

# STRAFFMÄTNING OCH RATIONALITET

*Recension av Tapio Lappi-Seppälä: Rangaistuksen, määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Vammala 1987. (686 s., därav English summary 31 s.)*

*Doktorsavhandling i straffrätt vid H:fors universitet.*

*av Kjell Sevón*

## I

Fastställandet av det konkreta straffet är väl oftast den del av en straffrättegång som de facto betyder mest, sett ur den åtalades synvinkel. Förhållandet mellan en konkret gärning, som genom massmedia eller annars har kommit den så kallade allmänheten till känna, och den påföljd en domstol har ansett det förtjäna, utgör troligen för flertalet av befolkningen den viktigaste grunden för diskussion av och uppfattningar om straffsystemets funktion. Så länge det straffrättsliga systemet används som ett medel för samhällelig styrning är Tapio Lappi-Seppäläs avhandlingstema således av central praktisk betydelse.

Straffmätningen är även en punkt, där skillnader i synsätt inom straffrätten och kriminalvetenskaperna så att säga förtätas. Man behöver bara tänka på den nya nordiska kriminalpolitiken, eller nyklassiska straffrätten som en reaktion på specialprevention och behandlingsideologi samt strävan att ersätta dessa utgångspunkter med proportionalitet och gärningens straffvärde. Det att den "gamla" kritiken av proportionalitetstanken, för att den jämför två ojämförbara storheter - brott och straff - ånyo har väckts inom den kritiska kriminologin och abolitionismen, visar på det svåra i att en gång för alla lösa straffmätningen som regleringsproblem. Som forskningstema betraktat kan straffmätningen även, som författaren uttrycker det, ses som ett straffrättens mikrokosmos.

## II

Det problem, som ligger i att presentera ett verk skrivet på finska, motive-rar, eller åtminstone rättfärdigar, en något utförligare presentation än vad

annars vore skäligt. Även om det engelska sammandraget är utförligt och välskrivet kan det förstås inte ge hela bilden, motiveringen till att söka rätt på ett sammandrag är säkert även mindre än om det vore fråga om något man kunde läsa i sin helhet.

I översättning skulle bokens titel lyda "Om straffbestämning", i texten företrar Lappi-Seppälä termen straffmätning. Den första termen är dock motiverad genom att den, förutom fastställandet av straff inom en latitud och straffart - straffmätning i snäv betydelse - även täcker övriga delavgöranden på väg mot en konkret påföljd. Av dessa behandlar författaren val av kvalificerade och privilegierade rekvisit och skalor, avvikandet från och transformerandet av latitud, val av straffart inklusive domseftergift samt beslut om straffets villkorlighet och verkställandet av tidigare straff. Bevisfrågorna behandlas ej, inte heller polis- och åklagarmyndigheternas diskretion eller fastställandet av så kallade särskilda påföljder.

Sitt forskningsintresse definierar Lappi-Seppälä som granskandet av straffmätningen som den rättsliga regleringens problem. Den historiska utvecklingen skildras som en trend från en av intuition beroende prövning mot ett förrättsligande av mätningen. Denna utveckling strävar han att fullfölja genom att, "gestalta svaret på hur man ur rättskällorna kommer till ett resultat, som på bästa möjliga sätt uppfyller rättsäkerhetens materiella och formella sida - behandlar människor jämnt och rättvist". Undersökningens infallsvinkel definieras som justification och heuristik. Detta innebär då dels systematisk analys av de principer och grunder som gör avgörandena materiellt sett acceptabla, dels undersökning av de medel, genom vilka sådana avgöranden bäst och säkrast står att finna.

Metodologiskt sett bygger avhandlingen på ett kombinerande av (framförallt) Robert Alexys indelning av rättsnormerna i regler och principer<sup>1)</sup> och en juridisk argumentationsteori (närmast) i Aulis Aarnios version<sup>2)</sup>, med en indelning av moralen i en intuitiv och en kritisk nivå - utgående från filosoferna R.M. Hare och J.L. Mackie<sup>3)</sup> och kriminalpolitikens målsättningar, i stort sett som de sedan 1970-talet har uppställts i Finland.<sup>4)</sup> Förhållandet mellan empiri och teori beskrivs så att de inte bara kompletterar varandra, utan växer genom varandra. Rekommendationerna vilar på en fastare grund då man har kunskap om systemets reella funktion, och "analysen av praxis ändras från enbart en beskrivning till något annat då man har en bild av hur sakerna borde vara".

