

# Rätt och orätt i lag och moral: ett normativt perspektiv på svensk rättsskipning

Av professor PER BAUHN<sup>1</sup>

*Ett tongivande inslag i svenskt rättstänkande under det senaste seklet har varit den så kallade rättspositivismen, enligt vilken den juridiska rätten bör separeras från den moraliska rätten. Moralen uppfattades som alltför nära förknippad med subjektivt tyckande eller religiöst influerad vidskeplighet för att kunna fungera som en grund för seriös lagkritik. Risken med den rättspositivistiska positionen är emellertid att lag reduceras till vadhelst lagstiftaren vill och att makt blir till rätt. I denna artikel ska vi kartlägga förhållandet mellan lag och moral, peka på problem med moralkritiken hos svenska rättsfilosofer, och visa på möjligheten av ett objektivet normativt perspektiv på rätten. Som exempel på vad detta normativa perspektiv kan innebära, kommer vi att ta upp nödvärnsrätten och frågan om lagstiftad räddningsplikt.*

## **Lag och moral — en inledning**

Såväl moral som lag hör till den normativa begreppsvärlden. Moral och lag anger vad vi bör och inte bör göra mot varandra. En viktig skillnad är dock att medan lagen är stiftad av någon form av beslutande politisk församling, kodifierad i en lagtext, och tillämpad av domstolar, så är moralens innehåll och status mer svårgripbar. Det innebär inte att moralen bara är subjektivt tyckande, men det innebär att tvister i moraliska frågor, där det inte också finns en juridisk komponent, inte kan få institutionaliserade lösningar. Det finns inget som motsvarar domstolen i moralens värld. Å andra sidan innebär det också att moraliska resonemang inte är bundna till ett visst samhälle eller en viss politisk eller rättslig ordning. Moraliska argument om vad som är rätt och orätt, gott och ont, kan ha giltighet oberoende av vad lagen säger och oberoende av vad politiska församlingar anser.

Man kan på moraliska grunder kritisera apartheidlagstiftningen i det gamla Sydafrika, likaväl som inskränkningarna i pressfriheten i det nya Sydafrika. Man kan på moraliska grunder kritisera svenska lagar som kriminaliserar innehav av mangateckningar eller de bevisvärderingsregler som länge gjorde det omöjligt att döma den så kallade Gryningspyromanen. Man kan givetvis också anföra moraliska argument till försvar för dessa lagar och regler. Den som vill föra en mora-

<sup>1</sup> Artikeln återger ett föredrag hållet för Föreningen för lagstiftningslära den 17 januari 2012.

lisk argumentation kan inte nöja sig med att hänvisa till rådande lag eller till allmänna opinionen. Han eller hon måste visa varför lagen *borde* vara av ett visst slag, eller varför vi *borde* anse ett visst handlande rätt eller orätt. En sådan argumentation kan handla om att visa att vi är inkonsekventa om vi accepterar ett visst handlande som rätt, men vill behandla ett i alla relevanta avseenden likartat annat handlande som orätt. Men det kan också handla om att visa att själva grundprinciperna för våra nuvarande övertygelser (och lagar) är felaktiga och borde ha ett annat innehåll. Här kommer den moraliska argumentationen in på fundamentala antaganden om människors rättigheter och skyldigheter, om samhällsnytta, om vad som utmärker ett värdigt liv, ett gott och rättvist samhälle, och så vidare. I dessa grundfrågor kan man räkna med en betydande oenighet mellan olika teoretiska skolor och mellan enskilda tänkare inom dessa skolor. Detta är emellertid inget unikt för moralfilosofin. Även inom den teoretiska fysiken förekommer olika uppfattningar om materiens grundläggande beståndsdelar, universums uppkomst, möjligheten till objektiv bestämning av elementarpartiklar, och så vidare. Och liksom inom andra discipliner så innebär inte förekomsten av oenighet inom moralfilosofin att det inte går att skilja mellan bättre och sämre argument.

### Normativ rätt och positiv rätt

Låt oss alltså börja med att skilja mellan den positiva rätten, det vill säga, den stiftade lagen, så som den faktiskt kommer till uttryck i lagtexter, och den normativa rätten, det vill säga, rätten sådan den borde vara, givet vad som är moraliskt berättigat. Distinktionen mellan positiv och normativ rätt är lika gammal som rättsfilosofin i sig. I den dialog som går under namnet *Minos* och som — på tveksamma grunder — har tillskrivits Platon, hävdar Sokrates att lagen ska ses som något gott, men att den just därför inte kan vara identisk med vad olika stater kallar lag, eftersom stater kan ha dåliga lagar. Lagen ska ge uttryck för ett ”gott omdöme” och ett sådant omdöme måste vara relaterat till en ”upptäckt av det som är”, det vill säga, det sant goda och rätta.<sup>2</sup>

Samma distinktion återkommer hos Aristoteles, i hans diskussion av rättvisan:

”Den medborgerliga rättvisan är dels naturlig, dels konventionell. Naturlig är den rätt som överallt har samma giltighet och är oberoende av om man anser det ena eller det andra. Konventionell är åter den rätt som ursprungligen är indifferent till om en sak förhåller sig si eller så, men som, så snart bestämmelserna fastslagits, intar en viss hållning till saken och t.ex. stadgar, att lösesumman för en fånge skall uppgå till en mina eller att en get skall offras i stället för två får.”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Platon, *Minos* 314d–315a, i *Skrifter*, bok 5, Atlantis, 2008.

<sup>3</sup> Aristoteles, *Den nichomachiska etiken*, 1134b, Daidalos, 1988.

### Naturrätten

Inom den medeltida kristet färgade moralfilosofin ges den klassiska distinktionen en delvis ny form, då man nu ställer den givna positiva rätten mot en naturlig rätt, som ytterst är förankrad i en gudomlig ordning. Naturrätten omfattar allt som hör till den mänskliga naturen. Hit hör, enligt Thomas av Aquino, också egenskaper som människan delar med djuren, som självbevarelsedrift och fortplantningsdrift. Men naturrätten omfattar också mer unikt mänskliga egenskaper, som strävan att finna det goda i enlighet med vad förnuftet föreskriver (vilket för Thomas inkluderar ett begär att finna sanningen om Gud), liksom viljan till samhällligt liv. Naturrätten inkluderar alltså inte bara en självförsvarsrätt, baserad på självbevarelsedriften, utan föreskriver också skyldigheter för individen att undfly okunnighet och avhålla sig från uppträdande som kan stöta dem som han delar ett samhälle med.

