

Espen Schaanning: Den onde vilje – En kriminalfilosofisk pamflett, Spartacus Forlag AS, 1994

Anmäld av CLAES LERNESTEDT

När jag som juridikstuderande med intresse för straffrätt i slutet av min utbildning läste Nils Christies bok "Pinans gränser" rubbades en inte oansenlig del av min kriminalpolitiska världsbild. Jag förstod då - först då - till fullo att de grundantaganden som straffrätten vilar på, avseende frågor rörande såväl mänsklig ansvarsförmåga som påföljdssystemets utformning, aldrig bringats till en "sann" lösning, och därmed inte heller upphört att vara omstridda. Detta faktum i kombination med de potenta vapen som givits statsmakten i form av möjligheten till ingripande sanktioner mot lagöverträdare (i denna del av världen framför allt långa fängelsestraff) placerar straffrätten i en delikat position.

I sökandet efter en rättsgrund för den straffande verksamheten i det enskilda fallet (för att exempelvis kunna särskilja de fall då en objektiv gärningsman skall straffas från de fall där detta inte skall ske) har straffrätten under olika tidsskeden visat stor öppenhet mot bland annat filosofins och psykologins åsikter i frågor rörande den mänskliga naturen. Numera tycks dock diskussionen i mångt och mycket ha avstannat, straffrättsjuristerna har förlikat sig med frågornas olösbarhet och utvecklats till ett släkte av tekniker. Vi har enats om ett straffrättsligt sätt att betrakta världen, eller i vart fall enats

om de positioner som är möjliga att inta och att argumentera utifrån.

Espen Schaanning, norsk idéhistoriker, verkar i sin pamflett "Den onde vilje" i Nils Christies kritiska anda och utmanar ett flertal av de föreställningar och förutsättningar som, explicit eller implicit, läggs till grund för och rättfärdigar dagens kriminalpolitik. Han tar sin utgångspunkt i de åsikter om straffrättens förutsättningar och möjliga resultat som professor *Johns. Andenaes* ger uttryck för i boken "Strafen som problem", 1994. Schaannings huvudsakliga tes är, som jag uppfattat den, i korthet följande: De föreställningar som läggs till grund för rätten att straffa, till exempel existensen av en fri och ond vilja, saknar vi kunskap om. En grundläggande straffrättslig princip är *in dubio pro reo*, vid tvivel det mildare. Då vi inte vet (vare sig med filosofins eller psykiatrens hjälp) om de förutsättningar som vi lägger till grund för straffrättsligt ansvar faktiskt kan föreligga, skall principen om *in dubio pro reo* tillämpas till den tilltalades förmån vid sanktionsutformningen. Schaanning rekommenderar att straff i allmänhet och fängelsestraff i synnerhet, såsom varande ett avsiktligt tillfogande av smärta, skall ersättas av en form av försoning mellan gärningsman och offer, ett "oppgjør". Härigenom ges konflikten tillbaka till parterna

och gärningsmannen får en möjlighet att göra gott för sig.

Större delen av boken ägnas åt kritik av de föreställningar om ansvar o d som straffrätten laborerar med. I bokens första avdelning diskuterar Schaanning den fria viljans betydelse för straffrätten. Schaanning kritiserar i denna del Andenaes, vilken enligt Schaanning konstaterar att den filosofiska diskussionen om determinism kontra indeterminism inte är fruktbar för straffrättens syften och därmed lämnar frågeställningen därhän utan att ha reflekterat över dess konsekvenser för straffrätten. Schaanning menar häremot att vi, i och med att vi faktiskt straffar, *har* tagit ställning för existensen av viljans frihet: "Problemet om viljens frihet er ikke bare et teoretisk problem, et spørsmål vi kan more oss med, diskutere og skrive bøker og artikler om. Da hadde det ikke vaert så farlig hva som var riktig. Det avgjørende er at tusenvis av mennesker hver dag i Norge påføres smerte, et tilsiktet onde, på basis av en bestemt oppfatning av viljens frihet. Det setter problemet i et helt annet lys. Spørsmålet om viljens frihet er ikke bare et abstrakt og tilsynelatende uløselig problem. Den faktiske stillingtagen har praktiske og smertefulle konsekvenser" (sid 11).

