

*Ett talmudistiskt rättsfall*

---

Under den senare tiden har här i Sverige ett antal, av såväl jurister som lekmän, omdebatterade domslut avkunnats. Till dessa hör det s k Lindomefallet där två ynglingar var åtalade för mord på en 89-årig man. Mordet ägde rum i den äldre mannens hem i Lindome i oktober 1990. Med detta fall som utgångspunkt skall jag här diskutera ett gammalt rättsfilosofiskt problem, vilket har med underlåtenhetens kausalitet att göra.

Det markanta med fallet är att, trots att det utom allt rimligt tvivel var just "dessa två" ynglingar som begått brottshandlingen, frikändes de av tingsrätten på grund av brist på teknisk bevisning och därför att de två åtalade skyllde dådet på varandra. Gemene man reagerade känslomässigt med förundran över domen. Domslutet förefaller uppenbarligen strida mot den allmänna rättsuppfattningen. Grova brott, i synnerhet mord, skall enligt denna uppfattning inte förbli ostraffade. Detsamma anser onekligen även domaren som avkunnade frikännandet. Emellertid får domare inte, till skillnad från gemene man, reagera känslomässigt. Han måste följa lagen och de principer som gäller i ett rättssamhälle. Därför kan han inte avkunna något straff ifall den/de anklagades skuld inte går att bevisa. Frågan är alltså om det i det konkreta fallet fanns någon laglig grund för en fällande dom. Jag kommer nedan att argumentera för att det fanns en sådan. Men först vill jag uppmärksamma ett resonemang i Talmud där ett jämförbart fall diskuteras.

*1. Talmud*

Jag bör dock erkänna att jag inte är någon expert på Talmud. Mina kunskaper i frågan är rätt begränsade. Trots detta tänker jag här ge mig in på ett talmudistiskt resonemang. Det gör jag av det enkla skälet att jag i ett tillägg till Emanuel Deutsch' förträffliga avhandling om

Talmud till min förvåning fann ett exempel som i mångt och mycket påminner om det ovan nämnda rättsfallet.

Avhandlingen, "The Talmud", publicerades ursprungligen anonymt (*The Quarterly Review*, Vol 123, 1867). I efterhand blev det känt att författaren var Emanuel Oscar Menahem Deutsch. Avhandlingen utkom därefter i många separata upplagor och i olika översättningar, bl a till polska. Den polska översättningen, med mycket sakkunniga tillägg och kommentarer, gjordes inte direkt från engelska utan från franska av Izaak Kramstück (*Drukarnia Gazety Polskiej*, Warszawa, 1869). Ett fak-simil av denna upplaga publicerades av Wydawnictwa Artystyczne i Filmowe (WAI F), Warszawa 1990. Då jag nedan refererar till original-avhandlingen skall jag använda förkortningen ED. Då jag däremot hänvisar till något tillägg eller någon kommentar ur den polska upplagan skall jag använda förkortningen IK.

Vad själva Talmud angår så består den av två huvuddelar: Mischna och Gemara. Den första delen handlar om Moselagen och är den egentliga Talmudtexten. Denna del utgör å ena sidan en upprepning av lagen, å andra sidan dess utläggning, något som det hebreiska ordet "mischneh" i dess dubbeltydighet (upprepning och utläggning/förklaring) exakt återger. Den andra delen, Gemara, är en kommentar och en komplettering till Mischna. Ordet "gemara" är av syriskt ursprung och är en synonym till ordet "talmud", som egentligen betyder forska (undersöka), lära sig (av verbets aktiva form lymad = lära, resp verbets reflexiva form lomad = lära sig). Av tradition står emellertid det syriska ordet för blott kommentar och komplettering till Mischna, medan det hebreiska ordet Talmud omfattar bådadera, dvs Mischna och Gemara.

Talmud föreligger i två olika utgåvor: den palestinska, också kallad för den jerusalemska, utgåvan (ca 390 e Kr) och den babylonska utgåvan (365 – 427 e Kr). Jämfört med den jerusalemska utgåvan är Talmuds babylonska utgåva fyra gånger mer omfattande. Den innehåller hela Mischna (den jerusalemska utgåvan saknar vissa delar, IK s 59) och består av trettiosex traktater (2947 tryckark) på sammanlagt tolv volymer i folio (ED s 449). Den babylonska utgåvan anses vara den av rabbinerna godkända och representativa utläggningen av judendomens trosbekännelse. Den är, som E Deutsch uttrycker det, "...den mest tillförlitliga kanoniska skriften inom den judiska traditionen" (ED s 449).