Naturrätten gäller lika för alla människor. Mänskliga lagar, sådana som stiftas av furstar eller folkrepresentanter, kan uppvisa en större variation. De ska uttolka naturrätten och tillämpa den på specifika situationer och avgöra lämpliga straff för överträdelser av den. Här kan finnas utrymme för variation, eftersom de konkreta omständigheterna kan variera. Men de mänskliga lagarna måste, enligt Thomas, fortfarande vara förenliga med naturrätten för att alls kunna kallas lagar:

”Följaktligen har varje mänsklig lag bara del i rättens natur i den mån som den är härledd från naturrätten. Men om den i något avseende avviker från naturrätten, så är den inte längre en lag, utan en perversion av rätten.”<sup>4</sup>

Den religiösa inramningen återfinns också när föreställningen om naturliga rättigheter blir en del av kampen mot den enväldiga furstemakten i Europa. John Locke hävdar till exempel att naturtillståndet, som föregår inrättandet av samhället och den politiska ordningen, har en egen normativ ordning som utgörs av naturrätten. Denna naturrätt utgörs av förnuftet, som föreskriver att ”ingen bör skada någon annan till liv, hälsa, frihet, eller egendom”. Och förnuftet föreskriver detta med hänvisning inte till individernas egenintresse, utan till att de alla är ”verk av en allsmäktig och oändligt vis Skapare” och att de ska äga bestånd ”i enlighet med hans, inte varandras, gottfinnande”.<sup>5</sup>

Naturrätten sätter gränser för den positiva rätten. Lagar kan inte godtyckligt upphäva naturliga rättigheter, eftersom själva lagstiftningsmakten är härledd från de rättigheter som alla människor har i naturtillståndet och som de överlåter på lagstiftaren i samband med ingången i samhällsfördraget. Den lagstiftande makten kan alltså

<sup>4</sup> *Summa Theologiae*, II, i, Q95 a2, i Abraham Edel, Elizabeth Flower, Finbarr W. O'Connor (red.), *Morality, Philosophy, and Practice: Historical and Contemporary Readings and Studies*, Random House, 1989, s. 133.

<sup>5</sup> John Locke, *Second Treatise of Government*, § 6, i Ian Shapiro (red.), *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, Yale University Press, 2003 [1690], s. 102.

”inte vara mer än vad dessa personer hade i naturtillståndet innan de inträdde i samhället och gav upp den till gemenskapen. För ingen kan överföra till en annan mer makt än vad han har i sig själv, och ingen har en absolut godtycklig makt över sig själv eller över någon annan till att fördärva sitt eget liv eller ta liv eller egendom från någon annan.”<sup>6</sup>

Att samhället och den positiva rätten syftar till att upprätthålla människors naturliga rättigheter är en tanke som återkommer hos 1700-talets politiker och filosofer. I den amerikanska oavhängighetsförklaringen från 1776 slår Thomas Jefferson fast

”att alla människor är skapade jämlika, att de av sin skapare är utrustade med inneboende och oförytterliga rättigheter, att till dessa hör liv, frihet, och sökandet efter lycka, att till säkerställandet av dessa rättigheter har människorna inrättat regeringar, som härleder sin rättmätiga makt från de styrdas samtycke”.<sup>7</sup>

Liksom de amerikanska revolutionärerna 1776 utgick de franska revolutionärerna 1789 från ett antagande om naturliga mänskliga rättigheter. Inflytandet från Jean-Jacques Rousseaus politiska filosofi gav dock den franska republiken en mer kollektivistisk framtoning än vad som var fallet på andra sidan Atlanten. Rousseau var mer inriktad på jämlikhet än på frihet. För honom handlar samhällsfördraget om att säkerställa den likhet i rättigheter som naturligen tillkom människor, men som i ett oreglerat naturtillstånd tenderade att ersättas med den starkes rätt och djungelns lag. För att inte samhället ska permanenta den ojämlikhet som råder mellan starka och svaga i det försociala tillståndet, så måste varje enskild samhällsmedlem avstå sina individuella rättigheter till kollektivet av medlemmar. Det handlar om ”det totala överlåtandet av varje ansluten med alla sina rättigheter till hela gemenskapen”.<sup>8</sup> Härigenom, menar Rousseau, ger sig ingen åt någon annan individ, utan alla ger sig till alla, och en perfekt jämlikhet i rättigheter kan därmed etableras.

Men priset för denna jämlikhet är individens underordnande under samhällskollektivet. Kollektivets vilja som just samhällskollektiv, den så kallade *allmänviljan*, är högsta norm. Allmänviljan ”är alltid rätt och syftar alltid till den offentliga nyttan”.<sup>9</sup> Följaktligen måste de enskilda medlemmarna anpassa sig till detta, och ”alla tjänster som en medborgare kan göra Staten är han skyldig att utföra närhelst suveränen begär det”.<sup>10</sup> Att tvinga en medborgare att lyda allmänviljan ”be-

<sup>6</sup> Ibid., § 135, s. 159.

<sup>7</sup> Thomas Jefferson, ”The Declaration of Independence”, i John Gabriel Hunt (red.), *The Essential Thomas Jefferson*, Gramercy Books, 1994 [1776], s. 24. Kongressen som utfärdade oavhängighetsförklaringen ändrade Jeffersons formulering ”inneboende och oförytterliga” till ”vissa oförytterliga”.

<sup>8</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, 1966 [1762], bok I, kapitel 6, s. 51.

<sup>9</sup> Ibid., bok II, kapitel 3, s. 66.

<sup>10</sup> Ibid., bok II, kapitel 4, s. 68.

tyder inget annat än att man tvingar honom att vara fri”<sup>11</sup> skriver Rousseau, eftersom den enda moraliskt värdefulla friheten är den man har som jämlik samhällsmedlem. För en enskild medborgare, som rätt förstår sin roll som just medborgare och medlem i samhällsgemenskapen, så kan det inte föreligga någon konflikt mellan vad han vill och vad staten vill. Statsmakten, i allmänviljans tjänst, har också en närmast obegränsad förfoganderätt över den enskilde medborgaren: ”[N]är Fursten säger till honom: Det är lämpligt för staten att du dör, så bör han dö”.<sup>12</sup>

### Kritiken mot naturrätten

I takt med att de teologiska utgångspunkter som hade legat till grund för naturrätten kom att ifrågasättas under Upplysningen, så kom också själva naturrätten att ses som suspekt. Föreställningen om att det skulle finnas medfödda och oförytterliga rättigheter, gemensamma för alla människor, avfärdades av den engelske utilitaristen Jeremy Bentham som ”uppstylat nonsens”. Med hänvisning till de franska revolutionärernas tal om naturliga rättigheter till frihet och motstånd mot förtryck, menade han dessutom att sådant tal är ”terroristspråk”.<sup>13</sup> Rättigheter kan, enligt Bentham, bara finnas i den legala meningen, som garantier givna i en stiftad lag. Och lagliga rättigheter följer på inrättandet av ett samhälle. De kan alltså inte föregå samhället och de har ingen existens oberoende av de stiftade lagarna. Att hävda att det finns rättigheter som står över den stiftade lagen eller är oberoende av den är att uppmuntra till uppror och anarki.

