. Det är även möjligt att utgå från gärningens mening vid bedömningen av negligencia men då endast som en gärning som bedöms som en underlåtenhet, dvs gärningen har en typisk brist på viss för bedömaren relevant mening enligt en jämförelse med en ansvarsfullt utförd gärning.

4.8.2.1 UTGÅNGSPUNKTEN FÖR FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR STRAFFANSVAR MÅSTE TAS I AKTSAMHETSKRAVET

Straffrättsreglernas formella adressat är domaren. Straffrättsreglernas innehåll är en förväntan om ett visst beteende. Detta förväntade beteende är aldrig fullständigt uttryckt i den skrivna straffrättsliga regeln. Däremot kan endast en sådan förväntan enligt ett straffbuds ordalydelse vara inculperande. Alla oskrivna förväntningar måste ha en exculperande funktion. Det är ett grundläggande problematiskt uttryckssätt hos det traditionella brottsbegreppet att alla förutsättningar för brottsligt beteende beskrivs som rekvisit eller egenskaper hos brottet. I stället måste det förväntade aktsamma beteendet vara utgångspunkten för värderingen av gärningen. Tanken att brott är sammansatta av negativa egenskaper, som är bestämda efter deras textmässiga normstridighet på lägre eller högre nivå, utgår från en skenbar bild av ett genomfört slutet och fullständigt system av textbunda normer. Ett sådant slutet system kan inte existera; det är förbehållet en ideal rättslig värld.²⁰⁶³ Brottsbegreppet måste göras mer realistiskt och på ett tydligt sätt innefatta den fullständiga skrivna och oskrivna beskrivningen av vilken gärning som förväntas i brottsbeskrivningarna.

Avvikelsen från det aktsamma kan graderas efter avståndet mellan aktsamhet och den visade oaktsamheten. Mätningen sker alltid med ett moraliskt mått i och med att måttstocken och därmed aktsamhetsregeln, dvs det aktsamma alternativet, alltid faller tillbaka på vad en normal person eller viss person i garantställning skulle ha strävat efter i gärningspersonens "kläder" eller m o: "All culpabedömning innebär en (moralisk) bedömning av orsaksförlopp."²⁰⁶⁴ Moralen är alltså ohjälpligt med i brottsbegreppet från början. Detta kan tyckas vara direkt i strid med legalitetsprincipen. Slutsatsen baserad på aktsamhetens roll i formulerandet av brottsbeskrivningarna kan emellertid inte undvikas. Det är bättre att utgå från detta realistiska alternativ än en

²⁰⁶³ Pezcenik, Vad är rätt? s 394ff.

²⁰⁶⁴ Jfr Jareborg, Ansvarslära s 37: Se även a a s 44 om bedömningen av otillåten risk: "Vi har att göra med utpräglat normativa bedömningar, som inte sällan har en ideologisk och kulturell bakgrund."

förment realism, som i verkligheten utgår från ett i princip av den kausala handlingsläran bestämt brottsbegrepp med anspråk på att en bedömningsordning från det objektiva till det subjektiva måste följas. Konflikten med legalitetsprincipen är ändå inte direkt akut, eftersom aktsamhetsregeln fungerar exculperande i förhållande till den skrivna regeln.

Däremot måste, samtidigt som en sådan förespråkad realism är nödvändig, kodifierings- och systematiseringssträvandena fortgå på alla de områden där detta är möjligt, utan att inskränka på det nödvändiga utrymmet för domarrätten eller "culpaskönet". Precision i bedömningen samt rättssäkerhet uppnås nämligen inte alltid bäst genom text. Domarskön är i vissa fall mer preciserat än skriven lagtext.

Från detta perspektiv sett sammanfaller culpa-(skuld)prövningen med det slutliga tillräknandet av ansvar. Aktsamhetsregeln får först i och med denna rättsliga händelse sin dogmatiska kvalité. Alla rekvisit är därför ansvarsrekvisit och skuldrekvisit. Däremot måste aktsamhetsregeln, som från början finns i alla straffbud som en positivt eller negativt beskriven förväntan på gärningar, heuristiskt hela tiden kompletteras under rättegångens framskridande.

Skuld och culpa är en avvikelse från det normativt bestämt aktsamma, uttryckt i text och genom domarskön. Skuld och culpa är det negativa resultatet av en bedömning av en gärning med aktsamhetskravet som måttstock. Skyldig är en person, som bundits till en gärning som är "skuldmässig" eller culpamässig. Skuld och culpa är alltid förknippade med en gärning, eftersom skuld och culpa alltid bör vara episodiska. Skuld och culpa bevisas - manifesteras, visas - i gärningen och dess kontext tolkad efter dess mening. Skuld och culpa förutsätter en förmåga att leva upp till ett av rättssamhället förväntat "gott" alternativ. Den nedre gränsen för skulden utgörs av denna förmåga. Den övre gränsen ligger mellan motiv och uppsåt. Uppsåt är en culpaform och en skuldform. Culpa är en culpaform och en skuldform; dvs "bara" culpa utan uppsåt. Kort sagt, allt som kan sägas om culpa kan även sägas om skuld. Skuld och culpa är identiska begrepp. Oaktsamhet kan därför bestämmas positivt i allmänhet men inte positivt i förhållande till uppsåt.

Man kan uttrycka grunden för oaktsamhet som en presumerad intentionalitet. Men det måste påpekas att presumtioner utan lagstöd inte är ansvarsgrundande. Dessa (och all annan rättsligt relevant intentionalitet) måste värderas genom att jämföras med vad som är aktsamt. Detta följer av att differensen mellan vad som är aktsamt och inte aktsamt mäts med moraliska mått. Moraliska förhållanden kan normalt endast observeras genom ett hypotetiskt prov. Gärningen jämförs med en hypotetisk acceptabel gärning med en strävan, inriktning eller styrning (eventuellt lägst uttryckt som en insikt) mot ett godtagbart, aktsamt resultat. Detta kan synas vara en självklarhet. Men i en

tradition som försöker framställa lagen "as a fact", som vilket annat observerbart fysikaliskt förhållande som helst, förträngs detta faktiska förhållande att måttstocken för oaktsamt beteende är aktsamt beteende och att detta aktsamma inte "finns" helt och hållet i textbundna rättskällor utan även i en rättsskapande verksamhet. Moralen är inte lag, och moralen måste preciseras för varje oaktsamhetsbedömning för att rankas som aktsamhetskrav. Det finns inte en förbjuden aktuell gärning som ett skönjbart faktum innan gärningen bedöms i "gällande rätt", i den meningen att det oaktsamma beteendet skulle vara dogmatiskt fastställt före oaktsamhetsbedömningen. Alla rättsliga bedömningar av oaktsamhet är hänvisade både till "utomrättsligt" och positivrättsligt material (i inskränkt bemärkelse) för jämförelsen mellan det aktsamma och det oaktsamma. En gärning kan aldrig visa sig vara oaktsam utan en jämförelse med en aktsam gärning. Skuldprincipen medför att det första bedömaren *alltid* gör vid konstaterad "corpus delicti", dvs en preliminär ofullständig brottsbeskrivningsenlighet, är att börja upprätta det rättsligt förväntade handlingsalternativet, dvs ett uttalande att så skulle gärningspersonen ha gjort. Denna aktsamma gärning är *faktiskt* alltid en hypotes eller kanske rättare sagt en tes, som är färdig först i och med att den aktuella gärningen är färdigbedömd. Det aktsamma alternativet är nämligen inte i första hand en hypotes, dvs ett "antagande som ligger till grund för bevis eller förklaring" eller endast en fiktion, dvs "något uppdyktat som inte svarar mot verkligheten" utan snarare en tes, dvs "ett påstående framställt som varande sant".²⁰⁶⁵ Bedömaren av klandervärdet i en gärning har inte en annan grund för att konstatera det aktsamma än antagandet att en "god" person skulle ha följt detta handlingsalternativ. Denna goda person liknar visserligen en fiktion, men antagandet är inte utan grund i verkligheten; en person med "normal viljestandard" skulle verkligen ha gjort på det aktsamma sättet. Det aktsamma handlandet är inte en grund för förklaring såtillvida att någon bevisning bygger på antagandet. Däremot är det (fiktiva) "hypotetiska" aktsamma handlandet ett jämförelseobjekt; dvs en *regel* för vad som är aktsamt. Normer kan uppträda som fiktion, hypotes och tes. Teskaraktären framträder som en slutprodukt, eftersom ett auktoritativt dogmatiskt beslut fattas någon gång under bedömningsprocessen. Då övergår hypotesen och fiktionen till "tesstadiet" i och med beslutet.²⁰⁶⁶ Normer ses oftast inte som erfarenhetsatser utan är undandragna tvivel, tro och kunskap. Det normativa innehållet i aktsamhetsregeln kan *härledas* till moraliska värderingar, som kan framstå som beskrivbara, men beslutet om att något är aktsamt är ändå en nyskapelse eftersom aktsamhetsregeln *inte* på ett "oberoende, obevkligt sätt följer ur" de

²⁰⁶⁵ Definitionerna är tagna ur Fil lex.

²⁰⁶⁶ Se Peczenik, "Vad är rätt?" s 237.

kartlagda moraliska principerna.²⁰⁶⁷ Av detta skäl fallerar en rättspositivistisk förklaring, i inskränkt mening, på varför vi klandrar oaktsamhet. Domaren – bedömaren – *skapar* nämligen aktsamhetsregeln av dels "inom-, dels "utomrättsligt" material. Regeln finns inte före bedömningen mer än till vissa delar, vilka utgör arbetsmaterial för den nyskapade regeln. Detta förhållande gäller vid alla klanderbedömningar av alla gärningar men är tydligast vid (o)aktsamhetsansvar i sträng straffrättslig mening.

²⁰⁶⁷ Fil lex s 585.

KAPITEL 5 TINGSRÄTTSPRAXIS

5.1 INLEDNING

Undersökningen av tingsrättspraxis har koncentrerats till vilka formuleringar av uppsåt och culpa som används i tingsrätternas domskäl för att dra gränsen mellan uppsåtligt och icke-uppsåtligt straffbart dödande. Det mönster som dominerat i materialet från tingsrätterna har utgjort utgångspunkten för undersökningen av överrättspraxis, som i sin tur är grunden för beskrivningen av gällande rätt inom rättsområdet. Jag har kallat metoden för en "bakdörr" till HD:s praxis.²⁰⁶⁸

Ett flertal frågeställningar när det gäller skuldfrågans behandling i praxis, som ofta får ett betydande utrymme i litteraturen, får inte en framträdande plats här, helt enkelt för att de sällan förekommer i domskälen. Detta gäller exempelvis den ofta omskrivna frågan om huruvida eventuellt uppsåt eller sannolikhetsuppsåt skall utgöra gränsdragningen mellan dolus och culpa. Andra formuleringar, som dominerar i tingsrätterna medan de i doktrinen betraktas som närmast marginella företeelser, får desto större utrymme.

5.2 DOMSMATERIALET

Huvuddelen av materialet samlades in under åren 1992 - 1993 i anledning av ett uppdrag år 1992 från justitiedepartementet till professor Hans Klette att undersöka straffmättningspraxis vid vissa grova våldsbrott.²⁰⁶⁹ Genom statistiska centralbyrån erhöles år 1993 domsnummer för alla domar under åren 1989 - 1992 för mord, dråp, grov misshandel (enbart 1991-1992), grovt vållande till annans död, våldtäkt och grovt rån samt för försök, förberedelse, medhjälp, medhjälp till försök till och anstiftan till dessa brott. Ett urval gjordes av alla domar med fängelsepåföljd för dessa brott, som utgjort "huvudbrott".²⁰⁷⁰ Där-

²⁰⁶⁸ Se "Inledning".

²⁰⁶⁹ Klette, Tingsrätternas straffmättningspraxis vid grova våldsbrott s 1.

²⁰⁷⁰ Klette, Tingsrätternas straffmättningspraxis vid grova våldsbrott s 1ff och Rättsstatistisk årsbok 1993 s 89. Med begreppet "huvudbrott" avses "...det brott som har det strängaste straffet i sin straffskala. I de fall lagföringen gäller flera brott med samma straffskala väljs ett av dessa brott som huvudbrott, om inget brott ingår som har ett strängare straff i sin straffskala." SCB:s urvalsmetod efter "huvudbrott" används i statistiken över "För brott lagförda personer". Om en person lagförts för flera brott vid ett och samma tillfälle redovisas denna person i regel endast med ett huvudbrott. Tingsrätternas akter innehåller

efter tillskrevs de berörda tingsrätterna, som översände akter med de ifrågasvarande målen. Dessa akter innehåller kopior på domarna med domslut, domskäl, fullföljdshänvisning, TT:s inställning till målet och åklagarens yrkanden, oftast i form av en kopia av stämningsansökan men ibland som referat, samt olika bilagor. Sammanfattningsvis består utredningens material av domar samlade i akter, som innefattar hela domskälen i fulltext med bilagor, vilka t ex innehåller åklagarens yrkanden, kartor över brottsplatsen samt olika tekniska och rättsmedicinska expertutlåtanden. Undersökningen slutredovisades under år 1995.

I underlaget för min undersökning ingår detta material med undantag för de rånfall, där inte dödande förekommit och alla våldtäktsfallen. Underlaget har också kompletterats med alla fall där TT dömts för normalgraden av vållande till annans död under perioden år 1989 – 1992. Genom att endast brott som medfört fängelse medtagits, har undersökningen kunnat inriktas mot gärningar med någorlunda jämförbara straffvärden. Antalet domar för straffbart oaktsamt dödande med lågt straffvärde i förhållande till uppsåtligt dödande har på så sätt kunnat nedbringas, eftersom en stor del av påföljderna för vållande till annans död genom trafikhändelser utgörs av frivårdspåföljder, när det konkreta straffvärdet varit lågt.²⁰⁷¹ Materialurvalet syftar främst till en bred täckning av gränsområdet mellan uppsåtligt och oaktsamt dödande.

följaktligen ibland fler domar än för huvudbrottet. Även sådana här relevanta fall har medtagits i undersökningen.

²⁰⁷¹ Rättsstatistisk årsbok, 1993, s 108. Av alla som dömdes för mord och dråp dömdes ungefär 60 % till fängelse. Övriga dömdes främst till överlämnande till rättspsykiatrisk vård.

Antalet till fängelse dömda personer för huvudbrotten mord, dråp, grov misshandel och vållande till annans död enligt SCB:s rättsstatistik framgår av tabell 1.²⁰⁷²

Tabell 1

| Brott | Totalt antal för åren 1989 -92 |
|--------------------------|--------------------------------|
| Mord | 138 |
| Dråp | 137 |
| Grov misshandel | 637 (endast år 1991-92) |
| Vållande till annans död | 91 |
| Totalt | 1003 |

Antalet domar i mitt material avviker något från det totala antal domar av personer som SCB angivit och som ingått i underlaget till Klettes utredning. Skälet till detta är att jag, som förut anmärkts, tagit med även de andra för min undersökning relevanta domarna i tingsrätternas akter än de som bara gäller "huvudbrottet".

Det samlade bortfallet i förhållande till SCB:s redovisning, har varit omkring 3 % och har mest rört brottet grov misshandel.²⁰⁷³

²⁰⁷² Rättsstatistisk årsbok, 1990, 1991, 1992 och 1993, tabell 3. 4. 9 a.

²⁰⁷³ Klette, Tingsrätternas straffmättningspraxis vid grova våldsbrott s 4.

Underlaget för min undersökning framgår av tabell 2, som visar fördelningen mellan självständiga och osjälvständiga brott.

Tabell 2

| Brott | Självständigt brott | Medhjälp | Försök | Förberedelse | Stämpling | Anstiftan | Medhjälp till försök | Totalt |
|--------------------------|---------------------|----------|--------|--------------|-----------|-----------|----------------------|--------|
| Mord | 79 | 7 | 45 | 7 | 3 | | 7 | 148 |
| Dråp | 65 | 1 | 70 | | | | | 136 |
| Grov misshandel | 560 | 1 | 53 | 5 | | 1 | | 620 |
| Vållande till annans död | | | | | | | | 109 |
| Totalt | 704 | 9 | 168 | 12 | 3 | 1 | 7 | 1013 |

5.3 KLASSIFICERINGEN AV MATERIALET

5.3.1 INDELNINGEN AV BROTTEN

Indelningen av materialet har styrts av den centrala uppgiften för undersökningen av tingsrättspraxis, som är att visa tingsrätternas skuldformuleringar i gränssnittet mellan det uppsåtliga och o uppsåtliga brottsliga dödandet. Följaktligen är brotten i domarna indelade i olika brottskategorier främst med sikte på förhållandet till det uppsåtliga dödandet. Indelningen har gjorts efter en huvudsakligen traditionell straffvärdeskala, som i grund och botten tar sikte på den brottsliga gärningens förhållande till skyddsobjektet annans liv. Avsikten med graderingen är främst att positionera de olika brottskategorier-na i förhållande till uppsåtsgårnsen när det gäller det brottsliga dödandet. I grova drag återfinns högst upp på skalan mord, följt av dråp, vållande till annans död och ogillade åtal för uppsåtligt dödande där TT dömts för grov misshandel och/eller vållande till annans död. Längst ner på skalan har vållande till annans död genom trafikhändelser placerats.

Det har varit nödvändigt att indela brottet vållande till annans död i två brottskategorier, beroende på om vållandet skett i trafiken respektive utanför trafiken. Skälet till detta är följande: Det finns endast en dom för uppsåtligt dödande i undersökningen där dödandet skett med motorfordon. Men detta dödande utfördes även i samband med annat våld.²⁰⁷⁴ Om man utgår från skadorna och de traditionella skuldformuleringarna, t ex den insedda höggradiga sannolikheten eller TT:s likgiltighet för effekten, skiljer sig domstolarnas skuldformuleringar vid grova fall av vållande till annans död i trafiken inte på ett avgörande sätt från skuldformuleringarna vid uppsåtligt dödande. Ändå skall valet av brottsrubricering - vållande till annans död respektive uppsåtligt dödande - avgöras av skulden i traditionell mening, dvs om uppsåt föreligger eller inte till annans död. Klassificeringen är inriktad på att visa hur domstolarna, genom att använda olika gärningstyper konstruerar en slags "extra" brottsrubricering, som man kunde kalla "bildröp". Detta sammanfaller med en intuitiv uppfattning av vad de olika gärningstypernas normala mening utgör. En gärning i trafiken syftar i tingsrättspraxis helt enkelt presumtvt inte på ett uppsåtligt dödande. Beteckningar som objektiva (gärningsinriktade) eller subjektiva (och psykiska) rekvisit för brottsförutsättningarna avslöjar inte domstolarnas bevekelsegrunder i dessa fall. Snarare är denna presumtion - eller (falsa) bevisbördor om man så vill - ett slags uttryck för en gärningsmässig tillämpning av skuldprincipen. Domstolarnas "nykriminalisering" är därför inte direkt i strid med legalitetsprincipen och rekvisiten i straffstadgandena, som baseras på en skuldskillnad mellan brottskategorierna vållande till annans död och uppsåtligt dödande. Särredovisningen av vållande till annans död efter om gärningen utförts i trafiken eller inte, sker följaktligen på grund av *likheten* i skuldresonemangen och *olikheten* i utfallet av bedömningen av uppsåtligt och ouppsåligt dödande.²⁰⁷⁵ Indelningen i två gärningstyper, vållande till annans död i respektive inte i en trafiksituation, skall följaktligen visa på vilka grunder straffvärdet vid oaktsamt dödande i trafiken justeras nedåt i förhållande till annat dödande.²⁰⁷⁶

Den grundläggande indelningen av domarna för de olika brotten i brottskategorier är följande:

Brotten har indelats i tre *huvudkategorier*: (I) uppsåtligt dödande, (II) ouppsåligt dödande samt (III) grov misshandel. Huvudkategorierna omfattar både

²⁰⁷⁴ Se avsnitt 5.5.2.1.1 under "Stockholms tingsrätt avdelning 19:1 DB 1693/89".

²⁰⁷⁵ Se avsnitt 5.5.3.4.2 angående "Handenfallet" under "Klassen 'RiskM'" beträffande Handens tingsrätt DB 386/91. Detta fall har inte klassificerats som en trafikhändelse.

²⁰⁷⁶ Jfr även straffvärdet vid överförande av HIV-smitta. Se avsnitt 2.3.5.3.3 under "'HIV-målet' - NJA 1994 s 614".

självständigt och osjälvständigt brott.²⁰⁷⁷ De båda första huvudkategorierna, som utgör den *centrala delen* av undersökningen, skall representera de olika brottstyper som befinner sig på var sin sida om gränsen mellan uppsåtligt och ouppsåtigt oaktsamt dödande. Den tredje huvudkategorin, grov misshandel, har i viss mån *sidoordnats* i förhållande till de två centrala huvudkategorierna såvitt avser uppsåtet till själva misshandelsgärningen. Skälet till denna sidoordning är att grov misshandel traditionellt inte anses *omedelbart* relaterat till uppsåtligt eller ouppsåtigt dödande, som är den centrala undersökningsuppgiften. Snarare kan grov misshandel, särskilt eftersom det anses som ett "handlingsdelikt" och inte ett "effektdelikt", anses som ett "extensivt" farebrott i förhållande till effekten annans död. I BrB kap 3 § 6 st 2, där livsfara explicit är ett rekvisit, är detta särskilt tydligt. Samtidigt väljs ofta, parallellt med det uppsåtliga och oaktsamma dödandet, prejudikat och skolexempel ur denna kategori för att beskriva gällande rätt beträffande gränsen mellan dolus och culpa. Den tredje huvudkategorin har följaktligen en dubbel uppgift. Dels används gruppen som en sidoordnad kategori i en jämförelse med resultatet av undersökningen av de brottskategorier som har ett mer direkt förhållande till effekten annans död. Dels skall denna tredje huvudkategori visa uppsåtsprovningen vid grov misshandel från en mer traditionell synvinkel.

Det uppsåtliga dödandet (huvudkategori I) och grov misshandel (huvudkategori III) indelas i sin tur i självständiga och osjälvständiga brott. Bedömningarna av uppsåt och culpa motiveras nämligen ofta på olika sätt i domskälen vid självständigt respektive osjälvständigt brott, i första hand vid brottsligt uppsåtligt dödande. Huvudkategori II, främst beträffande de ouppsåtliga brotten, uppdelas dels av naturliga skäl inte på detta sätt när det gäller oaktsamt brott, dels eftersom skuldformuleringarna i övrigt inte där varierar lika tydligt med hänsyn till om brottet är självständigt eller inte.

För att kunna beskriva gränsen mellan dolus och culpa så snävt som möjligt, ingår och redovisas domstolarnas *ogillande av åtal* för uppsåtligt dödande, som en särskild brottskategori inom huvudkategori II. Domarna för grov misshandel innehåller många ogillade åtal för (främst försök till) uppsåtligt dödande. Dessa domar med ogillade åtal för uppsåtligt dödande ingår således i huvudkategori II som en särskild brottstyp, som skall visa hur domstolarna motiverar att man *inte* funnit uppsåt till annans död föreligga. Denna brottstyp representerar på så sätt de gärningar som (ofta nästintill) fallit under uppsåtsgränsen. Domstolarnas ställningstagande till valet mellan (försök till) uppsåtligt dödande och grov misshandel redovisas således *enbart* i huvudkategori II.

²⁰⁷⁷ Beträffande terminologin för fullbordad respektive ofullbordad brott och andra varianter se avsnitt 3.1.

I huvudkategori III, behandlas *enbart* domen för den uppsåtliga misshandels-gärningen. Brottet grov misshandel hänförs, såvitt avser själva misshandels-gärningen, till denna grupp, oberoende av om uppsåtsformerna ibland helt stämmer överens med dem, som används vid försök till uppsåtligt dödande. Skälen till att likartade gärningar, med samma eller nästan samma skuldformuleringar, av domstolarna hänförs till den ena eller andra brottska-tegorin, är, som ovan påpekats, många gånger inte direkt synliga i skuldformuleringarna, trots att skillnaden mellan brottskategorierna enligt brottsbeskrivningarna baseras på om uppsåt i förhållande till annans död har förelegat eller inte. Särskilt gäller detta när varianter av sannolikhetsuppsåt används i båda brottstyperna. Det finns många exempel på likalydande skuld-formuleringar för de fyra olika brotten, mord, dråp, vållande till annans död och grov misshandel, som ingår i domsmaterialet.. Formuleringen "gärningen var (uppenbart) livsfarlig", kan enligt BrB kap 3 § 6 st 2 motivera grov miss-handel, men som också sannolikhetsuppsåt vid (försök till) uppsåtligt dödande. Varianter av uttrycket "TT var likgiltig för om offret levde eller dog" konstituerar ett uppsåtsansvar enligt förebilden i NJA 1985 s 757 respektive "uppenbar likgiltighet för andras liv" ett oaktsamhetsansvar i TBL § 1 st 2. Andra exempel på detta är att tingsrätterna snarast behandlar försöksansvar som en effektinriktad angreppshandling. Misshandelsansvaret, när livsfara aktualiseras, ses däremot främst som ett (gärnings)typiskt uppsåtligt hand-lingsdelikt med ett oaktsamhetsansvar eller risktagande i förhållande till effekten, ofta uttryckt som ett fareansvar eller likgiltighetsansvar.

Detta förhållande pekar mot att i första hand "gärningstypiska" grunder och inte de traditionella skuldformerna används av domstolarna för brottsrubrice-ningen. Klassificeringen av brottskategorierna utförs trots detta i många stycken, delvis av kompatibilitetsskäl, efter de traditionella brottskategorier-nas rekvisit. Upptäckten av att skillnaderna mellan brottskategorierna inte i praktiken hänför sig till de traditionella skuldformerna och rekvisiten, utan främst till skilda gärningstyper (och därigenom vissa ibland speciella skuld-former), utgör nämligen en del av undersökningens resultat.

5.3.2 ALLMÄNT OM KLASSIFICERINGEN AV SKULDFORMULERINGSARNA

Den främsta undersökningsuppgiften i detta kapitel är att *kartlägga de skuld-formuleringar*, som tingsrätterna använt sig av i domskälen och fördela formuleringarna på de olika brottskategorierna. Formuleringarna har inte relaterats till olika personkategorier. Däremot har jag i redovisningen av typ-fallen, som en förklaring till en viss formulering, funnit anledning att notera

exempelvis att TT varit missbrukare eller en känd brottsling. Klassificeringen har däremot inte påverkats av sådana förhållanden.

Klassificeringen av skuldformuleringarna har i de flesta fall utgått från tydligt angivna skuldformuleringar på en särskild plats i domskålen. I domskålen är skuldmotiveringarna oftast koncentrerade till några få standardmässigt formulerade meningar, som nära ansluter till en traditionell uppsåtsform eller ett prejudikat. När mer utförliga resonemang förts, har klassificeringen kunnat inordnas i någon av de klasser av skuldresonemang som kan utläsas av domskålen i sin helhet. Även i de mer utförliga skuldmotiveringarna finns nämligen nästan alltid några nyckelfraser, som ansluter till en förebild i ett prejudikat eller till doktrinen. Utgångspunkten för klassificeringen har varit de i texten förefintliga *formuleringarna* av skulden i domskålen, och inte rekonstruktioner av vad domstolen "egentligen" syftat på.

En indelning av materialet enbart efter skuldformuleringar i de olika brottskategorierna är emellertid inte tillräcklig. Exempelvis påverkar processuella faktorer direkt och indirekt tingsrätternas val av skuldformuleringar. Tre faktorer är särskilt aktuella i detta sammanhang: *bevisningen av skulden, åtalet och TT:s inställning till målet*.

Skuldformuleringarna i gränssnittet kan ofta uttryckas både som *bevisregler* och materiella fenomen. Särskilt tydligt är detta när det gäller *dolus eventualis'* hypotetiska form, som av upphovsmannen knutits till bevisningen.²⁰⁷⁸ Detta gäller också sannolikhetsuppsåt och gärningsuppsåt. Tidigare har jag, i anslutning till doktrinen i övrigt, argumenterat för att man måste ta hänsyn till den växelverkan som råder mellan de materiella och processuella uttrycken för skulden.²⁰⁷⁹ I undersökningen av tingsrättspraxis utgår jag också från detta förhållande. Frågan om en skuldformulering avsett bevisningen eller en materiell skuldform beaktas, trots det sagda, i regel inte här när det gäller klassificeringen av *dolus eventualis*, eftersom *dolus eventualis* har en specifik mallartad form och som regel utan vidare ses som en materiell skuldformulering. Jag bortser också från denna växelverkan när det gäller sannolikhetsuppsåt. Beträffande gärningsuppsåt har jag valt att skilja på de formuleringar som å ena sidan svarar mot mallen och strukturen i prejudikaten, främst NJA 1977 s 630, NJA 1985 s 757 samt deras efterföljare NJA 1996 s 509, och å andra sidan de formuleringar som inte gör detta. Här har de

²⁰⁷⁸ Se Frank, *Vorstellung und Wille* s 212f, Agge-Thornstedt, s 141 samt avsnitt 2.3.2.1.2 under "Kognitiva läror" och 2.3.5.3.3 under "Förhållandet mellan likgiltighetsuppsåt och *dolus eventualis*".

²⁰⁷⁹ Se avsnitt 1.4.1.3.

”gärningsmässiga” resonemang som saknat något av de relevanta rekvisiten i prejudikaten, betraktats som bevisresonemang.

Åtalets utformning påverkar skuldformuleringarna av följande skäl: För det första får domstolen i princip inte döma för annat brott än det som angivits i stämningsansökan. I några fall har domstolen mer eller mindre klart sagt att domslutet skulle blivit ett annat, om åklagaren åtalat för uppsåtligt dödande.²⁰⁸⁰ För det andra påverkar också ett ogillat åtal för uppsåtligt dödande, där ogillandet berott på uppsåtsbrist, domstolens behandling och formulering av skuldfrågan. I dessa fall koncentreras målet ofta på uppsåtsfrågan beträffande annans död. Skuldformuleringen och argumentationen i domskälen syftar ofta uteslutande på att uppsåt *inte* förelegat till effekten annans död. Ibland utelämnas oakttsamhetsformuleringarna helt, trots att TT i slutändan döms för ett oakttsamt dödande. Oakttsamhetsskulden formuleras då för det mesta enbart med hjälp av ett negativt uppsåtsuttryck, t ex ett negativt besvarat dolus eventualisprov. Helt andra oakttsamhetsformuleringar brukar användas i mål där åtalet endast gått ut på vållande till annans död. Förutsatt också att åklagarnas åtalsbeslut i allmänhet är grundade på realistiska förutsättningar för fällande dom, kan mål med ogillade åtal för uppsåtligt dödande illustrera det närmaste gränssnittet mot uppsåt, sett från den ej uppsåtliga sidan. Det skall också nämnas att åklagarna regelmässigt framställt alternativa ansvarsyrkanden när den tilltalade åtalats för uppsåtligt dödande. Exempelvis åtalas TT för uppsåtligt dödande i första hand samt för grov misshandel och vållande till annans död i andra hand. När ett visst åtal anges här, syftar det på åklagarens förstahandsyrkande.

Den tilltalades inställning till målet kan också påverka skuldformuleringarna. Detta är mer eller mindre accepterat, särskilt när det gäller bagatellmål.²⁰⁸¹ Ett erkännande av gärningen eller acceptering av åklagarens brottsrubricering skall emellertid i princip inte ha någon annan verkan i brottmålsrättegången, när det gäller ansvarsfrågan, än sådan bevisverkan som gäller för andra yttranden av TT i målet. Detta gäller särskilt de grövsta brottmålen. Detta är gällande rätt, trots att erkännandet anses vara ”drottningbeviset” i brottmål. Den tilltalade kan inte disponera över målet, i varje fall inte i sådana mål som det här är fråga om, vare sig till sin nackdel eller till sin fördel. Man skulle kunna kalla detta för indispositionsprincipen i brottmål. I ett stort antal fall inom undersökningen ser det inte ut som om denna princip beaktades. Flagranta exempel på detta är fall då erkännande åberopas i domskälen för fällande dom, trots att TT i sin berättelse klart angivit att han inte haft uppsåt men samtidigt ”erkänt” vad åklagaren lagt honom till last.

²⁰⁸⁰ Se avsnitt 5.4.2.3.

²⁰⁸¹ Diesen, s 64.

Uppsåtsinvändningar från TT är den vanligaste invändningen i materialet. Korrelationen mellan förekomsten av domstolarnas explicita uppsåtsformuleringar och de tilltalades uppsåtsinvändningar är betydande. Förhållandet motiverar därför inte att uppsåtsformuleringarna indelas i särskilda klasser efter denna grund. Redovisningen skulle då bli alltför splittrad. I stället har jag valt att klassificera de tilltalades inställning i särskilda klasser parallellt med indelningen i skuldformuleringar.

Skälet för att ta hänsyn till TT:s inställning är ett preliminärt antagande att domstolarna, åtminstone i viss mån, hade formulerat skuldmotiveringarna på ett annat sätt än de gjort, om TT angivit en annan inställning. Något som särskilt stärker denna misstanke är att även domar, där TT förnekat mord och dråp sällan innehåller något utförligt uppsåtsresonemang. Visserligen har TT inte formellt invänt, ofta inte ens i andra hand, att han saknat uppsåt, men ett fullständigt förnekande innehåller faktiskt ett förnekande också av skulden. Det kan verka som om domstolarna främst beaktar en i formell mening framförd uppsåtsinvändning. Uppsåtsresonemang förekommer nästan bara i de mål där uppsåtsfrågan påtalats på något sätt, och nästan alltid då invändningar om uppsåt framförts.

Klassificeringen av TT:s inställning gjorts efter de vanligaste formuleringarna som exempelvis rena erkännanden och förnekanden av de faktiska förhållandena eller ansvar samt att TT inget mindes, saknade uppsåt att döda, erkände dråp men "förnekade" mord.

Redovisningen av undersökningsresultatet har skett i kommenterade tabeller, och i något fall med hjälp av diagram. Följaktligen förekommer två särskilda redovisningstyper i tabell- och diagramform: (1) den centrala redovisningen av skuldformuleringarna och (2) redovisningen av TT:s inställning. Redovisningen av skuldformuleringarnas fördelning justeras inte siffermässigt med hänsyn till TT:s inställning. I tabellerna redovisas resultatet i absoluta tal och i diagrammen i procent.

Många fall är svåra att klassificera och några är så obestämt formulerade att de inte ger någon information alls om vilken skuldform som valts. De senare fallen har här hänförs till en egen grupp: klassen "0-res" (dvs inget resonemang om uppsåt har förts). Särskilt komplex är bilden av skuldformerna på den uppsåtliga sidan under uppsåtsgränsen. Här kan ända upp till tre sorters skuldformuleringar förekomma för en person i samma dom: negativa uppsåtsformuleringar till effekten annans död, positiva uppsåtsformuleringar till grov misshandel och oaktsamhetsformuleringar beträffande oaktsamt dödande. Alla dessa olika formuleringar har dessutom ofta utformats under påverkan av TT:s inställning i målet. Utöver detta förekommer dessutom ofta blandformuleringar och dubbelgarderingar från tingsrätternas sida.

Jag har inte avstått från att klassificera svåra fall. Den centrala målsättningen härvidlag har varit att skapa jämförbara och hållbara klasser av skuldformuleringar och formuleringar av TT:s inställning i de olika brottskategorierna. Det har dock varit nödvändigt att tillfoga ett mindre antal särskilda klasser av skuldformuleringar och formuleringar av den tilltalades inställning för att belysa speciellt intressanta förhållanden vid olika brottskategorier. Klassificeringen har utförts efter den tydligaste formuleringen med en presumtion för de traditionella skuldformerna. En bärande tanke i hela undersökningen är att avvikelserna från de traditionella skuldformuleringarna inte får överrepresenteras.

I vissa fall har tingsrätterna sammanfört flera domar, TT:e och domskäl för olika brott i en akt. I materialet behandlas varje relevant dom som en enhet. En eller flera personer kan t ex vara dömda både för medhjälp till mord och till mord. Dessa domar ingår som olika enheter i materialet, i de fall då de avser någon brottskategori som är relevant i undersökningen.

Hänvisningar till "omständigheterna i övrigt" används oftast i domskälen som en tom fras. Endast om det tydligt framgått att domstolen syftat på något som varit specifikt och relevant för sammanhanget, har dessa formuleringar beaktats vid klassificeringen.

Formuleringarna av skuld och TT:s inställning har klassificerats efter den form, som dessa haft i domskälens ansvarsdel. I några fall preciseras TT:s uppsåt eller oaktsamhet i straffvärderesonemanget, efter att tingsrätten uttalat sig i ansvarsdelen. Skulden kan ibland "skärpas", från t ex eventuellt uppsåt eller medveten culpa i ansvarsdelen till direkt uppsåt i straffvärderesonemanget. Någon gång har tingsrätten bara uttalat sig om skulden i påföljdsdelen. Man kan acceptera att ansvarsdelens skuldform nyanseras i påföljdsdelen, men inte helt annorlunda skuldresonemang, framförallt inte till nackdel för TT. Om ansvarsdelen innehåller en formulering som t ex identifieras som *dolus eventualis* eller *culpa*, men straffvärde delen utgår från ett direkt uppsåt, har fallet klassificerats som *dolus eventualis* respektive *culpa*. Om straffvärderesonemanget i dessa fall pekar på gärningsuppsåt har fallet klassificerats som "0-res".

5.3.3 SAMMANSTÄLLNING AV HUVUDDRAGEN I KLASIFICERINGEN

Sammantaget har materialet i huvuddrag klassificerats enligt följande:

I den första huvudkategorin, uppsåtligt dödande, ingår mordbrottet och dråpbrottet. Mord och dråp särbehandlas, eftersom skuldformuleringarna ofta

skiljer sig mellan brotten. Uppsåtsformuleringarna vid mord är många gånger förbundna med värderande uttryck och omdömen om TT:s karaktär. Vid dråp knyts uppsåtsformuleringarna i stället oftare bara till en beskrivning av typiska drag hos gärningen.

Mord och dråp är i sin tur indelade i klasserna självständigt och osjälvständigt brott. Under klasserna mord och dråp, självständigt och osjälvständigt brott, sorterar i sin tur de olika skuldformuleringarna, t ex klasserna *dolus eventualis*, "DE", gärningsuppsåt, "GU" och sannolikhetsuppsåt, "SU".

I *den andra huvudkategorin*, uppsåtligt dödande, tillkommer en indelning av brottskategorierna i åtal för uppsåtligt dödande och icke åtal för uppsåtligt dödande. I denna huvudkategori förekommer däremot ingen uppdelning i självständigt och osjälvständigt brott, i första hand eftersom försök till oaktsamt dödande inte är kriminaliserat. Nästan hela kategorin ogillade åtal för uppsåtligt dödande vid grov misshandel avser nämligen åtal för försök till uppsåtligt dödande. Under brottskategorierna vållande till annans död och grov misshandel med ogillade åtal för uppsåtligt dödande indelas skuldformuleringarna i oaktsamhetsformuleringar samt i formuleringar varmed domstolarna avvisat uppsåtet vid ogillat åtal för uppsåtligt dödande. Exempel på olika klasser av oaktsamhetsformuleringar är grov oaktsamhet, "CulpaG" och likgiltighet, "Liktigilt". Exempel på olika klasser av negativa uppsåtsformuleringar är ej direkt/bestämt uppsåt, "Ej DD" och ej *dolus eventualis*, "Ej DE".

Den tredje huvudkategorin, har indelats i 5 olika brottskategorier efter "närheten" till det uppsåtliga dödandet. En indelning i "rena" och "orena" brott samt självständigt och osjälvständigt brott har genomförts när detta varit möjligt. Denna terminologi syftar på om ansvar för den grova misshandeln utdömts i konkurrens med någon här relevant brottskategori ("orent" brott) eller inte ("rent" brott). Skälet till denna indelning är att uppsåtsmotiveringarna när det gäller misshandelsgärningen ofta står i skuggan av frågan om effekten annans död skall anses som ett uppsåtligt eller oaktsamt dödande. Detta är fallet vid åtal för försök till uppsåtligt dödande men är särskilt tydligt vid åtal för fullbordat uppsåtligt dödande. Med några undantag har samma klassificering av uppsåtsformuleringarna använts som vid klassificeringen som vid mord och dråp.

Parallellt med denna indelning klassificeras *Den tilltalades inställning* i målet exempelvis enligt följande: erkännande, "Erk", förnekande "Förnek" och nödvärn "Nödv".

5.3.4 DEN NÄRMARE KLASSIFICERINGEN AV MATERIALET

5.3.4.1 UPPSÅTSFORMULERINGAR VID DET UPPSÅTLIGA DÖDANDET

5.3.4.1.1 ALLMÄNT

Många fall skulle åtminstone underförstått kunna ses som avsikts uppsåt i Jareborgs mening. Detta gäller både gränsfall och inte gränsfall. Det är där-
emot svårt att skapa en enhetlig klass för formuleringstypen, eftersom
avsiktsbegreppet traditionellt förknippas med direkt uppsåt. Dessutom är som
sagt *formuleringarna* av skuldbedömningen utgångspunkten för klassificering-
en, inte konkludenta uppsåtsvarianter. Denna uppsåtsform bildar därmed inte
en egen klass. Det skall också påpekas att klasserna "Culpa" och "Medvet"
används för formuleringar som i och för sig inte i doktrinen vanligtvis kallas
uppsåtsformuleringar, men som ändå i tingsrätterna används för att beskriva
uppsåt.

Formuleringarna har indelats i följande sju klasser:

Direkt, indirekt och bestämt uppsåt (DD)

Dolus eventualis (DE)

Gärningsuppsåt (GU)

Sannolikhetsuppsåt (SU)

Culpa (Culpa)

Medvetenhet (Medvet)

Inget resonemang i uppsåtsfrågan (0-res)

5.3.4.1.2 KOMMENTARER TILL DE OLIKA KLASSERNA

KLASSEN "DD"

Denna klass måste *minst innehålla* formuleringar, som anknyter till ett *uppen-
bart, bestämt* direkt eller indirekt uppsåt i traditionell mening. Formuleringarna får inte utgöra en del i en dubbelgardering, där det direkta och bestämda uppsåtet försvagas i ett senare led med t ex uttrycket att TT "i vart fall" varit likgiltig eller haft eventuellt uppsåt. Klassen omfattar även

några klara fall med formuleringar av indirekt uppsåt. Klassen DD fungerar som en samlingsgrupp för ett tydligt och oproblematiskt uppsåt, som inte befinner sig nära gränsen mot culpa.

KLASSEN "DE"

Alla formuleringar, som visar att de två leden i det traditionella eventuella uppsåtet använts, har förts till denna klass. Detta gäller både faktiskt och hypotetiskt eventuellt uppsåt, oberoende av vilka ord som använts. I de fall där formuleringen inte innehåller dessa element, måste klassen *minst innehålla* benämningen "eventuellt uppsåt" eller "dolus eventualis" eller likvärdiga uttryck, som en beteckning för ett enkelt konstaterande av eventuellt uppsåt.

I flera fall har det eventuella uppsåtet använts i en dubbelgardering med ett normalt gärningsuppsåt, formulerat som i NJA 1977 s 630. Sådana fall har klassificerats som eventuellt uppsåt. Många fall, som innehåller begreppet "likgiltighet", har förts till klassen "DE", eftersom formuleringarna där tyder på att man med likgiltighetsuppsåt avsett en variant av det traditionella eventuella uppsåtet. Eventuellt uppsåt och andra formuleringar av gränsen mellan dolus och culpa kombineras ofta med att gärningen "åtminstone" eller "i vart fall" var utförd med t ex eventuellt uppsåt, insikt, likgiltighet i förhållande till effekten, eller att uppsåtet varit ett "svagare uppsåt." Sådana formuleringar kombineras gärna med en starkare typisering av beskrivningen av gärningen på ett mallartat sätt. Dessa formuleringar har klassificerats som eventuellt uppsåt.

KLASSEN "GU"

Formuleringarna i denna klass måste *minst* innehålla en formulering, som tydligt och uttryckligen utgår från att skadorna, gärningens förlopp och/eller sättet *direkt* följs antingen av ett omedelbart konstaterande av erbart uppsåt eller av ett formellt mellanled. Sådana mellanled utgörs av olika uttryck för intentionalitet, såsom t ex "bestämt åsyftat", "insikt", "avsikt", "syfte", "effekten framstått som praktiskt taget oundviklig" eller "TT var helt likgiltigt" i förhållande till effekten. Vilken beskrivning av detta mellanled som använts har inte varit avgörande för klassificeringen. Formuleringarnas karaktär av mellanled markerar domstolarna ofta genom att frågan om det psykiska elementets närmare innehåll överhuvudtaget inte berörs i domskälen, samtidigt som formuleringarna föregås av uttryck som "kan anses lika med" eller "måste anses som".

De formuleringar, som är utan den övriga specifika formuleringen av rekvisiten för gärningsuppsåt i prejudikaten, eller har en defekt sådan formulering, hänförs genomgående till en mer traditionell gruppering, främst klasserna

DD, DE och 0-res. Detta sker även om övriga villkor för gärnings uppsåt är uppfyllda. Formuleringarna inom klassen GU måste på ett tydligt sätt *minst* kunna anknytas till de här citerade centrala delarna i följande prejudikat:

(1) NJA 1977 s 630:

Vid avsiktligt knivhugg av detta slag måste en dödlig utgång ha för gärningsmannen framstått som praktiskt taget oundviklig. Offrets död har därför omfattats av TT:s uppsåt.

(2) NJA 1985 s 757:

Skadornas art och det sätt på vilket de tillfogats offret visar att TT vid huggen i vart fall varit helt likgiltig för om offret skulle dö eller ej. TT kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande.

(3) NJA 1996 s 509:

Skadans art liksom det sätt på vilken den tillfogats offret visar att TT vid knivsticket i vart fall måste ha varit helt likgiltig för om offret skulle dö eller ej. TT kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande.

KLASSEN "SU"

Klassen SU måste *minst* innehålla en formulering som tyder på att insikt eller uppsåt föreläggat till en *höggradig* risk, t ex att "uppenbar livsfara" insetts. Själva begreppet "sannolik" behöver inte explicit nämnas.

Sannolikhetsuppsåtet finns representerat i mindre utsträckning i materialet. Det uppträder sällan explicit, utan ofta i formuleringar såsom att enär TT måste insett en höggradig risk eller livsfara, anses TT ha uppsåt. Även riskuppsåt, där risken inte är höggradig utan övervägande sannolik, kan klassificeras som sannolikhetsuppsåt. Men eftersom sannolikhetsbegreppet inte används explicit, och ett sådant uppsåt uttryckligen avvisats av HD flera gånger, klassificeras insikt om endast en övervägande sannolikhet som medveten culpa.

KLASSEN "CULPA"

Klassen "Culpa" när det gäller uppsåtliga brottskategorier innefattar alla uppsåtsformuleringar som endast uttrycker att en icke höggradig risk för effekten insetts eller som *minst* innehåller en traditionell negligenciaformulering.

Ett mindre antal fall av uppsåtligt dödande har formuleringar, som klassificerats som rena oaktsamhetsformuleringar. Främst gäller detta de fall, där

domstolen konstaterat att en icke höggradig risk för annans död funnits, och att denna risk måste ha insetts, samt att TT trots riskinsikt ändå utfört gärningen.

KLASSEN "MEDVET"

De fall där skuldprövningen inriktats på om TT överhuvudtaget varit *medveten* eller inte, exempelvis vid invändningar om reflexbeteenden, har förts till denna klass.

Det är känt att domstolarna oftast använder sig av vanliga uppsåtstermer för att beskriva vad som ofta har kallats "frivillighetsrekvisitet", handlingsuppsåt, gärningskontroll eller medvetenhet.²⁰⁸² Materialet innehåller också sådana formuleringar, där man konstaterat uppsåt som en omedelbar följd av att TT ansetts vara medveten, när gärningen begicks.

KLASSEN "0-RES"

De fall, där uppsåtet inte nämnts och/eller där det framgått att inget resonemang förts i målet om uppsåtsfrågan, har klassificerats som "0-res".

5.3.4.2 NEGATIVA UPPSÅTSFORMULERINGAR

5.3.4.2.1 ALLMÄNT

Då åklagaren åtalat för uppsåtligt dödande men då domstolen ogillat detta åtal och dömt för vållande till annans död och/eller grov misshandel, har domstolarna i regel använt sig av negativa uppsåtsformuleringar för att avvisa åtalet för uppsåtligt dödande. Vid ogillat åtal brukar däremot inte domstolarna i samma grad som vid bifall till ett åtal för uppsåtsansvar använda sig av etablerade uppsåtsformuleringar. Man kan t ex tillåta sig ett visst mått av "positiv" karaktärsbevisning. Variationerna är därför ganska många.

Klassificeringen av de negativa uppsåtsformuleringarna utgår i första hand från de traditionella uppsåtsformerna, för att nedbrinka antalet klasser. Tre klasser med denna utgångspunkt har använts; "Ej DD", "Ej DE" och "Ej GU". Två ytterligare klasser har dock varit nödvändiga att införa. Klassen "Ej Motiv" och klassen "Övriga".

Använda klasser är således:

Ej direkt, indirekt och bestämt uppsåt (Ej DD)

²⁰⁸² Se avsnitt 1.4.5.1 och 2.3.2.1.4.

Ej dolus eventualis (Ej DE)

Ej gärningsuppsåt (Ej GU)

Ej Motiv

Övriga

Inget resonemang (0-res)

5.3.4.2.2 KOMMENTARER TILL KLASSIFICERINGEN

KLASSEN "EJ DD"

Klassen "Ej DD" avser formuleringar, där uppsåtet avvisades med motiveringar såsom att ingen avsikt, "direkt uppsåt", uppenbart eller bestämt uppsåt förelegat.

KLASSEN "EJ DE"

Klassen "Ej DE" innefattar formuleringar, där uppsåt ogillats på grund av att det hypotetiska provet i dolus eventualis besvarats nekande, eller för att TT inte ansetts som likgiltig för konsekvenserna.

Klassen "Ej DE" innefattar i detta sammanhang alla negativa former av uppsåtsbestämd likgiltighet. Man kunde tänka sig att klassificera vissa formuleringar av bristande likgiltighet som en egen klass, bl a med tanke på likgiltighetsuppsåtets nära anslutning till gärningsuppsåt. Men i nästan alla de fall, som det här är fråga om, saknas en tydlig referens till gärningsuppsåtsrekvisiten. Likgiltighetsuppsåtet i NJA 1985 s 757 är svårt att tänka sig använt negativt som en beteckning på uppsåtsbrist, eftersom i detta fall likgiltigheten enbart är en sammanfattande beteckning för "rätt" skuld. En sådan likgiltighetsbrist blir då enbart en beteckning för att det erforderliga uppsåtskravet inte uppfyllts. Uttryckssättet bristande likgiltighet inför konsekvenserna uppträder i tingsrätterna både i samband med att tillgivenhet eller övrig affektion använts som ett mer specificerat huvudargument för att TT förmodas *inte* skulle ha utfört gärningen, om TT hade insikt om effekten, och som enbart en beteckning *för* bristande erforderlig skuld. Dessutom används likgiltighet ofta för att beteckna enbart oaktsamhet.^{20K3}

^{20K3} Jfr TBL §1 st 2.

KLASSEN "EJ GU"

Klassen "Ej GU" innefattar formuleringar, som anger att *enbart* gärningen eller våldets natur inte kan anses vara tillräcklig grund för uppsåtsbedömningen. På detta sätt har rätten markerat att gärningen inte varit tillräckligt typisk för att gärningsuppsåt skall kunna användas. I klassen måste *minst* finnas någon anknytning till ett eller flera av rekvisiten i gärningsuppsåt enligt NJA 1977 s 630 eller NJA 1985 s 757, bortsett från begreppet likgiltighet. Domstolen har exempelvis betonat en brist beträffande riktningen, kraften eller sättet på vilket våldet utförts.

KLASSEN "EJ MOTIV"

Klassen "Ej Motiv" betecknar att gärningen inte tycks kunna förstås och tolkas på ett rimligt sätt av tingsrätten; gärningen antas inte stämma med en normaluppfattning om denna gärnings mening och tolkning. Oförståeligheten korresponderar närmast negativt med GU. I något fall verkar det vara rimligt att anta att uppsåtet fallit under strecket för vad som normalt kan accepteras som gärningsuppsåt, dvs sättet gärningen utförts på har inte motsvarat malens krav på exempelvis kraft, tillhygge, skada, inriktning mot vital kroppsdel. I de flesta fall finns ingen sådan explicit hänvisning till rekvisiten för gärningsuppsåt. Domstolen har endast noterat att uppsåtskravet inte uppfyllts, eftersom "rimliga" motiv saknats. För att inte gynna klassen gärningsuppsåt har jag *inte* klassificerat sådana fall i klassen "Ej GU".

KLASSEN "ÖVRIGA"

Klassen "Övriga", inom kategorin grov misshandel med åtal för uppsåtligt dödande, innehåller de särpräglade negativa uppsåtsformuleringar beträffande annans död vilka inte kunnat klassificeras på annat sätt. Dessa fall kunde ha förts till klassen "0-res" men har förts till en egen klass, eftersom formuleringarna trots allt uttrycker några för undersökningen intressanta aspekter på skuldprövningen.

Klassen utgörs av sammanlagt 9 fall: 3 fall där affekt uttryckligen uteslutit uppsåt, 2 fall där domstolen både uttalat sig i riktning mot förekomsten av uppsåt som gärningsuppsåt och samtidigt menat att uppsåt inte förelåg, eftersom man inte kunde veta vad TT "verkligen" tänkt eller velat, 2 fall där försöksuppsåt till annans död förelåg men TT tillbakaträtt frivilligt och slutligen 2 fall där främst direkt hänvisning till TT:s godartade karaktär varit det avgörande.

5.3.4.3 OAKTSAMHETSFORMULERINGAR

5.3.4.3.1 ALLMÄNT

Oaktsamhetsformuleringarna har indelats i följande 5 klasser:

Grov oaktsamhet, (CulpaG)

Riskmedvetande (RiskM)

Likgiltighet (Ligkilt)

En rudimentär aktsamhetsregel användes (AktsR)

Inget resonemang om culpa förekom (0-res)

5.3.4.3.2 KOMMENTARER

KLASSEN "CULPAG"

Klassen grov culpa, "CulpaG" innehåller de fall, där oaktsamheten ansågs föreligga genom ett direkt konstaterande av grov oaktsamhet utan närmare beskrivning av denna.

KLASSEN "RISKM"

Klassen riskmedvetande, "RiskM" innefattar formuleringar av riskinsikt (riskuppsåt), där risken var höggradig eller lägst av normalgrad. Uppsåt formuleras som förut visats inte bara med hjälp av att TT måste anses ha insett effekten som en mycket hög risk utan även i enstaka fall att TT insett denna som en "normalrisk". Dessa formuleringar har, då fråga varit om uppsåtligt brott, klassificerats som sannolikhetsuppsåt respektive culpa. Som oaktsamhetsformulering klassificeras en insikt om både en höggradig och en normal risk i klassen "RiskM". Uttryckssättet att TT måste ha räknat med risken är vanliga. Formuleringarna i klassen måste *minst* innehålla ett konstaterande av TT:s riskuppsåt, riskmedvetande, riskinsikt eller något likvärdigt uttryck.

KLASSEN "LIKGILT"

Klassen "Ligkilt" används då *minst* någon variant av uttrycket "likgiltighet inför" effekten är explicit i formuleringen.

Jag påminner om att samma formuleringar av likgiltighet inför effekten klassificeras på ett annat sätt vid uppsåtsansvar.

I ett antal fall har olika slags beskrivningar av likgiltighet eller inte likgiltighet inför effektens inträde fått utgöra det huvudsakliga kriteriet för oaktsamhet. Ofta rör det sig om att oaktsamhet konstateras på grund av visad likgiltighet

för offrets tillstånd efter gärningens utförande. Oaktsamhetsformuleringarna enligt rekvisitet från TBL § 1 st 2, att TT var likgiltig för om offret levde eller dog, har hänförts till denna klass.

KLASSEN "AKTSR"

Eftersom en uttrycklig stegvis prövning i dels gärningsculpa och dels personlig culpa inte är tydlig i materialet, indelas inte materialet i dessa kategorier.²⁰⁸⁴ I en del domar redovisas inte oaktsamhetsprövningen på ett annat sätt än genom att aktsamhetsregeln, dvs det alternativa hypotetiskt aktsamma handlandet, beskrivs på ett rudimentärt och standardmässigt sätt samt att gärningen avvikit från denna regel. Dessa culpabedömningar åsyftas i klassen "AktsR". En sådan typ av oaktsamhetsformulering kallas ofta objektiv culpa eller gärningsculpa av företrädarna för flerstegslärorna. I tingsrättsdomarna används emellertid sådana resonemang främst när rätten inte anser sig behöva precisera aktsamhetsnormen, eftersom missförhållandet mellan denna norm och gärningen är *uppenbart*. Detta är t ex fallet i allt uppsåtsansvar, där TT:s uppsåt konstaterats. Sådana oaktsamhetsformuleringar utelämnas som regel helt i domskälen. Oaktsamhetsprövningen vid uppsåtsansvar "konsumeras" eller utgörs då av den culpakvalité som uppsåt utgör. Denna oaktsamhetsprövning ingår inte i redovisningen av tingsrättsundersökningen annat än som en uppsåtsprövning. Men detta förhållande påträffas också vid prövningen av oaktsamhetsansvar, dels då grov – eller *uppenbar* - oaktsamhet konstaterats, främst i samband med riskuppsåt eller sk medveten culpa, men också vid prövningen av mer eller mindre strikt ansvarsformer. I de senare fallen skapar det höga aktsamhetskravet ofta uppenbara avvikelser från aktsamhetsnormen, eftersom TT berövats de "normala" försvarsmöjligheter, som skuldprincipen och det allmänna uppsåtskravet tillhandahåller.

En större del av trafikfallens oaktsamhetsmotiveringar följer detta mönster. Ofta görs bedömningen endast gjorts avhängig av en aktsamhetsregel byggd på regler i trafiklagstiftningen. Som exempel kan nämnas oaktsamt körsätt och oaktsamhet i förhållande till annans död genom ett brott mot de generella hastighetsbestämmelserna vid tillfället, vilka kompletterats med särskilda aktsamhetskrav i anledning av ljusförhållandena vid gärningstillfället.

KLASSEN "0-RES"

Klassen "0-res" innehåller de fall, där någon bedömning av oaktsamheten inte alls gjorts. Domstolarna konstaterar enbart exempelvis att genom TT:s erkännande åtalet blivit styrkt eller att dödsfallet endast konstaterats ha orsakats av

²⁰⁸⁴ Se avsnitt 4.6.1 och 4.7.

TT:s gärning. Gruppen "0-res" innefattar huvudsakligen de fall som enbart låter culpa konstitueras av att effekten orsakats av handlandet. *Högst* får klassen innehålla ett konstaterande av oaktsamhet, genom att begreppet nämns utan någon beskrivning av aktsamhetsregeln eller avvikelser från denna.

I samma klass inordnas de fall där inget anfördes utöver den negativa uppsåtsbedömningen, och oaktsamheten framstått som en följd av att uppsåt saknades. I många fall konstateras oaktsamheten enbart på grund av att uppsåt inte förelegat. Det finns ett starkt samband mellan ogillade åtal för uppsåtligt dödande och inga eller rudimentära oaktsamhetsformuleringar.

5.3.4.4 UPPSÅTSFORMULERINGAR BETRÄFFANDE UPPSÅT TILL MISSHANDELSGÄRNINGEN I HUVUDKATEGORI III

5.3.4.4.1 ALLMÄNT

I tillämpliga delar gäller samma grunder för och utförande av klassificeringen av uppsåtsformuleringarna i huvudkategori III som är fallet beträffande uppsåtligt dödande. Tre klasser har dock tillförts:

Livsfara
Skadeuppsåt
Ej olycka

5.3.4.4.2 KOMMENTARER

KLASSEN "LIVSFARA"

Klassen "Livsfara" syftar på formuleringar, som utgår från rekvisitet "...om gärningen var livsfarlig" i BrB kap 3 § 6 st 2. I klassen ingår *enbart* de formuleringar som syftar på brottsrubriceringen grov misshandel. Samma formulering har nämligen i samband med bearbetningen av formuleringarna vid det uppsåtliga dödandet klassificerats som sannolikhetsuppsåt och i något fall som medveten culpa, då den av TT insedda livsfaran av rätten ansetts vara höggradig, respektive inte vara höggradig. *Enbart* formuleringar som på något sätt använder sig av uttrycket "insikt om livsfara" eller synonyma uttryck hänförs till klassen "Livsfara."

KLASSEN "SKADEUPPSÅT"

Klassen "Skadeuppsåt" syftar på en mindre grupp av formuleringar av uppsåt till misshandelsgärningen, där *endast* ett uppsåt att skada på ett tydligt sätt fått utgöra hela uppsåtsformuleringen. Fall som innehåller både ett konstaterande

av skadeuppsåt och uppsåt till misshandelsgärningen, som t ex avsikt eller andra uppsåtsformer, klassificeras inte som skadeuppsåt. Skälet till klassificeringen är att visa hur uppsåtet till den grova misshandeln utformas, när det ses som uppsåt till en effekt, eller som uppsåt till handlingen. Brottet uppträder på detta sätt ibland som ett effektdelikt men främst som ett handlingsdelikt.

KLASSEN "EJ OLYCKA"

Klassen "Ej olycka" används i de fall där uppsåtsfrågan koncentrerats till frågan om olyckshändelse förelegat eller inte. Formuleringar som hänförs hit måste *minst* innehålla ordet "olycka", "olyckshändelse" eller synonyma uttryck, och vara ägnade åt att besvara frågan om händelsen varit en olyckshändelse eller en misshandelsgärning i vardagsspråklig mening. Klassen korresponderar närmast med klassen "Medvet" när det gäller det uppsåtliga dödandet.

5.3.4.5 KLASIFICERINGEN AV TT:S INSTÄLLNING

5.3.4.5.1 ALLMÄNT

TT:s inställning har klassificerats i följande 9 klasser:

Erkänner (Erk)

Erkänner dråp (Erk dråp)

Erkänner misshandel men ej grov misshandel (Erk missh)

Erkänner vållande till annans död men ej grovt vållande (Erk vå ej gr vå)

Ej minne

Ej uppsåt

Nödvärn (Nödv)

Patologiskt rus

Förnekar (Förnek)

Samma indelning med samma klasser av formuleringar har använts (i tillämpliga delar) i alla huvudkategorierna för både de gillade och de ogillade åtalen för uppsåtligt dödande. I de fall där åtal för uppsåtligt dödande förekommit är dock TT:s inställning oftast inriktad mot det allvarligaste hotet, som åtalet för det uppsåtliga dödandet utgör. Detta medför att någon TT:s inställning till det alternativa åtalet om grov misshandel eller vållande till annans död nästan aldrig förekommer i dessa fall. Huvudregeln har varit att ta fasta på den inställning som avgivits i första hand.

