

Straffrätten — i går, i dag och i morgon

Av professor PETTER ASP

I artikeln söker författaren, med utgångspunkt i det som är och har varit (och utan varje anspråk på fullständighet), peka på vissa centrala utvecklingslinjer i den svenska straffrätten. Centrala teman i artikeln är utvecklingen mot proportionalitet och förtjänst, utvecklingen mot internationalisering och konstitutionalisering, frågan om brottsoffrets position i straffrätten samt frågan om straffrätten såsom regleringsform har några inneboende begränsningar.

1 Inledning

Om vi föreställer oss ett föremål som befinner sig i rörelse och sedan, mitt i förflyttningen, fryser denna rörelse — för att få någon form av realism i det hela kan antas att föremålet förevisas på en filmduk — så kan vi, trots att vi nu ser en stillbild, föreställa oss föremålets fortsatta bana. En förutsättning för detta är emellertid att vi har sett rörelsen fram till stilleståndet eller att den tidigare rörelsen har avsatt någon form av spår som visar den tidigare förflyttningen (jfr spåren efter ett flygplan på himlen eller spåren efter en boll som flyger genom luften i en tecknad film). Förflyttning implicerar riktning och denna riktning kan användas för att försöka förutsäga eller förutspå vad som komma ska.

Denna uppsats är ett försök att diskutera straffrätten i ett sådant perspektiv. Jag ska följaktligen försöka se framåt med stöd av det som varit, dvs. försöka nyttja straffrättens utveckling under det senaste seklet för att teckna en bild av några de frågor som straffrätten har att möta i framtiden.¹ Det bör hållas i minnet att uppsatsen skrivits delvis i syfte att ge utrymme för anslutande texter. Det betyder bl.a. att jag ibland ställer frågor utan att ens försöka ge ett svar på dem.

Innan det börjar bör nämnas att utgångspunkten för texten är det faktum att Svensk Juristtidning fyller 100 år. Detta återspeglar sig framför allt i att jag i första hand använder texter från tidningen för att spegla utvecklingen.

¹ Man kan ha åtskilliga invändningar mot den bild som här används. En är att straffrätten inte är en boll eller ett flygplan med en tydlig riktning. Straffrätten är heller inte ett fast föremål som bara ska förflyttas framåt, utan en företeelse som i sig är föränderlig och utvecklingsbar. Invändningarna är berättigade. Bilden får tillämpas *mutatis mutandis*.

2 Från behandling till förtjänst

Om man ser på straffrätten med utgångspunkt från den plats som är Svensk Juristtidnings, dvs. i ett perspektiv som sträcker sig från 1916 och fram till i dag, så framstår det som ofrånkomligt att, såsom en av de största rörelserna inom området, framhålla den som har gått *från behandling till förtjänst*.

Behandlingstänkandet med rötter i den sociologiska straffrättsskolan påverkade Sverige starkt under 1900-talet. I konkreta reformer återspeglades detta bl.a. i införandet av de tidsbestämda påföljderna förvaring och internering (1927) samt i införandet av ungdomsfängelse (1935) med en grundtanke om att de intagna ”eleverna” skulle utsättas för utbildning och uppfostran. Utvecklingen har i SvJT beskrivits på följande sätt:

”Ett karakteristiskt drag i utvecklingen efter tillkomsten av SL har varit, att undantag i allt större utsträckning har gjorts från regeln att på brott skall följa straff i vedertagen mening. Vid sidan av de ursprungliga straffen ha tillskapats reaktionsformer, där behandlingen rättar sig efter brottslingens personliga egenskaper och behov.” (Hult, SvJT 1957 s. 137)

Tänkandet kan sägas ha nått sin kulmen med Strafflagberedningens betänkande Skyddslag (1956:55). I betänkandet drevs tanken att vård bör sättas i stället för straff relativt långt. En indikation på detta var betänkandets namn (låt vara att beredningen såg framför sig som en möjlighet att skyddslagen skulle införas som en del av brottsbalken), en annan att termen straff överhuvudtaget inte återfanns i den föreslagna lagtexten.

På lagstiftningsnivå kom det avgörande brottet med detta tänkande genom 1988 års påföljdsreform (den nya lagstiftningen trädde i kraft 1 januari 1989). Reformen innebar i korthet att principerna om proportionalitet och ekvivalens sattes i förgrunden samtidigt som betydelsen av det framåtblickande begränsades. Värdet av förutsebarhet betonades också. Dessa idéer hade dessförinnan kommit till uttryck bl.a. i Brottsförebyggande rådets rapport *Nytt straffsystem* (1977:7).

Det kan kanske sägas att det är lätt — särskilt för den som inte var med — att överdriva pendelns svängningar. Som en del av ett svar på kritiska synpunkter från bl.a. professorn Karl Olivecrona (Olivecrona var bl.a. kritisk till att Strafflagberedningen inte tog tillräcklig hänsyn till straffrättens allmänpreventiva funktion liksom till att idén om proportionalitet mellan brott och straff undertrycktes) framhöll sålunda Ivar Strahl att reformsträvandena under det förra seklets första halva måste ses i ljuset av det existerande:

”Att många föreställer sig, att den sedan århundradets början förda kriminalpolitiken i det hela givit individualpreventionen företräde beror också på utgångsläget. Den straffrätt vi hade omkring 1900 tillgodosåg, såvitt man kan förstå,

ganska väl allmänpreventionens krav. Däremot var den från individualpreventiv synpunkt mindre ändamålsenlig. Reformsträvandena har därför till mycket stor del gått ut på dels att till myndigheternas förfogande ställa nya och för individualpreventionen lämpligare påföljder, dels att göra verkställigheten av olika påföljder lämplig från individualpreventiv synpunkt.” (Strahl, SvJT 1957 s. 569)

Regleringen i brottsbalken blev heller inte renodlad utan kan i mångt och mycket ses som en kompromiss där man i viss utsträckning tog hänsyn till den kritik som riktades mot betänkandet. I 1 kap. 7 § brottsbalken hänvisades sålunda till intresset av såväl individualprevention som allmänprevention. Till detta ska läggas att brottets svårhet naturligtvis i praktiken alltid var en viktig faktor vid straffmätningen. Vänder vi på myntet så låter sig sägas att det finns åtskilligt i systemet som har tillkommit under behandlingstankens glansdagar, men som bevarats också efter 1988 års reform.

Också med dessa reservationer framstår det emellertid som mycket tydligt att den *ideologiska utgångspunkten* för tänkandet under denna tid (då), var en helt annan än den som ligger till grund för det existerande systemet (nu). (Se t.ex. Jareborg, SvJT 1992 s. 257.) Tankar kring klander, förtjänst och proportionalitet uppfattades som irrelevanta eller som sekundära. I det ovan citerade inlägget anger Strahl visserligen att också olika vårdpåföljder måste kunna ”uppfattas som ett ogillande lika väl som ett i visst antal kronor eller visst antal månader eller år utdömt straff”, men han tar samtidigt avstånd från tanken på att domstolen på något sätt skulle betygsätta den förövade gärningen:

”Såsom ett betyg på den moraliska halten av gärningen bör däremot varken dessa åtgärder eller straffet uppfattas. Angående den moraliska halten må envar ha sin mening. Det är groteskt att tänka sig, att den auktoritativt fastställes av avlönade funktionärer.” (Strahl, SvJT 1957 s. 579)

Strahl kommenterar en i betänkandet föreslagen påföljd där ett frihetsstraff av viss längd kombineras med kriminalvård i frihet, med att framhålla att ”längden av frihetsförlusten är bestämd icke för att ange brottets svårhet utan med hänsyn till det från behandlingssynpunkt lämpliga”.

Strahls skrivelser visar på ett mycket tydligt sätt vilken utomordentligt stor förändring som skett såvitt avser de bakomliggande idéerna. Också om det finns flera skäl att värja sig mot ett synsätt som innebär att domare auktoritativt fastställer en gärnings moraliska halt — den straffrättsliga bedömningen är alltid i viss mån kuperad såtillvida att den tar sikte på ett mycket begränsat utsnitt av verkligheten; betydelsen av det som ligger utanför eller bortom den enskilda gärningen tonas ned — går det inte att komma ifrån att tanken på straffvärdeproportionalitet, som allt sedan 1988 års påföljdsreform utgör grundbulten i påföljdssys-

temet, förutsätter något slags bedömning av gärningen från moralisk synpunkt.

Om vi förflyttar oss till nutid måste det sägas råda relativt stor konsensus om att principerna om proportionalitet och ekvivalens är av grundläggande betydelse för just påföljdsbestämningen (vilket naturligtvis inte hindrar att systemet som sådant tillskrivs en allmänpreventiv funktion eller att individualpreventiva tankegångar kan tillmätas stor betydelse på verkställighetsnivå). På senare tid återspeglas detta bl.a. i direktiven till Straffnivåutredningen, Påföljdsutredningen och Utredningen om skärpta straff för allvarliga våldsbrott.

