

Social adekvans i straffrättsdogmatiken

Av jur. dr ERIK SVENSSON

I artikeln undersöks vilken funktion begreppet "social adekvans" fyller i den svenska straffrätten. Diskussionen tar sin utgångspunkt i hur begreppet har använts i doktrinen och i viss mån i rättspraxis. Begreppet sätts in i ett sammanhang genom att dess ursprung i tysk doktrin uppmärksammas, och en jämförelse görs mellan den svenska och den tyska doktrinen. Författaren argumenterar för att diskussionen om social adekvans kan föras framåt genom att distinktionen mellan en vid och en snäv begreppslik betydelse för social adekvans uppmärksammas.

1 Inledning

Historiskt sett har det inte hört till vanligheterna att HD hänvisar till "social adekvans" i straffrättsliga sammanhang.¹ I de avgöranden som finns publicerade i NJA nämns begreppet endast en handfull gånger. På senare tid har domstolen emellertid berört social adekvans i två uppmärksammade fall. I ett av dessa — NJA 2015 s. 45, som handlade om det straffrättsliga ansvaret för en journalist som hade köpt ett vapen i journalistiskt syfte — nämnde domstolen helt kort att förfarandet inte var socialt adekvat. I det andra avgörandet, NJA 2014 s. 808, fördes ett längre resonemang om innebörden av att en gärning be-tecknas på detta sätt. Bakgrunden var att ett par universitetsstudenter i en uppsats hade lämnat uppgifter om en persons påstådda brottslighet, varför fråga uppkom om det hade funnits skäl原因 grund för detta eller om studenterna skulle dömas för förtal enligt 5:1 BrB.

I den svenska doktrinen råder delade meningar, eller i vart fall viss oklarhet, om hur begreppet social adekvans ska förstås dogmatiskt. Det kan därför finnas anledning att se närmare på dess innebörd. I vissa sammanhang omtalas social adekvans som någon form av lära eller princip, i andra sammanhang påpekas att det är fråga om "en juridisk slutsats" att ett brott inte föreligger, men inte om ett "argument eller ett skäl" för detsamma.² HD talar i NJA 2014 s. 808 om social adekvans som en "princip" och en "undantagsregel". Social adekvans brukar också omtalas som en dogmatisk "slasktratt" och "säkerhets-

¹ Jag vill rikta ett stort tack till deltagarna vid det högre seminariet i straffrätt i Uppsala den 13 april 2016, då ett tidigare utkast till denna artikel diskuterades. Jag tackar därutöver särskilt tingsfiskalen Norah Lind och doktoranden Gustaf Almkvist, som lämnat ytterligare synpunkter på texten.

² Se Jareborg, *Allmän kriminalrätt*, 2001 s. 290 och Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, andra upplagan, 2013 s. 255.

ventil”.³ De nämnda beskrivningarna verkar åtminstone vid en första anblick vara svåra att förena. Den sociala adekvansens konturer framstår som vaga och svårfångade. I det följande undersöker jag vilken funktion begreppet har i den svenska straffrättsdogmatiken. Jag argumenterar för att en distinktion kan göras mellan social adekvans i vid respektive i snäv mening. I vid mening används begreppet för att diskutera den allmänna frågan om straffansvarets utsträckning, i snäv mening används det för att förklara varför vissa mycket specifika falltyper inte leder till straffrättsligt ansvar. Med utgångspunkt i denna distinktion diskuteras frågan om vilken roll den sociala adekvansen spelar i svensk straffrätt av idag.

2 Bakgrund

Ett sätt att förstå hur beteckningen social adekvans används i dagens svenska straffrätt är att studera begreppets historia. Som mycket annat i svensk rätt tar denna historia sin början i den tyska doktrinen. Närmare bestämt har begreppsanvändningen sitt ursprung i diskussionen om den så kallade *rättsstridighetsläran*. Denna diskussion fördes framförallt i Tyskland under andra halvan av 1800-talet och början av 1900-talet, men har också i hög grad har präglat den svenska litteraturen.⁴

Äldre strafflagstiftning var ofta utpräglat kasuistiskt utformad. I svensk straffrätt har man — vid en jämförelse mellan exempelvis missgärningsbalken enligt 1734 års lag och BrB över 1864 års strafflag — successivt övergått till en mer syntetisk lagstiftningsteknik, där straffbuden har gjorts mer allmänna och abstrakta än vad som tidigare var fallet.⁵ Redan i tidig straffrättsdoktrin ansågs det emellertid vara ett problem att brottsbeskrivningarna kunde tolkas på ett sådant sätt att även gärningar som inte borde leda till straffrättsligt ansvar föll under straffbudens ordalydelse.

I litteraturen görs inte sällan en distinktion mellan att en viss gärning i formell mening är straffbelagd och att samma gärning är *rättsstridig*. Detta innebär att en gärning som i och för sig skulle kunna subsumeras under ett straffbud av olika skäl ändå kan vara tillåten. Inom ramen för den ovan nämnda rättsstridighetsläran, som hade flera förespråkare i svensk rätt under första halvan av 1900-talet, betonades — förenklat — att det i varje enskilt fall måste göras en avväg-

³ Se Jareborg, *Allmän kriminalrätt* s. 290 och Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder* s. 254.

⁴ Jag kommer i det följande inte att diskutera olika varianter av de tyska eller nordiska rättsstridighetslärorerna närmare. Angående detta ämne ur ett svenskt straffrättsligt perspektiv, se Bjerre, *Om rättsstridighetsrekvisitet vid förtalsförbrytelserna*, 1910 avdelning I. För en kortfattad överblick över de olika rättsstridighetslärorerna och deras inflytande i svensk rätt, se Agge, *Straffrättens allmänna del. Föreläsningar. Tredje häftet*, 1964 s. 330 ff. [cit. *Straffrättens allmänna del III*] och Nelson, *Rätt och ära*, 1950 s. 99 ff., med hänvisningar.

⁵ Se angående denna utveckling exempelvis Thornstedt, "Kriminalisering och avkriminalisering i dagens samhälle" i *Festskrift till Ivar Agge*, Stockholm 1970 s. 373 ff. och Elwin, Heckscher, Nelson, *Den första stenen*, 1975 s. 51.

ning mellan intresset av lagföring och andra av rättsordningen skyddade intressen (som exempelvis individens handlingsfrihet). Rättsstridigheten betraktades som ett allmänt rekvisit som kompletterade de speciella straffbudena och begränsade deras räckvidd. Det var inte fråga om en generell komplettering av straffbudena med någon form av oskrivna undantagsregler, utan rättsstridigheten uppfattades som ett positivt rekvisit med ontologiska övertoner; man var ute att finna rättsstridighetens "natur" eller "väsen".⁶ Rekvisitet konstruerades dock på olika sätt av olika författare. Exempelvis menade Hagströmer att en gärning som kan subsumeras under ett straffbud skulle vara rättsstridig endast om en "på ett förståndigt sätt försiktig person" inte hade kunnat lämna faran för en viss skada "alldeles utan afseende" vid företagandet av gärningen.⁷ Litet tillspetsat kan man säga att det var fråga om en allmän rimlighetsbedömning, där det var upp till domstolen att i varje enskilt fall avgöra om det formellt tillämpliga straffbudet skulle användas.