Bokens struktur innebär ett skridande från en allmän rättsteoretisk nivå, via analys och formulerande av principer och grunder för mätningen, till tillämpningssituationer som specificeras ifråga om gärningstyp och delavgöranden. Därvid utnyttjas även "mjuka" rättsfallsanalyser av överrättspraxis.

### III

Jag tror att man, utan att överdriva, kan säga att Tapio Lappi-Seppäläs bok har väckt ovanligt stort intresse och diskussion bland av rättslivet intresserade i Finland.<sup>5)</sup> När det gäller straffrättare kan intresset förstås förklaras redan av de många givande analyser av straffrättsliga frågor författaren har utfört. Ändå är det kanske de teoretiska utgångspunkterna som mest har inspirerat till diskussion, och samtidigt vidgat deltagarkretsen långt utöver dem som till vardags sysslar med straffrätt. I fortsättningen inriktar jag mig därför på några därtill hörande aspekter.

Författaren omfattar det av nyklassicismen betonade normal-strafftänkandet. Som heuristiskt hjälpmedel ser han dock detta som en utgångspunkt, vilken berikar argumentationen genom att möjliggöra beaktandet av samtliga inverkan omständigheter, målsättningar och värden. Normteoretiskt är normalstraffet en presumtion, där avvägningsbara principer har getts en bestämd inbördes (prima facie) prioritet. Från denna kan man avvika genom att utöka faktamaterialet och stiga till en kritisk nivå i bedömningen av den rationalitet som ligger bakom principerna. Straffmätningen konfronteras med en ständig spänning mellan "Gesellschaftsamhällets" krav på generaliserande rättvisa och "Gemeinschaftsamhällets" krav på individualiserande rättvisa (188-189). Det första motsvaras av proportionalitetsprincipen, preventionsteorierna samt en avvägning av handlandet skadlighet mot dess kontrollerbarhet. I det utvecklade samhället är detta tongivande. Det andra förutsätter beaktandet av speciella (personliga) omständigheter, billighetshänsyn och "reella målargument" (minimerandet av kostnad och lidande mm.) Även detta får sin plats i författarens de lege ferenda förslag. Över de båda grupperna står "Rättvisa", vilket är det samma som "rationell acceptabilitet".

Då språket dessutom är kontextuellt bundet kan det konkreta straffet inte nås genom subsumption utan endast justificeras: "Ett resultat som upplysta, till allmänna rationalitetskriterier förbundna personer är färdiga att godkänna på basen av sina gemensamma värderingar är med andra ord rättvist".

### IV

Det är skäl att betona att jag anser att Lappi-Seppälä har presenterat betydelsefulla ingredienser till en ökning av intersubjektiv kontrollerbarhet av de på straffmätningen inverkan värderingarna, vilket kanske även kan ses som ett av huvudmotiven med hans arbete. Kombinerat med samhälleliga resursallokerings- och styrningsbehov, bildar detta som jag ser det basen för det av honom ställda kravet på rationalitet. Samtidigt väcker framställningen bland andra följande frågor: a) vilka är och hur härleds principerna?, samt

b) hur och av vem definieras den kritiska nivån för bedömning? Kort sagt, vilken och vems rationalitet är det fråga om?

a) På den första frågan kan man ur boken utläsa - åtminstone - två svar. Det ena innebär, att man tolkar (en del av) de normer som styr mätandet, som principer i normteoretisk betydelse. De är alltså inte regler som antingen kan tillämpas på ett fall eller inte, utan de bildar en kontinuitet som får olika tyngd i skilda sammanhang. Straffrättens allmänna och speciella delar kan då förstås som en samling regler och principer vilka ger gränser för och indicier om vad som bör beaktas vid mätningen. Dessa utgör, som jag uppfattar det, *mätningssgrunder* i författarens terminologi.