Denna märkliga skrift handlar, i både bokstavlig och överförd mening, om allt mellan himmel och jord. I den går det att läsa om det mest vardagliga: om arbete och vila, om människans liv och seder, om hennes förhållande till sig själv och till andra människor; men i första hand handlar skriften naturligtvis om människans förhållande till Gud. Enligt Deutsch är Talmud "...faktiskt en Corpus Juris, en encyklopedi som omfattar såväl civil- och straffrätt som kyrklig och internationell, mänsklig och gudomlig rätt..." (ED s 425). Denna encyklopedi har skrivits av de mest framstående judiska lärda under en period av ett tusen år (Moses förkunnelse ska ha ägt rum år 2448, dvs år 1372 f Kr. Mischnas början hänförs till Schimon den Rättvise, år 3448, dvs exakt ett tusen år efter Moses. Den skrevs ned av Rabbi Jehuda Hanasy år 3949 – allt detta efter IK s 24) och har därefter tolkats och kompletterats i ytterligare ett tusen år (jfr ED s 425). Det är därför inte att undra på att man i den kan finna mycket, även för nutidens problem, intressant stoff.

## 2. *Talmuds exempel*

Det talmudistiska exemplet som tycks mig vara jämförbart med det ovan nämnda rättsfallet tas i Talmud upp på det för denna skrifs karakteristiska sättet att resonera, nämligen i parabelformen.

Antonius Pius frågade Rabbi: vad för rätt har Gud att efter döden straffa kroppen eller själen? När kroppen ställs inför domen kan den hävda: det var inte jag utan själen som syndade. Beviset att så var fallet är att fr o m den tiden då själen lämnade mig ligger jag orörlig och känslolös som en sten i graven, oförmögen att synda. Själen kan i sin tur tillskriva de begångna synderna uteslutande till kroppen genom att bevisa att fr o m den tiden då den skilts från kroppen har den oskyldigt svävat i himmelen bortom all synd. På det här sättet kan både kropp och själ ömsesidigt peka ut den andre som orsak till de begångna synderna och därigenom undgå bestraffningen. Rabbi besvarade frågan med en jämförelse. En konung hade en präktig trädgård med mycket sällsynta frukter i. Han anställde två vakter, av vilka den ene var blind och den andre halt, för att vakta dessa. En gång sade den senare till sin kollega: jag ser där borta en vacker och mogen frukt, men på grund av mitt handikapp kan jag inte nå den, du som saknar ögon kan däremot inte se den; bär mig dit så skall vi

dela bytet oss emellan. Som de kom överens, så blev det gjort. Efter en tid kom konungen till trädgården. Då han inte kunde hitta den förkomna frukten frågade han väktarna vad som hade hänt, men båda försvarade sig genom att hänvisa till sina handikapp, som för var och en av dem gjorde illdådet omöjligt. Eftersom ägaren anade list i försvaret, satte han den haltande på den blinde och dömde som om de vore en människa. Detsamma gör Gud: han återför själen in i kroppen och dömer de båda i förening (min översättning från polska efter IK s 74).

Utöver världsliga frågor och problem indikerar parabeln ett antal rent teologiska frågor och problem. Dessa ligger dock inte inom mitt intresseområde och skall därför här inte diskuteras.

### *3. Det talmudistiska exemplet och Lindomefallet*

En talmudist skulle kunna fullfölja Talmuds resonemang och säga: här har vi ett fall då två ynglingar har begått ett fruktansvärt brott; de har mördat en människa och har därmed förtjänat bestraffning. Ehuru vi inte exakt vet vilken av de två som begått dådet, kan vi utgå ifrån att båda på något sätt var inblandade och att de skyllde på varandra för att undkomma bestraffningen. Vi bör, skulle han säga, i situationer som denna följa Talmuds exempel och kollektivt bestraffa de två ynglingarna som om de vore en person. Detta resonemang skulle säkerligen tillfredsställa gemene mans rättskänsla.

I en demokratisk rättsstat som vår kan vi emellertid inte följa Talmuds lagar, skulle en jurisprudensrepresentant kunna hävda. Våra domstolar har inte, och bör enligt de gällande rättsprinciperna inte heller ha, den makt som den talmudistiske Guden eller konungen har. Vi lever i en demokrati, inte i ett totalitärt system, och våra rättsmyndigheter är förpliktade att följa demokratins grundprinciper. En av dessa principer säger att kollektiv bestraffning, något som är vanligt i totalitära samhällen, är odemokratisk och därför otillåten. En annan grundprincip säger att man på grund av bristande bevisning hellre friar en misstänkt brottsling än straffar en oskyldig person. Här har vi just ett sådant fall där tillämpningen av dessa två principer måste leda till en friande dom.

Resonemanget låter övertygande och talmudisten skulle förmodligen kunna acceptera det. Han har nämligen lärt sig ur Talmud att man

skall anpassa (eller om så krävs ändra) de gamla lagarna till nya, förändrade situationer. Exempel rörande anpassning och förändring av lagar finns det gott om i denna skrift. Ett sådant gäller den heliga sabbaten. Sabbaten är genom Guds vilja en vilodag. Det finns i Talmud en mycket detaljerad beskrivning hur denna dag skall firas, vad man får och vad man inte får göra. Men t o m den heliga sabbaten kan upphävas i en förändrad situation, t ex när det gäller att rädda ett liv (jfr ED s 440).