Rättsstridighetsläran har också kritiserats. Vid 1900-talets mitt framhöll exempelvis Agge, med en tidstypisk formulering, att läran byggde på ett "naturrättsligt belastat" betraktelsesätt, eftersom dess förespråkare föreställde sig att det gick att laborera med ett allmänt rättsstridighetsbegrepp vid sidan av den positiva straffrättens utformning, som om rättsligt skyddade intressen vore "primära storheter".⁸ Agge förespråkade istället en distinktion mellan "formell" och "materiell" typicitet, där det förra — en gärnings subsumtion under ett straffbud i formell mening — skulle vara en nödvändig, men inte tillräcklig, förutsättning för ansvar.⁹ Inte minst på grund av straffbudens abstrakta och vaga karaktär måste det enligt Agge, med utgångspunkt i den positiva rätten, formuleras ett antal reservationer av skilda slag, som skulle kunna ge ledning för när överträdelser av ett visst straffbud skulle leda till straffrättsligt ansvar.¹⁰

Den som först använde sig av begreppet *social adekvans* som ett sätt att hantera problematiken med det straffrättsliga ansvarets avgräns-

⁶ Nelson har, något tillspetsat, uttryckt det sagda enligt följande. "Läran om den materiella rättsstridigheten arbetar i själva verket med två rättsordningar, vilka jämföras med varandra. Från den världsliga rättsordningen hämtar man det ena begreppet, från den ideala det andra. Brottsligheten hör hemma i den förra, rättsstridigheten i den senare. Envar kan utrusta sin ideala rättsordning med de inrättningar, som han önskar, och den blir allt efter hans fantasi på grundval av hans rättsmedvetande och moraliska föreställningar mer eller mindre olik den världsliga." Se vidare Nelson, *Rätt och ära* s. 120 f.

⁷ Hagströmer, *Svensk straffrätt*, 1901–1905 s. 102.

⁸ Agge, *Straffrättens allmänna del III* s. 333.

⁹ A.a. § 13.

¹⁰ Sådana reservationer skulle enligt Agge företrädesvis formuleras i lagtext, antingen som allmänna undantagsregler (exempelvis nödvärnsbestämmelser) eller genom preciserande rekvisit i själva brottsbeskrivningarna. Även oskrivna "sedvanerättsliga" undantagsregler måste emellertid accepteras i viss mån, även om det inte fick bli fråga om ett fritt skön för domstolarna att avgöra om straffrättsligt ansvar var lämpligt i ett visst fall (vilket enligt Agge förespråkades inom ramen för rättsstridighetsläran). Se vidare Agge, *Straffrättens allmänna del III* s. 337 ff.

ning var den tyske rättsvetaren Hans Welzel (1904–1977).¹¹ Det nya begreppet användes för att kritisera den tyska rättsstridighetsläran. Welzel vände sig mot den i tysk doktrin förhärskande uppfattningen att en gärning endast utgjorde ett brott om den kränkte eller satte i fara något så kallat rättsgoda ("Rechtsgut").¹² Denna tanke byggde enligt Welzel på föreställningen om rättsgoda som någon form av abstrakta värden, som inte var kopplade till den konkreta verklighet i vilken brottsliga gärningar begås. En stor mängd allmänt förekommande och socialt accepterade gärningar måste emellertid sägas innebära att rättsgoda kränks eller sätts i fara. Utmaningen för straffrättsdogmatiken är därför att skilja mellan de fall där detta är accepterat — exempelvis vid framförandet av järnvägstrafik, en verksamhet som tveklöst innebär en fara för exempelvis liv och hälsa — och de fall där så inte är fallet.¹³ De gärningar som utförs inom ramen för den allmänna ordningen¹⁴ skulle enligt Welzel slagordsmässigt kunna benämnas socialt adekvata ("Solche Handlungen seien schlagwortartig 'sozialadäquat' genannt").¹⁵ Vid tiden omkring 1900-talets mitt var social adekvans ett mycket omdiskuterat begrepp i tysk rätt. Flera författare var kritiska och menade att det utgjorde ett allt för vagt avgränsningskriterium och därför kunde kritiseras från rättsäkerhets-synpunkt.¹⁶

Den förste som i svensk rätt använde begreppet social adekvans var — mig veterligen — Strahl.¹⁷ Hans *Allmän straffrätt i vad angår brotten* från 1976 innehåller ett kapitel som har rubriken "Allmänna grunder

¹¹ Se således Welzel "Studien zum System des Strafrecht", *ZStW* 1938 särskilt s. 511 ff. För en beskrivning av hur begreppet har använts i tysk doktrin i olika tider, se exempelvis Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht" i *Festschrift für Ulrich Klug*, 1983 s. 303 och Knauer, "Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht — Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?", *ZStW* 2014 s. 846.

¹² Se Welzel i *ZStW* 1938, Ordet "Rechtsgut" skulle även kunna översättas med ordet "skyddsintresse". Jag väljer här att istället tala om "rättsgoda" eftersom denna term på ett tydligare sätt knyter an till den specifikt tyska diskussion i vilket begreppet "Rechtsgut" används. Det kan nämnas att Lernestedt i sin avhandling översätter "Rechtsgut" med "rättsgoda", se Lernestedt, *Kriminalisering*, 2003 särskilt kap. 4.

¹³ Welzel menade att "[d]ie moderne Verkehrsentwicklung von der Eisenbahn" var "das instruktivste Beispiel" för hans tes, se Welzel i *ZStW* 1938 s. 515.

¹⁴ Welzel använder den (inte minst på grund av dess otidsenlighet) något svåröversatta formuleringen "der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes", se Welzel i *ZStW* 1938 s. 516.

¹⁵ Welzel i *ZStW* 1938 s. 516 f.

¹⁶ Se, för en överblick av denna diskussion, Albin Eser "'Sozialadäquanz': eine überflüssige oder unversichtbare Rechtsfigur?" i *Festschrift für Claus Roxin* 2001 s. 201–212 och Florian Knauer i *ZStW* 2014 s. 844–865.

¹⁷ Per-Edwin Wallén har tidigare kommit till samma slutsats, se densamme i *SvJT* 1985 s. 314 (påpekandet görs inom ramen för en anmälan av den andra upplagan av Jareborgs *Brotten. Första häftet.*, se *SvJT* 1985 s. 311–322). Det ska dock nämnas att Nelson nämner Welzels användning av begreppet "soziale Adäquanz" redan i sin avhandling från år 1950. Nelson använder emellertid inte begreppet för att analysera den svenska straffrätten, utan avfärdar behovet av en figur som social adekvans. Se vidare Nelson, *Rätt och ära* s. 116.

för brottslighetens uteslutande”.¹⁸ I kapitlet behandlas såväl uttryckligen reglerade grunder för detta (som nödvärn), som då ännu ej reglerade sådana (som samtycke).¹⁹ I det sista underavsnittet, betitlat ”Intressekollisioner och social adekvans” behandlas ett antal fall som inte skulle leda till straffrättsligt ansvar, men som inte kunde inordnas under någon av de övriga grunderna. Enligt Strahl ”är det inte alldeles ovanligt, att handlingar, som är allmänt förekommande och allmänt betraktas som tillåtna, närmare besett är sådana att de rymmes under ett straffbud”.²⁰ Att så var fallet verkar emellertid inte ha uppfattats som ett dogmatiskt problem för Strahl, eftersom han menade att det i allmänhet framstod som ”självfallet” att straffbuden skulle läsas på ett sådant sätt att dessa ”alldagliga och oskyldiga” gärningar inte omfattades av tillämpningsområdet.²¹ Strahl hänvisar inte uttryckligen till den tyska diskussionen om social adekvans, men det kan förmodas att han hämtade inspiration från den tyska doktrinen (boken innehåller inte heller i andra avseenden uttryckliga hänvisningar eller fotnoter).