Benthams rättighetskritik fick efterföljare i den 1900-talsriktning som kom att kallas rättspositivism och som kommit att utmärka inte minst det svenska juridiska tänkandet. Uppsalafilosofen Axel Hägerström tog upp Benthams kritik av den franska revolutionens rättighetsdeklaration, men koncentrerade sig framför allt på det han såg som denna deklarations religiösa utgångspunkter. Föreställningen om personens inneboende värdighet härrörde, enligt Hägerström, från ”kristlig dogmatik”, mer bestämt idén om att ”alla äga något gudomligt i sig, som skänker dem absolut värde”. När de franska revolutionärerna talar om rättigheter, visserligen utan att referera till Gud, så har ändå deras proklamationer ”slika föreställningar på sin stamtavla” menar Hägerström.<sup>14</sup> Rättighetstänkandets centrering kring den enskilda människan är, enligt honom, bara uttryck för en bokstavig *förgudning* av individen. I en närmast marxistisk analys vill Hägerström förklara hur den ”vidskepliga föreställningen” om den personliga värdigheten svarar mot en framväxande borgarklass och dess intresse av

<sup>11</sup> Ibid., bok I, kapitel 7, s. 54.

<sup>12</sup> Ibid., bok II, kapitel 5, s. 72.

<sup>13</sup> Jeremy Bentham, ”Anarchical Fallacies”, i John Bowring (red.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. II, Russell & Russell, 1962 [1838–43], s. 501

<sup>14</sup> Axel Hägerström, ”Om sociala vidskepelse”, i *Socialfilosofiska uppsatser*, Bonniers, 1939, s. 106.

att värna individuell frihet. I denna strävan kunde de alltså luta sig mot en äldre kristen tradition, utan att för den skull behöva klä sina anspråk i ett religiöst språkbruk.<sup>15</sup>

I stället för rättigheter vill Hägerström tala om ”de gemensamma värden, som gälla enligt den förhärskande värdesättningen i samhället”<sup>16</sup> och som rättsordningen ska skydda. Hägerström avvisar tal om individens rätt *mot* samhället, eftersom det för honom signalerar ett felaktigt antagande om oförenlighet mellan det individuella och det samhälleliga. Enligt honom kan ingen sådan motsats råda:

”Genom samhället lever individen. I dess mäktiga skydd allena kan han realisera sina intressen, som utan hänsyn till det samma blir tomma metafysiska rättigheter.”<sup>17</sup>

Å andra sidan kan inte samhället tillskrivas någon rätt mot individen, eftersom samhället ”i dess högsta form staten” inte är något annat än en organisering av individerna, förankrad i deras uppfattning om gemensamma värden.<sup>18</sup>

Intressant nog kommer Hägerström här mycket nära Rousseaus organiska ideal för förhållandet mellan individ och politisk gemenskap. Liksom Rousseau postulerar Hägerström omöjligheten av en konflikt mellan det individuella och det samhälleliga, eftersom individen bara kan verka genom samhället och samhället hävdar individernas gemensamma värden.

Hägerström brukar beskrivas som ”värdenihilist”, eftersom han avvisar idén om en objektivt giltig moral, oberoende av människors subjektiva värdeföreställningar. Men han är inte en *normativ* nihilist. Han tror på åtminstone en norm, och det är att lagstiftningen bör värna samhällsnyttan. Samhället är en organisering av människor utifrån de värden som dessa människor håller för nödvändiga, som till exempel säkerhet till liv och lem och skydd för egendom. Rättsordningen, där straffen ingår, ska skydda dessa värden. Nyttiga lagar och straff ska skapa trygghet utan onödigt lidande, vilket innebär att man ska visa också brottslingen hänsyn:

”Ty lidandet är ju alltid som sådant ett ont och dess inskränkande i avseende å brottslingen blir alltid i ett av humanitet besjälade samhälle ett allmänt intresse, som kommer att vägas mot andra sådana.”<sup>19</sup>

Men om nu samhällsnyttan är rättesnöret, vad hindrar då att lagen sätter rättvisan ur spel? Om lagen nu ska rätta sig efter ”den förhärskande värdesättningen i samhället” vad hindrar då att man offerar oskyldiga, som till exempel i fallet med Dreyfus i Frankrike? Häger-

<sup>15</sup> Ibid., s. 115–116.

<sup>16</sup> Axel Hägerström, ”Naturrätt i straffrättsvetenskapen?”, *SvJT* 1920 s. 321–341, på s. 334.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid., s. 335.

<sup>19</sup> Ibid., s. 334.

ström menar att det knappast speglar ”det allmänna värderingssättet” att offra oskyldiga eller att pervertera rättskipningen. Men sedan lägger han till:

”[O]m verkligen i ett visst fall ett samhälles bestånd som kultursamhälle såsom vid viss upprorsfara skulle anses kräva inspärrande eller nedskjutande av ’skyldiga’ och ’oskyldiga’ om vartannat (på grund av omöjligheten att använda reguljär rättskipning), så går rättsmedvetandet med sitt hävdande av individen som självändamål helt säkert utan motstånd i selen.”<sup>20</sup>

Här bör man kanske fråga sig, om ”kultursamhället” inte redan är förlorat, när staten anser sig tvungen att skjuta ned sina medborgare utan urskillning.

Tesen att den juridiska rätten skulle frigöras från föreställningar om ett objektivt moraliskt rätt var central för den rättspositivistiska rörelsen under 1900-talet. Här gavs inte längre något utrymme för en distinktion mellan lagen sådan den är och sådan den borde vara. ”Därför kan rätten ha vilket innehåll som helst” som den framträdande rättspositivisten Hans Kelsen formulerade saken.<sup>21</sup> Baksidan av denna juridikens frigörelse från moralen blir emellertid att man i stället utlämnar rätten till lagstiftarnas godtycke, utan att behålla ens möjligheten till en oberoende normativ kritik av de lagar som stiftas. Makt blir till rätt. Lagen är sådan den är, och frågan om huruvida en lag är orättfärdig blir meningslös, eftersom det inte kan finnas något sådant som en utomjuridisk normativ kritik av juridiska normer.

I Tyskland blev erfarenheten av den nazistiska lagstiftningen avgörande för att man efter 1945 medvetet orienterade sig bort från rättspositivistiskt tänkande i lagstiftningen. Detta kom bland annat till uttryck i Författningsdomstolens beslut 1968 att Tredje rikets upphävande av tyskt medborgarskap för judar som flytt undan nazismen hade varit ogiltigt från första början, även om det hade haft stöd i de lagar som naziregimen hade infört. ”Rätt och rättvisa står inte till lagstiftarens disposition” som det hette i Författningsdomstolens utslag, där man också pekade på möjligheten att ”lagstiftaren kan skapa orättvisa”.<sup>22</sup> Tydligare än så kan man inte ta avstånd från rättspositivism.