På ett colloquium på filosofiska institutionen i Uppsala, den tredje februari 1993, har en första version av denna artikel diskuterats. Flera tankeväckande anmärkningar har vid detta evenemang uppmärksamats. Det har bl a påpekats att det finns en markant skillnad mellan det talmudistiska exemplet och Lindomefallet, nämligen det att i det talmudistiska exemplet är det känt att de inblandade personerna (väktarna) har samverkat vid brottet, något som i Lindomefallet inte kan påvisas. Eftersom konungen visste att en samverkan mellan väktarna ägde rum kan inte hans agerande (detsamma gäller Guds agerande) anses strida mot demokratins grundprinciper. Varken Gud eller konungen har, som jag hävdar, handlat odemokratiskt. Konungens agerande är självfallet särskilt intressant. Båda väktarna har, som vi vet, medverkat vid brottet, och därmed har båda förtjänat att bli kollektivt bestraffade för det ”som om de vore en människa”. Resonemanget tycks mig vara korrekt såtillvida som det framhåller det vi fick veta ur parabeln, nämligen att den halte och den blinde kom överens om att samverka vid stölden. På goda grunder kan vi anta att även konungen visste detta (vad Gud visste eller inte visste innan han återförenade kroppen och själen är ett teologiskt problem och kan därför lämnas därhän). På goda grunder, låt vara inte på lika goda som konungens i fallet med väktarna, kan vi anta att ynglingarna i Lindomefallet på något sätt har samverkat vid brottet och att de avsiktligt skylldes på varandra för att undgå bestraffningen. Vi kan följaktligen, precis som konungen ”anade list i försvaret”, ana list i deras ömse-sidiga beskyllningar. Med hänsyn taget till våra demokratiska grundprinciper kan vi emellertid inte döma dessa ynglingar blott därför att vi anar list i deras agerande. Men det kunde konungen. I detta hänseende tycks bedömningen av konungens dom som odemokratisk vara berättigad.

Talmudisten har bestämt sig för att acceptera de demokratiska

grundprinciperna. Dessa förefaller emellertid, som sagt, strida mot det talmudistiska exemplet. Talmud tillåter att man vid förändrade omständigheter bryter mot dess lagar. Frågan är alltså om en sådan brytning är nödvändig här. Innan en talmudist skulle bryta mot någon talmudistisk lag skulle han undersöka om det inte finns en tolkning av situationen som varken strider mot den talmudistiska Gudens respektive konungens handlande eller vår demokratiska lagstiftning. Han skulle alltså söka en tolkning som inte strider mot de ovan nämnda grundprinciperna men som ändå kan leda till en fällande dom.

Utan att behöva gå in i detaljer, vilka jag förresten inte känner till, kan det konstateras att vi inte vet vilken av dessa två unga människor som har bragt den äldre mannen om livet. Men det som vi utan allt rimligt tvivel vet, inte minst därför att de två skyllde på varandra, är att båda var närvarande då brottet begicks. Anta att endast en av dem, låt oss kalla honom för A, är mördaren. Den andre, låt oss kalla honom för B, har i så fall underlåtit att förhindra dådet. Är det i stället B som är mördaren, så är A den som har underlåtit att förhindra dådet. Vi vet fortfarande inte vem, A eller B, som är ansvarig för mordet eller för underlåtenhet. Men eftersom underlåtelse i det här fallet är det minimum som kan bevisas utan allt rimligt tvivel, kan både A och B anklagas för detta. Så skulle i alla händelser den talmudistiske Guden och/eller den talmudistiske konungen ha kunnat göra.

Enligt svensk lag är underlåtenhet emellertid, med undantag för de fall där det finns allmän plikt, på grund av t ex ett yrkesutövande, eller där uppsåt uppenbarligen föreligger (jfr Thyrén 1920, s 36), inte straffbar. Således har talmudistens överväganden hittills inte kunnat hjälpa oss så värst mycket. Men han är envis och ger inte upp så lätt. Han frågar därför om den svenska lagen inte bör ändras på den här punkten.

#### *4. Om underlåtenhetens kausalitet*

Tanken är inte ny. Den har sedan länge diskuterats av både jurister och filosofer. En märklig debatt i frågan ägde t ex i början på 20-talet rum mellan rättsprofessorerna Anders Vilhelm Lundstedt (Uppsala) och Johan C W Thyrén (Lund). I debatten deltog även filosofen Einar Tegen. Fejden, som Tegen kallade den, mellan Lundstedt och Thyrén gällde inte blott underlåtenhetens kausalitet utan den moderna straffrättens grundprinciper överhuvud taget. Problemet som intresserar oss här spelade dock en betydande roll i denna debatt.

Vad problemet exakt gällde var följande: (1) Kan underlåtenhet tolkas som ett kausalt förhållande? (2) Bör underlåtenhet vara straffbar ifall ett kausalt förhållande av något slag föreligger? (3) Bör underlåtenhet vara straffbar ifall ett kausalt förhållande inte föreligger?