I nyare svensk doktrin framställs social adekvans vanligen som en integrerad del av straffrättsdogmatiken.²² Jareborg använder begreppet som beteckning på alla *oskrivna* undantagsregler som begränsar det straffrättsliga ansvarets omfattning. Han framhåller att dessa oskrivna undantagsregler kan vara av olika karaktär. Det kan exempelvis röra sig om bristande gärningsculpa eller handlande mot egen rättssfär.²³ En uttrycklig hänvisning till social adekvans är enligt Jareborg nödvändig endast i ett begränsat antal falltyper, exempelvis vid vissa sjukvårdsingrepp och vid utövning av våldsamma sportgrenar. Nedan i avsnitt 4 och 5 diskuterar jag Jareborgs användning av begreppet social adekvans närmare.

Frågan har även diskuterats inom utredningsväsendet. Fängelsestraffkommittén övervägde om det vore lämpligt med en uttrycklig bestämmelse som stadgade att även vissa fall som inte täcktes av någon av de i lagtext stadgade undantagsreglerna inte skulle leda till straffrättsligt ansvar.²⁴ Kommittén framhöll dock att det, med tanke på att såväl den materiella straffrätten som de allmänna värderingarna i samhället ständigt förändras, knappast vore möjligt att formulera en sådan reglering som inte skulle få karaktären av en mycket allmän generalklausul. Risker för cirkelresonemang ansågs också vara över-

¹⁸ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, 1976 kap. 18.

¹⁹ A.a. s. 403 ff.

²⁰ A.a. s. 407.

²¹ A.a. s. 408.

²² Se således Jareborg, *Straffrättens ansvarslära* avdelning III; densamme, *Allmän kriminalrätt* kap. 4; Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder* kap. 3; Leijonhufvud, Wennberg, Ågren, *Straffansvar*, 2015 avsnitt 4.2.7 och Holmqvist, Leijonhufvud, Träskman, Wennberg, *Brottsbalken. En kommentar* avsnitt 24:7.

²³ Jareborg, *Brotten. Första häftet. Grundbegreppen. Brotten mot person*, andra upplagan, Uppsala 1984 kap. 10.

²⁴ Se SOU 1988:7 s. 129 f.

hängande. Av de nämnda skälen avstod man från att föreslå en allmän reglering av de oskrivna undantagsreglerna.²⁵

HD har som nämnts hänvisat till termen social adekvans vid endast ett fåtal tillfällen.²⁶ Första gången så skedde var i NJA 1997 s. 636, som handlade om omskärelse av pojkar av religiösa skäl. Sådan omskärelse kan tveklöst beskrivas i de termer som används i 3:5 BrB (den som tillfogar en annan person kroppsskada, sjukdom eller smärta eller försätter honom eller henne i vanmakt eller något annat sådant tillstånd...). Trots detta ogillade domstolen åtalet med hänsyn till att omskärelse av religiösa skäl är att anses som socialt adekvat så länge relevant samtycke föreligger (24:7 BrB var inte tillämplig eftersom den typ av misshandel som var aktuell var alltför omfattande för att ansvarsfrihet enligt denna bestämmelse skulle kunna aktualiseras).²⁷

3 Social adekvans i vid och i snäv mening

Social adekvans som straffrättsligt begrepp har således sitt ursprung i den allmänna frågan om hur det straffrättsliga ansvaret ska kunna avgränsas till sådana fall där det uppfattas som rimligt att det inträder. Annorlunda uttryckt handlar social adekvans i denna mening om rättsstridighet i vidast tänkbara bemärkelse. I dagens svenska straffrätt verkar begreppet dock i första hand användas vid vissa mycket speciella falltyper. I det här avsnittet diskuteras förhållandet mellan dessa olika sätt att tala om social adekvans. En distinktion görs mellan social adekvans i vid respektive snäv mening. Jag anser att begreppets otydlighet hänger samman med att denna distinktion sällan uppmärksammas: i vissa sammanhang används social adekvans som beteckning på tillåtna gärningar i *allmänhet* och i vissa sammanhang används begreppet för att beteckna en *specifik typ* av tillåtna gärningar.

Den *allmänna* begränsningen av straffansvarets utsträckning kan enkelt uttryckt ske med hänvisning till antingen (a) tolkningen av ett särskilt rekvisit i ett straffbud eller (b) allmänna läror om brott alternativt en undantagsregel med allmän räckvidd (som exempelvis nödvärn enligt 24:1 BrB).

Vad först gäller (a) formuleras det allmänna avgränsningsproblemet i äldre litteratur ofta på ett sätt som ger intryck av att man uppfat-

²⁵ I kommitténs slutbetänkande anges dock att man laborerade med en tänkbar lagtext av följande lydelse. ”Även om någon företar en gärning som inte undantagsvis från ansvar enligt detta kapitel eller annars i lag eller författning, skall han vara fri från ansvar om gärningen är sådan att den uppenbarligen måste anses tillåten.” Se SOU 1988:7 s. 130.

²⁶ I NJA 1988 s. 586 uttalade HD att en lärare ”vid utövande av sin tillsynsplikt inte kan vara avskuren från varje möjlighet till kroppsligt ingrepp mot en elev även då det inte är fråga om en nödvärns- eller nödsituation”. I vissa sammanhang behandlas detta fall under rubriken social adekvans, även om HD inte använder termen. Se således Asp, Ulväng, Jareborg *Kriminalrättens grunder*, s. 263 f. och Leijonhufvud, Wennberg, Ågren, *Straffansvar* s. 84.

²⁷ Det kan tilläggas att omskärelse av pojkar av religiösa skäl numera regleras i lagen (2001:499) om omskärelse av pojkar. För en kommentar av fallet, se Schiratzki ”Social adekvans och barnets bästa — HD om omskärelse” *JT* 1997–98 s. 491–496.

tade tolkning av straffbud som något tämligen mekaniskt; en rent "formell" aktivitet som måste kompletteras med "materiella" överväganden (som har att göra med sådant som teleologi och lämplighetshänsyn).²⁸ Såväl rättsstridighetslärorna som exempelvis Agges tal om olika former av "typicitet" kan sägas bygga på ett sådant synsätt. Denna syn på tolkning av straffbud framstår idag som föråldrad. Att tillämpa en straffbestämmelse är inte fråga om automatiserad subsumtion som därefter kompletteras med materiella, normativa hänsyn. Tolkning involverar tvärtom såväl "formella" som "materiella" överväganden. Det är därför enligt min mening rimligt att utgå från att en del av de frågor som i äldre litteratur har hanterats "bortom" den formella subsumtionen — genom hänvisning till någon form av allmänt, materiellt rättsstridighetsbegrepp vid sidan av den formella tillämpningen av straffbuden — i första hand har att göra med tolkning av specifika straffbud. Samma sak kan sägas om den litteratur där social adekvans används som ersättning för ett allmänt rättsstridighetsbegrepp. Att en gärning är "socialt adekvat" kan med andra ord ofta beaktas redan vid subsumtionsförfarandet. Strahl verkar ha använt beteckningen social adekvans främst vid tolkningen av de enskilda straffbudens rekvisit, där dessa alltså skulle läsas på ett sådant sätt att de inte omfattade vissa socialt accepterade gärningar, även om de rent språkligt lämnade utrymme för en sådan tillämpning.²⁹ En hänvisning till social adekvans blir med detta synsätt inte en fråga om begränsning av ansvaret med hjälp av en dogmatisk undantagsregel som gäller för många brottstyper, utan ett sätt att förklara varför en viss straffbestämmelse ska tolkas på ett visst sätt. Att en gärning är "socialt adekvat" används som argument för att göra reduktionsslut.³⁰