Litet förenklat kan sägas att få idag ifrågasätter utgångspunkten. Den kriminalpolitiska diskussionen rör bara i mycket begränsad utsträckning grundtankarna bakom systemet. I sammanhanget kan hänvisas till de uppsatser som skrevs till SvJT med anledning av att Påföljdsutredningen tillsattes; ingen i den skara av skribenter som bidrog till diskussionen förordade någon mer påtaglig omorientering i här aktuellt hänseende. Diskussionen gäller i stället bl.a.

- (i) hur brott bör värderas med denna utgångspunkt och vad som är relevanta skäl för en förändring av straffnivåerna avseende olika brottstyper, och
- (ii) i vilken utsträckning undantag från utgångspunkten kan anses berättigade och rimliga (eller, för att använda Dag Victors ord, i vilken utsträckning påföljdssystemet bör vara differentierat).

På senare tid har exempelvis frågan om, och i så fall i vilken utsträckning, det finns skäl för straffskärpningar diskuterats ganska intensivt, liksom frågan om hur långt den nuvarande särbehandlingen av unga vuxna (dvs. personer som är mellan 18 och 21 år) har skäl för sig.

Samtidigt bör emellertid noteras att den (enligt min mening sunda) skepsis som Strafflagberedningen ger uttryck för när det gäller allmänpreventionen (se t.ex. SOU 1956:55 s. 36) i stor utsträckning lever kvar. Samtida reformer kännetecknas inte av någon optimistisk övertro på att förändringar av straffsystemet ska ha någon mer påtaglig effekt på brottsligheten (se t.ex. SOU 2008:85 s. 255 ff. och 264; jfr även Grevholm och Andersson, SvJT 2010 s. 463 ff.) Det finns emellertid inget som hindrar att proportionalitetsskäl åberopas också av den som i grunden har en mer instrumentell syn på straffrätten. Man kan uttrycka det så att proportionalitetstanken är förenlig med både en mer optimistisk syn på möjligheterna till påverkan genom straffrätt ("visserligen finns det inget stöd för, men nog tror vi...") och med ett mer pessimistiskt (eller realistiskt) synsätt ("det saknas skäl att tro att måttliga straffskärpningar har någon egentlig betydelse för brottslighetens utveckling").

Det bör också noteras att den nyorientering som skett i riktning mot förtjänst ingalunda har inneburit ett fullständigt brott med det tidigare. Systemet kan fortsatt beskrivas som differentierat (se Victor, SvJT 1999 s. 132) och såväl individualpreventiva som allmänpreventiva överväganden tillmäts betydelse både för systemets utformning på lagstiftningsnivå och för påföljdsbestämningen i enskilda fall. I sammanhanget kan hänvisas till Monica Burmans text i denna bok, i vilken hon med utgångspunkt i barnkonventionen fokuserar på hur systemet är konstruerat när det gäller en av de grupper av lagöverträdare — barnen — som kanske passar sämst in i det rådande förtjänstparadigmet.

En konsekvens av att tanken på straffvärdeproportionalitet i grunden relaterar till värden snarare än till effekter är att betydelsen av empiri tenderar att minska. Om påföljdsbestämning inte ska styras av ett konsekvenstänkande blir, av naturliga skäl, empiriska kunskaper om betydelsen av reglers utformning och om olika påföljdsval mindre centrala vid beslutsfattande. En följd av detta är att politiska beslut i större utsträckning än tidigare blir vad man skulle kunna kall immuna mot kunskapsbaserade invändningar om t.ex. straffskärpnings begränsade allmänpreventiva betydelse. Ytterst påverkas därigenom också balansen mellan politik och expertis. Med referens till Jan Andersson kan sägas att vi, genom övergången till ett straffsystem byggt kring tanken på straffvärdeproportionalitet, har förlorat en referenspunkt för vilka åtgärder som bör vidtas:

”I ett system som vilar på utilitaristiska grunder (som till exempel i ett behandlingsorienterat system) finns olika mått på hur effektivt systemet är. Det kan tjäna som referenspunkt för vilka åtgärder som bör vidtas för att nå ett uttalat mål, till exempel att minska brottsligheten inom ramen för bland annat grundläggande humanitära och etiska principer. Alla åsikter är i detta fall inte lika värda eftersom det, åtminstone teoretiskt, går att fastställa vilka åtgärder — straff/behandling etc. — som ger större effekt än andra. I ett rent retributivt system däremot finns egentligen inget sådant effektivitetskriterium. Påföljden ska vara rättvis i betydelsen att den ska stå i proportion till i huvudsak brottets straffvärde.” (Andersson i Advokaten nr 4 år 2010 s. 20)

En fråga som med jämna mellanrum väcks är därför om inte det förhållandet att fokus sätts på förtjänst öppnar för repression, populism och symbolism. Tanken är helt enkelt att förtjänsttänkandet gör det lätt för den som vill argumentera för skärpta straff (tillräckligt är att åberopa värdebaserade argument som ofta — åtminstone om diskussionen hålls på ett yligt plan — är populära i breda kretsar) samtidigt som det irrelevantgör (eller minskar betydelsen av) empiribaserade invändningar om straffrättens effekter. Därtill ska läggas att ett ökat fokus på gärningen kan tendera att skymma människan bakom brottet och därigenom öppna för brutalitet. Även om det är tydligt att det inte finns något nöd-

vändigt samband mellan förtjänsttänkande och repressivitet — och även om det är tydligt att påföljdsreformen byggde på en tanke om att förtjänsttänkande gick att kombinera med såväl en måttlig repressionsnivå som med humanitet — så är frågan värd att ta på allvar.

Till undvikande av missförstånd bör kanske betonas att empirisk kunskap naturligtvis fortsatt kan vara av stor betydelse t.ex. när man väger intresset av att genomföra en reform med kostnaderna för densamma. Vidare kan empirin gälla frågor som direkt kan kopplas till systemets grundläggande principer. I sammanhanget kan t.ex. hänvisas till Jerre & Tham, *Svenskarnas syn på straff*, Rapport 2010:1 som indikerar att allmänheten generellt sett inte vill ha strängare straff (studien kan sägas, för svensk del, bekräfta resultat som tidigare erhållits i en dansk studie). Vidare kan kunskaper om skadeverkningar av brott ha stor betydelse för att göra en rimlig straffvärdebedömning.

I sammanhanget är viktigt att framhålla att rörelsen mot förtjänst, och den därmed sammanhängande synen på straffrätten och dess funktioner, inte bara har påverkat frågor som rör påföljdsbestämning i vid mening utan också har implikationer för det som kan kallas straffrättens ansvarslära. På ett generellt plan kan t.ex. framhållas att det förtjänsttänkande som ligger bakom proportionalitetsprincipen går hand i hand med konformitetsprincipen, vilket bl.a. innebär att det är svårt att förena straffvärdeproportionalitet och strikt eller fiktivt ansvar. I utländsk litteratur kan man se detta återspeglas bl.a. däri att tanken på proportionell bestraffning, eller åtminstone bestraffning inom ramar som sätts av proportionalitetstanken, ofta ses som ett utflöde av skuldprincipen. Sålunda kan vi se hur Högsta domstolen i den första s.k. rusdomen (NJA 2011 s. 563) hänvisar till den ”kriminalpolitiska kursförändring” som skett sedan 1970-talet som ett skäl för att göra en annan tolkning av 1 kap. 2 § andra stycket brottsbalken än den som gjordes i NJA 1973 s. 590:

”Fokuseringen på preventionsintressena har fått ge vika som grund för beslutsfattandet i enskilda fall medan i stället rättsstatliga intressen som legalitet, rättslig likabehandling och proportionalitet har betonats starkare.”

Påföljdsreformen (1988) bör följaktligen inte ses som en isolerad händelse som exklusivt berör påföljdsbestämningen, utan också som ett uttryck för en mer allmän kriminalpolitisk omsvängning som har gått i riktning *från behandling till förtjänst*. En annan sak är att behandlingstanken och preventionsintressena hade sitt största genomslag just på påföljdssidan — varför förändringen avseende brottsbegreppet och straffrättens allmänna del är märkbar endast punktvis.

Om vi nu söker följa föremålets rörelse genom 1900-talet och se vart det är på väg finns det naturligtvis ingen anledning att vara naiv.

Synen på straffrätten och dess syften har varierat påtagligt från tid till annan och det finns knappast skäl att tro att framtiden kommer att vara särskilt mycket mer likriktad än dåtiden. Även om det för närvarande finns en ganska stark samsyn kring vissa grundläggande frågor, åtminstone på ett abstrakt plan, så saknas skäl att tro att denna samsyn med nödvändighet är här för att stanna. En reaktion är att vänta men när den kommer och hur stark den blir är måhända svårare att sia om.