### **Lagen som moralpedagogiskt instrument**

En anledning till att Hägerström och hans lärjungar inte bekymrade sig särdeles mycket över att de utlämnade lagen till majoritetsströmningars godtycke kan ha varit en mer eller mindre uttalad utvecklingsoptimism. Man var helt enkelt säker på att folkupplysning och rationalitet hade tiden för sig, och att risken för att majoriteter skulle hålla sig med inskränkta och fördomsfulla åskådningar var i avta-

<sup>20</sup> Ibid., s. 335–336.

<sup>21</sup> Citerad i Robert Alexy, *Rätten och rättvisan*, Daidalos, 2005, s. 21.

<sup>22</sup> Citerad i ibid., s. 24.

gande. Åtminstone kan man få denna bild när man läser tidiga arbeten av Hägerströmlärjungen och sedermera socialdemokratiska riksdagsmannen Vilhelm Lundstedt. I en skrift från 1921 framför Lundstedt tesen att naturrätten visserligen kunde ha spelat en roll för att ge tidigare seklers reformatorer en sorts kompassriktning, men att detta behov nu var överspelat:

”[I] samma grad som upplysningen stiger och det direkta samhällsintresset kan göra sig starkare gällande på grund av den allt större och större komplikationen i de enskildas beroende av samhället, i samma grad förlora sådana hjälpmedel sin betydelse.”<sup>23</sup>

Lundstedt ser emellertid lagens uppgifter som mer vittgående än vad som är fallet hos Hägerström. Lagen ska inte bara uttrycka samhällsliga värderingar, utan också *påverka* dem. Det väsentliga med strafflagar är, skriver Lundstedt, ”straffnormens moraliska inflytande på samhället”.<sup>24</sup> Det som avhåller människor från att begå brott är ”moralinstinkten mot brottet”. Han tänker sig vidare att ”denna moralinstinkt alstrats av strafflagen och att altrandet av dylik sålunda måste vara straffets egentliga sociala funktion”.<sup>25</sup> För Lundstedt har strafflagen en moralpedagogisk funktion: ”[S]trafflagens uppgift är att *skapa och underhålla, underhålla och skapa* en allmän spontan, oreflektad plikt känsla mot brottet”<sup>26</sup> det vill säga, medborgaren ska fås att känna en plikt att *inte* utföra brottet. Men samtidigt kan inte strafflagen avvika alltför mycket från den redan existerande moralen. Här är Lundstedt överens med Hägerström: Det måste råda ”en viss relation mellan straffet och den allmänna moraliska åskådningen inom den miljö, som skulle mera omedelbart beröras av ett ifrågavarande straffbud”.<sup>27</sup> Straffet får inte vara opropotionerligt hårt i förhållande till den allmänna uppfattningen om brottets allvar, eftersom de dömda i så fall skulle uppfattas som martyrer och lagen skulle förlora i respekt.

### Frågan om ”är” och ”bör”

I en senare skrift varnar Lundstedt för att grunda lagstiftning på föreställningar om rättvisa. Centralt i detta sammanhang är det moralfilosofiska argument som förknippas med den skotske filosofen David Hume och som säger att man inte kan härleda ett ”bör” ur ett ”är”.

Rättvisebegreppet hör, enligt Lundstedt, hemma i värdeföreställningarnas värld, inte i den ”naturliga världen, erfarenhetens, verklighetens värld”.<sup>28</sup> Rättvisa handlar om hur någon anser att saker och

<sup>23</sup> Vilhelm Lundstedt, *Till frågan om rätten och samhället*, Appelbergs Boktryckeri AB, 1921, s. 23.

<sup>24</sup> *Ibid.*, s. 91.

<sup>25</sup> *Ibid.*, s. 113.

<sup>26</sup> *Ibid.*, s. 129.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 132.

<sup>28</sup> Vilhelm Lundstedt, ”Rätt och rättvisa”, i *Från filosofiens och forskningens fält*, Hugo Gebers förlag, 1950 (279–299), s. 280.



ting *bör* vara, inte om hur de faktiskt *är*. Lundstedt argumenterar, att eftersom utsagor om vad som är rättvist eller orättvist är värderande och inte beskrivande, så kan de inte vara sanna eller falska, utan bör ses som uttryck för talarens känslor, inget annat. Påståenden om vad som är eller inte är rättvist ”kan sålunda icke ha någon objektiv giltighet”<sup>29</sup> och därmed inte heller utgöra någon saklig grund för lagstiftning.

Detta är emellertid en väl reduktionistisk syn på normativa utsagor. Vi förstår att den som säger att dödsstraff inte bör förekomma ogillar dödsstraff. Men om det ska räknas som ett *moraliskt* ställningstagande, så förväntar vi oss också att personen i fråga ska kunna ge något *argument* för sitt ogillande, som att dödsstraff är oproportionerligt, orättvist, eller brutaliserande. Ett moraliskt avståndstagande är inte bara en rapport om subjektivt ogillande, utan åberopar grunder som vi förväntas kunna dela.

Sedan återstår förstås frågan om det finns något sådant allmängiltigt normativt perspektiv som kan utgöra grund för en objektiv rättvisa. Vi är ju medvetna om att reflekterande människor kan skilja sig åt, inte bara med avseende på sina moraliska slutsatser, utan också med avseende på de moraliska principer som ligger till grund för deras slutsatser.

Det finns dock ett perspektiv som ingen som engagerar sig i moraliska resonemang kan undvika, och det är *aktörsperspektivet*, det vill säga, det perspektiv som är gemensamt för alla handlande personer. Moral handlar om hur vi bör handla, och därför är aktörsperspektivet uppenbart relevant för moralen. Men handlingslivet i sig erbjuder också vissa normativa kriterier. Allt handlande har nämligen, som den amerikanske filosofen Alan Gewirth påpekat, en *normativ struktur*.<sup>30</sup> Vi handlar för att vi anser att målet för vårt handlande är något som bör förverkligas. Olika aktörer har olika mål. Vissa vill klättra i berg. Andra vill komplettera sin frimärkssamling. Men gemensamt för alla aktörer är att de vill uppnå sina mål och att de därför måste göra anspråk på vissa förutsättningar som är nödvändiga för allt framgångsrikt handlande. Man måste kunna kontrollera sitt uppträdande utifrån egna informerade val, vara vid liv, ha fysisk och psykisk hälsa, och kunna såväl bevara som höja sin nivå av målförverkligande (genom att till exempel slippa utsättas för stöld och ha möjligheter att förvärva inkomster). Gewirth summerar upp dessa handlingsrelaterade villkor som *frihet* och *välbefinnande*.