I fråga om (b) kan följande sägas. Även om utgångspunkten för varje straffrättslig bedömning är tolkningen av bestämda straffbud måste rättstillämparen, efter att denne har kommit fram till att en straffbelagd gärning föreligger, ta hänsyn till allmänna läror om brott som har utarbetats inom ramen för straffrättens allmänna del, liksom till allmänna, kodifierade undantagsregler. Straffrättens allmänna del i sin helhet kan, vad avser brotten, beskrivas som en samling läror med vars hjälp en domstol kan avgöra om det är rimligt att en gärning som kan subsumeras under ett straffbud leder till straffrättsligt an-

²⁸ Den materiella typiciteten kunde enligt Agge hanteras genom restriktiv lagtolkning, genom införandet av olika typer av negativa rekvisit — antingen direkt i straffbuden (exempelvis rekvisit som "olovligen") eller genom allmänna bestämmelser om exempelvis nödvärn — eller med hänsyn till straffrihetsgrunder som hade tillkommit genom praxisbildning. Se Agge, *Straffrättens allmänna del III*, 334 ff.

²⁹ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten*, s. 407 f.

³⁰ Jareborg framhåller att "gränsen" mellan att göra ett reduktionsslut (dvs. att en rättsregel i en särskild situation tolkas snävt, på ett sådant sätt att en viss gärning inte anses kunna subsumeras under detta) och att tillämpa en oskriven undantagsregel ofta är oklar, se Jareborg, *Straffrättens ansvarslära* s. 180 och densamme, *Allmän kriminalrätt* s. 290.

svar.³¹ I takt med att den allmänna delen har utvecklats har olika sätt att avgränsa det straffrättsliga ansvaret preciserats, inte minst i doktrinen. Denna utveckling verkar ha minskat behovet av en övergripande, allmän princip som skulle kunna förklara alla de fall där ansvar inte utkrävs. Jareborg nämner exempelvis att gärningar som inte är culpösa kan beskrivas som socialt adekvata.³²

I *vid mening* innebär social adekvans alltså helt enkelt att en viss gärning är tillåten. Att en gärning är social adekvat i denna vida mening innebär med andra ord att den inte ska föranleda ansvar trots att det också hade funnits utrymme att subsumera gärningen under ett straffbud om man hade valt en annan, möjlig, tolkning av detsamma, *eller* om man hade valt att utforma de allmänna lärorna om brott anorlunda (exempelvis vad gäller de orsaksrelationer som anses vara straffrättsligt relevanta). Gärningen kan vara tillåten antingen på grund av subsumtionsöverbäganden eller med hänsyn till att någon allmän dogmatisk förutsättning inte är uppfylld i det enskilda fallet.

I *snäv mening*, däremot, verkar termen social adekvans ha reserverats för fall där det råder brist på preciserade argument med hjälp av vilka man hade kunnat förklara varför en viss gärning inte ska föranleda straffrättsligt ansvar, men man *ändå* menar att gärningen bör vara tillåten. "Socialt adekvat" är då en gärning som är tillåten trots att den (i) vid en korrekt tolkning av ett visst straffbud bör subsumeras under detta och (ii) inte är tillåten på grund av antingen en uttrycklig undantagsregel eller en oskriven, men dogmatiskt elaborerad sådan. I doktrinen har begreppet använts i denna mening bland annat för att förklara varför vissa våldsgärningar som begås i sportsliga sammanhang, eller inom ramen för hälso- och sjukvården, inte ska leda till straffrättsligt ansvar, trots att de har varit sådana att de inte har gått att samtycka till med ansvarsbefriande verkan enligt 24:7 BrB.³³

När social adekvans används på detta sätt verkar det främst uppfattas som ett sätt att utvidga den rättfärdigande omständigheten samtycke. I de svenska framställningar om straffrättens allmänna del som alls nämner social adekvans återfinns avsnittet om detsamma också i det kapitel som i övrigt behandlar det som med Jareborgs terminologi benämns rättfärdigande omständigheter.³⁴ Det finns emellertid också

³¹ Se för samma ståndpunkt Träskman, "Föränderligt och oföränderligt i straffrättens allmänna läror", *NTJK* 2004 s. 160–179.

³² Jareborg, *Straffrättens ansvarslära* s. 180 och densamme, *Allmän kriminalrätt* s. 290.

³³ Linnéa Wegerstad diskuterar social adekvans utifrån detta perspektiv, i samband med att den eventuella ansvarsfriheten för vissa våldsgärningar utförda inom ramen för så kallat BDSM-sex ska diskuteras, se Wegerstad, "Befriar leken från ansvar? Om BDSM, samtycke och social adekvans", *Juridisk Publikation* 2012 s. 239–261.

³⁴ Se således Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten* kap. 18 (betitlat "Allmänna grunder för brottslighetens uteslutande"; Jareborg, *Allmän kriminalrätt* kap. 4; Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder* kap. 3 och Leijonhufvud, Wennberg, Ågren, *Straffansvar* avsnitt 4.2 (författarna använder termen "objektiva ansvarsfrihetsgrunder).

andra typer av fall som brukar nämnas under rubriken socialt adekvans i doktrinen. Ett sådant exempel är att en lärare vid utövande av sin tillsynsplikt anses kunna utföra vissa tvångsgärningar som inte hade varit accepterade i andra sammanhang.³⁵

4 Social adekvans hos Roxin och Jareborg

4.1 I vid mening

I den tyska doktrinen har bland andra Roxin hävdad att begreppet social adekvans är ett förlegat dogmatiskt verktyg som det inte längre finns skäl att använda sig av, eftersom det numera finns mer finstämda instrument tillgängliga.³⁶ Roxin framhåller att de tankar som ligger bakom användningen av beteckningen i och för sig är riktiga, men att alla de fall som tidigare har kategoriserats med hjälp av det vaga och slagordsmässiga uttrycket social adekvans istället bör hantteras inom ramen för läran om "Objektive Zurechnung".³⁷ Roxin gör en distinktion mellan två olika typer av fall som har betecknats som socialt adekvata i den tyska doktrinen. För det första (i) är det fråga om gärningar som i och för sig kan subsumeras under ett straffbud, men som är produkten av ett tillåtet risktagande ("erlaubtes Risiko") och därför inte ska föranleda straffrättsligt ansvar. För det andra (ii) rör det sig om allmänt accepterade, obetydliga ("geringfügige") gärningar, som förvisso skulle kunna subsumeras under ett straffbud, men som i det enskilda fallet inte kränker det rättsgoda ("Rechtsgut") som kan kopplas till den aktuella bestämmelsen.³⁸ I dessa fall kan ansvarsfriheten enligt Roxin förklaras med hänsyn till en teleologiskt inriktad, snäv tolkning av straffbudet, där dessa inte anses vara tillämpliga om skyddsintresset inte kränks i det enskilda fallet. De "socialt adekvata" fallen kan således hanteras på ett dogmatiskt preciserat sätt. Social adekvans är inte (längre) att betrakta som en dogmatisk kategori i sig. När Roxin hänvisar till begreppet används det således i vid mening. Han menar att det inte finns något behov av att också använda detsamma i (vad jag här har kallat) snäv mening.