Den mest utförliga analysen finner vi hos Tegen i hans uppsats "Om underlåtenhetens kausalitet" från 1921, först publicerad 1927 i boken betitlad "I filosofiska frågor". Analysen ges där i form av ett samtal mellan en häradshövding och en ingenjör. Den senare följer i diskussionen Thyréns uppfattning om ett föreliggande kausalt förhållande i underlåtenheten. Den förre, som i diskussionen, såvitt jag har förstått, företräder författaren själv, fullföljer Lundstedts argumentation mot denna uppfattning.

Samtalet kretsar kring ett klassiskt exempel. En icke simkunnig person, X, har ramlat i vattnet och drunknat medan en annan person, Y, som råkat befinna sig på bryggan sett på. Y kunde, utan att behöva utsätta sig själv för någon fara eller obehag, eller, som Thyrén uttrycker det, utan någon "nämnvärd uppoffring" (Thyrén 1920, s 41), ha räddat X genom att t ex kasta "en lina som låg på bryggan" (Tegen 1927, s 163). Men Y gjorde ingenting. Han bara stod på bryggan och såg på hur X drunknade. Frågan är nu om det föreligger något kausalt förhållande mellan X:s död och Y:s underlåtelse och, om så är fallet, vad för slags kausalt förhållande det kan vara.

Innan jag besvarar denna fråga vill jag ännu en gång hänvisa till Talmud, där ett jämförbart exempel anges. En man ser en kvinna drunkna men gör ingenting för att rädda henne. Han motiverar sitt inhumana beteende med att hänvisa till sin fromhet. Han kunde nämligen inte rädda henne utan att titta oanständigt på henne. En sådan människa kallas i Talmud för en "from dumbom" (IK s 21). Exemplet moraliska budskap är uppenbart. Det omoraliska, det inhumana i handlingen (eller rättare sagt, i icke-handlingen eller, som Thyrén uttrycker det, i "den negativa handlingen") får inte bortförklaras med hänvisning till förbudet att den fromme inte får titta oanständigt på en kvinna.

Den som vill göra gällande att han genom att hålla strängt vid lagens bokstav gör något gott när humanitetens bud borde driva honom mot att inte följa den älskas varken av Gud eller av människor. Den som tvärtom av fri vilja gör något gott som inte krävs av lagen, dvs den som inte stannar vid rättvisans port (at the 'Gate of Justice') utan

passerar den för att nå barmhärtighet (the 'line of mercy') har gjort sig förtjänt av de visas beröm (ED s 444).

En människa som i sin dumma fromhet tror att hon hedrar Gud genom att underlåta räddningen av kvinnan är alltså enligt Talmud varken älskad av Gud eller av människor. Även om underlåtelse i detta exempel inte beläggs med något straff, utöver den moraliska fördömsen, kan man dock tänka sig att den kommer att väga tungt på vågskålen då de goda och de onda gärningarna på den yttersta domen skall vägas mot varandra. Underlåtenhetens straffbarhet är här således, om jag förstått saken rätt, inbyggd i den moraliska fördömsen. Straffet verkställs dock inte omedelbart utan förflyttas in i framtiden.

Låt oss nu återvända till vårt klassiska exempel. Finns det något kausalt förhållande i det faktum att X drunknade och att Y underlät att kasta den räddande linan? Ja, svarar Thyré. Ja, svarar ingenjören i Tegens artikel. Nej, svarar Lundstedt. Nej, svarar häradsövdingen, dvs Tegen själv. Vad mig beträffar så håller jag nog med Lundstedt och Tegen i denna fråga, ty Thyréns resonemang tycks mig inte hålla. Thyré skriver:

Antag två krafter,  $k_1$  och  $k_2$ , som neutralisera varandra. Om  $k_1$  vore ensam, krafter, som här lämnas åsido) faktum  $f_2$  i stället för  $f_1$ . I en sådan situation skulle faktum  $f_1$  uppstå. Då nu  $k_1$  neutraliseras av  $k_2$ , uppstår (genom andra säger man, och måste man säga, inom straffrätten, att  $k_2$  är (en) orsak till  $f_2$ . Ty sättes  $k_2$ , så uppstår  $f_2$ ; bortfaller  $k_2$ , så bortfaller  $f_2$  – förutsatt naturligen, att allt annat lämnas oförändrat. Om nu  $f_1$  = det faktum, att X, som fallit i vattnet, räddas;  $f_2$  = att X drunknar;  $k_1$  = personen M, som vill och kan rädda X, om M får sköta sig själv;  $k_2$  = personen A, som slår armarna kring M och hindrar hans räddande handling – så är således A orsak till X:s död. Den kausalitet, varpå det i straffrätten kommer an, rör emellertid icke personen såsom sådan, utan hans viljefarlighet. Det är denna, som måste underkastas nämnda kausalitetsprov. Om sålunda exemplet ändras därhän, att A ensam är närvarande, då X faller i vattnet,  $k_1$  = de egenskaper (kroppsstyrka etc.) och förutsättningar, som göra det möjligt för A att rädda X, och  $k_2$  = den viljefarlighet, som gör, att A icke begagnar dessa möjligheter utan låter X drunkna, så är  $k_2$  (=A:s viljefarlighet), *i alldeles samma mening* som i förra exemplet, orsak till X:s död. Vill man förneka orsakskvaliteten här, så måste man