Om nu varje aktör måste betrakta förverkligandet av sina enskilda mål som något gott, så måste alla aktörer betrakta frihet och välbefinnande som *nödvändiga värden*. Eftersom varje aktör per definition vill vara framgångsrik i sitt handlande, så kan ingen aktör, utan att göra sig skyldig till en självmotsägelse, gå med på att andra får beröva ho-

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Alan Gewirth, *Reason and Morality*, The University of Chicago Press, 1978, s. 48.

nom frihet och välbefinnande. Varje aktör kan alltså tillskrivas ett normativt omdöme: "Andra aktörer får inte hindra mig i mitt innehav av frihet och välbefinnande". Men ett sådant omdöme är liktydigt med ett rättighetsanspråk: "Jag har rätt till frihet och välbefinnande". Och eftersom varje aktör måste acceptera att det är själva aktörskapet som ligger till grund för hans anspråk, så måste han också acceptera en universalisering av detta anspråk till att omfatta alla aktörer: "Alla aktörer har rätt till frihet och välbefinnande".<sup>31</sup>

Det verkar alltså kunna finnas en sorts objektivitet också i den normativa världen. Vissa normer, som att alla aktörer har rätt till frihet och välbefinnande, kan inte utan självmotsägelse avvisas av någon aktör.

De som i likhet med Lundstedt förnekar att normativa utsagor kan ha objektivitet bara för att de uttrycks i termer av "bör" snarare än i termer av "är", laborerar med en alltför snäv tolkning av vad objektivitet kan vara. De tänker sig att endast beskrivande utsagor kan vara objektiva och då i betydelsen att de är sanna, alltså representerar verkligheten på ett korrekt sätt. Normativa utsagor beskriver inte hur något är. De föreskriver hur saker bör vara. Men om det nu visar sig att det finns normativa utsagor som alla aktörer måste acceptera, som att alla aktörer har rättigheter till frihet och välbefinnande, så är dessa utsagor objektiva, i betydelsen att de är giltiga för alla aktörer, oberoende av deras subjektiva preferenser eller övertygelser.

### Frågan om skuld och förtjänst

I detta sammanhang bör man notera ett annat argument mot rättvisebaserad rättskipning, som också anförs av Lundstedt. Enligt honom bygger rättvisetänkandet på orimliga antaganden om att brottslingar, på grund av sitt handlande, *förtjänar* att straffas. Det finns, menar Lundstedt, inbyggt i rättvisetänkandet en föreställning om *skuld*, som bygger på ett verklighetsfrämmande antagande om personligt ansvar:

"Kan någonting rimligt utletas i påståendet att *rättvisan* kräver, att man skall straffas för en handling, som kanske icke beror på annat, än att man haft de eller de föräldrarna, kanske icke på annat, än att man fötts och vuxit upp i storstädernas sämsta fattigkvarter, kanske icke på annat, än att man t.ex. från barndomen av föräldrar eller andra handledare skickats ut att uppsnoka vad ätbart som helst för att stilla sin hunger, ja att i nödfall söka och taga ur andras fickor och gömmor; för en handling, som kanske icke beror på annat än att man genomgående uppfostrats av och tillsammans med förbrytare och annat slodder."<sup>32</sup>

Intressant nog kan Lundstedt, i sin plädering för att individen inte är ansvarig för sitt felhandlande, med argument som i vissa avseende blir till en parafra på *Oliver Twist*, ändå inte avhålla sig från att använda

<sup>31</sup> Ibid., s. 78–82, 109–112.

<sup>32</sup> Lundstedt, "Rätt och rättvisa", s. 281–282.

den moraliskt fördömande termen ”slödder” om vissa av dessa samhällets olycksbarn.

Lundstedts argument om skuld och förtjänst är emellertid viktigt, dels för att det har varit flitigt förekommande också i senare diskussioner om brott och straff, dels därför att det utmanar hela det aktörsperspektiv som nyss presenterats. För om människor inte kan hållas ansvariga för sina handlingar, så undermineras själva föreställningen om aktörskap. Om vi bara är blinda automater, som reagerar så som arv och miljö har betingat oss, så är våra avsikter egentligen inte våra avsikter och våra mål är egentligen inte våra mål.

Om alla våra egenskaper, goda som onda, är produkter av faktorer som vi inte kan välja eller rå på, så kan man ifrågasätta såväl att hjälten förtjänat sin medalj, som att skurken förtjänat sin fängelsecell. Allt verkar ju ytterst vara en fråga om ett ”naturligt lotteri”,<sup>33</sup> där vissa har tur och andra otur med avseende på vilka gener de kommer att ha och vilken miljö de kommer att växa upp i. Mot en sådan bakgrund kan straff med hänvisning till individens ansvar ses som ett primitivt uttryck för ett irrationellt hämndbegär. På sin höjd kan straff motiveras med hänvisning till förväntade framtida effekter. (Liksom individen betingats av sin bakgrund att bli brottslig, så kan samhället nu betinga honom och andra till skötsamhet genom ett lämpligt straff.) Ett sådant argument har på senare tid lyfts fram av filosofen Torbjörn Tännsjö:

”Ja, själva tanken om att man kan förtjäna straff ... är svårbegriplig. Den tycks förutsätta en idé om fri vilja enligt vilken vi kan lyfta oss själva i håret, och välja, inte bara vad vi ska göra, utan också vad vi ska vilja och vad slags personer vi ska vara. Någon sådan frihet har nog ... varken individer eller kollektiv.... Den sunda motiveringen för straff, och hot om straff, är framåtriktad. Det handlar om att med hjälp av straff, och hot om straff, förebygga framtida brottsliga eller felaktiga handlingar, både hos den som felat och hos andra.”<sup>34</sup>

Lundstedts och Tännsjös invändning mot att basera straff på personligt ansvar utgår från att eftersom vi inte fullt ut kontrollerar förutsättningarna för våra val, så kan vi heller inte hållas ansvariga för dem. Men frågan är om ansvar verkligen förutsätter en sådan total frihet. Man skulle kunna tänka sig en mer återhållsam tolkning av den ansvarsgrundande friheten, så att denna i all enkelhet innebär dels att vi *vet* vad vi gör, dels att vi *vill* vad vi gör. Om vi inte vet vad vi gör, till exempel därför att vi är drogade eller agerar under inflytande av en hallucination, eller om vi inte vill vad vi gör, till exempel därför att vi agerar under inflytande av en tvångsföreställning, eller därför att någon annan med hot och våld tvingar oss att utföra vissa handlingar, så

<sup>33</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971, s. 74.

<sup>34</sup> Torbjörn Tännsjö, *Läget*, Thales, 2005, s. 87.

är det rimligt att säga att vi helt eller delvis saknar ansvar för vad vi gör.