En möjlig reaktion på det rådande är närmast repressions skeptisk.

Förtjänst- och proportionalitetstänkandet gör det, som ovan noteras, relativt enkelt att argumentera för ökad repression och möjligheten att nyttja empiriska kunskaper för att hålla emot en rörelse i denna riktning begränsas. I tider där man på andra områden talar om vikten av att bygga sitt arbete på evidensbaserade metoder kan straffrättens grundinställning — litet slarvigt uttryckt: att det handlar om värden och att empirin inte är styrande — framstå som arkaisk och som byggd på metafysik och ideologi. Det skulle därför kunna tänkas att utvecklingen någonstans vänder och går i riktning mot ett mer effekt- eller resultatorienterat tänkande. En sådan utveckling kan ske inom ramen för det rådande, dvs. därigenom att man inom ramen för ett system byggt på straffvärdeproportionalitet lägger ökad vikt vid empiriska kunskaper om hur reformer slår, men den kan förstås också ske via en förändrad syn på straffrättssystemet och dess grundläggande principer.

En helt annan men också tänkbar reaktion är (omvänt) repressiv och resultatorienterad.

Förtjänsttänkandet är begränsande i så måtto att det avgränsar reaktionen till att vara ett svar på (den enskilda) gärningen. Det är därför inte svårt att föreställa sig att systemet kan hamna under press om det uppkommer starka önskemål om att straffrätten ska användas för att nå resultat. Man kan exempelvis föreställa sig önskemål om att det ska vara tillåtet att, av allmänpreventiva skäl, nyttja påföljdsbestämningen för att statuera exempel eller önskemål om att införa regler som omedelbart bygger på allmänpreventivt tankegods (ett konkret, men relativt extremt exempel, kan vara tankar på att införa någon form av three-strikes-and-you-are-out-reglering av amerikansk modell).

Motsvarande spänningar kan naturligtvis också uppstå när det gäller de regler och principer som avgör om en person överhuvudtaget kan sägas ha gjort sig skyldig till brott. Exempelvis kan man tänka sig att allmänna ansvarsbegränsande principer emellanåt kan framstå som hinder för att nå resultat och att frågan då uppstår om man inte kan göra ett undantag.

Denna möjliga utvecklingsväg kan sägas återspegla *preventionismens* ökande betydelse (se Asp, SvJT 2007 s. 69 ff.). Paradoxalt nog kan nämligen sägas att förtjänsttänkandet inom straffrätten har blommat samtidigt som vi har kunnat se en rörelse mot prevention och förhindrande

inom ramen för brottsbekämpningen. Denna rörelse kan ses som en naturlig följd av samhällsutvecklingen. I välfärdssamhället ser vi säkerhet som naturligt och skada som onaturligt. I en värld där vi i allt större utsträckning förmår kontrollera världen är det naturligt att söka åtgärda risker. Att bara reagera (straffrättsligt) på brott kan då framstå som otillräckligt. Brotten ska i stället förhindras. Tänkandet förstärks av att det under senare år har förekommit allt mer av brottslighet som det onekligen är synnerligen angeläget att förhindra (terrorism). Denna tendens är särskilt tydlig vad gäller tänkandet kring olika former av hemliga tvångsmedel, men den kan också påverka straffrätten på olika sätt (jfr de föregående styckena).

Det är emellertid också möjligt att utvecklingen mindre kommer att handla om en direkt reaktion på det nuvarande än om en fortsatt och kanske utvecklad spänning mellan de intressen som, trots allt, fortsatt ligger inbakade i straffrättsystemet (jfr vad som ovan sagts om att påföljdssystemet fortsatt är differentierat). Fråga kan sålunda tänkas bli om successivt utvecklade spänningar mellan å ena sidan det principiellt förtjänstorienterade och en mer eklektisk och differentierad syn på det straffrättsliga systemet å den andra. I riktning mot det eklektiska och i mindre utsträckning sammanhängande pekar bl.a. de fenomen som nedan beskrivs med termer som internationalisering och politisering.

En faktor som kan verka återhållande och som talar för att utvecklingen inte nödvändigtvis kommer att bli särskilt dramatisk är den straffrättsteoretiska landvinning som består i att diskussionen om straffrättens syften och berättigande har differentierats och nyanserats i relation till systemets olika nivåer och åtgärder (kriminalisering, utdömning av straff, verkställighet av straff). Det kan förmodas bli svårare att vara ensidig om man i debatten tvingas förhålla sig till systemets olika delar.

En förväntan om någorlunda stabilitet vad gäller systemets grundvärden återspeglas också Martin Borgekes och Fredrik Wersälls texter i denna bok. De kan båda — med delvis olikartade utgångspunkter — sägas diskutera hur systemet kan komma att utvecklas inom ramen för det rådande.

Avslutningsvis bör noteras att den relativa enighet som råder eller tycks råda om systemets grundprinciper i nu berörda hänseende inte hindrar att det kan finnas andra grundfrågor där det finns större spänningar. Bl.a. kan hänvisas till en spänning mellan å ena sidan mer liberalt och andra sidan mer kollektivistiskt inriktade teoribildningar; i vilken riktning man rör sig här kan, också inom ramen för det nuvarande, leda till högst olikartade överväganden beträffande t.ex. kriminaliseringsfrågor och straffvärdefrågor.

3 Från nationellt till internationellt

En andra tydlig rörelse som vi kan följa är den som kan sammanfattas under stickord som internationalisering eller denationalisering av straffrätten.

Som skäl bakom utvecklingen kan hänvisas till bl.a. skapandet av internationella organisationer som ägnar sig åt rättsskapande arbete (t.ex. Europarådet, FN, EU), förekomsten av problem som för sin lösning förutsätter internationellt samarbete (t.ex. miljö, gränsöverskridande brottslighet, internet), ökande mobilitet (för personer, varor, ”yttranden” osv.) samt till ett ökande intresse att skapa normer som ska gälla oberoende av nationsgränser (här bör särskilt grundläggande fri- och rättigheter nämnas).

Om man ser straffrätten i ett svenskt perspektiv är det tydligt att (den svenska) straffrätten numera påverkas på ett högst påtagligt sätt av krav som uppställs på internationell nivå. Inom ramen för olika organisationer, bl.a. EU, FN och Europarådet, uppställs genom olika typer av instrument och överenskommelser (direktiv, konventioner, resolutioner osv.) krav på hur den svenska straffrätten ska vara utformad. Av betydelse är också ett alltmer utvecklat och intensivt straffrättsligt samarbete.

Vid sidan härav kan vi också se framväxten av ett internationellt straffsystem i egentlig mening inom ramen för den Internationella brottmålsdomstolens verksamhet.

Även om betydelsen av arbetet inom organisationer som Europarådet och FN naturligtvis inte ska underskattas framstår det som befogat att säga att samarbetet inom EU på flera sätt intar en särställning.

I sammanhanget kan exempelvis pekas på att EU-samarbetet står i en klass för sig rent kvantitativt, men det kan också framhållas att samarbetet inom EU i hög grad är institutionaliserat och bedrivs i vad som skulle kunna kallas statsliknande former (med ansvariga institutioner, ansvariga politiker osv.). Framför allt bör emellertid uppmärksammas den principiellt viktiga förändring som består i att straffrätten inom EU sedan den 1 december 2009, dvs. genom Lissabonfördragets ikraftträdande, har blivit överstatlig. Fråga är inte längre om ett mellanstatligt samarbete där varje beslut fordrar enhällighet utan om ett samarbete som bygger på att reell beslutskompetens har överförs från medlemsstaterna till EU.² I konkreta termer betyder det att Sverige och riksdagen inte längre fullt ut råder över den svenska straffrättsens utformning. Inom

² Det låter sig naturligtvis sägas att EU också tidigare hade straffrättslig kompetens inom ramen för tredje pelaren och att denna hade överförs till EU från medlemsstaterna. Det som gör det befogat att tala om att EU först nu har fått egen straffrättslig kompetens är att EU nu har förmåga att besluta om instrument som blir bindande också för andra än de som ställer sig bakom instrumentet (dvs. också för en eventuell minoritet som röstar emot). Se närmare Asp, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, 2012 s. 43 ff. (där det talas om heteronom kompetens för att ange att någon har kompetens att fatta beslut som binder också andra än den beslutande).

vissa områden och med vissa begränsningar kan EU medelst majoritetsbeslut anta straffrättsliga direktiv som blir bindande för Sverige oavsett om Sverige röstat för eller emot. Tidigare har sådana internationella överenskommelser — i den utsträckning de har betytt något mer substantiellt — alltid behövt ratificeras eller godkännas av riksdagen som därigenom, åtminstone i teorin, också behållit makten över straffrätten.

Internationaliseringen har åtskilliga implikationer som kommer att påverka oss påtagligt i framtiden.