Jareborg för ett resonemang som på flera sätt påminner om Roxins. Liksom Roxin ser Jareborg beteckningen social adekvans som en slutsats vilken man kan komma fram till med flera olika argument, men inte som ett argument i sig. Liksom Roxin verkar han också uppfatta de dogmatiska preciseringar som han har formulerat inom ramen för sitt brottsbegrepp som ett sätt att avgöra vilka fall som också skulle ha kunnat betecknas som socialt adekvata i begreppets vida mening. Genom de olika begränsande läror och principer som ingår i brottsbegreppet kan det straffrättsliga ansvaret avgränsas till sådana fall där det uppfattas som rimligt att det inträder. Ett exempel på en sådan

³⁵ Stöd för denna synpunkt brukar hämtas i det ovan nämnda avgörandet NJA 1988 s. 586.

³⁶ Roxin i *Festschrift für Ulrich Klug* s. 304.

³⁷ Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, 2006 s. 296 ff.

³⁸ A.a. s. 298 f.

begränsande lära är Jareborgs begrepp gärningsculpa.³⁹ Med hjälp av detta kan vissa fall, som i äldre litteratur har använts som exempel på straffrihet sorterade under den allmänna beteckningen social adekvans, hanteras inom ramen för en utvecklad dogmatik, där ett antal frågeställningar besvaras i en viss ordning för att nå fram till en slutsats. Enligt Jareborg är endast sådana straffbelagda gärningar som antingen har utförts med gärningskontroll eller som har varit gärningsculpösa att betrakta som brottsbeskrivningsenliga.⁴⁰ Detta sätt att resonera påminner i hög grad om Roxins argumentation i fråga om hans falltyp (i).

Både Roxin och Jareborg verkar uppfatta social adekvans som en primitiv form av straffrättslig ansvarsbegränsning; ett sätt att förklara att en gärning är tillåten i fall där man saknar mer sofistikerade argument för denna slutsats. Enligt min mening ligger det mycket i denna iakttagelse. Följande klassiska skolexempel kan illustrera Jareborgs och Roxins poäng. Arvingen A bjuder sin arvtant på en flygresor i syfte att planet ska störtas och arvet realiseras, varpå så också sker. Strahl menade att ett sådant agerande från A:s sida är straffritt med hänvisning till att det måste betraktas som socialt adekvat att ge bort en flygbiljett.⁴¹ Detta påstående innebär emellertid endast ett konstaterande av att det är accepterat att bjuda andra på flygbiljetter oavsett vilka onda avsikter som ligger bakom. Hänvisningen till det socialt adekvata i agerandet har inte något förklaringsvärde bortom beskrivningen av just denna falltyp. Vilka gärningar som är socialt adekvata i denna vida mening är närmast något empiriskt.

”Social adekvans” som ett *argument* tycks ligga farligt nära ett cirkelresonemang: en viss gärning är tillåten för att den bör vara det. Så är emellertid fallet också vid en gärningsculpaprövning. Man har goda skäl att avstå från att göra det man inte *bör* göra. Ledning för vad man bör och inte bör göra kan i vissa fall hämtas från uttalade normer — exempelvis i fråga om hur man bör agera i trafiken — men måste ofta göras utan hänvisning till kodifierade regler. Enligt min mening finns dock inte minst en pedagogisk poäng med att metodiskt ställa vissa på förhand formulerade frågor i en viss ordning för att därigenom komma fram till ett resultat. En erfaren domare har i de flesta fall för-

³⁹ En gärningsculpaprövning handlar om att urskilja huruvida sådana straffbelagda gärningar som inte begås med (det som Jareborg benämner) gärningskontroll är brottsbeskrivningsenliga. Prövningen sker genom att rättstillämparen frågar om en viss kontrollerad gärning har inneburit ett otillåtet risktagande i förhållande till en viss okontrollerad följd, och om följden har varit relevant i förhållande till risktagandet. Se vidare Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder* avsnitt 2.6.

⁴⁰ Se angående det sagda Jareborg, *Straffrättens ansvarslära* s. 187 samt Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder* s. 143 f. och a.a. s. 255 f.

⁴¹ Strahl, *Allmän straffrätt i vad angår brotten* s. 408. Det kan nämnas att Strahl diskuterar alternativet att istället hantera det nämnda exemplet med hjälp av läran om adekvat kausalitet, men att han — med hänvisning till att flygolyckor trots allt är vanliga (!) och i alla händelser utgör en typisk fara vid flygresor — avfärdar att denna lära skulle kunna erbjuda en lösning på problematiken.

värvat ett straffrättsligt omdöme med hjälp av vilket vederbörande kan skilja mellan det socialt inadekvata och det tillåtna, men genom att begreppsliggöra frågan — exempelvis genom begreppet gärningsculpa — kan bedömningen verbaliseras och därmed diskuteras på ett strukturerat sätt. All rättsdogmatik syftar till att åstadkomma sådan struktur. I denna mening är gärningsculpa ett dogmatiskt mer avancerat begrepp än vad social adekvans i vid mening är. Ur Roxins perspektiv kan samma sak sägas om de överväganden som ska göras vid bedömningar av "Objektive Zurechnung".

4.2 I snäv mening

Enligt Roxin kan, som nämnts, *alla* de fall som tidigare har betecknats som socialt adekvata hanteras inom ramen för en mer preciserad dogmatik. Jareborg menar däremot att det fortfarande finns ett behov av ett allmänt begrepp som social adekvans, också i dess snäva mening. Det sagda kan förklaras enligt följande.

De begränsningar av det straffrättsliga ansvaret som sker vid bedömningen av gärningsculpa förutsätter att en viss kontrollerad gärning har resulterat i en okontrollerad följd.⁴² Endast om den okontrollerade följden utgör ett relevant förverkligande av ett otillåtet risktagande föreligger gärningsculpa. Såväl bedömningen av risktagandet som relevansprövningen är inriktade på orsaksrelationen mellan kontrollerad gärning och okontrollerad följd. När en straffbelagd gärning begås med gärningskontroll, däremot, är den kontrollerade gärningen straffbelagd i sig. Ett exempel på denna typ av fall, som nämns av Jareborg, är vissa insatser inom vården.⁴³ En operation som utförs i enlighet med relevant regelverk är inte gärningsculpös i förhållande till en viss förverkligad risk (exempelvis en kroppsskada som kan subsumeras under exempelvis 4:7, 3:5 respektive 3:8 BrB) som var förknippad med operationen. Den läkare som utför operationen har inte goda skäl att avstå från den. Även den kontrollerade gärning som består i att, exempelvis, skära i en patient kan emellertid subsumeras under flera olika straffbud. I förhållande till *denna* straffbelagda gärning blir det inte aktuellt att göra en gärningsculpaprövning, eftersom den utförs med gärningskontroll. Att läkaren inte ska hållas straffrättsligt ansvarig för att ha skurit i patienten kan därför inte förklaras med hänvisning till bristande gärningsculpa. Inte heller är någon annan begränsande lära, eller uttrycklig undantagsregel, tillämplig. I avsaknad av sådana argument kvarstår endast allmänna rimlighetsöverväganden: i vissa speciella typer av fall föreligger praxis enligt vilken straffrättsligt ansvar inte ska utkrävas. Ansvarsfriheten motiveras med hänvisning till social adekvans.

