

Lund University Faculty of Law

From the Selected Works of Christoffer Wong

2004

**Tahallisuuden topologia Thyrénistä Träskmaniin
(trans. the topology of criminal intent from
Thyrén to Träskman)**

Christoffer Wong



SELECTEDWORKS™

Available at: http://works.bepress.com/christoffer_wong/9/

JFT

TIDSKRIFT

UTGIVEN AV

JURIDISKA FÖRENINGEN I FINLAND

ETTHUNDRAFYRTIONDE ÄRGÅNGEN
TREDJE OCH FJÄRDE HÄFTET
2004

Artiklar

| | |
|---|---------|
| <i>Fredrik Andersson</i> : Socialförsäkring via Internet – en ny brottsmiljö? | 257–270 |
| <i>Ulrika Andersson</i> : Hans våld och hennes vilja – Något om ansvar, rättskydd och våldtäkt | 271–278 |
| <i>Karin Cornils</i> : Strafrechtsvergleichung in der Praxis | 279–293 |
| <i>Vagn Greve</i> : Får eller ulve | 294–310 |
| <i>Linda Gröning</i> : Evolution eller erosion? – Några reflektioner kring miljöstraffrätten | 311–323 |
| <i>Anja Hanunieniemi</i> : Skadestånd för kränkningar av patienters självbestämmanderätt i det personrättsbaserade medicinalrättsliga systemet | 324–339 |
| <i>Klaus Helminen</i> : Aklagarens roll i förundersökningen | 340–358 |
| <i>Nils Jareborg</i> : Från Platon till Träskman eller Om filosofer i köket | 359–365 |
| <i>Sverker Jönsson</i> : Det straffrättsliga ögonblicket – Reflektioner kring straffrättens legitimitet med utgångspunkt i västern-filmen <i>The Man Who Shot Liberty Valance</i> | 366–376 |
| <i>Raimo Lahti</i> : Harmonisering av den straffrättsliga lagstiftningen och konsekvenser för den nationella lagstiftningen. Materielle och rättskippningsrelaterade stötestenar | 377–385 |
| <i>Tapio Lappi-Seppälä</i> : Public Perceptions and the Fairness of the Dayfine System. An Evaluation of the 1999 Dayfine Reform | 386–397 |
| <i>Claes Lernestedt</i> : Sexualitet är i betraktarens öga? – Tendenser i svensk sexualstraffrätt, sedda bl a genom ett rättsfall och debatten kring det | 398–434 |

| | |
|---|---------|
| <i>Robert Liljenfeldt – Olavi Snellman</i> : Den finska hovrättsprocessen i omdaning | 435–445 |
| <i>Martti Majanen</i> : Om villkorligt fängelse | 446–454 |
| <i>Gustaf Möller</i> : Om skiljeförfarande och konkurrensrätt | 455–469 |
| <i>Max Oker-Blom</i> : Trafikverkets förlust – rättsekonomiska synpunkter på fripassagerarproblemet | 470–478 |
| <i>Malin Sjöstrand</i> : Miljöstraffrätt eller miljövänlig straffrätt – kan lagen (2000:1225) om straff för smuggling bidra till en bättre miljö? | 479–491 |
| <i>Kaarlo Tuori</i> : En sista tillflyktsort för polisens allmänna befogenhet? | 492–516 |
| <i>Terttu Utraiainen</i> : Finsk lagberedning, integration och globalisering | 517–524 |
| <i>Magnus Wickström – Christina Rydell – Helén Örneberg Hansen</i> : Om CITES implementering i svensk rätt – eller varför en professor inte bör mottaga elfenbensgävor i utlandet | 525–533 |
| <i>Christoffer Wong</i> : Tahallisuuden topologia Thyrenistä Träskmaniin | 534–543 |
| Praxis | |
| <i>Dan Frände</i> : HD:s straffrättspraxis år 2003 | 544–557 |
| Personalia | |
| <i>Per Ole Träskman</i> 60 år (Dan Frände – Helén Örneberg Hansen) | 558 |

ISSN 0040-6953

Vammalan Kirjapaino Oy 2004

”Tahallisuuden topologia Thyrenistä Träskmaniin”, *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2004, s. 534-543.