Inledningsvis bör framhållas att internationaliseringen slukar resurser. En viktig följd av utvecklingen är därför att det blir mindre tid över åt annat. Vi kan sålunda se hur mycket av den tid som tidigare kunde ägnas åt reformer av närmast ”rättsvårdande” karaktär nuförtiden måste ägnas åt att ta hand om krav som ställs på det svenska straffsystemet från internationellt håll. Det är tydligt att detta förhållande bidrar till att det inte sällan är svårt att ta om hand och genomföra stora och övergripande reformförslag (ett antal tydliga exempel kan vara Straffsystemkommittén, Straffansvarsutredningen, Påföljdsutredningen och förslagen gällande förändringen av lagstiftningen av psykiskt störda lagöverträdare). Det har sagts förr, men det är antagligen en riktig iakttagelse: de stora lagstiftningsprojektens tid är förbi. Som antytts finns också en risk att lagstiftaren inte förmår ansa och putsa lagstiftningen på det sätt som vore önskvärt, vilket ytterst kan leda till ett ökat behov av att i stället finna lösningar på rättstillämpningsnivå. (Jfr, beträffande vad som sagts i detta stycke, Koskelo, SvJT 2014 s. 619 ff., som formulerar problemet i termer av överbelastning.)

En annan utmaning för framtiden är att hantera de förändrade förutsättningarna för normgivningen på straffrättens område. Internationaliseringen gör det bl.a. svårare att styra kriminalpolitiken (ingen enskild stat sitter vid rodret), svårare att hantera det politiska trycket (frågor flyttas upp på högpolitisk nivå) och svårare att hålla en rimlig kvalitet i förarbetsprocessen (lagstiftningsprocessen är annorlunda uppbyggd). Till detta ska läggas att förutsättningarna för processen är annorlunda bl.a. såtillvida att de personer som medverkar talar skilda språk, kommer från skilda rättssystem och har skilda ”förförståelser”. (Se närmare Asp, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 2012 s. 144 ff.)

Det finns vidare skäl att anta att inflödet av normer och värden utifrån — framför allt genom olika former av internationella instrument — successivt kommer att påverka straffrätten *sedd som system*. Straffrätten kan idag sägas utgöra ett någorlunda väl sammanhållet system. Det kännetecknas av en väl utvecklad systematik och en förhållandevis stringent terminologi och begreppsbildning, vilket bl.a. kan förklaras av intresset att skapa förutsebarhet. Vidare skapar principen om straffvärdeproportionalitet ett behov av en viss värdemässig reda: det är viktigt att systemet hänger ihop också från axiologisk synpunkt. De värden som systemet ger

uttryck för bör s.a.s. gå ihop också i relation till varandra. Detta koherenskrav sträcker sig i praktiken utanför påföljdsbestämningens sfär. Det faktum att en viss omständighet kan leda till ansvarsfrihet måste (jfr 29 kap. 3 § första stycket 5 brottsbalken) t.ex. innebära att omständigheten också kan påverka straffvärdet. Det sätt på vilket olika intressen värderas vid kriminalisering bör på ett liknande sätt få återverkningar på hur intressekonflikter (t.ex. vid nöd) hanteras osv.

När en företeelse på detta sätt är internt sammanhållen gör sig naturligtvis yttre påverkan särskilt tydligt påmind. Detta är — tillsammans med det förhållandet att straffrätten är särskilt nära kopplad till kultur, tradition och värderingar — också skälet till att det såvitt gäller samarbetet inom EU finns en s.k. nödbroms som kan användas om en medlemsstat skulle finna att ett förslag till direktiv negativt skulle påverka grundläggande aspekter av medlemsstatens straffrättsliga system. Också med beaktande av dylika begränsningar finns anledning att anta att den påverkan som kommer från internationellt håll kommer att göra den svenska straffrätten mindre sammanhållen och därigenom successivt göra den svagare och mindre motståndskraftig.

Samtidigt som det finns skäl att anta att det svenska straffrättsystemet kommer att påverkas i riktning mot det mindre sammanhållna och mer eklektiska, finns all anledning att sträva mot koherens och sammanhang. Tanken på koherens och enhet är inte bara en ur luften gripen föreställning om något slags enhet eller enhetlighet (som man både kan ha eller mista), utan en tanke som i grunden går att återföra på viktiga värden som rättvisa och likabehandling.

Hur stora förändringar som internationaliseringen till syvende og sidst för med sig beror i ganska stor utsträckning på vad som kommer att ske med straffrätten inom EU. Vad gäller det internationella samarbetet i övrigt framstår det som rimligt att anta att detta också fortsättningsvis kommer att utgöra ett samarbete som i grunden bygger på de nationella (straffrätts)systemen. Fråga är kort och gott om samarbete som går ut på att komma överens om hur de nationella systemen ska se ut på ett visst område, vilket i regel sker genom tillskapandet av instrument som uppställer krav på staternas straffrättsliga lagstiftning.

Inom EU finns emellertid en potentiell utvecklingslinje som går i riktning mot en (delvis) gemensam och överstatlig straffrätt. För närvarande förhandlas exempelvis en förordning som rör inrättandet av en europeisk åklagarmyndighet. (Se Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutors Office. Brussels, 17.7.2013 COM(2013) 534 final 2013/0255 (APP).) Inrättandet av en sådan myndighet kan naturligtvis utgöra ett första steg mot en överstatlig straffrätt, dvs. en straffrätt som regleras i EU-rätten och som (helt eller delvis) handhas av övernationella institutioner.

Vi är emellertid alls inte där ännu.

Det finns visserligen rättsvetenskapare som har börjar tala om EU-straffrätten i termer av ett särskilt EU-straffrättsligt system, men ännu saknas enligt min mening förutsättningar att betrakta EU-straffrätten som ett eget och särskilt straffsystem. Det traditionella sättet att se på EU-straffrätten är fortfarande träffande: de egentliga straffsystemen finns på nationell nivå i de olika medlemsstaterna och EU-straffrätten handlar — ungefär på samma sätt som annat internationellt samarbete — om att, medelst harmonisering, tillse att dessa straffsystem uppfyller vissa minimikrav och fungerar någorlunda väl tillsammans. Ser man på straffrätten i ett vardagligt rättstillämpningsperspektiv är internationaliseringen inte särskilt påtaglig. Det faktum att vi ännu är kvar i det traditionella hindrar emellertid inte att det kan vara så att vi har påbörjat en resa som är mer omvälvande än vad vi kan föreställa oss.

Straffrätten inom EU kan emellertid mycket väl och lika gärna förbli ungefär vad den är idag. I den riktningen talar, om inte annat, unionens storlek. Det skulle kunna hävdas att det, i en union som omfattar nästan 30 medlemsstater med skilda bakgrunder och med skilda straffrättsliga traditioner, finns begränsningar när det gäller vad som låter sig göras. Det gäller inte minst med beaktande av att EU-straffrätten har byggt på att det finns ett visst förtroende medlemsstaterna emellan.

En särskild svårighet när det gäller att sja om utvecklingen av det straffrättsliga samarbetet inom EU är förstås att det straffrättsliga samarbetet är en del av något betydligt större. Utvecklingen beror till en inte obetydlig del på hur samarbetet inom EU utvecklas på ett mer allmänt plan. Vad händer t.ex. med eurosamarbetet och hur går det med Storbritannien? För närmare reflektioner kring utvecklingen av det straffrättsliga samarbetet inom EU hänvisas läsaren till Mari-Ann Roos bidrag i denna bok.

En fråga som bör uppmärksammas i detta sammanhang är vad som — i tider av tilltagande internationalisering — sker med det nordiska samarbetet. Kommer det fortsatt att vara av betydelse?

Det låter sig nog fortfarande sägas att det finns speciella och särskilt nära relationer mellan de nordiska staterna. Inte minst finns en tillit som har möjliggjort ett i många avseenden ganska långtgående samarbete, ofta byggt kring frivilliga åtaganden. Vi kan sålunda se att tankar på vad som i praktiken kan rubriceras som ömsesidigt erkännande formades redan under 1940-talet och vi kan se hur den Europeiska arresteringsordern ganska snart följdes av en motsvarande Nordisk arresteringsorder som tog saker och ting ytterligare ett steg framåt. Parentetiskt kan nämnas att jag tror att vi är många inom straffrättsvetenskapen som snarare tänker på Norden än på Sverige som den naturliga enheten om man ska ange ett "vi" som är större än, och går utöver, det enskilda lärosätet.

Samtidigt framstår det som rimligt att anta att de praktiska möjligheterna att odla det specifikt nordiska samarbetet kommer att vara be-

gränsade. Inte minst kan man fråga sig om det finns utrymme — om det finns tid och ork — att upprätthålla och utveckla ett särskilt regionalt samarbete vid sidan av det samarbete som bedrivs på europeisk och internationell nivå. Frågan kan också ställas om det i en kontext där vi på EU-nivå noga taget ”gör mer” än vad det finns täckning för i form av befogad tillit, är rimligt att utgå ifrån att vi på nordisk nivå ska ta ytterligare ett steg. Inte sällan är det nog så att EU-samarbetet bygger på tillit av just det slag som finns mellan de nordiska staterna.