Det andra svaret bygger å ena sidan på ett - för övrigt belysande - återförande av straffteorierna på kriminalpolitiska målsättningar. Detta ger istället för en ledande princip flera, sinsemellan avvägningsbara målrationella principer. Å andra sidan får man vid tolkningen av till exempel det i SL 6:1 förutsatta rättvisa förhållandet mellan brott och straff söka ledning i allmänna rätts- och rättviseteorier. Då får man fram - delvis innehållet i, delvis själva formuleringen av - värderationella principer. Förhållandet mellan dessa båda grupper förblir enligt min åsikt något problematiskt: dels hänförs målrationaleten till lagstiftningsnivån, och omformas till värderationalitet på domsnivån, men samtidigt skall de enskilda avgörandena formuleras även i linje med de målsättningar hela systemet bygger på. Det rätta torde ändå vara att betrakta båda grupperna som *mätningssprinciper* i Lappi-Seppäläs indelning. Dessa är då normer av högre rang. De kan även jämföras med de så kallade allmänna rättsprinciperna inom ett rättsområde<sup>6)</sup>. Samtidigt är de alla rättsprinciper i normteoretisk mening.

Förhållandet mellan mätningssprinciperna och mätningssgrunderna beskrivs så, att de förra konkretiseras till de senare (man kan få en känsla av att de konkretare på något sätt härleds ur de allmänna). Mätningssgrunderna bestämmer i vilken mån olika fakta får beaktas i avgörandet. Dessa grunder får sin in casu tyngd på basen av "i vilken mån de representerar och stöder de bakomliggande principernas värden och målsättningar". Eftersom samma mätningssgrund dessutom "i många fall kan verka i olika riktning" - lindrande/skärpande - blir, som jag ser det, mätningssprincipernas roll av jämförelsevis stor betydelse även på tillämpningsplanet. Till sin natur - och åtminstone delvis även till sitt ursprung som författaren härleder dem - kunde dessa i till exempel en indelning av rätten i rättsform, rättsideologi och lagform<sup>7)</sup> närmast lokaliseras till rättsideologin. Min fortsatta fråga gäller då om det faktiskt är möjligt att objektiviera dessa principer på dets sätt som författaren enligt min uppfattning har gjort? Frågan accentueras av den vis-a-vis oklarhet i mätningssgrundernas bindning till lagstiftningen - även då fråga är om straffskärpande grunder - som Raimo Lahti har uppmärksammat.<sup>8)</sup> Detta leder in på den andra av de ursprungliga frågorna.

b) På den andra frågan kan man kanske även söka svaret i två riktningar. En är den utilitaristiska och relativistiska moralfilosofi som förespråkas i boken, framförallt då indelningen i en intuitiv och en kritisk nivå, där den förra ger deontiska prima facie-regler, och den senare leder till maximalt rationella, specifika regler. Här utmynnar framställningen i ett specificerande av de centrala krav, som i avhandlingen ställs på rationalitetsbegreppet: "fakta bör respekteras, sakskalet skall få tala, logikens lagar och universalitetsprincipen skall följas". Under förutsättning att värden och målsättningar på så sätt har grundats är det rationellt att handla i enlighet med dem, och "(J)ustificerandet av dessa grundvärden och målsättningar är ett tema för kapitel III" - kapitlet om mätningssystemerna. Ändå garanterar följandet av rationalitetskriterierna inte ens i vid bemärkelse avgörandets acceptabilitet: förnuftiga personer som följer den rationella diskursens regler kan komma till olika resultat om de utgår från olika premisser. Moralen måste även ständigt omformas för att den skall fylla sin pragmatiska funktion. Varken rätt eller moral står färdiga att finna, utan bådadera är en fråga om vilja.

Resultatet blir kanske, att man borde fästa rätt stor uppmärksamhet på vem som deltar i diskursen och på vilket dess forum är. Två alternativ förefaller naturliga: domstolen och lagstiftaren/parlamentet. På domstolsnivå ställer beslutsvånget, tidsfaktorn och de straffprocessuella reglerna avsevärda begränsningar.<sup>9)</sup> Om vi ändå tänker oss en diskurs i domstolen, vore väl de i sak inblandade, gärningspersonerna och offren, beaktansvärda deltagare? Detta är ju utgångspunkten i det som kunde kallas det konfliktparadigmatiska tänkandet, som har utvecklats inom delar av abolitionismen och den viktinologiska kriminologin.<sup>10)</sup> Jag kan inte här diskutera för- och nackdelar i detta tänkande. Det jag vill framföra är, att om man som Lappi-Seppälä ser att värderingar kommer med på alla plan - från lagstiftningen till enskilda avgöranden - borde väl även de direkt inblandades roll diskuteras? I avhandlingen får de som subjekt en undanskymd position. Även deras subjektivitet blir objektiverad till aspekter som drar åt olika håll i en rationell bedömning.