Men i normalfallet är vi aktörer som både vet och vill vad vi gör. Vi kanske inte kan förutsäga alla mer eller mindre avlägsna konsekvenser av vår handling. Men vi vet att det är vi som utför den och vi vet att den har vissa egenskaper, som att den riktas mot en annan person eller mot ett föremål, och att vissa omedelbara effekter är åtminstone rimliga att förvänta sig. Vi kanske ångrar oss efteråt, men just i handlingsögonblicket så vill vi utföra denna handling, och i den meningen är handlingen en följd av våra avsikter.

Nu kanske någon invänder, att förmågan att veta och vilja vad man gör är också en produkt av arv och miljö. Ja, så är det, men det förändrar inte situationen med avseende på frihet och ansvar. Om vi vet och vill vad vi gör, så har vi så mycket kontroll över vårt handlande som krävs för att vi ska hållas ansvariga. Det har i sammanhanget ingen betydelse om denna förmåga till kontroll har uppstått genom arv, miljö, eller någon annan kausal faktor. Den centrala frågan är: Har vi denna förmåga till kontroll, eller har vi den inte? Sak samma varifrån den kommer, om vi har den så är vi så fria vi kan vara som mänskliga aktörer, och vi kan ställas till svars för våra handlingar.<sup>35</sup>

### **Straff för att balansera brottet**

Med en mer rättviseorienterad syn på brott och straff måste de rättsvårdande instanserna välja sida. Man kan inte behandla gärningsman och offer som två likaberättigade parter vars intressen i lika hög grad ska beaktas. Man bör ta offrets parti, men inte därför att allmänna opinionen eller "rättsmedvetandet" kräver det, utan därför att det är offret som har fått sina rättigheter åsidosatta.

För att ge substans åt denna typ av rättviseargument, låt oss återvända till det gewirthianska rättighetsparadigmet. Om jag har rätt till frihet och välbefinnande, så kan inte någon annan ha rätt att beröva mig frihet och välbefinnande. Min rätt att slippa bli misshandlad eller rånad svarar mot en skyldighet hos alla andra att inte misshandla eller råna mig. Den som blir misshandlad eller rånad har fått sina rättigheter åsidosatta, och den som har stått för misshandeln och rånet har tagit sig friheter som han aldrig hade rätt till. Utifrån principen om att alla lika rätt till frihet och välbefinnande, så har det uppstått en obalans mellan offer och gärningsman. Gärningsmannen har tagit sig en frihet som han *inte* har rätt till, och offret har förlorat ett välbefinnande som han *har* rätt till. Följaktligen kan inte offer och gärnings-

<sup>35</sup> Mitt resonemang är en mycket förenklad version av en mer komplex modell, utvecklad av R. Jay Wallace, enligt vilken vi kan hållas ansvariga om vi har förmåga till "reflektiv självkontroll", vilket inkluderar att man kan fatta och handla i enlighet med moraliska skäl. Man bör till exempel kunna förstå vad principen om att inte skada andra ställer för krav på ens handlande och agera därefter. Se R. Jay Wallace, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Harvard University Press, 1998, s. 157–158.

man ses som moraliskt likvärdiga. Uppgiften för de rättsvårdande instanserna blir då att återställa balansen mellan dem.

Hur gör man det? Vad som är gjort är gjort och kan inte göras ogjort. Men den extra frihet som gärningsmannen givit sig själv, att förfoga över sitt offer utan hänsyn till offrets rättigheter, kan samhället balansera genom att beröva gärningsmannen frihet i proportion till allvaret i hans övergrepp. Det finns i detta avseende en logik i frihetsberövande straff, eftersom det är just en otillbörlig frihet som gärningsmannen tillägnat sig. En retributiv syn på straff, som fokuserar på gärningsmannens ansvar för sitt brott, snarare än på förväntade framtida brottspreventiva konsekvenser, behöver alltså inte vara av typen öga för öga, tand för tand, i den bokstavliga mening som är fallet i länder där man, med hänvisning till exempelvis islamisk rätt, hugger händer av tjuvar, eller dömer den som bländat sitt offer att själv mista synen.<sup>36</sup> Här kan man i stället fokusera på den specifika rätt som gärningsmannen missbrukat, nämligen rätten till frihet, och straffa honom genom att beröva honom frihet i proportion till allvaret i hans eget rättighetsmissbruk.

Bestrafningen av en gärningsman upphäver givetvis inte vad han har gjort. Den återställer inte mordoffret till liv, den läker inte våldsoffrets brutna ben, den reser inte ur askan det hem som pyromanen satte eld på. Men även om straffet inte upphäver brottet, så utplånar det en extra kränkning mot såväl brottsoffer som mot det laglydiga samhället i stort, nämligen den kränkning som består i att man kan förgripa sig på en människas liv, lem och egendom och komma undan med det. Att låta den skyldige gå fri är en orätt, likaväl som det är en orätt att straffa den oskyldige. Att avstå från att straffa en våldsverkare är att säga till hans offer och till medborgarna i allmänhet, att man kan misshandla dem utan att det ska behöva kosta något. Deras rättigheter är alltså inget värda.<sup>37</sup> Straffet markerar samhällets vilja att upprätthålla en moralisk skiljelinje mellan offer och gärningsmän. När staten av sina medborgare fordrar laglydnad och underkastelse under statens våldsmonopol, så har medborgarna också rätt att som motprestation fordra att staten bryr sig om deras rättigheter. Därför ska gärningsmän straffas, även om straffet i sig inte gör brottet ogjort.

Ett aktörsrelaterat rättviseperspektiv utgår från att gärningsmannen är ansvarig för sina handlingar, till dess att motsatsen är bevisad. Här finns följaktligen också ett större utrymme för tanken att gärnings-

<sup>36</sup> I maj 2011 dömde en iransk domstol Majid Mohavedi till att bli bländad som straff för att han i en syraattack bländat Ameneh Bahrami för att hon vägrat gifta sig med honom. Domen upphävdes då Bahrami förlät mannen. <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/iran/8673778/Iran-man-pardoned-from-acid-in-eye-punishment-at-last-second.html> (Sidan läst 2011-12-23.)

<sup>37</sup> För ett detaljerat försvar av straff med utgångspunkt i behovet att återställa brottsoffrets värde i relation till gärningsmannen, se Jean Hampton, "The Retributive Idea", i Jeffrie G. Murphy och Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, 1988 (111–161), s. 122–143.

män som lider skada i samband med att de bryter sig in, ofredar, eller använder våld mot sina offer får skylla sig själva. De är inte likaberättigade med sina offer, och de ska inte tillerkännas samma rättigheter. Denna aktörsrelaterade uppfattning innebär också en mer generös syn på nödvärnsrätten, än vad som är fallet i svensk rättstillämpning idag.