⁴² Angående frågan hur en gärningsculpaprövning går till, se Asp, Ulväng, Jareborg *Kriminalrättens grunder* avsnitt 2.6.

⁴³ Se Jareborg, *Allmän kriminalrätt* s. 296 ff.

Sett ur detta perspektiv blir social adekvans just en dogmatisk "slasktratt"; en "säkerhetsventil" som blir aktuell när det inte finns något annat sätt att förklara varför en viss gärning inte ska leda till straffrättsligt ansvar. Roxin menar att "slasktratten" har spelat ut sin roll, medan Jareborg menar att det fortfarande finns fall där en viss gärning är tillåten, men detta inte kan förklaras på annat sätt än genom hänvisning till tillåtligheten som sådan.

Begreppet social adekvans i snäv mening kan därför beskrivas som täckande de fall som *blir över* när övriga dogmatiska verktyg har visat sig obrukbara, men en viss gärning ändå inte bör föranleda straffrättsligt ansvar. En avancerad straffrättsdogmatik gör att det i de flesta fall finns bättre förklaringar till varför en gärning är tillåten än en hänvisning till slutsatsen som sådan, men i vissa fall räcker systemet inte till och bara slutsatsen blir kvar. En hänvisning till att en gärning är socialt adekvat i begreppets vida mening är onödig, om man istället kan hänvisa till hur ett visst straffbud bör tolkas i ett särskilt fall eller till exempelvis kravet på gärningsculpa. I takt med att straffrättsdogmatiken utvecklas kommer behovet av ett så allmänt och vagt begrepp som social adekvans att minska i motsvarande mån. Att exempelvis kroppsliga ingrepp tillåts vid sjukvård eller att kampsportsutövning inom ramen för spelets idé inte leder till straffrättsligt ansvar kan emellertid knappast förklaras på annat sätt än att det har ansetts vara orimligt, eller åtminstone olämpligt, om så skulle ske.⁴⁴

5 Social adekvans i praxis: exemplet NJA 2014 s. 808

Av det hittills sagda framgår att social adekvans är ett begrepp som kan användas på flera olika sätt. I de få avgöranden där HD hänvisar till begreppet är det inte heller alldeles tydligt vilken användning som avses. NJA 2014 s. 808 är det avgörande från senare år där social adekvans diskuteras mest utförligt i domskälen. I det följande avsnittet används detta avgörande som illustration till den ovanstående diskussionen om olika användningar av begreppet.

Avgörandet berör, som nämnts, huruvida två studenter som i en uppsats hade gjort vissa uttalanden vad gällde en viss persons brottslighet hade gjort sig skyldiga till förtal enligt 5:1 BrB. Förtalsbestämmelsen innehåller flera komplicerade rekvisit. I bestämmelsens första stycke anges att den som utpekar någon som brottslig eller klandervärd i sitt levnadssätt eller eljest lämnar uppgift som är ägnad att utsetta denne för andras missaktning ska dömas för förtal. I ett andra stycke kompletteras det sagda med att det dock ej ska dömas till ansvar om uppgiftslämnaren var skyldig att uttala sig eller det eljest med hänsyn till omständigheterna var försvarligt att lämna uppgift i saken, och han visar att uppgiften var sann eller att han hade skäligen grund för den.

⁴⁴ Se angående dessa typer av fall Jareborg, *Allmän kriminalrätt* s. 291 ff. och Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, andra upplagan, Uppsala 2013 s. 254 ff.

I domskälen konstaterar HD inledningsvis att det faktum att den aktuella uppsatsen hade diskuterats på ett seminarium innebar att uppgifterna hade lämnats till annan och att de uppgifter som omfattades av åtalet pekade ut målsäganden som brottslig eller i vart fall klandervärd i sitt levnadssätt. Därefter övergår domstolen till att bedöma om de tilltalade skulle vara straffria med hänsyn till 5:1 st. 2 BrB. Här kan konstateras att det är upp till den tilltalade att visa att denna hade skälig grund för uppgiften och att försvarlighetsbedömningen ska göras utan hänsyn till uppgiftens sanningshalt eller grund.⁴⁵ För att ansvarsfrihet ska inträda krävs att det var försvarligt att lämna uppgiften *och* att det fanns grund för den. Domstolen konstaterar att uppgiftslämnandet i och för sig var försvarligt, men att de tilltalade inte hade haft skälig grund för två av de uppgifter som omfattades av åtalet.

Sedan man har konstaterat detta går HD vidare och frågar sig om det kunde föreligga straffrihet på annan grund. Med hänvisning för talsbestämmelsens förarbeten framhålls i domskälen att sådana uttalanden som sker i en trängre krets kan vara straffria även om det inte finns skälig grund för dem.⁴⁶ Enligt domstolen kan ett seminarium vid en universitetskurs inte jämföras med en sådan trängre krets, varför förfarandet inte var straffritt på denna grund. Därefter — och det är denna fråga som är av intresse här — tar man ytterligare ett steg och konstaterar att man "[n]är det gäller gränsen för vad som utgör en straffbar gärning" även bör beakta "den oskrivna undantagsregel som i den straffrättsliga litteraturen behandlas under rubriken social adekvans". I nästa mening konstateras att "[a]nsvarsfrihet enligt principen om social adekvans kan aktualiseras beträffande situationer där det framstår som orimligt och oavsiktligt att ett straffrättsligt ingripande sker". Domstolen hänvisar till ett uttalande i doktrinen av innebörd att uppgiftslämnande som sker i ett särskilt syfte, exempelvis att "motverka ryktesspridning" eller "framställa en dementi" med mera är socialt adekvat.⁴⁷ Något sådant syfte fanns inte i det aktuella fallet och även om domstolen också konstaterar att det vore rimligt att vissa misstag skulle tolereras i en utbildningssituation var "[u]ndantagsregeln om social adekvans" inte tillämplig i det enskilda fallet. Till stöd för denna ståndpunkt hänvisar HD också till att frågor om källkritik hade behandlats på kursen och att de tilltalade hade tidigare erfarenheter av högskolestudier. De båda dömdes därför för förtal.

Med utgångspunkt i Jareborgs brottsbegrepp och den distinktion mellan social adekvans i vid och i snäv mening som jag har gjort ovan är det möjligt att betrakta NJA 2014 s. 808 som ett exempel på hur begreppet kan användas i dess snäva mening. Vid tolkningen av det

⁴⁵ Se Jareborg, Friberg, Asp, Ulväng, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, andra upplagan, Uppsala 2015 s. 98.

⁴⁶ Se NJA 2014 s. 808 med hänvisning till prop. 1962:10 s. B 144 f.

⁴⁷ Se NJA 2014 s. 808 och Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Uppsala 2010 s. 70.

aktuella rekvisitet har domstolen kommit fram till att gärningen bör beskrivas i enlighet med detta och därmed subsumeras under straffbudet. Därefter tar domstolen *ytterligare* ett steg, när den konstaterar att de tilltalade inte hade haft skälig grund för sina uppgifter, men *ändå* frågar sig om ansvarsfrihet ska inträda på annan grund. Den aktuella gärningen — lämnandet av vissa uppgifter i en studentuppsats om en annans klandervärda levnadssätt som det inte fanns skälig grund för — utfördes, utifrån Jareborgs begreppsbildning, med gärningskontroll (de tilltalade hade på order kunnat avbryta det aktuella kausalförloppet). Det blir därför inte aktuellt att utesluta straffansvar med hänsyn till bristande gärningsculpa. Inte heller var någon annan begränsande lära tillämplig, och någon rättfärdigande omständighet förelåg inte. Om man av någon anledning inte vill döma till ansvar kvarstår endast den allmänna hänvisningen till "social adekvans" som utväg.