Eftersom även formuleringar som återfinns insprängda i domskälen, t ex i TT:s berättelse, har uppmärksamrats i undersökningen, kan ibland motstridiga inställningar uppträda på olika ställen i domskälen. I några fall har en TT exempelvis formellt "erkänt" vad åklagaren lagt honom till last, men i sin berättelse angivit att han drabbats av en s k blackout och inte mindes gärningen. Klassificeringen av sådana fall har gjorts efter den dominerande invändningen. Exemplet ovan klassificeras inte som ett erkännande, utan som att TT inget mindes.

5.3.4.5.2 KOMMENTARER

KLASSEN "ERK"

Inom klassen "Erk" placeras alla fullständiga erkännanden av "gärningen", "brottet", åtalet eller vad åklagaren lagt TT till last. Den tilltalades formulering måste *minst* innehålla något av dessa uttryck eller ett likvärdigt uttryck.

KLASSEN "ERK DRÅP"

Klassen "Erk dråp" måste *minst* innehålla att gärningen, "brottet", dvs dråp, "dråpgärningen" eller liknande, erkänns.

KLASSEN "ERK MISSH"

Det partiella erkännandet av misshandel, som inte är grov, har brutits ut till en egen klass, eftersom dessa formuleringar inte uppfyller kraven i klassen "Erk" men vanligtvis behandlas som ett fullständigt erkännande, främst vid brottet grov misshandel. *Minst* måste erkännandets objekt kunna identifieras som brottstypen misshandel.

KLASSEN "ERK VÅ EJ GR VÅ"

Klassen "Erk vå ej gr vå" används där TT erkänner vållande till annans död men ej grovt vållande. Klassen illustrerar sambandet mellan sådana partiella erkännanden och rudimentära oaktsamhetsformuleringar. Formuleringarna i klassen måste *minst* anspela på att något av rekvisen för grovt brott förnekas.

KLASSEN "EJ MINNE"

Klassen "Ej minne" syftar på de formuleringar, där TT av olika skäl förklarat sig inte minnas händelsen. *Minst* måste formuleringen klart ge uttryck åt att hela händelsen inte minns, eller är så oklar att TT inte kan ta ställning till målet på basis av sin minnesbild. Ofta följs ett uttalande att TT inte minns av en förklaring att TT "varken kan erkänna eller förneka åtalet." Några enstaka fall, då TT utan sådana skäl helt vägrat att ange inställning till målet, har också förts till denna klass.

KLASSEN "EJ UPPSÅT"

Klassen "Ej uppsåt" innehåller formuleringar, som *minst* uttrycker att TT saknat uppsåt, "avsikt", "indirekt uppsåt", "ens eventuellt uppsåt" eller likvärdiga uttryck.

KLASSEN "NÖD V"

Klassen "Nödv" måste *minst* innehålla en tydlig nödvärnsinvändning.

KLASSEN "PATOLOGISKT RUS"

Klassen "Patologiskt rus" används endast vid dråp. Invändningar om patologiskt rus förekommer explicit i några få fall och ofta i mer antydda former. Klassen avser explicita formuleringar, som *minst* måste innehålla en tydlig beskrivning av att TT befunnit sig i ett patologiskt rus vid gärningstillfället. Försvaret är ett klassiskt försvar, vars behandling i rätten skiljer sig från liknande försvar, t ex invändningar om att gärningen utgjort en reflex eller begåtts med bristande medvetenhet, genom olika grader av hänsynstagande till det speciella stadgandet om uppsåt vid rus i BrB kap 1 § 2 st 2. Klassificeringen syftar delvis till att illustrera domstolarnas sätt att handha invändningar angående det sk "frivillighetsrekvisitet", när det i princip varit fråga om en rusinvändning.

KLASSEN "FÖRNEK"

Till klassen "Förnek" har endast förts fullständiga förnekanden, dvs hela gärningen, brottet eller något likvärdigt förnekas. Föremålet för förnekandet måste *minst* vara av samma slag som vid erkännandet. Partiella förnekanden behandlas efter den dominerande formulering, som framgår av TT:s utsaga i målet. Exempelvis är det vanligt att TT förnekar "gärningen", "mord" eller "dråp" men erkänner "grov misshandel" och "vållande till annans död". I många fall framgår det tydligt att skälet för det partiella förnekandet och erkännandet är en uppsåtsinvändning. Sådana fall har klassificerats som "Ej uppsåt".

5.3.5 ÖVERSIKT ÖVER KLASSIFICERINGARNA

Följande översikt visar fördelningen av skuldformuleringar och TT:s inställning på huvudkategorierna.

Huvudkategori I - Uppsåtligt dödande

Mord

SJÄLVSTÄNDIGT BROTT

Uppsåtsformuleringar: DD, DE, GU, SU, Culpa, Medv, 0-res
TT:s inställning: Erk, Erk dråp, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Förnek
OSJÄLVSTÄNDIGT BROTT

Uppsåtsformuleringar: DD, DE, GU, SU, Culpa, Medv, 0-res
TT:s inställning: Erk, Erk dråp, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Förnek
Dråp

SJÄLVSTÄNDIGT BROTT

Uppsåtsformuleringar: DD, DE, GU, SU, Culpa, Medv, 0-res
TT:s inställning: Erk, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Patologiskt rus, Förnek
OSJÄLVSTÄNDIGT BROTT

Uppsåtsformuleringar: DD, DE, GU, SU, Culpa, Medv, 0-res,
TT:s inställning: Erk, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Förnek

Huvudkategori II - Ej uppsåtligt dödande (självständigt och osjälvständigt brott)

Åtal för uppsåtligt dödande

Vållande till annans död, ej genom trafikhändelse

Negativa uppsåtsformuleringar i anledning av ogillat åtal: Ej DD, Ej DE, Ej GU, Ej Motiv

Culpaformuleringar: CulpaG, RiskM, Likgilt, AktsR, 0-res
TT:s inställning: Erk, Erk vå ej gr vå, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Förnek

Grov misshandel

Negativa uppsåtsformuleringar: Ej DD, Ej DE, Ej GU, Övriga
TT:s inställning: Erk, Erk missh, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Förnek
Ej åtal för uppsåtligt dödande

Vållande till annans död, ej genom trafikhändelse

Culpaformuleringar: CulpaG, RiskM, Likgilt, AktsR, 0-res
TT:s inställning: Erk, Erk vå ej gr vå, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Förnek

Vållande till annans död genom trafikhändelse

Culpaformuleringar: CulpaG, RiskM, Likgilt, AktsR, 0-res
TT:s inställning: Erk, Erk vå ej gr vå, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Förnek

Huvudkategori III - Grov misshandel avseende *enbart* uppsåt till misshandelsgärningen

Åtal för uppsåtligt dödande

Brottskategorier 1 –2

1. Grov misshandel, självständigt brott, åtal för uppsåtligt dödande (totalt antal 61)

2. Grov misshandel, osjälvständigt brott, åtal för uppsåtligt dödande (totalt antal 8)

Ej åtal för uppsåtligt dödande

Brottskategorier 3 - 5

3. Grov misshandel i kombination med vållande till annans död: "orena" brott (totalt antal 28)

4. Grov misshandel, självständigt brott: "rena" brott (totalt antal 468)

5. Grov misshandel, osjälvständigt brott: "rena" brott (totalt antal 55)

Uppsåtsformuleringar (kategori 1-5): DD, DE, GU, SU, Skadeuppsåt, Livsfara, Culpa, Medvet, och Ej olycka

TT:s inställning (kategori 1-5): Erk, Erk missh, Ej minne, Ej uppsåt, Nödv, Förnek

5.4 REDOVISNING AV HUVUDKATEGORI I-III

5.4.1 HUVUDKATEGORI I - UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.4.1.1 MORD

5.4.1.1.1 ALLMÄNT

Materialet omfattar 79 domar för fullbordat mord och 69 för osjälvständigt mordbrott, sammanlagt 148 domar.

5.4.1.1.2 UPPSÅTSFORMULERINGARNA OCH DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Fördelningen av uppsåtsformuleringarna på dels självständigt, dels osjälvständigt mord framgår av tabell 3.

Tabell 3

| Skuldform/ Brottskategori | DD | DE | GU | SU | Culpa | Medvet | O-res | Totalt |
|------------------------------|----|----|----|----|-------|--------|-------|--------|
| Självständigt brott | 25 | 3 | 25 | | | 1 | 25 | 79 |
| Osjälvständigt brott | 15 | 22 | 19 | 6 | 3 | 2 | 2 | 69 |
| Totalt | 40 | 25 | 44 | 6 | 3 | 3 | 27 | 148 |

Fördelningen av TT:s inställning i målet vid självständigt respektive osjälvständigt brott framgår av tabell 4.

Tabell 4

| Brottskategori/TT:s inställning | Självständigt brott | Osjälvständigt brott | Totalt |
|---------------------------------|---------------------|----------------------|------------|
| Erk | 4 | 1 | 5 |
| Erk dråp | 14 | | 14 |
| Ej minne | 7 | 12 | 19 |
| Ej uppsåt | 32 | 34 | 66 |
| Nödvärn | 4 | 1 | 5 |
| Förnek | 18 | 21 | 39 |
| Totalt | 79 | 69 | 148 |

5.4.1.1.3 FÖRHÅLLET MELLAN SKULDFORMULERINGARNA OCH DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

TT:s angivna inställning till målet kan jämföras med den skuldformulering domstolen valt i samma mål.

TT:s inställning och rättsens skuldformulering vid fullbordat brott framgår av tabell 5.

Tabell 5

| Skuldform/TT:s inställning | DD | DE | GU | Medvet | 0-res | Totalt |
|----------------------------|-----------|----------|-----------|----------|-----------|-----------|
| Erk | | | | | 4 | 4 |
| Erk dråp | 3 | | 3 | | 8 | 14 |
| Ej minne | 2 | | 3 | | 2 | 7 |
| Ej uppsåt | 15 | 2 | 14 | | 1 | 32 |
| Nödv | 1 | | 1 | 1 | 1 | 4 |
| Förnek | 4 | 1 | 4 | | 9 | 18 |
| Totalt | 25 | 3 | 25 | 1 | 25 | 79 |

TT:s inställning och domstolens skuldformulering vid osjälvständigt brott framgår av tabell 6.

Tabell 6

| Skuldform/TT:s inställning | DD | 0-res | DE | GU | SU | Culpa | Medvet | Totalt |
|----------------------------|-----------|----------|-----------|-----------|----------|----------|----------|-----------|
| Erk | | | | | | | | |
| Erk dråp | | 1 | | | | | | 1 |
| Ej minne | 2 | | 4 | 4 | 1 | 1 | | 12 |
| Ej uppsåt | 10 | | 10 | 8 | 4 | | 2 | 34 |
| Nödvarn | 1 | | | | | | | 1 |
| Förnek | 2 | 1 | 9 | 7 | 1 | 1 | | 21 |
| Totalt | 15 | 2 | 23 | 19 | 6 | 2 | 2 | 69 |

Uppsåtsbrist utgör det främsta huvudförsvaret. I förhållande till totalantalet är invändningar om uppsåt 45 % och tillsammans med "invändningar" om bristande minne 57%.²⁰⁸⁵ Det verkar finnas en stark korrelation mellan TT:s inställning och den valda uppsåtsformuleringen. Genomgående används samma slags uppsåtsresonemang som i övriga fall, då frågan gäller invändningar om reflex- och medvetandebriest. "Handlingsuppsåt" behandlas i domskälen som annat uppsåt, dvs som samma slags intentionalitet och inte en slags speciell "godtycklig" intentionalitet eller "frivillighet" utan målinriktning.²⁰⁸⁶

Rena culpaformuleringar (2 fall) och sannolikhetsuppsåt (6 fall) utgör visserligen inte en stor andel av totalantalet, men förhållandet är ändå anmärkningsvärt med hänsyn till brottstypen. Vid osjälvständigt mord finns formuleringar som tyder på att rätten enbart nöjt sig med att som uppsåt till effekten konstatera riskuppsåt. I 6 fall (9 % av 69 fall) har domstolen konstaterat en höggradig risk och att uppsåt till denna risk förelegat. Riskuppsåtet var ofta gärningsmässigt bestämt. Dessa fall har här klassificerats som sannolikhetsuppsåt. I ett av dessa 6 fall fanns en uttrycklig formulering av sannolikhetsuppsåt i en blandform med likgiltighetsuppsåt. I 2 fall, som förts till culpaklassen, förekom formuleringar av riskuppsåt, som innefattade en normalrisk eller en låg risk.

Det är anmärkningsvärt att såpass många fall av klassen "0-res" förekommer i ett sådant allvarligt brott som mord.²⁰⁸⁷ Jag påminner om att undersökningsobjektet är formuleringarna av skulden i domskälen och inte formuleringar som skulle kunna härledas ur kontexten, men att detta inte innebär att avsaknaden av skuldformuleringar är oförklarlig. Exempelvis har alla rena erkännanden kunnat placeras i klassen 0-res. Klassen 0-res dominerar även vid partiella erkännanden och förnekanden samt, som det senare även skall visa sig i huvudkategori III, när det gäller uppsåtsformuleringarna till misshandelsgärningen vid grov misshandel.²⁰⁸⁸

Gränsdragningar mot culpa sker med olika uppsåtsformuleringar vid osjälvständigt och självständigt brott. Vid fullbordat mord dominerar GU (32 %) och DD (32 %). I de flesta fall har GU gränsbestämmande funktioner mot culpa till

²⁰⁸⁵ Procenttalen i texten är i regel avrundade till heltal. I diagrammen har avrundats till två decimaler. I tabellerna och diagrammen har av utrymmesskal använts olika förkortningar.

²⁰⁸⁶ Se avsnitt 1.4.5.1 och 2.3.2.1.4.

²⁰⁸⁷ I denna grupp ingår den fällande domen för mord på Olof Palme, Stockholms tingsrätt avd 13:1 DB 334/89.

²⁰⁸⁸ Se avsnitt 5.4.3.4 och 5.4.3.4.

skillnad från gruppen DD. Dolus eventualis har en nästan försumbar roll vid fullbordat brott (4 %) men en stor betydelse vid osjälvständiga brott (32 %), i första hand försök.

5.4.1.2 DRÅP

5.4.1.2.1 ALLMÄNT

Materialet omfattar 65 domar för fullbordat/självständigt dråp och 71 för osjälvständigt dråp, sammanlagt 136 domar.

5.4.1.2.2 UPPSÅTSFORMULERINGARNA OCH TT:S INSTÄLLNING

Fördelningen av uppsåtsformuleringarna på samtliga dråpfall framgår av tabell 7.

Tabell 7

| Skuldformer/Brottskategori | DD | DE | GU | SU | Culpa | Medvet | 0-res | Totalt |
|----------------------------|----|----|----|----|-------|--------|-------|--------|
| Dråp självständigt | 10 | 8 | 32 | 4 | 6 | | 5 | 65 |
| Dråp, osjälvständigt | 14 | 22 | 18 | 3 | 11 | | 3 | 71 |
| Totalt | 24 | 30 | 50 | 7 | 17 | | 8 | 136 |

TT:s inställning vid självständigt och osjälvständigt dråp framgår av tabell 8.

Tabell 8

| Brottskategori/TT:s inställning | Självständigt brott | Osjälvständigt brott | Totalt |
|---------------------------------|---------------------|----------------------|------------|
| Erk | | | |
| Ej minne | 15 | 12 | 27 |
| Ej uppsåt | 36 | 49 | 85 |
| Nödvärn | 2 | 3 | 5 |
| Förnek | 9 | 7 | 16 |
| Patologiskt rus | 3 | | 3 |
| Totalt | 65 | 71 | 136 |

5.4.1.2.3 FÖRHÅLLET MELLAN UPPSÅTSFORMULERINGARNA OCH TT:S INSTÄLLNING

Förhållandet mellan uppsåtsformuleringarna och TT:s inställning vid självständigt dråp framgår av tabell 9.

Tabell 9

| Skuldform/TT:s inställning | DD | DE | GU | SU | Culpa | Medvet | 0-res | Totalt |
|----------------------------|-----------|----------|-----------|----------|----------|--------|----------|-----------|
| Erk | | | | | | | | |
| Ej minne | | | 10 | | 3 | | 2 | 15 |
| Ej uppsåt | 7 | 7 | 14 | 4 | 3 | | 1 | 36 |
| Nödv | 1 | | 1 | | | | | 2 |
| Förnek | 2 | 1 | 6 | | | | | 9 |
| Patologiskt rus | | | 1 | | | | 2 | 3 |
| Totalt | 10 | 8 | 32 | 4 | 6 | | 5 | 65 |

Förhållandet mellan TT:s inställning och skuldresonemanget vid osjälvständigt dråp framgår av tabell 10.

Tabell 10

| Skuldform/TT:s inställning | DD | DE | GU | SU | Culpa | Medvet | 0-res | Totalt |
|----------------------------|-----------|-----------|-----------|----------|-----------|--------|----------|-----------|
| Erk | | | | | | | | |
| Ej minne | 1 | 4 | 5 | | 2 | | | 12 |
| Ej uppsåt | 11 | 15 | 12 | 3 | 7 | | 1 | 49 |
| Nödvärn | | | 1 | | 1 | | 1 | 3 |
| Förnekar | 2 | 3 | | | 1 | | 1 | 7 |
| Totalt | 14 | 22 | 18 | 3 | 11 | | 3 | 71 |

5.4.1.2.4 KOMMENTARER

Uppsåtsformuleringarna är över lag mer stereotypa och mallartade än vid mordbrottet. Mönstret för uppsåtsformuleringarnas typ och antal överens-

stämmer dock i huvudsak med resultatet för redovisningen av mordundersökningen. Gärningsuppsåt spelar dock här en ännu större roll än vid mordbrotten och är den klart dominerande uppsåtsmotiveringen (GU 49 % i förhållande till DE med 12 % vid självständigt brott) när det gäller gränsdragningen mot culpa. Dolus eventualis förekommer på samma sätt och i ungefär liknande proportioner som gärningsuppsåt vid osjälvständigt brott i både mord och dråp (cirka 31 %). Rena culpabedömningar, dvs riskuppsåt till icke höggradig risk, förekommer också här. Sannolikhetsuppsåt är även representerat (6 %).

Intrycket av TT:s "disposition" över rättegången genom sin inställning i målet förstärks något och också dominansen av invändningen om bristande uppsåt som huvudförsvar. Uppsåtsinvändning förekom i 69 % av alla osjälvständiga fall och i 55 % av de fullbordade; dvs ungefär 63 % sammantaget. Därefter kom klassen "ej minne" med ungefär 20 % av det totala antalet.

Invändning om "patologiskt rus" har huvudsakligen behandlats som vanliga uppsåtsinvändningar i domskälen, trots att frågan om patologiskt rus aktualiserar tillämpligheten av både BrB kap 1 § 2 st 2 och "frivillighetsrekvisitet".

5.4.1.3 HUVUDKATEGORI I - UPPSÅTTLIGT DÖDANDE SAMMANTAGET

5.4.1.3.1 UPPSÅTSFORMULERINGARNA

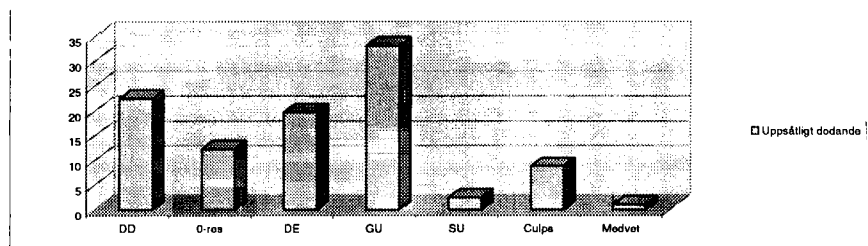
Fördelningen av uppsåtsformuleringarna framgår av tabell 11 och diagram 1.

Tabell 11

| Skuldform/Brott | DD | DE | GU | SU | Culpa | Medvet | 0-res | Totalt |
|-----------------|-----------|-----------|-----------|----------|-----------|----------|-----------|------------|
| Mord | 40 | 26 | 44 | | 8 | 3 | 27 | 148 |
| Dråp | 24 | 30 | 50 | 7 | 17 | | 8 | 136 |
| Totalt | 64 | 56 | 94 | 7 | 25 | 3 | 35 | 284 |

Diagram 1 visar skuldformuleringarna vid uppsåtligt dödande

Diagram 1



5.4.1.3.2 DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Fördelningen av formuleringarna av den tilltalades inställning framgår av tabell 12.

Tabell 12

| TT:s inställning/Brottskategorier | Erk | Erk dråp | Ej minne | Ej uppsåt | Nödv | Förnek | Totalt |
|-----------------------------------|-----|----------|----------|-----------|------|--------|--------|
| Mord, självständigt | 4 | 14 | 7 | 32 | 4 | 18 | 79 |
| Dråp, självständigt | | | 15 | 39 | 2 | 9 | 65 |
| Mord, osjälvständigt | | 1 | 11 | 35 | 1 | 21 | 69 |
| Dråp, osjälvständigt | | | 12 | 49 | 3 | 7 | 71 |
| Totalt | 4 | 15 | 45 | 155 | 10 | 55 | 284 |

I raden "Dråp, självständigt", under "ej uppsåt", ingår 3 fall där försvaret varit att patologiskt rus förekommit.

5.4.1.3.3 KOMMENTARER

Den samlade bilden försvagar något intrycket av dominansen från gärningsuppsåt i förhållande till dolus eventualis som gränsdragningsinstrument vid självständigt brott. Orsaken till detta är att här förekommer självständigt och osjälvständigt brott i samma grupp, samt att dolus eventualis förekommer främst vid osjälvständigt brott. Däremot förstärker i sin tur kategorin dråp i förhållande till mord ställningen för gärningsuppsåt. I 55 % av samtliga fall utgör brist på uppsåt huvudförsvaret. Detta indikerar vilken betydelse frågan om uppsåt till effekten har i mål som gäller brotten mord och dråp.

Den andra huvudinvändningen är förnekande. I förhållande till alla mål var andelen 19 %. Den tredje gruppen i storleksordning är bristande minne. Andelen är 16 %. Ofta brukar TT ange att det inte är möjligt att förneka eller erkänna gärningen på grund av bristande minne. Denna TT:s inställning framstår ibland mer som ett val av tystnad eller passivitet. Men domstolarna betraktar ofta anförd minnesförlust som en uppsåtsinvändning. Den tilltalade verkar på detta sätt "föra in" frågan om uppsåt i processen.

Korrelationen mellan TT:s inställning och uppsåtsformuleringarna är genomgående stark. Detta gäller särskilt mellan klasserna erkännande och 0-res samt mellan uppsåtsinvändning och DD samt GU.

5.4.2 HUVUDKATEGORI II - EJ UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.4.2.1 ALLMÄNT

Även denna del av tingsrättsundersökningen omfattar, liksom uppsåtligt dödande, inte bara huvudbrotten i grundmaterialet utan även övriga brott som är relevanta i materialet. Detta tillsammans med ett visst bortfall medför att SCB:s rättsstatistik avviker något från underlagets totalantal. Sammantaget utgörs kategorin vållande till annans död av 109 fall, varav "rena" brott är 76 fall och i kombination med grov misshandel eller rån 28 fall respektive 5 fall, tillhoppa 33 fall och 69 fall av grov misshandel med åtal för uppsåtligt dödande. Sammanlagt utgörs huvudkategori II av 178 fall.

Den tilltalades inställning särredovisas endast i vissa fall vid de olika brotten i samma mål, eftersom ett TT:s ställningstagande i andra hand ofta saknas. Sin inställning till målet väljer TT många gånger endast med utgångspunkt från åklagarens förstahandsyrkande och därmed från hotet om ansvar för det allvarligaste brottet.

Materialet redovisas i följande kategorier och nivåer i enlighet med detta sammanfattande utdrag ur uppställningen ovan i avsnitt 5.3.5.

II Ej uppsåtligt dödande (självständigt och osjälvständigt brott)

Åtal för uppsåtligt dödande

Vållande till annans död, ej genom trafikhändelse

Grov misshandel (Jag påminner om att här behandlas *enbart* de negativa uppsåtsformuleringarna beträffande effekten annans död. Uppsåtet till den grova misshandeln behandlas i huvudkategori III.)

Ej åtal för uppsåtligt dödande

Vållande till annans död, ej genom trafikhändelse

Vållande till annans död genom trafikhändelse

Fördelningen av brottskategorierna inom huvudkategori II framgår av tabell 13.

Tabell 13

| Brottskategorier i huvudkategori II | 1. Vållande till annans död, ej i trafik, åtal för uppsåtligt dödande | 2. Grov misshandel, åtal för uppsåtligt dödande | 4. Vållande till annans död, ej i trafik, åtal för detta brott | 5. Vållande till annans död, i trafik, åtal för detta brott | Totalt |
|-------------------------------------|---|---|--|---|--------|
| Totalt | 22 | 69 | 22 | 65 | 178 |

Av detta följer att samtliga fall i huvudkategori II med åtal för uppsåtligt dödande och försök därtill är 91 fall och utan åtal för uppsåtligt dödande 87 fall. I tre fall har domstolarna på olika sätt antytt att utgången skulle blivit en annan om åklagaren åtalat för uppsåtligt dödande. Dessa fall behandlas trots detta i grupperna utan åtal för uppsåtligt dödande.

Redovisningen av huvudkategori II innehåller inte någon fördelning av skuldformuleringarna på självständigt och osjälvständigt brott eller rent och orent brott. I tabell nr 14 nedan anges dock *upplysningsvis* proportionerna mellan självständigt och osjälvständigt brott samt brottskonkurrensen beträffande grov misshandel, rån och vållande till annans död (s k orena respektive rena brott). Kategorin "Självständigt; rent brott" syftar på grov misshandel respektive vållande till annans död, som inte avgjorts i brottskonkurrens.

Fördelningen på brottskategorierna i BrB 3:6 och 3:7 av "rent" och "orent" brott samt fullbordat brott och försök samt förberedelse till brott framgår av tabell 14.

Tabell 14

| Brottskategorier | Självständigt; rent brott | Försök; rent brott | Förberedelse; rent brott | BrB 3:6+3:7; orent brott | BrB 3:7+8:5, 8:6; orent brott | Totalt |
|--------------------------------------|---------------------------|--------------------|--------------------------|--------------------------|-------------------------------|--------|
| BrB 3:6, åtal för uppsåtligt dödande | 61 | 7 | 1 | | | 69 |
| BrB 3:7 | 76 | | | 28 | 5 | 109 |
| Totalt | 137 | 7 | 1 | 28 | 5 | 178 |

Uppsåtsformuleringarna till misshandelsgåringen i de 69 rena fallen och de 28 rena fallen av grov misshandel behandlas, som tidigare sagts, *enbart* i huvudkategori III. Skuldformuleringarna när det gäller rånbrott eller andra brott som inte ingår i undersökningen, noteras inte.

I undersökningen ingår 109 fall av vållande till annans död, varav 46 fall av grovt vållande till annans död och 63 fall av "normalgraden". I inget fall var vållandet ringa.

Fördelningen av grovt och inte grovt brott samt av brott med åtal och inte åtal för uppsåtligt dödande och av trafikfall eller inte trafikfall, på hela brottskategorierna vållande till annans död, framgår av tabell 15.

Tabell 15

| Brott enligt BrB och Åtal/ Gärningstyp | 3:7 st 1; åtal för mord eller dråp | 3:7 st 2; åtal för mord eller dråp | 3:7 st 1; åtal för vållande till annans död | 3:7 st 2; åtal för vållande till annans död | Totalt |
|---|------------------------------------|------------------------------------|---|---|--------|
| Ej trafikfall | 2 | 20 | 4 | 18 | 44 |
| Trafikfall | | | 57 | 8 | 65 |
| Totalt | 2 | 20 | 61 | 26 | 109 |

Inget åtal för uppsåtligt dödande förekom i trafikfallen, inte ens för grovt brott. Detta trots att skadorna och TT:s riskuppsåt i trafiksituationerna många gånger överträffade den andra gärningstypen för oaktsamt dödande. För det andra är proportionerna mellan grovt brott och normalbrott omkastade beroende på om det är fråga om ett trafikfall eller inte. Beaktar man gärningstypernas profil beträffande riskuppsåt och skada, tyder detta på att åklagarna och domstolarna varken tycks betrakta skadan eller skulden, bedömd som en från gärningen fristående psykisk inställning, som det avgörande för brottsrubriceringen i uppsåtligt dödande respektive i grovt och normalt oaktsamt dödande. Två olika skuldprövningar, som renderar olika "pseudobrott" och därmed i princip olika abstrakta straffvärden, tycks leva sida vid sida. Dels används en utpräglat gärningstypisk skuld, som är bunden vid den av gärningstypen föranledda rubriceringen i "pseudobrotten": trafikfall eller inte trafikfall. Denna skuld ter sig som en exculperande omotbevisbar presumtion, att trafikgärningars skador aldrig dessa gärningars mening på samma sätt som man antar är fallet vid icke trafikfall. Dels får, internt för dessa "pseudobrott", både uppsåt och riskuppsåt till skada en förnyad och förändrad betydelse för prövningen av om normalt och grovt "pseudobrott" föreligger.

Förhållandena ger en fingervisning om hur skuldprövningen används vid en kriminalisering av en gärningstyp, trots att "deliktet" i detta fall skapats av praxis. Det skall noteras att även om "pseudobrottet" trafikfall har en typisk exculpatorisk funktion beträffande uppsåtsansvar, aktualiseras legalitetsprincipens krav på domstolarna att inte skapa nya delikt. Det är exempelvis tänkbart att den exculpatoriska funktionen beträffande uppsåtsansvaret "kompenseras" i domstolen genom ett striktare oaktsamhetsansvar i övrigt.

5.4.2.2 ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.4.2.2.1 DOMAR FÖR VÅLLANDE TILL ANNANS DÖD, EJ GENOM TRAFIKHÄNDELSE, OGILLAT ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE

SKULDFORMULERINGARNA

De negativa uppsåtsformuleringarna framgår av tabell 16.

Tabell 16

| Ogillat åtal för uppsåtligt dödande; negativa uppsåtsformuleringar | Ej DD | Ej DE | Ej GU | Ej Motiv | 0-res | Totalt |
|--|-------|-------|-------|----------|-------|--------|
| Totalt | 5 | 7 | 1 | 9 | | 22 |

Oaktsamhetsbedömningarna framgår av tabell 17.

Tabell 17

| Ogillat åtal för uppsåtligt dödande; oaktsamhetsformuleringar | CulpaG | RiskM | Likgilt | AktsR | 0-res | Totalt |
|---|--------|-------|---------|-------|-------|--------|
| Totalt | 2 | 6 | | | 14 | 22 |

DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

TT:s inställning framgår av tabell 18.

Tabell 18

| Ogillat åtal för uppsåtligt dödande; TT:s inställning | Erk | Ej minne | Ej uppsåt | Nödv | Förnek | Totalt |
|---|-----|----------|-----------|------|--------|--------|
| Totalt | | 5 | 3 | 2 | 12 | 22 |

KOMMENTARER

De negativa uppsåtsformuleringarna

Gränsen mellan dolus och culpa sett från culpasidan dras, då åklagaren åtalat för uppsåtligt dödande, i första hand med hjälp av gärningens begriplighet eller brist i typicitet, genom betoning på frånvaro av motiv eller förklaringar till TT:s gärning. Detta korresponderar med förhållandena på uppsåtssidan av gränsen, som domineras av gärningsuppsåt. Däremot lyser i dessa fall en direkt användning av gärningsuppsåt med sin frånvaro. Bara ett fall har kunnat hänföras till ett tydligt negativt gärningsuppsåt. Kraven på en uttrycklig användning av alla rekvisit för ett negativt gärningsuppsåt hade i detta fall inte uppfyllts.

Den andra dominerande formuleringen är negativt dolus eventualis. Vid försök till uppsåtligt dödande, enligt ovan, var dolus eventualis starkt representerat. Detta är alltså även fallet vid ogillade åtal för uppsåtligt dödande.

Negativa avsiktsbegrepp, som här klassificerats som "Ej DD", används även som gränsdragning mot dolus. I dessa fall utgår domstolen ofta från att allt, som inte bedöms som (uppenbart) direkt eller indirekt uppsåt är oaktsamt dödande.

Oaktsamhetsformuleringarna

Klassen "RiskM" är den andra viktigare klassen efter "0-res". Oaktsamhetsbedömningarna formuleras ofta inte på annat än som ett konstaterande av oaktsamhet och/eller kausalitet. En stor del av klassen "0-res" utgör enkla konstateranden av ansvar, "eftersom" uppsåtligt dödanden inte förelegat. Oaktsamhetsformuleringarna är i klassen "RiskM" ofta i det närmaste identiska med uppsåtsformuleringar till uppsåtligt dödande. Exempelvis sägs att en hög risk för effektens inträde tagits eller att likgiltighet för annans död förekommit. Enbart skuldformuleringarna ger ingen säker grund för om bedömningen egentligen gått ut på oaktsamhet eller dolus. Varför gärningen inte kvalificerats som uppsåtlig är i några enstaka fall beroende på åklagarens yrkande. Tingsrätten markerar uttryckligen i dessa fall, att utgången kunde varit en annan, om åklagaren yrkat ansvar för uppsåtligt dödande.

Formuleringarna präglas av att gränsen mot dolus *in te* varit en förstahandsuppgift i rättens bedömning, eftersom åklagaren yrkat ansvar enbart för oaktsamt dödande. Den största gruppen är här rena kausalitetsformuleringar och den näst största är likgiltighetsformuleringarna.

Den tilltalades inställning

I mer än hälften av fallen förnekade TT antingen gärningen, eller brottet. Inga fullständiga erkännanden förekom. Det relativt ringa antalet framgångsrika invändningar om bristande uppsåt, i förhållande till den tidigare dominansen av uppsåtsinvändningar vid fällande dom för uppsåtligt dödande, tyder på att uppsåtsfrågan främst fungerar som en formell begäran om att uppsåt skall införas i rättegången. Den klassiska invändningen, ungefär "det var inte meningen," tycks ha ett begränsat värde för försvaret i den mån den framställs som en invändning om brist på ett fristående psykiskt element.

DE NEGATIVA UPPSÅTSFORMULERINGARNA

Fördelningen av negativa uppsåtsformuleringar för uppsåtligt dödande, vid grov misshandel med åtal för uppsåtligt dödande, självständigt och osjälvständigt brott, framgår av tabell 19.

Tabell 19

| Dom för grov misshandel, åtal för uppsåtligt dödande, negativa uppsåtsformuleringar beträffande uppsåtligt dödande | Ej DD | Ej DE | Ej GU | Övriga | 0-res | Totalt |
|--|-------|-------|-------|--------|-------|--------|
| Totalt | 9 | 32 | 15 | 9 | 4 | 69 |

DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Den tilltalades inställning framgår av tabell 20.

Tabell 20

| TT:s inställning | Erk | Ej minne | Ej uppsåt | Nödv | Förnek | Totalt |
|------------------|-----|----------|-----------|------|--------|--------|
| Totalt | | 8 | 31 | 6 | 24 | 69 |

Förhållandet mellan de negativa uppsåtsformuleringarna och den tilltalades inställning framgår av tabell 21.

Tabell 21

| Skuldformuleringar/TT:s inställning | Ej DD | Ej DE | Ej GU | Övriga | 0-res | Totalt |
|-------------------------------------|----------|-----------|-----------|----------|----------|-----------|
| Erk | | | | | | |
| Ej minne | | 7 | 1 | | | 8 |
| Ej uppsåt | 6 | 12 | 7 | 4 | 2 | 31 |
| Nödvärn | | 2 | 2 | 1 | 1 | 6 |
| Förnekar | 3 | 11 | 5 | 4 | 1 | 24 |
| Totalt | 9 | 32 | 15 | 9 | 4 | 69 |

KOMMENTARER

Åtalet för uppsåtligt dödande har i dessa fall nästan uteslutande utgjorts av åtal för försök till uppsåtligt dödande. Det är tydligt att uppsåt till effekten annans död vid gränsen mellan dolus och culpa bestäms med hjälp av i första hand dolus eventualis vid försök till uppsåtligt dödande. Detta gäller både då åtal för uppsåtligt dödande gillas och ogillas.

Förhållandet mellan TT:s inställning och de negativa uppsåtsformuleringarna speglar samma förhållande som motiveringarna för uppsåt vid uppsåtligt dödande, dvs en korrelation föreligger mellan TT:s uppsåtsinvändning och uppsåtsfrågans behandling i domskälen. Förnekanden vid försök går emellertid inte alltid att skilja från rena uppsåtsinvändningar på grund av den vardagsspråkliga betydelsen av ordet "försök".

Beträffande resultatet av jämförelsen mellan uppsåtsformuleringarna och TT:s inställning är det dominerande inslaget som väntat att den i dessa fall framgångsrika användningen om bristande uppsåt dominerat. Frågan om uppsåt till försök till annans död har också av naturliga skäl dominerat tillsammans med förnekandena, då uppsåtsfrågan behandlats. Den tilltalades inställning är också av naturliga skäl inriktad mot åtalet för försök till, dvs i vardagsspråkbruk avsikt till, uppsåtligt dödande. I några fall förekom alternativaerkännanden av misshandel. Här har endast huvudförsvaret i förhållande till åklagarens förstahandsyrkande, uppsåt till annans död, angivits.

5.4.2.3 EJ ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.4.2.3.1 DOMAR FÖR VÅLLANDE TILL ANNANS DÖD, EJ GENOM TRAFIKHÄNDELSE, EJ ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE;

SKULDFORMULERINGARNA OCH DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Fördelningen av oaktsamhetsformuleringarna och av den tilltalades inställning framgår av tabell 22 respektive tabell 23.

Tabell 22

| Dom för vållande till annans död, ej trafik, åtal för detta brott; skuldformuleringar | CulpaG | RiskM | Likgilt | AktsR | 0-res | Totalt |
|---|--------|-------|---------|-------|-------|--------|
| Totalt | 2 | 3 | 5 | 3 | 9 | 22 |

Tabell 23

| Dom för vållande till annans död, ej trafik, åtal för detta brott; TT:s inställning | Erk | Ej minne | Nödv | Förnek | Totalt |
|---|-----|----------|------|--------|--------|
| Totalt | 11 | 2 | 1 | 8 | 22 |

KOMMENTARER

Klasserna "0-res" samt "Erk" och "Förnek" beträffande skuldresonemangen respektive den tilltalades inställning dominerar. Klassen "Likgilt" innehåller huvudsakligen två typer av brottslighet. Dels rör det sig om två fall av oprovocerat gatuvåld förövat av ungdomar, vilket resulterat i dödsfall, dels två fall av rån, som också resulterat i dödsfall. I dessa 4 fall anfördes ligkiltighet inför offrens tillstånd som skäl för att vållandet skulle anses vara grovt. Ligkiltigheten manifesterades här genom att TT:e avlägsnade sig från platsen utan att ta hand om offret. Den ligkiltighet som normalt används i tingsrätterna för att motivera uppsåt till annans död, är ofta formulerad som en ligkiltighet för om offret levde eller dog. Användningssättet av ligkiltighetsbegreppet tyder på att begreppet syftar på att beskriva "rätt skuld" och inte något som är specifikt oaktsamt eller uppsåtligt.

Vissa skillnader kan ses i förhållande till de tidigare redovisade fördelningarna av formuleringarna av oaktsamhet och TT:s inställning när det gäller samma brott men som åtalats för uppsåtligt brott (se tabell 17 och 18).

Domar utan åtal för uppsåtligt dödandet skiljer sig från domar med sådant åtal främst i tre avseenden. (1) I domarna för vållande till annans död med åtal för uppsåtligt dödande saknades erkännande och (2) oftast en redovisning av oaktsamhetsprövningen. (3) Inga oaktsamhetsformuleringar utformades med hjälp av likgiltighetsbegreppet.

(1) Bristen på erkännande i fall med åtal för uppsåtligt dödande respektive dominansen av erkännande vid sådant åtal ger erkännandet ett drag av "nöjdförklaring", särskilt med hänsyn till frånvaron av oaktsamhetsformuleringar, då åtalet gällt uppsåtligt brott. Dessutom har erkännandet många gånger karaktären av att den rättsliga bedömningen av gärningen erkänns, dvs oaktsamhet erkänns, inte gärningen.

(2) Förhållandet beror sannolikt på att uppsåtsfrågan dominerat och oaktsamheten "i vart fall" konstateras mer eller mindre automatiskt, "eftersom" uppsåt avvisats. Detta ger det bristande engagemanget för noggranna motiveringar av culpa och uppsåt ytterligare en bakgrund. Domstolarna utgår nämligen från ett grundläggande sammanhang mellan dolus och culpa. Där dolus "nästan" konstaterats anses redan oaktsamhet vara för handen i de flesta fall, eftersom dolusansvar, liksom allt ansvar, implicerar en oaktsamhetsprövning. Det är betecknande att oaktsamhetsformuleringar vid åtal för uppsåtligt dödande, innehåller en betoning av traditionellt riskuppsåt, antingen direkt i klassen RiskM eller såsom grov culpa, som också oftast syftar på någon form av riskuppsåt.

(3) Domstolarna uttrycker inte oaktsamhet som likgiltighet, då ett likgiltighetsuppsåt kan vara aktuellt, eftersom ett åtal för uppsåtligt dödande föreligger. Man använder däremot likgiltighetsbegreppet som beteckning på oaktsamhet utan sådant åtal. Detta förstärker intrycket av att likgiltighetsbegreppet syftar på "rätt skuld" och inte en särskild känsla, inställning till effekten eller annan sådan attityd. Man tycks vara på det klara med att likgiltighet, då risken för sammanblandning är liten, mycket väl kan beteckna "rätt uppsåtsskuld" vid uppsåtsansvar och dessutom "rätt oaktsamhetsskuld" vid oaktsamhetsansvar.

5.4.2.3.2 DOMAR FÖR VÅLLANDE TILL ANNANS DÖD GENOM TRAFIKHÄNDELSE, EJ ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE

ALLMÄNT

Materialet i kategorin vållande till annans död genom trafikhändelse innehåller inte i något fall ett yrkande av åklagaren på ansvar för uppsåtligt dödande. I två fall i den övriga delen av undersökningens material skedde ett dödande med motorfordon, där frågan gällde, liksom vid det klassiska exemplet för gränsdragningen med hjälp av dolus eventualis i NJA 1959 s 63, ett ifrågasatt uppsåtligt försök till dödande. Men den genomgående skillnaden mellan "trafikdödande" och annat straffbart dödande i undersökningen är att uppsåtsfrågan beträffande effekten överhuvudtaget inte är aktuell vid dödande genom trafikhändelse. Följaktligen måste frågan besvaras på vilket sätt i första hand skuldformuleringarna och TT:s inställning, samt i andra hand annat i materialet kan motivera denna skillnad. Avsnittet syftar till att blottlägga grunden för åtskillnaden med i huvudsak samma begrepp och klassificeringsmetod som tidigare. I sammanhanget återkommer i viss mån frågan om vad skillnaden mellan grovt brott och normalbrott beror på.

Som förut sagts placerar sig, intuitivt bedömt, brottskategorin längst bort från gränsen till uppsåtligt dödande. Trafiksituationen är oftast utgångspunkten för beskrivning av det typiskt oaktsamma, och sådana fall används i litteraturen traditionellt för exemplifiering av oaktsamhetsbedömningar. Därav följer att oaktsamhetsbedömningen vid trafikbrott på ett särskilt tydligt sätt är ägnad åt att visa på grunderna för åtskillnaden mellan uppsåtsbedömning och oaktsamhetsbedömning.

Materialet omfattar 65 fall, dvs samtliga domar (under åren 1989-1992) för vållande till annans död som huvudbrott, där påföljden varit fängelse och där dödandet skett genom en trafikhändelse. Av dessa är endast 8 fall grova brott.

OAKTSAMHETSFORMULERINGARNA OCH DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Fördelningen av oaktsamhetsformuleringarna vid vållande till annans död genom trafikhändelse framgår av tabell 24.

Tabell 24

| Oaktsamhetsformuleringar/Brott | RiskM | Likgilt | AktsR | 0-res | Totalt |
|--------------------------------|----------|----------|-----------|-----------|-----------|
| BrB 3:7 st 1 | 4 | 3 | 26 | 24 | 57 |
| BrB 3:7 st 2 | 1 | 1 | 3 | 3 | 8 |
| Totalt | 5 | 4 | 29 | 27 | 65 |

TT:s inställning vid vållande till annans död, respektive grovt vållande till annans död genom trafikhändelse, framgår av tabell 25.

Tabell 25

| TT:s inställning/Brott | Erk | Erk vå ej gr vå | Ej minne | Förnek | Totalt |
|------------------------|-----------|-----------------|-----------|-----------|-----------|
| BrB 3:7 st 1 | 14 | 8 | 15 | 20 | 57 |
| BrB 3:7 st 2 | | 2 | 4 | 2 | 8 |
| Totalt | 14 | 10 | 19 | 22 | 65 |

Tabell 26 och diagram 11 visar i vilken grad, uttryckt i procent, 0-res användes i de olika kategorierna av TT:s inställning.

Tabell 26

| TT:s inställning/O-res | Erk | Erk vå ej gr vå | Ej minne | Förnek |
|------------------------|-----------|-----------------|-----------|-----------|
| 0-res | 71 | 0 | 42 | 83 |

KOMMENTARER

Två resultat kan främst urskiljas. Dels domineras tingsrätternas formuleringar av gruppen "0-res", dels knyter man gärna direkt an till de specifika oaktsamhetsreglerna i trafiklagstiftningen, som t ex hastighetsbestämmelser.

Proportionerna mellan oaktsamhetsformuleringarnas fördelning skiljer sig inte nämnvärt mellan normal oaktsamhet och grov oaktsamhet.

När det gäller grovt vållande till annans död genom en trafikhändelse tyder resultatet på att rattfylleri var relevant i sammanhanget redan före lagändringen år 1994 i BrB kap 3 § 7 st 2, och att riskuppsåtet spelat en relativt stor roll. En återhållsamhet kan skönjas när det gäller användningen av formuleringar som uttrycker likgiltighet för andras liv. Formuleringar av grov oaktsamhet knyts hellre till riskuppsåt i kombination med specifika aktsamhetsregler i trafiklagstiftningen, som t ex anpassning av hastigheten. Antalet fall, där BrB kap 3 § 7 st 2 tillämpas på gärningar begångna i trafiken, är emellertid litet i domsmaterialet.

Liksom vid uppsåtligt dödande finns framförallt vid erkännande och förnekande en tendens till rudimentära skuldmotiveringar. I de allra flesta erkännandena (71%) och i hälften av förnekandena (50%) har explicita formuleringar av skulden inte förekommit. Detta skall jämföras med att TT:s invändning mot att oaktsamheten inte skall bedömas som grov renderat en utförligare oaktsamhetsbedömning i samtliga fall. Till detta skall sägas att denna invändning ofta framförs som en invändning mot åklagarens rättsliga bedömning av den grova oaktsamheten utan att de faktiska omständigheterna bestreds. Ungefär halva antalet av alla fullständiga förnekanden utgörs också av sådana i princip rättsliga invändningar. Man vitsordar de faktiska omständigheterna men hävdar att denna erkända gärning inte skall bedömas som vårdslöshet i trafik och som oaktsamt dödande.

Oaktsamheten motiveras självständigt i mycket få fall beträffande effekten annans död. Sammanlagt finns endast i två fall explicita särskilda redovisningar av oaktsamhetsformuleringar till effekten annans död. Istället görs ofta en oaktsamhetsbedömning av uppträdandet i trafiken, varpå domstolen konstaterar kausalitet mellan dödsfall och händelse. I många fall har domstolarna knutit oaktsamheten i förhållande till dödsfallet direkt till oaktsamheten i trafikbrottet genom att TT ansetts oaktsam, därför att TT varit vårdslös i trafiken. Dessa fall framgår av klassen AktsR. Men både denna klass och klassen 0-res har det gemensamt att oaktsamheten oftast inte självständigt motiverats för dödandet utan antingen inte alls berörs eller förbinds med bedömningen av trafikbrottet.

5.4.2.4 HUVUDKATEGORI II - EJ UPPSÅTLIGT DÖDANDE, SAMMANTAGET

De sammantagna negativa uppsåtsformuleringarna framgår av tabell 27.

Tabell 27

| Negativa uppsåtsformuleringar/ brottskategorier | Ej DD | Ej DE | Ej GU | Ej Motiv | Övriga | 0-res | Totalt |
|--|-------|-------|-------|----------|--------|-------|--------|
| Dom för vållande till annans död, ogillat åtal för uppsåtligt dödande; negativa uppsåtsformuleringar | 5 | 7 | 1 | 9 | | | 22 |
| Dom för grov misshandel, ogillat åtal för uppsåtligt dödande; negativa uppsåtsformuleringar | 9 | 32 | 15 | | 9 | 4 | 69 |
| Totalt | 14 | 39 | 16 | 9 | 9 | 4 | 91 |

De sammantagna oaktsamhetsbedömningarna framgår av tabell 28.

Tabell 28

| Oaktsamhetsformuleringar/ brottskategorier | CulpaG | RiskM | Likgilt | AktsR | 0-res | Totalt |
|--|--------|-------|---------|-------|-------|--------|
| Dom för vållande till annans död, ej i trafik, ogillat åtal för uppsåtligt dödande; oaktsamhetsformuleringar | 2 | 6 | | | 14 | 22 |
| Dom för vållande till annans död, ej i trafik, åtal för detta brott | 2 | 3 | 5 | 3 | 9 | 22 |
| Dom för vållande till annans död, i trafik, åtal för detta brott | | 5 | 4 | 29 | 27 | 65 |
| Totalt | 4 | 14 | 9 | 32 | 50 | 109 |

Innehållet i tabell 27 och 28 framgår av diagram 2 respektive 3.

Diagram 2

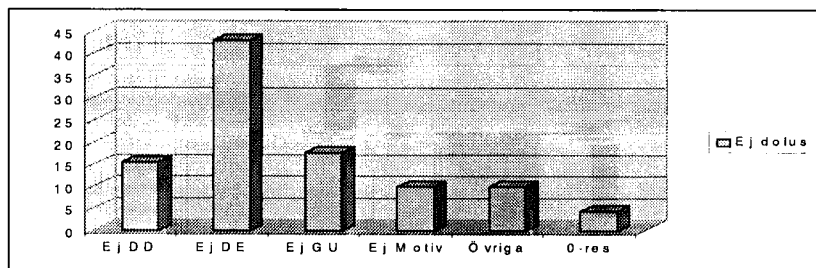
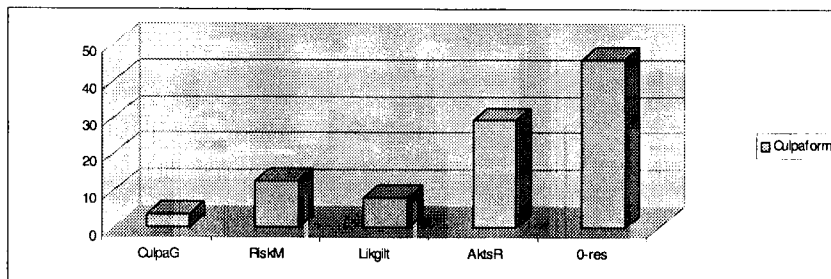


Diagram 3



Det sammanlagda resultatet visar tydligt att dolus eventualis' andra huvud-användning utöver vid försök är att fungera som ett positivt hypotetiskt prov för att motivera uppsåtsbrist vid ogillade åtal för uppsåtligt dödande. Vid sidan av dolus eventualis används främst det direkta uppsåtet, gärningsuppsåt och gärningens obegriplighet för att motivera att uppsåt ej föreligger. Den två senare motiveringarna har både bevisrättsliga och materiellrättsliga drag.

Oaktsamhetsformuleringarna domineras av klasserna 0-res och AktsR. Orsaken till klassen 0-res' dominans är det inflytande som uppsåtsfrågan genomgående också har på oaktsamhetsprövningen. Domstolarna prövar s a s bara skulden en gång i rättegången. Föreligger inte uppsåtsskuld, och fråga varit i målet om uppsåt, sker kvalifikationen av skulden som oaktsam mer eller mindre automatiskt som en culpa i form av ett "nästan-uppsåt".

Klassen AktsR:s relativa stora antal kunde tänkas ge stöd åt en objektiv culpa-prövning. Men motiveringarna avslöjar strängt taget inte annat än att domstolen funnit oaktsamheten, inklusive den så kallat personliga, uppenbar. Oaktsamheten kan också vara uppenbar för att ett relativt strikt ansvar tillämpas i trafikfallen. Oaktsamheten bestäms helt av avståndet till aktsamhetsregeln. Lika lite som man alltid anser sig tvungen att uttala sig om uppsåt då saken inte "förs in i" rättegången gör man det beträffande riskuppsåt eller andra sk individuella eller individualiserande drag i culpaprövningen i övrigt.

Domstolarna är restriktiva beträffande användningen av rekvisitet "uppenbart likgiltig för andras liv". Den grova oaktsamheten motiveras ofta med hjälp av olika former av riskmedvetande eller riskuppsåt.

Sambandet mellan den tilltalades inställning och skuldformuleringarna är präglad av att försvaret varit inriktat mot det uppsåtliga dödandet i dessa fall detta varit aktuellt. Men intrycket av en viss dispositionsrätt över rättegången består ändå även här.

5.4.3 HUVUDKATEGORI III – UPPSÅT VID DOMAR FÖR GROV MISSHANDEL

5.4.3.1 ÖVERSIKT ÖVER HUVUDKATEGORI III

I detta avsnitt undersöks domarna för den grova misshandeln när det gäller domstolarnas prövning av uppsåtet till misshandels gärningen. Huvudkategori III indelas i 5 olika brottskategorier enligt tabell 29 nedan.

Tabell 29

| Dom för grov misshandel; kategori 1-5 | 1. Självständig grov misshandel; åtal för uppsåtligt dödande | 2. Grov misshandel, osjälvständigt brott, åtal för uppsåtligt dödande | 3. Självständig grov misshandel i kombination med vållande till annans död, dels åtal för uppsåtligt dödande, dels för grov misshandel; "orena" brott | 4. Självständig grov misshandel, åtal för detta "rena" brott | 5. Grov misshandel, osjälvständigt brott, åtal för detta brott; "rena" brott | Totalt |
|---------------------------------------|--|---|---|--|--|--------|
| Totalt | 61 | 8 | 28 | 468 | 55 | 620 |

Alla dömda personer i kategori 1 och 2 åtalades för uppsåtligt dödande. Kategori 1 och 2 redovisas gemensamt i fortsättningen. I kategori 3 har jag sammanfört domar där åtal för uppsåtligt dödande ogillats (14 fall) och domar där den tilltalade, utan sådant åtal, åtalats för grov misshandel och vållande till annans död (14 fall). Sammanslagningen av kategori 1 och 2, samt i kategori 3, har skett för att nedbringa antalet kategorier. I kategori 4 och 5 åtalades och dömdes den tilltalade för grov misshandel.

5.4.3.2 DOMAR FÖR GROV MISSHANDEL (KATEGORI 1 OCH 2), "RENT" BROTT, ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.4.3.2.1 UPPSÅTSFORMULERINGARNA OCH DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Uppsåtsformuleringar vid grov misshandel, självständigt och osjälvständigt brott, framgår av tabell 30.

Tabell 30.

| Grov misshandel; uppsåtsformuleringar till den grova misshandeln | DD | DE | GU | Livsfara | 0-res | Totalt |
|--|----|----|----|----------|-------|--------|
| Totalt | 10 | 6 | 8 | 19 | 26 | 69 |

TT:s inställning framgår av tabell 31.

Tabell 31

| TT:s inställning | Erk | Ej minne | Ej uppsåt | Nödvarn | Förnek | Totalt |
|------------------|-----|----------|-----------|---------|--------|--------|
| Totalt | 0 | 8 | 31 | 6 | 24 | 69 |

5.4.3.2.2 KOMMENTARER

En jämförelse mellan de negativa uppsåtsformuleringarna i tabell 19 ovan och uppsåtet till misshandelsgärningen visar främst att dolus eventualis, som dominerat vid de negativa uppsåtsformuleringarna, helt kommit i skymundan vid uppsåt till misshandelsgärningen. Här dominerar istället gruppen 0-res stort. De allra flesta åtalen för uppsåtligt dödande i denna grupp gäller försök till uppsåtligt dödande. Detta, och att det rör sig om ogillade åtal, förklarar varför dolus eventualis dominerar de negativa uppsåtsformuleringarna när det gäller de ogillade åtalen för uppsåtligt dödande. Dessutom är ansvarsyrkandena i alla fall av grov misshandel i detta avsnitt andrahandsyrkanden från åklagaren. Den grova misshandeln befinner sig s a s i skuggan av frågan om uppsåtligt dödande.

Uppsåtsformuleringarna vad gäller misshandelsgärningen dominerades av två grupper, "0-res" och "Livsfara". I gruppen "0-res" ingår till största delen konstateranden (18 av 26) av grov misshandel som en direkt följd av att brottet inte kunde betecknas som (försök till) uppsåtligt dödande. Den andra stora gruppen utgörs av "livsfara", dvs ett av de alternativa rekvisiten för misshandelns grovhet enligt BrB kap 3 § 6 st 2. Dessa två "uppsåtsformer" innehåller inte mycket information om det närmare innehållet i uppsåtet. Om man räknar samman bägge grupperna, totalt 45 fall (26 + 19) och jämför det med hela antalet, 69 fall, skulle 65 % kunna sägas vara fall med ingen eller liten information.

De TT:s inställningar som dominerar, är dels uppsåtsinvändning i 31 fall, dels förnekanden i 24 fall. Det är, som ovan sagts, inte rättvisande att jämföra TT:s inställning med uppsåtsformerna för misshandelsgärningen, eftersom TT:s inställning helt domineras av bemötandet av åtalet för uppsåtligt dödande. Man finner inte heller här samma dominans för ett erkännande av misshandel av normalgraden, som finns då åklagaren åtalat för grov misshandel.

5.4.3.3 DOMAR FÖR SJÄLVSTÄNDIG GROV MISSHANDEL, "ORENT" BROTT (KATEGORI 3), ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE (14 FALL) OCH ÅTAL FÖR OAKTSAMT DÖDANDE (14 FALL)

5.4.3.3.1 ALLMÄNT

Vad gäller de negativa uppsåtsformuleringarna och oaktsamhetsformuleringarna har detta redovisats särskilt i samband med brottet vållande till annans död.²⁰⁸⁹ Här behandlas endast brottskategorins formuleringar av uppsåt och den tilltalades inställning såvitt avser misshandelsgärningen.

5.4.3.3.2 UPPSÅTSFORMULERINGARNA OCH DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Även i denna kategori är TT:s inställning i hälften av fallen påverkad av åtalet för uppsåtligt dödande. Här redovisas dock förhållandet, men med denna reservation.

²⁰⁸⁹ Se avsnitt 5.4.2.2.1f och 5.5.3.3f.

Fördelningen av uppsåtsformuleringar och TT:s inställning samt förhållandet mellan dessa vid fullbordad grov misshandel, orena fall, då åtalet gällt grov misshandel (14 fall) och uppsåtligt dödande (14 fall), framgår av tabell 32.

Tabell 32

| Brottskategori nr 3; uppsåtsform/ TT:s inställning | DD | DE | GU | Livsfara | Skadeuppsåt | 0-res | Totalt |
|---|----------|----|----------|----------|-------------|-----------|-----------|
| Erk | 2 | | 1 | 1 | 1 | 4 | 9 |
| Ej minne | 1 | | | | | 4 | 5 |
| Ej uppsåt | | | | 2 | | 2 | 4 |
| Nödvarn | | | | | 1 | 2 | 3 |
| Förnek | 1 | | | | 1 | 5 | 7 |
| Totalt | 4 | | 1 | 3 | 3 | 17 | 28 |

5.4.3.3.3 KOMMENTARER

Mönstret tycks vara ungefär detsamma som i rena fall av fullbordad grov misshandel. Åtalet för brottet vållande till annans död syns inte i någon högre grad påverka TT:s inställning eller uppsåtsformuleringarna på det sätt som åtal för uppsåtligt dödande annars gör. Skälet för detta är kanske att ogillandet av åtalet för uppsåtligt dödande mer eller mindre automatiskt medfört " i vart fall" ett konstaterande av grov misshandel.

5.4.3.4 DOMAR FÖR SJÄLVSTÄNDIG GROV MISSHANDEL, "RENT" BROTT (KATEGORI 4), ÅTAL FÖR DETTA BROTT

5.4.3.4.1 UPPSÅTSFORMULERINGARNA OCH DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Uppsåtsformuleringarna fördelning framgår av tabell 33.

Tabell 33

| Fullbordad grov misshandel; uppsåtsformer | DD | DE | GU | Livsfara | Ej olycka | 0-res | Totalt |
|---|----|----|----|----------|-----------|-------|--------|
| Totalt | 62 | 12 | 10 | 6 | 13 | 365 | 468 |

TT:s inställning framgår av tabell 34.

Tabell 34

| TT:s inställning | Erk | Erk missh | Ej minne | Ej uppsåt | Nödvarn | Förnek | Totalt |
|------------------|-----|-----------|----------|-----------|---------|--------|--------|
| Totalt | 14 | 107 | 91 | 51 | 61 | 144 | 468 |

Den tilltalades inställning i klassen 0-res var följande: Erkännande 100 %, Erkännande av misshandel 94 %, Ej minne och Nödvarn 84 %, Ej uppsåt 10 % samt förnekande 92 %.

5.4.3.4.2 KOMMENTAR

Gruppen 0-res dominerar i det närmaste fullständigt materialet. Av alla de 468 målen utgjorde klassen "0-res" 78 %.

Uppsåtsfrågan togs överhuvudtaget upp bara i något enstaka fall då inte TT rest någon form av invändning om uppsåtsbrist. Sambandet mellan den tilltalades fullständiga och partiella erkännande, och "0-res" är så gott som absolut. I förnekade mål fanns inte heller något nämnvärt antal uppsåtsresomang. Domstolarna utgick från att en beskrivning av gärningen och att gärningspersonen identifierats med den tilltalade var tillräckligt även i uppsåtsfrågan.

5.4.3.5 DOMAR FÖR OSJÄLVSTÄNDIG GROV MISSHANDEL (KATEGORI 5), "RENT" BROTT, ÅTAL FÖR DETTA BROTT

5.4.3.5.1 ALLMÄNT

De 8 fall av osjälvständigt brott, bl a förberedelse till grov misshandel, ingående i de "rena" fallen av grov misshandel med åtal för uppsåtligt dödande (kategori 2) redovisas inte här. De fall som redovisas här gäller endast försök till grov misshandel.