Fortsättningsvis diskuteras *psykiatrins* roll i straffrätten. Schaannings dom är mycket hård. Han konstaterar att psykiatrin, expert på avvikande medicinska tillstånd, saknar legitimation att hävda expertkunskande när det gäller *normalitet*, och att psykiatrin lika lite som sin företrädare filosofin ger de svar som straffrätten behöver för att rättfärdiga utdömande av lidande. Psykiatrin har detta till trots felaktigt givit straffrätten ett vetenskapligt alibi för föreställ-

ningen om den fria viljan. Genom de förhållandevis få fall där den psykiatriska expertisen inkallas och sjukförklarar någon går den implicit i god för att i alla andra fall, där den tilltalade *inte* sjukförklaras, denne är normal och därmed har straffrättslig ansvarsförmåga. "Psykiaterne vet, eller burde vite, hvilken rolle de her spiller. De burde vite at når de gir sin sakkyndige uttalelse om att tiltale ikke var psykotisk, led av alvorlig sinnslidelse eller av sterk bevissthetsforstyrrelse, så blir dette brukt juridisk til å dømme vedkommende til straff. De fungerer som dommerens vitenskapelige alibi på dette punktet" (sid 30).

Den intressantare kritiken i denna del rör *maktodelningsfrågor*. Psykiatrin har enligt Schaanning ett stort inflytande över såväl den *lagstiftande* makten (genom att lagstiftningen avseende tillräknelighet o d alltmer fylls av medicinska / psykiatriska begrepp), den *dömande* makten (genom att domstolen i det enskilda fallet följer det utlåtande om den tilltalades mentala tillstånd som avges av inkallad psykiatrisk expertis) som den *verkställande* makten. Härigenom ges psykiatrin en möjlighet att själv dra gränsen mellan de grupper av tilltalade som skall beredas plats i vården respektive dömas till fängelse. Enligt Schaanning är denna gränsdragning tyvärr inte befriad från egenintresse; en för psykiatrin svårarbetad grupp som psykopaterna ställs måhända utanför det "otillräkneliga" området för att den psykiatriska vården skall kunna ägna mera tacksamma fall sina resurser.

Viljan har att, för att tillfredsställa det subjektiva kravet, inte bara vara fri utan även *ond*. Vi skall kunna *klandra* gärningsmannen för dennes gärning. Vi bör veta att

gärningsmannen ville det onda. Frågan om vad gärningsman ville i gärningsögonblicket är emellertid enligt Schaanning omöjlig att besvara, kanske till och med för gärningsmannen själv. I stället nöjer sig straffrätten, för att kunna straffa, med att utdöma ansvar genom användning av vad Schaanning kallar *handlingstypologier*; bedömningen av den *subjektiva* skulden tar sin utgångspunkt i, och har sin enda kunskapskälla i, en schabloniserad bedömning av den *objektiva* situationen och handlingen.

När Schaanning uppnått sitt första delmål, nämligen att påpeka det problematiska i att legitimera straffande verksamhet med hänvisning till doktrinen om den fria och onda viljan, övergår han till att diskutera *allmänprevention* som en motivering för utdömande av straff. Schaanning menar sig, med fog, finna svagheter i gängse resonemang om allmänprevention. En svårbegriplig tankegång i denna del är hans åsikt att allmänprevention för att vara verksam förutsätter en fri vilja, att straffhot och moralbildningsförsök annars är spilld möda. Häremot menar jag, att om individen är arvs- och miljöstyrd kommer såväl straffhot som moralbildning, på samma sätt som allting annat omkring individen, att påverka dennes agerande.