4 Konstitutionalisering

En tredje mycket tydlig rörelse är den som skulle kunna benämnas konstitutionalisering. Den svenska straffrätten har — liksom den svenska rätten i allmänhet — genomgått en process som har medfört att grundläggande rättigheter och konstitutionella begränsningar har fått en helt annan betydelse än tidigare. Utvecklingen har också — tillsammans med EU-rättens regler om företräde och direkt effekt — fått till följd att frågan om normprövning har avdramatiserats, dvs. vi kan se en rörelse som innebär en tydligt ökad acceptans för domstolskontroll av politiskt fattade beslut. (Se för en bild av diskussionen i slutet av 1980-talet, Bengtsson, SvJT 1987 s. 229 ff.) Dylig kontroll blir lätt särskilt dramatisk på det straffrättsliga området där den kan utgöra skillnaden mellan frihet å den ena sidan och mer eller mindre kännbar bestraffning å den andra. (Som illustreras i Anders Perklevs artikel utgör sådan normprövning ett skäl till att det uppstår frågor om hur man ska hantera situationer där rättsläget — mer eller mindre plötsligt och överraskande — ändras.)

Av helt avgörande betydelse i detta sammanhang är inkorporeringen av Europakonventionen (1995), men också det svenska medlemskapet i EU (1995) har haft stor betydelse. På nationell nivå kan utvecklingen sägas återspeglas i att det s.k. uppenbarhetsrequisitet vid lagprövning slopades vid den stora reformen av regeringsformen (i kraft 1 januari 2011). Ytterligare perspektiv på utvecklingen ges om man noterar att bestämmelsen om lagprövning i 11 kap. 14 § regeringsformen infördes först år 1979 (se, beträffande ordningen dessförinnan, bl.a. Undén och Petré, SvJT 1956 s. 260 ff. respektive 500 ff.)

Straffrätten har, liksom andra rättsområden, genom denna utveckling givits en konstitutionell dimension som naturligtvis funnits där också tidigare men som först på senare tid blivit till praktisk juridik. Europadomstolens praxis, där man har utgått ifrån ett autonomt straffbegrepp, har också tydliggjort sambandet mellan straffrätten i snäv mening och andra typer av repressiva sanktioner. (Se, för en bred analys som tar sin utgångspunkt i själva straffbegreppet, Magnus Ulvängs bidrag till denna bok.)

I ett bredare perspektiv kan detta ses som ett led i den process som ibland kallas för förrättsligande. I detta fall kan sägas att frågor som

tidigare har uppfattats som i huvudsak politiska och som en fråga för lagstiftaren — t.ex. balansen mellan yttrandefrihet och skyddet mot kränkningar — har fått en rättslig dimension (också i praktiken) och därmed blivit en fråga för rättsväsendet. (Se t.ex. Leila Brännström, Förrättsligande genom konstitutionalisering och parlamentarismens slut, Förrättsligande. Rapport från 2011 års forskningsinternat. Rapport och texter från juridiska institutionen nr 6, 2011 s. 13 ff.)

I Svensk Juristtidning kan vi se denna utveckling återspeglad bl.a. i de straffrättsliga rättsfallsöversikterna. I översikten avseende åren 1991–1994 återfinns överhuvudtaget inte några rättsfall med denna typ av konstitutionella implikationer (jag bortser här från mål som har en konstitutionell dimension endast på så sätt att de aktualiserar tillämpning av tryckfrihetsförordningen). I översikten från 1995–2000 kan vi börja se spår i form av enstaka sådana fall och i den senaste översikten, som spänner över åren 2001–2009, finner vi ett flertal fall. Om man skulle välja att se straffrätten i ett praktiskt perspektiv och kopplar den till straffprocessrätten blir förändringen naturligtvis än mer påtaglig.

Konkreta exempel från Högsta domstolens rättspraxis som visar på denna utveckling är bl.a. NJA 2005 s. 33 och NJA 2006 s. 294 (som gällde frågan i vilken utsträckning det är tillåtet att utfylla blankettstraffbud genom myndighetsföreskrifter), NJA 2005 s. 805 och NJA 2006 s. 467 (som rör frågan om Europakonventionen utgör hinder för bestraffning av yttranden som hets mot folkgrupp), NJA 2007 s. 1037 (som rör frågan om hur man straffrättsligt ska hantera förekomsten av brottsprovokation av sådan typ som oåterkalleligen berövar den provocerade rätten till en rättvis rättegång), NJA 2012 s. 400 (som rör frågan om frågan om regeringsformen eller Europakonventionen utgör hinder mot att bestraffa innehav av s.k. mangateckningar såsom barnpornografibrott) samt NJA 2010 s. 168 I och II och NJA 2013 s. 502 (som rör frågan om i vilken utsträckning svensk rätt är förenlig med förbudet mot dubbla förfaranden såsom det kommer till uttryck i artikel 4 i det sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen samt i artikel 50 i EU:s stadga om grundläggande rättigheter).

I rättspraxis har fri- och rättigheter av naturliga skäl och i huvudsak åberopats till förmån för den tilltalade. Det bör emellertid noteras att konstitutionaliseringen har betydelse också i den andra riktningen. Fri- och rättigheterna i Europakonventionen har sålunda använts som grund för krav på kriminalisering bl.a. såvitt avser kränkande fotografering (se bl.a. Söderman mot Sverige) och när det gäller sexualbrott (M.C. mot Bulgarien).

När de krav som följer av grundläggande fri- och rättigheter går i den riktningen finns emellertid begränsningar som gör att kraven sällan blir av direkt relevans på domstolsnivå. Legalitetsprincipen gör, kort och gott, att det utrymme som finns att, på domstolsnivå, utvidga det

straffbara området så att det motsvarar de krav som ställs på straffrätten är mycket begränsat (jfr bl.a. NJA 2008 s. 946). Man kan naturligtvis tänka sig att en domstol i någon mån låter de krav som följer av t.ex. Europakonventionen påverka tolkningen av existerande straffbestämmelser i vidgande riktning, men en sådan operation är möjlig bara i den utsträckning man håller sig inom ramen för den ifrågavarande straffbestämmelsens ordalydelse (annars står förfarandet i strid med legalitetsprincipens analogiförbud). I huvudsak blir följaktligen de positiva förpliktelseerna en fråga för lagstiftaren.

Minst lika viktigt som de rent materiella förändringarna har varit en förändring i sättet att tänka. Det har blivit tydligt att svensk rätt inte är ett fristående och slutet system, utan i sig utgör en del av något större. Detta har öppnat för nya sätt att argumentera i rättsliga frågor och förändrat sättet att tänka om och i rätten. Johan Hirschfeldt har t.ex. i en intervju talat om *ett kulturskifte* och om att han delar in sin gärning och sitt juristliv i tiden före och efter Europakonventionens inkorporering (se *Legally yours* nr 5–6 2009 s. 24).

Vad finns då att säga om framtiden utifrån detta perspektiv?

Inledningsvis bör sägas att utvecklingen på många sätt är att välkomna. Inte minst på straffrättsens område — där fråga i grunden är om ensidig maktutövning — framstår det som helt centralt att säkerställa att spelreglerna, i form av fri- och rättigheter och i form av andra konstitutionella begränsningar, följs också i det enskilda.

Det kan naturligtvis, särskilt när det gäller sådana mer eller mindre renodlade gränsdragningar och sådana avvägningar mellan olika intressen som ofta aktualiseras vid hantering av konstitutionella normer, ifrågasättas — detta är en central diskussionspunkt vad gäller frågor om normprövning, se Bengtsson, SvJT 1987 s. 236 f. — om jurister (med sin juridiska metod) generellt sett är mer lämpade som beslutsfattare än politiker. Också om bedömningarna ytterst bygger på i förväg givna normer och på sedvanligt rättsligt material är det många gånger klart att det snarare handlar om att dra en gräns än att finna den och man kan också säga att den rättsliga diskursen vid dylika bedömningar närmar sig och överlappar med den politiska (se och jfr Brännström, a.a. s. 16). Oberoende av vilket, kan emellertid (som redan antytts) sägas att det på det straffrättsliga området framstår som viktigare att gränser (mellan det konstitutionellt tillåtna och det konstitutionellt förbjudna) kontrolleras och upprätthålls än att de dras på visst sätt eller på ett optimalt sätt.