5.4.3.5.2 UPPSÅTSFORMULERINGARNA OCH DEN TILLTALADES INSTÄLLNING

Uppsåtsformuleringarna vid försök till grov misshandel fördelade sig på klasserna enligt tabell 35.

Tabell 35

| Försök till grov misshandel; uppsåtsformer | DD | DE | GU | Livsfara | Skadeuppsåt | 0-res | Totalt |
|--|----|----|----|----------|-------------|-------|--------|
| Totalt | 12 | 5 | 6 | 3 | 2 | 27 | 55 |

Den tilltalades inställning vid försök till grov misshandel framgår enligt tabell 36.

Tabell 36

| Försök till grov misshandel; TT:s inställning | Erk | Ej minne | Ej uppsåt | Nödv | Förnek | Totalt |
|---|-----|----------|-----------|------|--------|--------|
| Totalt | 6 | 7 | 7 | 3 | 32 | 55 |

Förhållandet mellan den tilltalades inställning och uppsåtsformuleringarna vid försök till grov misshandel framgår av tabell 37.

Tabell 37

| Uppsåtsform/TT:s inställning | DD | DE | GU | Livsfara | Skadeuppsåt | 0-res | Totalt |
|------------------------------|-----------|----------|----------|----------|-------------|-----------|-----------|
| Erk | 2 | 1 | | | | 3 | 6 |
| Ej minne | 1 | | 2 | | | 4 | 7 |
| Ej uppsåt | 4 | | 2 | | | 1 | 7 |
| Nödv | | | | | | 3 | 3 |
| Förnek | 5 | 4 | 2 | 3 | 2 | 16 | 32 |
| Totalt | 12 | 5 | 6 | 3 | 2 | 27 | 55 |

5.4.3.5.3 KOMMENTARER

I domskålen för domar för försök till uppsåtligt dödande skilde sig mönstret för uppsåtsformuleringarna avsevärt från fullbordat brott. Man kunde vänta sig att, i konsekvens med den tydliga skillnaden mellan försök och fullbordat brott vid uppsåtligt dödande, samma relationer mellan skuldformuleringarna skulle återfinnas här. Men så är inte fallet. Eventuellt kan detta bero på skillnaden mellan handlingsdelikt och effektdelikt.

I de 55 fallen av försök till grov misshandel med åtal för detta brott var detta inte fallet. Dolus eventualis används visserligen, men i ganska ringa utsträckning. Klassen GU finns i ett ökat antal fall i förhållande till den förra brottskategorin. Mönstret är däremot i huvudsak likt rena fullbordade fall av grov misshandel. Bundenheten vid TT:s inställning är något mindre, även om det är tydligt att exempelvis fall med nödvärnsinvändning inte innehåller något uppsåtsresonemang. Man har då koncentrerat sig på nödvärnsfrågan. Fall där erkännande och förnekande förekommer, domineras visserligen kraftigt av 0-res, men här finns ändå några kommentarer om uppsåt. Dessa är dock mycket knapphändiga och inskränker sig till konstateranden såsom att gärningen varit "uppsåtlig."

Dock finns en tendens att i något högre grad uttala sig om uppsåtsfrågan oberoende av TT:s inställning vid försök än i förhållande till de övriga rena fallen av grov misshandel med åtal för detta brott. Detta överensstämmer med de tidigare iakttagelserna om betydelsen av försök som "avsikt". Frågan om uppsåt är så redan införd i rättegången i och med brottstypen.

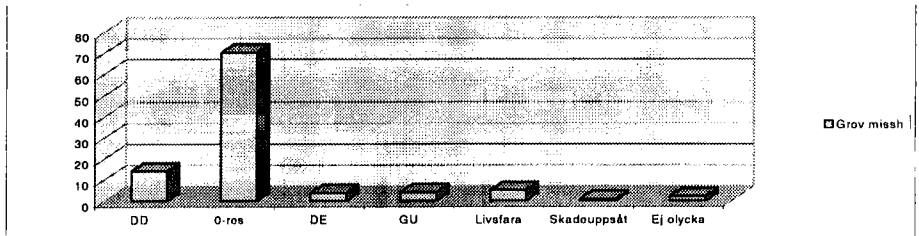
5.4.3.6 HUVUDKATEGORI III - GROV MISSHANDEL SAMMANTAGET

Fördelningen av uppsåtsformuleringarna avseende misshandelsgräningen vid grov misshandel framgår av tabell 38 och diagram 4.

Tabell 38

| Grov misshandel: skuldformer | DD | DE | GU | Livsfara | Skade-upsått | Ej olycka | 0-res | Totalt |
|---------------------------------|----|----|----|----------|--------------|-----------|-------|--------|
| Totalt | 88 | 23 | 25 | 31 | 5 | 13 | 435 | 620 |

Diagram 4



Den tilltalades inställning framgår av tabell 39.

Tabell 39

| Grov misshandel, fullbordat och osjälvsständigt brott; TT:s inställning | Erk | Erk missh | Ej minne | Ej uppsått | Nödv | Förnek | Totalt |
|---|-----|-----------|----------|------------|------|--------|--------|
| Totalt | 29 | 107 | 111 | 93 | 73 | 207 | 620 |

Det är inte möjligt att skapa en rättvisande bild över förhållandet mellan totalantalet uppsåtsformuleringar och TT:s inställning, eftersom i ett så stort antal som 83 fall (dvs 69 fall av grov misshandel, åtal för främst försök till uppsåtligt dödande och 14 fall av åtal för uppsåtligt dödande i kombinationen grov

misshandel och vållande till annans död) TT:s inställning dominerats av de framgångsrika försöken att bemöta åtalet för uppsåtligt dödande. Jämförelsen mellan TT:s inställning och uppsåtsformuleringarna har därför gjorts i första hand när det gäller brottskategorierna nr 4-5.²⁰⁹⁰

Klassen 0-res dominerar stort med omkring 70 % av alla fall. Fenomenet har kommenterats i samband med redovisningen av kategori nr 4.

5.5 TYPFALL

5.5.1 ALLMÄNT

För att inte belasta framställningen med ett alltför stort antal rutinfall, t ex rena dolus eventualisformuleringar eller rena gärningsuppsåtsformuleringar, som fullständigt motsvarar mallarna i respektive prejudikat, har proportionen svåra fall i förhållande till lätta fall i materialet ökat i typfallsgenomgången. Ungefär 25% av hela materialet kan sägas vara svåra fall, medan nästan hälften av typfallen är svåra fall. Som svåra fall betraktas de formuleringar som inte utan vidare låter sig inordnas i någon av de här angivna klasserna eller som innehåller olika formuleringar av skulden, vilka var för sig skulle kunna placeras i olika klasser.

Av förut angivna skäl är typfallen från uppsåtligt dödande, främst mord, överrepresenterade i förhållande till brottskategoriens andel av det totala antalet fall i materialet.

Vissa grupper innehåller fler rutinfall än andra. Ett exempel på detta är grupperna "DD" och "0-res", såvitt det i den senare gruppen helt saknats skuldresonemang. Som svåra klassificeringar har t ex tingsrätternas dubbelgarderingar betraktats. Det skall betonas att klassificeringen av de enskilda särskilt svåra fallen kan diskuteras. Jag vidhåller däremot att alla de klassificeringar som gjorts är möjliga att göra. Indelningen i svåra fall och rutinfall är självfallet i sin tur många gånger svår att göra. Vid varje typfall har anmärkts om fallet ansetts som ett rutinfall eller ett svårt fall (med bokstaven R respektive S i rubriken).

Typfallen redovisas efter brottskategorierna enligt indelningen i huvudkategorierna. Kommentarer till typfallen görs löpande efter de formuleringar av skulden eller TT:s inställning, som uppträder i de olika fallen. I anslutning till ett och samma fall, oberoende inom vilken brottskategori fallet redovisas, kan alltså kommentarer finnas till en negativ uppsåtsbedömning när det gäller

²⁰⁹⁰ Indelningen i brottskategori 1-5 se tabell 28 ovan.

uppsåtligt dödande, uppsåt till en misshandelsgärning, en oaktsamhetsbedömning och till TT:s inställning.

5.5.2 UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.5.2.1 MORD

5.5.2.1.1 SJÄLVSTÄNDIGT BROTT

KLASSEN "DD"

Sollentuna tingsrätt DB 288/90 (R)

Den tilltalade överraskade en kvinna (offret) i hennes hem i Ulricehamnstrakten, efter att han rest ner från Stockholm på grund av ett tips han fått under en anstaltsvistelse. Efter övernattnig och bevakning av kvinnans villa, bröt han sig in i villan, försedd med en kofot och ett hagelgevär. Hagelgeväret användes för att slå ihjäl offret med ett stort antal slag mot huvudet. Tingsrätten beaktade den tid som fanns till eftertanke mellan mötet med offret och hennes död samt misshandelns utdragna förlopp.

Tingsrätten anförde:

Detta och övriga omständigheter pekar på att TT inte bara misshandlat offret så grovt att hon avlidit genom hans vållande utan att han vid sitt handlande insett att hon kunde dödas och under det sista skedet också åsyftat detta. Däremot finns det inte något som tyder på att han redan före ankomsten hade några direkta planer att just vid detta tillfälle bringa henne om livet.

Tingsrätten säger uttryckligen att TT "åsyftat" offrets död. Formuleringen ansluter således till ett traditionellt direkt uppsåt.

Göteborgs tingsrätt avdelning 9:3 DB 920/90 (R)

I målet åtalades bl a två TT, nr 1 för mord och TT nr 2 för medhjälp till mord. Dessa lurade offret, som de TT:e hade något otalt med, att följa med på en bilfärd genom att lova offret en dos amfetamin. Offret lockades med till bilen och tvangs in i bagageutrymmet under vapenhot med TT nr 1:s hagelgevär. De TT:e hade planerat att binda offret naken vid ett träd i skogen och sedan lämna honom där. Under bilfärden framkom att TT nr 1 hade för avsikt att döda offret. Bilfärden avslutades på en skogsväg, där offret tvingades ut ur bilen och bands vid en grind. Därefter kastade TT nr 2 kniv på offret, utan att träffa. TT nr 1 sköt sedan offret med två hagelskott i ryggen från nära håll, så

att offret omedelbart avled. Enligt tingsrätten anförde TT nr 1 följande som sin inställning till åtalet:

TT nr 1 har i allt väsentligt vitsordat omständigheterna i gärningsbeskrivningen; dock att han förnekat att han under bilfärden från Göteborg eller senare haft för avsikt att beröva offret livet. Han har vidgått att han mot denne avlossat två skott, av vilka offret avlidit. TT nr 1 har medgett ansvar för grov misshandel och vållande till annans död.

Tingsrättens bedömning var följande:

Genom TT nr 2:s uppgifter är styrkt att TT nr 1 redan under färden mot Tjörn talat om att döda offret.

Av utredningen framgår att TT nr 1 på ett avstånd av tre - fyra meter avlossat två skott i ryggen på offret med det avsågade hagelgeväret och att denne avlidit till följd av skadorna av det ena skottet. Det är uppenbart att TT nr 1, då han sköt, insåg att offret skulle dö. TT nr 1 skall därför fällas till ansvar för uppsåtligt brott. Gärningen är att bedöma som mord.

Uppsåtsformuleringen är utformad som ett traditionellt indirekt uppsåt. Samtidigt talar betoningen av yttrandet och användandet av termen "uppenbart", situationen som den refereras samt frånvaron av andra motiv än hämnd för att uppsåtet inte på något sätt ligger på gränsen mot oaktsamhet. Tingsrätten har dessutom inte ens antytt att målet för verksamheten - kidnappningen och skotten - skulle varit att skrämja eller att inte döda.

Uppsåtsformuleringen motsvaras således av vad som förväntas av ett "bestämt" traditionellt indirekt uppsåt.

Stockholms tingsrätt Avd 11:1 DB 259/90 (R)

Både TT och offret sysslade med illegala vapenaffärer och var förmodligen konkurrenter. Offret ville köpa två pistoler av TT, och TT erbjöd då offret två 9-millimeters pistoler för sammanlagt 20 000 kr. I en bil tillsammans med två kamrater avslöjade TT att han skulle "blåsa" en person och "sätta en kula i huvudet" på denne. Efter att han tagit emot betalningen för vapnen beordrade TT offret att ta på sig en svart huva för att, som TT påstod, vapenleverantörerna inte ville bli sedda. Den tilltalade dirigerade sedan offrets bil till en helt mörk parkeringsplats. Framkomna till parkeringsplatsen gick TT till den egna bilen och hämtade en pistol, tryckte den mot offrets vänstra öra och sköt. Kulan, som var halvmantlad, gick in genom örat och ut genom hjässan. Offret blev genast medvetslöst. Efter att ha kört en mycket kort sträcka gav TT kamraten som körde order att stanna, varefter TT återvände till offret, rätade upp

offrets huvud och sköt offret i tinningen. Skottet gick igenom offrets huvud, ut genom högra örat och in i bildörren på passagerarsidan.

TT förnekade mord men underkastade sig ansvar för grovt vållande till annans död, och hävdade att det första skottet avlossats av våda och att offret kunde ha varit dött när TT avsiktligt avlossade det andra skottet.

Tingsrätten gjorde följande bedömning av uppsåtsfrågan:

...omständigheterna ... talar entydigt för att TT avlossat det första skottet avsiktligt. Den omständigheten att en van och med vapen väl förtrogen skytt avsiktligt avlossar ett påsittande skott mot huvudet på en annan människa styrker åklagarens påstående att TT haft ett direkt uppsåt(sic) att beröva offret livet. Det faktum att TT avlossat ytterligare ett skott ger ytterligare stöd åt detta. Tingsrätten finner därför att TT övertygats om mord i enlighet med gärningspåståendet...

Det direkta uppsåtet ansågs alltså styrkt, trots invändningen om våda, på grund av en allmän erfarenhetssats att en van skytt, som gör på det sagda viset, har direkt uppsåt. Tingsrätten nöjer sig alltså inte med att konstatera ett indirekt uppsåt. Skillnaden mellan indirekt och direkt uppsåt markerades redan av åklagaren i åtalet, och kan antas ha haft en viss relevans för straffvärdet. Tingsrätten drar slutsatsen av gärningen och dess kontext att TT "haft ett direkt uppsåt". Tingsrätten markerar således att uppsåtet inte observeras direkt utan indirekt genom de yttre omständigheterna. Sätillvida är fallet exempel på en formulering som helt överensstämmer med den traditionella uppsåtsläran.

Uppsala tingsrätt DB 246/90 (S)

Två TT, TT nr 1 och TT nr 2, angrep offret med en pennpistol, kniv och järnrör. Offret slogs ned med knytnävsslag av TT nr 1 och sköts med pistolen i nacken av TT nr 2, varefter offret föll ihop, svårt skadad. Han reste sig emellertid upp till sittande ställning. I denna ställning knivhöggs han i ryggen två gånger av TT nr 1. Därefter slog TT nr 1 i raseri ett stort antal slag mot offrets huvud, kropp och händer så att han förblev liggande. Efter detta högg TT nr 1 offret med kniven igen flera gånger i halsen och bröstet. Slutligen släpades offret bort till en sopcontainer, och då han gav ifrån sig en rossling högg TT nr 1 offret ännu några gånger. Motivet för TT nr 1 antogs vara hämnd för att offret "tjallat" i samband med vissa knarkaffärer.

TT nr 1 dömdes för mord och TT nr 2 för medhjälp till mord.

TT nr 1 medgav ansvar för misshandel, men uppgav att uppsåt att beröva offret livet inte förelåg. TT nr 1 medgav att hans handlande orsakade offrets död.

Tingsrätten anförde bl a:

Det följande händelseförloppet kan visserligen,... delas upp i olika moment men bör enligt tingsrättens mening betraktas som en helhet, där envar av TT nr 1 och TT nr 2 skall bedömas efter sitt uppsåt och sin medverkan.

När det gäller TT nr 1 har han inlett det som senare måste betraktas ha övergått i rena slakten av offret. Det är möjligt att uppsåt att döda offret inte förelegat vid det första knytnävsslaget. Offrets beteende och händelseförloppet i övrigt - TT nr 2:s skott - har med säkerhet haft betydelse för den fortsatta utvecklingen.

Efter det att TT nr 1 satt kniven i ryggen på den då skottskadade och försvarslöse A (offret; SC) och därefter med järnröret besinningslöst slagit offret ett stort antal gången måste TT nr 1 insett att det förelåg stor risk för att offret skulle komma att skadas allvarligt. Definitivt måste han anses ha haft klart för sig, att risk för offrets död förelåg när han återigen satte kniven i offret, denna gång i halsen och bröstet. Trots detta fullföljde han - ty offret rosslade ju fortfarande - i sista skedet med ytterligare knivstick. Det gällde att få tyst på offret. TT nr 1:s gärning är tveklöst att bedöma som mord.

Uppsåtsformuleringen bär en viss prägel av sannolikhetsuppsåt; risk har insetts och gärningen har fullföljts trots denna risk. Men samtidigt betecknas förfarandet som "rena slakten". Det är inte ovanligt att gärningen beskrivs som en "ren avrättning". Rätten konstaterade i några fall att det *därför* var fråga om uppsåtligt dödande.

Man använder sig också här av ordet "definitivt" för att beteckna risken för offrets död. Gärningen ansågs dessutom "tveklöst" som mord. Förmodligen syftar detta främst på att dråp inte kan komma ifråga.

Det som betecknas som "rena slakten" kan inte betraktas som ett gränsfall i förhållande till oaktsamhet, trots att något som liknar sannolikhetsuppsåt använts. En person som utför en "ren slakt" av en människa inser inte bara en risk, utan en sådan beskrivning omfattar en bestämd inriktning på att åstadkomma annans död. Antingen får man ta framförallt uttryckssättet "ren slakt" och formuleringen "tveklöst att bedöma som mord" på allvar eller beskrivningen att endast en risk insetts. Tingsrätten kan inte hävda bägge påståendena. Jag har valt att främst beakta den förra formuleringen, som motsvarar ett traditionellt direkt uppsåt.

KLASSEN "DE"

Stockholms tingsrätt avdelning 19:1 DB 1693/89 (S)

Den tilltalade körde till Malmkillnadsgatan efter bio- och restaurangbesök med viss alkoholförtäring. Offret, som var prostituerad, knackade på bilrutan och erbjöd TT sina tjänster. De kom överens om samlag mot en betalning av 400 kr. Hon steg in i bilen och de for iväg till en annan plats där samlag inlededes. Den tilltalade kunde emellertid inte fullborda samlaget. Enligt TT blev han arg efter en kommentar från hennes sida beträffande hans bristande potens och fällde henne till marken, varpå hon började skrika. I syfte att skrämma henne tog han en bräda från en närbelägen hög och höll den i axelhöjd. Den tilltalade påstod att därefter blev allt svart för honom, och efter att han vaknat upp körde han av misstag över henne en första gång och fullföljde detta ytterligare två gånger. De sista gångerna var för att han såg att hon var död och ville försvåra identifieringen av henne. Den tilltalade erkände att han berövat offret livet. Han bestred att han haft avsikt att döda henne, men medgav att han misshandlat henne och vållat hennes död.

Tingsrätten ansåg att det var utrett att TT vid två tillfällen slagit offret i huvudet med en bräda och därefter kört över henne med bilen tre gånger och anförde vidare:

Strax efter slagen vid det andra tillfället satte sig TT i bilen. Att han i det skedet trodde att offret var död förefallet inte helt osannolikt. Han hade däremot inte vidtagit någon åtgärd efter det sista slaget för att kontrollera om hon var död eller ej. Han måste enligt tingsrättens mening ha förstått att hon alltjämt kunde vara vid liv. I det skedet vidtog han en backningsmanöver väl medveten om att offret låg helt nära bilen på ett sådant sätt att backningen som var en nödvändig följd innebar att hon, för den händelse hon alltjämt var vid liv, skulle åsamkas dödliga skador. Även om TT inte med säkerhet kände till att offret, när han backade, ännu var vid liv, är tingsrätten övertygad om att han skulle ha genomfört backningen också med denna kännedom. Denna övertygelse grundar tingsrätten på TT:s agerande strax före och efter backningen. Han har således kort före denna slagit henne på ett uppenbart livsfarligt sätt och omedelbart efter backningen kört över henne ytterligare ett par gånger. Under hela händelseförloppet har han visat en uppenbar ligkiltighet för hennes liv.

Det är, som tidigare nämnts, tillförlitligen utrett att offret vid TT:s backning erhöll dödliga skador. Med hänsyn härtill och då tingsrätten är övertygad om att han skulle ha genomfört den även med

kännedom om att hon då var vid liv, skall TT dömas för att med avsikt ha berövat henne livet.

Uttryckssättet att backningen var en "nödvändig följd" är svårtolkat. Förmodligen har man menat att en sådan backning som utfördes, nödvändigtvis skulle orsaka döden.

Man kunde tänka sig att tveksamheten om offret var vid liv eller inte medfört att TT tillgodoräknades denna tveksamhet. Att offret är vid liv i gärningsögonblicket anses avgörande för om effekten annans död kan tillskrivas gärningspersonen. Om inte detta faktum är styrkt, föreligger inget dödande. Det ansågs emellertid styrkt att offret dödades av backningsmanövern och därmed att hon var vid liv, innan denna manöver utfördes.

Frågan i målet är således om TT hade vetskap om eller eventuellt uppsåt till denna omständighet. Tingsrätten ansåg det *inte* vara styrkt att TT kände till om offret fortfarande levde vid överkörningen. Däremot ansåg tingsrätten att TT måste ha förstått att offret *kunde* vara vid liv. För att konstatera uppsåt till detta gärningsmoment med hjälp av det hypotetiska provet i *dolus eventualis* måste domstolen därför också kunna fastslå att TT skulle ha handlat som han gjorde, om han känt till om offret varit vid liv. Detta konstateras också. Sätillvida är det fråga om en klassisk formulering av *dolus eventualis*. Detta är skälet till att formuleringen hänförts till gruppen DE.

I den sista meningen säger emellertid tingsrätten att TT "...med avsikt berövat offret livet." En sådan formulering är inte vanlig vid eventuellt uppsåt utan tyder närmast på ett direkt uppsåt.

Skuldresonemanget i anslutning till bedömningen av gärningen överensstämmer också i huvudsak med en traditionell formulering av oaktsamheten vid grov vårdslöshet i trafik och vållande till annans död enligt TBL § 1 st 2: TT har "...visat uppenbar ligkiltighet för hennes liv." TT hade enligt denna formulering ett typiskt riskuppsåt men inte uppsåt till annans död. Den uppenbara ligkiltigheten för hennes liv är inte formellt annorlunda än vad som grundar ansvar för oaktsamhetsbrotten grov vårdslöshet i trafik och vållande till annans död, eftersom dödandet skedde genom bilkörning. Ligkiltigheten förknippas emellertid också med slagen med brädorna och uttrycker därmed en sådan ligkiltighet, som ofta ger upphov till ansvar för uppsåtligt dödande i andra liknande sammanhang. Fallet är därför inte ett typiskt trafikfall oberoende av om det formellt har flera likheter med dödande genom trafikhändelse.

Handens tingsrätt DB 507/89 (R)

Den tilltalade kom till platsen för ett valborgsmässofirande tillsammans med flera kamrater. Han kom i gräl med offret, som han stack med en stilett i ma-

gen. Stiletthugget skar av stora kroppspulsådern och skadade andra ländkottan. Offret tog några steg åt sidan och föll därefter ihop och dog efter någon minut. Den tilltalade gick därefter från platsen med sina kamrater.

Den tilltalade erkände grov misshandel och grovt vållande till offrets död. Han förnekade uppsåt att döda, och hävdade att han inte insåg att hugget kunde orsaka offrets död.

Tingsrätten anförde:

Det är således utrett att TT uppsåtligt stack sin stilet i offrets mage så snabbt och hårt att spetsen inte stannade förrän mot dennes ryggrad och att offret avled av sticket. Frågan är om TT insåg att hugget kunde medföra offrets död, något som han förnekat. TT har varit beväpnad med ett vapen som inte har annat ändamål än att skada eller hota med. Ett stick eller hugg med ett sådant vapen orsakar nästan alltid svåra skador och medför i flertalet fall risk för dödlig utgång. Detta gäller i hög grad vid stick i buken, som innehåller många vitala organ och där risken för infektioner är stor. TT måste alltså ha varit medveten om denna risk. Han har kommit till platsen beväpnad med stiletten. Han har tidigare dömts för våldsbrott. Han hade förhållandevis lång tid på sig att begrunda situationen när han och offret stod mitt emot varandra. Offret gjorde inte något angrepp mot TT och utgjorde inte någon överhängande fara. Tingsrätten finner det utrett att TT vid sitt hugg var medveten om att offret skulle kunna avlida. Han har ändå utdelat hugget och inte brytt sig om att ta reda på utgången, något som sammantaget med övriga omständigheter klart visar att TT, även med vetskap om utgången, skulle ha utdelat hugg. Han har alltså gjort sig skyldig till uppsåtligt dödande som inte kan bedömas som mindre grovt, och ska dömas för mord.

Tingsrätten uppmärksammar inledningsvis dels skadans storlek och kraften, sättet och placeringen i hugget samt "vapnets ändamål". Tingsrätten talar alltså explicit om ett "objektivt" syfte hos ett vapen, i detta fall en stilet, och därmed gärningen. Gärningen och vapentypen anses alltså typiska för ett syfte att skada eller t o m döda. I en vanlig formulering av GU efter NJA 1977 s 630 skulle detta varit nog för att den som handlat på detta sätt "måste anses ha insett" effektens oundvikliga inträde eller efter NJA 1985 s 757 måste anses varit likgiltig för om offret levde eller dog. Här nöjer sig emellertid tingsrätten med att konstatera att TT "måste insett risken" för effekten.

I stället uppehåller sig tingsrätten, utöver en anmärkning om att gärningen inte utförts i hastigt mod, vid TT:s karaktär särskilt i förhållande till att han tidigare varit dömd och till att han inte brytt sig om att ta reda på det fortsatta utfallseffektloppet efter knivhugget. Dessa karaktäristika för dolus eventualis

visar alltså enligt tingsrätten "klart" att TT skulle ha utdelat hugget, även om han haft vetskap om utgången.

KLASSEN "GU"

Norrköpings tingsrätt DB 281/89 (S)

Den tilltalade fick ett telefonsamtal från sin broder, som berättade att han var på besök hos sin faders f d hustru (E) och att hon hade besök av en främmande man (offret). Den tilltalade förklarade att enligt chilensk kultur och sedvänja det inte kan accepteras att en gift kvinna umgås med män utanför familjekretsen i hennes makes frånvaro och när, som i detta fall, maken vistas på annan ort, åligger det den äldste sonen, dvs TT, att hålla uppsikt över hemmet och hustrun. När bröderna anlät slog en av TT:s bröder först offret med ett knytnävsslag innan TT högg offret med ett hugg med en stilett eller liknande kniv i hjärtat, så att offret avled efter en kortare stund. Den tilltalade bestred ansvar på grund av att offret avlidit av våda genom att komma emot en av honom i handen hållen och framåtriktad papperskniv.

Tingsrättens ansvarsmotivering löd:

Genom vad sålunda upptagits finner tingsrätten styrkt att TT uppsåtligen tilldelat offret det dödande knivsticket. Med hänsyn till knivstickets art måste en dödlig utgång ha för TT framstått som praktiskt taget oundviklig. Offrets död har därför omfattats av TT:s uppsåt.

Genom vad TT uppgivit får anses klarlagt vilka omständigheter som föranlett gärningen. Dessa är långtifrån av den arten att de bör medföra att brottet anses som mindre grovt. Förutom att offret berövats livet har gärningen innefattat en mycket svår kränkning av E och de barn som måste bevittna den. Tingsrätten anser därför att det inte heller i övrigt finns skäl att bedöma brottet som mindre grovt. TT skall alltså dömas för mord.

Fallet ansluter till NJA 1977 s 630: "Vid avsiktligt knivhugg av detta slag måste en dödlig utgång ha för gärningsmannen framstått som praktiskt taget oundviklig." Tingsrätten har emellertid inskränkt sig till att uttala sig om "arten" av knivhugget. Kraften och placeringen av hugget är inte explicita i formuleringen. Formuleringen "knivstickets art" kan dock anses innefatta även dessa preciseringar.

Vid gärningsuppsåt finns sällan särskilda yttranden, erkännanden eller annan tillgång till den "privilegierade" kunskapen TT anses besitta till uppsåtet. I detta fall hade TT en förklaring, som dock inte beaktades. Men denna nådde förmodligen inte upp till rimlighetsnivån.

Konstaterandet av insikten om effekten följer *omedelbart* av gärningens och knivstickets art och inte av uttalanden om vad TT tänkte eller om han endast hade avsikt att skrämmas, som han uppgav vara syftet med att hålla kniven. Uppsåtet konstateras i sin tur *omedelbart* som en följd av insikten. Konstaterandet av insikt om, och därmed uppsåt till, effekten har formulerats som något innefattat i gärningens manifestation i sinnevärlden. Denna insikt är endast ett annat namn på uppsåt.²⁰⁹¹ I det här först återgivna prejudikatet från 1912 har man använt sig av uttrycket "bestämdt åsyftat". I prejudikatet från 1985 och 1996 har HD slutligen valt uttrycket "likgiltighet" för att beteckna samma sak, dvs "rätt skuld". Alla dessa olika uttrycksformer är endast uttryck för "rätt skuld".

Våldets art, beskriven på detta mallartade sätt enligt NJA 1977 s 630 och de andra prejudikaten ovan, framstår som ett rättsfaktum och inte ett bevisfaktum, dvs som det faktum som har den *omedelbara* rättsföljden: uppsåtsansvar. Rättsregeln i detta fall kan uttryckas som att om någon gör gärningstypen i fråga, har vederbörande uppsåtsansvar om inget annat är tydligt. Detta innebär inte, som ovan sagts, att det här skulle röra sig om en presumtion i klassisk mening.²⁰⁹² Åklagaren har inte fått någon lättnad beträffande bevisbördan eller beviskrav; uppsåtet är i stället till fullo bevisat genom att det direkt observerats i gärningen som gärningens mening.

Handens tingsrätt DB 514/92 (S)

Tre personer befann sig i TT:s brors lägenhet och drack sprit. Den tilltalade kom till broderns bostad och drack en "75:a" brännvin på mycket kort tid. Den tilltalade och en av besökarna (L) hade varit "kompisar" och kände varandra väl. De hade varit "bästa polare" och aldrig bråkade med varandra enligt TT. Han mindes inte händelseförloppet särskilt tydligt, utom att han slagit en flaska i huvudet på L och stött den trasiga flaskan i ansiktet på honom. Därefter mindes han att han hämtat en kniv och att han utdelat 3 stick mot L. Han kunde inte förklara varför detta hänt, bara att han mindes att det hänt. Ytterligare en person (F) bland besökarna knivskars vid tillfället av TT. L intogs på sjukhus men behandlades inte för stickskadorna och lämnade sjukhuset samma kväll. Senare vid midnatt påträffades L livlös på en parkbänk. Rättsläkaren uppgav att om L behandlats på sjukhuset hade livet på offret eventuellt kunnat räddas.

Tingsrätten anmärkte att TT åtalats för mordförsök med en hammare och kniv mot en kamrat, utan att gräl eller meningsskiljaktigheter förekommit, under

²⁰⁹¹ Se avsnitt 2.3.5.3.2 och 2.3.2.1.2 under "Hassemers 'indikator katalog'".

²⁰⁹² Se avsnitt 2.3.2.1.2 under "Dolus ex re", 2.3.2.3 och 2.3.5.3.3.

liknande förhållanden år 1983, men att TT endast fällt för grov misshandel eftersom han inte ansågs ha uppsåt till att döda. Tingsrätten hade bl a följande motivering för ansvarsbeslutet:

Innan TT hämtat kniven har han uppenbarligen haft tid att besinna sig. Han har inte kunnat undgå att se att hans båda offer blött ymnigt. Det oaktat har han utdelat flera knivstick mot L:s överkropp i ett läge då denne måste ha befunnit sig i en mycket skyddslös situation. Knivhuggens antal och placering medger, enligt tingsrättens förmenande, ingen annan slutsats än att syftet varit att döda. Skadornas art och det sätt på vilket de tillfogats offret visar även att TT vid brottstillfället varit helt likgiltig för om offret skulle dö eller inte. TT kan därför inte undgå ansvar för uppsåtligt dödande.

Då gärningsuppsåt används, saknas ibland vanliga motiv, som t ex svartsjuka eller penningbegär. Fallet liknar på så sätt både prejudikatet NJA 1977 s 630, där vänskap förelåg mellan TT och offret, och det ovan refererade fallet i engelsk rätt, *Moloney*, som betraktas som ett klassiskt gränsdragningsfall beträffande gränsen mellan *intent* och *recklessness*.²⁰⁹³

Tingsrätten använder sig här av både begreppet *syfte och likgiltighet* för att beteckna "rätt skuld". Uttryckssättet "syfte" ligger närmast det äldsta prejudikatet ovan från 1912 och " helt likgiltig" närmast prejudikaten från 1985 respektive 1996.

Passagen om TT:s likgiltighet kan inte tolkas som ett traditionellt eventuellt hypotetiskt eller faktiskt uppsåt. I så fall hade tillägget varit utan mening. Syftet att döda fastställdes ju redan i den första meningen. Att därefter finna att TT visserligen inte syftat att döda, men att han insett risken och skulle ha dödat även om han haft visshet, eller att han inte avsett att döda men tagit effekten på köpet är motsägelsefullt. Tingsrätten använder sig inte av uttrycket "i varje fall varit likgiltig" utan säger att skadornas art och på vilket sätt de tillfogats visar *även* att TT varit helt likgiltig. Tingsrättens syfte med likgiltighetstillägget är förmodligen en slags dubbelgardering. Man vill använda sig av både prejudikatet NJA 1977 s 630 och NJA 1985 s 757. Men dubbelgarderingens utformning visar att likgiltighetsbegreppet endast används för att beteckna "rätt skuld", inte en attityd eller visad känsla av likgiltighet.

Södertälje tingsrätt DB 557/91 (S)

Offret var mycket illa tilltygat genom ett stort antal sparkar och slag mot huvudet och kroppen och kraftiga stampningar mot bröstet. Krosskador fanns i

²⁰⁹³ Se avsnitt 2.3.2.2.2 under "Homicide".

hjärnan, lungor, runt njurarna och levern samt även omfattande benbrott på revben och bröstben. Offret dödades i sin lägenhet. Samma kväll som gärningen begicks stoppade TT klockan 2220 en taxi och begärde hjälp. Han var helt genomvåt och mycket berusad samt påstod att det låg en död man i offrets lägenhet. Den tilltalade hade fallit i kanalen vid försök att göra sig av med sina kläder, som var nerblodade. Den tilltalade förnekade helt gärningen och påstod att han hittat offret död vid ett besök i lägenheten. Både offer och TT missbrukade alkohol.

Tingsrätten drog följande slutsatser av utredningen:

Genom den förebragda utredningen är till att börja med bevisat att offret bragts om livet genom en synnerligen omfattande och rå misshandel riktad mot huvud och kropp. Det kan vidare hållas för visst, att de anträffade träskorna, som uppenbarligen tillhört offret själv, använts som tillhyggen vid våldsutövandet. Den som utfört gärningen har, enligt tingsrättens bedömning visat en total likgiltighet för om offret skulle dö eller inte. Det har alltså varit fråga om ett uppsåtligt dödande.

Därefter förde Tingsrätten en omfattande argumentation för att TT var gärningsmannen och anförde slutligen:

...tingsrätten finner det kunna hållas för visst att TT är den person som berövat offret livet....TT skall därför dömas för mord.

Den exakta ordalydelsen i NJA 1985 eller 1977 års prejudikat används inte, även om anknytningen är tydlig. Genom uttrycket att "den som" gjort något som det ifrågavarande alltid har uppsåt, har tingsrätten betonat att uppsåtet alltid finns explicit i en sådan gärningstyp. Det personliga momentet i gärningsbedömningen är helt och hållet en fråga om identifikation av subjektet till gärningen. Denna formuleringstyp, där helt opersonliga "normalsubjekt" anses uppsåtliga i och med gärningstypen, varefter endast frågan om gärningsmannaskap återstår, återkommer i andra mordfall. Sättet att resonera överensstämmer med den gamla inkvisitionsprocessens indelning i en "opersonlig" generalinkquisition, där uppsåtet fastställdes och en "personlig" specialinkquisition där gärningsmannaskapet fastställdes.

KLASSEN "MEDVET"

Stockholms tingsrätt Avd 15:1 DB 298/91 (S)

Den tilltalade var kund hos offret, som handlade med knark. Efter att TT ansett sig blivit lurad genom ett "fulljack", sökte TT upp offret och försökte komma in i dennes lägenhet för att, som TT påstod, få tillbaka pengarna som han hade betalt för "fulljacket". Den tilltalade kom, efter flera försök, slutligen

in i offrets lägenhet. Den tilltalade hävdade att han mötts av offret, som hade ett hagelgevär, och i den brottningskamp som uppstod gick ett skott av och träffade offret i ansiktet. Tingsrätten fann att TT skjutit offret med ett påsittande skott i ansiktet och anförde vidare:

Motiv saknades inte för TT. V (ett vittne; SC) har omvittnat att han uppfattat offret som rädd för TT och till en början tvekade att släppa in denne. Vid en samlad bedömning finner tingsrätten det utslutet att offret avlidit till följd av ett vådaskott utan håller det ställt utom allt tvivel att TT uppsåtligt bragt honom om livet med ett hagelskott i hans huvud.

Tingsrätten bedömde alltså inte först om frivillighet uppfyllts, dvs om en handling enligt den kausala handlingsläran eller gärningskontroll förelegat. Invändningen om vådaskott, och i detta fall att hagelgeväret inte ens medförts av TT, bemöttes av att gärningen beskrevs som en annan handling med ett annat händelseförlopp och en annan mening. I fallet var inte enbart fråga om reflexinvändning som exempelvis i NJA 1976 s 183, "Skurborstskaftfallet", utan om en helt annan beskrivning av händelseförloppet. Men å andra sidan finns inte en artskillnad i förhållande till prejudikatet, eftersom gärningen och dess mening i tingsrättsfallet förändras fundamentalt från vådaskott till avsiktligt skott.

Referensen till "en samlad bedömning" är svårtolkad. Det är troligt att man främst syftat på den omständigheten att skottet varit "påsitande i ansiktet". Det kan anmärkas att beviskravet för uppsåtet uppfyllts med råge genom att formuleringen "utom allt tvivel" användes.

Uppsåtsformuleringen kan tolkas som ett vanligt direkt uppsåt. Men uppsåtet konstaterades omedelbart efter att invändningen om vådaskott avvisats. Inget sades närmare om vilken uppsåtsform som avsågs. Detta gör att formuleringen uppfyller kraven för klassen "Medvet".

KLASSEN "0-RES"

Nacka tingsrätt DB 50/91 (R)

En flicka, 23 år vid tillfället, var på väg hem från en fest och steg av vid en busshållplats, där hon utsattes för våldtäktsförsök och berövades livet i ett dike efter en våldsam strid, genom att halsen skars så gott som totalt av med en mattkniv. Den tilltalade anförde som sin inställning i målet att han förnekade gärningen och hävdade att han överhuvudtaget aldrig varit i kontakt med offret. En mycket omfattande utredning redovisades, och TT ansågs överbevisad om sitt gärningsmannaskap enligt följande slutmotivering:

En samlad bedömning av förebragt utredning och av TT gjorda invändningar.

Det är sedan länge en i rättstillämpningen erkänd princip att vid prövningen av mål av aktuellt slag en samlad bedömning bör göras (se bl a Rättsfall från hovrätterna 1985 sid 286 ff och NJA 1982 sid 541 ff).

Enligt tingsrättens mening medför en samlad bedömning i TT:s fall att det måste anses ställt utom allt rimligt tvivel - ja utom varje tvivel - att TT är gärningsmannen. Denne är följaktligen övertygad om mord genom att på sätt åklagaren har gjort gällande ha berövat offret livet.

Rätten behandlade alltså uteslutande "objektiva" rekvisit som "gärningen" och gärningsmannskapet. Tingsrätten markerade också, bl a genom sin rubrik, en bundenhet vid TT:s invändningar.

Handens tingsrätt DB 348/91 (R)

Den tilltalade och offret handlade enligt vissa vittnen antagligen med narkotika. Vid ett tillfälle sköt TT offret från nära håll med ett skott i bröstet och skadade därvid levern, bukspottkörteln, nedre hälvenen och tredje ländkotan. Offret avled av förblödning efter en timme. Den tilltalade erkände att han skjutit offret men bestred ansvar, eftersom han handlat i nödvärn. Han hävdade att han avvärjt ett påbörjat brottsligt angrepp mot sig själv. Ett vittne (V) berättade att han tillsammans med offret och TT var på väg till en annan kamrat och hörde hur TT och offret "halvbråkat" och skrikat åt varandra, och att TT därefter från ett avstånd av 4 meter skjutit offret i buken med en pistol.

Tingsrätten anförde följande:

Tingsrätten saknar anledning att inte sätta tilltro till V:s berättelse om nu behandlat händelseförlopp. Någon nödvärnssituation för TT kan enligt V:s berättelse inte anses ha förelegat. TT skall dömas för att uppsåtligen ha skjutit offret på sätt åklagaren påstått. Brottet är att bedöma som mord.

Ingenting anförs beträffande uppsåtet utom konstaterandet av att gärningen var utförd "uppsåtligen". Avvisandet av TT:s invändning om nödvärn och konstaterandet av gärningen är alltså tillräckligt för att en sådan gärning skall anses som uppsåtlig.

Det närmare händelseförloppet torde vara allmänt känt. Åklagaren yrkade ansvar för mord för att TT "upsåtligen berövat Olof Palme livet genom att med en revolver skjuta Olof Palme i ryggen." TT förnekade "...vad åklagaren lagt honom till last." Tingsrätten koncentrerade sig helt på gärningsmannaskapet och TT:s förnekande av gärningen. Uppsåtsfrågan berördes överhuvudtaget inte beträffande frågan om ansvar för mord. Ansvarsmotiveringen sammanfattades enligt följande:

Vad som nu har framhållits stöder sammantaget Lisbeth Palmes utpekande av TT i sådan grad att tingsrätten finner det utom varje rimligt tvivel ställt att han sköt de båda skotten.

Gärningen såvitt avser berövandet av Olof Palmes liv är att bedöma som mord.

Vad angår åtalet i övrigt är ej utrett att TT genom det andra skottet haft uppsåt att beröva Lisbeth Palme livet. Åtalet för försök till mord kan alltså ej vinna bifall.

Trots målets karaktär och att åtalet för försök till mord på Lisbeth Palme ogillades för att TT inte ansågs ha uppsåt till att döda, anfördes inget som helst uppsåtsresonemang när det gäller åtalet för mord. De dissidenter i tingsrätten som även ville ogilla åtalet för mord, anmärkte att motiv saknades men berörde inte heller uppsåtsfrågan. Tingsrätten koncentrerade sig helt på frågan om gärningsmannaskapet.

Mjölby tingsrätt DB 246/90 (S)

Offret hade varit gift med den kvinna, som TT sammanbodde med. Den tilltalade uppgav att offret hade misshandlat kvinnan vid ett flertal tillfällen, bl a slagit av henne käkbenet vid ett tillfälle och även efter skilsmässan hotat och bedrivit telefonterror mot henne. För att få slut på detta genomförde TT mordet genom att ringa på dörren hos offret och omedelbart, då offret öppnade dörren skjuta offret med flera skott. Den tilltalade erkände gärningen. Hans försvar var alltså ett slags nödvärn i den situation den föregående misshandeln och det nuvarande hotet framkallat. Tingsrättens ansvarsmotivering inskränkte sig till följande:

Tingsrätten finner att TT:s erkännande vinner stöd av utredningen och att gärningen är att bedöma som mord.

I ett ganska omfattande straffvärderesonemang anfördes bl a:

TT hade planlagt mordet under en längre tid. Han avlossade vid mordtillfället ett flertal skott mot offrets huvud. TT hade dessförinnan genom offrets uppträdande mot framför allt K (offrets f d hustru; SC) upplevt situationen som oerhört pressande. Med hänsyn härtill och till vad som blivit utrett om TT: s karaktär, finner tingsrätten att påföljden för mordet, trots att det var planlagt, bör bestämmas till fängelse i tio år.

Uppsåtet formuleras alltså endast som "planlagt" i straffvärdeprövningen. Referensen till planläggningen och ett flertal skott ger intrycket av ett direkt uppsåt. Fallet klassificerades här dock som "0-res", eftersom formuleringen av planläggningen helt saknades i ansvarsdelen, även om utförligare information av uppsåtsformen ges i påföljdsdelen. I detta fall kan tingsrättens sammantagna skuldresonemang vara acceptabelt, i och med att man kan se "planeringen" som en nyansering av den obefintliga uppsåtsformuleringen i ansvarsdelen.

Karlstads tingsrätt DB 623/89 (S)

Den tilltalade dödade sin hustru med en hammare och en skruvmejsel. Offret hade sjuutton krossår i huvudet och skador på armar, ben och bål samt många stickskador på hela kroppen, varav åtta gick in i halsen och bålens inre. Motivet var svartsjuka och misstanke om hustruns otrohet, som enligt TT var det värsta brott någon i hans "kulturella livsmönster" kunde göra sig skyldig till. Som sin inställning i målet angav TT att han erkände gärningen men invände att den skulle "rubriceras som dråp". I sin berättelse uppgav han bl a följande:

Hon uppmanade honom att ta sina kläder och gå. Han kände sig kränkt av hennes agerande och gick till en garderob i hallen där han hämtade en hammare och en skruvmejsel. Hans avsikt var att hota offret med verktygen och få henne att känna sig rädd. Han kan inte bestämt uppge varför han hämtade verktygen, men han ville bevara sin heder...Han slog offret med hammaren, ett slag som träffade huvudet. Han hade då inte för avsikt att döda henne utan ville få henne att bekänna sin otrohet. Offret medgav att hon hade ett förhållande med R och berättade att R uppmanat henne att lägga gift i TT:s kaffe. Han tappade efter detta helt besinningen och minns inte något av vad som hände förrän hans äldste son skrek på honom någon gång mellan kl 0700 - 0715. Han kan erinra sig att han höll både hammare och mejsel i händerna men kan inte beskriva hur han förgrepp (sic) sig mot hustrun.

Egentligen föreligger här en inskränkning i erkännandet, såtillvida att han i sin berättelse hävdar bristande uppsåt och en slags blackout. Tingsrätten avgjorde ändå ansvarsfrågan för uppsåtligt dödande summariskt enligt följande:

Genom TT:s erkännande och utredningen i målet finner tingsrätten styrkt att TT uppsåtligt berövat sin hustru livet.

Därmed anses alltså uppsåtsfrågan till effekten avgjord av tingsrätten. Tingsrätten har utan omsvep accepterat erkännandet som avgörande för denna fråga, trots motsägelsen i berättelsen. En rimlig förklaring, utöver rättens tillerkännande av TT:s "dispositions rätt" i målet, är att rätten såg uppsåtet som en synlig mening i gärningen; tingsrätten begagnade sig av sin "rätt" att konstatera uppsåt ur själva gärningen och gick inte in på den i TT:s berättelse inbakade invändningen om bristande uppsåt.²⁰⁹⁴ Motiveringen kan dock förmodas varit annorlunda, om TT i sin inställning till målet tydligare hävdade uppsåtsbrist.

Efter att uppsåtligt dödande konstaterats, ägnade tingsrätten stor uppmärksamhet åt "...vad som föregått brottet och hur detta närmare tillgång." Som framgår av slutmeningarna i detta avsnitt i domskälen, är bakgrunden till detta förmodligen TT:s invändning att brottsrubriceringen skulle vara dråp och inte mord. Tingsrätten anförde i detta sammanhang bl a följande:

Den utredning åklagaren sålunda och i övrigt åberopat ger enligt tingsrätten belägg för att händelseförloppet inte varit helt kortvarigt och för att offret i en utsatt och helt underlägsen belägenhet på alla sätt sökt freda sig mot angreppen. Hon måste under dessa omständigheter ha försatts i en situation som varit ägnad att inge henne svår dödsångest. Hon har också bragts om livet med kraftigt övervåld och i en situation där TT visat hänsynslös likgiltighet för vad hans handlande har kunnat innebära för parets tre barn i rummet intill.

Även med beaktande (sic) av att TT får anses ha handlat i hastigt mod och, såsom det framgår av rättspsykiatriskt utlåtande den 14 november 1989, begått brottet under inflytande av själslig abnormitet, som dock inte är av så djupgående natur att den måste anses jämställd med sinnessjukdom, är brottet mot bakgrund av ovan redovisade omständigheter inte att anse som mindre grovt. TT skall därför fällas till ansvar för mord.

Inget straffvärderesonemang förekom. Det är tydligt att skillnaden mellan mord och dråp avgjordes på liknande grunder som straffvärdebedömningen ofta utgår från, nämligen genom att kvalificera brottet som mord huvudsakligen på grund av bedömningen av TT:s intentionalitet i förhållande till dödandet. Tingsrätten bortsåg från att TT i viss mån handlat i "hastigt mod", och var behäftad med viss själslig abnormitet samt dessutom visat en viss hänsynslös likgiltighet, dock inte i förhållande till offret, utan i förhållande till

²⁰⁹⁴ Se avsnitt 2.3.5.3.3.3 under "'Stureplansmorden' – NJA 1996 s 27".

parets barn. Det senare momentet avsåg en uppsåtlig underlåtenhet att beakta barnens närvaro.

5.5.2.1.2 OSJÄLVSTÄNDIGT BROTT

ALLMÄNT

Endast försök till mord behandlas i avsnittet, eftersom denna form av osjälvständigt brott är helt dominerande.

KLASSEN "DE"

Stockholms tingsrätt avdelning 13:1 DB 632/91 (R)

Den tilltalade högg offret med två hugg, ett i höger armhåla och ett i ljumsken. Med mycket små marginaler räddades offret till livet. Den tilltalade var tidigare dömd för narkotikabrott. Den tilltalades inställning till målet sades vara:

TT har erkänt vad åklagaren lagt honom till last. Han har gjort gällande att han ej haft uppsåt att beröva offret livet och att gärningen därför är att bedöma som grov misshandel utförd efter viss provokation.

Sammanfattningsvis kan man säga att TT anses ha "erkänt gärningen" men med en uppsåtsinvändning. Uttryckssättet är särskilt intressant, eftersom det gällde försök. Den tilltalade angav att han velat skrämma offret med kniven men att offret tagit ett livtag på honom, vilket orsakade att han i panik försökte hugga sig fri. Tingsrätten fann att offret försökt hindra TT från att köra bil i kraftigt berusat tillstånd. Tingsrätten motiverade ställningstagandet om uppsåt enligt följande:

Tingsrätten finner omständigheterna vid knivhuggen inte ha varit sådana att det kan anses visat att TT haft direkt uppsåt att beröva offret livet.

Vad angår frågan om eventuellt uppsåt finner tingsrätten att TT måste ha insett att hans handlande kunde medföra dödlig utgång. Vid den fortsatta prövningen av det eventuella uppsåtet beaktar tingsrätten följande. TT har varit kraftigt alkoholpåverkad. Offrets åtgärder har gått ut på att söka hindra TT att föra bilen i hans uppenbart olämpliga tillstånd som bilförare. TT har ej låtit sig rätta av offrets och andras i vällovligt syfte framförda uppmaningar utan istället hämtat kniven. Med denna har han först hotat offret och sedan med kraft stött bakåt mot offret inte bara en utan två gånger. Han har känt att båda knivhuggen träffat offrets kropp. Han har enligt H (ett

vittne; SC) varit medveten om att han med det ena hugget träffat en ömtålig del av kroppen. TT har sett offret sjunka ihop till följd av knivhuggen. Det oaktat har TT springande lämnat platsen utan att vidare bry sig om offrets tillstånd. Av angivna omständigheter finner tingsrätten det kunna antagas att TT skulle ha utdelat knivhuggen även om han föreställt sig att detta skulle leda till döden. Av det upptagna är visat att TT genom sitt handlande uppsåtligt sökt beröva offret livet. Tingsrätten bedömer gärningen som försök till mord.

Tingsrätten anger alltså i traditionella ordalag explicit att direkt uppsåt skiljer sig från eventuellt uppsåt. Fallet är ett typiskt exempel på en gränsdragning med *dolus eventualis* enligt den traditionella uppsåtsläran.

Eslövs tingsrätt DB 183/91 (S)

Den tilltalade stack sin hustru med en kniv i bröstet och i höften. Motivet var en misstanke om att det minsta barnet inte var TT:s. Den tilltalade förnekade att han stuckit kniven i offret och påstod att offret anfallit honom och därvid skadat sig själv. Tingsrätten anförde följande:

TT har angripit offret och har, sedan han lyft hennes vänstra arm, huggit en kökskniv ungefär en decimeter djupt in i hennes vänstra sida i brösthöjd. Han har därefter tilldelat henne ytterligare ett lika djupt hugg i höften. Medan han gjort detta har han yttrat att han hade för avsikt att döda henne. Både Z och L (vittnen; SC) har hört hotelser från TT. Förfaringsättet och uttalanden i kombination tyder på att TT verkligen har haft för avsikt att döda offret. Om han inte haft direkt uppsåt därtill, så har han i varje fall medvetet, och med likgiltighet inför konsekvenserna därav, valt att handla som han gjorde trots att han insåg att faran för att offret skulle dödas var påtaglig. Han skall därför, enligt tingsrättens mening, fällas till ansvar för försök till mord.

Tingsrätten anförde vidare i motiveringen till beslutet om utvisning att det förelåg "...en betydande risk för att han upprepar sitt försök att ta livet av hustrun." Tingsrätten använder sig alltså av en miniminivå för uppsåtskvalifikationen, även om det indirekt framgår att tingsrätten utgått från att avsikt att döda hustrun förelåg vid gärningsögonblicket och det var "en betydande risk" för detta t o m vid huvudförhandlingen.

Formuleringen av uppsåtsmotiveringen tyder på faktisk *dolus eventualis*. Den tilltalade högg med kniven och tog medvetet effekten på köpet. Tingsrätten beskriver situationen som att en konkret fara för hustruns liv var påtaglig, trots att de fysiska skadorna blev måttliga.

Skälet till användningen av faktiskt eventuellt uppsåt kan vara att domstolen inte anser sig behöva uttala sig om mer än den lägsta graden och gränsdragningen mot culpa av uppsåt. Det är tänkbart att den måttliga skadan bidragit till valet av formulering.

Hässleholms tingsrätt DB 118/92 (S)

Den tilltalade knivhögg offret, som låg på golvet i hans egen bostad, efter att TT, tillsammans med två andra, misshandlat offret med ett stick mot vänstra sidan av bröstet. Den tilltalade var sedan ett år fientligt stämd mot offret. Den tilltalade påstod sig inte kunna minnas något av händelsen och kunde därför vare sig erkänna eller förneka gärningen. Han hävdade att gärningen begåtts under inflytande av patologiskt rus. Tingsrätten anförde ett omfattande uppsåtsresonemang enligt följande:

Genom ovanstående finner tingsrätten utrett att TT i varje fall hade för avsikt att allvarligt skada offret.

TT måste ha insett att om man knivhugger någon på vänstra sidan av bröstet är risken stor att den drabbade skall dö.

Insikten är alltså en insikt som på sedvanligt sätt tillvitats TT, eftersom detta är en allmän erfarenhetssats att alla som utför denna handlingstyp har riskuppsåt. En likartad formulering, dvs egentligen ett sannolikhetsuppsåt, är ibland tillräcklig för ansvar för uppsåtligt dödande.²⁰⁹⁵ Tingsrätten fortsatte emellertid:

Frågan är då om TT skulle knivhuggit offret om han varit viss om att denne skulle dö. Det skall då beaktas att knivhugget för att orsaka de av P (rättsläkaren; SC) anförda skadorna måste ha utdelats med rätt stor kraft. Till detta kommer vad som ovan sagts i samband med frågan om TT:s uppsåt och det förhållande att han - enligt V:s (ett vittne; SC) utsaga - fortsatte att slå offret efter knivhugget. Sammantaget visar alla dessa faktorer enligt tingsrättens mening att TT i varje fall varit helt likgiltig för om offret skulle dö eller inte. Det måste därför antagas att han skulle begått gärningen även om han varit viss om detta.

Frågan om patologiskt rus behandlas inte av tingsrätten i ansvarsdelen utan i påföljdsdelen, där tingsrätten avfärdar invändningen. Det är inte särskilt ovanligt, som förut påpekats, att ganska fritt blanda påföljdsfrågor såsom straffvärdefrågor med ansvarsfrågor i domskälen. Frågan om patologiskt rus tas emellertid ofta upp i ansvarsdelen, särskilt vid dråp. Dessa olika placer-

²⁰⁹⁵ Se detta avsnitt under "Klasserna 'SU' och 'Culpa'" och 5.5.2.2.2 under "Klassen 'SU'".

ingar av resonemangen antyder att tingsrätten ansett att frågan antingen är en uppsåtsfråga, dvs medvetande föreligger eventuellt inte, eller en fråga om tillräknelighet, dvs tillhörande påföljdsdelen.

Tingsrättens uppsåtsresonemang utgår från den traditionella frågan i det hypotetiska provet i dolus eventualis efter att insikt om risken för annans död fastställts genom ett objektiva resonemang. Rätten använder sig först av formuleringen i NJA 1985 s 757, för att därefter finna att denna likgiltighet borgar för ett jakande svar på det hypotetiska provet i dolus eventualis. Inget har dock tillförts argumentationen utöver vad som funnits i det första ledet, som är en vanlig variant av likgiltighetsuppsåtet eller gärningsuppsåt enligt NJA 185 s 757. Det är tänkbart att tingsrätten här dubbelgarderat sig med en traditionell formulering av dolus eventualis. Det är mer sannolikt att domstolen betraktat formuleringen av likgiltighetsuppsåt som en variant av dolus eventualis.

I sammanlagt nio fall har tingsrätterna på liknande sätt kombinerat likgiltighetsuppsåt med dolus eventualis.²⁰⁹⁶ Dessa fall har klassificerats som dolus eventualis. Två av dessa nio formuleringar refereras i korthet här nedan. Tingsrätten har i dessa fall, utan att använda sig av något hypotetiskt prov, enbart beskrivit avsikten som en följd av våldets typ och därefter använt dolus eventualis som ett namn för detta.

Malmö tingsrätt avdelning 5:1 DB 114/89:

Det av TT sålunda förövade våldet är av sådant slag att avsikten därmed enligt tingsrättens mening har varit att beröva offret livet. I varje fall måste TT då han förövade våldet varit likgiltig för om detta skulle leda till offrets död varför under alla omständigheter eventuellt uppsåt förelegat.

Malmö tingsrätt avdelning 5:2 DB 92/90:

Vad sedan gäller åtalet för försök till mord så talar TT:s åtgärd att åka hem och hämta geväret för att han ville hämnas för den misshandel han påstått sig blivit utsatt för. Med hänsyn till vad de båda målsägandena och P (ett Vittne; SC) uppgivit måste TT ha märkt att offret nr 1 och nr 2 befann sig i dörren. Han har riktat skotten mot den plats där de uppehöll sig. Det måste därför anses utrett att TT haft uppsåt - i varje fall s k eventuellt uppsåt - att döda offret nr 1 eller nr 2.

Dessa två fall bekräftar alltså en benägenhet att, trots att man uttryckligen dragit slutsatsen av gärningen att TT haft avsikt till annans död, man ändå vill

²⁰⁹⁶ Jfr även avsnitt 5.5.2.2.2 under "Klassen 'DE'".

ge uppsåtet namnet "eventuellt uppsåt". Det hypotetiska provet eller det faktiska konstaterandet av att effekten på något sätt accepterats är inte ens formellt utfört. Utöver att kanske tjäna ett dubbelgarderande syfte fungerar begreppet eventuellt uppsåt här bara som en rättslig beteckning för att skuldens miniminivå uppnåtts, dvs "rätt skuld" har förelegat. "Rätt skuld" består inte av att gärningen och dess effekter utgjort bieffekter, som tagits på köpet eller på annat sätt är sidoordnade i förhållande till TT:s syfte och/eller motiv, dvs ett s k indirekt eller eventuellt uppsåt, utan snarast av att ett direkt syfte eller strävan mot effekten förutsatts av tingsrätterna. Den tveksamhet om uppsåtet, som tingsrätten röjer och som får den att vilja dubbelgardera sig och använda eventuellt uppsåt som ett "lagligt" begrepp, verkar främst vara grundad i en viss osäkerhet om robustheten i bevisningen. Eventuellt uppsåt ter sig därför här som en "laglig" uppsåtspresumtion, som åberopas genom blotta namnet "eventuellt" uppsåt. Även om tingsrätterna verkar vara övertygade om gärningens mening genom våldets art och sättet på vilket det genomförts, tycks det inte riktigt räcka. Det är inte uteslutet att tingsrätterna i dessa fall utgår från ett "omöjligt" bevistema, dvs vad TT "egentligen" tänkte på.

KLASSEN "GU"

Göteborgs tingsrätt avdelning 9:1 DB 1251/89 (R)

Den tilltalade tillfogade offret, som var TT:s hustru, en stor mängd stick med en kniv, för att offret hade nekat honom samlag omedelbart innan, då makarna gick till sängs. Den tilltalade stack ut ena ögat på offret och högg henne i buken, så att levern och bukålan skadades livshotande. Den tilltalade erkände att han suttit på offret och stuckit henne med kniv men att han inte hade för avsikt att ta livet av henne. Tingsrätten anförde beträffande uppsåtsbedömningen:

Skadornas art och det sätt, på vilket de åstadkommits, visar att TT vid utdelandet av knivhuggen varit i varje fall likgiltig för om han tillfogade offret dödliga skador eller ej. TT skall därför fällas till ansvar för att uppsåtligen ha sökt döda offret. Tingsrätten finner gärningen vara att bedöma såsom försök till mord.

Motiveringen följde helt prejudikatet i NJA 1985 s 757.