Att förlägga tyngdpunkten i diskursen till lagstiftaren motsvarar det för den moderna straffrätten särpräglade legalitetskravet. Detta behöver inte heller enbart rättfärdigas utgående från lagstiftarens möjlighet att höra intressegrupper, låta utföra undersökningar av regleringens ekonomiska och samhällsliga effekter etc. (ungefär så betonas skillnaden mellan HD och lagstiftaren). Det kan även i en diskursteoretisk referensram motiveras utgående från grundidén bakom en demokratisk rättsstat.<sup>11)</sup> Då behöver inte heller "djupjustifikationen" av rättskällornas rangordning bli vid ett konstaterande att samhällslivet kräver följandet av någon hierarki av regler.

Den representativa demokratin, den finländska rättskulturens legalism och mätningssystemets värdeteoretiska förenlighet med gällande tolknings-teori uppställs som undersökningens ideologiska grundvärden. Trots att jag kanske upprepar en del av det tidigare sagda, vill jag framföra några ställ-

ningstaganden av författaren, som för mig har lett till en viss oklarhet visavi innehållet i det nyss anförda: "Argumentationsteorin utvidgar de relevanta rättskällornas förteckning. Genom acceptabiliteten kommer även värdena med". "Mätningsskällornas bindande kraft är relativ, och deras inbördes tyngd och betydelse avgörs i sista hand på basen av den rationella argumentationen". "Lagens ordalydelse är ändå, med tanke på mätningsskällornas funktion och målsättningar, trots allt jämfört med övriga styrningsmedel rätt liten".

De praktiska motiven till dessa ståndpunkter kunde kanske sökas i följande förhållanden: Lagstiftaren påverkas lätt av kortsiktiga politiska hänsyn och är även, på grund av sitt avstånd till brotts- och straffverkligheten, alltför oinitierad och kanske även ointresserad för att fatta alltför långt gående beslut som berör den konkreta värderingen av brott. Det allmänna rättsmedvetandet - riksdagsledamöternas referensbakgrund - existerar empiriskt sett inte i någon enhetlig form. Då allmänheten dessutom är illa insatt i de verkliga orsakssambanden och möjligheterna i kriminalpolitiken blir majoritetens punitivitet närmast en begränsning visavi möjligheterna att bedriva en rationell kriminalpolitik och humanisera straffrätten och bör beaktas endast i den mån systemets legitimitet kräver det.

## V

Då Lappi-Seppälä slutligen betonar domarens oavhängighet som en avhängighet av rättsordningen (124), förblir det slutliga svaret på frågan om diskursdeltagare och -forum öppet. Ledning till författarens svar kan dock enligt min åsikt sökas i följande rekommendationer: I diskussion av det amerikanska "sentencing guidelines" systemet tar han avstånd från den "deskriptiva domstolsmodellen" och den "preskriptiva lagstiftarmodellen" till förmån för den "argumentativa kommissionsmodellen". Kommissionsmodellen bygger framförallt på straffrätts- och kriminalpolitiska experters insats, och dess största fördel är ett "öppet och medvetet ställningstagande till normativa frågor". Lappi-Seppälä anser inte att införandet av Guidelines-systemet i Finland är befogat. Däremot anser han att styrandet av praxis genom enhetligt genomförda linjedragningar kanske förutsätter "utfyllandet av de traditionella styrningsmekanismerna med en 'straffpraxisdelegation' baserad på samarbete mellan domstolsväsendet, justitieförvaltningen och forskningen". Ett försiktigt framställt, men något tillskräpvt formulerat svar på frågan om vems värderingar och vilken rationalitet som eftersträvas kunde då lyda: experternas teknokratiska rationalitet.

Utan att vilja ifrågasätta Lappi-Seppäläs strävan att humanisera kriminalpolitiken - till exempel sänka den absoluta straffnivån - och fördela strafflidandet rättvisare och ändamålsenligare, lika litet som straffrätts- och

kriminalpolitikexperternas humanitet och rationalitet, framför jag följande synpunkter:

I riksdagbehandlingen av ett förslag till lagstiftning om förundersökning av brott (det sk. "förundersökningspaketet") gjordes enligt min åsikt betydelsefulla ändringar som var ägnade att förstärka rättssäkerheten och medborgarnas rättigheter. Stor, kanske till och med avgörande roll spelade teoretiskt och praktiskt verksamma juristers aktiva engagemang. Det var den första synpunkten. Den andra berör rättsmedvetandet. I ett socialt skiktat, könsdelat och (sub)kulturellt divergerat samhälle är det väl naturligt att rättsmedvetandet är mångfacetterat? Frågan om hur det i så fall skall beaktas borde kanske i avhandlingen utöver undersökningen av relationerna moral, kriminalpolitik och straffrätt, även ha lett till en undersökning av politikens förhållande till desamma?<sup>12)</sup> Frågan om hur man undviker att en laglydande, punitivt inriktad majoritet undertrycker en sämre lottad minoritet av lagöverträdare kan inte kort besvaras. En utgångspunkt är de formella och materiella grundrättigheter ett samhälle erkänner. När det gäller påverkan genom information och upplysning har Tapio Lappi-Seppälä gett ett utmärkt exempel i en artikel i Helsingin Sanomat (7.2.1988), där han påvisar sambandet mellan Finlands höga fångtal och den stränga bestraffningen av förövare av traditionella egendomsbrott.

Även om denna diskussion har varit oskäligt lång, som bokpresentation betraktat, utgör den bara en av många - och kanske betydelsefullare - diskussioner som avhandlingen ger stoff till. Tapio Lappi-Seppälä har kommit med ett viktigt diskursbidrag till diskussionen av straffrättens - och rättens överlag - rationalitet.

## Noter:

1. Även om t.ex. Dworkins, Eckhoffs/Sundbys och Jareborgs arbeten redovisas är referensen främst Alexy: *Rechtregeln und Rechtsprinzipien*, ARSP Beiheft 25 (1985), 13-29.
2. Framförallt Aarnio: *Oikeussäännösten tulkinnasta*. Helsinki 1982. I stort sett samma återfinns i *The Rational as Reasonable*. Dordrecht 1987. Vidare kan även Alexander Peczeniks arbeten nämnas.
3. Det moralfilosofiska avsnittet är rätt kort, och anförs närmast som ett förtydligande exempel. Eftersom det synes vara centralt även i senare värdeteoretiska inslag, anser jag omnämmandet befogat. Framförallt Iiare: *Moral Thinking, It's Levels, Method and Point*. Oxford 1981, och Mackie: *Ethics. Inventing Right and Wrong*. Penguin Books 1977.
4. Se t.ex. Kom.bet. 1976:72. Bland de många relevanta arbetena i detta hänseende kan Anttila - Törnudd: *Kriminologia ja kriminaalipolitiikka* (på svenska: *Kriminologi i kriminalpolitiskt perspektiv*). Helsinki 1983 nämnas.
5. Opponenten Raimo Lahtis utlåtande har publicerats i *Lakimies* 6/1987, 705-720. Boken har även presenterats av Matti Joutsen i *Oikeus* 4/1987, 429-431.
6. Lappi-Seppälä har även tolkat dessa principer som "kriminalpolitikens allmänna målsättningar", *Oikeus* 4/1987, 432. När det gäller terminologin, och det besvärliga i de många användningarna av ordet princip - om vilket författaren inte är ensam - kunde t.ex. Nils Jareborgs terminologi - regler, riktlinjer, tumregler - kanske vara att föredra: *TFR* 1979, 385-410.

7. Om denna indelning, se Kaarlo Tuoris artikel i *Retfaerd* 36 (1987), 48-60.
8. Se Lahti, 1987, 709.
9. Se bland andra Alexy, Robert: *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main 1983.
10. Här kan man hänvisa till Nils Chrities klassiska artikel *Konflikt som cientum*. *TfR* 1977, 113-132.
11. Se t.ex. Habermas, Jürgen: *Wie ist Legitimität als Legalität möglich?* *Kritische Justiz* 1/1987, 1-17, och Jareborg, Nils: *Straffets syften och berättigande*. *TfK* 1/1985, 1-19. Frågan har ingående behandlats av Kaarlo Tuori i en *Studia Juridica*föreläsning vid H:fors universitet 11.3.1987.
12. Även Raimo Lahti har fäst uppmärksamhet vid att politikens filosofi och förhållandet rättspolitik samt politik-moral kunde ha behandlats närmare, Lahti 1987, 714. Jämför dock framförallt Lappi-Seppäläs diskussion av den liberalistiska "rejält spel" - ideologin (och samhällskontraktsteorin) samt kritiken ur den reëlla sociala jämlikhetens synvinkel (128-138).

#### FÖRFATTEROPLYSNING:

Kjell Sevón, jur.kand., Topeliusgatan 25, 00250 Helsingfors