### **Exemplet Rödeby**

En kväll i oktober 2007 sköt en man två ungdomar på sin gård i Rödeby, Blekinge. Han dödade den ene, och skadade den andre svårt. De två ungdomarna ingick i ett mopedgäng som tidigare trakasserat mannen och hans familj grovt. De hade förstört familjens brevlåda och tvingat dem att eftersända sin post. De hade angripit familjen på allmän väg och försökt öppna dörren till deras bil under körning. De hade vid ett annat tillfälle ställt sig i vägen för mamman när hon skulle köra bil. Hon hade också hotats till livet. De hade hotat familjens son, som led av ett neuropsykiatriskt handikapp. Sonen hade prejat på vägen när han körde moped. Familjen hade gjort ett flertal polisanmälningar, utan något resultat. Mopedgänget lämnades ostört i sina trakasserier av familjen.

Den här kvällen hade gänget, bestående av sex ungdomar, ringt och hotat familjen innan de begav sig till gården. De var utrustade med ett basebollträ och vägpinor som de plockat med sig på vägen dit. Mannen, som tog antidepressiva mediciner och dessutom hade druckit alkohol, hade somnat, men vaknade till en verklighet som försatte honom i paniktillstånd. Gården var invaderad av ungdomsgänget, de var beväpnade, och de hade tidigare hotat hans familj. Mannen tog ut sitt jaktgevär ur vapensåpet, gick ut och mötte ungdomarna, med känt resultat.

I tingsrätten ville åklagaren åtala för mord, men detta ogillades av rätten, med hänvisning till att mannen vid händelsen inte var i ett sådant mentalt tillstånd att han kunde sägas uppsåtligen ha begått gärningarna som han lastades för. När ärendet sedan kom till Hovrätten över Skåne och Blekinge, så togs nödvärnsrätten upp till diskussion. Hovrätten menade att det råder

”inte något tvivel om att S.R., liksom för övrigt även de andra familjemedlemmar och närstående som befann sig på fastigheten vid tillfället, befann sig i en nödvärnssituation”.

Men man såg inte mannens respons som proportionerlig:

”Att använda skjutvapen på det sätt som S.R. har gjort är en så drastisk åtgärd att den kan godtas endast i mycket speciella undantagssituationer där angreppet i sig självt är livsfarligt och faran akut”.

Inte heller ansåg hovrätten att situationen varit så akut att mannen svårligen hade kunnat besinna sig. Objektivt sett var faran närmast

mindre överhängande, eftersom han befann sig inne i sitt hus, när mopedgänget trängde in på gården. Och även om man räknade med subjektiva faktorer som att mannen led av psykiska problem, hade druckit alkohol och nyss vaknat, så var inte omständigheterna sådana att han kunde gå fri från ansvar, enligt hovrätten. Däremot såg man att ”den grad av skuld som han ådragit sig är avsevärt mycket mindre än om hans handlande inte hade skett i nödvärn”.

Mannen döms i slutändan för dråp, inte mord, men hovrätten påpekar att

”[s]ärskild betydelse bör därvid tillmätas det förhållandet att S.R. utan egen förskyllan försatts i en situation som han på grund av sitt grava psykiska handikapp har haft svårt att bemästra. Enligt hovrättens mening talar dessa omständigheter så starkt i mildrande riktning att straffvärdet av gärningarna ligger avsevärt under vad som svarar mot straffminimum för dråp”.

Men fortfarande skulle mannen ha dömts till fängelse, om det inte hade varit för hans psykiska tillstånd vid gärningstillfället, som talade emot en sådan påföljd. Kontentan blev att hovrätten dömde mannen för dråp och grov misshandel, men förklarade samtidigt att han skulle vara fri från påföljd.<sup>38</sup>

Hur skulle Rödebyfallet värderas i ett aktörsbaserat rättighetsperspektiv? Här skulle man börja med att understryka att mopedgängets medlemmar är just aktörer. De kommer till mannens gård med avsikt att skrämja, skada, eller rentav döda mannen och/eller någon av hans närstående. Givet bakgrundshistorien har mannen fog för att anta det värsta. I det ögonblick som det beväpnade gänget står på hans gårdsplan har han grund att befara att de står honom och hans närstående efter livet. Om mopedgängets medlemmar hade velat upprätthålla sin rätt att slippa bli skadade till liv och lem, så skulle de aldrig ha kommit dit under sådana former som nu skedde. De har det fulla ansvaret för att ha skapat en situation som sedan blir livsfarlig för dem.

Man kan hävda att mannen använde ett oproportionerligt våld, när han öppnade eld mot ungdomar som på sin höjd hade träpåkär som vapen. Men det är inte den angripnes sak att under pågående attack leta efter försvarsmedel som är anpassade efter angriparens beväpning. Man måste få freda sig med det man har till hands, och man ska inte åläggas att hellre fly än att försvara sig, bara för att det enda tillgängliga försvaret kan vålla angriparens död. Detta gäller givetvis i särskild hög grad när man blir angripen i sitt hem.

När man ser på Rödebymannens våldsanvändning, så bör man ur ett rättviseperspektiv också väga in det faktum att de rättsvårdande myndigheterna inte gjort något för att förhindra de trakasserier som mannen och hans familj utsatts för av mopedgänget. Ur ett rättviseperspektiv kan samhället inte både förhålla sig undfallande när det

<sup>38</sup> RH 2008:90.

gäller att värna en enskild medborgares rättigheter och samtidigt hävda en rätt att straffa honom när han till slut själv måste försvara dessa rättigheter, även om han då tillgriper ett våld som är oproportionerligt. Samhället bär ett ansvar för denna oproportionerlighet, eftersom man genom att inte belägga mopedgängets medlemmar med frihetsrestriktioner och hålla dem under uppsikt, hade förmedlat budskapet att man antingen inte ville eller inte kunde göra vad som var nödvändigt för att säkerställa hans och hans familjs rätt att leva i frid. Därmed bidrog man till mannens desperation och känsla av att vara utlämnad till gängets godtycke, och därmed bidrog man också till en situation där det är rimligt att förvänta sig att han tar till övervåld när han till slut måste försvara sig fysiskt.

*Gränsen* för mannens rätt till väpnat självförsvar i ett sammanhang som detta går vid risken att oskyldiga drabbas, till exempel någon granne som råkar komma förbi medan skottlossningen pågår. Men mopedgängets medlemmar hör inte till kategorin oskyldiga.