Södertälje tingsrätt DB 28/90 (S)

Den tilltalade och en manlig bekant (M) till henne åkte med offret i den taxi, som offret var chaufför till. Eftersom offret inte fick betalt för sin körning vid framkomsten utlovades betalning i TT:s lägenhet. Offret följde med upp till lägenheten där M överföll offret och försökte dra in honom i lägenheten. Den

tilltalade kom då från köket med en kökskniv och högg offret i vänstra sidan av bröstet. Efter detta sparkade M offret i skrevet och drog in honom i lägenheten, där han föll omkull på golvet. M lade sig då över offret och började slå honom. Offret lyckades dock bli fri och fly trots att en bloddimma stod ut från såret varje gång han andades. Via taxiradion och en bensinstation kom han under snabb hjälp. Skadorna var direkt livshotande. Den tilltalade förklarade att hon inget mindes av händelsen. Tingsrätten anförde följande motivering för uppsåtet:

Tingsrätten finner ... styrkt att TT vid tillfället tilldelat offret ett mycket kraftigt knivhugg som gått igenom hans kläder, däribland en kraftig skinnjacka, trängt djupt in i hans kropp och livshotande skadat flera organ i kroppen. Även om TT vid tillfället varit kraftigt berusad måste hon ha varit medveten om vad hon gjorde, detta bl a med hänsyn till vad offret uppgivit om TT:s uppträdande omedelbart före hugget. Enligt tingsrättens mening talar även starka skäl för, att gärningen varit i förväg planlagd av TT och mannen i hennes sällskap. Sätunda har mannen i förväg gått till huset och där uppehållit sig i trapphuset på en plats högre upp än den av TT bebodda lägenheten. När TT låste upp lägenhetsdörren har mannen bakifrån överfallit offret och uppehållit honom fram till dess att TT hunnit gå in i köket och hämta den kniv med vilken hon sedan högg offret. Slutligen har mannen efter hugget släpat in offret i lägenheten och fortsatt att misshandla denne. Även om en direkt överenskommelse inte förelegat har de båda uppenbarligen handlat i någon form av samförstånd som gör gärningen klart allvarligare. Med hänsyn härtill och då en gärningsman vid ett sådant knivhugg, varom här är ifråga, måste ha insett att en dödlig utgång praktiskt taget varit oundviklig, har uppsåtet omfattat ett dödande (se 1977: 630).

Tingsrätten gör först en karaktäristik av gärningen som ett åtminstone *eventuellt* planerat dödande. Därefter anføres den egentliga uppsåtsformuleringen efter regeln i NJA 1977 s 630. Som förut anmärkts är skillnaderna ibland otydliga i förhållande till gruppen DD. Detta gäller särskilt vid försök till brott på grund av att försöket "naturligen" ofta tycks förutsätta en avsikt, som tillfogas i domskälen före den slutliga formella uppsåtsformuleringen enligt ett traditionellt gärningsuppsåt. Bland annat är ofta motiveringarna dels inriktade på brottsplanen, dvs det som uppfattas som det överskjutande subjektiva rekvisitet, dels på uppsåtet i förhållande till effekten, som är den konkreta faran. I detta fall har domstolen lagt vikt inte bara vid skadornas storlek och sättet, som själva hugget utförts med, utan också på omständigheterna, som visat på en överenskommelse att utföra dådet. Man kan förmoda att tingsrätten ansett att omständigheterna utöver delarna i den traditionella formuleringen av gärningsuppsåtet, som t ex kraften och riktningen av våldet, utgjort bevisning för det eventuella planeringsmomentet. Detta särskilt bevisade uppsåtsmo-

ment ger s a s ett "säkerhetsöverskott" utöver det i sig tillräckliga gärningsuppsåtet.

Göteborgs tingsrätt DB 887/91 (S)

Den tilltalade anföll i en trappuppgång offret med kniv och högg offret i halsen, i vänster armhåla, över vänster underarm och över händerna. Den tilltalade förnekade gärningen helt och hållet. Tingsrätten motiverade uppsåtsbedömningen enligt följande:

Med hänsyn till att TT vid gärningen yttrade att han skulle döda offret och till vissa av skadornas livsfarliga belägenhet i hals och bröst måste TT antas haft uppsåt att döda offret.

Tingsrätten hoppade över den förmodade insikten, likgiltigheten eller vissheten, alltså "mellanledet" mellan gärningens tolkning och dess mening, och konstaterade uppsåt efter huvudsakligen gärningsuppsåtets vanliga rekvisit såsom vital belägenhet och flera hugg.

Normalt brukar domstolarna inte ta någon nämnvärd hänsyn till yttranden med diverse hotelser att döda offret. Här får det därför antas fungerat som en förstärkning till gärningsuppsåtet.

KLASSERNA "SU" OCH "CULPA"

Linköpings tingsrätt DB 845/91 (S)

Den tilltalade kastade ut sin 17 månader gamla son från ett fönster på tredje våningen, som låg på en höjd av 7,5 meter över marken. Därefter försökte TT döda sin son genom att vrida på hans huvud flera gånger. Den tilltalade hade rätt att umgås med sin son 4 timmar var 14 dag tillsammans med en kontaktman, som även bevittnade händelsen. Tingsrätten anförde följande uppsåtsmotivering:

Av vad som framkommit med vittnesförhöret med G (kontaktman; SC) sammanställt med den tekniska bevisningen kan det hållas för visst, att TT avsiktligt kastat ut offret genom fönstret. Enligt tingsrättens mening måste det ha varit en ren tillfällighet att barnet hamnat på gräsmattan med fötterna före och inte kom till någon nämnvärd skada trots fallet från mer än sju meters höjd. Hade barnet fallit på ett annat sätt eller hamnat på det hårda underlag som fanns omedelbart intill den aktuella nedslagsplatsen, förelåg det en uppenbar fara att barnet inte skulle ha överlevt fallet mot marken.

Om TT när han kastade ut barnet genom fönstret även tänkt på effekten av handlingen är svårbedömt eftersom TT påstår sig inte minnas något av händelsen.

Hans agerande efteråt utanför fastigheten, nämligen att efter vad vittnesmålet med M (ett vittne; SC) visar häftigt skaka offrets huvud, tyder på ett fullföljande av en avsikt att döda barnet. Även det förhållandet att han enligt vittnet B gått ut på byggnadsställningen med barnet efter återkomsten till lägenheten leder till samma antagande.

Hur det än må förhålla sig med den saken, måste TT ändå ha varit medveten om den uppenbara livsfara som han försatte barnet i genom att kasta ut det genom fönstret.

TT kan på grund av det anförda inte undgå ansvar för att avsiktligt ha försökt döda sitt barn.

Betecknande är att tingsrätten försöker koncentrera sig på vad TT tänkt vid tillfället, samtidigt som man antyder att denna kunskap inte kan fås utom genom TT:s utsaga.

Motiveringen för att TT haft *avsikt* att döda inskränkte sig slutligen till att TT "måste" varit medveten om den uppenbara livsfaran. Detta kan tolkas som sannolikhetsuppsåt samtidigt som gruppen DD kan vara aktuell. Fallet har klassificerats som sannolikhetsuppsåt, eftersom omständigheterna endast *tydde* på avsikten att döda. Sannolikhetsuppsåtet konstaterades "i varje fall".

Falu tingsrätt DB 676/92 (S)

Den tilltalade stack en kniv i bröstet på offret, som TT inväntat i en kamrats bostad. Den tilltalade, liksom offret, antyddes vara narkotikamissbrukare, som även langade småpartier av narkotika. Den tilltalade påstod sig inte minnas själva händelsen men att han sökt upp offret och medhaft en försörjare. Den tilltalade invände dessutom alternativt att han inte hade uppsåt att skada respektive döda offret. Tingsrätten motiverade sin uppsåtsbedömning på följande sätt:

Utredningen i målet visar entydigt att TT avsiktligt utdelat knivhugget i offrets bröst.

Vidkommande frågan om TT haft uppsåt att bringa offret om livet får till en början anses framgå att TT uppenbarligen känt sig djupt kränkt och skyfjad av offrets i telefon gjorda påståenden att TT var skyldig offret pengar som avsåg narkotikaaffärer. Av vittnesmålet med J framgår att TT den med åtalet avsedda dagen uppgivit att han skulle göra upp med offret med anledning av dennes påståenden om TT:s narkotikaskulder...

I målet har ej förekommit någon omständighet som ger anledning att anta att knivhugget varit riktat mot annan del av offrets kropp än bröstet. Knivhugget har utdelats med sådan kraft att knivbladet

trängt in i offrets kropp omkring tre centimeter och punkterat lung-säcken. Även om skadorna visat sig ej ha varit livshotande måste det för TT framstått som i hög grad sannolikt att offret skulle dö av kniv-hugget och med tanke på TT:s handlingsätt är det uppenbart att han har förhållit sig likgiltig till följderna av gärningen. TT kan alltså ej undgå ansvar för försök till uppsåtligt dödande.

Tingsrätten har använt sig av en kombination dels av sannolikhetsuppsåt, dels av likgiltighetsuppsåt enligt NJA 1985 s 757. Sannolikheten har dessutom angivits som höggradig. Antagligen har tingsrätten dubbelgarderat sig med det erkända likgiltighetsuppsåtet, med hänsyn till att sannolikhetsuppsåt så tydligt avvisats av svensk praxis särskilt när det gäller försök till uppsåtligt dödande. Fallet har klassificerats som sannolikhetsuppsåt, särskilt med hän-syn till att begreppet "i hög grad sannolikt" är explicit.

Karlstads tingsrätt DB 177/89 (S)

Den tilltalade dömdes i samma dom också för fullbordat mord, där tingsrätten beskrev TT:s gärning som att sättet, på vilket nedskjutningen med pistol ut-fördes, medförde att den måste anses ha skett med avsikt. Tingsrätten använde uttryckssättet "med kallt blod skjutit ned offret". Denna formulering är en vanlig kombination av gärningsmässigt och bestämt uppsåt. Den tillta-lade besköt även två personer (H och L) som förföljde honom efter dådet. Han åtalades därför, utöver för fullbordat brott, även för försök till mord. Tings-rätten motiverade uppsåtligheten i denna beskjutning på följande sätt:

Enligt tingsrättens mening visar omständigheterna på att TT på detta sätt velat skaka av sig sina förföljare. Han har alltså avsiktligt skjutit mot H och L. Om någon i ett sådant syfte som här anges skjuter mot en annan person måste han ta med i beräkningen att den andra kan bli träffad och även mista livet. När därför TT på detta sätt skjutit mot H och L, har han gjort sig skyldig till försök till avsiktligt dödande. Det kalkylerade och hänsynslösa i gärningen gör att den måste be-dömas som försök till mord.

Det är inte otänkbart att tingsrätten betraktat de två åtalpunkterna i sitt sammanhang, såtillvida att genom skjutandet mot de två förföljarna fanns ett facit på vad TT karaktärs-mässigt var i stånd till. Men motiveringen till det särskilda brottet det här är fråga om tagen isolerad innebär att "den som" skjuter mot förföljare alltid har avsikt att döda. Viktigt i sammanhanget är användandet av skjutvapen. I och för sig kan resonemanget kanske ses som ett gärningsmässigt och bestämt uppsåt, eftersom uppsåtet baserat sig på en observation av vad tingsrätten sett som en typisk dödandesituation. Men här saknas den vanliga förankringen för formuleringen i ett tydligt prejudikat, som är fallet vid ett klassiskt gärningsuppsåt. Fallet kan kanske även ses som

en motsvarighet till skolexemplet att den som, även med mycken liten sannolikhet att träffa avsiktligt skjuter mot en annan har direkt uppsåt. Men i det konkreta fallet anför inte tingsrätten en individualiserad aktuell avsikt att döda, utan endast att en avsikt att skjuta för att skaka av sig förföljare i princip alltid implicerar dödandeavsikt. Det som återstår är därför medveten culpa eller sannolikhetsuppsåt. Tingsrätten säger att om den som eller "någon", dvs inte direkt den aktuella TT, genom en sådan gärningstyp, utsätter andras liv för sådana risker skall anses ha uppsåt, även om de i och för sig inte är större än t ex en vanlig risk i trafiken.

I motiveringen till avgörandet mellan mord och dråp finns uttrycket "kalkylerat", som måste anses som ett intentionalitetsuttryck. Tingsrätten har alltså i detta hänseende beskrivit gärningen som en typiskt kalkylerad och hänsynslös gärning. Men man uttalar sig inte explicit om kalkyleringen främst avsett att skaka av sig förföljarna genom att skada eller skrämma dem.

Fallet har klassificerats som culpa, eftersom formuleringen tyder på att även en låggradig risk accepterats.

Sollentuna tingsrätt DB 520/90 (S)

Tingsrätten använder här ett liknande uttryckssätt, som i det nyss återgivna Karlstads tingsrätt DB 177/89, där en TT fälldes för mord och försök till mord i samma mål. Den tilltalade dödade först en person och sköt mot två andra i närheten. Motiveringen för uppsåt till dödandet var följande:

Av obduktionsutlåtandet och förhöret med R (ett vittne; SC) får anses framgå att skottet mot huvudet avlossats efter övriga skott och sedan offret fallit omkull. Därav följer att offret fällts av skottet i ryggen, vilket alltså avlossats bakifrån oavsett hur offret inledningsvis varit vänd i förhållande till TT och att TT trots detta fortsatt att skjuta mot offret. Med hänsyn till dessa omständigheter måste TT anses ha skjutit i uppsåt att döda offret.

Tingsrätten motiverade att uppsåt förelåg till försöket till mord på i huvudsak följande sätt:

Av bevismaterialet framgår sammantaget att skottet haft en sådan riktning att med hänsyn till T:s och N:s placering i lokalen och till skottavståndet en överhängande risk förelegat att någon av dem skulle bli dödad. TT måste ha insett denna risk men detta har inte avhållit honom från att skjuta. Omständigheterna ger också vid handen att det endast varit det förhållandet att skotten i magasinet tagit slut som räddat T eller N eller dem båda till livet. Gärningen är därför att bedöma som försök till mord.

Risken är i detta fall bestämd efter skottets riktning, offrets placering och skottavstånd. Denna traditionellt gärningsbestämda risknivå medför omedelbart en insikt som ett faktum, vilket TT "måste" ha insett och därmed antas ha tagit. Risken och "tagandet" av denna är alltså båda här utpräglat objektivt bestämda. Tingsrättens resonemang tyder dock på att rätten utgått från att gärningen var direkt inriktad på offrens död. Det skulle alltså här närmast vara fråga om ett gärningsuppsåt eller direkt uppsåt. Tillägget att endast ammunitionsbristen räddat livet på offren antyder även detta.

Formuleringen av uppsåtet är alltså främst knuten till en gärningsbestämd insikt om en "överhängande risk", samtidigt som rätten verkar grunda sin mening på en gärningsmässigt bestämd avsikt. Uppsåt till annans död föreligger däremot enligt formuleringen alltid för var och en som inser en "överhängande risk" för annans död och skjuter i en lokal, trots att ingen blir träffad och utan att avsikt att träffa i och för sig föreligger.

Man kan också tolka uppsåtsformuleringen som ett sannolikhetsuppsåt. Men ett klassiskt sannolikhetsuppsåt skulle utgått enbart från att TT insett en övervägande sannolik risk. En "överhängande risk" för annans död skulle man alltid kunna säga föreligga vid allt skjutande i lokaler med andra människor, bl a med hänsyn till risk för rikoschetter. Även t ex ett våldsamt nyårsfirande med revolverskott i taket, där någon kan dödas av en rikoschett, måste ses som ett tagande av en överhängande risk för annans död. Formuleringen, sedd isolerad från antydningarna om ett direkt uppsåt, faller kanske närmast under gränsen för ett rent sannolikhetsuppsåt men hänförs ändå till sannolikhetsuppsåt på grund av formuleringen "överhängande risk".

5.5.2.2 DRÅP

5.5.2.2.1 ALLMÄNT

I första hand skall exemplen visa det genomgående draget i uppsåtsbedömningarna i de olika klasserna. Tanken är inte att exemplen endast skall visa det typiska för dråp i förhållande till mord, utan att de skall tillsammans med mordfallen visa ett mönster för uppsåtsbedömningen av uppsåtligt dödande med koncentration på gränsfallen.

5.5.2.2.2 SJÄLVSTÄNDIGT BROTT

KLASSEN "DD"

Stockholms tingsrätt avdelning 13:2 DB 251/90 (R)

Vid ett svartsjukedrama mellan två män (TT och L) och en kvinna, där de inblandade, som missbrukade alkohol, var ordentligt berusade, kastade först

kvinnan (offret) ett videoband i huvudet på en av männen, varefter denne (TT) stack offret med en kökskniv i hjärtat, så att offret dog efter en kort stund. Den tilltalades inställning i målet var att han "...under bestridande av att han haft uppsåt att beröva offret livet" underkastade sig ansvar för grov misshandel och grovt vållande till annans död. Samtidigt hävdade TT att han överhuvudtaget inte mindes att han skulle ha knivhuggit offret. Allt blev "svart för honom" efter att offret kastat videobandet på honom. Tingsrätten, som fann att TT varit starkt provocerad, bedömde gärningen som dråp. Åklagaren hade yrkat ansvar för mord. Som uppsåtsmotivering anförde tingsrätten följande:

Genom L:s vittnesmål och övrig utredning är det till fullo utrett att TT tilldelat offret det knivhugg som lett till döden genom perforation av hjärtat.

När det gäller att bedöma vilket uppsåt TT haft vid utdelandet av hugget konstaterar tingsrätten till en början att han i ett synnerligen uppbragt tillstånd lämnat vardagsrummet för att i köket hämta en kniv. Han har därefter med kniven återvänt till vardagsrummet och där på ett synnerligen hotfullt sätt yttrat att han skulle mörda dem båda för att de gjort honom så illa. TT har därefter omedelbart utdelat ett mycket kraftigt knivhugg rakt fram mot hjärttrakten på offret. Vidare har TT, enligt vad L uppgivit, efter knivhugget gjort ett uttalande av innebörd att L inte längre behövde vara rädd utan att "det var bara hon som skulle ha det". - Mot bakgrund av det nu angivna och med beaktande av övriga omständigheter finner tingsrätten därför att det är visat att TT haft ett direkt uppsåt att beröva offret livet.

Tingsrätten beskriver gärningen som ett affektdåd. Det direkta uppsåtet hänförs dels till sättet hugget utförts på och till kraften och placeringen och ett yttrande omedelbart efteråt samt det planerande momentet att gå och hämta en kniv. Som ofta är fallet, får uttalanden relativt större betydelse då domaren explicit använder sig av de gängse uppsåtsformerna och relativt mindre då endast är fråga om analyser av "gärningen". Detta visar på sambandet mellan den traditionella uppsåtsläran och föreställningarna om "inre fakta" som bevisemat, med den därmed följande koncentrationen på vad TT tänkte på i gärningsögonblicket.

Sala tingsrätt DB 357/91 (R)

Den tilltalade sköt offret i bakhuvudet med ett hagelgevär. Den tilltalade bestred ansvar för dråp och hävdade att han inte hade uppsåt att beröva offret livet. Han medgav att han av oaktsamhet orsakat offrets död och underkastade sig ansvar för vållande till annans död. Den tilltalade var anställd som

förman på ett ambulerande tivoli, där han bl a sålde korv från eget stånd, som även uppställdes på andra ställen i staden. Efter upprepade inbrott, bl a tillgreps en mobiltelefon, i sitt korvstånd beslöt TT och en kamrat att polisanmäla detta och underrätta polisen att de misstänkte vissa personer, som synts i närheten av ståndet vid tillfället. Polisen kunde emellertid inte effektuera en undersökning i de bostadsmoduler, den s k Kottmossens bostadsmoduler, som TT önskade. Den tilltalade och två kamrater till honom på tivolit beslöt att ingripa själva och utrustade med en pistol och ett hagelgevär sökte TT upp den person de misstänkte och pressade med viss misshandel ur offret bl a uppgifter om mobiltelefonen enligt vad TT påstod. Den tilltalade förde då offret till en annan lägenhet och på vägen dit avlossades ett skott i bakhuvudet på offret, som avled inom en kort tid. Den tilltalade kallade ambulans till platsen och kontaktade även polisen. Den tilltalade hävdade att han endast slagit offret i huvudet med hagelgevärets pipa och att ett skott avlossats av våda. Den tekniska utredningen visade att skottet inte varit påsittande utan avlossats på ett avstånd av 10 - 60 cm. Tingsrätten bedömde uppsåtet enligt följande:

Tingsrätten finner med ledning av de sakkunnigas uppgifter att skottet visserligen kan ha avlossats mycket nära huvudet på offret, men att det måste hållas för uteslutet att det har varit fråga om ett påsittande skott. Det är då också uteslutet att skottet kan ha gått av genom att TT har slagit offret i huvudet med bösspipan. Den enda förklaring till skottet som återstår är att TT uppsåtligt har avfyrat geväret genom att trycka på avtryckaren. I så fall kan hans avsikt, så som skottet har träffat, inte ha varit någon annan än att döda offret. TT skall således fällas till ansvar för att uppsåtligt ha berövat offret livet.

Tingsrätten har alltså helt koncentrerat sig på det sätt våldet utövats vid resonemanget om uppsåt. Frågan har alltså varit bevisningen för om skottet varit "påsittande" eller ej. Situationen och motivet för hotet mot offret har förmodligen även spelat en stor roll. Fallet är således inte fråga om att tänja eller inte tänja gränserna för uppsåtskravet, utan här är det fråga om det varit ett vådaskott eller inte. Det avgörande var om gärningen skulle beskrivas som ett hot och misshandel med bösspipan, eller som ett dödande, dvs två fullständigt annorlunda handlingar med skilda meningar. Inga mallar enligt NJA 1977 s 630 eller NJA 1985 s 757 har heller använts. Domstolen har inte ägnat frågan om "inre fakta", vad TT tänkte på vid gärningstillfället eller hans karaktär, någon större uppmärksamhet.

Man kan jämföra tingsrättens sätt att resonera med hovrättens i "Eskilstunafallet" eller "Klippanmålet". I det förra fallet räckte det inte att TT med tvåhandsfattning om pistolen, på 0,75 m avstånd riktad mot offrets an-

sikte, avsiktligt avlossade ett skott i ansiktet på offret för att uppsåt skulle anses vara för handen, eftersom hovrätten inte tyckte sig veta vad som rörde sig i huvudet på TT vid gärningstillfället.²⁰⁹⁷

Stockholms tingsrätt avdelning 11:B rotel 6 DB 598/92
(R)

Åklagaren åtalade TT för dråp. Den tilltalade hade med ett hugg i skuldran skurit av en pulsåder, varefter TT avlidit genom förblödning efter kort tid. Den tilltalade förnekade allt vad åklagaren lagt henne till last och anförde ingen uppsåtsinvändning. Den tilltalade påstod att hon påträffade offret, som var inneboende i hennes lägenhet vilken denne vid tillfället hade vandaliserat. Den tilltalade hämtade då en kniv från köket. Detta hade enligt TT som syfte att skrämma offret. Därefter påstod hon sig endast minnas att hon sköljde av kniven och försökte ringa polisen. Händelsen inträffade på nyårsnatten och offret, TT och den person (A), som medföljde TT till hennes lägenhet, var kraftigt berusade.

Tingsrätten anförde bl a följande i domskälen:

I målet är genom utlåtande över rättsmedicinsk obduktion utrett att offret avlidit av akut inre förblödning från en sårskada på bröstkorgens bakre högra del som härrör från ett stick med en slätbladig enkelslipad kniv. Det är vidare genom K:s (rättsläkaren; SC) vittnesmål utrett att stor kraft erfordrats för att åstadkomma skadan och att döden inträffat kort tid efter skadans uppkomst. Genom TT:s egna uppgifter är utrett att hon vid tillfället var kraftigt berusad, att hon var i affekt, att hon i detta tillstånd hämtat en kniv för att skrämma offret samt att hon sedan offret skadats sköljt ren kniven från blod. Genom A:s vittnesmål är klarlagt att TT varit uppretad, att hon slagit offret, att hon därefter hämtat en kniv samt att hon därefter med denna kniv tillfogat offret den dödliga skadan. Mot bakgrund av dessa

²⁰⁹⁷ Jfr det sk "Eskilstunamålet", Svea Hovrätt avd 5 DB 63/92 i avsnitt 2.3.2.1.4. Hovrätten anförde bl a: "I målet är styrkt att TT berövat offret livet genom att skjuta honom i huvudet med en pistol...Avfyringen har emellertid inte skett reflexmässigt utan genom en medveten åtgärd från hans sida...Det kan därför (främst på grund av att TT uppgett som syfte med avfyringen att skrämma offret, att platsen för gärningen varit livligt trafikerad, att TT:s ilska borde bedarrat vid gärningstillfället och att TT inte tidigare visat våldstendenser; SC) inte hållas för visst att TT innan han utanför bilen riktade pistolen mot offret själv tillsett att den var osäkrad. ... Det anförda ger sådant utrymme för tvivel att hovrätten inte kan finna tillförlitligen styrkt att TT haft för avsikt att döda offret. ... Inte heller kan hovrätten med någon grad av säkerhet anse klarlagt att han skulle ha avlossat skottet även om han vetat att döden blivit följderna eller att TT varit helt likgiltig för om offret skulle avlida eller ej. Åtalet för mord skall därför lämnas utan bifall."

omständigheter är styrkt att TT uppsåtligen bragt offret om livet. Åtalet är således styrkt. Gärningen skall bedömas som dråp.

Inget resonemang om uppsåt fördes, utom att tingsrätten hänvisade till affekttillståndet, berusningen och att kniven hämtats efter att slagen utdelats. Viss tid för eftertanke konstaterades alltså. Ett utdraget förlopp hos våldet har ofta en avgörande betydelse. Därigenom avviker sådana fall från de mer renodlade gärningsuppsåtsfallen. Dessa har mer sällan ett utdraget förlopp.

KLASSEN "DE"

Karlstads tingsrätt DB 630/92 (R)

Under den tid TT var intagen på anstalt påbörjade hans hustru (B) ett förhållande med en annan man (offret). Den tilltalade hotade då att han skulle "ta" dem båda två. Den tilltalade avvek från anstalten, och tillsammans med en kamrat besökte de offrets bostad som bröts upp med en kofot. Han hade under vägen uttalat ytterligare hotelser. I lägenheten, där hans hustru och offret fanns, slog han först ned sin hustru med ett knytnävsslag och därefter misshandlades offret, som inte försvarade sig utan låg kvar i soffan, med kofoten i huvudet och på kroppen. Vid slutet av misshandeln sade TT att offret skulle dö nu. För att stoppa misshandeln begav sig TT:s hustru vid detta skede i misshandeln till makarnas bostad varvid TT följde med. Offret hittades död i lägenheten nästa dag. Den tilltalade vidgick att han slagit offret med kofoten på kroppen men att han saknat uppsåt att döda.

Tingsrätten motiverade sin uppsåtsbedömning mycket utförligt i enlighet med den traditionella uppsåtsläran på följande sätt:

När det därefter gäller frågan om TT uppsåtligen berövat offret livet tyder vissa omständigheter på att detta just varit hans avsikt. De av åklagaren åberopade vittnena har sålunda berättat att TT varit väl medveten om förhållandet mellan B och offret och att han såväl dagarna före den aktuella händelsen som tidigare hotat med att "ta" offret och att ge honom stryk. B:s uppgift om vad som i slutskedet yttrats mellan TT och offret vinner visst stöd av dessa uppgifter. Emellertid behöver inte ett yttrande av innehåll "nu skall du dö din djäväl" överhuvudtaget vara ett bokstavligt uttryck för någons avsikter. Med beaktande härav och av den försiktighet tingsrätten finner sig böra iakttaga vid värderingar av sanningshalten ej endast i B:s uppgifter utan även i vittnesberättelserna anser tingsrätten det ej föreligger tillräckligt stöd för slutsatsen att TT haft direkt uppsåt att döda offret. TT måste emellertid ha insett möjligheten av att misshandeln med kofoten kunde leda till offrets död. Det livsfarliga vapen han använt och det urskillningslösa våld han med detta låtit gå över offrets hela kropp ger också vid handen att han ej skulle avhållit

sig från gärningen även om han varit viss om att den skulle leda till döden. Denna likgiltighet inför effekten av sitt handlande bestyrks även av hans avoga inställning till B:s försök att efterhöra offrets tillstånd och försöka att få honom under vård.

TT kan alltså ej undgå ansvar för uppsåtligt dödande...

Tingsrätten bedömde gärningen som dråp, trots att offret hade ett 60-tal skador huvudsakligen efter kofoten, i första hand för att han ansågs "svårt provocerad" av B genom att hon istället för att besöka honom på anstalten "varit honom otrogen". Således är fallet ett exempel på att ansvaret - inte påföljden - påverkas av att det varit fråga om ett "crime passionel". Fallet kan i detta hänseende betraktas som ett undantag.

Den enda avvikelser från den helt regeltrogna tillämpningen av den gängse uppsåtsläran är att det eventuella uppsåtet beskrivs som en likgiltighet. Fallet är alltså ett exempel på att likgiltigheten kan vara ett uttryck för eventuellt uppsåt. I och för sig fastställs detta eventuella uppsåt genom slutsatser dragna av gärningens manifestationer, men här är inte dessa typiserade till sina formuleringar, varken vad avser ett vapen typiskt dödande vapen eller våldet i övrigt.

Kännetecknande är även att bedömningen baseras på karaktärsbedömning och på TT:s psykiska element och sinnestillstånd, såsom den psykologiserande bemärkningen om TT:s ovilja till att efterforska om offret levde. Detta används inte sällan som en bevisning för likgiltighet, som då mer får karaktären av känslomässig likgiltighet.

KLASSEN "GU"

Eskilstuna tingsrätt rotel 5 DB 1269/91 (R)

Åklagaren yrkade ansvar å TT för mord. Den tilltalade ströp sin f d sambo med en livrem och med händerna, när offret var mycket kraftigt påverkad av alkohol och sömnmedel. Båda var missbrukare av alkohol, narkotika och läkemedel. Den tilltalade uppgav att offret ständigt misshandlat TT under deras tidigare förhållande. Den tilltalade erkände endast grov misshandel och vållande till annans död. Den tilltalade hävdade att ett slags samtycke förelagat till dödandet, vilket motsades av den rättsmedicinska undersökningen, som visade att offret haft ett starkt nedsatt medvetande vid tillfället.

Tingsrätten anförde slutligen följande:

I målet är styrkt att TT dödat offret genom att strypa honom. Det är inte visat att detta skett genom annat våld än åtdragning med livremmen. Rättsläkaren har konstaterat ett ytterligt kraftigt våld mot

halsen. Av hans utsaga kan utläsas att detta måste ha pågått en icke obetydlig tid. En dödlig utgång härav måste för TT ha framstått som helt eller åtminstone praktiskt taget oundviklig. Hon har alltså uppsåtligen dödat offret.

Tingsrätten använder sig av ett starkare gärningsuppsåt än i vanliga fall genom att i mallen från NJA 1977 s 630 antyda att följden inte bara framstått som praktiskt taget utan som helt oundviklig.

Huddinge tingsrätt DB 347/92 (R)

Den tilltalade, som var alkoholmissbrukare, hade ett förhållande till och från med offret. Offret hade däremot träffat en annan man (N) och vid tillfället kom TT på besök till offrets bostad dit även N kom senare på kvällen. Alla tre åt och drack och pratade tillsammans varefter N gick och lade sig i sovrummet, dit även offret senare anslöt sig. Den tilltalade uppehöll sig i vardagsrummet och knackade efter en stund på sovrumsdörren, varefter offret gick ut till TT, som högg offret med en kniv i halspulsådern. Döden inträffade inom några sekunder. Även N blev attackerad av TT, som försökte knivhugga honom, men N lyckades avvärja TT efter en brottnings. Den tilltalade åtalades för mord och försök till mord. Han förnekade mord men underkastade sig ansvar för grov misshandel och vållande till annans död.

Tingsrätten motiverade att uppsåt förelegat på följande sätt:

Tingsrätten finner följaktligen genom utredningen styrkt att TT med kraft huggit kniven i hennes hals. Huruvida han huggit henne 3 gånger som obduktionsutlåtandet anger eller om en avvärjningsskada kan ha uppkommit samtidigt som kniven trängt in i halsen kan enligt tingsrättens bedömning inte av utredningen i övrigt entydigt fastslås. Oavsett hur därmed förhåller sig har dock knivhugget utdelats med sådan kraft att det är ställt utom varje rimligt tvivel att det utdelats avsiktligt. Den som - såsom TT gjorde - avsiktligen ger någon ett så kraftigt hugg som i detta fall på en så ömtålig del av kroppen som halsen har antingen en medveten avsikt att döda eller är i gärningsögonblicket så totalt likgiltig för om hugget kommer att leda till döden eller ej att han skall anses ha dödat med uppsåt. I målet är således styrkt att offrets död omfattats av TT:s uppsåt.

Tingsrätten påstår uttryckligen att "den som", dvs alla som, gör som TT gjorde, har uppsåt till att döda. Det är från tingsrättens sida explicit inte fråga om ett "inre faktum" eller tanke eller beslut, som funnits hos TT. Om uppsåtet betecknas som en "medveten avsikt" eller "total likgiltighet" är därvid enbart en fråga om vilket namn uppsåtet skall betecknas med. Uppsåtet föreligger för att gärningen är typisk enligt mallen från prejudikaten för gärningsuppsåt: stor kraft med typiskt farligt våld eller vapen mot en vital kroppsdel. I detta

fall har tingsrätten dessutom inte ens uttryckligen underordnat likgiltighetsuppsåtet från NJA 1985 s 757 under den "medvetna avsikten" genom formuleringar som att TT "i varje fall" eller "åtminstone" varit likgiltig.

Falköpings tingsrätt DB 147/91 (R)

Den tilltalade stack offret minst fyra gången i kroppen, varav ett stick gick in i hjärtat och var dödande. Som huvudförsvar anförde TT nödvärn men anförde bl a alternativt att hon saknat uppsåt att döda. Vid tillfället hölls en fest i en lägenhet, där förmodligen flera personer uppehöll sig. Den tilltalade var beroende av lugnande medicin och offret var alkoholmissbrukare. Under kvällen hade offret uppmanat TT att avlägsna sig från lägenheten. Motivet kunde förmodas vara svartsjuka. Offret visade tecken på att inleda en förbindelse med en annan kvinna än TT.

Tingsrätten anförde följande uppsåtsresonemang:

Utifrån dessa uppgifter finner tingsrätten att TT:s invändning om att hon handlat i nödvärn kan lämnas utan vidare avseende...

Vad sedan avser TT:s invändning om att hon endast skall anses förfallen till ansvar för oaktsamhetsbrott finner tingsrätten, med stöd av vittnesuppgifterna och den skriftliga bevisningen, som visar att offret erhållit omfattande skador som krävt en icke ringa kraft att tillfoga honom, sig inte kunna fästa avseende heller vid denna invändning.

Vid en samlad bedömning av den i målet förebragda bevisningen finner tingsrätten styrkt att TT uppsåtligt berövat offret livet genom de knivhugg hon tilldelat honom. Gärningen är att bedöma som dråp.

Tingsrätten behandlar uppsåtsfrågan uttryckligen som en ansvarsfrihetsgrund eller *defence*, på samma vis som nödvärn. Formuleringarna kan tyckas peka mot att bevisbördan för invändningar om uppsåt eller nödvärn skulle vara omkastad på något vis. Men domstolen beskriver uppsåt på ett processuellt vis som ett försvar, *samtidigt* som man betonar kraften i knivhuggen. Placeringen och antalet hugg nämns också. Åklagaren har fyllt sin bevisbörda enligt rättsregeln i huvudprejudikaten för gärningsuppsåt. Man kan säga att TT haft en falsk bevisbörda. Men mer rättvisande är att säga att tingsrätten föredragit ett processuellt sätt att uttrycka gärningsuppsåt på. Däremot kan man inte säga att tingsrätten presumerat uppsåtet.

Malmö tingsrätt avdelning 4:2 DB 60/92 (R)

Åklagaren yrkade ansvar för mord för att TT på ett torg med kniv berövat offret livet. Den tilltalade var vid tillfället just fyllda 22 år. Han uppgav att han blev provocerad av offret, som vid tillfället grälade med flera personer vid ett

gatukök, där ett tjugotal ungdomar hade samlats. Den tilltalade gick då hem för att hämta sin äldre bror eller eventuellt en kniv. Vid återkomsten till platsen uppmanade TT offret att gå hem. Den tilltalade erkände att han stuckit offret med en kniv och orsakat offrets död men förnekade uppsåt att döda. Han påstod att han endast svingat en kökskniv framför sig för att skrämmas.

Tingsrätten hade i huvudsak följande ansvarsmotivering.

I målet är utrett att TT knivhugget offret och att offret avlidit till följd härav.

Sårets infallsvinkel och djup tyder på att TT utdelat knivhugget med armen lyftad över huvudet samt att han brukat en icke obetydlig kraft vid hugget. P:s (ett vittne; SC) uppgift, att offret i samma ögonblick som hugget utdelades skulle ha rört kroppen framåt och därigenom orsakat att kniven träffade, har inget stöd i den övriga utredningen och förtjänar inte avseende. Tingsrätten anser det utrett att TT utdelat knivhugget med avsikt att träffa offret.

Av utredningen har framgått att flertalet av de ungdomar som fanns samlade vid gatuköket ingick i ett gäng och att stämningen var orolig och bråkig. Det är vidare klarlagt att småbråk och munhuggning förekom mellan några av dem samt offret och hans kamrater. Såvitt utredningen utvisar var dock inte TT inblandad i något sådant, bortsett från att han i ett tidigt skede hade fått en uppenbarligen inte illa menad knuff i knäveckan. TT har likväl hämtat en kniv och därefter lagt sig i bråket mellan offret och P, trots att offret klargjort att han inte ville bråka med honom. En sannolik förklaring till TT:s till synes omotiverade inblandning är att han inför sina kamrater ville markera sin gängtillhörighet och sin position i gänget.

Det saknas i och för sig anledning anta att TT åsyftat att döda offret. Han har emellertid avsiktligt huggit offret med en kniv i hjärttrakten och offrets död måste för honom ha framstått som en praktiskt taget oundviklig följd av hans handlande. TT skall därför dömas för att uppsåtligen ha berövat offret livet.

Knivhugget framstår som en oöverlagd, impulsiv handling. Sådana omständigheter har inte förelegat som bör medföra att gärningen bedömes som svårare brott än dråp.

TT:s uppsåtsinvändning gick närmast ut på att hävda enbart negligentia. Tingsrätten markerar att fallet är ett gränsuppsåt och begånget i affekt. Domskälen röjer ingen tveksamhet eller att uppsåtet är ett eventuellt eller osäkert uppsåt. Det använda gärningsuppsåtet anses som ett säkert uppsåt. Som gränsdragning användes ett renodlat gärningsuppsåt efter NJA 1977 s 630.

Stockholms tingsrätt avdelning 13:2 DB 498/90 (S)

Den tilltalade underkastade sig ansvar för grov misshandel och vållande till annans död men förnekade dråp. Både TT och offret var alkoholmissbrukare. Den tilltalade och offret hade ätit, varefter offret enligt TT ställde sig upp för att äta när TT skulle ordna med maten. Detta irriterade TT så, att TT slog offret med knytnäven och sparkade offret i ansiktet med stövlarna och antogs också ha slagit med ett annat tillhygge. Bland annat var offrets huvudskål krossad. Tingsrätten hade följande uppsåtsmotivering:

TT har sålunda varit mycket lättretad och uppsåtligen givit sig på offret med all kraft. TT har fortsatt att misshandla offret med sparkar även sedan denne slagits ner. Han måste därvid även ha använt annat tillhygge än sina stövlar. Offret har avlidit inom några timmar efter det han tillfogats skadorna. Det måste stått klart för TT innan den av skadorna att döma långvariga misshandeln mot offret avslutats att denne, med viss sannolikhet, skulle komma att avlida. TT har likväl fortsatt och inte slutat förrän offret var helt oskadliggjord. TT har i varje fall haft ett eventuellt uppsåt att döda offret. TT är åtalad för dråp och har sålunda inte haft anledning att bemöta ett påstående om mord. Tingsrätten finner att gärningen bör bedömas som dråp.

Tingsrätten använder uttrycket "med viss sannolikhet" och graderar därmed insikten om risken som inte tydligt höggradig. Egentligen borde därför formuleringen anses som en formulering för medveten oaktsamhet. Men dessutom innehåller formuleringen både begreppet eventuellt uppsåt och sannolikhet fast ingetdera av dessa uttryck motsvarar formuleringens vanliga innehåll.

Ett faktiskt eventuellt uppsåt kännetecknas av att TT bevisligen godkänt en eventuell dödlig utgång. För att fallet skall karaktäriseras som ett sådant, måste man anta att domstolen sett fortsättandet av misshandeln, trots att en "viss sannolikhet" för annans död varit för handen, såsom ett konkludent godkännande av effekten. Att fortsätta en misshandel skulle då alltid innebära att effekten tagits på köpet då en gärning slutförts, trots misstanke om effekten. I sin tur innebär detta att det räcker för åklagaren att bevisa en misstanke om effektens möjliga inträde. Detta skulle bevisas genom ett visst yttre våld, som normalt uppfattas av en normal person. Att TT bevisligen har funnit sig i riskens förverkligande måste (förutsatt den gängse uppsåtsläran) ha bevisats på ett annat sätt än enbart genom att gärningen fortsatt sitt förlopp även efter att risken uppfattats. Om detta inte vore fallet, vore i praktiken allt seriöst risktagande jämförligt med uppsåt till effekten.

Fallet tyder på att domstolarna åtminstone betraktar ett risktagande på den nivå som det här var fråga om, som ett tagande av en hög risk. Att både risktagandet och effekten tagits på köpet har fastställts enbart med hjälp av en beskrivning av gärningstypen.

Fallet har klassificerats i gruppen som innehåller formuleringar av sannolikhetsuppsåt, främst för att den insikt om effekten, som här är fråga om, karaktäriserats som en insikt om viss sannolikhet.

Stockholms tingsrätt avdelning 14:1 DB 1398/92 (S)

Den tilltalade, som åtalades för mord, dödade sin sambo med många och djupa knivstick med en sågtandad kökskniv över hela kroppen samt krossade även en del av huvudskålen. Både TT och offret var grava alkohol- och läkemedelsmissbrukare. Den tilltalade erkände att han utdelat några knivhugg, vilket ett kunde ha orsakat döden men förnekade uppsåt att döda. Han medgav ansvar för grov misshandel och grovt vållande till annans död. Vid tillfället blev TT svartsjuk, då han såg offret och en annan man sitta och krama varandra i TT:s lägenhet. Den tilltalade påstod då att han "pickat" offret med en kniv genom att hålla långt framme vid spetsen så att kniven inte skulle tränga in djupt, men att han tappat greppet en gång då han stack mot sätet. Han påstod vidare att offret därefter ramlade baklänges mot kniven, då han drev på henne till toaletten med kniven i ryggen.

Tingsrätten anförde följande uppsåtsmotivering:

Av knivsticken måste, enligt tingsrättens mening, i varje fall det eller de i ryggpåret för TT ha framstått som förbundna med avsevärd risk för dödlig effekt. Detta, sammanställt med vad som är känt om TT:s sinnesstämning i gärningsögonblicket, knivstickens mångfald och det våld mot offret som föregått, föranleder tingsrätten att bedöma TT:s handlande som uppsåtligt dödande.

Anledningen till att fallet kategoriseras som sannolikhetsuppsåt är formuleringens tyngdpunkt i uttrycket "avsevärd risk". I och för sig skiljer sig inte utgångspunkten för bedömningen från gärningsuppsåt, eftersom domskålen utgår enbart från skadorna, sättet de tillfogats och våldet i övrigt. Men det mallartade formuleringssättet från det typiska gärningsuppsåtet har frångåtts i en riktning mot sannolikhetsuppsåt och betonandet av TT:s sinnesstämning.

Östersunds tingsrätt DB 32/90 (S)

Den tilltalade åtalades för mord. Han stack med stor kraft en kökskniv i offrets bröst så att mycket stora skador uppstod, vilka medförde offrets död inom några timmar. Den tilltalade bestred ansvar på grund av nödvärn. Han påstod

i första hand att offret hade attackerat TT med en avslagen flaska, och i andra hand att han saknat uppsåt att döda och i varje fall inte kunde anses skyldig till annat än misshandel och vållande till annans död. Orsaken till bråket sades vara att offret lurat TT på ett parti amfetamin. Flera personer var närvarande i en lägenhet tillhörig en kvinnlig bekant (H) till TT. Festandet, som pågick där, innefattade bl a konsumtion av alkohol och narkotika samt läkemedel. Tingsrätten fann att påståendet om nödvärn inte förtjänade tilltro och avvisade invändningen. Uppsåtet motiverades enligt följande:

Tingsrätten finner genom utredningen särskilt obduktionsresultatet samt B:s (vittne; SC) och S:s (vittne; SC) uppgifter, att det blivit tillförlitligt visat att TT med ett knivhugg berövat offret livet. Härvid har TT enligt vad tingsrätten också finner övertygande klarlagt använt en betydande kraft och det är uppenbart att han insett risken av att offret skulle tillfogas livshotande skada. Med stöd av vad B uppgivit finner tingsrätten vidare styrkt att TT fört kniven i sidled sedan denna trängt in i offrets kropp med hela bladets längd. Denna åtgärd från TT har krävt en betydande kraft och det förstärker slutsatsen, att TT insett att den skada han kunde tillfoga offret var livsfarlig. Sammanfattningsvis anser tingsrätten att annan bedömning inte kan göras än att TT huggit offret med kniven i uppsåt att döda.

Gärningen ansågs som dråp i huvudsak för att den varit impulsbetingad och att TT varit provocerad, eftersom offret antogs ha föreslagit, som TT påstått, gruppsex med H. Insikten om livsfaran är fastställd genom ett traditionellt gärningsmässigt resonemang. Kraften, vapnet, antalet hugg och placeringen av huggen samt skärningen medför att domstolen menar att insikt om livsfara förelegat. Domstolen beskrev dock inte explicit den insedda livsfaran som höggradig. Formuleringen utgår inte explicit från att insikt om döden förelegat. Som gärningsuppsåt, då fråga är om brottsligt dödande, har här endast klassificerats sådana fall, som direkt relaterats till dödandet och inte bara till livsfara.

Ett sannolikhetsuppsåt borde även motiveras som en insikt om viss sannolikhet för annans död. Här har detta formulerats som en insikt om livsfara. Formuleringen kunde även ha klassificerats som medveten culpa. Men här har den hänförs till gruppen sannolikhetsuppsåt, eftersom livsfaran i detta fall verkar vara ett uttryck för en särdeles stor livsfara.

KLASSEN "CULPA"

Södertälje tingsrätt DB 149/92 (R)

Den tilltalade stack med en kniv sin för detta make i hjärtat medan han sov. Den tilltalade sammanbodde tidvis med offret. Offret dog efter kort tid. Fråga

var i målet främst om gärningsmannaskap. Den tilltalade påstod sig inte ha något minne alls av händelsen. Offret hade tidigare misshandlat TT enligt TT.

Tingsrätten motiverade ställningstagandet i ansvarsfrågan på följande sätt:

Med hänsyn till vad sålunda och i övrigt förevarit finner tingsrätten ställt utom varje rimligt tvivel, att det är TT som tilldelat offret knivsticket. Någon nödvärnssituation har inte förelegat. En person som utför en sådan gärning måste inse, att den är livsfarlig. TT kan inte undgå ansvar för avsiktligt dödande.

Tingsrätten påstår att en normal person, som utför en sådan handling, normalt har insett risken. Risken, livsfaran, som TT på detta sätt borde ha insett, är inte angiven höggradig och inte heller är explicit angivet att TT verkligen insett risken.

Stockholms tingsrätt DB 597/90 (R)

Den tilltalade blev uppretad över att offret kallade honom "finndjäväl" och grep en käpp från en främmande person i en park och misshandlade offret, som tog fram en kniv som han höll i handen men slängde bort efter ett kort ögonblick. Den tilltalade slängde då käppen och tog kniven, som han med kraft stack in i offrets hjärta. Den tilltalade hävdade att knivsticket inte skett med uppsåt att döda utan dödsfallet inträffat av våda i handgemänget. Den tilltalade åtalades för dråp. Tingsrätten motiverade uppsåtsbedömningen på följande sätt.

TT har uppsåtligen stuckit offrets kniv in i bröstkorgen på honom och därigenom förorsakat offrets död. I sitt berusade och uppretade tillstånd har TT förmodligen inte haft förmåga att närmare reflektera över händelserna men han måste förstått att ett sådant stick kunde leda till döden. Han skall sålunda dömas i enlighet med åklagarens talan.

Formuleringen ger intryck av att tingsrätten inte har kunnat frigöra sig från kravet att grunda sin bedömning i första hand på vad TT reflekterade över i gärningsögonblicket. Möjligen därför formuleras tingsrättens kunskap om TT:s insikt på ett sådant svagt sätt. Tingsrätten har inte graderat vare sig risken eller insikten om att denna är höggradig. Detta kan liksom i övriga liknande fall ha ansetts varit överflödigt, eftersom en stor dödsrisk vid ett knivhugg i hjärtat kan betraktas som ett notoriskt faktum. Själva formuleringen är emellertid så rudimentär att den inte kan ses annat än som medveten culpa.

Vid tillfället var TT och 3 av hans kamrater i lägenheten och drack sprit och spelade gitarr och skivor och sjöng. Den tilltalade saknade efter ett tag 800 kr, som han nyss fått av en person som återbetalat ett lån. Han mindes att hans bästa vän (offret) påstods av de andra ha tagit pengarna men mindes sedan inget mer än att han och offret var ensamma och att offret inte visade någon puls. Efter upplivningsförsök av en kamrats flickvän som kallats till platsen, tillkallades ambulans och polis av dem.

Tingsrätten uppsåtsformulering var enligt följande:

TT har utdelat de fyra huggen mot vitala delar av kroppen. Risken för att offret skulle komma att avlida härav har varit uppenbar. TT har därför vid tillfället handlat med uppsåt att döda.

Delar i formuleringen tyder på gärningsuppsåt. Formuleringen är dock en traditionell formulering av omedveten oaktsamhet. Det påstås inte att TT insett risken, bara att risken varit uppenbar. Det överhoppade ledet i resonemanget gör att fallet inte här hänförs till sannolikhetsuppsåt eller gärningsuppsåt.

KLASSEN "0-RES"

Köpings tingsrätt DB 134/91 (R)

Den tilltalade, TT:s sambo (offret) och en av hennes söner (R) befann sig i dennes lägenhet. Alla var alkoholmissbrukare. Vid tillfället slog offret R i huvudet med en spritflaska så att ett jack i huvudet uppstod. Offret dödades genom ett knivhugg i halsen. Åtalet löd på mord alternativt dråp. Den tilltalade påstod att hon inget mindes av knivhugget. En nerblodad kniv hittades på gården och TT var blodig på händerna och fötterna. Den avgörande frågan i målet var vem som var gärningsperson.

Tingsrätten anförde bl a följande:

TT var när hon påträffades blodig på händerna och på fötterna. Hon hade blod på tröja och kjol som tillhörde offret. Genom samtliga dessa omständigheter finner tingsrätten styrkt att TT har begått den åtalade gärningen. Vad som framkommit om P:s (en annan son till TT; SC) förhållanden under kvällen talar inte för att han skulle begått sig till R:s lägenhet under kvällen. Det är därför ställt utom allt tvivel att TT begått gärningen. Situationen som föregick dådet har knappast gett utrymme för närmare eftertanke. Det får därför anses klarlagt att TT begått gärningen i hastigt mod. Brottet är därför att bedöma som dråp.

Det är vanligt att inget uppsåtsresonemang förs, då huvudfrågan i målet är gärningsmannaskapet. I detta fall hade dock TT som en alternativ inställning till målet anfört att hon, trots att hon anfört att hon inget mindes, för det fall att hon skulle anses som gärningsperson inte hade uppsåt att döda. Tingsrätten beaktade inte den alternativa invändningen.

5.5.2.2.3 OSJÄLVSTÄNDIGT BROTT

KLASSEN "DD"

Värnamo tingsrätt DB 3/89 (R)

Den tilltalade försökte strypa sin hustru minst två gången vid ett tillfälle. Offret hade ansökt om skilsmässa. Offret värjde sig och lyckades komma undan. Den tilltalade förnekade gärningen och hävdade att han blivit anfallen och klämd i dörren av sin hustru så att handen kommit mot hennes hals. Den tilltalade hade enligt offret misshandlat offret vid flera tillfällen tidigare och hundratals gången hotat att döda henne.

Tingsrätten förde ett omfattande uppsåtsresonemang. Detta är mindre vanligt vid helt förnekade fullbordade mord och dråp. Men eftersom det rör sig om försök är benägenheten att beröra uppsåtsfrågan större i domskälen, såsom tidigare visats i samband med undersökningen av mordfallen. Domstolen anförde bl a.

Tingsrätten finner mot bakgrund av det angivna styrkt att TT har utövat det våld mot offret som åklagaren gjort gällande.

... Det måste enligt tingsrättens uppfattning hållas för visst att uppkomsten av angivna skador förutsätter ett relativt långdraget händelseförlopp.

Vad härefter gäller frågan vilket uppsåt TT kan ha haft när han utförde strypningen är det till en början enligt tingsrättens mening uppenbart att TT i varje fall måste anses ha haft uppsåt att utöva grov misshandel.

Vid bedömningen huruvida TT kan ha haft för avsikt att beröva offret livet bör till en början beaktas att han tidigare visat prov på fysisk aggressivitet gentemot offret och dessutom upprepade gånger hotat att döda henne. Vid det nu ifrågavarande tillfället var han alkoholpåverkad och sannolikt i ett upprört sinnestillstånd bl a med anledning av att offret inlett ett förfarande som syftade till äktenskapets upplösning.

TT har enligt tingsrättens mening inte kunnat lämna någon godtagbar förklaring till att han vid tillfället sökte upp offret i hennes lägenhet.

Detta förhållande måste betraktas som en för honom besvärande omständighet.

Det utövade våldet har enligt vad som framkommit lätt kunnat leda till offrets död. TT måste antas ha varit medveten om detta. Våldet får vidare anses ha varit av sådan art att det helt legat utanför TT:s kontroll om detta skulle leda till döden eller inte. TT har inte släppt sitt grepp om offrets hals förrän hon genom fysisk kraftansträngning lyckats göra sig fri, bl a genom att tillfoga honom ett kraftigt brett i hakan. Han har därefter återigen försökt att ta ett grepp om halsen. TT:s hela uppträdande ger sålunda enligt tingsrättens mening mycket starkt intryck av att han handlat i affekt under alkoholpåverkan och haft för avsikt att vilja beröva offret livet.

Vid en samlad bedömning finner tingsrätten att det blivit ställt utom rimligt tvivel att TT vid tillfället haft för avsikt att genom strypning beröva offret livet.

Tingsrätten uttalar sig explicit för att gärningen är avsiktlig på ett uppenbart sätt genom att betona att uppträdandet "mycket starkt ger intryck av" att vara avsiktligt, trots att gärningen utövades i affekt. Affekten anförs snarast som ett argument för att gärningen är avsiktlig.

Luleå tingsrätt DB 353/90 (R)

Den tilltalade stannade sin bil vid sidan om offrets bil och avlossade ett, eventuellt två, hagelskott genom offrets framruta i ansiktet på offret, som tillfogades huvudskador och handskador. Den tilltalades son (B) hade dödats tidigare genom en misshandel i samband med VM-seglingarna i Luleå. Offret gjordes då ansvarig för B:s död och dömdes till misshandel och vållande till annans död till sex månaders fängelse. Den tilltalade hade suicidtankar och tankar på att döda offret efter denna händelse och anskaffade ett hagelgevär som han kapade pipor och kolv på samt tillverkade ett fodral till. Den tilltalade erkände att han avlossat hagelskottet, som träffade offret. Han invände att han varit från sina sinnens fulla bruk och att han försökt avstyra försöket så fort han kommit till besinning. Han hade vid tillfället tagit Stesolid - och Dole-rontabletter samtidigt, något som av tillverkarna anges som olämpligt. Tingsrätten fann att TT avlossat två skott och att fara för offrets liv varit för handen samt fortsatte beträffande uppsåtet:

Vad det sedan gäller frågan om vilket uppsåt TT haft noterar tingsrätten följande. Utredningen visar att TT av och till känt en betydande aggressivitet riktad mot offret och att han den 1 augusti 1990 upplevt något sådant när han fick syn på offret. Det kan visserligen inte anses visat att TT dessförinnan planerat att döda offret vid tillfället men det måste anses att TT haft en mer eller mindre klar avsikt att döda offret

under det fortsatta händelseförloppet som slutat med att TT riktat hagelgeväret mot offret och avlossat två skott, varav ett träffat TT i huvudet och halsen. Omständigheterna har varit sådana att invändningen att skotten avlossats av våda eller av vårdslöshet kan lämnas utan avseende. Beträffande invändningen att TT utan eget vållande tillfälligt på grund av intag av tabletter, varit från sina sinnens bruk noterar tingsrätten vad som antecknats i det rättspsykiatriska utlåtandet därom att TT varit medveten om att preparaten Doleron och Stesolid inte bör användas samtidigt. Med hänsyn härtill och till omständigheterna i övrigt anser tingsrätten att även denna invändning skall lämnas utan avseende.

Tingsrätten finner alltså styrkt att TT haft för avsikt att döda offret, när skotten avlossades. Tingsrätten har emellertid inte funnit visat att TT planerat att döda offret utan snarare att TT på grund av tillfälliga impulser, som han inte förmått styra, kommit att begå gärningen. Tingsrätten anser mot denna bakgrund att brottet kan bedömas som försök till dråp.

Motiveringen ger intryck av att vara i överensstämmelse med den traditionella uppsåtsläran. Tingsrätten koncentrerar sig på vad TT kan ha föreställt sig vid tillfället och tar i första hand upp invändningen om tillfällig sinnesförvirring beroende på det aktuella tablettintaget, som utgjort huvudförsvaret. Det är svårt att undgå en känsla av omvänd bevisbörd för TT i detta avseende. Beviskravet "bortom rimligt tvivel" är i varje fall med tveksamhet uppfyllt endast genom att TT för rättsläkaren visat kännedom om att preparaten inte borde sammanblandas. Men omständigheterna i övrigt medverkar förmodligen till att beviskravet ändå kunde anses uppfyllt.

KLASSEN "DE"

Gävle tingsrätt DB 527/92) (R)

Den tilltalade anföll en antagonist (offret) i en park och på en refug och tilldelade honom minst två knivstick i bröstet och armhålan. Den tilltalade och offret hade bråkade vid flera tillfällen tidigare i samband med att båda konkurrerade om samma kvinna. Vid tillfället hade båda utmanat varandra för att komma till en uppgörelse. Den tilltalades huvudförsvaret var att han inte hade uppsåt att döda. Han avvärjades till slut av offret, som satt grensle över TT och slog honom, då polis anlände till platsen. Tingsrättens ansvarsbedömning löd i huvuddrag:

Av såväl offrets uppgifter som vittnesberättelserna framgår det att TT riktade långa, svepande hugg mot offret. Tingsrätten finner därigenom styrkt att TT uppsåtligt knivskurit offret. Omständigheterna har enligt tingsrättens mening inte i något skede varit sådana att TT

till följd av nöd haft rätt att bruka våld mot offret. Han skall därför fällas till ansvar för gärningen.

Därmed borde ansvarsfrågan egentligen vara avgjord. Domstolen använder sig verkligen av ett objektivt tillräknande i dogmatiskt mening. Ansvar för gärningen sägs vara avgjord genom en formulering, som har karaktären av en deldom. Men tingsrätten fortsatte enligt följande:

Frågan är därvid, om TT kan anses övertygad om att ha haft uppsåt att döda.

Offret har själv trovärdigt uppgivit att TT vid flera tillfällen den nu aktuella dagen hotat att döda honom och att hotet upprepades i samband med att TT förföljde honom med kniven. Flera vittnen har också berättat att TT högg besinningslöst mot offret och att de fått uppfattningen att hans avsikt varit att döda offret. Av skadorna och av vittnesuppgifterna framgår också att huggen riktats mot offrets hals och överkropp och att det ha (sic) förelegat risk för ett dödande hugg.

Enligt tingsrättens mening måste det genom de angivna omständigheterna anses styrkt att TT vid tillfället haft i varje fall s. k. eventuellt uppsåt att döda offret, d.v.s. att han insett risken för att han skulle döda offret och att visshet inte skulle ha avhållit honom från att begå gärningen. TT skall därför dömas för försök till dråp ...

Tingsrätten verkar efter ordalydelsen tänkt sig två beslut: ett objektivt och ett subjektivt. Den objektiva delen - ansvarsdelen - är tänkt som en auktoritativ dogmatisk delutsaga om ett objektivt tillräknande. Den tilltalade har s a s en "objektiv" skuld i och med att identitet med gärningspersonen föreligger. Efter detta kommer bedömningen av den subjektiva skulden och tillräknandet. Fallet är ett exempel på den underliggande strukturen från brottsbegreppets dualism och därmed tillräknandets indelning i en objektiv och en subjektiv del.

TT hade antecknats i kriminalregistret för ett tjugotal vålds- och förmögenhetsbrott. En inriktning på karaktärsskuld, och därmed dolus eventualis, är därför nära till hands.

Uppsåtet är beskrivet som en gränsdragning formulerat som eventuellt uppsåt med förorden "i varje fall". Men å andra sidan ger inte fallet intryck av att vara ett svårt fall, snarare motsatsen. Av tingsrättens skrivsätt att döma är det snarare fråga om ett direkt uppsåt att döda, om man skall följa den gängse uppsåtsläran. Sammantaget verkar därför hela den omständliga omvägen över "i varje fall" ett eventuellt uppsåt, ge uttryck för en osäkerhet om uppsåtsprovningen.

TT hade skrivit lappar till sin f d sambo (L) och följt efter henne under en lång tid. Då L inledde en förbindelse med en annan man (F), trappades trakasserier upp. Då L och F promenerade en mörk kväll med L:s hund, kom TT mot dem och efter att L ställt sig bakom F, högg TT F med en kniv, som han hållit bakom ryggen i ena handen. Det första hugget träffade i buken, varefter F segnade ned. Därefter högg TT den liggande F ytterligare tre gånger. L sprang bort från platsen med TT efter sig. Den tilltalade hann upp L och tilldelade henne flera hugg. Han fortsatte att hugga till dess att L till synes låg livlös. Under tiden hade F kunnat resa sig och kunde tillkalla hjälp. Den tilltalade åtalades för försök till mord. Den tilltalade förklarade sig inte ha något minne av händelsen. Tingsrätten redovisade i huvudsak följande ansvarsbedömning:

Vad först gäller ansvarsfrågorna får genom främst de av åklagaren åberopade intygen och utlåtandena samt L:s och F:s utsagor anses styrkt, att L och F vid tillfället genom knivhugg tillfogats de av åklagaren angivna skadorna, att dessa varit livshotande samt att knivhuggen utdelats av TT. För bedömningen av hans uppsåt är självfallet av betydelse vad som förevarit mellan honom och L före dåden. Vad åklagaren enligt ovan anfört härom överensstämmer med vad L berättat och till stora delar även med vad TT uppgivit. Oaktat vad som härigenom framkommit och även med beaktande av att TT kvällen ifråga varit försedd med kniv anser tingsrätten det icke kunna hållas för visst, att TT före eller vid sammanträffandet med L och F haft för avsikt att beröva dem livet. Vid våldsutövningen mot såväl F som L måste emellertid TT - med hänsyn till skadornas art och omfattning och till det sätt, varpå de tillfogats F och L - ha insett att våldet kunde leda till F:s och L:s död. I betraktande av omständigheterna - särskilt att TT varit kraftigt berusad och uppenbarligen helt besinningslös - kan det enligt tingsrättens mening också hållas för visst, att TT icke skulle ha avhållit sig från våldsutövningen, även om han varit förvissad om att denna skulle medföra sagda effekter.