förneka den där. X:s död inträder, då A:s viljefarlighet sättes, och bortfaller, då A:s viljefarlighet bortfaller; om annat är icke fråga. Faktiskt prövar man saken genom att tänka sig en person med normalt social-etisk vilja, *men i övrigt alldeles lika med A*, i A:s ställe; m a o genom att förändra viljebeskaffenheten men ingenting annat. Beror X:s död på förändringen, så föreligger kausaliteten (Thyrén 1920, ss 34f, Thyréns kursivering).

Angående Thyréns resonemang kan följande sägas: (1) Frågan om huruvida underlåtenhet inkluderar ett kausalt förhållande eller ej beror självfallet på vad som menas med "kausalt förhållande". Enligt den gängse uppfattningen anses C (cause) vara orsaken till något E (effect) om C inträffar vid tiden  $t_1$  och är ett tillräckligt villkor för E vid tiden  $t_2$ , där  $t_1 < t_2$ . Ibland ersätts kravet på ett tillräckligt villkor med kravet på ett "betydande" ("väsentligt") element i det tillräckliga villkoret eller med ett krav på ett nödvändigt villkor. Det är inte heller ovanligt att man, som t ex Thyrén, anser att orsaken C skall vara både ett nödvändigt och tillräckligt villkor för E. Vid givna och oförändrade omständigheter uppfattas därmed relationen mellan C och E som en en-entydig relation av typen "alltid om och endast om C, så E", eller i Thyréns terminologi "alltid om och endast om  $k_2$ , så  $f_2$ ". Man kan dessutom som en extra kvalifikation kräva att något slags fysisk eller psykisk inverkan ingår i det nödvändiga och/eller tillräckliga villkoret. Ställs detta krav är det svårt att se något kausalt förhållande i underlåtenheten på bryggan. Mellan  $k_2$  och  $f_2$  föreligger ingen fysisk eller psykisk inverkan, varför  $k_2$  inte kan anses vara orsaken till  $f_2$ .

(2) När två krafter  $k_1$  och  $k_2$  (observera att i exemplet talar Thyrén om verkande krafter, inte om underlåtenhet) verkar tillsammans kan inte  $k_2$  ensam, om fysisk inverkan ingår som ett nödvändigt villkor, vara orsak till faktum  $f_2$ ;  $k_2$  är i bästa fall blott en bidragande faktor eller en bidragande orsak till  $f_2$ . När  $k_2$  bortfaller är självfallet  $k_1$  ensam orsak till  $f_1$ . Bortfallet av  $k_2$  gör att endast  $k_1$  verkar och att  $f_1$  inträffar. Ur detta följer att när  $k_2$  inte verkar inträffar inte heller  $f_2$ , men inte, som Thyrén påstår, att  $k_2$  är orsak till  $f_2$ .

(3) När personen A "slår armarna kring M och hindrar hans räddande handling" är A ingalunda orsak till X:s död utan blott orsak till att M inte, på grund av A:s beteende, kunde rädda X. I bästa fall

kan man här säga att A genom att hindra M är i någon mening en indirekt orsak till X:s död. Att märka är att A:s beteende i det här fallet inte alls kan betecknas som någon negativ handling om med negativ handling menas underlåtenhet. A handlar faktiskt, han "slår armarna kring M".

(4) Samma förhållande som i (3) gäller nog mellan A:s "viljefarlighet" och hans beteende (underlåtenhet). Mellan A:s viljefarlighet och underlåtenhet äger ett kausalt förhållande rum, men inte mellan A:s viljefarlighet och X:s död, och därför kan varken A:s viljefarlighet eller A:s underlåtenhet vara orsak till X:s död.

(5) Vore A inte närvarande vid olyckstillfället (och inte M heller) skulle X ändå drunknat. Därför tycks mig Lundstedts (jfr 1920, s 43) och Tegens (jfr 1927, s 168) argument som hänvisar till detta faktum inte alls vara några "puerila argument" (jfr Thyren 1920, s 35).

(6) Inte heller tycks mig argumentet som bygger på Lucretius Carus' erkända påstående att "ex nihilo nihil fit" (jfr Lundstedt 1936, s 68) kunna avfärdas som irrelevant. Faktum är att A gjorde ingenting, och detta "ingenting" kan ej vara orsak till "någonting", i det här konkreta fallet till X:s död.