### **Om räddningsplikten**

Ett normativt moraliskt förhållningssätt till den juridiska rätten innebär inte att man menar att allt som är omoraliskt ska kriminaliseras. Det är omoraliskt att inte hålla sina löften, men alla brutna löften motiverar inte en domstolsförhandling. Vi kan ha moraliska skyldigheter som inte bör omsättas i juridiska skyldigheter. Detta kan bero på att den moraliska skyldigheten avser något relativt trivialt i relationen mellan två personer, som inte rättfärdigar att samhället och dess legala tvångsapparat ingriper. Om jag struntar i mitt löfte att hjälpa en kamrat att flytta, så kan det vara en grund för honom att sluta umgåsa med mig. Men det är ingen grund för honom att skicka polisen på mig. Förlusten av vänskap är straff nog, och en inblandning av de rättsvårdande institutionerna skulle helt enkelt vara oproportionerlig, och därigenom också ett slöseri med medborgarnas skattemedel.

I andra fall kan min försummelse visserligen vara allt annat än trivial, men ändå inte motivera kriminalisering. Om jag ser en person drunkna, och om ingen annan person än jag kan rädda honom, och om jag kan rädda honom utan någon annan risk för egen del än att jag blöter ned mina skor och byxor, så har jag en moralisk skyldighet att rädda honom. (Vi utgår från att det inte finns några komplicerande faktorer att ta hänsyn till här, som att den drunknande lovat slå ihjäl mig om han kommer upp ur vattnet.) Jag skulle helt enkelt vara en moraliskt dålig människa om jag struntade i den här personens öde. Men bör jag åtalas om jag försummar att rädda honom?

Här handlar det inte om att ett lagförande skulle vara oproportionerligt. Detta fall handlar inte om utebliven flytthjälp, utan om utebliven hjälp till överlevnad, en hjälp som jag dessutom var i en unik position att ge utan någon jämförbar risk för egen del. Men det finns andra aspekter av relevans för frågan om kriminalisering. Om en lag



om räddningsplikt ska ha någon praktisk betydelse, så måste den kunna användas i en domstol, där en åklagare ska kunna leda i bevis att någon har brustit i sin skyldighet att ingripa. En moraliskt rimlig lag måste ta hänsyn till sådant som nämndes i exemplet ovan, som att den potentielle räddarens ingripande verkligen är nödvändigt och att det kan ske utan risk för hans egen hälsa. Detta är i praktiken ofta omöjligt att bevisa. Om flera potentiella räddare befinner sig på en olycksplats, så är det svårt att avgöra vems ingripande som skulle ha varit nödvändigt. (Om någons ingripande inte var nödvändigt, så är det svårt att hävda försummelse. Vi kan knappast klandras för att vi avstår från onödiga ingripanden.) Om bara en potentiell räddare är på platsen, och den nödställda omkommer, så finns inga vittnen som kan styrka försummelse. Och även om man hade kunnat hävda att en viss persons ingripande skulle ha varit nödvändigt för att rädda den nödställda, så måste man ta hänsyn till att den personen kan ha haft skäl att bedöma riskerna för ett ingripande på ett sådant sätt att det skulle ha varit åtminstone subjektivt skäligt för honom att avstå från att ingripa.

Svårigheter att bevisa felhandlande är i och för sig inte tillräcklig grund för att avfärda kriminalisering. Det gäller redan för många brott, att de är svåra att bevisa i domstol, utan att man för den skull menar att de bör avkriminaliseras. Och Vilhelm Lundstedt, som beto- nade lagens samhällsnyttiga funktion att *skapa* moral, menade att ”det kan finnas en förnuftig grund för att bestraffa t.ex. underlåtenheten att rädda ur livsfara”.<sup>39</sup> En kriminalisering av försummelse att rädda skulle alltså kunna uppfostra medborgarna att bättre ta vara på varandra.

Detta argument väcker emellertid två frågor: *Behöver* människor uppfostras att bistå varandra i nöd? Är det i så fall *lagens* uppgift att stå för denna uppfostran?

De empiriska undersökningar som har gjorts tyder på att människor tar betydande risker för att bistå varandra, även utan hot om straff för underlåtenhet. I USA, där underlåtenhet att rädda är kriminaliserad i endast ett fåtal delstater och då med mycket lindrig påföljd (böter), är förhållandet mellan antalet personer som omkommer när de försöker rädda någon nödställd och antalet nödställda som omkommer därför att ingen försöker rädda dem 70:1.<sup>40</sup> För varje ignorerad nödställd som dör därför att ingen bryr sig om hans öde så är det alltså sjuttio potentiella räddare som sätter livet till i försök att rädda någon nödställd. Om dessa siffror är överförbara till Sverige, så tyder det inte på något skriande behov att med lagens hjälp uppfostra medborgarna till bättre ansvarstagande. Och om en lag inte svarar mot något faktiskt behov, så ska den givetvis inte införas.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Lundstedt, Till frågan om rätten och samhället, s. 56.

<sup>40</sup> David A. Hyman, ”Rescue Without Law: An Empirical Perspective on the Duty to Rescue”, *Texas Law Review*, vol. 84 (653–737), 2006, s. 657.

<sup>41</sup> För en genomgång av argument för och emot en lagstiftad räddningsplikt, se Olle Abrahamson, ”Är civilkurage något att lagstifta om?”, *SvJT* 2011 s. 1.

Men även om impulserna att vara en barmhärtig samarit skulle vara underutvecklade hos medborgarna, så kan man ifrågasätta om medborgarna ska uppfostras att bli goda medmänniskor med hjälp av lagens tvång. En våldsverkare utvidgar sin frihet på andras bekostnad, och det är rimligt att hans egen frihet blir begränsad i motsvarande grad. Den som vägrar att riskfritt hjälpa en medmänniska i nöd utvidgar inte sin frihet på någon annans bekostnad. I stället vägrar han ställa ens en blygsam del av sin frihet till förfogande för någon som håller på att förlora all såväl frihet som välbefinnande.

Den försumlige räddaren är inte ett *hot* mot någon. Han är bara *inte till hjälp* för någon. Han är inte *orsaken* till att någon skadas eller dör. Hans närvaro på platsen varken skapar eller avgör den nödställdes grad av utsatthet. Personen i nöd hade inte varit i en bättre belägenhet om den försumlige räddaren inte hade varit där. Men i fallet med offret för en våldshandling, så hade han varit i en bättre belägenhet om våldsverkaren inte hade varit där från första början. Våldsverkaren skapar och kontrollerar den situation som slutar med att hans offer skadas eller dör. Och denna skillnad mellan den försumlige räddaren och våldsverkaren bör komma till uttryck i hur vi ser på frågan om lämpliga sanktioner. Vi kan ta avstånd från den försumlige räddaren och bestämma oss för att vi inte vill ha med honom att göra. Denna sociala utstötning kan vara ett mer passande straff än böter och fängelse.

Ett moraliskt perspektiv på lagen behöver alltså inte innebära att allt som är omoraliskt kriminaliseras. Moralen går utanpå lagen, både i så måtto att man utifrån normativa moraliska utgångspunkter kan värdera och kritisera stiftade lagar, och i så måtto att moralen kan föreskriva plikter som varken behöver eller bör inkluderas i den stiftade lagen.