Schaanning skisserar slutligen den "straffrätt" som han önskar se förverkligad. Med principen *in dubio pro reo* i minnet diskuterar han individualprevention i allmänhet och behandlingstanken i synnerhet. I ett tankeväckande resonemang hävdas att behandlingstanken inte, såsom ofta påstås, misslyckades. Tvärtom gavs en egentlig behandlingstanke enligt Schaanning inte ens ett tillfälle att försöka. Detta berodde på att försökets framgång mättes uteslutande i

termer av dess effektivitet ur *brottspreventiv* synpunkt. Brotspreventionen var det enda existerande målet. Däremot skedde ingen värdering i termer av hur den tilltalade upplevde situationen. Exempelvis möjlighet till flera och längre permissioner hade säkerligen en positiv inverkan på den dömdes livskvalitet. Schaanning poängterar att vi bör hålla kvar en viktig men tidigare försummad beståndsdel av behandlingstanken, närmare bestämt *omsorg* om gärningsmannen. Denne bör behandlas som ett *mål i sig* och inte, såsom tidigare var fallet, som ett medel för att uppnå politiska mål (dvs att nedbringa kriminaliteten).

Schaanning frågar sig om någon egentligen *fortjänar* straff. Han besvarar frågan nekande. "Tanken er at lovbrytaren 'fortjener' straffen. Gjør han det? Etter min mening fortjener ingen straff. Alle fortjener ett godt, lykkelig og rikt liv" (sid 67). Straffen bör därför, med beaktande av den bristande kunskapen om människans förmåga att ha ansvar och med tillämpning av *in dubio pro reo*, ersättas av ett "oppgjør" mellan gärningsman och offer. Konflikten, som tagits ifrån parterna, skall ges tillbaka till dem och åter bli en mellanmänsklig affär. Rättsapparatusens roll skall i motsvarande mån inskränkas, dess funktion blir att stödja parternas konfliktlösning. Gärningsmannen bör ses som en *part* och inte som ett objekt, hans livskvalitet skall inte avfärdas som irrelevant utan i stället vara ett av förfarandets *mål*.

Genom denna konfliktlösning på partsnivå, möjligen baserad på frivillighet från båda parter, ges gärningsmannen en chans att göra gott för sig genom att på något sätt hjälpa offret, offrets familj, andra utsatta för brott e d. Likaledes underlättas hans återan-

passning i samhället. Nutida tendenser i denna riktning kan bland annat ses i de försök som görs med påföljden samhällstjänst. Det viktiga är enligt Schaanning att problematisera antagandet om den subjektiva skulden och det traditionella vedergällningstänkandet, och att i stället sätta omsorg, om bäge parter i konflikten, i centrum.

Framställningen bärs fram av en tilltalande human och hoppfull inställning. Den väcker ett antal tankar, av vilka jag nedan endast ämnar redogöra för två.

Den första kretsar kring användningen av principen *in dubio pro reo*. Det övergripande syftet med kriminalisering och därtill hörande sanktioner bör vara att försöka hindra (av olika anledningar) icke önskvärda beteenden. Härom torde vi kunna enas. Vi bör likaledes, om vi därefter övergår till att diskutera *straffets rättsgrund*, kunna enas om att den straffande verksamheten i många delar vilar på minst sagt oklara antaganden och föreställningar. I denna del tillför Schaannings framställning intet nytt. Den intressanta frågan inställer sig i nästa led; vilka *konsekvenser* skall tillkortakommandet angående rättsgrunden medföra? Här blir frågeställningen komplex och utmynnar enligt min mening i en avvägning mellan styrkan i hävdandet av den statens rätt som kan härledas ur syftet (att hindra handlingar) och styrkan hos hävdandet av den individens rätt som härleds ur kravet på en rättsgrund.