Att märka är att trots sin övertygelse om det föreliggande kausala förhållandet i underlåtenheten tycks Thyren acceptera att "den gällande straffrätten i princip lämnar underlåtenheten straffri..." (1920, s 37). Detta därför att uppsåt i underlåtenheten är svårt att bevisa. Det räcker alltså för honom inte att "det finns" ett kausalt förhållande, det måste också finnas uppsåt för att underlåtelse skall kunna bestraffas. För att undvika denna svårighet har han "*de lege ferenda* föreslagit (Prine. II, 20 ff) att bygga underlåtenhetens straffbarhet närmast på insikten om *farans* existens, vad långt lättare låter sig bevisa än uppsåtet att skada. Därmed vore möjligt att i icke alldeles ringa mån utsträcka underlåtenhetens straffbarhet" (Thyren 1920, ss 36f, Thyrens kursivering).

Även Lundstedt och Tegen tycker att underlåtenhet bör straffas, men på andra grunder än Thyren. För det första, ifrågasätter de förekomsten av ett kausalt förhållande i underlåtenheten. För det andra, anknyter de i sin argumentation till Hägerströms pliktbegrepp. Tegen, exempelvis, avslutar sin artikel "Om underlåtenhetens kausalitet" med följande ställningstagande:

...nu stå vi också fria att företa en lagstiftning och lagtillämpning, som icke skela åt detta mystiska förhållande (dvs orsaksförhållandet – Z P) utan som resolut ta sikte på det man med ett sådant straff vill vinna: uppammandet och beståndet av en omedelbart verkande plikt känsla att *företaga* sådana handlingar, som icke "få" underlåtas, och vilka – i likhet med vad som om handlingen i vårt fall kan sägas – är reallt möjliga (Tegen 1927, s 182, Tegens kursivering).

### 5. Om underlåtenhetens straffbarhet

Ju mer jag funderar på problemet desto mer tveksam blir jag beträffande kravet på underlåtenhetens straffbarhet – om underlåtenhet förstås på det vis som exemplifieras med A:s beteende i Thyréns terminologi, eller med Y:s beteende i Tegens terminologi – med hänsyn taget till "insikten om farans existens", eller önskan att uppamma och befästa en "plikt känsla att företaga sådana handlingar, som icke 'få' underlåtas" kan övertyga en lagstiftare. Visst låter kravet på att extremt asociala beteenden, av den typ som A och Y representerar, av samhället bör fördömas inte blott i moraliska termer utan också i form av juridisk bestraffning tilltalande. Ändå tycks det svårt att acceptera att man kan straffas för något man inte gjort. Detta kan vara förklaringen till varför Madeleine Leijonhufvud, professor i straffrätt, i sin rapport till justitiedepartementet, så som den presenterades i massmedier, är inkonsekvent i frågan om underlåtenhetens straffbarhet. I rapporten föreslås, utöver vidgningen av begreppet "medhjälp", att "[d]en som inte ingriper för att förhindra ett allvarligt brott ska kunna dömas till fängelse" (UNT, den 10 februari 1993). Enligt denna formulering skulle en person, som står på en brygga och ser på hur en människa håller på att drunkna, inte vara skyldig att ingripa för att rädda henne och därmed inte kunna straffas för underlåtenhet. Men en person som bevittnar ett allvarligt brott är skyldig att ingripa för att förhindra brottet, förutsatt att det kan ske utan risk för hans eget eller andras liv (jfr DN, den 10 februari 1993). Det är svårt att se någon avgörande skillnad mellan dessa två fall av underlåtenhet. En människa som råkat ut för en olycka och skadats eller dödats därför att en inhuman person underlät att hjälpa henne har väl, både i moraliskt och juridiskt hänseende, samma värde som en människa som utsatts för ett allvarligt övergrepp. Straffas inte personen för underlåtenhet i det

första fallet skall inte heller ett vittne som underlät att ingripa för att förhindra övergreppet straffas. Straffas den senare skall även den förre straffas. I min bedömning av den ovan citerade formuleringen utgår jag ifrån en tolkning som inte förutsätter något kausalt förhållande i underlåtenheten. Skulle ett sådant förhållande förutsättas, vore rekommendationen att straffa för underlåtelse vid "allvarliga brott", och inte för underlåtelse vid olycksfall, mera tillfredsställande.

Att Leijonhufvud inte förutsätter något kausalt förhållande framgår, om jag förstått det rätt, ur det fall med vilket hon åskådliggör den nya lagens tillämplighet. Fallet handlar om tre "stora och starka" män som bevittnat en våldtäkt utan att ingripa. Som fallet anförs i massmedia är det inte sagt att våldtäktsmannen var medveten om vittnenas närvaro. Om han inte var det, så kunde han inte bli påverkad av deras blotta närvaro, och därmed kunde inget kausalt förhållande mellan vittnena och våldtäktsmannen föreligga.

Vad Lindomemålet beträffar menar Madeleine Leijonhufvud "att domen som friar de båda männen är riktig med de regler som nu gäller" (UNT). Men även med de lagändringar som hon själv föreslår är hon tveksam om en annan utgång vore möjlig.