Just eftersom det ofta handlar om att hantera gränsfall och gränsättning, kan också sägas att de fall som sist och slutligen hamnar inför domstol (och som det därför talas och bråkas mest om), paradoxalt nog sällan är de fall som utgör de bästa exemplen på betydelsen av att upprätthålla grundläggande fri- och rättigheter. Ofta rör det sig om gränsfall där utfallet hade kunnat bli både det ena och det andra. Fråga är med

andra ord sällan om fall där man kan tala om påtagliga och upprörande kränkningar av någons konstitutionella rättigheter, utan snarare om fall där man också med utgångspunkt i att det är av central betydelse att respektera grundläggande fri- och rättigheter kan ha både den ena och den andra uppfattningen.

Om vi nu kan se en tydlig förflyttning i riktning mot konstitutionalisering och söker följa rörelsen framåt framstår det som rimligt att anta att vi kommer att gå från ett skede av förändring till ett skede av konsolidering. Man kan uttrycka det så att den stora förändringen redan har skett och att vi successivt kommer att vänja oss vid de delvis nya spelreglerna och också lära oss att bättre hantera dem.

Det framstår vidare som osannolikt att det skulle uppstå någon egentlig reaktion eller rörelse i en helt annan riktning. Detta gäller inte minst med hänsyn till att utvecklingen till stor del bottnar i faktorer som vi åtminstone i praktiken inte råder över, bl.a. bindande internationella överenskommelser.

En annan sak är emellertid att utvecklingen naturligen väcker frågor bl.a. om relationen mellan lagstiftare och rättstillämpare men också mer allmänt om hur ”rörelserna” påverkar det rättsliga landskapet.

I Svensk Juristtidning har t.ex. Fredrik Wersäll tagit upp frågan hur utvecklingen har påverkat synen på domarrollen i allmänhet och Högsta domstolens rättsbildning i synnerhet (Wersäll, SvJT 2014 s. 1 ff.). Wersäll pekar i sin artikel på att internationaliseringen har medfört ett ökat handlingsutrymme för domstolarna och frågar sig — retoriskt — också om inte ”det handlingsutrymme som europarätten medfört färgat av sig på hanteringen av inhemska normkonflikter”. Wersäll menar att så är fallet och talar om att Högsta domstolen mer generellt har intagit en mer offensiv roll. Wersälls artikel har föranlett kommentarer från bl.a. Elisabet Fura och Ola Wiklund (se SvJT 2014 s. 101 ff. och 335 ff.).

Frågan är, vilket illustreras av kommentarerna, mångfacetterad. Den rör förhållandet mellan lagstiftare och domstol (eller lagstiftning och rättstillämpning) liksom (jfr föregående avsnitt) förhållandet mellan det nationella och det internationella. Jag ska här inte ge mig in i debatten utan blott konstatera att det nya rättsliga landskapet accentuerar behovet av att tala om roller och förhållningssätt. Jag kan emellertid säga att jag, också på detta område, tror att det är viktigt att undvika svartvithet.

Ovan nämndes att det finns skäl att tro att vi kommer att gå in i ett skede av konsolidering och bättre lära oss att hantera det nya rättsliga landskapet. Jag har i denna del tidigare givit uttryck för uppfattningen att vi ibland beter oss som ”ystra kalvar utsläppta på ängen efter att under en lång vinter ha varit instängda i den svenska ladan” och bl.a. hänvisat till att detta kommer till uttryck bl.a. i att vi ”överbetonar enskilda avgöranden och, när det passar, förenklar och tvärsäkert ger dem en betydelse som de svårligen kan tillskrivas” (Asp i Folkrätten i svensk rätt,

utg. av Stern och Österdahl). Jag har senare förstått att det använda bildspråket kan misstolkas. Ola Wiklund har sålunda i den ovan nämnda kommentaren (efter att uttalandet citerats av Wersäll) tolkat bilden närmast som en uppmaning till rättens aktörer att åter bege sig in i ladorna.

Så var den naturligtvis inte avsedd att förstås.

Dörrarna är öppna och kommer att så förbli. Det faktum att man har släppts ut behöver emellertid inte innebära att man ska bete sig kalvlikt. Vi behöver också beträffande det ”nya” göra jobbet och ta frågorna på det allvar de förtjänar. Vi behöver också ta de utmaningar som internationaliseringen och konstitutionaliseringen ställer oss inför på allvar. En annan sak är, som ovan antytts, att det i viss mån är naturligt att vi betar oss kalvlikt: rätten har förändrats; vi har mött nya frågor och en delvis ny rättslig materia; vi har begränsad erfarenhet och är ovana att hantera både de nya verktygen och de nya konflikterna osv. Antagligen är det — vilket kalvmetaforen också avsåg att ge uttryck för — åtminstone delvis en fråga om mognad. Med tiden kommer säkerligen förhållningssättet till det konstitutionella att bli mer normaliserat.

5 Brottsofferperspektivet och straffrättens janusansikte

Straffrätten har ett tydligt janusansikte på så sätt att den värnar såväl rättsgoda (dvs. de intressen som ska skyddas genom en kriminalisering) — och därigenom också potentiella brottsoffer — som den misstänkte lagöverträdaren. Litet förenklat skulle man kunna säga att den materiella straffrätten i grunden tar det skyddade intressets (i förekommande fall brottsoffrets) parti gentemot gärningsmannen — fråga är om att ge uttryck för att gärningsmannen har gjort fel — medan straffprocessrätten i huvudsak handlar om att tillse att prövningen av den tilltalades skuld och ansvar sker på ett rättssäkert sätt, vilket innebär att regelverket i centrala delar är utformat för att ge den tilltalade skydd mot staten. (Se, beträffande frågan om brottsoffrets position i ett mer straffprocessuellt perspektiv, Lena Blixts bidrag till denna bok.) Också den materiella straffrätten innehåller emellertid mer defensiva element, vilket bl.a. återspeglas i principerna för kriminalisering liksom i regler och principer som ställer vissa grundläggande krav för ansvarstillskrivande.

Utvecklingslinjen på detta område är mer än skönjbar: från att ha stått i skuggan av relationen mellan stat och gärningsman, har brottsoffret fått en allt tydligare plats på den straffrättsliga kartan och en allt viktigare roll i den offentliga diskussionen om brott och straff.

För den materiella straffrättens del är det mest centrala kanske att det på ett mer uttalat sätt än tidigare uppställs krav på att kriminaliseringen täcker det som är straffvärt och att påföljder på ett rimligt sätt återspeglar brottets svårhet. Vi kan också se en allt mer påtaglig bevakning av utfallet av det arbete som bedrivs av polis, åklagare och domstolar.

När det gäller krav på kriminalisering finns också en koppling till det ovan omtalade konstitutionella perspektivet därigenom att Europakonventionen uppställer krav på att konventionsstaterna tillser att enskildas mänskliga rättigheter skyddas inte bara i relation till staten utan också mot ingrepp och inskränkningar från andra individer.

Särskilt i dansk litteratur har denna utveckling bort från de klassiska och negativa friheterna kritiserats. Kritiken har i grunden gällt att krav på att straffrätten ska användas (krav på att åtal ska väckas osv.) riskerar att komma i konflikt med grundläggande straffprocessuella principer om beviskrav och bevisbörda. (Se t.ex. Toftegaard Nielsen och, mindre kritisk, Träskman i *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 2010 s. 363 respektive 347 ff.)

För egen del är jag inte lika negativt inställd till det faktum att Europadomstolen utvecklat principen om konventionsstaternas positiva förpliktelser. I det moderna samhället är vi beroende av staten på olika sätt och det innebär att den enskilde kan drabbas hårt också av underlåtenhet å statens sida, dvs. genom att staten väljer att inte agera. Ett enkelt exempel är den slags skada som kan uppstå genom att staten — som har såväl ett våldsmonopol som ett slags straffrättskipningsmonopol — inte utreder ett brott som någon utsatts för. De positiva förpliktelserna framstår som behövliga för att tillse att skyddet för de intressen som skyddas av konventionen inte urholkas. En annan sak är att det finns all anledning att värja sig mot en ordning där man i en människorättsdomstol uppställer krav på åtal eller på fällande domar i enskilda fall.

För framtiden finns skäl att utgå ifrån att (den materiella) straffrätten fortsatt kommer att granskas i ett brottsofferperspektiv. Som redan framhållits kommer detta inte sällan att innebära nya krav på kriminalisering och nya krav på skärpta straff. Jag tror emellertid inte nödvändigtvis att man bör se på detta som ett problem *annat än på ett politiskt plan*. Visst kan det uppstå krav på åtgärder som är svåra eller omöjliga att förena med grundläggande straffrättsliga principer (eller annars är allmänt orimliga) och visst kan man utnyttja brottsoffer (såväl abstrakta som konkreta) för att finns stöd för en rent populistisk och repressiv straffrättspolitik. Att sådana krav kan förekomma och måste hanteras — att detta kan vara politiskt besvärligt, inte minst i ett samhälle där det med hjälp av internet och olika former av sociala medier snabbt kan uppstå starkt politiskt tryck, står klart — betyder emellertid inte att det är något gale med perspektivet i sig. Med Burman kan sägas att det inte "är någon bra lösning på problemet [att brottsoffrens intressen ibland kan exploateras för en repressiv kriminalpolitik och att detta i sin tur kan vara svårt att skilja från rimliga och väl motiverade kriminaliseringskrav] att 'förbjuda' anläggandet av ett brottsofferperspektiv" (Burman, i *Brottsoffret och kriminalpolitiken*, utg. av Lernestedt och Tham 2011, s. 292). Inte sällan leder debatten och diskussionen till kriminalisering

av sådant som tidigare varit straffritt, men som rimligen bör vara kriminaliserat. Ett enkelt exempel är straffbestämmelsen om kränkande fotografering.