TT:s brott har uppenbarligen betingats av att han varit fullständig besatt av L. Främst med hänsyn härtill får väl brotten bedömas som mindre grova eller alltså som försök till dråp.

Formuleringarna av det eventuella uppsåtet är helt i överensstämmelse med den traditionella uppsåtsläran. Anmärkningen om det "självfallna" i betydelsen av relationen mellan L och TT är i samklang med denna läras grundvalar. Tingsrätten lägger alltså redan från början tonvikten vid vad som försiggått i "TT:s huvud", innan man betonar dådet och den sinnesstämning och karaktär, som TT visat. Därefter konstaterar tingsrätten att man trots utredningen om dessa förhållanden inte fått dessa klargjorda i målet. Ett direkt uppsåt är alltså

i rättens föreställning vissa psykiska "inre" element, som måste bevisas. Man kan verkligen fråga sig vilken ytterligare bevisning tingsrätten förväntat sig, för att kunna finna denna avsikt som ett psykiskt element vara styrkt. Det enda som kan komma ifråga måste vara att TT själv redovisar sin tänkta privilegierade kunskap i form av ett erkännande. Med andra ord om inte erkännande föreligger antas fallet alltid vara svårt och ett gränsfall till oaktsamhet. Mönstret från problematiken i brytningstiden mellan den legala bevisteorin och den fria bevisprövningen faller i hägen, dvs alla icke erkända mål är svåra mål och utan den "riktiga" bevisningen för uppsåt som erkännandet utgör.²⁰⁹⁸

I de flesta andra liknande fall avgörs uppsåtsfrågan i tingsrätterna genom ett konstaterande av GU eller DD. Här gör tingsrätten fallet till en fråga om eventuellt uppsåt. Frågan om riskuppsåt bedöms därefter utifrån i stort sett den vanliga mallen för GU; skadornas omfattning och det sätt på vilket de tillfogats ger riskuppsåt. Tingsrätten avslutar bedömningen med något som liknar ett slags erkännande av "crime passionel" som förmildrande omständighet. Även detta ligger i linje med en karaktärs- och sannelagsinriktad uppsåtsbedömning.

KLASSEN "GU"

Norrköpings tingsrätt DB 373/90 (R)

TT tillfogade offret, en bror till sin sambo, ett stick med en kniv i bröstet, så att lungsäcken, en pulsåder i bröstkorgen, hjärtsäcken och hjärtat skadades. Den tilltalade förnekade dråpförsöket men vidgick att han, ursprungligen för att skrämmas, genom oaktsamhet med en kniv vållat offrets kroppsskada. Sambon hade misshandlats och hotats till livet tidigare och vid samma tillfälle. Offret gick emellan för att skydda sin syster och blev därigenom knivhuggen av TT.

Tingsrätten anförde bl a följande i ansvarsfrågan:

Det har i målet också angivits att offrets liv kunde räddas endast på grund av att han mycket snabbt kom under vård och att det lyckosamt fanns en jourhavande operationsläkare tillgänglig som mycket snabbt kunde inställa sig och påbörja operationen.

Det har i utredningen inte framkommit någon omständighet som motsäger antagandet att TT uppsåtligen tilldelat offret knivhugget i bröstet. På grund av huggets placering och med hänsyn till den kraft som måste åtgå för att orsaka skador av angivet slag finner tingsrät-

²⁰⁹⁸ Se t ex Dereborg, s 50 ff.

ten utrett att TT vid dess utdelande haft uppsåt att döda offret. Gärningen skall, som åklagaren angivit, bedömas som försök till dråp.

Tingsrätten går i argumentationen här inte den vanliga omvägen enligt formuleringen i NJA 1977 s 630 och 1985 s 757, över ett konstaterande av en aktuell insikt, syfte och/eller likgiltighet, utan tingsrätten hävdar TT:s uppsåt som en direkt följd av att rekvisiten för gärningsuppsåt uppfyllts genom den mallartade beskrivningen av gärningen.

Intressant som en indikator på i vilka banor tingsrätten tänkt, är presumptionsformuleringen beträffande invändningen om våda. Likheten till bevisbördans fördelning vid *the defence of automatism i common law* är slående. Man kan dock tänka sig att det enbart är fråga om en falsk bevisbörda för TT. Som tidigare visats vid nödvärn och uppsåtsinvändningar är det inte ovanligt att tingsrätterna handhar sådana invändningar på detta vis. Att något uttryckts som ett *defence* istället för rekvisit, innebär inte nödvändigtvis att man lättat på åklagarens bevisbörda, eftersom gärningens mening varit tydlig vid bedömningen.

Enligt min mening är domskälen i detta fall, trots att man frångått kraven på ett mellanled av insikt, ändå klarare än i flertalet fall, som utan någon annan faktisk grund än motsvarande den här aktuella, ändå bygger på formuleringen av uppsåt med flera skikt av antagna insikter, sinnestillstånd, likgiltighet eller uppsåtsparafraseringar, som endast fungerar som en slags fasad för "rätt" uppsåtsformulering. Snarare har man i detta fall tydligare redovisat att gärningsuppsåt utan förmedlande fiktiva "inre fakta" är gällande rätt.

Eskilstuna tingsrätt rotel 4 DB 1202/90 (R)

Den tilltalade stack offret, sin före detta hustru, med en kniv under bröstbenet. Sticket skadade hjärtat så att det var ytterst nära att offret dog. Den tilltalade erkände att han tilldelade offret ett knivstick såsom åklagaren påstod, men hävdade att han inte hade uppsåt att döda eller att skada offret. Offret ville enligt TT hindra TT från att utöva sin umgängesrätt till barnet, samt uttalade förolämpningar mot TT:s föräldrar och hävdade att barnet inte var TT:s. Han hade enligt egen utsago endast velat skrämma offret och gjorde svepande rörelser med kniven och råkade då träffa offret.

Tingsrättens uppsåtsbedömning löd enligt följande:

Det framgår av utredningen att TT handlat i ett tillstånd av stark affekt. Detta utesluter emellertid inte att han handlat uppsåtligt. Hans uppgifter om hur han riktat kniven och utdelat hugget samt utredningen om knivhuggets placering och den kraft med vilket hugget utdelats, medger ingen annan slutsats än att hans syfte åtminstone i

det skede då han drog kniven och högg offret med den varit att döda henne.

Följaktligen skall TT dömas för att han uppsåtligen försökt beröva offret livet.

Gärningsuppsåtet följer i det närmaste NJA 1977 s 630. Fallet bekräftar att domstolens val av terminologi: insikt, likgiltighet, uppsåt eller syfte, endast är ett formellt val av en formell beteckning på uppsåt. Rättsregeln i prejudikaten grundar gärningsuppsåt oberoende av ett formellt namngivande av uppsåtet. Alla typiska ingredienser för gärningsuppsåt är för handen: affekt, som utsluter resonemang om TT:s beslut, tankar eller "inre" "psykiska element", och vapnets karaktär samt kraften i, placeringen av, och riktningen för hugget.

Tingsrätten har en utförlig argumentation för att gärningen inte skall bedömas som försök till mord utan som försök till dråp. Det huvudsakliga innehållet i resonemanget är att det inte var visat att TT planerat i förväg att döda offret, och att provokationerna talade för att TT kommit i

...ett tillstånd av - som han själv beskrivit det - närmast besinningslöst raseri och att det varit detta hennes beteende mot honom som utlöst hans beslut att genast döda henne. Detta gör att gärningen kan bedömas som försök till dråp.

Skillnaden mellan mord och dråp var, som ofta är fallet, i första hand beroende av om gärningen utförts i hastigt mod eller om den varit planerad. Skillnaden är med andra ord en skillnad i uppsåtskvalité. Gärningen tolkas av tingsrätten efter de kriterier som gärningsuppsåt normalt fastställs med. Uppsåtet - och därmed gärningen - kvalificeras alltså inte ytterligare i avgörandet mellan mord och dråp som ett morduppsåt.

KLASSEN "SU"

Kristinehamns tingsrätt DB 372/92 (S)

Den tilltalade tillfogade offret ett knivhugg i bröstet så att en pulsåder slets av och fara för offrets liv förelåg. Den tilltalade erkände att han tillfogat offret ett knivhugg i axeln och ett i bröstkorgen men han hävdade att detta "inte skett ens i eventuellt uppsåt att döda utan enbart av våda." Han framförde alternativt en invändning om nödvärn. Han var drogmisbrukare och hade vid tillfället nyligen frigivits från fängelse. Tingsrätten argumenterade för att ett uppsåtligt dödande förelegat på följande sätt:

Utredningen ger därför vid handen att TT avsiktligen tillfogat offret en knivskada i bröstkorgen. Av de åberopade rättsintygen framgår att skadan varit livsfarlig. TT måste ha insett att ett sådant hugg med en

Morakniv i offrets bröstorg innehurit en synnerligen allvarlig fara för att TT skulle avlida som en direkt följd av huggskadan. Detta har ändock inte avhållit TT från att utdela hugget. TT kan därför inte undgå ansvar för försök till dråp i enlighet med åtalet.

Tingsrätten undviker att referera till en aktuell visshet, utan hävdar visshet om livsfara som en direkt följd av "ett sådant hugg". Formuleringen är i och för sig objektiverande men följer inte mallarna från prejudikaten för gärningsuppsåt. Antydning till ett dolus eventualisresonemang finns också i och med konstaterandet att TT inte avstått från gärningen trots insikten om livsfaran. Men enbart det förhållandet att TT fortsatt gärningen trots denna insikt uppfyller inte vare sig ett hypotetiskt eller faktiskt eventuellt uppsåt. På något sätt måste också TT:s godtagande av effekten formuleras. Livsfaran är kvalificerad som en synnerligen allvarlig fara. Fallet klassificeras av detta skäl som ett sannolikhetsuppsåt.

Västerviks tingsrätt DB 284/91 (S)

Den tilltalade stack med flera stick offret i bröstet och buken. Han hävdade att han visserligen stuckit med kniven, men att detta skett utan uppsåt och i våda samt i viss mån i en nödvärnssituation. Tingsrätten motiverade uppsåtsbedömningen på följande sätt:

Vad härefter angår frågan om TT handlat med uppsåt att döda offret finner tingsrätten, med hänsyn till att knivhuggen måste ha trängt långt in i offrets kropp eftersom två knivhugg punkterat lungsäcken medan andra skurit av blodkärl till mjälten och bukspottkörteln och penetrerat magsäcken, att knivhuggen utdelats med förhållandevis stor kraft. Vid en mängd avsiktliga knivhugg utdelade med den kraft och riktning som här varit fallet måste en dödlig utgång ha framstått som i så hög grad sannolik att det med tanke på TT:s handlingssätt är uppenbart att han varit likgiltig för om offret miste livet eller ej. TT skall därför dömas för försök till dråp.

Tingsrätten använder sig av en till gärningsuppsåt närstående formuleringsmall, men man graderar explicit livsfaran så höggradigt sannolik att fallet kan betraktas som en formulering i riktning mot sannolikhetsuppsåt. En dubbelgardering med likgiltighetsuppsåt föreligger också.

KLASSEN "CULPA"

Stockholms tingsrätt avdelning 12 B DB 1064/92 (R)

Den tilltalade misshandlade genom sparkar och slag sin hustru samt tog struhtag på henne under en båtfärd mot Helsingfors. Misshandeln pågick i 4 timmar med vissa avbrott. Bland annat sparkades hustrun i bröstet samt örfi-

lades under det att hon ammade deras gemensamma barn. Tingsrättens uppsåtsmotivering löd:

Offrets berättelse stöds till fullo av det rättsmedicinska utlåtandet, varav det framgår som ovan angivits att skadorna tillika med förekomsten av punktformiga blödningar i och omkring ögonen och hennes uppgift om symptom i samband med strupgrepp kan tala för att dessa varit av livshotande allvarlighetsgrad. Tingsrätten tror på TT:s uppgift att han inte hade någon önskan att ta livet av sin hustru. Emellertid kan han inte ha varit omedveten om att det utövade våldet var livshotande för offret, vilket emellertid inte hindrade honom från att även en andra gång utsätta henne för livsfara. Som framgått i målet blev offret skräckslagen under det långvariga bråket och tycks alltjämt förorsaka henne allvarlig psykisk olägenhet. TT kan sålunda enligt tingsrättens mening inte undgå ansvar för att han utsatt sin hustru för livsfara. Omständigheterna talar för att ett fullbordat brott hade bedömts som dråp, varför TT skall fällas till ansvar för försök till dråp.

Formuleringen är ett renodlat oaktsamhetsresonemang. Inget i argumentationen anförs som stöder att tingsrätten avsett att beskriva något annat än medveten oaktsamhet. Rättsregeln extraherad ur fallet borde lyda ungefär som att "den som utsätter annan för livsfara och då är medveten om livsfaran har uppsåt att döda." Riskuppsåt är alltså enligt fallet identiskt med uppsåt till effekten.

Södertälje tingsrätt DB 568/89(S)

Den tilltalade hade dömts tidigare för grov misshandel i ett fall och för misshandel i fyra andra fall. I detta fall högg han offret med en kniv i buken. Tingsrätten anförde bl a följande.

TT har bestritt uppsåt att döda offret men en angripare som utdelar ett knivhugg mot buken med sådan kraft att tarmkexet väller ut måste räkna med att ett sådant hugg kan vara livshotande. Till uppsåtsbedömningen bör även läggas att TT efter hugget i offrets buk även huggit denne i huvudet och i bröstorgans hjärtsida. Sammantaget finner tingsrätten TT förskylla ansvar för försök till dråp.

Avfattningen av skuldmotiveringen baserar sig på gärningstypen. Men den insikt, som domstolen sluter sig till att en "normal" person i TT:s ställe skulle haft, omfattar endast livsfara, som inte uttrycks som en höggradig risk. Tillägget att flera hugg utdelats fungerar dock implicit som en gärningsmässigt kvalificerande omständighet. Fallet kunde därför möjligen också ha klassificerats som sannolikhetsuppsåt.

Den tilltalade tilldelade offret minst fyra kraftiga hugg i bakhuvudet med ett 60 cm långt machetesvärd. Ett öra högs av och hjärnhinnan blottades. Den tilltalade förklarade att han inte mindes händelsen, bl a för att han var misshandlad av offret. Alternativt hävdade TT att han handlat i nödvärn. Han och offret hade blivit osams i samband med kortspel. Tingsrätten anförde följande ansvarsmotivering.

Genom offrets och TT:s berättelser sammanställda med varandra och med den övriga utredningen, främst fynden i lägenheten, finner tingsrätten att det är TT som med ett livsfarligt tillhygge, som kan förmodas vara macheten, utövade det kraftiga och upprepade våld på offrets huvud som orsakade de beskrivna skallskadorna och öronskadan. Det är utrett att särskilt den skada som blottade den hårda hjärnhinnan var förenad med fara för en dödlig utgång. TT måste ha insett att de livsfarliga och upprepade huggen mot huvudet kunde skada offret till döds. Han har därför gjort sig skyldig till försök till dråp.

Därefter tog tingsrätten upp invändningen om nödvärn och nödvärnsexcess och fann att frihet från ansvar inte kunde föreligga på dessa grunder. Slutligen fann rätten med stöd av grunderna för BrB kap 24 § 5 st 2 att TT skulle komma i åtnjutande av en väsentlig straffflindring.

Uppsåtsmotiveringen inskränker sig till att TT "måste", tydligen på grund av skadans och våldets art, insett livsfaran. Någon invändning om uppsåt hade inte framförts, utan huvudförsvaret var invändningen om nödvärn och nödvärnsexcess. Men invändningen om brist på minne behandlas inte sällan som en invändning om uppsåt, till skillnad från mål där t ex gärningsmannaskap är huvudfrågan. Därför bör motiveringen för uppsåt tas som ett uttryck för vad tingsrätten verkligen avser vara rimligt beträffande uppsåtsfrågan. Det är tänkbart att omständigheterna implicit talar för att den insedda risken för annans död var höggradig. Men med hänsyn till den explicita formuleringen har fallet hänförs till klassen "Culpa".

5.5.3 EJ UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.5.3.1 ALLMÄNT

Typfallen redovisas främst med utgångspunkt från avvisandet av uppsåt. Oaktsamhetsformuleringarna redovisas efter hand i respektive fall, liksom formuleringarna av uppsåtet till misshandelsgärningen i förekommande fall. Antalet fall inom varje klass av formuleringar är förhållandevis mindre än i de två brottskategorierna mord och dråp. Skälen till detta är vad som förut an-

märkts vid mordfallen, och att skuldformuleringarna i de olika kategorierna på denna sida om det uppsåtliga dödandet, liksom när det gäller grov misshandel, förekommer inom flera kategorier.

5.5.3.2 VÅLLANDE TILL ANNANS DÖD OCH GROV MISSHANDEL, EJ GENOM TRAFIKHÄNDELSE, ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.5.3.2.1 KLASSERNA "EJ DD", "EJ DE" OCH "EJ GU"

KLASSEN "EJ DD"

Vänersborgs tingsrätt DB 205/91 (S)

Åklagaren yrkade ansvar för mord. Den tilltalades inställning till målet angavs med att han har "erkänt grovt vållande till annans död", men "bestritt ansvar för mord under påstående att han saknat uppsåt att döda eller skada offret."

Den tilltalade hade enligt egen utsaga endast suddiga minnesbilder av händelsen på grund av stor alkoholförtäring, dagen och kvällen för händelsen. Fallet kännetecknas alltså av det vanliga mönstret: åtalet möts med en uppsåtsinvändning. Straffminimum för vållande till annans död är böter vid ringa brott och högst 2 år vid vanligt brott samt vid grovt brott lägst 6 mån och högst 6 år. Mord har lägst 10 år och dråp lägst 6 år och högst 10 år. I detta fall fick TT ett straff på 2 år och 6 månaders fängelse, vilket straff även avsåg annan brottslighet i målet. En skillnad i påföljden av uppskattningsvis minst 4 års fängelse berodde alltså på uppsåtsinvändningens godkännande eller inte.

Händelsen utspelade sig en midsommarhelg. Utöver vinflaskor medfördes av deltagarna till midsommarfirandet en 5 litersdunk med hembränt. Den tilltalade betraktade sig själv som en "periodare". Offret kom med till festen och var enligt en deltagare i festen "otrevlig genom att kritisera musiken och dryckerna." Offret uppmanades att avlägsna sig men vägrade. Den tilltalade hämtade då ett hagelgevär och sköt två skott i golvet framför offret. Detta hot medförde dock inte att offret avlägsnade sig. Därefter tog TT fram en studsare och sköt offret i buken. Offret avled på sjukhuset av skadorna.

Beträffande frågan om avsikten bakom det dödande skottet berättade TT:

Såvitt han minns sköt han ett skott med den (studsaren; SC) från samma plats där han stod vid avlossandet av hagelskotten, två -tre

meter från offret. Hans avsikt måste ha varit att på nytt skjuta i golvet. Eftersom det sedan visat sig att skottet träffat offret i magen, måste TT i sitt berusade tillstånd ha tryckt på avtryckaren tidigare än han avsett eller vinglat med geväret, när han avlossade skottet.....Först när A och K (två deltagare i festen; SC) skulle köra offret till sjukhuset, förstod han att denne blivit träffad men han förstod inte hur farligt det var.

Tingsrätten bedömde att ett flertal faktorer talade mot uppsåt att döda. Tingsrätten tolkade till TT:s förmån, dels hans yttrande efter det dödande skottet att han träffat offret men inte visste var, dels förhållandet att TT snabbt tillnykrat efter skottet och dels att det mellan hagelskotten och kulskottet inte "förekommit någon särskild händelse som kunnat förarga TT i sådan grad att han velat skada eller döda offret." Tingsrätten drog därför följande slutsats:

Det kan därför inte uteslutas att TT även vid avlossandet av det tredje skottet haft för avsikt att endast skrämma iväg offret utan att behöva skada honom.

TT hade emellertid använt sig av uttrycket "Nu får det vara nog!", efter ett närmande från offret mot en av de 8-9-åriga flickorna, som var med på festen. Tingsrätten berörde inte detta i sin motivering, trots att det förstärkte intrycket av uppsåt. Tingsrätten använder sig alltså av avsiktsbegreppet för att diskvalificera gärningen som uppsåtlig och i stället bestämma den som enbart oaktsam. I förhållande till ansvaret för uppsåtligt dödande är målsättningen och avsikten att endast skrämma en godtagbar avsikt. Tingsrätten har här använt sig av en konstruktion som liknar Jareborgs avsiktlighetsuppsåt för att fria; TT trodde verkligen inte att han dödade, han trodde att han skrämde offret. Tingsrätten kunde ha använt *dolus eventualis*, som även hade medfört friande dom. Sannolikhetsuppsåt hade däremot kanske medfört en fällande dom, eftersom TT visserligen endast velat skrämma offret men antagligen insåg en höggradig risk för dödsfallet. Men den *formulering* som domstolen använde ansluter till avsiktlighetsuppsåt eller klassen "DD".

Oaktsamhetsbedömningen är endast markerad genom att gränsen dras mot uppsåtet. Tingsrätten skriver:

...i sitt berusade tillstånd hanterade vapnet så oaktsamt vid avlossandet av det tredje skottet...

Något förtjänar att sägas om rusfrågan. Man kan konstatera att uppsåtet i varje fall inte fingerats vid detta svåra rustillstånd. Det ligger nära till hands att förmoda att ruset haft en ursäktande funktion. Om TT varit nykter vid tillfället och yttrat: "Nu får det vara nog!", om han träffat offret men utan att veta var, och om han dessförinnan skjutit varningsskott, skulle en fällande

dom ha varit oundviklig. Försvaret, som gick ut på reflexhandling, hade förmodligen inte kunnat godtas i ett "normalt" fall. Däremot kunde detta försvar godtas vid svår berusning. Inget ansvar är så strikt att inte bristande uppsåt till handlingens medel fritar från ansvar.

KLASSEN "EJ DE"

Åmåls tingsrätt DB 42/91 (S)

Åklagaren yrkade ansvar för dråp. Den tilltalade dömdes för grov misshandel och grovt vållande till annans död. Han stötte en kniv i ryggen på offret och skadade armen på honom. Den tilltalade sade sig inte kunna minnas något av gärningen. Han och offret var bröder. I samband med spritförtäring kom TT och offret i slagsmål. De var normalt goda vänner, men vid spritförtäring kunde det bli bråk. Enligt ett vittne, (W) en taxichaufför, och TT:s berättelse uttalade offret först - "Nu skall ni dö, pojkar". Samma hotelse uttalade därefter TT till offret och tog fram en kniv, varefter slagsmålet inleddes, som på ett oklart sätt avslutades med knivhuggen och offrets död. Tingsrättens motivering i ansvarsfrågan var bl a följande:

Utredningen visar att det dödande knivhugget trängt långt in i offrets kropp och att det därför måste ha utdelats med stor kraft. På grund härav finner tingsrätten tillförlitligen styrkt att TT måste ha tillfogat offret den dödliga skadan genom ett avsiktligt knivhugg.

Vad härav angår frågan om TT handlat med uppsåt att döda offret framgår av W:s uppgifter att TT i samband med att han tog fram kniven hotade att döda offret. Även om TT uppgivit att bråk kunde förekomma mellan bröderna när de var onyktra framgår ändock inte att motsättningar av allvarligare slag förelåg mellan dem; i nyktert tillstånd var de också enligt TT vänner och arbetade bra tillsammans. Mot bakgrund härav och med beaktande av att det var offrets provocerande uppträdande mot TT och W som föranledde TT att ta fram kniven och hota offret, kan ej anses visat att TT i detta skede hade för avsikt att beröva offret livet. Även om oklarhet råder rörande det fortsatta händelseförloppet måste dock TT, när han utdelade det dödande knivhugget - med hänsyn till knivens beskaffenhet och det förhållandet att hugget riktades mot bröstkorgen - ha insett att en överväldigande fara förelåg för att knivhugget skulle orsaka offrets död. Grund saknas dock till antagandet att TT skulle ha handlat som han gjort om han föreställt sig att hans handlande skulle medföra offrets död. På grund av vad ovan anförts kan TT inte fällas till ansvar för dråp; däremot innebär hans handlande att han gjort sig skyldig till grov misshandel och grovt vållande till annans död.

Rättsregeln i NJA 1977 s 630 tillämpas och tingsrätten konstaterar att TT hade huggit med uppsåt mot en livsviktig kroppsdel. Tingsrätten konstaterar med hjälp av samma rättsregel att TT hade insikt om "...en överväldigande fara" för dödsfall. Insikt om en överväldigande fara för dödens inträde uppfyller ofta de krav på sannolikhet, som motsvaras av "praktisk" visshet om effekten. Undersökningen i övrigt bekräftar detta.²⁰⁹⁹ Med hjälp av en formulering av gärningsuppsåt och en komplettering av något som liknar sannolikhetsuppsåt konstaterar tingsrätten således att TT har uppsåt till dödsfallet. Detta är, som förut visats, ofta tillräckligt för att fälla för uppsåtligt dödande.

Med hjälp av det hypotetiska provet för *dolus eventualis* konstateras emellertid att TT ändå inte hade uppsåt. Varför det som oftast i tingsrättspraxis räcker för fällande dom för uppsåtligt dödande inte räcker i detta fall är inte klart. En förklaring kan vara att det som TT och vittnena berättat innefattar klara indikationer på nödvärnsrätt. Tingsrätten noterar detta, samtidigt som bristen i TT:s uppgivna inställning till målet påpekas:

TT har inte uttryckligen gjort gällande att han handlat i nödvärn. Av W:s uppgifter framgår emellertid att offret, strax innan TT tog fram kniven, uppträtt mycket aggressivt och hotat att döda dem.

Tingsrätten ansåg emellertid inte att nödvärnsrätt förelegat enligt sin tolkning av den utförda gärningen. Men i varje fall var TT mycket provocerad och i straffvärdedelen av domskälen tas provokationen upp:

Vid straffmätningen beaktar tingsrätten det provocerande uppträdande från offrets sida som föregick gärningen.

Benägenheten att behandla nödvärn och/eller provokation som en del av uppsåtsfrågan är inte ovanlig i materialet. Man ser dessa och andra "*defences*" som en del av skuldfrågan, dvs (o)aktsamhetsfrågan, genom att de utgör delar av innehållet i aktsamhetsregeln. Teoretiskt kan inget egentligen invändas mot detta förfaringsätt. Det berömda fallet *Steane* i engelsk rätt hade dessa teoretiska implikationer.²¹⁰⁰

Även om detta förmodligen medverkat till avgörandet av ansvarsfrågan, är det antagligen intrycket av obegriplighet, i och med avsaknaden av motiv samt den rådande vänskapen mellan offret och TT, som ger en bristande typicitet i förhållande till en typisk dödandehandling, t o m under spritfester. Men å andra sidan är, både i svensk och engelsk rätt, prejudikaten NJA 1977 s 630 respektive fallet *Moloney*, exempel på uppsåtligt dödande av vänner. I det här

²⁰⁹⁹ Se avsnitt 2.3.2.1.4 under "Diskussionen om gränsdragningen i svensk doktrin".

²¹⁰⁰ Se avsnitt 2.3.2.2.2 under "Avgränsningen av *intent* från motiv".

refererade tingsrättsfallet har rätten med en formulering av *dolus eventualis* markerat att skulden inte var tillräckligt kvalificerad för att betecknas som uppsåt.

Oaktsamhetsbedömningen liksom bedömningen av uppsåtet till den grova misshandeln ansågs sannolikt som uppenbara i och med närheten till uppsåtsgränsen.

KLASSEN "EJ GU"

Jakobsbergs tingsrätt DB 69/92 (R)

Åklagaren yrkade ansvar för mord. Den tilltalade förklarade att han inte kunde minnas något vid tillfället. Han stack offret med en kniv i halsregionen och skar av nyckelbenspulsådern. Tingsrätten motiverade sitt domslut beträffande uppsåtsfrågan enligt följande:

Genom TT:s vid polisförhören lämnade uppgifter, som således stöds av den övriga utredningen finner tingsrätten styrkt att TT tilldelat offret ett avsiktligt knivhugg och att offret avlidit av skadorna till följd av förblödning.

Vad härefter angår frågan om TT handlat med uppsåt att döda offret gör tingsrätten följande överväganden. Vid ett mot halsregionen avsiktligt knivhugg, som trängt in ca 10 cm i bröstkorgen måste en dödlig utgång ha för en gärningsman framstått som praktiskt taget oundviklig. Vid sådant förhållande måste döden därför ha omfattats av gärningsmannens uppsåt. I målet är det oklart hur knivhugget gått till. TT har vid polisförhören inte uppgivit mot vilken del av offrets kropp knivhugget var riktat. Ingen av de vid tingsrätten hörda personerna har iakttagit själva händelsen. Eftersom det inte kan utslutas att TT kan ha riktat knivhugget mot annan del av offrets kropp än mot halsregionen kan det inte anses styrkt att det varit TT:s avsikt att döda offret.

Tingsrätten använder sig alltså av rättsregeln i NJA 1977 s 630. Eftersom tingsrätten inte kan finna att knivhugget varit bevisligen riktat mot halsregionen, anses uppsåtet inte vara styrkt. Rekvisitet "huggets riktning" mot vital del på kroppen var alltså inte uppfyllt. Efter att ha bedömt att inte nödvärn eller excess ursäktat TT, konstaterar tingsrätten mycket kort:

TT skall därför dömas för grov misshandel och, eftersom han av oaktsamhet orsakat offrets död, för vållande till annans död, som är grov (sic; SC).

Uppsåtet till effekten annans död behandlas ingående efter vad som tingsrätten ser som en gällande rättsregel i de relevanta prejudikaten, till skillnad från

uppsåtet till den grova misshandeln, som endast beskrivits genom att knivhugget ansetts som avsiktligt. Bedömningen av skuldfrågan har varit inriktad på en gränsbestämning mellan oaktsamt dödande och uppsåtligt dödande.

Liksom i andra fall med "grov skuld", dvs uppsåt, riskuppsåt eller luxuria, vilka alla mer eller mindre används på båda sidor om uppsåtsgränsen mot culpa, anses inte oaktsamhetsbedömningen nödvändig att redovisa. Ett "nästan" uppsåt innehåller sällan en explicit aktsamhetsregel i domskälen.

5.5.3.3 GROV MISSHANDEL, ÅTAL FÖR (FRÄMST OSJÄLVSTÄNDIGT) UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.5.3.3.1 ALLMÄNT

Uppmärksamheten i genomgången är främst koncentrerad på tingsrätternas formuleringar av det avvisade uppsåtet när det gäller åtalet för försök till uppsåtligt dödande.

5.5.3.3.2 KLASSERNA "EJ DD", "EJ DE", "EJ GU", "ÖVRIGA" OCH "0-RES"

KLASSEN "EJ DD"

Göteborgs tingsrätt avdelning 8 DB 754/91 (R)

Den tilltalade knivskar offret upprepade gånger på gatan med en tapetkniv i armen, ansiktet och ryggen. Åklagaren menade att hugget mot ansiktet var riktat mot halsen och åtalade för dråpförsök. Den tilltalade vitsordade att han skadat offret i armen, ansiktet och ryggen men hävdade att han inte "försökt beröva offret livet", bl a av den anledningen att han inte var medveten om att han hade en kniv i handen när han försvarade sig mot offrets angrepp. Tingsrätten fann påståendet om att TT var omedveten om att han hade en kniv i handen så osannolikt, att domstolen lämnade detta utan avseende och anförde:

Vidare finner tingsrätten att TT har använt kniven på ett sådant sätt att han var likgiltig inför hur den skulle träffa offret. Tingsrätten finner därför att skadorna åsamkades offret uppsåtligen av TT.

Efter att tingsrätten avvisat invändningen om nödvärn, vilken framfördes under huvudförhandlingen, fortsatte domstolen:

Inte heller i denna del kan omständigheterna anses sådana att TT svårligen kunnat besinna sig. Tingsrätten finner att TT skall dömas

till ansvar även för knivskärningen i ryggen. Åklagaren har inte visat att TT hade avsikt att döda offret. Åtalet för försök till dråp skall där- för ogillas. Gärningen är i istället att bedöma som misshandel. Den är att bedöma som grov med hänsyn till att TT har använt kniv mot vi- tala delar av kroppen på offret.

TT hade ett skadeuppsåt, som grundades på sättet han använt kniven, på knivtypen och det faktum att kniv använts samt på riktningen mot vitala delar. Attityden eller mentala element fördjupar sig tingsrätten inte i. Formu- leringen av uppsåt till skadan överensstämmer i stort sett med NJA 1985 s 757 och kan därför sägas vara en form av gärningsuppsåt. En likgiltighet för ska- dan, om denna blivit offrets död, skulle alltså normalt sett medfört ansvar för dråp. I detta fall var TT likgiltig för hur kniven skulle träffa offret. Detta inne- bär i enlighet med ordalydelsen att formuleringen även innefattar en likgiltighet för en eventuell död, eftersom det var likgiltigt om kniven träffat halsen eller någon annan del av kroppen. Därmed är förutsättningarna för uppsåtligt dödande uppfyllt. Men försök till dödande i detta fall är uteslutan- de synonymt med avsikt att döda. Någon annan form än den direkta avsikten till dödandet är inte här tänkbart som försöksuppsåt. Domstolen använder alltså ett gärningsuppsåt i förhållande till skadan i den grova misshandeln, men undviker detta i förhållande till uppsåt till försök till annans död.

KLASSEN "EJ DE"

Sandvikens tingsrätt DB 186/92 (R)

Den tilltalade utdelade flera knivhugg mot offret och hotade att döda honom i samband med en fest i TT:s lägenhet. Den tilltalade var uppretad för att han trodde att offret hade slagit sönder ytterdörren i lägenheten. Offret fick allvar- liga skador i lungorna. Den tilltalade erkände grov misshandel men bestred ansvar för dråpförsök, eftersom han inte hade uppsåt att döda offret. Tings- rätten anförde följande:

Åklagaren har gjort gällande att gärningen skall bedömas som försök till dråp medan TT förklarat sig beredd att underkasta sig ansvar för grov misshandel. Utredningen ger emellertid inga säkra hållpunkter för en närmare bedömning av TT: s uppsåt när han utdelade kniv- huggen. Den omständigheten att TT utdelade flera knivhugg och hans hotfulla yttranden talar för att han önskade offrets död. Å andra sidan kan TT mycket väl missminna sig om vad TT yttrade och hotet behöver inte ha varit allvarligt menat. TT var visserligen upprörd och berusad. Men det hade förflutit omkring en halvtimme från TT:s och offrets gräl i TT:s lägenhet till knivhuggen i trappuppgången. Det är svårt att föreställa sig att det triviala grälet skulle ha gjort TT så ra- sande att han skulle vara beredd att döda. Tvärtom talar

omständigheterna för att det förhöll sig så som TT själv berättat, nämligen att han avsåg att tvinga fram ett erkännande från offret och därför tog med sig kniven för att skrämma offret. På grund av det anförda finner tingsrätten att det inte kan anses utrett att TT, då han utdelade knivhuggen mot offret, hade för avsikt att döda denne. Utredningen innefattar inte heller sådana omständigheter att det med visshet kan sägas att TT skulle ha utdelat huggen på sätt som skett, om han hade föreställt sig att knivhuggen (sic) skulle leda till offrets död.

Tingsrätten finner således att gärningen inte kan anses utgöra försök till dråp. Eftersom TT måste ha insett att knivhuggen var livsfarliga är gärningen, som även TT själv förklarar, att bedöma som grov miss-handel.

Tingsrätten tar sin utgångspunkt i gärningens oförklarlighet när det gäller att avvisa uppsåtet till annans död. I flera fall som tidigare refererats, är gräl om betydelselösa saker ofta den utlösande faktorn vid dödandehandlingar. Detta hindrar inte rätten att finna gärningen uppsåtlig. I dessa sammanhang används ofta en formulering av gärningsuppsåt. I detta fall koncentrerar sig rätten på vad TT kunde ha önskat och om han var "i sitt psyke" beredd att döda. I linje med dessa närmast spekulativa funderingar om TT:s "inre" fakta avvisades försöksuppsåtet med hjälp av det hypotetiska provet i *dolus eventualis*.

Huddinge tingsrätt avdelning 2 DB 115/91 (S)

I en skola jagade TT, som var 20 år vid tillfället, en elev vid skolan (offret) genom lokalerna och hotade offret till livet samt gjorde häftiga utfall med kniv mot offret på skolgården. Genom att en annan elev i skolan lyckades avväpna TT kom inte offret till skada. Den tilltalade ville hämnas en tidigare förmodad knivskärning mot honom, utförd av offret. Tingsrätten anförde följande.

Mot bakgrunden att TT bar på övertygelsen att offret varit den som vid tidigare tillfälle knivskurit honom och därför var ursinnigt inriktad på att komma åt offret och med beaktande av TT:s person och levnadsförhållanden finner tingsrätten det häftiga angreppet mot offret ge stöd för antagandet att TT inte skulle ha dragit sig för att handla på sätt han gjort även om han insett att offret skulle komma till allvarlig skada. Stöd saknas däremot för antagandet att han skulle ha handlat på motsvarande sätt om det framstätt som sannolikt för honom att offret skulle komma att avlida.

Tingsrätten använder en klassisk formulering av *dolus eventualis*, med uttrycklig hänvisning till TT:s karaktär och levnadsförhållanden, för att finna försöket till den grova misshandeln styrkt men avvisar uppsåtet att döda med en formulering, som till ordalydelsen i viss mån påminner om sannolikhetsuppsåt förutom att ett hypotetiskt prov tillfogats.

Ludvika tingsrätt DB 46/92 (S)

I samband med en fest i en lägenhet tryckte TT en kniv in i halsen bakifrån på offret, som satt i en soffa. Den tilltalade förnekade gärningen helt. Efter att ha konstaterat att TT måste varit gärningspersonen, anförde tingsrätten följande:

Frågan är då om TT då han - med kraft enligt vad läkare uttalat - stack kniven in i offrets hals, haft för avsikt att döda denne eller i varje fall skulle ha handlat som han gjorde om han vetat att knivhugget skulle orsaka offrets död. Härvid skall beaktas att knivhugget är på halsen och att TT måste ha insett att det kunde orsaka mycket allvarliga skador. Bedömningen försvåras avsevärt av att TT synes vara en särpräglad person som helt förnekat gärningen, varför han inte själv lämnat några uppgifter i denna fråga. Gärningen framstår som oförklarlig men en enligt tingsrättens uppfattning ej osannolik hypotes är att TT blivit uppretad av någon orsak, eventuellt för att han nekades stanna över natten i lägenheten av C, (lägenhetsinnehavaren; SC) och i okontrollerad ilska huggit med kniven mot den(t; SC) närmast honom sittande offret utan att närmare reflektera över konsekvenserna härav. Tingsrätten finner därför ej styrkt att TT haft för avsikt att döda offret. Rätten finner ej heller, oaktat TT även tidigare visat prov på hänsynslöshet, att det kan hållas för visst att han skulle ha utdelat knivhugget även om han varit säker på att detta skulle leda till offrets död.

TT skall därför ej fällas till ansvar för försök till mord eller dråp.

TT har emellertid i ett helt oträngt läge med ett farligt vapen tillfogat offret en mycket allvarlig skada. Gärningen måste betecknas som livsfarlig även om den på grund av lyckliga omständigheter utom TT:s kontroll inte synes ha fått allvarliga konsekvenser.

...Den misshandel TT gjort sig skyldig till måste därför betecknas som grov....

Tingsrätten resonerar helt i den traditionella uppsåtslärans kategorier vad beträffar frågan om försöket till det uppsåtliga dödandet; antingen är det direkt uppsåt i detta fall eller så är det eventuellt uppsåt. Som ofta i liknande gärningssituationer finner tingsrätten gärningen "oförklarlig", dvs motivet är oproportionellt trivialt i förhållande till gärningen. Tingsrätten börjar därefter

spekulera om vad TT reflekterat eller inte reflekterat över i gärningsögonblicket, och slutligen får en karaktärsbedömning avgöra frågan om uppsåtet till offrets död med hjälp av ett hypotetiskt prov enligt modellen för dolus eventualis. Däremot finns inte alls samma resonemangstyp beträffande uppsåtet till den grova misshandeln. Här räcker det att i första hand placeringen av knivhugget medför att TT "måste insett" den allvarliga skaderisken. Helhetsintrycket av tingsrättens bedömning i detta fall ger ett något spekulativt, osäkert och godtyckligt intryck. Orsaken till detta är förmodligen att man försökt utröna vad TT "innerst inne" tänkte på i gärningsögonblicket. Klassificeringen av fallet bereder dock inga svårigheter.

Uppsala tingsrätt DB 124/91 (S)

Den tilltalade angrep offret under en nyårsnatt utanför en restaurang och diskotek med ett knivhugg, som träffade offret i ljumsken. Hugget utdelades i samband med att offret försökte avstyra bråk mellan TT och en annan person. Den tilltalade avlägsnade sig från platsen och lämnade offret kraftigt blödande på gatan. Den tilltalade uppgav att han inte hade något minne av gärningen, samt att han inte hade uppsåt vare sig att skada eller döda. Dessutom anförde han att det var ett impulshugg, som utdelats i nödläge. Det var endast tillgången till ett kvalificerat sjukhus och snabb vård, som räddade livet på offret. Tingsrätten hade följande ansvarsmotivering:

Tingsrättens bedömning: För att ansvar för dråp eller försök därtill skall kunna utkrävas måste visas att gärningsmannen haft att (sic) uppsåt att döda. Vad som framkommit genom utredningen ger vid handen att TT måste varit i sådan grad medveten om sitt handlande att uppsåtlig gärning föreligger. Då TT från nära håll med kniven i hand huggit mot offret måste han ha menat att träffa denne. TT har således haft uppsåt att skada. Knivhuggen träffade så att de kunnat leda till döden. Det kan dock inte anses visat att TT - trots den grad av likgiltighet som förelegat hos TT - avsett att döda. Vid nu angivna förhållanden kan TT inte dömas för försök till dråp. TT:s gärning skall bedömas som misshandel. Misshandeln är att anse som grov. - Vad TT invänt beträffande nödvärn förtjänar inte avseende.

I avsnittet om påföljden anförde tingsrätten bl a:

I förevarande fall finns omständigheter som enligt tingsrättens mening utesluter möjligheten att utdöma straffminimum. Vad tingsrätten tänker på är att det rör sig om gatuvåld. Detta kan inte sägas ha varit provocerat. Vid misshandeln har använts ett livsfarligt vapen, vilket brukats med mått av likgiltighet. Effekten har varit betydande. Skadorna har...varit livshotande....

Tingsrättens argumentation tyder på att rätten, som i fallet ovan, Göteborgs tingsrätt avdelning 8 DB 754/91, tvekat att använda likgiltighetsuppsåt vid försök. Endast avsikt, och bestämt uppsåt tolkat som direkt uppsåt i detta fall, anses tillräckligt. Uppsåtsformuleringen för misshandeln är dock här tydligare och på ett i viss mån ett formellt sätt definierad som begången med "mått av likgiltighet". Formuleringarna i ansvars- och straffvärdedelen ger intryck av att använda likgiltighetsbegreppet för att beskriva att culpa i bemärkelsen "rätt" skuld för brottet inte förelegat. Likgiltigheten, dvs skulden/culpan, ansågs inte vara tillräckligt för uppsåtligt dödande.

Handens tingsrätt DB 464/91 (S)

Den tilltalade var sedan gammalt svartsjuk på offret. TT knivskar offret i ansiktet, vid halsen nära halspulsådern, med en fällkniv. Den tilltalade avvärjades genom att offret trampade på den hand som förde kniven. Tingsrätten hade följande ansvarsmotivering.

Tingsrätten gör följande bedömning. Åklagarens i första hand gjorda påstående att TT haft avsikt att beröva offret livet är inte bevisat. Inte heller kan det anses utrett att TT varit medveten om att hans handlande inneburit risk för offrets liv men varit likgiltig inför denna risk. Åtalet för försök till dråp skall därför lämnas utan bifall. Genom vad som enligt ovan framkommit om händelseförloppet är det däremot bevisat att TT avsiktligt knivskurit offret. TT har således gjort sig skyldig till misshandel. Han har genom sitt handlande visat sådan råhet och hänsynslöshet att brottet, med beaktande av att gärningen under mindre turliga omständigheter kunnat medföra en direkt livsfarlig skada, skall bedömas som grovt.

Tingsrätten skiljer här uttryckligen mellan avsikt och likgiltighetsuppsåt. I detta fall verkar rätten likställa likgiltighetsuppsåt med dolus eventualis. En motvilja spåras mot att använda dolus eventualis vid försök. Endast bestämt uppsåt erkänns vid försöksbrottet. Det kan också varit fråga om att tillgodoräkna gärningspersonen att turen varit på hans sida.

KLASSEN "EJ GU"

Stockholms tingsrätt Avd 11 B:7 DB 941/92 (S)

Den tilltalade stack sin hustru (offret) med en kniv och även sin svåger (A), i vitala delar av kroppen. Skadorna blev inte i någotdera fallet livshotande. Motivet verkade vara svartsjuka. Han mindes inte gärningen. Tingsrätten anförde följande ansvarsresonemang:

Själva beteendet att med kniv tillfoga sårskador i vitala kroppsdelar tyder på uppsåt att döda. Skäl finns därför att döma TT om inte för

mordförsök så åtminstone för försök till dråp. Men vid den osäkerhet som råder om hur TT hanterat kniven bör inte av sårskadornas fakticitet dragas den slutsatsen att TT försökt ett uppsåtligt dödande. Hans gärningar bör därför straffrättsligt bedömas som misshandel. Inte minst därigenom att TT riktat angreppet mot nära anhöriga - sin hustru och sin sväger - har han visat synnerlig hänsynslöshet. Därför, och då gärningarna varit livsfarliga till sin art, är brottet att anse som grovt.

Tingsrätten skulle, om inte viss osäkerhet förelegat om sättet att hantera kniven, förmodligen ha dömt TT för försök till uppsåtligt dödande, uttryckligen på grundval av vapnets art, placeringen och sättet gärningen utförts på. Han ansågs sakna uppsåt, eftersom ett avgörande rekvisit för gärningsuppsåt, sättet att hantera kniven, inte är styrkt. I detta fall kunde man inte, vilket tingsrätten motsatsvis antyder vara möjligt i andra fall, direkt konstatera uppsåtet endast från "sårskadornas fakticitet." Tingsrätten har däremot inte direkt använt sig av ordalydelsen i prejudikaten för gärningsuppsåt. Fallet har klassificerats som gärningsuppsåt, eftersom uttryckssättet, med viss tvekan, ansetts vara likvärdigt med dem som används i prejudikaten.

Inget resonemang fördes om uppsåtet till den grova misshandeln, om man inte med begreppet "synnerlig hänsynslöshet" avser ett slags likgiltighets-hänsynslöshetsuppsåt ungefär som *basic intent* är konstruerat.

KLASSEN " ÖVRIGA "

Lindesbergs tingsrätt DB 240/92 (S)

Den tilltalade inledde en strypling av sin maka (offret) med en halsduk, så att hon var nära att avlida. Den tilltalade anmälde sig själv till polisen och uppgav att han hade tagit livet av sin fru. Den tilltalade menade vid huvudförhandlingen att detta yttrande på grund av språksvårigheter uppfattats felaktigt som en förklaring att han hade dödat henne och förnekade gärningen helt. Tingsrätten anförde bl a följande:

Offrets skick vid polisens ankomst i förening med läkarutlåtandet och övriga förhållanden ställer utom tvivel att TT förgripit sig mot henne med ett stort mått av våld. Gärningen har varit livsfarlig. Vid bedömningen av frågan huruvida TT handlat i uppsåt att döda beaktar tingsrätten vad som framkommit om offrets psykiska besvär, innebärande att han sannolikt handlat i stark och svårkontrollerbar affekt. Enligt tingsrättens mening kan inte anses tillförlitligen visat att han kan dömas för försök till dråp. Gärningen bör bedömas såsom grov misshandel.

I två andra liknande fall användes också affekt som en slags ansvarighetsfrihetsgrund. Tingsrätten har i konsekvens med tanken att rättens uppgift på något sätt är att finna reda i de s k "inre fakta" funnit att affekt inte innefattar en sådan plan eller tanke på dödande, varför uppsåt till försöket inte kunde konstateras. Genom affektillståndet antas därför uppsåtet till den fullbordade gärningen inte vara tillräckligt bestämt. Man föreställer sig kanske ett affektuppsåt som ett "halvklart" eller "slöret" uppsåt. Strahls åsikt, uttryckt i maximen att den som ser rött ändå ser, har inte anammats av tingsrätterna i dessa fall. Däremot är detta inte fallet vid den grova misshandeln. Här finns inget resonemang alls om uppsåt. Gärningen anses fullt tillräcklig för att utan vidare grunda ansvar för uppsåtlig gärning.

KLASSEN "0-RES"

Göteborgs tingsrätt avdelning 7:1 DB 172/92 (R)

I målet åtalades TT nr 1 och en medåtalad TT nr 2. TT nr 1, som var 21 år vid gärningstillfället, stack offret med kniv tre gången i armen och låret, i handen och ryggen samt på vänstra sidan i bröstet in i hjärtat så att offret avled. Åklagaren åtalade TT nr 1 och TT nr 2 för dråp. TT nr 1 påstod i första hand att en nödvärnssituation förelegat. Endast TT nr 1 fälldes för grov misshandel. Offret, som värjde sig med en kniv, misshandlades med en stol och en kniv. Tingsrätten avvisade invändningen om nödvärn, eftersom offret ansågs endast ha använt kniven för att värja sig och anförde vidare:

Offret har avlidit av knivsticket i hjärtat. Såsom nyss framhållits har inte kunnat fastställas vem som utdelat detta hugg. Det är däremot styrkt att TT nr 1 tillfogat honom övriga sticksår i kroppen; ett av dem har efterlämnat två stickkanaler, som trängt in i vänstra lungsäckerna och vänstra lungan. Det är sannolikt men inte alldeles säkert att även denna skada skulle ha förorsakat offrets död.

Det är inte visat att TT nr 2 avsiktligt tillfogat offret skador med den påträffade trasiga stolen. Sammanfattningsvis leder bedömningen, sådan den här redovisats, till att TT nr 1 skall dömas för grov misshandel medan åtalet mot TT nr 2 i denna del skall ogillas.'

I påföljdsdelen av domskälen anförde tingsrätten dessutom:

TT nr 1 har gjort sig skyldig till grov misshandel utövad på ett hänsynslöst och livsfarligt sätt.

Frågan i målet koncentrerades på brottsbeteckningen. Sticket i hjärtat var det dödande, och tingsrätten ansåg att det inte kunde fastställas att TT nr 1 utdelat detta. Beviskravet "alldeles säkert" är förvånande högt ställt. Den sannolikhet som här ansågs föreligga kan uppskattningsvis inte överstiga kravet "bortom

rimligt tvivel". Men ingen uppsåtsformulering återfinns i domskälen, vare sig beträffande det uppsåtliga dödandet eller den grova misshandeln. I påföljdsdelen redovisas indirekt att risk för annans död förelegat, men inte på vilket sätt gärningen styrts mot effekten eller att denna risk insetts. Tingsrätten har förmodligen sysselsatt sig främst med frågan om nödvärn, brottsbeteckning och gärningsmannaskap. I många fall där huvudfrågan gäller gärningsmannaskap utelämnas, som förut sagts, uppsåtsproblematiken helt i domskälen.

5.5.3.4 VÅLLANDE TILL ANNANS DÖD OCH GROV MISSHANDEL, EJ GENOM TRAFIKHÄNDELSE, EJ ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE

5.5.3.4.1 ALLMÄNT

Redovisningen av fallen i detta avsnitt tar främst sikte på oaktsamhetsformuleringarna när det gäller brottet vållande till annans död. Uppsåtsformuleringarna noteras också.

5.5.3.4.2 KLASSERNA "CULPAG" "RISKM", "0-RES"

KLASSEN "CULPAG"

Huddinge tingsrätt avdelning 2 DB 1855/91 (S)

Den tilltalade dömdes för bl a grov misshandel och vållande till annans död. Åklagaren yrkade ansvar för bl a dessa brott. Den tilltalade erkände gärningarna men inte att misshandeln var att anse som grov. Han anförde bl a:

Han slog tre slag mot offret med träregeln. Offret höll upp händerna till skydd. Han ville bara skrämma offret men hade inte för avsikt att döda honom. Han slog därför mot kroppen och inte mot huvudet. Han använde inte heller kniven. Han var väldigt arg. Han var påtänd men det höll på att gå över. När han slagit tre slag tyckte han det räckte....Han ville inte döda offret och tyckte inte att han slog på farliga ställen. Han slog offret för det denne gjort mot honom och han ville att offret skulle känna smärta för att komma ihåg till en annan gång.

Obduktionen visade att ett mycket kraftigt slag hamnat över hjärntrakten och att detta lett till döden. Ett sådant slag ger samma symptom och effekt som en svår hjärtinfarkt. Tingsrätten motiverade sin bedömning på följande sätt:

Tingsrätten ifrågasätter visserligen inte TT:s uppgift om att han inte hade för avsikt att döda offret. Det sistnämnda slaget har uppenbarligen träffat på ett mycket olyckligt sätt och lett till oavsiktliga skador. TT får emellertid när han, som han själv uppgivit, i uppretat tillstånd och i avsikt att hämnas slog den(t; SC) försvarslöse(a; SC) offret med den åtgärdade träregeln mot överkroppen, anses ha visat särskild hänsynslöshet och råhet. Han måste också ha insett att misshandeln skulle leda till - om inte livsfarliga så dock- svåra kroppsskador.

Dödsfallet betecknas som ett olycksfall. Den tilltalade ansågs inte ha insikt om risken för dödsfallet. Fråga var därför om en "normal" och ansvarsfull person hade insett detta. Det räcker inte att bara läkarvetenskapen känner till att sådana slag kan orsaka döden. Inte heller kan man grunda aktsamhetsregeln i fallet på att en normal och ansvarsfull person aldrig skulle slå på det sättet; aktsamhetsregeln måste konstrueras med utgångspunkt från att frågan om misshandeln är avgjord. Frågan måste ställas på följande sätt: Om en ansvarsfull person slagit mot offret precis som i det avgjorda fallet, skulle då insikt om risken för dödsfall föreligga för denne normale och ansvarsfulle person. Det faktum att offret misshandlats får inte påverka bedömningen av insiktsmöjligheten; annars skulle det vara fråga om en form av rent effektansvar ungefär analogt med institutet *constructive intent*.

Aktsamhetsregeln i detta fall måste gälla en aktsam person, som slår med samma kraft som TT mot en annan person. Om denne skulle insett dödsrisken och därför inte slagit, är TT oaktsam i förhållande till dödsfallet. Det förefaller vara tveksamt, om en annan person än en läkare insett att ett slag med en träregel mot bröstet kan vara dödande.

Uppsåtet och motivet till den grova misshandeln är indirekt beskrivna i domskälen. Skälet för att misshandeln ansågs vara grov måste alltså ha varit att misshandeln var utförd med särskild hänsynslöshet och råhet, inte att den var livsfarlig. Tingsrätten har dels angivit att skadorna var oavsiktliga, dels att svåra kroppsskador varit insedda. Rätten har förmodligen menat att skadan i form av dödsfallet var oavsiktlig men att svåra kroppsskador i övrigt varit insedda. Oaktsamhetsformuleringen när det gäller annans död har således bestämts av rekvisiten för brottets grovhet.

K L A S S E N " R I S K M "

Handens tingsrätt DB 386/91 (S)

Den tilltalade dömdes bl a för grov misshandel och vållande till annans död. Åklagaren hade yrkat ansvar bl a för grovt rån och grovt vållande till annans död alternativt grov vårdslöshet i trafik för att TT " ...visat grov oskicklighet vid bilens manövrering och bristande uppmärksamhet på offrets position

framför bilen". Den tilltalade förnekade detta men "erkände" vållande till annans död. Han hade vid flykt från en stöld satt sig till motvärn mot en väktare och kört över väktaren som stod i vägen för hans flyktväg. Fallet illustrerar hur domstolar använder formuleringarna av eventuellt uppsåt att döda när bilen, liksom i NJA 1959 s 63, utgör det "atypiska" redskapet för dödandet. Skillnaden kan förefalla liten i förhållande till romarrättens åtskillnad på brottsredskapen, svärdet respektive järngrytan, när det gällde att bedöma *dolus ex re*. Tingsrätten motiverade sin bedömning enligt följande:

I fråga om TT finner tingsrätten att vittnesmålen sammantagna föranleder den bestämda slutsatsen att skåpbilen förts framåt på ett sådant sätt, att det måste anses helt uteslutet att han haft för avsikt att backa. I stället är det genom vittnenas uppgifter klarlagt att TT redan från början varit medveten om att bilen skulle komma att röra sig framåt under det att offret befann sig i dess färdriktning.

Tingsrätten anser alltså att bilen fördes avsiktligt mot offret. Samma situation förelåg således som i NJA 1959 s 63. Tingsrätten fortsätter därefter:

Offret har blivit överkörd(t; SC) och har senare avlidit. Tingsrätten finner att TT - utan att ha haft omedelbar avsikt att skada offret - medvetet har tagit risken att så skulle kunna ske, och att han inte skulle ha avstått därifrån ens om han förstått att offret skulle komma till skada. Det sagda innebär givetvis inte att TT:s sålunda ådagalagda s. k. eventuella uppsåt var inriktat till och med på att offret skulle dö av sina skador. Det innebär endast att TT vill komma undan även till priset av att offret blev skadad(t; SC). TT måste ha förstått att risken för mycket allvarliga skador var påtaglig, inte minst därför att han lät även bakhjulet passera över offret.

Fallet aktualiserar också skillnaden mellan prejudikatet *Smith* i engelsk praxis, där offret dödades och TT dömdes för *murder* och det i stort sett samtida svenska prejudikatet NJA 1959 s 63, där de TT:e dömdes för grov vårdslöshet i trafik och medhjälp till detta brott.²¹⁰¹ I fallet *Smith* menade många att domstolen använde sig av en slags uppsåtspresumtion för att kunna objektiviera prövningen och argumenterade för att fria, bl a på grund av en bristande accept av dödsfallet från TT.

Eftersom det eventuella uppsåtet mera sällan används vid fällande dom när det gäller fullbordat uppsåtligt dödande, är tingsrättens dom i samklang med övrig praxis, då man "friar" TT från ansvar för uppsåt till dödsfallet - trots att åtalet inte löd på detta - med *dolus eventualis*.

²¹⁰¹Se avsnitt 2.3.2.2.2 under "Homicide".

Tingsrätten menar således att det uppsåtliga flyktförsöket med bilen från stölden, med skadeuppsåt och med uppsåt att köra över väktaren, och dödandet av väktaren som försöker hindra bilen, endast kan betraktas som annat trafikdödande. Tingsrättens uppfattning om konstruktionen av det eventuella uppsåtet är svårtolkad. Det verkar som om tingsrätten tänkt sig att det klassiska eventuella uppsåtet används för att avslöja en avsikt till effekten. Eventuellt tänker man sig konstruktionen som en ren bevisregel för att konstatera en bestämd avsikt att döda. Detta motsägs av att en regelrätt hypotetisk eventuell uppsåtskonstruktion används när det gäller skadeuppsåtet. Därmed har man formulerat skulden, åtminstone när det gäller den grova misshandeln. Samtidigt har man formulerat den aktuella oaktsamhetskulden, såvitt avser ansvaret för annans död, som riskuppsåt till en höggradig risk för allvarlig skada. Oaktsamhetsformuleringen har klassificerats i gruppen "Medvet". Fallet betraktas och motiveras således som ett oaktsamt brott både när det gäller risktagande och uppsåt i förhållande till effekten annans död. Samtidigt verkar detta vara närmare ett uppsåtligt dödande än andra fall, som utan vidare på svagare grunder anses som uppsåtligt dödande. Förklaringen kan varken sökas i de traditionella skuldformuleringarna som tingsrätten använt eller i gärningssituationen. Den närmast liggande förklaringen är att domstolarna och åklagarna i Sverige i realiteten aldrig ser den atypiska dödandehandlingen i bilkörning som ett uppsåtligt dödande.

Ett dödande vid flyktförsök efter ett grovt rån förefaller enligt min mening gärningstypiskt som en klassisk dödandegärning. Till saken hör att ett flertal omständigheter i fallet, som t ex sambandet med det grova rånet, efter straffvärdereformen enligt lag skall påverka bedömningen av straffvärdet. Åklagaren och tingsrätten har, trots att eventuellt uppsåt använts i fallet, förmodligen tänkt alltför "gärningsmässigt" när det gäller att fastställa skulden. Fallet visar nödvändigheten av att praxis' lösningar måste fram i offentlighetens ljus för att inte stelna i ren kasuism. Lösningarna i *common laws* offentliga *case law*, t ex i fallet *Smith*, visar inte denna stelhet.

KLASSEN "0-RES"

Malmö tingsrätt avdelning 4:1 DB 216/92 (R)

Åklagaren yrkade ansvar för grovt vållande till annans död och grov misshandel. Den tilltalade mindes inte vad som hänt eftersom han var kraftigt alkoholpåverkad. Offret hade mycket allvarliga skador i huvudet orsakade av kappslag och hade slutligen blivit strypt. Tingsrätten anförde bl a:

Sammanfattningsvis kan konstateras att det genom den utredning som har presenterats får anses ställt utom varje rimligt tvivel att TT misshandlade offret och orsakade hans död på det sätt som åklagaren

påstått. Genom att han utsatte offret för ett både omfattande och kraftigt våld visade TT särskild hänsynslöshet och råhet. De skador som han tillfogade offret var också så svåra att de ledde till hans död. Som åklagaren påstått är därför brotten att anse som grova.