Det är förvånande att man föreslår en lag enligt vilken man kan dömas till fängelse för underlåtenhet där ett kausalt förhållande uppenbarligen inte föreligger samtidigt som man anser att domen i Lindomemålet var riktig och att den förmodligen inte skulle ha varit annorlunda även med den nya lagen, trots att ett kausalt förhållande i detta fall går att påvisa. Enligt min mening, borde det vara mer plausibelt att plädера för underlåtenhetens straffbarhet då ett kausalt förhållande föreligger, och mindre plausibelt då det inte föreligger.

Därmed vill jag inte säga att jag är helt främmande för tanken att även underlåtenhet där ett kausalt förhållande inte föreligger bör vara straffbar. Kravet på extremt asociala beteendens straffbarhet uppfattar jag som tilltalande. Det är ingen tvekan om att Y:s/A:s beteende på bryggan liksom de tre "stora och starka" männens beteende är extremt asociala, och därför bör de bestraffas. Problemet är dock: hur skall lagstiftaren övertygas om detta, och hur skall han kunna motivera en lag som straffar för något man inte har gjort? Jo, kanske kan man hänvisa till "insikten om farans existens", eller till "en plikt känsla" eller något dylikt. Men räcker detta? Förmodligen inte, ty det behövdes mer än sjuttio år sedan diskussionen mellan Lundstedt och

Thyrén innan problemet "tack vare" Lindomefallet har nått fram till ett konkret förslag om en lagändring. Men t o m den nya lagen kommer inte att omfatta de fall som exemplet på bryggan illustrerar.

Det är därför som jag i min framställning av problemet hänvisar till det kausala förhållandet, och menar att då ett sådant föreligger är pläderingen för underlåtenhetens straffbarhet mer plausibel. Visst kan man åberopa exempel på underlåtenhet, t ex då en skattepliktig underlåter att betala skatt, där frågan om kausalitet inte har någon nämnvärd betydelse. Men man kan även åberopa sådana exempel där underlåtenhet anses vara en faktisk orsak ("cause – in – fact", Hart och Honoré 1973, s 365) till ett brott, t ex när en bilist i mörkret underlåter att tända lyset på sin bil och därmed orsakar en olycka (ibid s 47). Därför tycks mig hänvisningen till fall där frågan om kausalitet inte har någon nämnvärd betydelse knappast försvaga mitt resonemang. I de exempel på underlåtenhet som ovan diskuteras, där människornas hälsa och/eller liv står på spel, är existensen av ett kausalt förhållande av stor vikt i bedömningen av det juridiska ansvaret.

I ett fall som ovan beskrevs, då en person X har ramlat i vattnet och drunknat samtidigt som en annan person Y stått på bryggan och sett på utan att göra någonting, föreligger inget kausalt förhållande mellan Y:s underlåtenhet och X:s död. Ett sådant fall av underlåtenhet vill jag kalla för *passiv* underlåtelse och skilja den från fall av underlåtenhet vilka jag skall kalla för *aktiv* underlåtelse. Det som karakteriserar en aktiv underlåtelse är existensen av ett kausalt förhållande i underlåtenheten. Fallet med de två ynglingar som mördade den äldre mannen faller under den aktiva typen av underlåtenhet.

Låt oss titta lite närmare på detta fall. Vi har här tre personer involverade: två ynglingar, A och B, samt den mördade äldre mannen. En av dessa ynglingar är mördare. Mellan honom och den äldre mannen föreligger självfallet ett kausalt förhållande. Det är detta förhållande som resulterar i den äldre mannens död. Om mördaren är A, så är det B som underlät att förhindra dådet. Det problematiska här är förhållandet mellan A och B. Följande kan tänkas:

(1) A och B har på förhand kommit överens om att döda den äldre mannen, men det är A som fullbordade brottet. I detta fall kan B dömas för stämpling, dvs för att i samråd med A ha beslutat gärningen (se BrB, 23:2). Samma resonemang gäller om mördaren inte är A utan

B. Att (1) ägde rum går dock inte att bevisa, och därför måste båda A och B frikännas.

(2) A och B har på förhand kommit överens om att blott råna den äldre mannen, men under de rådande omständigheterna har A ensam mördat åldringen. Om detta var fallet, så har B inte, i någon fysisk mening, medverkat i själva mordet, och kan därför inte, enligt den gällande lagen, dömas för "råd eller dåd" (BrB, 23:4). Samma resonemang gäller om mördaren inte var A utan B. Därav följer att varken A eller B kan dömas, enligt gällande lag, för mord eller för medhjälp till mord.

Medverkan ("råd eller dåd") kan dock tolkas annorlunda än i (2). I stället för den fysiska inverkan som (2) åsyftar kan en psykisk inverkan tänkas föreligga. Då B underlåter att förhindra A att mörda den äldre mannen, sänder han ut positiva signaler (Du får göra vad du håller på med, dvs mörda en oskyldig människa, jag skall inte hindra dig!) vilka A uppfattar som en tillåtelse att oförhindrat fullborda dådet. Det är just denna, på det psykiska planet föreliggande, ömsesidiga kommunikation mellan A och B som gör att underlåtenhet kan betecknas som aktiv underlåtenhet, trots sin passiva karaktär på det fysiska planet. En sådan psykisk inverkan och/eller samverkan ägde med största sannolikhet rum i Lindomefallet. Det är därför som jag hävdar att här föreligger ett kausalt förhållande. En sådan underlåtenhet tycks mig lätt kunna likställas med medhjälp (medverkan) vid brottet (se BrB, 23:4) och bestraffas därefter.