Från straffrättsteoretisk synvinkel kan brottsofferperspektivet inte heller sägas vara vare sig särskilt nytt eller särskilt besvärligt.

Det låter sig förvisso sägas att straffrätten fokuserar på relationen mellan stat och gärningsman, men som ovan framhållits handlar ju kriminalisering ytterst om att skydda olika intressen. Redan genom detta konstaterande är klart att brottsofferperspektivet är (eller bör vara) ständigt närvarande.

Litet förenklat kan man säga att all kriminalisering bygger på att man definierar, eller identifierar, ett intresseintrång som är så kännbart att det kan finnas skäl att överväga kriminalisering. Som framgår av bl.a. bestämmelserna om sexuellt utnyttjande av person i beroendeställning och ocker ligger det vidare i denna bedömning att man — inte minst när fråga är om offer som på något sätt agerar — beaktar offrets position (utsatthet, beroende osv.) vid bedömning av om ett sådant intresseintrång kan konstrueras. Vill man kan man med Vagn Greve och Annika Snare tala om att ”*nutidens* strafferetlige videnskab er *rent offerorienteret*, for så vidt som dens eneste accepterede formål — eller i hvert fald dens klare hovedformål — er at forhindre eller begraense, at samfundsmedborgerne bliver ofre.” (Greve & Snare i *Brottsoffret och kriminalpolitiken* 2011 s. 253)

Det nu sagda gäller utformningen av själva straffbestämmelserna. Om vi övergår till brottsbegreppet och straffrättens allmänna del kan man förstås säga att regler om ansvarstillskrivande i grunden handlar om relationen mellan gärningsman å den ena sidan och gärningen med dess följder å den andra.

I denna relation speglas emellertid också offret. Man kan säga att ansvarstillskrivandet rent av är *konstitutivt* för fördelningen av roller som offer och gärningsman: det är just *genom* att gärningsmannen tillskrivs ansvar som det klargörs att offret varit utsatt för ”kriminellem und auch verschuldetem Unrecht” — och inte bara råkat ut för naturens härjningar eller annars för en olycka (Hassemer & Reemtsma, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, 2002 s. 159 ff.). Ett väl utvecklat brottsbegrepp kan i denna del bidra till att tydliggöra den utsattes position också vad gäller frikännande domstolsavgöranden: att målsäganden blivit utsatt för en brottsbeskrivningsenlig gärning, att målsäganden blivit utsatt för en otillåten gärning, att målsäganden blivit utsatt för en otillåten och uppsåtlig gärning osv. Kommunikationen kompliceras här emellertid alltid av sakfrågans betydelse och av reglerna om bevisbörda och beviskrav. I regel säger ett (frikännande) domstolsavgörande inte att målsäganden inte blivit utsatt för straffrättsligt relevant orätt, utan endast att det inte är styrkt att så är fallet.

Vissa av de regler som återfinns i straffrättens allmänna del handlar mer om undantag som beror på intresseavvägningar än om ansvarstillskrivande i egentlig mening. Frågan är inte om gärningsmannen är ansvarig för det som hänt utan om han eller hon *ändå* ska undantas från ansvar. Också här följer rent analytiskt att ett brottsofferperspektiv är närvarande. En del i det som ska avvägas är ju just intrånget i den utsattes intressen.

På motsvarande sätt ligger ett brottsofferperspektiv inbyggt i bedömningen av en gärnings straffvärde. Det som ska bedömas är den skada, fara eller kränkning som gärningen har inneburit. (Jfr nedan i avsnitt 6 om bestämmelserna om fridskränkning och olaga förföljelse.) Det är talande att det kanske mest utvecklade försöket att finna en modell för att mäta skada har byggt på tanken att man ska bedöma hur *offrets* levnadsstandard (typiskt sett) påverkas i ett medellångt perspektiv (von Hirsch & Jareborg i Oxford Journal of Legal Studies 1991 s. 1 ff.). Man kan ha högst olikartade synpunkter på hur brotts svårhet bör bedömas och vad som är relevant i sammanhanget, men hur man än vänder och vrider sig är det svårt att förflytta offret ut ur bilden.

Mer tydliga konflikter kan emellertid uppstå bl.a. när straffmätningen och/eller påföljdsvalet påverkas i lindrande riktning av humanitetsskäl, av individualpreventiva skäl eller av effektivitetsskäl. Som Burman framhåller är det emellertid inte nödvändigtvis så att brottsofferperspektivet gör sig lika starkt gällande när det gäller påföljdsvalet:

”Påföljdsval har en betydligt svagare koppling till klander och upprättelse än bedömningar av straffvärde.” (Burman, a.a. s. 294.)

Motsvarande argument torde i och för sig och i princip kunna överföras även i förhållande till straffmätningfaktorer (t.ex. billighetsskålen och ungdomsreduktioner). Samtidigt ska man nog vara försiktig med att, på straffrättsteoretisk grund, försöka att skriva bort potentiella konflikter och intressemotsättningar. Det framstår som klart att teoretiska argument inte nödvändigtvis övertygar kritikern. Inte sällan kan vi t.ex. se hur ett visst påföljdsval eller en viss rubricering (som från klandersynpunkt överhuvudtaget inte kan sägas innebära någon bagatellisering av den bedömda gärningen) läggs till grund för skarp kritik av straffrätten.

Sammantaget kan sägas att mitt ärende i denna del varit att framhålla att det i många delar inte finns någon motsättning mellan (den materiella) straffrätten och brottsofferperspektivet. Tvärtom är ett brottsofferperspektiv en naturlig och integrerad del av de bedömningar och ställningstaganden som alltid kommer att behöva göras. Som framhållits betyder detta emellertid *inte* att det inte finns intressekonflikter — det gör det naturligtvis. Ett enkelt exempel är att intresset av en effektiv och praktiskt användbar reglering kan stå i strid med intresset av en rimligt

rättssäker reglering. Det är emellertid inget konstigt. Rätten handlar i mycket stor utsträckning om hantering av just intressekonflikter.

Det betyder heller *inte* att alla relevanta intressen alltid har beaktats på ett adekvat sätt. Här kan det ökade fokus på *den utsatte* bidra till — och det har redan bidragit till — att få oss att ompröva och därigenom också utveckla straffrätten. I alla de ovan nämnda delarna gäller naturligtvis att andra avvägningar än de som nu görs är möjliga. I mångt och mycket handlar den *rörelse* jag nu pekat på om att framhålla att straffrättens avvägningar i vissa fall varit väl ensidiga och ibland kanske också har byggts på förlegade tankegångar. Dylika påståenden kan naturligtvis vara såväl berättigade som oberättigade. Kanske kan det här finnas skäl att i större utsträckning än vad som sker bejaka och omfamna konflikten och meningsmotsättningen som ett medel för att finna en balans?³

6 Straffrätten och dess begränsningar

Att straffrätten har sina begränsningar råder det knappast några tvivel om. Begränsningarna har olika orsaker och kan ses i olika perspektiv, men vissa av de mest centrala begränsningarna kan, litet förenklat, förklaras med följande skiss:

Straffrätten är ingripande →

Rättssäkerhetsgarantier →

Bristande förmåga att hantera det alltför svårfångade och komplexa

Litet tillspetsat skulle kunna sägas att dessa begränsningar innebär att straffrätten fungerar väl när det gäller att hantera enstaka gärningar som har en tydlig angiven avsändare och där de kausala strukturerna är någorlunda enkla (tänk misshandel, skadegörelse, mord), men inte är särskilt väl anpassad för att hantera det som inte passar in i denna beskrivning.

Låt oss börja med straffrättens fokus på *gärning*.

Straffrätten är i sin grundform gärningsinriktad, dvs. den tar sikte på enstaka gärningar i tid och rum. Ett skäl till detta är att det är en förutsättning för en någorlunda preciserad gärningsbeskrivning liksom för att det ska finnas rimligt goda förutsättningar att bevisa gärningen. Ett annat skäl är moraliskt: straffrätten ska inte döma människor och deras liv utan de gärningar som de utför. På detta sätt kan medborgarna försäkras en rimlig frihetsfär. (Ett ytterligare skäl är antagligen att straffrätten från början var begränsad till mer påtagliga ogärningar.)