Det finns emellertid anledning att se närmare på hur HD använder begreppet social adekvans i domskälen. Domstolens sätt att resonera för tankarna till att det skulle röra sig om en prövning av en viss, bestämd, oskriven undantagsregel eller undantagsprincip. Efter att domstolen har kommit fram till att förfarandet skulle omfattas av bestämmelsens rekvisit går den vidare och frågar sig om gärningarna ändå kan vara straffria med hänsyn till denna princip. "Principen" verkar uppfattas som en allmän bedömning av om det i ett särskilt fall är, som det formuleras i domskälen, "orimligt och oavsiktligt" att döma till straffrättsligt ansvar. Det är dock svårt att finna stöd för att det skulle vara upp till domstolarna att göra en sådan bedömning i varje enskilt fall. Utgångspunkten bör vara att straffrättslig rättstillämpning är lagbunden och att tillämpliga straffbud också används.

Att det i vissa fall inte ska dömas till ansvar för förtal trots att en person inte har haft skälig grund för en viss uppgift är enligt min mening inte resultatet av tillämpningen av en *allmän* princip om att straffansvar endast ska inträda om det är rimligt att så är fallet, utan om tillämpningen av det *specifika* lagrummet 5:1 BrB. De överväganden som HD lägger till grund för sitt avgörande i frågan ger inte nödvändigtvis några implikationer bortom detta lagrum, även om man använder den allmänna termen "social adekvans" för att komma fram till sin slutsats. Det sagda illustrerar inte minst Jareborgs påpekande om att det ofta är svårt att göra en distinktion mellan reduktionslut och en hänvisning till social adekvans: istället för att hänvisa till social adekvans som oskriven undantagsregel hade HD också kunnat hävda att om en viss uppgift lämnas i vissa syften (exempelvis att motverka ryktesspridning) har man skälig grund att göra detta, även om man med andra syften inte hade haft sådan grund. I sådana fall hade resonemanget hänfört sig till tolkningen av det aktuella rekvisitet, snarare än till en undantagsregel som tas till när tolkningsförfarandet leder

till oönskade konsekvenser. Det är därför svårt att dra några generella slutsatser om social adekvans utifrån NJA 2014 s. 808.

6 Utvecklingspotential för social adekvans som dogmatisk kategori?

I den tyska doktrinen har vissa författare, i opposition till exempelvis Roxin, hävdats att begreppet social adekvans skulle kunna utvecklas till en dogmatisk kategori med vars hjälp det vore möjligt att skilja straffvärda ageranden från icke straffvärda sådana, i enskilda fall. Exempelvis har Eser påpekat att begränsningen av det straffrättsliga ansvaret alltid måste ske med hjälp av vaga begrepp och att alternativet till att hänvisa till social adekvans inte nödvändigtvis är att föredra.⁴⁸ Inte minst för de fall som Roxin placerar i den andra av sina båda fallgrupper, dvs. brukliga och socialt accepterade gärningar som kan beskrivas som ringa fall av en viss brottstyp (se ovan avsnitt 4), kan just social adekvans enligt Eser vara ett användbart begrepp.⁴⁹ I ledet "social" ("sozial") skulle i sådana fall ligga ett krav på att gärningen är vanlig och allmänt accepterad, och genom ledet "adekvans" ("Adäquanz") skulle gärningens normativa lämplighet i det enskilda fallet kunna bedömas.⁵⁰ Genom att dessa kategorier utvecklas dogmatiskt skulle en metodik kunna utarbetas med hjälp av vilken det skulle vara möjligt att skilja tillåtna från otillåtna gärningar.

Med utgångspunkt i Jareborgs brottsbegrepp kan det i förstone framstå som underligt att det finns en utarbetad metodik för att skilja otillåtna risktaganden från tillåtna sådana, medan det i fall där en viss straffbelagd gärning har utförts med gärningskontroll inte finns tillgång till samma dogmatiska verktyg. Gärningsculpabedömningar görs endast i förhållande till sådana fall där den straffbelagda gärningen är en okontrollerad följd av en viss kontrollerad gärning. Det kan framstå som önskvärt man borde kunna tala om "tillåten kontrollerad gärning" på samma sätt som man talar om "tillåtet risktagande". Bedömningar av gärningsculpa innebär (i första ledet) att man frågar sig om en viss gärningsman hade goda skäl att avstå från en viss kontrollerad gärning i förhållande till en viss okontrollerad följd. Man har exempelvis (som nämnts) inte goda skäl att avstå från den kontrollerade gärningen 'bjuda på flygresor' i förhållande till att denna gärning i förlängningen ska leda till den okontrollerade följden att annan berövas livet (genom att ta emot flygbiljetten och ge sig ut på resa). När den kontrollerade gärningen kan beskrivas i samma termer som formuleringen i ett straffbud finns inte någon okontrollerad följd, eftersom hela det relevanta händelseförloppet har kontrollerats av gärningsmannen. Annorlunda uttryckt har man, på nivån för brottsbeskrivningens enhet, alltid goda skäl att avstå från att kontrollerat göra något som är straffbelagt. När en domstol ska förklara varför en kontrol-

⁴⁸ Eser i *Festschrift für Claus Roxin*, särskilt s. 210 ff.

⁴⁹ A.a. s. 211.

⁵⁰ A.a. s. 211.

lerad gärning som i sig är straffbelagd inte är otillåten kvarstår — för det fallet att någon uttrycklig undantagsregel inte är tillämplig — endast möjligheten att påstå att gärningen är socialt adekvat.

Med hänsyn till Esers ovan återgivna synpunkter kan det dock finnas anledning att överväga möjligheten att utveckla begreppsbyggnaden kring social adekvans. En utgångspunkt bör i sådana fall vara att det endast i ett begränsat antal fall bör vara aktuellt att använda begreppet i dess snäva mening. En ordning där domstolarna i varje enskilt fall skulle göra mer allmänna lämplighetsöverväganden, och endast döma till ansvar i sådana fall där man anser detta inte framstår som orimligt, vore inte önskvärd. Även om straffrihet med hänsyn till en oskriven undantagsregel är till den tilltalades fördel skulle ett sådant förfarande leda till farhågor om bristande förutsebarhet och legalitet.⁵¹

Däremot kan det vara intressant att undersöka om de fall där det har ansetts finnas behov av en allmän, oskriven undantagsregel kan systematiseras. Jag vill därmed först och främst upprepa att social adekvans ofta används vid tolkningen av enskilda rekvisit i enskilda brottstyper. Så var exempelvis fallet i NJA 2014 s. 808, som i nu aktuellt avseende endast handlade om att det i vissa sammanhang eventuellt kan vara socialt adekvat att lämna uppgifter om annans brottslighet eller klandervärda leverne trots att man inte har haft skäligen grund för detta. Frågan om social adekvans gäller endast tolkningen av ett visst rekvisit i 5:1 BrB och resonemanget angående detta rekvisit kan inte överföras till att gälla andra rekvisit.⁵² I doktrinen har det även nämnts att vissa gärningar som utförs under speciella omständigheter kan vara socialt adekvata (i snäv mening). Så har exempelvis ansetts vara fallet i fråga om tagande av olovlig väg (12:4 BrB) vid militära övningsändamål.⁵³ I dessa typer av fall är det mycket svårt, och knappast särskilt funktionellt, att göra en distinktion mellan tolkning med hjälp av reduktionsslut och tillämpning av en allmän undantagsregel om social adekvans. Frågan gäller hur enskilda rekvisit ska förstås.