Motiveringen är en normalvariant av skuldformuleringarna vid grov misshandel och vållande till annans död. Som i de flesta andra fall finns ingen explicit oaktsamhetsbedömning när det gäller effekten annans död. Sambandet mellan effekt, gärning och person ges formen av en kausalitetsbedömning.

Användandet av begreppen hänsynslöshet och råhet syftar sannolikt uteslutande på rekvisiten för att misshandeln och vållandet till annans död skall anses som grova brott, även om däri implicit ligger en kvalifikation av culpa.

Straffvärderesonemanget innehåller emellertid formuleringar, som får fallet att glida upp i kvalificeringskategorin för uppsåtliga brott. Varför åklagaren inte yrkat ansvar för dråp kan naturligtvis inte utrönas, men domstolen bedömer helt öppet straffvärdet närmast som dråp.

Vid bestämmande av straffets längd beaktas att gärningen från straffvärdesynpunkt i det närmaste är att jämföra med ett dråp.

Formuleringen av skuldbedömningen innebär att oaktsamheten definierades uteslutande genom att den konstaterats som en följd av negationen av det uppsåtliga dödandet.

5.5.3.5 VÅLLANDE TILL ANNANS DÖD GENOM TRAFIKHÄNDELSE, EJ ÅTAL FÖR UPPSÅTLIGT DÖDANDE

KLASSEN "RISKM"

Karlstads tingsrätt DB 384/90 (S)

Den tilltalade dömdes för grovt vållande till annans död och grov vårdslöshet i trafik. Han erkände gärningarna. Två flickor, som var passagerare, dödades. Skadan på kropparna efter de döda var särskilt ohygglig, eftersom den ena av flickorna fick huvudet avslitet från kroppen. Bilen, en BMW, var stulen av TT. Han var endast 20 år vid tillfället.

Tingsrätten anförde följande i anledning av åtalet för grov vårdslöshet i trafik:

På platsen var högsta tillåtna hastighet 90 km/tim. Utredningen visar att TT hållit en hastighet som varit omkring det dubbla, 180 km/tim.

Redan genom att köra i så hög hastighet har TT brutit i erforderlig omsorg och varsamhet.

Varför oaktsamheten är kvalificerad till grov oaktsamhet motiverades på följande sätt:

I den höga hastigheten har TT företagit en omkörning av bilen förd av P (föraren av en bil som omkördes innan olyckan; SC). Denna omkörning har utgjort en påtaglig olycksrisk då P inte haft anledning att räkna med en omkörning i så hög hastighet.

Tingsrätten ger med denna anmärkning mer tyngd åt bedömningen av gärningens oaktsamhet. Förtroendegrundsatsen används för att undanröja eventuella invändningar om medvållande. Genomgående gäller dock att ex officio beaktas invändningar om medvållande ytterst sällan. P var inte heller på något sätt inblandad i olyckan. Tingsrätten menar att olycksrisken ökar vid oförutsedda omkörningar. Det är rimligt att anta att skälet för omnämmandet varit att kvalificera oaktsamheten som grov. Tingsrätten konstaterar alltså att olycksrisken varit påtaglig och att detta enbart varit orsakat av TT:s körsätt. Påtagligheten visar att risken var uppenbar. Tingsrätten har alltså bedömt att riskuppsåt implicit föreligger. Det som är uppenbart inser alla, även TT. Det föreligger alltså en handling - en styrd och uppsåtlig gärning - som är "påtagligt" riskfylld. En sådan kvalifikationsgrund ligger i linje med tänkesättet i förarbetena i lagändringen år 1995 av TBL § 1. Kvalifikationer av oaktsamhet, såsom den grova eller den "väsentliga" oaktsamheten, skall huvudsakligen bedömas efter uppsåtet till risken eller s k medveten culpa.²¹⁰² Tingsrätten fortsätter på denna linje:

Vidare måste det ha stått klart för TT att han i den höga hastighet han framförde bilen måste vara ytterst försiktig vid manövrerandet av den.

En komplettering av aktsamhetsregeln presenteras av tingsrätten i enlighet med den "individualiserande" omständighet, som hastigheten 180 km/ tim utgjorde. Det är konsekvent, eftersom tingsrätten i motiveringen för oaktsamheten utgått från denna hastighet. Normalt är detta underförstått i domskälen. Tingsrätten har emellertid genomgående bemödat sig att precisera aktsamhetskravet och aktsamhetsbedömningen av gärningen särskilt noggrant. Tingsrätten bedömer därefter hans handling i motiveringen:

Ändå har han inte haft tillräcklig kontroll över sig själv och körningen utan "reflexmässigt" bromsat och svängt hastigt när en av passage-rarna sagt åt honom att svänga av motorvägen.

²¹⁰² Se avsnitt 4.5.3

Egentligen bemöter tingsrätten här en invändning om bristande uppsåt till en åtgärd ingående i körsättet, nämligen inbromsningen och den hastiga svängningen, som får antas orsakat sladden. Den tilltalade försvarade sig tidigare i sin berättelse genom att försöka framställa dessa åtgärder som reflexmässiga. Den bristande självkontroll, som här talas om, är inte en brist på kontrollförmåga, utan snarare att TT uppsåtligt hållit för hög hastighet och tagit en risk, trots att han inte behärskade situationen och hastigheten.

Tingsrätten formulerar därefter sin bedömning av gärningens oaktsamhet:

Denna hans oaktsamhet har resulterat i en trafikolycka som orsakat två människors död. Tingsrätten finner med hänsyn till det anförda att TT har ådagalagt grov oaktsamhet genom sitt sätt att köra bilen.

Ytterligare en intressant formulering av oaktsamheten finns i detta fall:

Tingsrätten är viss om att TT inte skulle ha kört på det sätt han gjorde om han vetat vilka konsekvenser det skulle få.

Tingsrätten vill med sin formulering av *dolus eventualis* (för övrigt den enda i trafikfallen, men inte okänt i praxis i övrigt, om man betecknar NJA 1959 s 63 och det ovan refererade "Handenmålet", Handens tingsrätt DB 386/91, som trafikfall) markera att grovhetsbedömningen av gärningen beror på en likgiltighet för andras liv, som inte är en sådan likgiltighet som kallas uppsåt till annans död. Den insedda höggradiga risken är sannolikt minst lika stor eller större för dödsfall vid en sådan bilkörning än vid ett knivdåd som i NJA 1985 s 757 eller i NJA 1996 s 509.

Agges skolexempel från det nordiska juristmötet år 1961 om ynglingen med fåstmön på motorcykeln har i detta fall i någon mån fått en motsvarighet i verkligheten.²¹⁰³ Tillämpas sannolikhetsuppsåtet på detta fall måste man anse att risken var uppenbar för TT, liksom vid tågfallet, och att det var minst en lika stor risk för dödsfall som vid exempelvis NJA 1985 s 787, samt att TT måste ha insett denna risk för att den just var "uppenbar".

Likgiltigheten för annans död enligt tingsrättens motivering i detta fall är ett *slutomdöme* om gärningen, synonymt med den grova oaktsamheten:

Han har ändå genom sitt grovt oaktsamma sätt att framföra bilen visat uppenbar likgiltighet för andra människors liv. TT skall på grund av det anförda dömas för grov vårdslöshet i trafik.

²¹⁰³ Se avsnitt 2.3.5.3.3 under "'HIV-målet' – NJA 1994 s 614".

Tingsrätten skiljer på oaktsamhetsbedömningarna för vårdslöshet i trafik och vållande till annans död. Tingsrätten fortsätter:

Genom utredningen är det visat att den höga hastigheten och TT:s bristande kontroll över fordonet orsakat trafikolyckan och att olyckan medfört att de två flickorna N och L skadats så allvarligt att de avlidit. TT som ådagalagt grov oaktsamhet vid körningen har haft all anledning att ta risken för just denna effekt av sitt handlande i beräkning. Han har med hänsyn till dessa omständigheter gjort sig skyldig till vållande till annans död.

Tingsrätten gör en karaktäristik av oaktsamheten som en personlig oaktsamhet. Den s k objektiva delen, det uppfyllda kravet på "självkontroll", var emellertid lika personligt bedömd efter TT:s speciella personliga insiktsmöjligheter. Tingsrätten bedömde alltså att TT borde haft insikt om att självkontrollen brast. Förmodligen är rättens motivering ett mindre lyckat försök att motsvara lärorna om två eller tre sorters culpa. Man kan konstatera att rätten, trots uttrycks sättet, ändå fastställt culpa efter en klassisk oaktsamhetslära.

Tingsrätten fortsätter därefter att motivera varför vållandet till annans död skall anses vara grovt.

TT har vid förandet av bilen ådagalagt grov oaktsamhet. Hans oaktsamhet är, även i förhållande till effekten av olyckan, nämligen flickornas död, att anse som synnerligen allvarlig. Tingsrätten finner därför att brottet är grovt.

I och för sig är detta ett sällsynt exempel på att även oaktsamheten bedöms beträffande effekten. Men det verkar, trots allt, endast vara en fras, eftersom oaktsamheten i ringa grad är relaterad till effekten. Aдекват kausalitet, en vir optimusstandard eller otillåten risk, föreligger enligt tingsrättens bedömning men inte mer.²¹⁰⁴ Förmodligen har de groteska skadorna på flickornas kroppar påverkat bedömningen.

KLASSEN "LIK GILT"

Sandvikens tingsrätt DB 222/89 (R)

Den tilltalade dömdes för grovt vållande till annans död och grov vårdslöshet i trafik. Han hade även gjort sig skyldig till smitning och rattfylleri. En cyklist

²¹⁰⁴ Se avsnitt 1.4.3.5.3 under "Koriaths handlingslära", 1.4.5.2.2 under "Kategorin gärningskontroll", 2.3.5.2 under "NJA 1894 s 253", 4.5.2.2, 4.6.3.2.4 under "Slutsatser om Strahls culpallära", 4.6.3.3.3 under "Gällande rätt om medverkansansvaret" och 4.7.3.

påkördes i en hastighet, som betydligt översteg 70 - 80 km/tim under TT:s försök att undkomma polisen. Vägen krökte sig vid platsen för olyckan, och sikten var dessutom skymd på grund av en mindre backe. Högsta tillåtna hastighet var 50 km/tim och området var tätbebyggt. Vid olyckstillfället var vägbanan torr och dagsljus med uppehållsväder rådde. Den tilltalade hade vid tillfället rymt från en anstalt. Han erkände gärningarna men hävdade att "...vållandet till annans död och smitningen inte skall bedömas som grova brott."

Tingsrätten gjorde följande ansvarsbedömning:

Det är genom TT:s egna uppgifter och V:s vittnesmål utrett att TT - inom tätbebyggt (sic) område och på en plats där sikten varit skymd på grund av kurva och backkrön - har framfört sin bil med mycket hög hastighet. Han (sic) körsätt har varit sådant att han skall dömas för grov vårdslöshet i trafik.

Till följd av sitt vårdslösa körsätt har TT kört på och dödat offret, som färdades på cykel. Han skall alltså dömas för vållande till annans död. Körsättet har varit sådant att det är uppenbart att TT har visat likgiltighet för sina medtrafikanter liv. Vållandet skall därför bedömas som grovt brott.

TT erkände att han insåg att hastigheten var mellan 70 till 80 km/tim. Detta erkännande är ett erkännande av en insikt om handlingsmedlen, dvs "handlingsuppsåt". Skyddsobjektet för brottet vållande till annans död är emellertid andras liv.

Formuleringen att körsättet uppenbart inneburit att TT varit likgiltig för andras liv skiljer sig inte från andra handlingsätt, som exempelvis skottlossning, som inneburit att TT varit likgiltig inför andras liv. Det finns ingen avgörande skillnad mellan den likgiltighet TT gjort sig skyldig till i detta fall och den likgiltighet som enligt likgiltighetsuppsåtet bedömts som uppsåtligt dödande. Vid det uppsåtliga dödandet enligt formuleringen från NJA 1985 s 757 är gärningens yttre förlopp enda grunden för att denna likgiltighet inför annans liv var att betrakta som uppsåtlig. I detta fall är gärningens yttre förlopp den enda grunden för att likgiltigheten ger upphov till ett oaktsamhetsstraffvärde. Fallet illustrerar synsättet att det enda som skiljer bedömningarna ifråga är gärningstypen och inte skuldformuleringarna. Det uppsåtliga "likgiltiga" dödandet är uppsåtligt för att det rör sig om en *typisk* dödandegärning, som t ex att skjuta på en annan person, och det oaktsamma "likgiltiga" dödandet är oaktsamt för att det handlar om en *typisk* endast oaktsamhetskvalificerad dödandegärning som i detta fall. Fallet har även ingått i klassen "TBL § 1 = BrB 3:7 st 2".

Strömstads tingsrätt DB 191/91 (R)

Den tilltalade, som tidigare flera gånger dömts för rattfylleri och olovlig körning, kolliderade med en mötande bil på väg E 6 under försök att komma undan en förföljande polisbil med påslagna blåljus och sirener. Den tilltalade hade en alkoholkoncentration i blodet om minst 1,6 promille vid tillfället. En person avled och två personer i den mötande bilen fick "rätt svåra" respektive "mycket svåra skador". Den tilltalade sade sig sakna minne av händelsen.

Tingsrätten hade följande ansvarsmotivering:

Tingsrätten finner genom vittnesmålen och övrig utredning styrkt, att TT färdats på väg E 6 på sätt åklagaren påstått i sin gärningsbeskrivning. Tingsrätten bedömer TT:s färd sätt som grov vårdslöshet i trafik i enlighet med vad åklagaren påstått. Tingsrätten finner vidare styrkt, att TT genom denna sin oaktsamhet orsakat offrets död samt övriga tre angivna personers kroppsskador. TT är därför försvunnen till ansvar även för vållande till annans död och vållande till kroppsskada och båda dessa brott bedöms av tingsrätten som grova.

Rätten identifierar uttryckligen oaktsamheten till dödsfallet med oaktsamheten till vårdslösheten i trafik. Någon närmare nyansering av aktsamhetsregeln görs inte; oaktsamheten är uppenbar.

Köpings tingsrätt 132/89 (S)

Den tilltalade erkände vållande till annans död. En gångtrafikanter dödades. Det rådde mörker och flera gångtrafikanter uppehöll sig på och invid gatan. Hastighetsbegränsning gällde till 50 km/tim.

Tingsrätten motiverade sin ansvarsbedömning enligt följande:

Vid en samlad bedömning finner tingsrätten att TT hållit en med hänsyn till omständigheterna - mörker, gångtrafikanter på och invid gatan och rådande hastighetsbegränsning- avsevärt för hög hastighet samt att han varit i högsta grad ouppmärksam med avseende å den framförvarande körbanan. Härigenom har han, såsom åklagaren gjort gällande, ådagalagt grov oaktsamhet. Han har därför gjort sig skyldig till grov vårdslöshet i trafik. Genom sin oaktsamhet har TT även vållat offrets död, varför åtalet skall bifallas även i denna del. Den exakta platsen för påkörningen har icke kunnat fastställas. Enär således ej är utrett huruvida påkörningen ägde rum på körbanan, och i så fall hur långt in på denna, eller vid sidan av körbanan bör brottet vållande till annans död ej bedömas som grovt.

Aktsamhetsregeln kompletteras visserligen med särskilda omständigheter som rådde vid tillfället: mörkret som förelåg, att gångtrafikanter uppehöll sig på och invid gatan samt hastighetsbegränsningen som gällde på platsen. Den avsevärt överskridna hastighetsbegränsningen samt den "i högsta grad" visade ouppmärksamheten jämförs med aktsamhetsregeln och ger en grov avvikelseresultat. Tingsrätten finner, förmodligen för att oaktsamheten när det gällde vårdslösheten i trafik ansågs uppenbar, ingen anledning att närmare komplettera eller specificera aktsamhetsregeln.

Däremot har tingsrätten gjort en särskild oaktsamhetsbedömning när det gällde prövningen i förhållande till dödsfallet. Oaktsamheten i detta hänseende ansågs inte som grov, eftersom det TT för lindrigaste alternativet måste antas. Detta skulle t ex kunna vara att offret överraskande stigit ut i körbanan. Aktsamhetsregeln har kompletterats i detta avseende med en specifik situationsbunden omständighet samt med regler från trafiklagstiftningen som t ex TBL § 1 st 1 och VTK §§ 5, 7, 60 och 61.

KLASSEN "0-RES"

Karlstads tingsrätt DB 116/91 (R)

Den tilltalade "erkände" gärningen utan att han mindes något från händelsen. Han körde med minst 1,25 promille alkoholkoncentration i blodet i tätbebyggt område med en hastighet, som överskred 50 km i timmen. Hans bil kom över på fel sida av vägen och kolliderade med en mötande bil. En passagerare i den mötande bilen avled till följd av olyckan. Tingsrätten motiverade ansvaret enligt följande:

Genom TT:s egna uppgifter i förening med övrig utredning finner tingsrätten att han vid framförandet av bilen varit oaktam på sätt åklagaren påstått. Oaktsamheten kan inte bedömas som ringa. TT skall därför ådömas ansvar för vårdslöshet i trafik i enlighet med gärningsbeskrivningen.

Eftersom TT genom oaktamhet vållat sammanstötningen och då det genom innehålllet i dödsbeviset är klarlagt att offret avled till följd av de skador han ådrog sig i samband med kollisionen, är jämväl åtalet för vållande till annans död styrkt. Brottet kan inte anses ringa.

Dödsvållandet grundar sig enbart på oaktamheten vid bedömningen av brottet vårdslöshet i trafik, vilken bedömning i sin tur huvudsakligen grundar sig på "erkännandet". Här gjordes, som ofta är fallet, inte en särskild oaktamhetsbedömning för brottet vållande till annans död. I detta fall bedömdes dödsvållandet inte som grovt brott.

En körkortslös narkoman påkörde och dödade en kvinna på ett övergångsställe i Stockholm. Den tilltalade medgav ansvar för vårdslöshet i trafik och vållande till annans död. Tingsrätten var mycket kortfattad i sin ansvarsmotivering:

Genom TT:s egna uppgifter och övrig utredning i målet är visat att TT handlat på det sätt som åklagaren påstått. Den vårdslöshet han därmed gjort sig skyldig till kan inte betraktas som ringa.

Under rubriken "Påföljden" redovisade tingsrätten sin oaktsamhetsbedömning.

TT:s vårdslösa körsätt har fått till följd att en oskyddad trafikant, som var i färd med att på ett övergångsställe korsa en gata i centrala Stockholm, blivit påkörd och sedermera avlidit till följd av de skador hon åsamkats. Straffvärdet av detta brott bedömer tingsrätten som så högt att ett inte helt kortvarigt fängelsestraff skall utdömas.

Tingsrätten motiverar i denna del oaktsamheten genom att fastställa kausalitet mellan körsätt och effekt. Körsättet framställs som uppenbart oaktsamt i jämförelse med ett hypotetiskt aktsamt körsätt.

Fallet exemplifierar även en ovilja att skilja på ansvarsbedömningen och på följdsbedömningen.

Ludvika tingsrätt DB 222/91 (S)

Föraren, TT, och två andra personen färdades i en bil på en grusväg. Den tilltalade mindes ingenting av olyckan och var kraftigt berusad. Promillehalten alkohol i blodet uppgick till minst 3,02. Den överlevande passageraren berättade följande:

Han medföljde som passagerare i TT:s bil och satt i baksätet medan offret satt till höger i framsätet. Han var nykter och märkte inte att TT var berusad och tyckte inte att det fanns något att anmärka på körningen. När bilen närmade sig olycksplatsen tyckte han dock att hastigheten blev något för hög genom att bilen, som har frihjul, rullade iväg. TT kunde sedan inte styra bilen när den kom ut i lösgrus varpå den gick mot ett träd.

Rättsintyg angående orsaken till offrets död och en undersökning av bilen refererades, och tingsrättens bedömning avfattades enligt följande:

Av ett i målet åberopat intyg angående orsaken till offrets död framgår att denne avlidit till följd av omfattande revbensbrott med blödning till brösthålan och bilateral pneumothorax.

Olycksbilen har undersökts av bilinspektören J som i ett i målet åberopat utlåtande anført att intet noterats som tyder på att något plötsligt tekniskt fel orsakat eller bidragit till olyckan.

Tingsrättens bedömning.

Genom TT:s erkännande och övrig utredning finner tingsrätten åtalet i sin helhet styrkt. På de skäl åklagaren anført är vållandet till annans död att anse som grovt brott.

Så långt är tingsrättens ansvarsmotivering mycket standardmässig, rudimentär och verkligen intetsägande vad beträffar oaktsamhetsformuleringen. Den tilltalade uppgav inledningsvis i målet att han erkände gärningen. Han påstod sig samtidigt inte minnas något av händelsen. Fallet är ett exempel på att ett erkännande även i grova brottmål har denna "disponerande" roll. Bevisvärdet för erkännandet måste i detta fall anses vara obefintligt. Samtidigt har förmodligen även den grova brottsligheten i övrigt i målet (tre TT:e och sexton åtalspunkter) och den mycket höga alkoholkoncentrationen i blodet gjort att saken ansetts vara "uppenbar".

Tingsrätten hänvisar även till åtalet, där åklagaren bl a anförde följande:

TT har därvid färdats oaktsamt genom att hålla alltför hög hastighet med hänsyn till korsningen med påföljd att han förlorat kontrollen över fordonet som gått av vägen och mot ett träd. Vid sammanstötningen med trädet skadades passageraren i bilen, L, så svårt att han samma dag avlidit till följd av skadorna. Härigenom har TT av oaktsamhet vållat L:s död.

Vållandet till annans död bedöms som grovt brott, då TT genom att föra fordonet kraftigt alkoholpåverkad medvetet utsatt sin medpassagerare för en påtaglig olycksrisk.

Därmed blir oaktsamhetsbedömningen något tydligare. Visserligen är det enligt min mening inte helt riktigt att genomgående tolka domskäl genom att utnyttja åklagarens gärningsbeskrivning, som på detta sätt dragits in i domskälen, men med avsikten att göra så upplysningsvis bör det kunna gå an. Tillägget år 1994 till BrB kap 3 § 7, att vid vållande till annans död på grund av förande av motorfordon skall beaktas särskilt om gärningspersonen varit påverkad av alkohol vid bedömningen om brottet är grovt, motsvaras alltså även i detta fall, före lagändringen, av bedömningen i målet. I detta fall betonar domstolen dessutom genom referensen till gärningsbeskrivningen i åtalet

att vållandet måste anses som grovt brott för att TT kört bil kraftigt påverkad och "medvetet" riskerat händelsen. Grovheten i vållandet är alltså explicit bundet till ett riskuppsåt; en medveten culpa och inte bara till det faktum att TT kört kraftigt alkoholpåverkad.

Fallet har klassificerats efter ansvarsformuleringen, som bundits vid TT:s erkännande.

5.5.4 GROV MISSHANDEL "RENA" FALL, ÅTAL FÖR DETTA BROTT

5.5.4.1 ALLMÄNT

Både fullbordad och osjälvständig grov misshandel förekommer i detta avsnitt. Avsikten är att belysa uppsåtet till misshandelsgåringen i den grova misshandeln. Jag hänvisar, beträffande rena fall, även till genomgången tidigare av vållande till annans död och grov misshandel.

5.5.4.2 KLASSERNA "DD", "DE", "GU" OCH "0-RES"

KLASSEN "DD"

Huddinge tingsrätt DB 1627/91 (R)

Den tilltalade skar offret med en avslagen flaska i halsen och ansiktet två gånger. Offret fick skador, som kunde varit livshotande. Den tilltalade hade konsumerat 75 cl starksprit den dagen. Han sade sig inte minnas händelsen. Offret blev erbjuden en sup av TT. Offret kände inte TT men tog ändå emot erbjudandet. Efter några supar på en bänk vid T-banan frågade TT om han fick låna 20 kr. Offret tog en sup till och tog upp pengar men såg att han bara hade småmynt och hundralappar. Då begärde TT en hundralapp istället, och då offret inte ville låna ut denna summa skar och högg TT offret med den avslagna flaskan. Tingsrätten anförde bl a följande:

Tingsrätten finner, med hänsyn till att övrig utredning i målet i så hög grad stöder offrets berättelse, att det kan anses ställt utom allt rimligt tvivel att TT, på det sätt åklagaren påstått och om vilket offret berättat, skurit offret med en avslagen flaska mot kinder och halsen och att till följd härav smärta och sårskador uppkommit.

Tingsrätten finner det vidare utrett - främst med hänsyn till att TT två gånger skurit och en tredje gång försökt skära offret med flaskhalsen - att TT haft uppsåt till misshandeln.

Den enda motivering tingsrätten har för uppsåtet är upprepningen av gärningen. Sätillvida är uppsåtet gärningsmässigt bestämt. Domstolen argumenterar inte för vilken sorts uppsåt det varit fråga om men uppsåtet verkar vara uppenbart. Fallet är typiskt för de fall i gruppen DD där uppsåtet framställs som något uppenbart utan någon ingående beskrivning.

Beträffande misshandelns grovhet anförde tingsrätten bl a följande:

Av intyget (rättsintyget; SC) framgår dock vidare att det strax under sårskade-ytorna finns vitala strukturer såsom livsviktiga kärl. Med hänsyn härtill finner tingsrätten utrett att gärningen varit av livsfarlig art och att fara för svår kroppsskada förelegat, varför gärningen på grund härav bör bedömas som grov.

Tingsrätten säger inget om att insikt om eller uppsåt i övrigt funnits till livsfarligheten och/eller faran för den svåra kroppsskadan. Det är ett rent konstaterande av att gärningen varit på rent objektiva grunder livsfarlig, som medför att misshandeln bedömts som grov.

Skälet till att endast uppsåt till misshandeln och inte de förgrovande omständigheterna betonats bör ha sin grund i att TT antas haft en minneslucka och framförallt att offret inte heller riktigt klart uppfattat vad som hände. Eventuellt kan man tänka sig att tingsrättens betoning på upprepningen av slagen syftat till att upprätthålla ett visst krav på uppsåtsbedömning trots ett förmodat kraftigt rus.

Motala tingsrätt DB 174/91 (R)

På baren i stadshotellet i Motala stack TT offret med en kniv i buken efter en diskussion om ockulta ting och djävulsdyrkan eftersom offret inte höll med TT. Den tilltalade, som påstod sig minnas gärningstillfället dåligt, invände att han i vart fall inte haft avsikt att skada offret. Tingsrättens ansvarsmotivering var huvudsakligen följande:

Offret har utpekad TT som gärningsman. I målet har inte framkommit något som är ägnat att rubba tilltron till offrets berättelse. Tingsrätten finner därför att offrets uppgifter skall läggas till grund för bedömningen.

Tingsrätten finner på grund av det anförda styrkt att TT avsiktligt stuckit offret i magen. Med hänsyn till det sätt på vilket misshandeln skett är gärningen att bedöma som grov misshandel.

Sambandet mellan uppsåtsinvändningen och tingsrättens korta notering om att gärningen varit avsiktlig är tydligt. Det övervägande antalet fall av grup-

pen DD är av denna typ; en kort notering om att gärningen visats vara avsiktlig i de fall då en uppsåtsinvändning framförts.

KLASSEN "DE"

Göteborgs tingsrätt avdelning 7:4 DB 3/91 (R)

Den tilltalade slog offret med knytnäven så kraftigt att offret föll och slog huvudet i ett betonggolvs. Han erhöll så allvarliga hjärnskador att fara för livet uppstod. Den tilltalade erkände endast ett lätt slag. Tingsrätten hade i huvudsak följande ansvarsmotivering:

Av TT:s egna uppgifter ävensom annan utredning framgår att TT tilldelat offret ett knytnävsslag i ansiktet. Att slaget varit mycket kraftigt framgår av att offret därav bland annat kastats i marken och förlorat fyra framtänder. Härutöver har TT i samband med fallet i marken åsamkats övriga av åklagaren påstådda skador. TT har vid tillfället varit i en sådan sinnesstämning att det torde ha varit för honom likgiltigt vilka följder slaget medförde. Även om TT inte haft direkt uppsåt att åsamka offret samtliga skador täcks dessa således av ett eventuellt uppsåt. Skadorna har varit av livshotande slag.

Tingsrätten använder sig av ett likgiltighetsresonemang, som explicit ansluts till dolus eventualis utan att en klassisk dolus eventualisformulering används. Tingsrätten refererar därvid till den sinnesstämning TT befunnit sig i och inte i första hand till en tolkning av kraften i slaget eller på vilket sätt det tillfogats.

Karlskrona tingsrätt DB 404/92 (S)

Den tilltalade åtalades för förberedelse till grov misshandel. Vid tillfället gick TT och hämtade en kökskniv i anslutning till förmodligen ett svartsjukegräl med hustrun (I) och avvaktade i trappan utanför den antagna rivalen (offret). Den tilltalade sade vid gärningstillfället att han skulle "mörda" offret. Tidigare under hösten samma år hade TT dömts för att ha misshandlat offret. Polisen ingrep efter anmälan och ertappade TT i trappuppgången med en kökskniv i jackfickan. Den tilltalade förnekade åtalet för förberedelse till grov misshandel. Han påstod sig inte ha avsikt att använda kniven mot sin rival.

Tingsrätten motiverade ansvar för förberedelse till grov misshandel bl a enligt följande:

Mot bakgrund av att TT för mindre än en månad sedan gjort sig skyldig till knivmisshandel mot just offret finner tingsrätten anledning att i detta sammanhang se allvarligare på hans knivinnehav. Den omständigheten att TT:s avsikt - såsom den uttalats till polisassistenten H - vad gäller att tillfoga offret skada villkorats av huruvida I

skulle finnas i dennes bostad eller inte finner tingsrätten sakna betydelse. I det tillstånd TT befunnit sig finner tingsrätten att det kan hållas för visst att han i den aktuella situationen hade åtminstone s k eventuellt uppsåt att tillfoga offret allvarlig skada.

Argumentationen innehåller inte något traditionellt hypotetiskt prov utan endast beteckningen "s k eventuellt uppsåt", som TT "åtminstone" haft.

KLASSEN "GU"

Tierps tingsrätt DB 204/92 (R)

Den tilltalade högg offret i buken flera gången med en kniv, efter att offret uppmanat TT att avlägsna sig från en lägenhet efter en fest. Tingsrätten gjorde följande bedömning:

TT har i första hand invänt att han saknade uppsåt att skada offret och vad som skedde var en olyckshändelse. Vid bedömandet av denna fråga beaktar tingsrätten till att börja med att inget av vittnena har sett vad som ägt rum i hallen. Att visst tumult uppstått är dock utrett. Offrets påstående om hur skadan uppkom vinner stöd av rättsintyget. Av detta framgår att hugget riktats med avsevärd kraft, eftersom det har gått igenom en bukvägg av avsevärd tjocklek. Genom offrets uppgifter, som vinner stöd av rättsintyget, är TT:s påstående om hur skadan uppkom vederlagd. Rätten finner således styrkt att TT avsiktligt utdelat hugget. ...

Tingsrätten finner således styrkt att TT gjort sig skyldig till misshandel. Brottet är grovt, särskilt med tanke på att det rört sig om ett angrepp med ett livsfarligt vapen och att skadan var potentiellt livshotande.

Uppsåtet till hugget, som beskrivs med termen "avsiktligt", hänförs enbart till riktningen och kraften i hugget. Den rutinmässiga referensen till kraften och riktningen gör att fallet kan klassificeras som ett gärningsuppsåt.

I de fyra närmast följande fallen är omständigheterna och skuldformuleringar lika detta fall.

Falu tingsrätt DB 409/91 (R)

Tingsrätten anförde bl a:

Händelsen har i tiden varit helt kort. Det saknas anledning betrakta den på annat sätt än som en enhet. Ett knivhugg som träffar hals eller huvud är prima facie att anse som åtminstone grov misshandel....

Offret har beskrivit effekterna och kvarstående ihållande smärta. Skadan som offret tillfogats får därför anses vara sådan, med hänsyn till huggets syfte och genom användandet av en lång och smal förskärare, att TT ådagalagt sådan särskild hänsynslöshet och råhet, att ansvar för fullbordad grov misshandel bör inträda.

Intressant är att tingsrätten använder sig explicit av gärningens syfte och inte en persons syfte.

Köpings tingsrätt DB 555/91 (R)

Tingsrätten anförde bl a:

Mängden skärskador och det djupa sticksår, som med nödvändighet måste ha utdelats med viss kraft, utesluter att TT ej förövat misshandeln uppsåtligen. På grund härav finner tingsrätten åtalet styrkt. Den misshandel som TT sålunda befunnits skyldig till är av skäl åklagaren anfört att anse som grov.

Luleå tingsrätt DB 281/91 (R)

Den tilltalade invände att han inte hade uppsåt till misshandeln. Tingsrätten anförde bl a:

Omständigheterna är sådana att knivsticket måste anses ha utdelats uppsåtligen.

Borås tingsrätt DB 246/92 (S)

Den tilltalade hade en invändning om uppsåtsbrist. Tingsrätten anförde bl a:

Tingsrätten gör följande bedömning. Av åberopade rättsintyg följer att offret tillfogats ett knivstick i bröstet, ett knivstick som bl. a. punkterat lungsäcken. Gärningen har följaktligen varit av livsfarlig karaktär. Målsägandens uppgifter i förening med vittnesmålen gör att TT:s version varvid det hela mer eller mindre skulle vara någon form av olyckshändelse får anses vederlagd. Att på sätt TT gjort stöta kniven i bröstkorgen på en annan människa tyder på att TT vid tillfället varit likgiltig inför vad som skulle hända med offret. Denna hänsynslöshet ger belägg för att TT gjort sig skyldig till ett uppsåtligt brott. Han skall följaktligen dömas för misshandel, vilken skall rubriceras på sätt åklagaren gjort.

Detta fall ansluter nära till ordalydelsen i NJA 1985 s 757. Det är det typiska sättet att utföra gärningen, här explicit, som är ensam grund för avvisandet av uppsåtsinvändningen. Fallet har inte, som de flesta övriga fall i huvudkategori

III där likgiltighetsbegreppet förekommit, hänförts till klassen dolus eventualis.

KLASSEN "0-RES"

Allmänt

I de allra flesta fall av grov misshandel brukar domstolarna endast beskriva händelseförloppet och identifiera gärningspersonen, om inte någon invändning görs mot uppsåtligheten. I den dominerande gruppen "0-res" av fallen med grov misshandel förekommer alltså mycket likartade ansvarsmotiveringar.

Västerås tingsrätt DB 168/91 (R)

Den tilltalade, som var nitton år, firade skolårets avslutning med sina kamrater på en badplats. Han var berusad av öl och slog offret med knytnäven i ansiktet tre gånger samt kopplade stryppgrepp på offret så att offret blev medvetslöst. Den tilltalade blev arg för att offret sade till TT att inte tala med "hans kompis tjej". Den tilltalade erkände misshandel men bestred att stryppgreppet var livsfarligt och i övrigt ansvar för grovt brott. Tingsrätten anförde bl a följande:

Tingsrätten sätter därför tro till offrets redogörelse i dess helhet och finner därigenom utrett att TT inlett misshandeln utan att dessförinnan själv blivit slagen eller hotad.

Det strupgrepp som TT tagit genom att pressa sin ena arm runt offrets hals har varit så kraftigt och hållits så länge att offret helt eller delvis förlorat medvetandet, och TT har släppt detta grepp först sedan andra dragit honom från offret. Med hänsyn till detta och till de blödningar som efteråt iakttagits i offrets egna (sic) öga delar tingsrätten åklagarens uppfattning att strupgreppet var livsfarligt och att TT därvid visade särskild hänsynslöshet.

Tingsrätten bedömer gärningen i enlighet med åtalet såsom grov misshandel.

Tingsrättens motivering innehåller ingen uppsåtsformulering utan endast en beskrivning av gärningen och rekvisiten för grov misshandel enligt BrB kap 3 § 6.

Trollhättans tingsrätt DB 309/92 (R)

Den tilltalade misshandlade sin sambo med kniv och uppmanade henne att se på när han styckade henne. Den tilltalade hade vid tillfället börjat att dricka ur en flaska med sprit. Han visste att han kunde bli aggressiv av sprit. Han på-

stod sig inte minnas händelsen. Offret fick relativt lindriga skador i ansiktet. Tingsrätten anförde bl a följande:

Offrets berättelse, som varit saklig och inte präglats av överdrifter, stöds av rättsintygets uppgifter om de skador hon haft senare samma dag. Tingsrätten finner inte heller i övrigt någon anledning att mistro hennes uppgifter om händelseförloppet. Genom offrets uppgifter är därför styrkt att TT gjort sig skyldig till misshandel och olaga hot på sätt åklagaren påstått.

TT har utan provokation i berusat tillstånd med kniv misshandlat sin fysiskt svagare sambo. Misshandeln måste typiskt sett innefatta sådan hänsynslöshet och råhet att den är att anse som grov.

Samma kommentarer som i fallet ovan kan gälla för detta fall, utöver att gärningen "förklaras" av aggressiviteten, som uppkommit på grund av spritförtäring.

5.6 SLUTLIG DISKUSSION OCH KONKLUSION

5.6.1 UNDERSÖKNINGENS RESULTAT I STORA DRAG

Huvudsakligen tre gränsdragningsverktyg används i tingsrättspraxis när det gäller uppsåtligt dödande: gärningsuppsåt, dolus eventualis, och sannolikhetsuppsåt. Två huvudfrågor dominerar rättegången: frågan om gärningsmannaskap och frågan om uppsåt. I 55 % av samtliga fall av uppsåtligt dödande utgörs huvudförsvaret av brist på uppsåt till effekten annans död.

Normalfallet för uppsåtligt dödande förefaller snarare vara dråp än mord. Man motiverar ofta mord i förhållande till dråp genom att försvårande omständigheter anges. I många fall motiveras inte dråp med att förmildrande omständigheter förelegat, trots att åklagaren åtalat för mord.

Alla kategorier av uppsåtsformuleringar uppträder i olika mån som blandade materiella och bevisrättsliga begrepp som primärt inte beskriver den intellektuella, psykiska eller viljemässiga inställningen som mentala eller subjektiva rekvisit. Uttalanden vid gärningstillfället av TT om syftet tycks mera sällan

spela någon avgörande roll. Istället är det gärningens otvetydiga mening som skapar underlaget.

Det sammantagna resultatet när det gäller uppsåtsformerna vid mord och dråp visar att gärnings uppsåt dominerar bilden med över 30 %, följt av klasserna "DD" med över 20 %, DE med något under 20 %, "0-res" med över 10 % samt slutligen "SU", "Culpa" och "Medvet", som tillhoppa svarar för den återstående delen.

När det gäller mordfallen uppvisar materialet en heterogen blandning av uppsåtsformuleringar. Det kanske mest framträdande enhetliga draget är att så få rena formuleringar, skrivna i enlighet med den traditionella uppsåtslärans terminologi, uppträder. Uppsåtsformuleringarna är oftast i första hand beskrivningar av *gärningstyper*, dvs exempelvis avrättning, planerat dödande, dödande "med kallt blod" eller affektdåd med däri medföljande "normal uppsåt".

Huvuddragen i de flesta formuleringstyperna vid mord är dock ganska tydliga, även om de inte är traditionella. I dråpfallen är formuleringarna mer mallartade. Däremot innebär inte detta att gränssnittet mellan dolus och culpa bestäms i dråpfallen med hjälp av traditionella uppsåtsformuleringar. Snarare förhåller det sig på motsatt sätt. Gärnings uppsåtet, som har kallats för en avvikande uppsåtsform, en ny variant av uppsåt, dolus ex re, dolus von Seth, direkt uppsåt, indirekt uppsåt, defekt dolus eventualis eller helt enkelt för medveten culpa har en ännu starkare ställning vid dråp än vid mord. Vid fullbordat dråp svarar gärnings uppsåt för nära 50 % av det totala antalet.

Undersökningen av hur tingsrätterna använder dolus eventualis visar en närmast motsatt bild för fullbordat brott jämfört med försök. Andelen dolus eventualis dominerar vid osjälvständigt brott men är försumbar vid fullbordat brott. Detta gör att det sammantagna resultatet för det uppsåtliga dödandet, fullbordat och osjälvständigt brott, visar en relativt hög andel för dolus eventualis i förhållande till gärnings uppsåt. Detta kompenseras dock i sin tur av en relativt stor andel formuleringar av gärnings uppsåt i förhållande till dolus eventualis vid kategorin fullbordat dråp. Dessa två motverkande resultat måste beaktas vid sammanställningen av det totala resultatet från undersökningen av det uppsåtliga dödandet.

Formuleringstyperna i klasserna "DD" och "GU" motsvarar främst bestämt och uppenbart uppsåt, respektive uppsåt som inte är uppenbart men ändå styrkt och säkert uppsåt. Den senare formuleringstypen används till skillnad från den förra som gränsbestämning mot oaktsamhet. Skillnaden mellan å ena sidan bestämt eller uppenbart och å andra sidan säkert gräns uppsåt återfinns däremot inte som en traditionell skillnad mellan en direkt inriktning mot

effekten, respektive en mer indirekt eller "eventuell" inriktning i materiell mening, där effekten framstått som en sidoaspekt i TT:s gärning. Gränsfallen mot oaktsamhet kännetecknas inte i första hand av att gärningen har effekten som ett bimål eller eventuellt mål eller av att uppsåtet är tveksamt i största allmänhet. Det är istället främst den aktuella gärningens typicitet respektive atypicitet som är avgörande.

Detta förhållande kan observeras i den massiva och oftast närmast ordagranna anslutningen i gränsvägörandena till prejudikaten NJA 1977 s 630 och dess efterföljare NJA 1985 s 757, när gärningsuppsåt används. Bekräftelsen av dessa prejudikat och tingsrättspraxis' huvudlinje kan också ses i NJA 1996 s 327. Dessa formuleringar används inte i någon nämnvärd omfattning vid uppenbart uppsåt, vilket konstruktionerna i och för sig tillåter. Gränsdragningen med gärningsuppsåt ger intryck av att tingsrätterna utgått från att ett *säkert*, men inte uppenbart, uppsåtsansvar etablerats i förhållande till culpaansvar. Dolus eventualis, sannolikhetsuppsåt och rena culpaformuleringar vid fullbordat uppsåtligt dödande ger däremot intryck av ett kompromissbetonat, *osäkert* eller eventuellt uppsåt i denna terms grundbetydelse.

Gränssnittet mellan culpa och uppenbart uppsåt vid uppsåtligt dödande utgörs i tingsrätterna i det stora hela *inte* av en gråzon med tveksamt eller endast "eventuell" uppsåt, utan detta avdelas med en skarp gräns, som i de flesta fall motsvarar lagens krav på ett enligt BrB kap 1 § 2 styrkt, aktuellt, icke-fingerat och/eller icke-hypotetiskt rekvisit. Det eventuella uppsåtet, när det används vid försök, visar vissa tecken på att det också kan fylla en roll som en rättsligt godtagbar beteckning på ett säkert och bestämt försöksuppsåt, trots den mestadels hypotetiska formeln.

Skillnaden i uppsåtsformuleringar när det gäller misshandelsgärningen vid grov misshandel i och uppsåt till *effekten* annans död faller också tillbaka på skillnaden mellan gärningstyperna, det i princip okontrollerade effektbrottet respektive den i princip kontrollerade misshandelsgärningen. Finns en tydlig gärningstyp faller s a s uppsåtsfrågan på plats av sig själv och tingsrätterna anser sig inte skyldiga att uttala sig om uppsåtet. Därav kommer att ingen *gränsdragning* i det stora hela behövs vid en kontrollerad gärning, dvs vanligtvis ett s k handlingsdelikt. Den tilltalade har inte heller samma möjligheter i rättegången som vid effektbrott där han har lättare att ifrågasätta en i princip okontrollerad effekt. Det är markant att dolus eventualis knappast alls, inte ens vid försök, används när det gäller misshandelsgärningens uppsåtlighet vid grov misshandel. Sammantaget bekräftar uppsåtsformuleringarna till misshandelsgärningen vid grov misshandel tingsrätternas "gärningsmässiga" sätt att se på uppsåt.

5.6.2 UPPSÅT VID GRÄNSEN MOT CULPA

5.6.2.1 DOLUS EVENTUALIS I TINGSRÄTTSPRAXIS

Som förut sagts används *dolus eventualis* i mycket liten omfattning vid fullbordat brottsligt uppsåtligt dödande. Vid försök till mord och dråp *dominerar* däremot eventuellt uppsåt som gränsdragningsinstrument. I materialet utgör osjälvständigt brott, dvs så gott som uteslutande försök, ungefär hälften av alla fall av uppsåtligt dödande. Andelen *dolus eventualis*formuleringar som negativa uppsåtsformuleringar vid ogillade åtal för främst försök till uppsåtligt dödande är däremot ungefär 46 %. Andelen vid ogillat åtal för uppsåtligt fullbordat dödande är 32 %. Även i dessa fall *dominerar* således *dolus eventualis* klart som gränsdragningsinstrument. Den sammanlagda andelen av *dolus eventualis*formuleringar vid ogillade åtal för uppsåtligt dödande uppgår till ungefär 43 %. De grupper av formuleringar inom denna klass som kommer närmast, är gärningsuppsåt med ungefär 18 % respektive klassen "DD" med 15 %.

I de flesta fall i materialet där *dolus eventualis* används, uppträder uppsåtformen i kombinationer med andra uppsåtsformuleringar.

Endast i några fall av fullbordat uppsåtligt dödande verkar det vara okänt för domstolarna att majoriteten av gränsdragningarna i praxis sker med hjälp av gärningsuppsåt. I några fall av fullbordat uppsåtligt dödande tycks nämligen tingsrätterna utgå från att ingen annan gränsdragningsmöjlighet föreligger enligt gällande rätt än hypotetisk *dolus eventualis*.

Tingsrättsundersökningen bekräftar tydligt den motvilja som Leijonhufvud och Wennberg funnit hos HD att använda en *dolus eventualis*formulering för att fälla till ansvar för grova våldsbrott.²¹⁰⁵ Men vid uppsåtligt dödande gäller detta endast självständigt brott. Andelen *dolus eventualis* vid prövningen av uppsåtet till misshandelsgärningen vid domar för grov misshandel visar däremot ingen skillnad vid fullbordat och osjälvständigt brott. Man kan därför inte utan vidare säga att *dolus eventualis* spelat ut sin roll vid grova våldsbrott. Det kan dock med någorlunda säkerhet sägas beträffande fällande dom vid *fullbordat* uppsåtligt dödande. Vid försök till uppsåtligt dödande och vid ogillade åtal för uppsåtligt dödande, spelar däremot *dolus eventualis* en *dominerande* roll. I ett enstaka fall av grov misshandel och vållande till annans död med åtal för uppsåtligt dödande används en negativ *dolus eventualis*-

²¹⁰⁵ Se avsnitt 2.3.5.3.2 under "Konklusion - *Dolus eventualis* används vid ogillade åtal och försök" samt 5.6.2.1.

formulering för att avvisa uppsåt till annans död och "i varje fall" motivera ett culpaansvar med en formulering av medveten culpa, dvs riskuppsåt, för att fälla till ansvar för grov misshandel.

Kontentan av den åtskillnad i skuldhänseende mellan fullbordat och osjälvständigt brott vid uppsåtligt dödande som framträtt i undersökningen av tingsrättspraxis, utgörs av skillnaden när det gäller valet av *dolus eventualis* respektive gärningsuppsåt som gränsdragningsinstrument.

Förhållandet ger ett paradoxalt intryck. Man kunde kanske förvänta sig det motsatta. I litteraturen har man diskuterat om *dolus eventualis* överhuvudtaget kan accepteras vid försöksbrott, eftersom detta, i likhet med försök till oaktsamt brott, inte verkar överensstämma med vardagsspråket. I samma riktning går det skärpta kravet på "*specific intent*" i *common law* vid försök och andra osjälvständiga brott, och kravet i svensk rätt på "bestämt" uppsåt vid försök, då något fattas i försöksgärningen för att försöket skall vara fullständigt. Men *dolus eventualis* används *just* vid försök och inte vid fullbordat brott. Gärningsuppsåt, som är den närmaste konkurrenten när det gäller gränsdragningen vid osjälvständigt uppsåtligt dödande, används inte i samma grad vid osjälvständigt brott men dominerar vid fullbordat brott.

Att det existerar någon form av kvalifikationskrav för skulden på olika sätt och nivåer vid försök, i förhållande till fullbordat brott, är i stort sett ostridigt i både *civil law*-kulturen och i *common law*-kulturen. En tänkbar förklaring är att detta krav förmodligen har tagit sig ett sådant uttryck att *dolus eventualis* visserligen betraktas som ett uppsåt inom en "gråzon" av tveksamt uppsåt, men här används främst som ett erkänt och "lagligt" uppsåtsslag. En annan förklaring kan vara att *dolus eventualis* kan vara ett naturligt val, eftersom den vanliga försökskonstruktionen i svensk rätt utgår från en inte förverkligad "brottsplan". Steget kan då förefalla kort från en icke i sinnevärlden förverkligad tänkt brottsplan hos TT, många gånger uppgjord mot TT:s uttryckliga förnekande, till ett hypotetiskt uppsåt. Enligt den här företrädda tolkningen av praxis konstitueras försök inte av ett subjektivt överskott av "direkt uppsåt" utan främst av gärningens manifestation och mening. I tingsrättspraxis är uppsåt till den fullbordade gärningen ofta redan ett "bestämt" uppsåt i och med att gärningens mening beskrivits som en försöksgärning. *Dolus eventualis* fyller förmodligen då rollen av att vara en beteckning med ett rättsligt godtagbart uppsåtsslag, som kan korrespondera med den extrapolering av gärningens inriktning som försöksbeteckningen utgör. En bekräftelse på detta är att man i tingsrättspraxis många gånger inte drar sig för att kombinera syfte, planering eller avsikt med ett eventuellt uppsåt. Eftersom detta förfaringssätt enligt min mening antagligen inte är en ren dubbelgardering, kan *dolus eventualis*formuleringen närmast vara ett uttryck för en slags presum-

tion av avsikt eller syfte, dvs en bevisregel, analogt med vad upphovsmannen Frank åtminstone delvis tänkte sig. Tingsrätterna skulle på detta sätt inte ha några oöverstigligen svårigheter inför *dolus eventualis* som ett "bestämt" uppsåt. I många avgöranden i tingsrätterna, när det gäller negativa uppsåtsformuleringar, är det tillräckligt att avsikt eller syfte inte anses ha förelegat för att uppsåt inte heller kan anses vara för handen. Genom detta uttryckssätt antyds samma sak, genom att man inte finner någon avgörande skillnad mellan avsikt och uppsåt.

Kvalifikationskravet av uppsåt vid försöksbrott innebär sammantaget att *dolus eventualis* är gångbart, till skillnad från gärningsuppsåt, som tingsrätterna är mer tveksamma till. Detta bekräftas också i rättsregeln uttryckt i Svea hovrätts obiter dictum i "Stureplansmorden" vad beträffar medverkansansvaret. I dessa fall anser hovrätten att man till skillnad från vid vanliga "självständiga" brott *inte* utan vidare har "rätt" att använda gärningsmässiga uppsåtsresonemang.²¹⁰⁶

5.6.2.2 SANNOLIKHETSUPPSÅT OCH CULPA I TINGSRÄTTSPRAXIS

Mistankar framförda i litteraturen att sannolikhetsuppsåt skulle ha en stor roll i praxis verkar inte bekräftas.²¹⁰⁷ I endast ett litet antal fall har tingsrätterna nöjt sig med att konstatera riskuppsåt till en höggradig risk för att uppsåt skall anses föreligga till effekten annans död.

Motiveringen för att TT haft *avsikt* att döda inskränker sig i vissa fall till att TT "måste" varit medveten om en uppenbar livsfara. Tingsrätterna har kanske i dessa fall velat använda sig av sannolikhetsuppsåt, trots det entydiga prejudikatsläget, men samtidigt velat försäkra sig om ett rättsligt godtagbart uppsåt genom betoningen på syfte eller avsikt. Det är inte heller uteslutet att man tänker sig att både sannolikhetsuppsåt, dvs riskuppsåt till en höggradig risk för annans liv, och *dolus eventualis* utgör godtagbara lättnader för åklagaren när det gäller bevisning för avsikt. Man försöker kanske också ge uttryck åt att fallet utgjort ett gränsfall för att öka intrycket av nyansering, men kan inte riktigt tolka den gängse uppsåtslärens motstridiga budskap att bevisa ett "inre" förhållande samtidigt som detta i princip inte förmodas vara möjligt.

Den fullständiga förklaringen till att man ibland använder både en gränsättande uppsåtsform, som sannolikhetsuppsåt eller *dolus eventualis*, och ett

²¹⁰⁶ Se avsnitt 2.3.5.3.3 under "'Stureplansmorden' – NJA 1996 s 27.

²¹⁰⁷ Se avsnitt 2.3.5.2 under "Konklusion - Rollen för *dolus eventualis* vid gränsdragningen har överdrivits."

avsiktsuttryck är svår att ge. Den förklaring som ligger närmast till hands har enligt min mening sin rot i konflikten mellan både över- och underrättspraxis' egen lösning när det gäller gränsen mellan uppsåt och culpa och den "officiella" läran i litteraturen och förarbetena. Tingsrätterna tänker "gärningsmässigt" när de beslutar om uppsåtsansvaret, men anpassar ibland detta till vad man uppfattar som gällande rätt enligt doktrinen.

Den formulering av sannolikhetsuppsåt där riskuppsåt till en höggradig risk för annans död anses identiskt med avsikt och uppsåt till denna effekt, omfattar också flera fall av grov vårdslöshet i trafik, där en medveten höggradig risk för andras liv tas. Detta gäller på liknande sätt formuleringar av riskuppsåt till en höggradigt livsfarlig gärning, vilka används både som uppsåtsformulering vid försök till uppsåtligt dödande och för att motivera att misshandeln är grov. Samma formulering med samma innehåll, att gärningen varit (främst, höggradig) "livsfarlig" kan således användas, trots de sakligt identiska gärnings- och uppsåtsbeskrivningarna, för två helt skilda domslut. Skälet till dessa anomalier ligger troligtvis i att gärningstyperna ofta anses klart olika, och att detta varit det egentligt styrande för åtals- och ansvarsbeslutet.

Culparesonemang kan verka vara i direkt strid med gällande rätt, som kräver att en gräns dras mellan uppsåt och oaktsamhet. Å andra sidan karaktäriserar Strahl det eventuella uppsåtet som något som regelmässigt ter sig som en medveten culpa, och Jareborg definierar gärningsuppsåtet (dolus von Seth) i stort sett på samma sätt. Det materiella domslutet är förmodligen inte så dramatiskt felaktigt som formuleringen ger intryck av att vara. De flesta fallen av culpamotiveringar ger ett allmänt intryck av att vara lika tydliga uppsåtliga fall som de som formuleringsmässigt hamnat under gruppen "DD". Det är inte uteslutet att det rör sig om rena felskrivningar. En annan sak är att tingsrätterna kan föreställa sig ett aktuellt uppsåt som "normaluppsåt", i betydelsen av en gärnings "normala" mening. Uppsåtet upphör inte att vara "verkligt" och aktuellt i tingsrätternas föreställning bara för att det motsvarar en gärnings normala mening. Formuleringen av uppsåtet måste emellertid på något sätt innehålla information om att uppsåtet är "verkligt" och aktuellt. Det är inte otänkbart att tingsrätterna ibland drar sig för att hävda ett aktuellt uppsåt på grund av det dubbla budskapet från den gängse uppsåtsläran; dvs kravet att bevisa någonting som i princip signaleras inte finnas i sinnevärlden och därför inte kan bevisas.

5.6.2.3 GÄRNINGSUPPSÅT I TINGSRÄTTSPRAXIS

Upptäckten av att det sammantagna mönstret för gränsdragningen mellan dolus och culpa domineras av gärningsuppsåt, var utgångspunkten för den teoretiska och historiska undersökningen i de föregående kapitlen av hur gränsen mellan uppsåt och culpa tidigare har dragits och dras i dag när det gäller uppsåtligt dödande. Enligt min mening är denna struktur uppenbar i tingsrättspraxis.

När det gäller invändningen att gärningsuppsåt/dolus ex re inte är en materiell uppsåtsform utan endast är en beskrivning av bevisningen av uppsåt, hänvisar jag till den tidigare framställningen.²¹⁰⁸ Enligt det här företrädde synsättet är gärningsuppsåt sammansatt av en ungefär liknande blandning av materiellrättsliga och processrättsliga komponenter som andra gränssättande uppsåtsformer.

I tingsrättspraxis, liksom även i HD:s praxis, använder man sig ofta av olika formuleringar som en formell beteckning på olika "inre" element som ett mellanled mellan rekvisiten för gärningsuppsåt och uppsåtsansvaret. Någon saklig skillnad mellan uttrycken föreligger inte. Ibland utesluts också detta mellanled helt. Som exempel kan nämnas "likgiltighet", "syfte", "avsikt" eller "insikt", vilka uttryck omedelbart följs av det rättsliga konstaterandet av "rätt skuld", dvs uppsåtlig skuld, eller t o m ansvar för mord eller dråp utan att skulden nämns. De formuleringar av gärningsuppsåt i tingsrättspraxis, som helt slopat mellanledet genom att direkt konstatera uppsåt eller ansvar efter användningen av mallen, ger klarast uttryck för detta.²¹⁰⁹ Det är således inte de godtyckligt valda mellanleden, som ger information om vilken uppsåtsform som valts, utan uppsåtsansvaret är en omedelbar följd av att rekvisiten för gärningsuppsåt konstaterats. Tingsrättspraxis' gränsdragning, utförd i enlighet med HD:s praxis, innehåller således endast ett krav på en viss gärningstyp enligt en stiliserad mallartad form. Rekvisiten för gärningsuppsåt uppträder i denna form som beståndsdelar i stiliserade gärningstyper med vissa precisa

²¹⁰⁸ Se t ex avsnitt 1.4.1.3, 1.4.2.2, 1.4.4.6, 2.2.2.1.2, 2.2.2.2.2 under "Bevisningen av dolus", 2.2.2.3, 2.2.3.1.2, 2.2.3.2.1, 2.2.3.5, 2.3.2.1f, 2.3.2.1.2 under "Dolus ex re", 2.3.2.2.2 under "Bevisningen av *intent*", 2.3.2.2.3, 5.5.2.2.2 under "Falköpings tingsrätt DB 147/91" samt 5.6.2.1f.

²¹⁰⁹ Jfr t ex avsnitt 5.5.2.2.3 under "Norrköpings tingsrätt DB 373/90": "Det har i utredningen inte framkommit någon omständighet som motsäger antagandet att TT uppsåtligt tilldelat offret knivhugget i bröstet. På grund av huggets placering och med hänsyn till den kraft som måste åtgå för att orsaka skador av angivet slag finner tingsrätten utrett att TT vid dess utdelande haft uppsåt att döda offret. Gärningen skall, som åklagaren angivit, bedömas som försök till dråp."

krav. De vanligaste rekvisiten är en specificering av våldets art, som riktning mot vital kroppsdel och tillräcklig kraft samt sorten av tillhygge eller vapen. Saknas något av dessa rekvisit, anses sällan uppsåt föreligga. Redan ganska små avvikelser, som t ex bristfällig utredning om våldets riktning, leder till att uppsåt regelmässigt inte anses föreligga. Uppsåtskravet är uppfyllt "ex re", endast då den i praxis stiliserade gärningstypen till alla relevanta delar överensstämmer med den aktuella gärningen.

Den grundläggande skillnaden i tingsrättspraxis mellan gärningsuppsåt å ena sidan och dolus eventualis samt sannolikhetsuppsåt å andra sidan är inte att den ena formuleringstypen är mer processrättslig eller materiellrättslig än den andra, utan att gärningsuppsåt används som en säker uppsåtsform *utanför* en "gråzon" av tveksamt uppsåt mellan dolus och culpa, medan däremot dolus eventualis och sannolikhetsuppsåt i sin klassiska form används som en kompromiss mellan effektivitet och rättssäkerhet *inom* samma gråzon. Båda dessa senare uppsåtsformer verkar i tingsrättspraxis ofta vara sprungna ur föreställningen att uppsåt, då inte erkännande eller likvärdig information från TT föreligger eller uppsåtet anses som *uppenbart*, alltid är något osäkert, eftersom i princip endast TT har säker kunskap om sina "inre" fakta. Gärningsuppsåt verkar däremot ha sin rot i tanken att gärningens syfte eller mening kan iaktas direkt i gärningen, i de fall som motsvarar den i praxis framväxta gärningstypen.

Gärningsuppsåt i tingsrätternas domskäl är inte en isolerad rättsbildning som härstammar från tingsrätterna. Rekvisiten för gärningsuppsåt är oftast ordagrant direkt överförda från flera tydliga prejudikat från HD respektive avgöranden från hovrätterna sedan i varje fall från 1900-talets början. Det finns anledning att förmoda att tingsrätterna och överrätterna här stått för en egen utveckling, vars huvudfåra i stora delar undgått doktrinen. Undantag finns dock, som t ex Jareborgs avhandling år 1969, där dolus ex re/gärningsuppsåt uppmärksammas under namnet dolus von Seth, och Thornstedt samt Leijonhufvud, som kallat uppsåtsformen för en ny variant av uppsåt.

Man använder sig vid tillämpningen av gärningsuppsåt ibland av uttrycksättet "den som" utför en sådan gärning har uppsåt. Den tilltalade utförde en "sådan" gärning, alltså har han uppsåt. Detta kan tyckas vara ett sådant avsteg från kravet på ett aktuellt uppsåt, att det gör gärningsuppsåt till en ren oaktsamhetsform. Men förmodligen är uttryckssättet endast en, eventuellt intuitiv, förstärkande deklaration av att gärningstypen utgör det främsta, och i normala fall det tillräckliga, tolkningsunderlaget för uppsåt. Uppsåtet är i dessa fall fortfarande ett aktuellt uppsåt, trots uttryckssättet. Man kan därför

inte utan vidare säga, trots detta i och för sig olämpliga uttryckssätt, att något avkall i dessa fall har gjorts vare sig det gäller bevisbördor eller beviskrav.

5.6.3 FÖRKLARINGARNA TILL ATT UPPSÅTSRESONEMANG SAKNAS

5.6.3.1 FÖRKLARINGEN ATT DOMSTOLEN SLARVAT

Det är inte tänkbart att domstolarna i en sådan omfattning, som klassen "0-res" i undersökningen visat (ungefär 12 % när det gäller uppsåtligt dödande och 78 %, 365 av 468 fall, vid brottskategori nr 4 i huvudkategori III) är okunniga om eller glömmar bort frågan om uppsåt i mord- och dråpfall. Det handlar faktiskt om de traditionellt sett allvarligaste och mest uppmärksammade brotten i samhället. Inget resonemang om uppsåt fördes exempelvis i målet med åtalet för mord på Olof Palme.