Inte sällan låter sig också verkligheten delas upp och separeras på det sätt som straffrätten förutsätter.

³ För att konflikt och intressekonflikter på detta sätt ska kunna *tillföra* förutsatts att det finns fora som tillåter att åsikter på allvar bryts och möts. Ibland kan det framstå som besvärande att sådana fora saknas i den offentliga debatten.

När någon har slagit sönder en fönsterruta kan vi — utan att tappa något väsentligt — bedöma gärningen och dess konsekvenser för sig. Samtidigt står det klart att straffrätten genom att fokusera på den enskilda gärningen ibland också förlorar något. Det gäller inte minst i fall som inte på ett rättvisande sätt låter sig beskrivas och hanteras med straffrättens ”reduktionistiska” synsätt.

Ingenstans blir denna konflikt mellan straffrättens förutsättningar och vad man kan kalla verkligheten så tydlig och konkret som vid diskussionen om de relativt nya brottstyperna grov fridskränkning/kvinnofridskränkning och olaga förföljelse (se 4 kap. 4 a § och 4 kap. 4 b § brottsbalken). Se, beträffande fridskränkingsbrottets konstruktion och begränsningar, Malou Anderssons bidrag till denna bok.

Vid såväl fridskränkingsbrotten som vid olaga förföljelse är det närmast uppenbart att ett fokus på den enskilda och utbrutna gärningen riskerar att reducera verkligheten till en rad enskildheter som tagna var för sig inte kan återspegla allvaret i helheten. Effekten blir allra tydligast om vi föreställer oss att de enskilda gärningarna är närmast bagatellartade: att stå utanför någons port och leende säga god morgon är en gärning som sedd för sig knappast är anmärkningsvärd, men som får en helt annan karaktär om den upprepas varje morgon under en längre tid. Det händelseförlopp som i vissa fall kan — och bör — beskrivas som en frihetsbegränsande förföljelse reduceras (om vi enbart fokuserar på det enskilda) till en rad bagatellartade ofredanden. Det händelseförlopp som kan — och bör — beskrivas som en kontrollerande och förnedrande våldsutövning reduceras (om vi enbart fokuserar på det enskilda) till återkommande men lindrig misshandel som i det enskilda kan framstå som bagatellartad.

Det framstår sålunda som tydligt att det ibland kan finnas behov av att frågå inriktningen på det enskilda om man önskar fånga världen i straffrätten.

Samtidigt illustrerar införandet av fridskränkingsbrotten att det väcks många frågor när man genom en ny form av lagreglering — genom förändring av, eller mer positivt uttryckt, genom utveckling av straffrätten — försöker att fånga det mer svårfångade. I sammanhanget kan räcka med att hänvisa till att det uppstår frågor om hur man ska hantera straffrättens tillämpning i tiden, om hur konkurrensfrågor ska hanteras, om hur preskriptionsregler ska förstås och tillämpas, om hur rättskraftens utsträckning ska konstrueras och om hur brottets konstruktion ska tillåtas påverka gärningsbeskrivningarnas utformning. En ytterligare fråga som måste hanteras är de påtagliga tröskeeffekter som det kan leda till att upprepade gärningar kan bedömas enligt två ganska olika regelverk (antingen som flera enskilda gärningar eller som ett kollektiv av gärningar).

I de nu diskuterade fallen handlar det i huvudsak om att straffrätten genom att fokusera på det enskilda riskerar att missa en väsentlig del av det straffvärda. Ett annat exempel på hur straffrätten med sina förutsättningar är mindre väl ägnad för att möta vad som, med all rätt, uppfattas som ett samhällsproblem, gäller brott förövade inom ramen för olika typer av organisationer. Låt oss t.ex. tala om mindre allvarliga brott förövade inom juridiska personer. Också i detta fall kan det förvisso handla om att straffrätten kommer till korta på grund av sitt fokus på det enskilda, men det tillkommer en aspekt, nämligen att straffrätten, med sitt fokus på den enskilda gärningen *såsom vald och förövad* av en (eller flera) person(er) inte riktigt förmår fånga vad som sker inom ramen för en organisation. I sammanhanget kan hänvisas till Sverker Jönsson som talar om att "straffrättens gärningslära har sitt ursprung i en etik som bygger på *dekontextualiserad moralisk enhet och moralisk närhet*" medan företagslivet bygger på moralisk splittring och avstånd. (Jönsson, Straffansvar och modern brottslighet 2004 s. 17.)

Redan det faktum att "person" inom ramen för en organisation ofta underordnas "roll", innebär en komplikation. Vem bör klandras om en person i en viss roll har gjort fel till följd av organisatoriska beslut som fattats på en högre nivå? Att vi har att göra med organisationer medför vidare ofta att flera personer på olika sätt kan sägas vara ansvariga, men utan att de kan sägas ha agerat tillsammans.

Dylika frågor har stor betydelse bl.a. för straffrättens förmåga att hantera t.ex. miljöbrott och bör också beaktas vid bedömande av frågan vilken roll straffrätten *bör* ges i dylika situationer.

Ett tredje exempel på hur straffrättens begränsningar gör sig gällande avser kausalitetskravet. Nästan all straffrätt innefattar bedömningar av kausalitet. Ofta är kausalitetsfrågorna mycket enkla. De juridiska problemen handlar betydligt oftare om huruvida orsakandet har initierats på ett sätt som är relevant (jfr kravet på otillåtet risktagande eller att gärningen är oaktsam) eller om en viss följd kan sägas ha orsakats genom den oaktsamma gärningen (jfr kravet på relevans eller adekvans) än om huruvida ett orsakande överhuvudtaget föreligger. Ibland hamnar emellertid kausalitetsfrågorna på bordet och då kan de vara mycket besvärliga att hantera straffrättsligt.

Ett exempel kan vara när psykiska besvär eller rent av psykisk sjukdom orsakas genom att någon under lång tid behandlas illa och respektlöst (utan att detta nödvändigtvis går att knyta till brottsliga gärningar). Utöver problemet med straffrättens fokus på det enskilda kommer här svårigheterna med att få klarhet i kausalitetsfrågan. Det är närmast uppenbart att det i en process där bevisbördan ligger på åklagaren och där beviskravet är högt kan vara svårt att påvisa vad som har orsakat ohälsan. En sten genom en fönsterruta är något helt annat än en successiv och över tid utspridd påverkan på någons själsliv.

Ett annat exempel kan gälla straffrättsligt ansvar för produkter som antas vara farliga och som kan antas ha orsakat viss skada. I många fall kan det här vara omöjligt att bevisa kausalitet i det enskilda fallet. Frågan uppstår då om man som grund för straffrättsligt ansvar kan godta en hög grad av plausibilitet. (Frågan är omdiskuterad i tysk doktrin.)

Om vi också i detta avseende söker se framåt utkristalliserar sig två möjliga utvecklingslinjer.

En väg att gå är naturligtvis att, i de fall där straffrätten framstår som mindre ”välpassad”, tona ned straffrättens betydelse och i stället (primärt) använda andra former av styrmedel. Detta kan sägas vara vad som skett när lagstiftaren har valt att införa åtalsregler som innebär att företagsbot respektive administrativa sanktioner ska gå före det individuella ansvaret i vissa fall.

En annan väg framåt är att i stället söka anpassa och utveckla straffrätten så att den kan användas också i relation till företeelser i relation till vilka den i sin klassiska form är illa anpassad (jfr bestämmelserna i 4 kap. 4 a § och 4 kap. 4 b § brottsbalken).

Det är knappast särskilt äventyrligt att gissa att båda dessa vägar kommer att beträdas.

7 Avslutande anmärkningar

Jag har nu i fem avsnitt pekat på några centrala faktorer när det gäller utvecklingen på det straffrättsliga området. Klart är att mycket mer skulle ha kunnat sägas. Jag har t.ex. inte berört betydelsen av den tekniska utvecklingen som påverkar straffrätten på otaliga sätt (den utgör grund för vissa påföljdsalternativ, den skapar behov av nykriminalisering, den påverkar möjligheterna att begå brott och konsekvenserna av de brott som förövas osv.). Jag har vidare bara ytligt berört politiseringen av straffrätten. I sammanhanget får jag nöja mig med att konstatera att straffrättsliga frågor numera ständigt ligger högt på den politiska agendan och närmast dagligen är föremål för debatt i offentligheten. Straffrättsliga frågor är viktiga och det är därför bra att de diskuteras, men nog skulle man ibland önska att det kriminalpolitiska samtalet fördes i ett annat och mer reflekterande tonläge. Jag har heller inte sagt särskilt mycket om sakfrågans — dvs. bevisfrågans — ständiga närvaro i debatten om straffrätten. Kanske kan den frågan här få tjäna som en avslutande påminnelse om att straffrätt i tillämpning alltid har en processuell sida.