Jag är fullt medveten om de praktiska svårigheter som kommer att uppstå vad gäller bevisningen av aktiv underlåtenhet (medhjälp) under domstolsförhandlingar (t ex bevisningen av att den som underlät hade tillräckligt med tid eller var tillräckligt stark för att kunna förhindra dådet, att han hade tillräckligt stort inflytande på sin kompanjon för att överhuvud taget kunna påverka honom, etc). De praktiska svårigheterna tycks mig dock inte vara oöverkomliga; de är säkerligen inte större än dem man har i bevisningen av t ex uppsåt, och då menar jag inte uppsåt beträffande underlåtenheten utan uppsåt i andra typer av rättsfall, t ex när en polis i tjänsten vill skrämma ett anfallande gäng och utlöser ett dödande skott (Malmö-fallet), eller när det gäller en misstänkt förskingring, eller trolöshet mot huvudman m m.

Hur det än må vara med de praktiska svårigheterna kan de, enligt

min mening, inte stå som hinder för principfrågan: faller aktiv underlåtenhet (medhjälp till brott) under den gällande straffrätten eller inte? Svaret borde, i enlighet med den gällande lagen (se BrB 23:4), vara ja-kande. De två ynglingarna borde därför ha åtalats inte för enbart mord utan för mord, alternativ – aktiv underlåtenhet. Med all sannolikhet skulle då domen ha varit fällande, inte friande som den faktiskt var, då de åtalades enbart för mord som ingen av dem kunde bindas till.

Det har påpekats (Rysiek Sliwinski) att om A och B skulle dömas för underlåtenhet, så skulle minst en av dem, rent formellt, ha dömts för något han inte gjort sig skyldig till. Detta följer ur det faktum att vi vet att en av ynglingarna är mördare. Döms mördaren för underlåtenhet, så döms han för något annat än för vad han gjort, och de facto har förtjänat att dömas. Detta är sant. Den fällande domen motsvarar inte det faktiska händelseförloppet, och är därför ur rent formellt synpunkt felaktig. Den är uppenbarligen alldeles för mild gentemot den faktiske mördaren. Den kan därför av de dömda ingalunda uppfattas som orättvis. Som orättvis kan den måhända uppfattas av allmänheten. Detta är dock priset som samhället måste betala om det vill följa de demokratiska grundprinciperna. På grund av bristande bevis kan ingen av ynglingarna dömas för mord. Den faktiske mördaren kommer således lindrigt undan.

Medan jag höll på med artikelns avslutande sektion, offentliggjordes ytterligare ett intressant fall. Den 26 augusti 1992 dödsmissshandlades i Stockholm en 40-årig norrman. Fyra ungdomar var inblandade i dådet. Samtliga fyra nekar. Chefsåklagaren framträder i TV och säger att någon av de fyra måste ha begått brottet men, eftersom vittnenas uppgifter är motstridiga kan han inte styrka vem av dem det var. Det går alltså inte att väcka något åtal. Ingen av de fyra ställs följaktligen inför rätta. Skulle emellertid åklagaren ha tänkt i termer av underlåtenhet skulle han kanske ha kunnat väcka åtal mot alla fyra för aktiv underlåtenhet. Detta fall av dödsmissshandel är i mångt och mycket analogt med Lindomefallet. De föreliggande skillnaderna (att här var det fyra inblandade, inte två, att alla nekar i stället för att skylla på varandra) är utifrån mitt sätt att resonera irrelevanta. Även i detta fall hade man kunnat förvänta sig en fällande dom.

*Litteratur:*

**BROTTSBALKEN.**

DEUTSCH, EMANUEL OSCAR MENAHEM, "The Talmud", *The Quarterly Review*, Vol 123, 1867.

HART, H L A and HONORÉ, A M, *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford 1973.

KRAMSTÜCK, IZAAK, *Talmud*, övers av och kompletteringar till E Deutsch: *The Talmud*, Warszawa 1869, faksimil Warszawa 1990.

LUNDSTEDT, ANDERS VILHELM, *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten*, I, Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar, Uppsala 1920.

LUNDSTEDT, ANDERS VILHELM, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Zweiter Band, Erster Teil, Verlag G m b H, Berlin und Leipzig 1936.

TEGEN, EINAR, *I filosofiska frågor*, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1927.

THYRÉN, JOHAN C W, *Den moderna straffrättens grundåskådningar*. Anmärkningar vid prof A V Lundstedts skrift "En principinledning" etc (Uppsala 1920), Lund 1920.