5.6.3.2 DEN TILLTALADES INSTÄLLNING SOM FÖRKLARING

Det går inte att bortse från sammanhanget mellan TT:s inställning och uppsåtsformuleringarna. Detta framgår bl a av tabell 5 angående mord, fullbordat brott. Tre grupper av TT:s inställning dominerar här: TT erkänner dråp, invändning om bristande uppsåt och förnekande. I den första gruppen var andelen 57% 0-res, 21 % vardera DD och GU, i den andra gruppen 47% DD , 44% GU och 3% vardera 0-res och dolus eventualis samt i den tredje gruppen 50 % 0-res och 22 % vardera DD och GU samt 6 % dolus eventualis. Då TT erkände mord var gruppen 0-res 100%.

Eftersom å ena sidan erkännande och förnekande domineras av 0-res som enskild grupp, och å andra sidan uppsåtsinvändningar, liksom även i viss mån invändningar om ansvarsfrihetsgrunder, regelmässigt brukar följas av olika uppsåtsformuleringar, kan man inte bortse från sambandet mellan TT:s inställning och domstolarnas behandling eller inte behandling av uppsåtsfrågan. Att man vid erkända och ringa brott förbigår uppsåtsfrågan i domskålen är kanske acceptabelt. Men att uppsåtsfrågan i så grova brottmål som mord, dråp eller grov misshandel helt förbigås vid erkännande är inte något självklart acceptabelt. Erkännandets roll som "drottningbevis" kan bero på att domstolen i dessa fall anser att TT har redovisat sin "privilegierade" kunskap om de avsikter TT hyst i samband med gärningen. Trovärdigheten i utsagan anses vara särskilt stor på grund av att erkännandet normalt inte medför någon fördel för TT. Erkännandets betydelse på dessa grunder borde emellertid

egentligen inte överstiga ett yttrande om avsikter före eller efter gärningens utförande. Men dessa yttranden tillerkänns normalt ett ganska ringa bevisvärde till skillnad från erkännandet. Skillnaden tyder på ett normativt övervärde för erkännandet såsom en parts disposition av processen till sin egen nackdel.

Ytterligare ett argument i denna riktning är att ibland beaktas erkännandet som "drottningbevis" genom att detta åberopas i ansvarsbeslutet utan behandling av uppsåtsfrågan, trots att det av domskälen tydligt framgår att TT både erkänner och hävdar minnesförlust.

Skälen för att frågan om uppsåt inte behandlas i så stor omfattning och att undvikandet följer detta ganska precisa mönster måste åtminstone i vissa flagranta fall ha sin grund i en "disponerande" verkan av TT:s inställning även i grova brottmål.

Intrycket av det riktiga i slutsatsen att TT tillåts disponera över rättegången på detta sätt förstärks av intrycket från resultatet av fallen med försök till mord, eftersom försökskaraktären s a s implicit för in uppsåtsfrågan i målet. Invändningar om uppsåt dominerar huvudförsvaret (nästan 50 %) i dessa mål. Gruppen 0-res är mycket liten vid dessa brott, där i stället dolus eventualis tillsammans med GU dominerar både totalt och i förhållande till enskilda grupper av TT:s inställning, exempelvis vid förnekanden. Vid invändningar om uppsåt dominerar DD tillsammans med dolus eventualis och GU.

5.6.3.3 TINGSRÄTTERNAS UTGÅNGSPUNKT I GÄRNINGENS MENING SOM FÖRKLARING

Från den traditionella uppsåtslärans perspektiv är domstolarnas sätt att hantera uppsåtsfrågan under alla omständigheter oacceptabelt, eftersom detta visar att åklagarens bevisbördas relevanta mentala element inte respekteras av domstolen. Om uppsåtsfrågan inte alls berörs i ett grovt brottmål, innebär detta ett åsidosättande av den gängse uppsåtslärans grundläggande idé att ett "inre" element vid sidan om eller utöver de "objektiva" omständigheterna alltid skall bevisas i rättegången.

En reform för att rätta till domstolarnas försumlighet i detta avseende resulterar med dessa utgångspunkter antagligen i utbildningsförsök av domstolarna eller i att mycket rymliga uppsåtsinstrument och/eller bevislättnader för åklagaren införs eller t o m att uppsåtsfrågan helt överförs till påföljdsdelen. Frågan är om inte "reformer" som införandet av dolus eventualis och sannolikhetsuppsåt, inklusive "insiktsuppsåt", främst har en sådan "hjälp-teoretisk" funktion. Resultatet skulle förmodligen endast bli ett pliktskyldigt upprepanande av ett "mellanled", som t ex att "insiktsuppsåt" förelegat i stället för att

som nu "s k eventuellt uppsåt" eller "likgiltighet" förelegat. Det spelar ingen större roll vilken parafraisering av uppsåtskravet som används. Reglerna för den avgörande uppsåtprövningen på alla domstolsnivåer skulle förbli "subjuridisk".

Men förhållandena pekar inte lika självklart på en försummelse av domstolarna, om uppsåt i stället är något som direkt observeras som gärningens mening, t ex avsiktligheten i gärningen. I många fall är gärningens mening uppenbar då gärningen ansetts bevisad. Då förhandlingarna i målet koncentrerats på frågan om identifikation av gärningspersonen, finns inte anledning att alltid ta upp frågan om ett "onormalt" uppsåt. Om perspektivet förskjuts från TT:s tankar och eventuella beslut eller "viljeakter" i gärningsögonblicket till att bedöma gärningens mening, såsom gärningen framträder för bedömare, kan intrycket av erkännandets dispositiva funktion, som direkt stridande mot gällande rätt, avdramatiseras. En tydligt beskriven förverkligad gärningstyp innefattar en viss typisk mening. Detta behöver inte vara explicit. Endast om denna typicitet ifrågasatts genom rimliga alternativa förklaringar, tas den annars "självklara" intentionalitetsfrågan upp. Det vanliga i kommunikationen mellan människor är implicit meningsfullhet i gärningar och/eller avsiktighet. En brottmålsrättegång *skall* visserligen i många avseenden avvika från vanlig kommunikation men förhandlingarna och domskälen omfattar ändå långt ifrån allt som är relevant i målet. Man kan knappast klandra alla domstolarna i alla instanser i alla länder för försumlighet på grund av att de endast ytterst sällan t ex tar upp frågan om nödvärn eller andra ansvarsfrihetsgrunder om inget särskilt tyder på att TT försvarat sig med detta eller kan rimligen ex officio exculperas av dessa skäl. Samma sak kan gälla för frågan om en gärning eller person är "normal".

Om uppsåtskravet skall utformas som ett rekvisit såsom ett psykiskt element eller som ett *defence* kan anses besvarad på detta sätt. Uppsåt är det rättsliga uttrycket för viss kvalificerad skuld. Den direkta observationen av den gärningens mening som motsvarar uppsåtskravet utför tingsrätterna som ett normalt konstaterande att en normal person normalt avser det som hennes gärningar normalt visar. Om något i rättegången indikerar motsatsen, tas frågan upp, annars betraktas uppsåtet ofta som innefattat i den "meningsfulla" gärningen, även i dessa grävsta av alla brottmål. Mig veterligen har ingen på allvar klandrat Stockholms tingsrätt, för att den inte behandlat uppsåtsfrågan i målet, där TT fälldes för mord på Olof Palme.²¹⁰

²¹⁰ I detta mål (se avsnitt 5.5.2.1.1 under "Stockholms tingsrätt avd 13:1 DB 334/89"), ogillades åtalet för försök till uppsåtligt dödande, riktat mot Lisbeth Palme med motiveringen att TT inte hade uppsåt att döda.

Den höga andelen fall, där uppsåtsresonemang saknas i tingsrätterna, pekar således motsatsvis i riktning mot ett gärningsmässigt bestämt uppsåt som ett slags konkludent *icke-gränsbestämmande* normaluppsåt, närmast liktydigt med ett direkt uppsåt eller avsiktsuppsåt.

Det skall betonas att detta sätt att bestämma uppsåt däremot inte klassificeras eller betraktas som gärningsuppsåt i den mening som prejudikaten för denna uppsåtsform pekar på. Ett sådant gärningsuppsåt är en gränssättande uppsåtsform med vissa specifika i prejudikaten noggrant angivna rekvisit.

5.6.4 LIKGILTIGHETSBEGREPPET I TINGSRÄTTERNA

Formuleringar som ansluter sig till olika slags likgiltighetsuppsåt är oftast utformade som gärningsuppsåt, enligt prejudikatet i NJA 1985 s 757 eller dess efterföljare NJA 1996 s 509. Men formuleringar av likgiltighet, som tyder på *dolus eventualis*, förekommer också.

I vissa fall har tingsrätterna ansett att gärningen var väl planerad men ändå använt sig av ordalydelsen i NJA 1985 s 757, tillsammans med begreppet "i varje fall", som indikerar en gränsdragning mot oaktsamhet. Många gånger kan man anta att domstolen försökt att dubbelgardera sitt beslut om uppsåtsansvar. Rätten kan tänkas mena att gärningen framstår som väl planerad, men att man inte behöver uttala sig om mer än ett "vanligt" uppsåt, som i dessa fall utgörs av likgiltighetsuppsåtet i prejudikatet ovan. Synsättet skulle vara något i linje med Strahls "uppsåt rätt och slätt".

Men denna tolkning är motsägelsefull, om dubbelgarderingen tolkas med förutsättningen att likgiltighetsuppsåt enligt detta prejudikat skall tolkas som en form av *dolus eventualis*. Domstolen har nämligen *faktiskt och auktoritativt* uttalat sig för att gärningen är "väl planerad". Ett eventuellt uppsåt kan emellertid inte rymma ett syfte. Man kan inte både säga att en gärning *är* planerad och att den *inte är* planerad. Antingen måste man bortse från domstolens utsaga att gärningen verkligen är planerad, eller också måste man bortse från *dolus eventualis*formuleringen. Som eventuellt uppsåt är tänkt i svensk rätt, nämligen att en gärningsperson varken direkt åsnytt eller ens anser effekten som nödvändigt förbunden med gärningen, är det motsägelsefullt att hävda att domstolarna i dessa fall föreställt sig likgiltighetsuppsåtet som ett eventuellt uppsåt.

I flera fall har domstolarna dessutom använt sig av både likgiltighetsbegreppet och ett uttryck för avsikt eller planering utan att antyda ett eventuellt

uppsåt.²¹¹ I dessa fall är det tydligt att domstolarna verkligen menar vad de säger, när de använder sig av planering, avsikt eller syfte i kombination med likgiltighet. Om man utgår från att domstolen menar allvar när den konstaterar att gärningen är planerad, är den närmast till hands liggande tolkningen att likgiltighet inte syftar på annat än att gärningen, som varit en vanlig planerad och avsiktlig gärning, ger uttryck för likgiltighet. Detta är inte något främmande vare sig för judikaturen eller vardagsspråket. Jareborgs och Duffs likgiltighetsbegrepp har dessa implikationer.²¹² Man kan hävda att ett avsiktligt dödande ger uttryck åt en extrem likgiltighet i förhållande till skyddsintresset, andras liv. Man hävdar då att *den som* och *alla som* har någon form av uppsåt, i detta fall ett s k direkt uppsåt, alltid "i vart fall" är likgiltiga inför effekten. Likgiltighetsbegreppet betecknar då inte en särskild attityd, vissa känslor eller att effekten är en sidoaspekt i TT:s göranden, utan endast ett konstaterande av att gärningen inte uppfyller de rättsliga förväntningarna. I och med denna gärning manifesteras likgiltighet som en ren avvikelse från det aktsamma, dvs vad som rättsligt förväntas i den specifika aktuella situationen. Likgiltigheten anges ofta som en *direkt* följd av huggets kraft, placering och sättet i övrigt det tillfogats offret på. Likgiltigheten, använd på detta sätt, stämmer väl överens med prejudikatet NJA 1985 s 757 och uttrycker därför inte mer än att "rätt skuld" eller culpa, alltså skuld enligt den här företrädde meningen, föreligger. Uppsåtskvalifikationen av denna culpa görs genom det första ledet i resonemanget, som visar på gärningsuppsåt. Likgiltigheten är alltså endast en beteckning på "rätt skuld", dvs gärningsuppsåt i detta fall. En viss sorts gärning, beskriven efter mallarna i prejudikaten ovan, *innehåller* en sådan mening (ett sådant uppsåt), betecknat likgiltighet. Även om begreppsapparaten som används här inte är avstämd med Jareborgs begreppsapparat, skulle man kunna säga att likgiltighet i dessa fall uttrycker att både (gärnings)uppsåt och (gärnings)culpa konstaterats.

Därmed inte sagt att all användning i materialet och i övrigt i praxis av begreppet likgiltighet har just denna specifika betydelse. I vissa fall används, som ovan sagts, likgiltighet för att beteckna *dolus eventualis* eller för att kvalificera en gärning som mord i förhållande till dråp. Exempelvis betyder

²¹¹ I avsnitt 5.5.2.1.1 under "Karlstads tingsrätt DB 623/89" fann domstolen utan resonemang om uppsåtet, genom TT:s erkännande styrkt "...att TT uppsåtligen berövat sin hustru livet." I argumentationen därefter, för att döma för mord och inte dråp, anfördes bl a att TT visat viss "hänsynslös likgiltighet". Här användes likgiltighetsbegreppet enbart för att visa att brottet var kvalificerat som mord i förhållande till dråp. Användningen av likgiltighetsuttrycket har här alltså ingenting att göra med en gränsdragning mellan *dolus* och *culpa*, eller mellan direkt och indirekt uppsåt, å ena sidan och eventuellt uppsåt å andra sidan.

²¹² Se avsnitt 4.6.3.6.2f.

uppenbar likgiltighet för andras liv, dvs för ett offers död eller liv, enligt TBL § 1 st 2 normalt endast att oaktsamheten och vårdslösheten i trafik varit grov, inte att gärningen varit uppsåtligt inriktad mot att döda. I dessa fall betecknar likgiltighet att endast oaktsamhet och inte uppsåt konstaterats som rätt sorts skuld, trots att formuleringen "uppenbar" likgiltighet t o m är starkare med epitetet "uppenbar" än normalfallet "i varje fall" vid likgiltighetsuppsåtet.

Det mest kända fall som prövats, när det gäller uppsåtligt dödande genom en trafikhändelse, är NJA 1959 s 63, som ansetts vara själva huvudprejudikatet för dolus eventualis i praxis. Inte heller detta fall ansågs vara uppsåtligt försök till dödande. Inte ens det sk "Handenfallet" i materialet, där väktaren uppsåtligt påkördes och dödades, ansågs vara ett uppsåtligt dödande.²¹¹³ Det enda fallet i materialet där någon fälldes för uppsåtligt dödande i något som liknade en trafiksituation, gällde en kombination av våld med tillhygge och därefter en uppsåtlig upprepad överkörning.²¹¹⁴ Den tydliga likheten i skuldformuleringarna mellan dödandet i trafiken och det uppsåtliga dödandet ger alltså ett motsägelsefullt intryck. Vållande till annans död på grund av trafikhändelse ligger faktiskt många gånger formuleringsmässigt *närmast* gränsen för det uppsåtliga dödandet, trots att brottskategorin traditionellt placeras längst bort från skulden för det uppsåtliga dödandet när det gäller gärningstyp och straffvärde.

Motsägelsen beror på att prövningen i praxis har sin utgångspunkt i gärningstypen och tolkningen av gärningens mening. Den enda rimliga förklaringen till denna motsägelse är att gärningstypen, trafikvållande till annans död, normalt inte har annans död som mening. De traditionella uppsåtsformerna eller andra mindre traditionella som sannolikhetsuppsåt, vilka vilar på samma grund, har svårt att fånga straffvärdeskillnaden mellan oaktsamt och uppsåtligt brott. Lika lite kan användningen av begreppet likgiltighet i tingsrättspraxis ge en förklaring till denna straffvärdeskillnad. Den beror istället på att hänsyn tas i tingsrätterna främst till gärningstypiciteten.

Den ofta förekommande slutsatsen att *körsättet* uppenbart inneburit att TT varit likgiltigt för andras liv skiljer sig inte från andra formuleringar av handlingssätt, såsom skottlossning, som inneburit att TT varit likgiltigt inför andras

²¹¹³ Se avsnitt 4.8.1.1 och 5.5.3.4.2 under "Klassen RiskM" beträffande Handens tingsrätt DB 386/91. I England, där i första hand de motbevisbara presumptionerna för intentionalitet vid annans död anses varit och fortfarande anses vara många och öppet redovisade, var motståndet starkt vad gällde en acceptans av bildödandet som likställt med annat uppsåtligt dödande. I den högsta domstolen i Finland har emellertid flera personer fällts för uppsåtligt dödande i rena trafiksituationer.

²¹¹⁴ Se avsnitt 5.5.2.1.1. under "Stockholms tingsrätt avdelning 19:1 DB 1693/89".

liv. Det finns ingen avgörande skillnad i formuleringarna, när det gäller den likgiltighet TT gjort sig skyldig till i detta fall och den likgiltighet, som enligt likgiltighetsuppsåtet bedömts som uppsåtligt dödande. Vid det uppsåtliga dödandet, enligt formuleringen från NJA 1985 s 757, är gärningens yttre förlopp den enda grunden för att denna likgiltighet inför annans liv är att betrakta som uppsåtlig. I detta fall är gärningens yttre förlopp den enda grunden för att likgiltigheten ger upphov till ett oaktsamhetsstraffvärde. Här visar sig alltså tydligt att det enda som skiljer bedömningarna ifråga är gärningstypen, och inte skuldformuleringarna. Det uppsåtliga "likgiltiga" dödandet är uppsåtligt för att det rör sig om en *typisk* dödandegärning, som t ex att skjuta på en annan person, och det oaktsamma "likgiltiga" dödandet är oaktsamt för att det handlar om en *typisk* endast oaktsamhetskvalificerad dödandegärning.

Denna gärningstyp som uppträder i trafikfallen skapar således i svensk tingsrättspraxis en nästan omotbevisbar presumtion för att endast oaktsamhetsskuld föreligger. Enligt mitt förmenande är detta resultatet av en bristande reflektion över grunderna för skuldbedömningen. Detta verkar vara analogt med den stelhet, som en kasuistisk rättsbildning kan utveckla. En förstärkt samverkan mellan praxis och rättsvetenskap är nödvändig för uppnå balans.

Sammantaget är det klart att likgiltighet i tingsrättspraxis i de flesta fall betecknar "tillräcklig skuld". Likgiltighetsbegreppet är oftast inte en beteckning för en viss specifik skuldskvalifikation.

5.6.5 OAKTSAMHET I TINGSRÄTTERNA

Mönstret för oaktsamhetsprövningen i tingsrätterna varierar mycket med hänsyn till gärningstypens närhet till uppsåtsgränsen, gärningstypens "normala" karaktär, inslagen av riskuppsåt och den tilltalades inställning. Det gemensamma draget i mönstret utgörs av skillnaden mellan *uppenbar culpa*, dvs "nästan uppsåt" och annan culpa. Likgiltighet används ofta för att beteckna båda typerna och kan i sin tur kvalificeras främst av olika grader av riskuppsåt. Dessutom påverkas resultatet direkt av att alla de fall som undersökningen omfattar, mer eller mindre är relaterade till den allvarligaste av alla effekter: annans död. Mycket få av fallen, med undantag av en del av trafikfallen, har inträffat i det "normala" samhällslivet. Även i trafikfallen, rör det sig för det mesta om samma personkategorier som i det uppsåtliga dödandet.

Betydelsen av TT:s inställning är väl så stor där skuldfrågan handlar om oaktsamhet som uppsåt. Erkännandet i oaktsamhetsfallen innebär många gånger ett erkännande av den rättsliga bedömningen av gärningen; dvs *oaktsamhet* erkänns. Det stora antalet erkännanden i de för vållande till annans död åtalade fallen är markant i förhållande till fall med åtal för uppsåtligt dödande.

Kongruensen mellan TT:s inställning och skuldresonemangen är överlag stor. I cirka hälften av alla fall var helt eller delvis erkända brott utan något skuldresonemang. Den andra hälften var främst förnekade brott med koncentration på gärningsmannaskapet. Mönstret för TT:s inställning i trafikfallen avvek på två punkter. Klassen "Ej minne" omfattade cirka 30% i förhållande till cirka 35 % vardera för olika slag av erkännanden och förnekanden. Både de partiella förnekandena och erkännandena utgjorde ungefär hälften av sina respektive klasser och var utpräglade rättsliga invändningar. Den tilltalades invändningar verkar här vara anpassade till de mer eller mindre strikta ansvarsformerna, trafikansvaret och ansvaret för vållande till annans död i trafik, genom att främst försöka påverka den rättsliga bedömningen av de faktiska omständigheterna.

Formuleringarna av oaktsamheten präglas i fall med åtal för vållande till annans död av att gränsen mot *dolus* inte varit en förstahandsuppgift i rättens bedömning, genom att åklagaren yrkat ansvar enbart för oaktsamt dödande. Den största gruppen är här närmast rena konstateranden av kausalitet och den näst största är likgiltighetsformuleringarna. Likartade formuleringar kan i andra sammanhang uppträda som typiska uppsåtsformuleringar. Formuleringarna i sig ger i varje fall ingen säker grund för om bedömningen gått ut på oaktsamhet eller *dolus*. Varför gärningen inte kvalificerats som uppsåtlig är åtminstone i två fall beroende på åklagarens yrkande. Tingsrätten markerar uttryckligen i dessa fall, att utgången kunde varit en annan, om åklagaren yrkat ansvar för uppsåtligt dödande. I denna brottskategori verkar culpa närmast beteckna samma sak som både likgiltighet; dvs "rätt skuld". Oaktsamheten är i de flesta fall av denna kategori *uppenbar* eftersom den ses som ett "nästan-uppsåt". I de fall där den tilltalade framfört en invändning om exempelvis gärningsmannaskap eller bristande minne används företrädesvis olika former av riskuppsåt för att beskriva varianter av grov diskrepans mellan aktsamhetsregel och det enskilda fallet.

Liknande förhållande råder även då TT åtalats för oaktsamt brott. Vid sådant åtal verkar i hälften av alla fall innehålla en slags nöjdförklaring av att åtalet hamnat under strecket för uppsåtligt brott. Den tilltalade tar s a s på sig skulden redan innan rättegången. Detta får till följd att inget resonemang om culpa förs i rättegången och att skulden även här ter sig som "nästan uppsåt". Den nedre gränsen mot strikt ansvar eller ringa oaktsamhet, där risktagandet i dessa fall oftast är tillåtet och inte straffbart berörs följdriktigen inte alls.

Vårdslöshetsbedömningen när det gäller brottet vårdlöshet i trafik utförs nästan alltid före ansvarsprovningen av brottet vållande till annans död, då de båda brotten sammanträffar. I något enstaka undantagsfall gjordes en separat provning av oaktsamheten till annans död. Vanligtvis användes aktsamhets-

prövningen från vårdlöshet i trafik direkt vid prövningen av oaktsamheten till effekten annans död. I materialet föreligger således ett närmast strikt ansvar till effekten annans död i en trafikhändelse då det är fråga om sådan konkurrens. Detta effektansvar närmar sig ett absolut ansvar, eller dubbelbestraffning, i tingsrättsmaterialet, eftersom det oaktsamma körsättet redan straffats i och med ansvaret för vårdlöshet i trafik.

AVSLUTNING

SAMMANFATTNING

Avhandlingen har främst syftat till att genom undersökningen av gränsen mellan dolus och culpa kasta ljus över skuldproblematiken i svensk rätt. Mitt undersökningsområde är valt för att konfrontera skuldbegreppet i straffrättsdogmatiken med den bredast tänkbara praktiskt genomförbara bild av samma rättsområde i praxis. Gränssnittet mellan dolus och culpa har nämligen fungerat som en slags provanstalt för olika doktrinära läror om förutsättningarna för skuld och även för straffansvaret i stort. Den straffrättsdogmatiska sekel-långa striden och oenigheten om gränsdragningen, samt skuld- och ansvarsproblematiken i stort, har genererat många olika lösningsförslag utan att egentligen någon konsensus infunnit sig. Exempel på detta är problematiken kring skuldformer i "gråzonen", med tveksamt och osäkert uppsåt; dolus eventualis och sannolikhetsuppsåt samt den stundtals förvirrade debatten om culpaprövningen.

Undersökningen av praxis har utgått från "golvet", dvs tingsrättspraxis. Ett tydligt mönster för hur domstolarna på alla nivåer hanterar skuldfrågorna har visat sig när det gäller de klassiska skolexemplen för uppsåt, vilka brukar hämtas från det brottsliga dödandet. Mönstret har i stora drag gått på tvären i förhållande till kärnan i de gängse straffrättsdogmatiska lärorna. Jag har kunnat konstatera att man använder sig av två olika teorier, en i praxis och en i doktrinen. Praxis utgår inte från att prövningar av gärningar sker i två skilda trappsteg, först ett objektiva därefter ett subjektivt. Man koncentrerar här uppsåts- och oaktsamhetsprövningen till gärningstyper och gärningars mening, och inte till en prövning av dels "yttre", dels "inre" rekvisit.

Jag har argumenterat för en skarp gräns mellan dolus och culpa. Det skall påpekas att en skarp gräns inte är samma sak som att endast acceptera rutinfall inom uppsåtsgränsen och att placera alla svåra fall utanför denna gräns. En "gråzon" av osäkert uppsåt mellan dolus och culpa kan inte försvaras med effektivitetsskäl, som går ut på att förmodade bevisvårigheter framtvingar materiella och/eller processuella lättnader för åklagaren i brottmålsprocessen. En som dolus accepterad skuld inom en "gråzon" innebär en omdefinition av okvalificerad skuld/culpa till kvalificerad skuld/culpa i form av dolus. En sådan "gråzon" strider mot gällande rätt, bl a avseende legalitetsprincipen, skuldprincipen och principen in dubio pro reo. "Gråzonen" orsakas av den skenbara omöjligheten att bevisa intentionalitet eller gärningars mening. Denna omöjlighet har i sin tur sin grund i föreställningen om att gärningar måste

prövas först som gärningen "i sig" eller den rena kroppsrörelsen och därefter om denna täcks med vissa (i princip för andra än gärningspersonen oåtkomliga) "inre fakta".

TILLRÄKNANDE- OCH STRAFFANSVARSBEGREPPET

Undersökningen har föranlett en skiss över följande tillräknande- och straffansvarsbegrepp:

En gärningsperson tillräknas juridiskt ansvar för brott endast genom ett lagligt beslut av behörig domstol. Detta beslut *kan* beskrivas som att domstolen utfärdar en "individuell norm" för vissa exekutiva myndigheter beträffande vissa åtgärder mot TT. Det konkreta (och abstrakta) straffvärdet, som denna dom/beslut resulterat i, är ett mått på den visade oaktamheten i det konkreta fallet, dvs TT:s skuld/culpa.

Tillräknandet av ansvar sker genom att domstolen tillämpar en aktsamhetsnorm, som skapats av domstolen av lagliga förväntningar om ett aktsamt beteende.

Denna (individuella och gärningsmässiga) aktsamhetsnorm består av dels skriven (inculperande och i viss mån exculperande) lag och oskriven (exculperande och i viss mån inculperande) rätt.

Två regelteryper behövs för att motivera straffrättsligt ansvar för gärningar (och tillskriva personer gärningar): (1) En straffrättslig norm, dvs en lagtextbunden och åtminstone *ofullständig brottsbeskrivning*, som preciserar kraven på visst förväntat aktsamt beteende, m a o ett *ofullständigt aktsamhetskrav* (2) preciseringar av lagtexten genom domarens kompletteringar av brottsbeskrivningens krav på visst förväntat beteende, genom uppställandet av minst ett aktsamt gärningsalternativ, hypotetiskt utfört av en "ansvarsfull" person, för att uppfylla denna förväntan. Detta är det *fullständiga aktsamhetskravet*, vilket är synonymt med den *fullständiga brottsbeskrivningen*. Regler, såsom ansvarsfrihetsgrunder och kvalifikationer av aktsamhetskravet, placeras i den ena eller andra regelkategorin efter deras hemvist i lagtexten eller inte. Någon väsensskillnad mellan regelteryperna föreligger inte.

Aktsamhetsregeln är uppbyggd av personliga och icke personliga element och är alltid generell. Alla straffrättsliga regler är generella i den bemärkelsen att de är avsedda att gälla även för en annan person än gärningspersonen, *ceteris paribus*.

Steg 1 är en absolut nödvändighet i enlighet med legalitetsprincipen. Steg 2 är en absolut nödvändighet i enlighet med konformitetsprincipen. Heuristiskt är en omkastad tågordning tänkbar. Det är inte tänkbart att underlåta steg 1 och enbart konstatera steg 2. Inte är det heller tänkbart att enbart konstatera steg 1. Det är av processekonomiska skäl olämpligt att underlåta att göra prövningen av steg 1 först. En medborgare måste även skyddas från utredning ifall en ofullständig brottsbeskrivningsenlighet föreligger. Detta krav på myndigheten ålägg domaren i en inkvisitorisk process, men åligger oftast åklagare och polis i en akusatorisk.

Brott, i något som helst hänseende, föreligger först då en gärningsperson tillräknas ansvar för brott - aldrig annars. Gärningar är aldrig brott i juridisk mening, utom genom ett laga beslut av en laga domstol om en avvikelse från ett i samma ordning beslutat aktsamhetskrav. Brottsbegreppet kan på detta sätt uttryckas genom strukturering av aktsamhetskravet. I en sådan systematik kommer ansvarsfrihetsgrunder att framträda som kompletteringar av aktsamhetsregeln; även en aktsam person skulle ha utfört en liknande gärning.

LEGALITET OCH RÄTTSSÄKERHET I STRAFFRÄTTEN

Utgångspunkten för rättssäkerhetskravet, när det gäller straffrättslig skuld, är att skuld/culpaformerna *dolus* och *culpa* är möjliga att definiera och bevisa med den materiella och processuella begreppsapparaten som står till buds i strafflagstiftningen, förutsatt att "der Angelpunkt" i straffrättsdogmatiken, tudelningen av ansvarsprövningen i ett objektivt och ett subjektivt steg, överges.

Legaliteten kan förstärkas genom att man utökar beskrivningarna av differentierade skuldkrav och gärningsbeskrivningar, som t ex genomförandet av differentierade försöks- och medverkansansvar, i lagtext. Men det räcker inte att förstå legalitet bara som trohet mot helt textbundna straffstadganden. Legalitet motverkas av överdriven tillit till texters kapacitet. Detta kan ge upphov till en reell urholkning av rättssäkerheten genom vad man skulle kunna kalla en "fundamentalistisk" legalitet.

Kravet på domarens insats för legaliteten måste därför skärpas, så att "subjuridiken" redovisas på ett utförligare och tydligare sätt än hittills. Ett moment i detta kan vara att HD:s domskäl utökas så att en *självständig* domardoktrin skapas. S k tyst kunskap måste här bli offentlig kunskap. Legalitet förutsätter domare, inte bara tillämpare. I brottmålsrättegången måste doma-

ren vara inriktad på uppgiften att inte bara tillämpa lagstiftarens normer utan även skapa en "individuell" norm. Även om denna norm kan kallas individuell måste den göras rättvis, dvs generell eller tillämpbar för alla lika fall. Rekvisiten för denna norm utgörs av den skrivna normen, dvs straffstadgandet och kompletteringar av denna med i princip exculperande omsatser. En grundläggande förutsättning för allt detta är en förstärkning av domarens professionella självtillit, förankrad i ett icke-provinsialt kultursammanhang.

SUMMARY

INTRODUCTION

This summary is divided into two parts. In the first part the main features of the thesis are described and in the second part the contents and conclusions of the different chapters. In criminal law a multitude of terms signify the concept of fault or guilt. In the common law-tradition the requisite of "mens rea" is preponderant and in that of civil law the concept of "Schuld". In this summary the term "fault" is used without any specific significance being implied other than that of the terms traditionally used.

PART I

MAIN FEATURES

THE ROLE OF THE FAULT ELEMENT IN THE INVESTIGATION OF CRIMINAL LIABILITY

The concept of fault, guilt or mens rea is vague, covering a variety of shades of meaning; and this is true not only in law, but also in other areas of discourse. Right from the start I have to state that I am not presenting a valid and universal definition of the concept of fault, guilt or mens rea. This thesis is about the part of the examination of criminal liability that deals with putting the conformity principle, or in other words the principle of fault, into practice.

This principle could be described to work as a norm aiming at making criminal liability independent of chance, and instead making it dependent on the capability and attempts of perpetrators to exercise control over the series of events that would lead to conformity to an acceptable standard of behaviour as required by the criminal law system.

Traditionally, the ascription of fault in criminal law is tantamount to the ascription of intent, recklessness or negligence. This thesis deals with criminal fault in this limited meaning.

If hard cases involving the distinction between *dolus*, i.e. intent, and *culpa*, i.e. recklessness or negligence (in the following, I shall use the term *culpa* to refer to both recklessness and negligence), are to be solved in a safe way, the elements contained in the definitions on both sides of this borderline have to be defined in a coherent way. The problem of fault hinges upon this distinction.

This thesis will therefore be concerned mainly with this area of the criminal law. I shall, furthermore, focus particularly on the problem of fault concerning homicide cases, as classical examples on the issue of fault are drawn from this type of crime, in both the common law and civil law cultures.

What makes the examination of fault —and consequently the distinction between *dolus* and *culpa*— especially difficult is that lurking behind the methods of examination are moral and ideological presuppositions concerning the meaning of concepts such as the person, acts and conducts, intention and omission. In order to regulate the boundary between *dolus* and *culpa*, it is, moreover, necessary to determine within this frame what is capable of being proved in a court of law, what conducts should be subject to regulation and who — the legislator, the courts or academic jurists — should have the responsibility for drawing up this section of criminal law. In a pluralistic society characterised by the diversity of moral views, the legal system is therefore put into a difficult position concerning this specific part of criminal law. It is not a feasible solution either to dissociate from moral judgements —in the spirit of orthodox legal positivism— at the level of judicial decision. The judge must always introduce some material “external” to the law, at some stage in the process of determination of fault, as a supplement to the written norm. The determination of fault will always remain a moral deliberation in that sense. It is simply technically not possible to reduce all elements of fault in a closed and non-evaluative written norm. This position is nonetheless generally accepted —notwithstanding the *præter legem* prohibition as required by the principle of legality— as the principle of fault is considered to have a merely exculpatory function.

FAULT IN SWEDISH CRIMINAL LAW

The principle of fault must be observed in Swedish law in accordance with the general provision in Chapter 1 Section 2 of the Criminal Code. It is provided that only intentional acts constitute crimes; exceptions to this general rule must be stated explicitly in the law. The only *general* exception to this principle is that the absence of intent in cases of self-incurred intoxication (or a state comparable with this) does not —pursuant to Chapter 1 Section 2 paragraph 2 of the Criminal Code— constitute a defence against criminal liability. The exceptions to the principle of fault provided specifically for by law require, generally, some form of recklessness or negligence. Even though *culpa* is a sufficient ground for criminal liability in a large number of criminal provisions in Sweden, the fault requisite in these cases is traditionally formulated as exceptions from the main rule. Dan Frände has, for instance, described the whole criminal law system as being founded on intentional agency where

crimes of recklessness/negligence, such as speeding offences, being free-riders on the vehicle of the core criminal law.

A substantial difference in "penal value" normally exists between intentional and unintentional faults, e.g. between intentional killing and causing death through negligence.

To recapture the above, it can be stated *that* the Swedish criminal law system contains an explicit fault requirement in the form of a general requirement of intent as a condition for criminal liability; *that* recklessness or other less grave forms of fault is also sufficient where it is provided for by law specifically, and *that* the burden of proof—regardless of the form of fault—lies with the prosecution according to the maxims *in dubio pro reo* and *in dubio mitius*, which are expressed in Article 6 of the European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms. There is no question of lowering the requirement or burden of proof with respect to the so-called "subjective conditions" as compared to other prerequisite criminal conditions. Any uncertainty about the fulfilment of the fault conditions—such as in cases involving the so-called *dolus eventualis* or "probable" intent (see below)—must count in the favour of the defendant. In this respect, the traditional acceptance of an area of uncertainty—e.g. in cases involving *dolus eventualis*—appears to be a challenge to the rule of law and the fundamental requirement of the principle of fault in Swedish law.

THE PURPOSE AND MAIN ISSUE

In spite of the importance of finding a balance between moral and the valid law in the form of written criminal provisions, it does not constitute the principal aim of this thesis. This thesis finds itself in a lower level of abstraction. The main interest is directed at a specific and fundamental source of mistakes in the determination of fault.

Following the paradigm, which seeks to maintain an absolute distinction between facts and values and law and moral, the modern criminal law doctrine is characterised by the idea that criminal liability must be divided into an objective and a subjective part, or, in other words, the *actus reus* and the *mens rea*. This distinction is grounded upon a special view on the determination of criminal liability. One presupposes—on empirical grounds or with reference to a definite theory of action—that fault determination must *begin* with an investigation of the action "as such", seen purely as a series of bodily movements. Only when it is found that the act "as such" infringes some criminal rules, does one need to examine whether the observed bodily movements are "covered" by the element of intent or *culpa*, as a kind of separate "inner" element. Back in 1867, Rudolf von Ihering gave the lecture *Das Schuldmoment in*

römischen Privatrecht. He launched thereby a theory of “objective” criminal liability that allegedly was not founded on the principle of fault. This became the starting-signal for what was to be the “modern” criminal law doctrine, which reached its maturity about forty years later through the works of Beling and von Liszt on the concept of crime. As its core, this modern criminal law doctrine was meant to reduce the importance of the principle of fault in relation to the theory of causality and “objective ascription”. Ever since the debate in criminal law has consisted mainly in the refinement of the respective positions on the role of fault in the ascription of criminal liability. The implementation of the Swedish Criminal Code can be said to be a product of this 19th century debate, at least in respect to the Code’s position on the boundary of criminal liability.

Discussions on the core or *der Angelpunkt* of this “modern” criminal law doctrine has remained lively, mostly so in Germany, the country in which this doctrine was first developed. The result of the discussions of, by now, over a hundred years is becoming more and more evident: the principle of fault has regained much of the terrain, which it lost under the first decades after the introduction of the objective theory. Objective ascription and causality has not fulfilled the expectation as a replacement of the principle of fault. In the German literature, one can almost sense an air of resignation at the prospect of ever finding a sharp boundary between *dolus* and *culpa*. In Swedish criminal law doctrine, the theory of Jareborg, introduced in the 1970’s, became a turning point by establishing “act-oriented” *culpa* on the primary levels of his concept of crime. He characterised *culpa* in two essentially different shapes or categories: viz. act-oriented *culpa* and agent-oriented *culpa*.

Fundamental uncertainties regarding the borderline between *dolus* and *culpa* still remain, however, inside both the civil law and common law criminal law systems.

The main criticism in this thesis is directed at the use of *der Angelpunkt* as the steering instrument for the determination of criminal liability. I submit that this method of judgement is a blind alley. Those who seek to determine whether criminal liability can be ascribed to a defendant will be misled into making an “inner” mental element as a theme of proof, while claiming at the same time that this “mental state” is concealed from anyone else other than the defendant himself. This naturally creates a persistent doubt and uncertainty in the process of fault determination, which causes a tendency to adopt *ad hoc* solutions and supplementary theories for the purpose of easing, in various ways, the presumably “impossible” burden of proof of the prosecution when intent is denied by the defendant.

Min main thesis is that a greater degree of justice and legal certainty can be attained if more emphasis is put on the principle of fault. The determination of fault must, however, be objectivised while the consideration of the criminal conduct be subjectivised. *Dolus* or *culpa*, I submit, are not in principle "internal" states of mind hidden from others than the agent. On the contrary, an agent's intention or recklessness can be observed directly through his action in the "external" world. The determination of criminal liability must therefore *begin* with the consideration of a *meaningful action*. This reversal of order in the process of fault determination is inspired essentially by the proposal in this area by R.A. Duff. My starting-point is therefore that the conception of the inevitability of choice between subjectivism and objectivism in the determination of fault presents us with a false dilemma. Establishing *mens rea* is not more difficult than establishing other conditions of criminal liability, if one rejects the premises of *der Angelpunkt*.

To summarise, the purpose of this thesis is to *describe* the main features in the determination of fault under the criminal law system of Sweden and to *explain* why this appears to be so complicated, and also to *show* how a higher degree of legal certainty can be attained.

METHOD

My description and explanation of the determination of *mens rea* begins, so to speak, at the "shop-floor" of criminal law. The analysis is based on a survey of judgements of the Swedish courts of first instance for the years 1989-1992 in cases involving intentional killing, causing death through recklessness/negligence as well as gross assault, where such offences constituted the principal crimes. The result of this survey shows that the actual practice of the courts of first instance in drawing the borderline between *dolus* and *culpa* approximates very closely to the thesis adumbrated in this monograph. This is contrasted with the treatment in other sources of law such as the preliminary work for legislation, academic writings, precedents and legislation considered elsewhere in this thesis. The finding of this comparison is that the non-doctrinal and act-oriented approach of the courts of first instance is superior, both practically and theoretically, to the traditional doctrinal solutions.

A traditional civil law hierarchical doctrine on the sources of law is used in the present work. But some problems associated with this doctrine have been accentuated by the method used in this thesis. Obviously, the different sources of law affect each other. In civil law systems, academic writings influence both the judges and the legislator. Such influences as such do not, however, disturb the established hierarchical order. But a condition for the functioning of this order is that, as a normative authority, each source of law functions

independently in a legal argument. A precedent must be able to assert its authority relatively independently of its relation to academic writings if precedents are to function as a higher-level source of law than academic writings. If, on the other hand, a theory is developed as an academic doctrine through which precedents are selected, presented and interpreted in the literature, a risk exists clearly that the position of precedents as a superior source of law in relation to doctrine is weakened. Common interests, communication and co-operation between these two sources of law may exist; but the opposite is also plausible. For example, German and Nordic criminal law may be described as *Professorenrecht* while academic writings are of a much less importance in the common law countries. It is evident that not only are precedents on different hierarchical levels in the respective legal system. But the selection of precedents and their interpretation are dictated on the terms of the academic writers much more so in the civil law countries than in the common law system. The borderline between *dolus* and *culpa* has been an academic exercise in the civil law systems. In the criminal law doctrine of Germany and the Nordic countries, a grey zone of "doubtful *dolus*" in the borderline area of *dolus* and *culpa* is generally said, by the academics, to be accepted in legal practice. At the same time, some academic writers often claim that there are serious doubts in the contents of the precedents, concerning this borderline. To get an objective view of the precedents, which in fact constitute a higher-level source of law than academic writings, it is necessary to perform a survey of the practice on this issue detached, as far as possible, from the academic view and "interests". This is the main reason why the analysis of judicial practice has to start from the "shop floor". One can look upon the practice of the courts of first instance as a way of giving the judges a voice of their own in a civil law country dominated by academics; or one can look upon it as a backdoor to the precedents.

It is necessary, besides the frequent reference to the German doctrine, for this present work to draw upon material from the common law tradition. The reason for this is the position of precedents within that tradition. Common law can, moreover, be seen in a way as a living history of the criminal law of the civil law countries. The references to foreign law and foreign doctrine do not, of course, mean that they are given a higher position as a source of law, than is customary according to Swedish criminal doctrine.

PART II

A CLOSER VIEW ON THE CONTENT OF THE THESIS

GENERALLY

This thesis contains five chapters and different indexes, an introduction, a conclusion and a summary. Chapter 1 is a preparatory chapter dealing with the concept of ascription and the concept of crime. It outlines the general problems involved in the determination of the conditions of fault, which form the subject of discussion in the three chapters that follow. The report on the survey of judgements of the courts of first instance is found in Chapter 5, before the Conclusion. This is the opposite order from the context of discovery. Placing it as the last chapter in this monograph reflects, however, the use here of the traditional doctrine on the hierarchical sources of law. There is, incidentally, no need to extort the traditional theory regarding the position of judgements from the courts of first instance as a high degree of agreement obtains between the practice at the first instance and that of the appeal courts and the Supreme Court, although this has been questioned in the doctrine.

The pattern of practice in the courts of first instance in the determination of fault is key to an understanding of practice in the higher courts as well as the other sources of law. But the classification of the courts of first instance judgements into different categories of fault presupposes the theoretical discussion raised; there are consequently continuous cross-references throughout the monograph to Chapter 5 so that the context of discovery can also be traced.

CHAPTER 1

ON ASCRIPTION OF CRIMINAL LIABILITY

GENERALLY

The concept of ascription, or imputation, is often used as an appendix to the concept of criminal capacity. After the disappearance of the latter concept in 1965 from the Penal Code, even the former concept became rarely used in Swedish doctrine. In German criminal law doctrine, on the other hand, the concept of imputation is regarded as fundamental. It is from this concept that the concept of action and the concept of crime allegedly are derived. A current legislative proposal in Sweden speaks in favour of the re-establishment of

a link to the concept of imputation in the Swedish criminal law system; so it is possible that even Sweden will before long abandon its isolated position in this area.

In this chapter I shall first provide the background and recount the discussions on the concept of imputation as well as the more important schools of thought, mainly in the perspective of the German doctrine. Thereafter, I shall describe some theories on the concept of crime, against the background of the different positions on imputation. Finally, I shall give a presentation of the Nordic doctrine on the concept of crime.

THE BACKGROUND OF THE CONCEPT OF IMPUTATION AND THE CONCEPT OF CRIME

THE DIFFERENCE BETWEEN *IMPUTATIO JURIS* AND *IMPUTATIO MORALIS*

Since Pufendorf and later Kant, a distinction has been made between *imputatio facti* or *physica* and *imputatio moralis*, as well as between *imputatio facti* and *imputatio juris*. Kant put his emphasis on the distinction between a legal and a moral imputation. According to Kant, the legal imputation is a decision—a judgement, *ein Urteil*—of a judge, that a certain person is the author—*der Urheber*—of a certain act. The current debate on the concept of imputation revolves, still, round just these basic notions.

In light of the principle of legality, the distinction between legal and moral imputations has decisive consequences. In spite of this, the imprecise border between the legal and the moral imputations in the modern theories of imputation, of crime as well as of fault, often constitutes a fundamental source of problems. The importance of this distinction is not eased by the difficulties in maintaining an absolute boundary between law and moral. By striving towards a clearer borderline, one may avoid conflating the legal decision-making in the dogmatic context of judging in the criminal process with the heuristic decision-making involved in the deliberation. One has to bear in mind the basic fact that imputation can only be carried out by legitimate and democratically controlled state authorities under the law within the framework of a due criminal process. The alleged fundamental division into subjective imputation and objective imputation of the modern criminal law doctrine presupposes therefore, necessarily, that one can clearly identify where this *legal* operation involving two decisions on imputation is to be located in the criminal process and how. Discussion on this question is open and lively within German doctrine. Such discussion is, however, almost absent in Nordic doctrine.

The division of the concept of crime into its objective and "external" and its subjective and "internal" elements is said to be based on the distinction between *imputatio facti* and *imputation juris*. The concept of objective imputation is, likewise, often considered as being historically derived from the concept of *imputatio facti*. Considerable weight has been attached to this historical argument. However, it appears that this argument might have been founded on a historical misunderstanding. *Imputation facti* was a description of the *procedure* through which an event was qualified as an act. It was not a question of an "objective" ruling concerning merely a series of bodily movements or series of events "as such", a view that Jescheck seemed to hold. *Imputatio facti* was; rather, the establishment in a criminal process that a certain criminal act was at hand (instead of merely a series of events) that can be ascribed to *someone*, i.e. some *unidentified* person.

IMPUTATION IN THE INQUISITORIAL CRIMINAL PROCESS

The outline of my interpretation above corresponds to the procedural parts in the old German inquisitorial process. This process was divided into two separate processes: the general inquisition and the special inquisition. The general part of the process dealt only with the issue whether an act could be considered as a crime. Implicit in the notion of act was that some form of intention (of *someone*) was involved; though the perpetrator remained unidentified. The special inquisition dealt only with the issue whether a certain identified person was the "author" of the act, which was determined to be a crime during the foregoing general process. The finding of a crime, *constare de delicto*, without identifying a certain perpetrator, was therefore a requisite step in bringing a process at all against a certain person. The judge was not entitled during the general inquisition to address the question of fault of a specific person. The general process would only result in a *decision* that a special inquisition could be initiated, as a crime was provisionally found to have been committed.

The general inquisition did not merely consider the bodily movements as "external facts" dissociated from a person and "internal facts". The act that was considered as a crime was necessarily the act of a person. It was another question that, as a matter of law, the identity of the author of the act remained undetermined until it was to be established in a special inquisition.

The imputation of criminal liability was a distinctly legal decision in which a certain individual was held responsible for an act. A sentence would be imposed after the obligatory confession. The question of *dolus* was already settled

in the general inquisition. Thus, it was through two separate official decisions—that a crime had been committed and that a certain person was ascribed to be responsible—that a person was held liable for a criminal act and sentenced.

The final stage of the process was the *condemnatio*, i.e. the decision on ascription of responsibility and sentence. A full *imputatio* was obtained after this final stage. The inquisition process demonstrated thus quite clearly what was being imputed, who was being imputed, the legal character of the imputation as well as why a criminal act was considered to have been committed. Crime was, at least partially, a moral phenomenon, which acquired a legal hallmark through the general inquisition and was qualified as a crime in the legal sense.

TWO LEGAL IMPUTATIONS WERE MADE TWO EMPIRICAL IMPUTATIONS

At about the age of enlightenment, crime came to be described “materially” in legal texts and the tasks of the general inquisition was gradually taken over by an independent investigative body. The two inquisition processes—the general and the special—were replaced with two stages in one criminal process, in which the crime was described as consisting of two basic elements: an objective “external” composing and a subjective “internal” component.

The object of imputation became in principle an event free of the steering of the perpetrator, but instead being equipped with an anomalous *Willkürlichkeit*, i.e. a neutral steering. Previously, a complete imputation was established in two different processes involving two legal judgements; the determination of fault became, in the new single process, an empirical discovery of facts about bodily movements, the person who made such bodily movements as well as certain psychological characters of this person. Imputation lost thereby its normative character as a legal decision or judgement.

THE CRITICISM AGAINST THE CONCEPT OF “OBJECTIVE” IMPUTATION

This simple classical scheme was met by heavy criticism from the beginning, and was broken down successively in the course of the 20th century. The normative character of the imputation and the determination of fault resurfaced periodically. The result is that a compromise theory based mainly on a theory of normative fault was put into place. The causal theory of agency associated with the classical concept of crime and imputation was supplemented by different kinds of normative theories in order to stop the chain of natural causation. Criteria were selected for the finding of “legal causation”. All of these theories contained features derived from the principle of fault, which postulated some sort of capacity to avoid the criminal behaviour. The main

point of the theory of objective imputation was to reduce the impact of the principle of fault; but the compromise theory showed that this principle was necessary to support a working notion of causation in the criminal law.

It is impossible to recover the clear and consistent dogmatic contents in the concept of imputation as it were before the classical period. This would require a different procedural environment than that in Sweden. But a primary and important task of legal scholars in the field of criminal law is to expose these problems. There are signs of this in Germany in the latest debates on *dolus* and *culpa*. This project may, as in the latest discussion in English and German criminal law, be inspired by the mixed procedural and material concept of crime and responsibility in the common law culture. In a way this work has already started with Jareborg's concept of crime implicating a *culpa* judgement on the second level of his concept of crime, albeit that the present thesis would argue that the distinction between an act-oriented and an agent-oriented *culpa* is mistaken. The works of Duff, Jareborg, Koriath, Hassemer and Volk all show, more or less explicitly, the way to concepts of crime and imputation with the determination of fault and *culpa* (in its basic sense) as the fundamental principle of criminal liability.

CHAPTER 2

DOLUS

This chapter commences with an analysis of the recurrent historical arguments for considering determination of *dolus* as apart from *actus reus*. The analysis shows that historical evidence points to a method of determination that roughly corresponds with the solution canvassed in this thesis. The determination of *dolus* was in fact not particularly problematic until the introduction of the modern and classical concept of crime about one hundred years ago.

The presentation that follows is dedicated to describing the courts' practice as well as doctrines in the Nordic and common law countries as well as Germany, with special attention being paid to the practice in Sweden and England.

The analysis shows that Swedish practice—and in many respects even English practice—employs an act-oriented method in accordance with the pre-classical theory (*dolus ex re*) in drawing the borderline between *dolus* and *culpa*, a method that is in agreement with the theory for determination of fault advocated in the present thesis. The methods discussed in traditional Swedish doctrine—chiefly *dolus eventualis* and insight of consequences based on probability—find no substantial support in the courts' practice. There are, however, two exceptions. Firstly, *dolus eventualis* is used in cases involving attempts. In these cases, *dolus eventualis* functions as a kind of specific intent.

Secondly, in cases where the defendants are acquitted, the acquittals have been grounded on the non-fulfilment of the criteria for *dolus eventualis*. This use can be said to be a positive judgement on the character of the defendant.

The concept of "indifference" is used in the courts' practice as a concept for the expression of a "proper fault". This concept is used on both sides of the border between *dolus* and *culpa*. The suggestion by Duff that this concept could be used to explain *culpa* —i.e. recklessness, negligence and other forms of strict liability as opposed to *dolus*— does not correspond to the practice of the Swedish courts. But, "indifference" could be understood in a broader sense, namely as "fault", i.e. in accordance with the basic sense of the word as in Roman criminal law. The concept of indifference cannot, however, serve any better in explaining the difference in penal value between *dolus* and *culpa* than the concept of fault and *culpa* in that latter sense.

CHAPTER 3

CRIMINAL ATTEMPTS

The discussion in this chapter is concentrated on the connection between the different methods used in defining the conditions of *dolus* in criminal attempts, and in establishing the point of attempt, i.e. the point at which an act can be said to constitute an attempt, as opposed to, for instance, mere preparation. Responsibility for criminal attempt has been a thorn in the eyes of the orthodox objectivists. They have had difficulties in explaining why attempts should be criminalized at all. The explanations that the risk of completion of the crime attempted constitutes an objective ground for criminalizing attempts turn out to be based ultimately on an intent to act criminally. The consequentialists, on the other hand, have criticised the subjectivists for the failure to identify a precise point of attempt.

This debate has not been particularly productive. The Swedish criminal law of attempt —which is a kind of compromise— does not clear directions for the determination of fault in attempts. The practice of the Swedish courts on this issue is not unequivocal, though here as on an international level, one may discern a subjectivist trend.

Jareborg suggested that the general responsibility for criminal attempt be abolished. In its place, criminal liability should rather be based on the degree of the proven danger of infringing an interest described in the law. This solution is, no doubt, theoretically sound and it has the merit of avoiding the predicament of the subjectivist and objectivist views. But, as Duff claims, responsibility for a specific and concrete danger fails to capture the "attack

element" that is characteristic of attempts. The penal value for acts designed to create danger corresponds rather to reckless or negligent behaviour.

However, by leaving out the premise that an act has to be judged first in an objective and then in a subjective phase, it is possible to maintain the specific attack-character of attempts in a differentiated act-oriented way.

CHAPTER 4

CULPA

THE PROBLEM

Culpa in criminal law is often described as an issue of great importance and difficulty. The difficulties are said to consist mainly in the moral and ideological character of the determination of *culpa*. Even more than in the judgement of *dolus* crimes, *culpa* is considered to presuppose a choice between subjectivism and objectivism.

Three sets of problems appear to be particularly significant. First, the prerequisites for *culpa* are often open-textured. Notions "outside" the law, often couched in vague terms, are imported into the formulation of the legal norms. Second, the prerequisites for *culpa* may appear subjective, objective or both. And third, the fault requirement is not—at least to a great extent—compatible with liability for *culpa*.

The first and second sets of problems are connected with the conflict between the principle of legality and "open" norms, respectively the persistent demand for a distinction between the subjective and the objective in accordance with the traditional conception of crime. The latter has given rise to several theories on *culpa*: a subjective theory such as the theory of Thyré, which requires the manifestation of at least a subconscious intention; an objective theory such as that of Koriath's, founded on a pure *Erfolgstrafrecht*, i.e. a theory based on the effect of an agent's acts; and finally multi-step theories especially favoured in German doctrine and in Sweden represented by Jareborg's "two-step" theory of "act-oriented" and "agent-oriented" *culpa*. There are difficulties in all these theories. If one adopts a subjectivist theory, problems would arise concerning the penal value of negligence; an objectivist view would stray away from the principle of fault; and a compromise or a two-step theory of *culpa* would implicate both types of problems.

At first sight, the problem concerning the compatibility with the fault requirement might appear to concern mainly the debate on *dolus*. It is possible to construct a penal value within a deterministic *dolus* concept containing only

pure intellectual moments of insight or meanings of actions. The penal value of *culpa* crimes is, on the contrary, founded directly on a fictive or hypothetical capacity or possibility to do something else other than the actual act or omission. However, this problem will take us to a higher level of abstraction than intended in this thesis. The usual standpoint of the current law is that at least some freedom of action is necessary if one is to be criminally liable. Even if one assumes a freedom of action only because the current law says so, the consequence of this is that the blameworthiness of *culpa* is considered to have its root in the agent's ability to act in a way that would conform to the standard of care as required by law. This chapter will therefore deal chiefly with the first two sets of problems referred to above, viz. the "openness" of *culpa* norms and the division into the subjective and the objective.

The frame of this chapter is set by the confrontation in Swedish doctrine between Strahl and Jareborg, the main points of which were taken up by Jareborg in the 1970's. This confrontation still has relevance today. On the one hand there is Jareborg's "multi-stage" or two faces of *culpa* theory and on the other hand a more classical type of theory adopted by Wennberg. Leijonhufvud favours a slightly more traditionally classical line.

Traffic offences are traditionally considered to be representative of *culpa* crimes. The effects of these offences are however often as serious as or even worse than that caused by intentional crimes of assault or even homicide. Due to the seriousness of such consequences of *culpa* crimes, the question of the distinction between *dolus* and *culpa* comes to the forefront. The language used by the courts is, furthermore, often very similar on both sides of the borderline between *dolus* and *culpa*. For instance, the phrase "at least indifferent" to another person's life is often used in founding responsibility for intentional killing while the phrase "manifest or obvious indifference" to another person's life has in practice and in statutes been used to ascribe responsibility for gross negligence in traffic or negligent causing of another's death.

CONCLUSIONS

The analysis in this chapter shows that the multi-stage *culpa* theory is not supported by the practice of the Swedish courts. Neither can it be said to be a consistent theory. The multi-stage theory is founded mainly on the premise that every act *must* be judged first objectively and then subjectively. Implicit in this process is a mixing of the legal and the moral imputation. Although every *culpa* determination contains a multitude of conditions that can be said to be "external" to the law, these *must* always be introduced into the legal discourse and be duly *made* into law in a legal process by a judge having that authority. In this respect, Wennberg and Leijonhufvud are correct.

But on the other hand, one cannot neglect the force of Jareborg's theory concerning the central role of *culpa* in all judgements of criminal liability. *Culpa* is always manifest in every crime as an *Auffangstatbestand*, or as Jareborg puts it: act-oriented *culpa* is a prerequisite even for *dolus* crimes. All crimes implicate an expectation of a certain standard of care, either explicitly as a direct prescription to act with such care as required by the standard, or as a prohibition against certain behaviours falling short of that standard. In this way, *dolus* may be characterised as a form of qualified *culpa*. This can be maintained without blurring the sharp borderline between *dolus* and *culpa*, be it a case concerning gross *culpa* or *culpa* as the intentional taking of a risk. The Swedish law does not require proof of an "internal" element for the ascription of criminal liability. What the Swedish law does require is, rather, intent as the main principle and negligence in specified exceptions.

The argument that responsibility for *culpa* is a type of absolute responsibility for effects of one's action, falling outside the principle of conformity and used only to set the limit for the defence based on the lack of intention, also has its shortcomings. However, procedural measures classified as "defences" often express just the same condition as the corresponding formulation in terms of the substantial prerequisites of criminal liability. There is no easy way round the principle of fault by merely adopting a procedural façade. This point is elementary enough in the common law, but perhaps not so within the civil law culture. The choice between procedural and substantial prerequisites in judging *culpa* is only a matter of different aspects of the same issue. All categorisations have, as a foundation, the notion of what a person is capable of doing in order to conform to the standard of behaviour expected by law.

THE PRINCIPLE OF COVERAGE

Culpa is merely a deviation from the standard of care required by law; it does not entail any mental (conscious or unconscious) direction or trend towards the effect of the lack of care. There is no subjective "coverage" of the effect in this sense. But, choosing a dualistic description, one may say that the acceptable hypothetical alternative way of acting—given either explicitly or implicitly in the criminal law—is "covered" by a hypothetical acceptable endeavour towards an acceptable result of the act in question. According to this, Wennberg is correct in denying the use of the principle of coverage in *culpa* crimes. In an oblique sense, an effect may be described as being covered by negligence when this fault is relevant to the result. However, this would not be a genuine application of the principle of coverage.

THE BORDERLINE BETWEEN *DOLUS* AND *CULPA* VIEWED FROM THE SIDE OF *CULPA*

In characteristic crimes of negligence, the act or omission involved is, typically, not directed towards the effect of the negligent behaviour. Here, it may be said, lies the essence of the problem concerning crimes of negligence. To kill a person by shooting him at great distance with little possibility of hitting the target is still an act that is characteristic of an intentional act of killing. The "defect" in "characteristically", viz. the low degree of probability of accomplishment, is compensated by other aspects of the case that are characteristic of what intentional killing is involved. On the other hand, an negligent act in traffic, for instance, manifesting a great risk in traffic like causing death, would require some extra elements before it can be qualified as intentional killing.

It is possible to extract a *dolus* in both of the above cases and describe shooting at a long distance as being done with intention while causing death in traffic as being non-intentional. But this does not alter the main issue: *dolus* is manifested in the act and its context, and judging *dolus* means judging *dolus* in an action as a theme of proof.

Responsibility for *culpa* cannot be explained either by claiming that the foundation of this responsibility lies in some specific terms of "indifference" or some specific attitude towards a course of events. The ordinary use of the concept simply means that the "proper and correct" fault required by law is at hand in the relevant case. In addition, a particularity of *culpa* responsibility is that the merely culpable act does not manifest a specific meaning, good or evil. The concept of indifference promoted by Duff and Jareborg does not express more than that the act or the actor is culpable. The qualification as *culpa* and the distinction in penal value between *dolus* and *culpa* are founded on the concept of fault, and thus on indifference in that sense. But the mere examination of the defendant's indifference would not provide one with a usable yardstick. It only presupposes that some (other) yardstick has been used. That tool is the law, manifest as the legally acceptable alternative to the act in question. It is constructed by the judge in a due act of imputation from "internal" components given in statutes and "external" components including moral judgements. In this sense, one may say that the concepts of *culpa*, fault and indifference are, in law, synonymous.