Skuldbegreppet har även tidigare varit föremål för diskussion. Enligt Barbara Wootton skall syftet, *samhällets behov av skydd mot skadliga handlingar*, och inte ett vedergällnings- eller förtjänsttänkande vara det styrande. Krav på uppsåt och skuld läm-

nas därhän: "If the object of the criminal law is to prevent the occurrence of socially damaging actions, it would be absurd to turn a blind eye to those which were due to carelessness, negligence or even accident" (Crime and the criminal law, 1963, sid 52). Jag erinrar mig även ett uttalande av Olof Kinberg av innebörd att samhället, trots att skuld i friviljebemärkelse inte kan existera, har en långtgående rätt till självförsvar mot icke önskade beteenden. Det tycks emellertid som om nämnda författare, när de väljer att bortse från den (enligt min mening) djupt rotade föreställningen om människan som ett subjekt kapabelt ansvarsförmåga, befinner sig i kraftig dissonans med uppfattningen hos den befolkning som strafflagstiftningen skall påverka. Den som anses helt sakna skuld i förhållande till en begången handling anses också i befolkningens ögon orättfärdigt bestraffad när han fastnar i det rättsliga nätet.

Principen *in dubio pro reo* innebär på det *individuella* planet att oklarheter, tvivel, skall tolkas till den tilltalades förmån. Det är med hänvisning till ovan nämnda avvägningsproblematik inte lika uppenbart att tolkningen skall gälla även på det *generella* planet, när fråga är om att göra en avvägning mellan statens och individens rätt. Antag att fängelsestraff bättre än andra påföljdsformer uppfyller det kriminalpolitiska syftet (att minimera förekomsten av icke önskvärda handlingar). Om så är fallet, och detta eventuella förhållande dessutom ackompanjeras av en delad uppfattning av innebörden att människan i normalfallet besitter ansvarsförmåga, är svaret på frågan till vems fördel principen skall tolkas på det generella planet - statens eller den (de) tilltalades - inte helt uppenbart. Om straff och andra

alternativ lika bra (eller lika dåligt) uppnår syftet förändras avvägningsproblematiken något. Den allmänna uppfattningen om skuld och ansvarsförmåga kommer att ställas mot omsorgen om den tilltalade. Troligtvis kommer också (i alla fall i Sverige) ekonomiska överväganden att spela en stor roll. Om ett antal olika alternativ inte kan särskiljas åt vad gäller resultatuppfyllelse i förhållande till *syftet*, kommer man troligen att välja det alternativ som är billigast.

Min andra reflexion rör *offrets* roll i det av Schaanning förespråkade "oppgjøret". Historiskt sett blev en av den i styrka växande centralmaktens funktioner att garantera medborgarna skydd mot diverse angrepp av olika slag (att säga att statsmakten framstod som en garant för att "rättvisa" skipades vore dock kanske att använda fel ord), ett skydd starkare än vad var och en själv kunde uppbringa. Ytterligare ett skäl till denna utveckling var en önskan att begränsa självhämnden. Begångna brott ansågs alltmer inte rikta sig endast mot det enskilda offret utan även mot samhället som sådant. Redan här påbörjades den utveckling varigenom gärningsman och offer förlorade dispositions-

rätten över straffprocessen. En konsekvens av denna utveckling, vilken av offret åtminstone delvis bör ha uppfattats som något positivt, var att denne inte i lika hög grad själv behövde agera för att en rättslig process skulle komma till stånd. I dag är offrets spelrum förhållandevis litet samtidigt som känslor av vedergällningskaraktär fortgår att existera. Kommer ett offer, eller offrets familj, överhuvudtaget att *vilja medverka* till en försoning med gärningsmannen? Och följdfrågan; har vi, om den första frågan besvaras nekande, någon rätt att begära av offret att denne ändå skall medverka? Jag tror att vägen till att i denna bemärkelse återlämna konflikten till parterna är minst lika lång och mödosam som den process varigenom konflikten "bestals" dem.

Sammanfattningsvis erbjuder Schaannings bok nyttig tankegymnastik för straffrättsintresserade. På grund av straffrättens beskaffenhet, å ena sidan vilande på tvivelaktiga grundantaganden, å andra sidan med starka straffvapen att tillgå, är en levande debatt önskvärd, särskilt med inlägg från författare som, liksom Schaanning, iakttar juridiken utifrån.