Det går emellertid också att tänka sig social adekvans (i snäv mening) som beteckning på en mer allmän kategori av fall. Den sociala

⁵¹ I samband med att Fängelsestraffkommittén övervägde om man skulle föreslå en uttrycklig regel som innebar ett slags kodifiering av den sociala adekvansen framhöll kommittén att de överväganden man gjorde "naturligtvis" *inte* innebar att kommittén skulle anse det vara "förenligt med de tankar som ligger bakom legalitetsprincipen att — vid sidan av de lagreglerade fallen — tillerkänna domstolarna rätt att göra en fri avgränsning mellan varandra motstående intressen och att medge ansvarsfrihet när detta i det enskilda fallet förefaller lämpligt", se SOU 1988:7 s. 129.

⁵² Se Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder* s. 266 f. där det nämns att resonemang i termer av social adekvans kan bli aktuella, utöver i fråga om 5:1 BrB, vad gäller exempelvis förolämpning (5:3 BrB) och skadegörelse (12:1 BrB).

⁵³ Se Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder* s. 265. På a.s. nämns även andra liknande exempel, som att vanliga straffrättsliga regler sätts ur spel vid krigsföring och att det i vissa fall kan vara aktuellt att fria för våldsamt motstånd (17:4) på grund av social adekvans om gärningen har föregåtts av provocerande beteende av en myndighetsperson. Se även SOU 1988:7 s. 138 f.

adekvansen är då inte kopplad till enskilda rekvisit, utan snarare till utövandet av viss verksamhet som i och för sig kan aktualisera flera olika brottstyper. Asp, Ulväng och Jareborg nämner särskilt två falltyper där social adekvans kan bli aktuellt.⁵⁴ För det första rör det sig om "Sport och dylikt".⁵⁵ En strikt tillämpning av de straffrättsliga reglerna skulle göra att intresset av sportutövning skulle motverkas vad gäller vissa grenar (som kampsport). För det andra rör det sig om "Åtgärder inom hälso- och sjukvården".⁵⁶ Intresset av exempelvis ett visst kirurgiskt ingrepp väger i allmänhet tyngre än intresset av straffrättslig lagföring. Båda dessa falltyper har flera saker gemensamt. För det första råder en tydlig *normkonflikt* mellan lagföring och ett visst annat intresse. I NJA 1997 s. 636 uttalar HD att det finns ett utrymme för tillämpning av oskrivna regler om ansvarsfrihet just när "det föreligger en kollision mellan ett straffskyddat intresse och något annat intresse som bör sättas före". För det andra uppfattas det intresse som talar emot lagföring som *viktigt* eller *nyttigt* för den person som utsätts för den straffbelagda gärningen. För det tredje är det fråga om verksamheter som i hög grad är *regelstyrda*. Såväl inom idrottens värld som inom sjukvården finns särskilda regelverk som avgör vad som är tillåtet inom ramen för verksamheten. För det fjärde är det (även om undantag finns vad gäller åtgärder inom sjukvården) fråga om verksamhet som de inblandade har lämnat sitt *samtycke* till. Det rör sig om fall där 24:7 BrB hade kunnat tillämpas om det inte vore för att den straffbelagda gärningen har varit sådan att den inte har gått att samtycka till med ansvarsbefriande verkan (exempelvis på grund av att våldsutövningen har varit för kraftig). "Social adekvans" används i den aktuella typen av fall som ett sätt att utvidga tillämpningsområdet för 24:7 BrB i vissa speciella situationer. Detta är ett synnerligen snävt sätt att använda begreppet.

Jag har inom ramen för den här artikeln inte någon ambition att ta ställning till om det finns potential att utveckla resonemanget ovan till ett verktyg för att avgränsa det straffrättsliga ansvaret. Det står klart att de berörda argumenten endast gäller för en del av de fall som brukar ges etiketten social adekvans. I fråga om exempelvis lärares tillsyn över sina elever föreligger som nämnts exempelvis inte något samtycke från den eventuella elevens sida. Inte heller kan de nämnda argumenten förklara varför föräldrar som bär hem sina barn från sandlådan mot deras vilja inte begår otillåtna gärningar. I vissa speciella typer av fall räcker straffrättsdogmatiken inte till.

7 Avslutning

Florian Knauer har, ur ett tyskt perspektiv, noterat att fenomen som betecknas som "socialt adekvata" befinner sig i en process av "förrätts-

⁵⁴ Se även SOU 1988:7 s. 137 ff., där samma falltyper diskuteras av Fängelsestraffkommittén.

⁵⁵ Se Asp, Ulväng, Jareborg, *Kriminalrättens grunder* s. 256 ff.

⁵⁶ A.a. s. 258 ff.

ligande” (“Verrechtlichung”), där något som tidigare inte har uppmärksammats straffrättsligt förs in i det rättsliga systemet.⁵⁷ Ett exempel på detta fenomen är enligt Knauer just omskärelse av pojkar av religiösa skäl: en praktik som under lång tid har undandragit sig de rättsvårdande myndigheternas uppmärksamhet, men som vid ett visst tillfälle har gett upphov till en straffrättslig ansvarsfråga. Enligt Knauer används ”social adekvans” som utväg för att inte döma till ansvar i ”nya” falltyper där det råder en normkonflikt mellan lagföring och ett annat intresse (som utövandet av en ritual av religiös betydelse). Sedan falltypen har uppmärksammats i doktrinen finns enligt Knauer en tendens att hänföra ansvarsfriheten till en annan, mer preciserad rättsfigur (exempelvis en viss variant av läran om ”objektive Zurechnung”). Det förekommer också att lagstiftaren träder in. Social adekvans är därför att betrakta som en mellanstation (“Zwischenlager”) i ett visst fenomenets straffrättsdogmatiska utveckling; från att ha ignorerats av domstolarna betraktas det under en period som ”social adekvat”, för att sedan klassificeras inom ramen för det straffrättsliga systemet. Det ovan nämnda NJA 1997 s. 636 skulle kunna användas som exempel på det sagda ur ett svenskt perspektiv. Domstolen ställdes inför en intressekollision som den svenska straffrätten var dåligt rustad att möta och hänvisningen till ”social adekvans” utgjorde en väg ut ur ett juridiskt dilemma. Inom några år kom lagstiftning som reglerar praktiken med omskärelse av pojkar och det finns möjlighet att grunda ansvarsfriheten i denna.

Begreppet social adekvans tycks sammanfattningsvis användas när rättstillämparen i ett visst fall ser ett behov av att komma fram till slutsatsen att en gärning i tillåten, men i brist på argument för denna nöjer sig med en hänvisning till *slutsatsen som sådan*. Det är då inte fråga om att tillämpning av en ”undantagsregel om social adekvans” gör en gärning tillåten, utan om att en viss oskriven undantagsregel *visar* att en gärning är socialt adekvat — eller, med andra ord, tillåten.

⁵⁷ Se Knauer i *ZStW* 2014 s. 856.