CHAPTER 5

PRACTICE IN THE COURTS OF FIRST INSTANCE

This chapter presents a statistical report over the expressions used to describe fault in the 1013 judgements of the courts of first instance in Sweden, as described in the material above. The classification of these expressions of fault is constructed primary in accordance with the traditional headings used in the doctrine in setting the boundary between *dolus* and *culpa*. Moreover, it has been necessary to create a number of other categories in order to cover the deviations from the traditional expression used in the doctrine to describe fault. These deviating formulations clearly dominate in the judgements concerning the borderline between *dolus* and *culpa*. In this material, *dolus eventualis* and probable knowledge of the consequences of an act do not play a significant role. A report of eighty-six individual cases follows. These cases are representative of the classification of fault formulations in the statistical report.

The statistical survey shows that, in the courts of first instance in Sweden, the borderline between *dolus* and *culpa* is in fact drawn coherently and in quite precise wordings analogous to the ancient method from Roman law, *dolus ex re*, and in some ways also compatible with the methods used in common law. This is practically and theoretically in line with the latest contributions in both the German and the English discussions on *dolus* and *culpa*.

There is accordingly a gap between on the one hand the "official" and doctrinal solution of how to decide between *dolus* and *culpa*, and on the other hand the practice of the courts at every level in the Swedish version of civil law culture. The communication between practice and doctrine is here—contrary to the case with English criminal law—in some way, lost. The practice of the court has theoretically and in practice the most favourable solution.

KÄLLFÖRTECKNING

FÖRARBETEN

Sverige

Departementspromemorian Efter Lindome (Ds 1993:15) (av Madeleine Leijonhufvud) [Leijonhufvud, Efter Lindome]

Förslag till Allmän Criminallag 2. Uppl, Stockholm 1832 [Lagcommittén 1832]

Förslag till Straff-balk Stockholm 1844 [Lagberedningen 1844]

Proposition 1951:30 med förslag till vägtrafikförordning [Prop 51:30]

Proposition 1987/88:14 Om ändring i brottsbalken (grov misshandel och grov stöld) [Prop 87/88:14]

Proposition 1994/95:23 Ett effektivare brottmålsförfarande [Prop 94/95:23]

Riksåklagarens cirkulär C 1951:47 [Riksåklagarens cirkulär C 1951:47]

SOU 1923:9 Förslag till strafflag Allmänna delen m. m. jämte motiv avgivna av Strafflagskommissionen, Stockholm 1923 [Strafflagskommissionen]

SOU 1940:19 Förslag till ändrad lagstiftning om straff för försök, jämte motiv, Lund 1940 [Försöksutredningen]

SOU 1944: 69 Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten, Stockholm 1945 [SOU 1944:69]

SOU 1948: 34 Betänkande med förslag till vägtrafikförordning m m, Stockholm 1948 [SOU 1948:34]

SOU 1953: 14 Förslag till brottsbalk avgivet av Straffrättskommittén, Stockholm 1953 [Straffrättskommittén]

SOU 1963:27 Trafikmål Betänkande avgivet av Trafikmålskommittén, Stockholm 1963 [Trafikmålskommittén]

SOU 1976:47 Färre brottmål. Betänkande av åtalsrättskommittén med förslag till ökade möjligheter till åtalsunderlåtelse och förundersökningsbegränsning, Stockholm 1976 [Åtalsrättskommittén]

SOU 1986:13, SOU 1986:14 och SOU 1986:15 Påföljd för brott. 1-3: Huvudbe-

tänkande av fängelsestraffkommittén, Stockholm 1986 [Fängelsestraffkommittén, del 1, 2 eller 3]

SOU 1992:61 Ett reformerat åklagarväsende Del A, Betänkande av Åklagarutredningen –90, Stockholm 1992 [Åklagarutredningen]

SOU 1996: 185 Straffansvarets gränser del I och II, Malmö 1996 [Straffansvarsutredningen del I och del II]

Norge

NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser, Straffelovskommisjonens delutredning V [Ny straffelov]

Finland

Regeringens proposition (1993 rd – RP 94) till riksdagen med förslag till lagar om ändring av strafflagen och vissa andra lagar, vilka hör till det andra skedet i totalrevideringen av strafflagen [RP 94]

England

The Law Commission No. 143 Codification of the Criminal Law. A Report to The Law Commission (1985), Law Com. No. 143 [Draft Code, Law Com. No. 143]

The Law Commission No. 177 Criminal Law, A Criminal Code for England and Wales, Ordered by the House of Commons to be printed 17th April 1989 [Draft Code, Law Com. No. 177]

The Law Commission No. 229 Legislating the Criminal Code: Intoxication and Criminal Liability, London 1995 [Draft Code, Law Com. No. 229]

The Law Commission No. 230 Legislating the Criminal Code: The Year and a Day Rule in Homicide, London 1995 [Draft Code Law Com. No. 230]

The Law Commission No. 89 Criminal Law, Report on the Mental Element in Crime, Ordered by the House of Commons to be printed 21st June 1978 [Draft Code, Law Com. No. 89]

The Law Commission No. 237 (1996) Legislating the Criminal Law: Involuntary Manslaughter, Ordered by the House of Commons to be printed 4 March 1996 [Law Com. No. 237]

The Law Commission No. 122 (1992) Legislating the Criminal Code, Offences against the Person and General Principles, A Consulting Paper [Law Com. No. 122]

The Law Commission No. 218 (1993) Offences against the Person and General Principles [Law Com. No. 218]

ÖVRIG LITTERATUR

Agge, Ivar och Thornstedt, Hans Straffrättens allmänna del, Stockholm 1973 [Agge-Thornstedt]

Agge, Ivar Straffrättens Allmänna del, andra häftet, Stockholm 1967 [Agge, del II]

Agge, Ivar Forsæt og retsvilfarelse i strafferetten, NJM 1960 [Agge, NJM]

Ahlberg, Axel, Lundquist, Nils, Sörbom, Gunnar Norstedts Latinsk-svenska ordbok, 2. uppl (fjärde tryckningen) 1994 [Ahlberg]

Aldén, Stefan Om regelkonkurrens inom inkomstskatterätten, Göteborg 1998 [Aldén, 1998]

Amerikan Law Institute Model Penal Code, Changes and Editorial Corrections in May 4, 1962, Proposed Official Draft June 30 1962 [Model Penal Code]

Andenæs, Johs. Alminnelig Strafferet, 2 uppl Oslo 1974 [Andenæs, Alminnelig Strafferet]

Andenæs, Johs. Forsæt og retsvilfarelse i strafferetten, NJM 1960 s 115 [Andenæs, NJM]

Andenæs, Johs. Straffbar Unnlatelse, Oslo 1942 [Andenæs, Unnlatelse]

Andenæs, Johs., Hauge, Ragnar Uaktsomt drap, NTK 1966 s 1 [Andenæs, Uaktsomt drap]

Anners, Erik Den europeiska rättens historia 1, Några huvudlinjer, Stockholm 1990 [Anners, Del 1]

Anners, Erik Svensk straffrättshistoria del 1, Stockholm 1972 [Anners, Svensk straffrättshistoria del 1]

Anners, Erik Den europeiska rättens historia 2, Några huvudlinjer, Arlöv 1980

- Antell, Herman* Om dråpsbrotten I. Enligt attisk och romersk rätt, Lund 1894 [Antell, I]
- Antell, Herman* Om dråpsbrotten II. Mord- och dråpsbrottet I, Lund 1895 [Antell, II]
- Ashworth, Andrew* Belief, Intent, and Criminal Liability, Oxford Essays in Jurisprudence Third Series, Clarendon Press Oxford 1987 [Ashworth, Belief, Intent, and Criminal Liability]
- Ashworth, Andrew* Principles of Criminal law, 2. ed New York 1995 (Reprinted 1998) [Ashworth, Principles]
- Beccaria, Cesare* Dei delitte e delle pene - Om brott och straff, Stockholm-Roma 1777 [Beccaria]
- Beckman, Nils, Hult, Bengt, Holmberg, Carl, och Strahl, Ivar* Brottsbalken jämte förklaringar Band I uppl 2, Stockholm 1968 [Brottsbalkskommentaren del I 2. uppl år 1968]
- Beckman, Nils, Leijonhufvud, Madeleine, Wennberg, Suzanne, Holmberg, Carl, Strahl, Ivar* Brottsbalken jämte förklaringar Band II 6 uppl, Stockholm 1990 [Brottsbalkskommentaren del II]
- Beling, Ernst* Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1912 [Beling, Grundzüge]
- Berg, Ulf, Berggren, Nils-Olof, Munck, Johan, Werner, Anita, Victor, Dag och Örn, Claes* Kommentar till Brottsbalken Del III 4. omarbetade uppl, Stockholm 1994 [Brottsbalkskommentaren del III]
- Bergendahl, Forsæt og retsvilfarelse i strafferetten, NJM 1960 [Bergendahl, NJM]*
- Bergström, Sture, Håstad, Torgny, Lindblom, Per Henrik, Rylander, Staffan* Juridikens termer 8. Uppl, Stockholm 1992 [Juridikens termer]
- Binding, Karl* Die Normen und ihre Übertretung Band 4, Leipzig 1919 [Binding, Die Normen]
- Binding, Karl* Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig 1919 [Binding, Die Schuld]
- Bloy, René* Prinzipien der objektiven Erfolgszurechnung beim vorsätzlichen Begehungsdelikt, JuS-Lernbogen 6/1988 s L-41 [Bloy]

- Bogdan, Michael* Komparativ rättskunskap, Lund 1993 [Bogdan, Komparativ rättskunskap]
- Bratholm, Anders, Matningsdal, Magnus* Straffeloven kommentarutgave. Første del. Alminnelige Bestemmelser, Oslo 1991 [Bratholm, Straffeloven]
- Brinck, Bertil, Olsson, Birger, Thornell, Greger* Straffrätt enligt brottsbalken 10 uppl, Umeå 1993 [Brinck, Straffrätt]
- Brottsutvecklingen 1990* BRÅ-rapport 1991:6, Stockholm 1991 [BRÅ 1990]
- Carlén, Richard* Kommentar öfver Strafflagen, Stockholm 1866 [Carlén]
- Copleston, F. C.* Aquinas, London 1955 [Copleston]
- Cross and Jones* Introduction to Criminal Law 8 ed, London 1976 [Cross and Jones]
- Cross, Sir Rupert*, m fl Statutory Interpretation 2. ed, London 1987 [Cross, Statutory Interpretation]
- Dahlgren, Sune* Om gärningsbeskrivningar och bruket av ordet "uppsåt", SvJT 1978 s 296
- Dalloz* Code Pénal 1995-96, Paris 1995 [Code Pénal]
- Davidson, Donald* Essays on Actions and Events, Oxford 1980 [Davidson, Essays]
- Denning*, Landmarks in the Law, London 1984 [Denning, Landmarks in the law]
- Dereborg, Anders* Juridiska fakulteten i Stockholm; skriftserien. Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess, Stockholm 1990 [Dereborg]
- Diesen Christian* Bevisprövning i brottmål, Stockholm 1994 [Diesen]
- Dreher/Tröndle* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Auflage, München 1995 [Dreher/Tröndle]
- Duff, R. A.* Criminal Attempts, Oxford 1996 [Duff, Criminal Attempts]
- Duff, R. A.* Intention, Agency & Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law, Oxford 1990 [Duff, Intention]
- Ekelöf, Per Olof* Rättegång I, 7 uppl av Ekelöf och Robert Boman, Stockholm 1990, Rättegång II, 8 uppl av Robert Boman, Stockholm 1996, Rättegång

III, 6 uppl av Ekelöf, Torleif Bylund och Robert Boman, Stockholm 1994, Rättegång IV, 6 uppl av Robert Boman, Stockholm 1992 och Rättegång V, 6 uppl, Stockholm 1987 [Ekelöf, Rättegång I-IV]

Engisch, Karl Vorsatz und Fahrlässigkeit, Freiburg 1930 (Neudruck Berlin 1964) [Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit]

Erenius, Gillis Något om "culpatröskeln" i straffrätten, Svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt, Stockholm 1976, s 143 [Erenius, Culpatröskeln]

Erenius, Gillis Oaktamhet Studier i straffrätt, Stockholm 1971 [Erenius, Oaktamhet]

Eser, Albin/Fletcher, Georg Rechtfertigung und Entschuldigung/Justification and Excuse, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg 1987-1988 [Eser/Fletcher]

Feuerbach, Anselm Ritter, von Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 13. Aufl, Hrsg. von Mittermaier, Giessen 1840 [Feuerbach, Lehrbuch]

Fletcher, George Rethinking Criminal Law, Boston 1978 [Fletcher, 1978]

Fletcher, George The Psychotic Aggressor – A Generation Later. Israel Law Review Vol 23, 1993 s 227 [Fletcher, The Psychotic Aggressor]

Fletcher, George The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis, University of Pensylvania Law Review 199 (1971) s 401 [Fletcher, Negligence]

Frank, Jerome Courts on Trial, New Jersey 1949 [Frank, Courts on Trial]

Frank, Reinhart Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 16. Auflage Tübingen 1925 [Frank, Das Strafgesetzbuch]

Frank, Reinhart Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW Band 10 1890 [Frank, Vorstellung und Wille]

Frank, Reinhart Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Festschrift der Jura Fakultät der Universität Giessen 1907. [Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs]

Frisch, Wolfgang Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, Heidelberg 1988 [Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten]

- Frisch, Wolfgang* Vorsatz und Risiko, Berlin 1983 [Frisch, Vorsatz und Risiko]
- Frisch, Wolfgang* Zum Wesen des Grundsatzes "in dubio pro reo", Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Henkel 1974 s 273 [Frisch, Zum Wesen des Grundsatzes "in dubio pro reo"]
- Frände, Dan* Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs 1989 [Frände, Legalitetsprincipen]
- Frände, Dan* Farebegreppet och strafflagsreformen, JFT 1990 s 95 [Frände, Farebegreppet]
- Frände, Dan* Faredeliktens allmänna läror, OT/JP 1994 s 5 [Frände, Faredelikten]
- Frände, Dan* Om växelverkan mellan straffrätt och straffprocessrätt ur ett finländskt perspektiv, NTfK, oktober 1998 85. Årgång. Nr. 3-4 Kriminalvetenskapliga texter tillägnade Vagn Greve [Frände, Om växelverkan mellan straffrätt och straffprocessrätt ur ett finländskt perspektiv]
- Frände, Dan* Tre J:n om uppsåtet – Kan någon tänkas ha fel? Skuldfrihet och ansvarslöshet. En hälsning till Alvar Nelson på 75-årsdagen av Ane den gamles barnbarn. Utgiven av Kerstin Berglund mfl, Helsingfors 1994 s 27 [Frände, Tre J:n]
- Frände, Dan* Allmän straffrätt en introduktion, Helsingfors 1994 [Frände, Introduktion]
- Giles, Marianne* Criminal Law in a Nutshell 3 ed, London 1993 [Giles, Criminal Law]
- Goldschmidt, James* Normativer Schuldbegriff, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Band I Festgabe für Reinhard von Frank, Tübingen 1930, (Neudruck der Ausgabe Tübingen) Aalen 1969 s 428 [Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff]
- Goldschmidt, James* Notstand als Schuldproblem, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht (1913) s 17 [Goldschmidt, 1913]
- Graul, Eva* Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991 [Graul]
- Greve, Vagn* Bør forsæt være en almindelig strafbarhedsbetingelse? Festschrift till Hans Thornstedt, Stockholm 1983 s 229 [Greve, 1983]
- Gärde, Natanael* Rättegångsbalken. Minnesskrift ägnad 1734 års lag del 1,

- Hafström, Gerhard* De svenska rättskällornas historia 4. Reviderade uppl, Lund 1968 [Hafström, De svenska rättskällornas historia]
- Hafström, Gerhard* Land och lag, Stockholm 1959 [Hafström, Land och lag]
- Hagströmer, Johan* Svensk straffrätt. Föreläsningar. Första häftet. Uppsala 1901 - 1905 [Hagströmer]
- Hall, Jerome* Criminal Attempt - A study of Foundations of Criminal Liability, Yale LJ 49 (1940) s 789 [Hall, Criminal Attempt]
- Hall, Jerome* General Principles of Criminal Law, Indianapolis 1947 [Hall]
- Hall, Karl Alfred* Die Lehre vom Corpus Delicti, Stuttgart 1933 [K Hall, Corpus Delicti]
- Halsbury's Statutes* Criminal Law for England and Wales, Fourth Edition Volume 12 1994 Reissue [Halsbury, Criminal Law]
- Hansson, Bengt* Metod eller anarki (Utgivare Hansson) 2. utökade uppl Lund 1992 [Hansson, Metod eller anarki]
- Hardwig, Werner* Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957 [Hardwig, Zurechnung]
- Hasselberg, Gösta* Studier rörande Visby stadslag och dess källor, Uppsala 1953 [Hasselberg, Studier rörande Visby stadslag och dess källor]
- Hassemer, Winfried* Kennzeichen des Vorsatzes, GS für Armin Kaufmann 1989 s 289 [Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes]
- Hassemer, Winfried* Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, Criminal Law Theory in Transition, Finnisch and Comparative Perspectives Tampere 1992 [Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts]
- Henkel, Heinrich* Die "praesumptio doli" im Strafrecht, Für Eberhart Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1956 [Henkel, Die praesumptio doli]
- Herlitz, Carl Erik* Parties to Crime and the Notion of a Complicity Object, Uppsala 1992 [Herlitz]
- Herzberg, Rolf* Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986 s 249 [Herzberg]

- Hoflund, Olle* Trafikbrottslagen 5 uppl, Stockholm 1993 [Hoflund, Trafikbrottslagen]
- Hoflund, Olle* Vårdslöshet i trafik Historisk utveckling Lagkommentar, Stockholm 1980 [Hoflund, Vårdslöshet i trafik]
- Holmberg, Carl, Hult, Bengt, Leijonhufvud, Madeleine och Wennberg, Suzanne*, Kommentar till Brottsbalken Del I 4. omarbetade uppl, Stockholm 1994 [Brottsbalkskommentaren del I]
- Holmbäck, Åke och Wessén, Elias* Svenska landskapslagar femte serien, Uppsala 1946 [Svenska landskapslagar V]
- Holmes, Oliver Wendell* The Common Law, Boston 1881 (Fortieth printing Boston 1946) [Holmes, The Common Law]
- Holmquist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per-Ole, Wennberg, Suzanne* Brottsbalken En kommentar Del I (1-12 kap.) Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m. sjunde upplagan Studentutgåva, Stockholm 1998 [Brottsbalkskommentaren del I (1998)]
- Holte, R , Hof, H, Hemberg, J och Jeffner, A* Etiska problem Stockholm 1972 [Holte, Etiska problem]
- Honig, Richard* Kausalität und objektive Zurechnung, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16 August 1930 Band I, Tübingen 1930 [Honig, Kausalität und objektive Zurechnung]
- Hruschka, Joachim* Strukturen der Zurechnung, Berlin 1976 [Hruschka, Zurechnung]
- Hruschka, Joachim* Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18 august 1985, München 1985 [Hruschka, Beweis des Vorsatzes]
- Hurwitz, Stephan* Den Danske Kriminalret 1. Hæfte och 2. Hæfte, København 1950 –1951 [Hurwitz]
- Husak, Douglas* Philosophy of Criminal law, Totowa 1987 [Husak]
- Ihering, von, Rudolf* Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Vermischte Schriften juristischen Inhalts, Leipzig 1879 [von Ihering, Das Schuldmoment in römischen Privatrecht]
- Inger, Göran* Institutet "insättande på bekännelse" i svensk processrätts historia, Lund 1976 [Inger, Institutet "insättande på bekännelse"]

- Inger, Göran* Kompendium i svensk rättshistoria 2, Lund 1978 [Inger, Kompendium i svensk rättshistoria 2]
- Inger, Göran* Svensk rättshistoria, Uppsala uppl 3 1986 [Inger, Svensk rättshistoria]
- Jacobs, Francis G* Criminal Responsibility, London 1971 [Francis G Jacobs, Criminal Responsibility]
- Jacobs, Günther* Strafrecht Allgemeiner Teil 2 uppl, Berlin 1991. [Jacobs, AT]
- Jacobs, Günther* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin 1972 [Jacobs, Studien]
- Jacobs, Günther* Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989) s 517 [Jacobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern]
- Jakobsson, Svante* Ond viljas verk, Uppsala 1985 [Jakobsson]
- Jareborg Nils och Träskman Per Ole* Utlåtande av de sakkunniga vid besättandet av en professur i straff- och processrätt Helsingfors 1996-08-16 [Jareborg och Träskman, Utlåtande]
- Jareborg, Nils* Brotten Första häftet Grundbegrepp Brotten mot person, Stockholm 1979 [Jareborg, Brotten I]
- Jareborg, Nils* Criminal Attempts and Moral Luck, Israel LR 27 (1993) s 213 [Jareborg, Criminal Attempts and Moral Luck]
- Jareborg, Nils* Criminal Attempts and Penal Value, Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström, Uppsala 1996 s 117 [Jareborg, Criminal Attempts and Penal Value]
- Jareborg, Nils* Essays in Criminal Law, Uppsala 1988 [Jareborg, Essays]
- Jareborg, Nils* Ett filosofiskt försök. Om Duffs försökslära JFT 1998 häfte 3-4 s 229 [Jareborg, Ett filosofiskt försök. Om Duffs försökslära]
- Jareborg, Nils* Handling och uppsåt, Stockholm 1969 [Jareborg, 1969]
- Jareborg, Nils* Straffrättens gärningslära, Stockholm 1995 [Jareborg, Gärningslära]
- Jareborg, Nils* Straffrättsideologiska fragment, Uppsala 1992 [Jareborg, Fragment]

- Jareborg, Nils* Uppsåt och oaktsamhet Uppsala 1986 [Jareborg, Uppsåt och oaktsamhet]
- Jareborg, Nils* Värderingar, Lund 1975 [Jareborg, Värderingar]
- Jareborg, Nils* Två sorters culpa, NTfK 1977 s 219 [Jareborg, Två sorters culpa]
- Jareborg, Nils*, Straffrättens ansvarslära, Uppsala 1994 [Jareborg, Ansvarslära]
- Jescheck, Hans-Heinrich* Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 3 Aufl, Berlin 1978 [Jescheck, AT]
- Jägerskiöld, Stig* Om culpa-ansvaret under 1600- och 1700-talen, Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg vid hans avgång från ämbetet den 30 juni 1976 [Jägerskiöld]
- Kaufmann Armin* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959 [Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte]
- Kaufmann, Armin* "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt? Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985 S 251 [Armin Kaufmann, objektive Zurechnung]
- Kaufmann, Armin* Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 (1958), s 64 [Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau]
- Kaufmann, Arthur* Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961 [Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip]
- Kaufmann, Arthur* Die ontologische Struktur der Handlung, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmut Mayer zum 70. Geburtstag am 1.Mai 1965 s 79 [Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung]
- Kaufmann, Arthur* Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985 s 273 [Arthur Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie]
- Kaufmann, Arthur* Theorie der Gerechtigkeit : problemgeschichtl. Betrachtungen, Frankfurt am Main 1984 [Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit]
- Keinapfel, Deithelm* Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Frankfurt am Main 1966 [Keinapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht]
- Kelsen, Hans* Essays in Legal and Moral Philosophy. Selected and Introduced

Kelsen, Hans Gott und Staat, Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck, Wien, München und Frankfurt 1968 [Kelsen, Gott und Staat]

Kelsen, Hans Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911 [Kelsen, Hauptprobleme]

Kelsen, Hans Reine Rechtslehre, 2 Aufl, Wien 1960 [Kelsen, Rechtslehre]

Klami, Hannu, Sorvettula, Johanna och Hatakka, Minna Att bevisa uppsåt, synpunkter på bevismekanismen inom dolusläran, TfR 1988 s 387 [Klami mfl, Att bevisa uppsåt]

Klette, Hans Tingsrätternas straffmättningspraxis vid grova våldsbrott, Lund 1996 [Klette, Tingsrätternas straffmättningspraxis vid grova våldsbrott]

Koriath, Heinz Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlin 1994 [Koriath]

Lackner, Karl Strafgesetzbuch mit Erläuterungen 21. Aufl, München 1995 [Lackner]

Leijonhufvud, Madeleine HIV-smitta, straff- och skadeståndsansvar, Stockholm 1993 [Leijonhufvud, HIV-smitta]

Leijonhufvud, Madeleine Rättsfallssamling i straffrätt 3. uppl, Stockholm 1991 [Leijonhufvud, Rättsfallssamling]

Leijonhufvud, Madeleine och Wennberg, Suzanne Straffansvar uppl 4, Stockholm 1993 [Straffansvar]

Lévitt, Albert Extent and Funktion of the Doctrine of Mens Rea Ill. L. Rev 17 (1923) s 578 [Lévitt, Extent and Funktion of the Doctrine of Mens Rea]

Lévitt, Albert The Origin of the Doctrine of Mens Rea (1922) 17 Ill.L. Rev. s 117 [Lévitt, The Origin of the Doctrine of Mens Rea]

Liljenfeldt, Robert Om bestämmandet av försökspunkten vid stöldsbroten och fångrymning i finsk rättspraxis, JFT 1982 s 161 [Liljenfeldt]

Lind, Johan Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, JT årgång 8 1996/97 s 352 [Lind, Motiv som rättskälla]

Lindblad, J. C. Läran om bevisningen inför rätta enligt Sveriges lag, Upsala 1842 [Lindblad]

- Lindblad, Johan Christoffer* Bihang till de af Herr Schlyter utgifna Bilagor till Afhandlingen om Dråp och Mord, Stockholm 1833 [Lindblad, Bihang]
- Lindblad, Johan Christoffer* Om dråp och mord, Upsala 1832 [Lindblad, Om dråp och mord]
- Lindblom, Per Henrik* Studier i processrätt, Stockholm 1993 [Lindblom, Studier i processrätt]
- Lindell, Bengt* Sakfrågor och rättsfrågor, Uppsala 1987 [Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor]
- Luhmann, Niklas* Rechtssoziologie, Opladen 3. Aufl 1987 [Luhmann, Rechtssoziologie]
- Lübcke, Poul m fl* Filosofilexikonet, Stockholm 1988 [Fil lex]
- Lübcke, Poul m fl* Vår tids filosofi, Stockholm 1987 [VTF]
- Lynch, A.C.E* The Mental Element in the Actus Reus, The Law Quarterly Review Vol. 98 (1982) [Lynch, The Mental Element in the Actus Reus]
- Löfmarck, Madeleine* Rättsfallssamling i straffrätt, Stockholm 1991 [Löfmarck, Rättsfallssamling 1991]
- Löfmarck, Madeleine* Straffansvar, Kompendium över straffrättens allmänna del utarbetat som ett led i framställningen av en ny lärobok för grundkursen i straffrätt, Stockholm 1985 [Löfmarck, Straffansvar (kompendium)]
- Löfmarck, Madeleine* Straffrättens konkurrensproblem, Stockholm 1974 [Löfmarck, Konkurrensproblem]
- Mackie, John* The Grounds of Responsibility, P.M.S. Hacker & J. Raz, eds, Law Morality, and Society, 1977 s 175. [Mackie, The Grounds of Responsibility]
- Maihofer, Werner* Der soziale Handlungsbegriff, Festschrift für Eberhart Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961 s 157 [Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff]
- Maiwald, Manfred* Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik, Festschrift für Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985 [Maiwald, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko"]
- Malmberg, Lars Göran* Rätt till luftfart, Lund 1990 [Malmberg, 1990]

- Matikkala, Jussi* HD 1993:92 – Dans på halt golv? Skuldfrihet och ansvarslöshet. En hälsning till Alvar Nelson på 75-årsdagen av Ane den gamles barnbarn. Utgiven av Kerstin Berglund mfl, Helsingfors 1994 s 109 [Matikkala]
- Maurach, Reinhart* Probleme des erfolgsqualifizierten Delikts bei Menschenraub, Geiselnahme, Luftpiraterie Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972 s 403 [Maurach, Menschenraub]
- Mayer, Helmuth* Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 1967 [Mayer, AT]
- Modéer, Kjell Å* Den svenska domarkulturen, Lund 1994 s 78 [Modéer, Den svenska domarkulturen]
- Modéer, Kjell Å* Straffrätt och psykiatri, Sydsvenska Medicinalhistoriska Sällskapets årsskrift, Lund 1977 s 78 [Modéer, Straffrätt och psykiatri]
- Model Penal Code* The American Law Institute, Proposed Official Draft, Philadelphia 1962 [Model Penal Code]
- Moëll, Christina* Harmoniserade tulltaxor, Lund 1996 [Moëll, 1996]
- Mommsen, Theodor* Römisches Strafrecht, Leipzig 1899 [Mommsen]
- Moore, Michael* Act and Crime, Oxford 1993 [Moore, Act and Crime]
- Munktel, Henrik* Det levande förflutna, Stockholm 1943 [Munktel, Det levande förflutna]
- Munktel, Henrik* Domarreglerna i praxis före 1734 års lag, SvJT 1939 s 516 [Munktel, Domarreglerna]
- Munktel, Henrik* Två straffrättshistoriska studier, Uppsala universitets årsskrift 1940:5 [Munktel, Två straffrättshistoriska studier]
- Mylonopoulos, Christos* Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit unter den Grundsatz in dubio pro reo, ZStW 99. Band Heft 4 1987 s 685 [Mylonopoulos, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit unter der Grundsatz in dubio pro reo]
- Nehrman, David* Inledning til Then Swenska Jurisprudentialm Criminalem, Stockholm och Upsala 1756 [Nehrman, Jurisprudentialm Criminalem]
- Nilsson, Annika* Att byta ut skadliga kemikalier, Stockholm 1997 [Nilsson, 1997]
- Nordström, Johan Jacob* (Lagus) Skildring av Bevisningsmethoderne i Brottmaal

- efter de gamla Landskaps Lagarne, Helsingfors 1832 [Nordström]
- Norstedts svenska ordbok* Stockholm 1990 [Norstedts svenska ordbok]
- Nuotio, Kimmo* Boganmeldelser; Nils Jareborg: Straffrättens ansvarslära, NTfK 84:1 1997 s 60 [Nuotio, Boganmeldelser]
- Nuutila, Ari-Matti* Komparativa aspekter på de culpösa brotten, Skuldfrihet och Ansvarslöshet, En hälsning till Alvar Nelson på 75-årsdagen av Ane den gamles barnbarn, Utgiven av Kerstin Berglund mfl, Helsingfors 1994 s 155 [Nuutila, Komparativa aspekter på de culpösa brotten]
- Olsson, Katarina* Näringsdrivande stiftelser, Stockholm 1996 [Olsson, 1996]
- Ong, Walter* Muntlig och skriftlig kultur, teknologiseringen av ordet, Göteborg 1990 [Ong]
- Otto, Harro* "In dubio pro reo" und Wahlfeststellung, Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974 s 373 [Otto, In dubio pro reo]
- Peczenik, Aleksander* Causes and Damages, Lund 1979 [Peczenik, Causes and Damages]
- Peczenik, Aleksander* Vad är rätt? Stockholm 1995 [Peczenik, Vad är rätt?]
- Perkings, Rolling* A Rationale of Mens Rea Harvard L. Rev. Vol 52 (1939) s 905 [Perkings, A Rationale of Mens Rea]
- Pollock and Maitland* History of English Law 2 ed, London 1899, Vol. II [Pollock and Maitland Vol II]
- Preuss, Wilhelm* Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, Berlin 1974 [Preuss, Untersuchungen]
- Puppe, Ingeborg* Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg, ZStW 1987, 99 Band s 595 [Puppe, 1987]
- Quitsow, Carl-Michael* Fria varurörelser i den Europeiska gemenskapen, Stockholm 1995 [Quitsow, 1995]
- Ramírez, José Luis* Positivism eller hermeneutik, Nordplan, Nordiska institutet för samhällsplanering Meddelande 1992:2 [Ramírez]
- Regner, Nils* Svensk juridisk litteratur 1976- 1991, Stockholm 1993 [Regner]
- Ross, Alf* Forsæt i Engelsk ret, TfR 1977 s 1 [Ross, Forsæt i Engelsk ret]

- Ross, Alf* Hensigt er ikke forsæt, TRF 1970 s 337 [Hensigt er ikke forsæt]
- Ross, Alf* Dolus eventualis i svensk ret, SvJT 1977 s 673 [Ross, Dolus eventualis i svensk ret]
- Ross, Alf* Om Ret og Retfærdighed, København 1953 [Ross, Ret og Retfærdighed]
- Roxin, Claus* Finalität und objektive Zurechnung, GS für Armin Kaufmann, Köln-Berlin-Bonn-München (1989) [Roxin, Finalität]
- Roxin, Claus* Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2. Aufl, München 1994 [Roxin, AT]
- Roxin, Claus* Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin/New York 1994 [Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft]
- Ryrstedt, Eva* Bodelning och bostad: ekonomisk självständighet eller gemenskap, Lund 1998 [Ryrstedt, 1998]
- Rättsstatistisk årsbok 1990, 1991, 1992, 1993* Statistiska Centralbyrån Sveriges officiella statistik Stockholm 1990 – 1993 [Rättsstatistisk årsbok 1990 – 1993]
- Salmond, John* Jurisprudence London 1924 [Salmond, Jurisprudence]
- Samuelsson, Per* Information och ansvar, Stockholm 1991 [Samuelsson, 1991]
- Sayre, Francis* Mens Rea, Harvard Law Review (1932) Vol 45 s 974ff [Francis Sayre, Mens Rea]
- Schmidhäuser, Eberhard* Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und "bewusste Fahrlässigkeit), JuS 1980 s 242 [Schmidhäuser, 1980]
- Schmidt, Gerhard* Die Richterregeln des Olavus Petri, Göttingen/Stockholm 1966 [Schmidt, Die Richterregeln]
- Schroth, Ulrich* Die Differenz von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit, JuS Heft 1 1992 s 1 [Schroth, Die Differenz von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit]
- Schünemann, Bernd* Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin/New York 1984 [Schünemann, Grundfragen]
- Smith & Hogan* Criminal Law, London 1983 [Smith & Hogan]

- Stannard, J. E.* Recent Developments in Criminal Law, Belfast 1988 [Stannard]
- Stjernberg, Nils* Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del 4. Uppl, Stockholm 1930 [Stjernberg, Föreläsningar]
- Strahl, Ivar* Adekvansläran, Teori och Praxis, studier i svensk civilrätt, skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren, Stockholm 1964 [Strahl, Adekvansläran]
- Strahl, Ivar* Allmän straffrätt i vad angår brotten, Stockholm 1976 [Strahl, 1976]
- Strahl, Ivar* Till delaktighetsläran, SvJT 1943 s 23 [Strahl, Till delaktighetsläran]
- Strömholm, Stig* Aristoteles och rättvisan, Rättshistoriska studier tillägnade Gösta Hasselberg vid hans avgång från ämbetet den 30 juni 1976 s 360 [Strömholm, Aristoteles och rättvisan]
- Strömholm, Stig* Blad ur billighetens historia, Festskrift till Thornstedt, Stockholm 1983 s 645 [Strömholm, Blad ur billighetens historia]
- Strömholm, Stig* Liljorna i Bologna. När rätten blev vetenskap, SvJT 1978 s 419 [Strömholm, Liljorna i Bologna]
- Strömholm, Stig* Rätten och Europa, Stockholm 1991 [Strömholm, Rätten och Europa]
- Strömmerstedt, Monica* Med vett och vilja? Stockholm 1987 [Strömmerstedt]
- Svensäter, Lennart* Anställning och upphovsrätt, Stockholm 1991 [Svensäter, 1991]
- Takala, Hannu* Något om risker och straffrätt, Varning för straff, Om vådan av den nyttiga straffrätten, redaktör Dag Victor, Stockholm 1995 s 57 [Takala, Något om risker och straffrätt]
- Thornstedt, Hans* Forsæt og retsvillfarelse i strafferetten, NJM 1960 s 125 [Thornstedt, NJM]
- Thornstedt, Hans* Om retsvillfarelse, Stockholm 1956 [Thornstedt, Rättsvillfarelse]
- Thornton, Mark* Intention in Criminal Law, Canadian Journal of Law and Jurisprudence Vol.V, No.2 (July 1992) s 177 [Thornton, Intention in Criminal Law]
- Thornton, Mark* Making Sense of *Majewski* (1981) 23 Criminal Law Quarterly, a Canadian Journal for Judges, Magistrates, Lawyers and Police Officers s 464 [Thornton, Making Sense of *Majewski*]

- Thyrén, Johan* Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie. II Über Dolus und Culpa. Erster Teil. Über die Möglichkeit einer Grenze zwischen Dolus und bewusster Culpa, Lund 1895 [Thyrén, Über Dolus und Culpa]
- Thyrén, Johan* Culpa legis aquilae enligt justiniansk rätt. Ett bidrag till läran om utomobligatoriskt skadestånd. I. Det subjektiva rekvisitet vid culpa legis aquilae, Lund 1893 [Thyrén, 1893]
- Thyrén, Johan* Förberedande utkast till ny strafflag, speciella delen I, Lund 1917 [Thyrén, 1917]
- Thyrén, Johan* Principerna för en strafflagsreform I, Straffets sociala uppgift. Straffsystemet, Lund 1910 [Thyrén, 1910]
- Thyrén, Johan* Principerna för en strafflagsreform II, Brottsbegreppets objektiva sida, Lund 1912 [Thyrén, 1912]
- Thyrén, Johan* Principerna för en strafflagsreform III Brottsbegreppets subjektiva sida. Försök. Subjektsflerhet. Sammanfattning af de legislativa resultaten i delarne I-III, Lund 1914 [Thyrén, 1914]
- Tjernberg, Mats* Fåmansaktiebolag, Uppsala 1999 [Tjernberg, 1999]
- Träskman, Per Ole* Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden? Skuld och Ansvar, straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, Uppsala 1985 s 56 [Träskman, Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden?]
- Träskman, Per Ole* Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet, Festskrift till Welamson 1988 s 469 [Träskman, Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet]
- Träskman, Per Ole* Åtalsrätt, Juridiska föreningens i Finland publikationsserie Nr 47, Helsinki 1980 (ISBN 951-99244-0-X) [Träskman, Åtalsrätt]
- Turner, Cecil* Kenny's Outlines of Criminal Law 19:th edition, London 1966 [Kenny, Outlines]
- Ulväng, Magnus* Culpa i trafiken Reflektioner kring sex straffrättsliga fall, Uppsala 1998 [Ulväng, Culpa i trafiken]
- Utlåtande i anledning av anmärkningar wid förslaget till Allmän Criminallag af Lagcommittén 2.* Uppl, Stockholm 1840 [Lagcommittén, Utlåtande]
- Waaben, Knud* Det kriminelle Forsæt, København 1957 [Waaben, Forsæt]

- Waaben, Knud* Nyere domer om dolus eventualis. Lov og frihed. Festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen 7 september 1982, Oslo 1982 [Waaben, Nyere domer om dolus eventualis]
- Waaben, Knud* Strafferetens almindelige del I Ansvarslæren, København 1993 [Waaben, Ansvarslæren]
- Wachtmeister, Arvid* Vidskepelsen i brottets tjänst, Stockholm 1947 [Wachtmeister]
- Weber, Max* Ekonomi och samhälle, Lund 1985 [Max Weber, Ekonomi och samhälle]
- Wedberg, Birger* Gustav Cronhielm och domarreglerna, SvJT 1942 s 632 [Wedberg, SvJT 1942]
- Wedberg, Birger* Lagboken och domarreglerna, SvJT 1941 s 519 [Wedberg, SvJT 1941]
- Welzel, Hans* Das Deutsche Strafrecht 11/14 Aufl, Berlin 1969 [Welzel, SR]
- Welzel, Hans* Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen 1961 [Welzel, Das neue Bild]
- Welzel, Hans* Kausalität und Handlung, ZStW (1931) s 703 [Welzel, Kausalität]
- Wennberg, Suzanne* Försök till Brot, Stockholm 1985 [Wennberg, Försök]
- Wennberg, Suzanne* Hellre fälla än fria - om hypotetiska resonemang som grund för straffansvar, SvJT 1987 s 687 s 687 [Wennberg, Hellre fälla än fria]
- Wennberg, Suzanne* Introduktion till straffrätten 4.uppl, Stockholm 1996 [Wennberg, Introduktion till straffrätten]
- Wessén, Elias* Kortfattad etymologisk ordbok, Våra ord, Stockholm 1966 [Wessén]
- Westberg, Peter* Avhandlingsskrivande och val av forskningsinsats, Festskrift till P.O. Bolding, Stockholm 1992 s 421 [Westberg, Avhandlingsskrivande och val av forskningsinsats]
- Westberg, Peter* Domstols officialprövning, Lund 1988 [Westberg, 1988]
- Wetter, Folke* Grundlinjer till föreläsningar över straffrättens allmänna del 1.häftet, Lund 1923 [Wetter, Grundlinjer]

- Wiegand, Thomas* Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981) s 657ff [Wiegand, 1981]
- Williams, Glanvill* Criminal Law The General Part, London 1961 [Williams, Criminal Law]
- Williams, Glanvill* Learning the Law, London 1982 [Williams, Learning the Law]
- Williams, Glanvill* Textbook of Criminal Law, London 1978 [Williams, Textbook]
- Williams, Glanvill* The Mental Element in Crime, Jerusalem 1965 [Williams, The Mental Element in Crime]
- Wimmer, August* Das Annehmenmüssen im Hehlereitabstand, NJW 1955 s 321 [Wimmer, Das Annehmenmüssen im Hehlereitabstand]
- Volk, Klaus* Dolus ex re, Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1993 s 611 [Volk, Dolus ex re]
- Volk, Klaus* Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, GA 1976 s 161 [Volk, Reformüberlegungen]
- Wolter, Jürgen* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatssystem, Berlin 1981 [Wolter, Objektive und personale Zurechnung]
- Wolter, Jürgen* Wahlfeststellung und in dubio pro reo, Berlin 1987 [Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo]
- von Liszt, Franz* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 16 Aufl, Berlin 1908 [von Liszt, Lehrbuch]
- von Wright, Georg Henrik* Explanation and Understanding, New York 1971 (femte tryckningen 1993) [von Wright, Explanation and Understanding]
- von Wright, Georg Henrik* Vetenskapen och förnuftet, Stockholm 1986 (nytryck 1996) [von Wright, Vetenskapen och förnuftet]
- Zahle, Henrik* Om det juridiske bevis, København 1976 [Zahle, Om det juridiske bevis]
- Zila, Josef* Det straffrättsliga påföljdssystemet 2 uppl Stockholm 1998 [Zila, Det straffrättsliga påföljdssystemet]
- Åkerman, Nordal* The Necessity of Friction, edited by Nordal Åkerman, Colo-

rado/Oxford 1998 [Åkerman, The Necessity of Friction])

Örnenmark-Hansen, Helene Bidragsbedrägeri, Stockholm 1995 [Örnenmark-Hansen, 1995]

RÄTTSFALL

Sverige

Högsta domstolen

| | | | |
|---|--------------------|---|-------------------------|
| NJA 1881 s 311..... | 278 | NJA 1980 s 514..... | 221, 278, 299, 349, 388 |
| NJA 1891 B 479..... | 280 | NJA 1985 s 757...287, 318, 319, 324, 326, | |
| NJA 1891 s 111..... | 279 | 327, 337, 338, 603, 609, 612, 660, 663, | |
| NJA 1894 s 253..... | 280 | 673, 674, 678, 682, 687, 711, 724, 726, | |
| NJA 1898 s 571..... | 281 | 735, 739, 749, 750, 752 | |
| NJA 1901 s 550..... | 281 | NJA 1989 s 522..... | 403, 573 |
| NJA 1904 s 29..... | 282 | NJA 1989 s 552..... | 579 |
| NJA 1907 s 499..... | 282 | NJA 1990 s 210..... | 327 |
| NJA 1909 s 61..... | 283 | NJA 1992 s 679..... | 377 |
| NJA 1912 s 273..... | 284, 287, 288, 289 | NJA 1994 s 614...308, 311, 312, 316, 318, | |
| NJA 1919 s 367..... | 302 | 340, 600, 724 | |
| NJA 1924 s 32..... | 283, 287, 382 | NJA 1995 s 119..... | 311, 316 |
| NJA 1942 s 358..... | 289 | NJA 1995 s 448..... | 311, 316 |
| NJA 1956 B 6..... | 366 | NJA 1996 s 27...229, 235, 321, 329, 331, 669, | |
| NJA 1957 C 656..... | 290, 301 | 742 | |
| NJA 1958 C 645..... | 291 | NJA 1996 s 327..... | 739 |
| NJA 1959 B 27..... | 291 | NJA 1996 s 507..... | 287 |
| NJA 1959 s 63...221, 233, 278, 292, 294, 304, | | NJA 1996 s 509...13, 276, 302, 327, 332, | |
| 349, 388, 403, 639, 720, 724, 751 | | 336ff, 345, 349, 353, 420, 603, 609, 682, | |
| NJA 1960 C 17..... | 292 | 724, 749 | |
| NJA 1966 s 70...403, 456, 525, 573, 575, 576 | | NJA 1997 s 103..... | 573 |
| NJA 1967 C 784..... | 303 | | |
| NJA 1968 B 7..... | 366 | | |
| NJA 1968 C 1462..... | 369, 370, 390 | | |
| NJA 1968 s 317..... | 436 | | |
| NJA 1968 s 500..... | 294 | | |
| NJA 1975 C 10..... | 297 | | |
| NJA 1975 s 230..... | 295, 297, 377 | | |
| NJA 1975 s 585..... | 266 | | |
| NJA 1975 s 594..... | 302, 310 | | |
| NJA 1977 s 630...278, 287, 289, 299, 303, | | | |
| 304, 319, 323, 326, 328, 329, 337, 340, | | | |
| 342, 345, 348, 349, 603, 608, 609, 612, | | | |
| 660, 661, 662, 663, 675, 682, 686, 688, | | | |
| 700, 701, 708, 709, 739 | | | |
| NJA 1978 s 244..... | 298, 342 | | |

Hovrätterna

| | |
|------------------------|----------|
| SvJT 1974 rf s 84..... | 266 |
| RH 1981:131..... | 339 |
| RH 1982:109..... | 371 |
| RH 1984:149..... | 342 |
| RH 1986:12..... | 343 |
| RH 1988:27..... | 345 |
| RH 1989:35..... | 340 |
| RH 1989:98..... | 347 |
| RH 1991:123..... | 341 |
| RH 1992:69..... | 344 |
| RH 1993:10..... | 345 |
| RH 1993:120..... | 302, 348 |
| RH 1995:70..... | 340 |

England och Skottland

| | |
|---|---|
| Caldwell [1982] A.C. s 341..... | 104, 561 |
| Cambridge [1994] 2 All ER 760 | 232 |
| Collings 169 [1864] E. R. 1477..... | 365 |
| Cunningham [1957] 2 Q.B. 396...226, 236,407, 561 | |
| Dryden [1995] 4 All ER 987 | 232 |
| Gillick[1986] A.C. 112..... | 230 |
| Hancock & Shankland [1986] 2 WLR 357..... | 224, 232, 238 |
| Heydon's Case..... | 93 |
| Hill v. Bawter [1958] 1 Q.B. 277 | 237 |
| Ives [1970] 1 Q.B. 208 , p 214 | 238 |
| Majewski [1976] 2 All E.R. 142 | 225 |
| Miller & Denovan (Glasgow High Court 1960) Gordon p. 741 | 564 |
| Mohan, [1975] 2 All ER 193..... | 224 |
| Moloney [1985] 1 All ER 1025..... | 222, 224, 232, 238, 243, 269, 289, 342, 663, 708 |
| Morgan [1976] A.C. 182..... | 224, 403 |
| Morhall [1996] 1 AC 90..... | 232 |
| Nedrick [1986] 1 WLR 57 | 229 |
| Premmtes, A.C. 1981 | 96 |
| Prince[1875] All. ER 881..... | 238 |
| R. v. Tolson, [1889] 23 Q. B..... | 228 |
| Sherras v de Rutzen, [1895] Q.B. 918 | 231 |
| Shimmen [1987] 84 Cr. App.R. 7. | 403 |
| Smith [1960] 3 All E.R. 161...13, 233, 234, 238, 338, 720, 721 | |
| Stearns [1947] 1 All ER 813 | 226f, 228, 271 |
| Stewart [1995] 4 All ER 999..... | 232 |
| Sveet v. Parsley [1970] A.C. 132..... | 231 |
| Woolmington [1935] A.C. 462 | 94, 236ff |

USA

| | |
|--|-----|
| <i>Lewis</i> 35 Ala 380 (1860, Alabama)..... | 369 |
|--|-----|

Finland

| | |
|---------------------|-----|
| HD 1978 II 111..... | 307 |
| HD 1978 II 24..... | 307 |
| HD 1984 II 142..... | 307 |
| HD 1981 II 81..... | 423 |
| HD 1992:92 | 423 |

Tyskland

| | |
|------------------------|---|
| RGSt. 451 år 1880..... | 3 |
|------------------------|---|

SAKREGISTER

| | | | |
|---------------------------------|------------------------------|---|---|
| Absicht..... | 196 | Derived intent..... | 318, 403, 455 |
| Academics..... | 107 | Descartes' myt..... | 100 |
| Accessoriskt ansvar..... | 547, 551, 545 | Det individuella culpaskönets..... | 487, 494 |
| Ackusatorisk process..... | 62 | Die ‚Achillesferse‘ des Beweisrechts..... | 204 |
| Actus reus..... | 41 | Die Eindruckstheorie..... | 367 |
| Adekvat kausalitet..... | 125, 490, 513 | Die Gleichgültigkeitstheorie..... | 254 |
| Angelpunkt..... | 143 | Die Möglichkeitstheorie..... | 407 |
| Angreppsgärning..... | 252, 359, 371, 374, 395, 570 | Die Zweistufigkeitslehre..... | 441, 497 |
| Ansvarsmedvetenhet..... | 532 | Direkte forsæt..... | 214 |
| Askriptivism..... | 30 | Distinguishing..... | 91 |
| Auditorium..... | 378 | Dolus determinatus..... | 216 |
| Autocracy..... | 114, 232 | Dolus ex re..... | 158, 203, 205, 215, 216, 241, 254, 256, 271, 278, 282, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 295, 299, 301, 302, 303, 308, 323, 324, 325, 326, 328, 337, 340, 342, 345, 347, 348, 349, 352, 378, 380, 382, 404, 157, 185, 203, 208, 209, 257, 734..... |
| Avbrottskriterium..... | 83 | Dolus in re ipsa..... | 203 |
| Avsiktighetsuppsåt..... | 222 | Dolus von Seth..... | 300, 404 |
| Basic acts..... | 102, 119, 124, 525 | Dolus-Vermutungen..... | 207 |
| Basic intent..... | 223, 403 | Domarreglerna..... | 168 |
| Bedingter Vorsatz..... | 196 | Domarskön..... | 499 |
| Betingelse teorin..... | 492 | Draft Code..... | 240 |
| Beyond reasonable doubt..... | 89 | Drottningbevis..... | 747 |
| Bildrap..... | 439 | Einwilligung..... | 196, 308 |
| Billighet..... | 90, 560 | Elements of an offence..... | 112 |
| Boaorm..... | 174 | Episodisk skuld..... | 201, 568 |
| Brottsbegreppet..... | 41 | Erfolgstrafrecht..... | 397, 408 |
| Brottsbeskrivningsenlighet..... | 53, 62, 75, 76 | Erforderlig aktsamhet..... | 488 |
| Brottskonkurrens..... | 427 | Excluder-word..... | 103 |
| Brottsplanen..... | 354, 362, 392 | Exculperande..... | 167, 532, 537 |
| Carelessly..... | 110 | Expressivitetsteorier..... | 367 |
| Casus..... | 407, 498 | Faktisk dolus eventualis..... | 308 |
| Common law..... | 88 | Färcerequisitet..... | 374, 377, 380 |
| Complex intention..... | 227 | Fasadlegitimerande..... | 478 |
| Condemnatio..... | 28 | Fault..... | 110 |
| Constare de delicto..... | 27 | Finalismen..... | 61, 130, 459 |
| Constructive intent..... | 103, 180, 376, 719 | Flerstegsläror..... | 440, 497 |
| Constructive malice..... | 93 | Formell rätt..... | 44 |
| Corpus delicti..... | 53 | Funktionalism..... | 66, 87 |
| Critical Legal Studies..... | 108 | Föreställningsteorin..... | 195, 448 |
| Culpa..... | 405 | Försökspunkten..... | 363 |
| Culpa dolo proxima..... | 406 | Förväntansgrundlaget..... | 118, 413, 555 |
| Culpa lata..... | 406, 410 | Gefühlstheorien..... | 566 |
| Culpa levis..... | 406 | Generalinkvitionen..... | 27, 53 |
| Culpatröskeln..... | 499 | Gleichgültigkeitstheorien..... | 197 |
| Defences..... | 104 | Grov oaktsamhet..... | 421 |
| Den legala bevesteorin..... | 55, 148, 209, 699 | Gärning..... | 42 |
| Den sociala handlingsläran..... | 81 | | |
| Den deontiska motsägelsen..... | 539 | | |
| Der Angelpunkt..... | 41, 127, 535 | | |
| Der direkte Vorsatz..... | 196 | | |
| Der doppelte Maßstab..... | 497 | | |
| Der doppelte Massstab..... | 441 | | |

| | | | |
|---|------------------------------|---|--------------------|
| Gärningsculpa..... | 511, 512, 515, 523, 535, 536 | Magna culpa dolus est..... | 156 |
| Gärningsmannaskap...28, 37, 139, 544, 546, 548, 553, 556, 557, 664, 665, 692, 704, 718, 737 | | Malice..... | 319, 231 |
| Handenfallen..... | 589 | Malice aforethought..... | 232 |
| Handlingsetik..... | 146 | Maßvolles Risiko..... | 445 |
| Handlingslära..... | 44 | Materiell rätt..... | 44 |
| Handlingsuppsåt..... | 219 | Medverkan..... | 537, 544, 552 |
| Heedlessly..... | 110 | Medverkansobjekt..... | 545, 546 |
| Hensigt..... | 214 | Medveten culpa..... | 446 |
| HIV-smitta..... | 316 | Mekanistisk..... | 148 |
| Hypotetisk dolus eventualis..... | 308 | Mens rea..... | 41, 104 |
| Högst sannolik..... | 216 | Mentes rea..... | 109, 203 |
| I väsentlig mån..... | 427, 434, 574 | The Mischief Rule..... | 93 |
| Implied intent..... | 103, 180, 286, 232 | The Model Penal Code..... | 89, 103 |
| Imputatio facti..... | 26 | Motiv..... | 225, 263 |
| Imputatio juris..... | 26 | Die Möglichkeitstheorie..... | 195, 198 |
| Imputatio moralis..... | 25 | Negativa uppsåtsformuleringar..... | 611 |
| Imputatio physica..... | 25 | Negligence..... | 104, 110, 222, 403 |
| Imputed intent..... | 103, 180 | Negligentia..... | 406 |
| In vi dolus malus inest..... | 159 | Negligently..... | |
| Inculperande..... | 167, 537, 592 | Normadressat..... | 39 |
| Indikator katalog..... | 199 | Normal viljestandard..... | 429, 494, 518 |
| Individualiserande moment..... | 501f | Not utterly unjustified..... | 373 |
| Individuell culpa..... | 500 | Nyklassiska brottsbegreppet..... | 115 |
| Infancy..... | 232 | Nämndprocessen..... | 163 |
| Innervation..... | 149, 186 | Oaktsamhetssinnelag..... | 448 |
| Inomrättsliga..... | 496ff | Objektiva överskott..... | 188 |
| Insanity..... | 114 | Objektivister..... | 358 |
| Insiktsuppsåt..... | 220, 221, 222 | Objektivt tillräknande...12, 24, 31, 32, 66, 75, 83, 130, 131, 429, 443, 457, 459, 471, 496, 507, 515, 517, 549, 551, 570, 587, 697 | |
| Institutio generalis..... | 62 | Oblique intent..... | 222, 375 |
| Intent..... | 222 | Offene Tatbestände..... | 71 |
| Intention..... | 223, 231 | Okvalificerat uppsåt..... | 220 |
| Intentional..... | 223 | Omissivdelikt..... | 413 |
| Intentionally..... | 223, 251 | Subjektivism..... | 102 |
| Karaktärsbedömning..... | 190 | Otillåten risk..... | 79, 428 |
| Klandervårdhetsledet..... | 531 | Otjänliga försök..... | 367 |
| Kognitiva läror..... | 222 | Parafraaseringar..... | 144, 199, 350, 569 |
| Kommissivdelikt..... | 414 | Parasitiskt..... | 354 |
| Konsekvensetik..... | 146, 396 | Particular intent..... | 225 |
| Kuperad..... | 387 | Parts disposition..... | 747 |
| Kvasibrott..... | 173 | Personlig culpa..... | 511, 513 |
| Kvasiskuld..... | 406 | Pflichtnorm..... | 68 |
| Lagpositivism..... | 148 | Praktisk visshet..... | 305 |
| Lascivia..... | 406 | Primära handlingar..... | 525 |
| Le commencement d'exécution..... | 365 | Professorenrecht..... | 193 |
| Legal bevisteori17, 53,172, 164, 168, 176, 203 | | Psykisk energi..... | 447, 449 |
| Likgiltighetsbegreppet218, 302, 347, 441, 561,565, 567, 569, 749 | | Psykisk kausalitet..... | 84 |
| Likgiltighetsuppsåt..... | 300, 308, 318, 347 | Purposely..... | 110 |
| Luxuria..... | 156, 406 | Påbörjad gärning..... | 362 |
| Madness..... | 232 | Qvasidelikt..... | 406 |
| | | Reasonable man..... | 231 |

| | | |
|---|-----------------------------|--|
| Rechtslehren Raum..... | 396, 451 | 556, 586, 756 |
| Recklessness..... | 88, 222, 249, 353, 404 | Tillräknelighet..... |
| Reflexrörelse..... | 219 | 24, 40, 673 |
| Res ipsa loquitur..... | 368 | Tillskrivande..... |
| Resultatetik..... | 146 | 139 |
| Riktadhet..... | 100 | Tillåten risk..... |
| Riskuppsåt..... | 199, 440, 484 | 493 |
| Rättfärdiganden..... | 537 | Tyst kunskap..... |
| Rättspositivism..... | 108, 148 | 357 |
| Salmonds test..... | 269 | Täckningsprincipen..... |
| Samhällsfarlig vilja..... | 484 | 351 |
| Sannolikhetsuppsåt..... | 340, 484, 742 | Uterior (further) intent..... |
| Sannsynlighetsforsæt..... | 214 | 223ff |
| Schuld..... | 67 | Undvikandebarhet..... |
| Schuldvermutungen..... | 205 | 454 |
| Sinnelagsetik...106, 146, 255, 350, 358, 396, 434 | | Unequivocally..... |
| Sinn-intentionalität..... | 460 | 368 |
| Skuldabolitionism..... | 198, 214, 276 | Unrecht..... |
| Skuldprincipen..... | 11, 137, 415, 418, 477, 518 | 67 |
| Skyldig aktsamhet..... | 428, 481 | Uppenbar likgiltighet..... |
| Sløret forset..... | 215, 254 | 427, 439 |
| Specialinkvisitionen..... | 27, 53 | Uppsåtsparafiseringar..... |
| Specific intent..... | 155, 223, 353 | 255 |
| Standard..... | 495 | Ursäkter..... |
| Statthaftes Risiko..... | 445 | 537 |
| Straffansvarsutredningen..... | 311, 380, 387 | Utomrättslig..... |
| Strict liability..... | 222 | 72, 496 |
| Subjektivister..... | 358 | Wahrscheinlichkeitstheorien..... |
| Subjuridik..... | 111, 208, 748 | 197 |
| The failure test..... | 229 | Wennerströmsfallet..... |
| The Law Commission..... | 96, 224 | 272 |
| The unequivocally test..... | 369 | Vermeidbarkeit..... |
| The year and a day rule..... | 314 | 124, 475 |
| Tillräknande...27, 24, 30, 32, 33, 36, 53,74, 80, 116, 123, 126, 140, 354, 369, 419, 441, 470, 471, 482, 489, 501, 507, 540, 541, | | Vermeidermacht..... |
| | | 124 |
| | | Viden..... |
| | | 214 |
| | | Viljaverk..... |
| | | Viljaverk...149, 157, 160, 163, 167, 169, 182, 349, 351, 395, 406, 408 |
| | | 429 |
| | | Viljebeskaffenhet..... |
| | | 429 |
| | | Viljetcorier..... |
| | | 200, 449 |
| | | Willkürlichkeit..... |
| | | 219, 243 |
| | | Vir optimus..... |
| | | 125, 492 |
| | | Viss kännedom..... |
| | | 220 |
| | | Wissentlich..... |
| | | 196 |
| | | Visshetsuppsåt..... |
| | | 484 |
| | | Volitiva teorier..... |
| | | 199 |
| | | Vorsatz ex re..... |
| | | 203 |
| | | Vorwerfbarkeit..... |
| | | 67, 70 |
| | | Vådaverk..... |
| | | 150, 163, 167 |
| | | Växelverkan..... |
| | | 195 |
| | | Zuordnungsregeln..... |
| | | 211 |

1000

Gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet har gäckat rättsvetenskap och praktiker under 1900-talet. Åtskilliga gånger har uppsåtsdebattens vågor även gått höga i massmedia. Ett exempel är uppståndelsen över hovrättens dom i det så kallade Klippanmålet. Sedan några år finns också ett förslag från den statliga utredningen, "Straffansvarets gränser", att lösa problemet med lagstiftning.

Skillnaden mellan uppsåt och oaktsamhet är särskilt svårfångad, eftersom alia förslag till gränsdragning är intimt förknippade med ideologiska och moraliska ställningstaganden. Man måste dessutom inom dessa valda ramar bestämma sig för vad som är möjligt att bevisa, vad som är möjligt att reglera och slutligen om lagstiftaren, rättspraxis eller rättsvetenskapen skall bära huvudansvaret för den rättsliga utvecklingen.

Den lösning på problemet, som presenteras i boken, står så att säga på det straffrättsliga verkstadsgolvet. Utgångspunkten tas nämligen i en analys av de tingsrättsdomar för uppsåtligt och oaktsamt dödande samt grov misshandel, som avkunnats med påföljden fängelse under åren 1989–1992, där dessa brott utgjort huvudbrott. Resultatet av denna undersökning visar i många stycken på andra lösningar än de gängse doktrinära.

Detta analysresultat konfronteras i avhandlingens övriga delar med andra rättskällor. Slutsatsen är att tingsrätternas prövningsmetoder hävdar sig väl.

Samuel Cavallin är verksam vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet.



IUSTUS FÖRLAG

ISBN 91-7678-421-5