Juris doktor Christoffer Wong, Lund

Tahallisuuden topologia Thyrénistä Träskmaniin

1 Från Thyréen till Träskman

I »gallerian» på Juridicum i Lund hänger ett jättelikt men något gulnat porträtt¹ av lundensaren Johan C.W. Thyréen, straffrättsprofessor och en gång dekanus. I samma sal finns också en marmorbyst av professorn;² kanske för att symbolisera dennes visdom har skulpturen bekrönts med en lagerkrans, som dock sett sina glansdagar³ och de vissna bladen har sedan länge börjat, ett efter ett, att falla ifrån sitt fäste. Det var vid julfesten år 2003, mot bakgrund av denna gallerias miljö och stående mellan porträtten och bysten, som en annan straffrättsprofessor i Lund, tillika dekanus, levererade sitt årliga tal till en förväntansfull publik bestående av fakultetsfolk som alltid brukade uppenbara sig vid dylika tillställningar för en gratis måltid med dryck. Det är ingen hemlighet att talaren i fråga var Per Ole Träskman. Ämnet för talet detta år var »uppsåt». Det var inte säkert om alla närvarande eventuellt skulle ha lärt sig någonting om de inte dessförinnan redan hade insett vilka problem kunde uppstå vid en närmare precisering av uppsåtets innebörd; men det var praktiskt taget oundvikligt att man kom att förstå att uppsåt i straffrättslig bemärkelse kunde vara något helt annat än vad man trodde kunna vara, och det kunde också med mycket hög sannolikhet hållas att man skulle komma till insikten om att mycket hade ändrats i svensk uppsåtslära sedan den en gång utformades av Thyréen. Trots denna smärre uppsats tämligen pompösa titel,⁴ är min avsikt enbart att skildra två synsätt på uppsåt, nämligen Thyréens och Träskmans. Jag kommer alltså, så att säga, att hoppa direkt från Thyréen till Träskman; andra åsikter om begreppet – inklusive mina egna – som berörs kan därför sägas enbart utgöra ofrånkomliga mellanled.

¹ Fredrik Krebs, oljemålning.

² Det råder emellertid ovisshet bland de yngre medlemmarna av fakulteten om vem bysten egentligen föreställer. Det är få som har hört talas om Thyréen. Däremot sägs det att likheten mellan bysten och fakultetens nuvarande vaktmästare är slående, och jag ser ingen anledning varför inte också vaktmästaren skulle hyllas med en byst för sina insatser för fakulteten.

³ Såväl lagerkransen som professorn?

⁴ Om titeln skulle ha stått på svenska skulle den ha varit »Uppsåtets topologi från Thyréen till Träskman». Det är mycket som en billig författare är beredd att göra för åstadkomma en uppmärksamhetsväckande alliteration. Med »topologi» syftar jag på den matematiska läran om dimensioner snarare än läran om terrängformer, men det är inte någon nackdel att »topologi» kan också uppfattas på det sistnämnda sättet.

2 Uppsåtsläran enligt Thyren

Utgångspunkten för den klassiska uppsåtsläran i svensk rätt brukar sägas ha utstakats av Thyren. I bakgrunden ligger ett antagande om att uppsåtliga brott är mer klandervärda än oaktsamma brott, eftersom det är i uppsåtliga brott som gärningsmannen velat handla på ett sätt som visar det öppna trotset mot samhällsviljan. I tankemodellen finns en gärningsman som har, vid gärningstillfället, att överväga bland olika alternativ: bl.a. att handla på ett visst sätt trots gällande lag för att tillfredsställa det egna intresset och att avstå från att handla på ett visst sätt av hänsyn till det intresse som skyddas av samhällsviljan. Individens möjlighet att välja mellan olika handlingsalternativ utgör grunden för dennes val, som uttrycker dennes vilja. Det väsentliga i uppsåtet är enligt detta synsätt den enskildes vilja – varför den uppsåtslära, som utvecklats mot bakgrund av detta synsätt också kallats för viljeteori.

Vad man har uppsåt till är självfallet inte enbart just själva utförandet av den straffbara handlingen, utan också i många fall – till och med de flesta av fallen – även verkan av och andra omständigheter kring handlingen. En nyanseering av vad som omfattas av ens uppsåt måste därför också ta sikte på handlingens följder och övriga omständigheter. I Thyren egna ord omfattar uppsåt följande:⁵

1) syftet (eller syftena) och de effekter, som fattats såsom dermed nödvändigt förbundna; 2) bland de öfriga alla effekter, som den handlande önskat (eller till vilka han förhållit sig likgiltig); 3) bland de härefter återstående, alltså bland icke önskade effekter, sådana, som *äfvén om* han känt sig viss om deras inträde, icke skulle afhållit honom från handlingen.⁶

I traditionell svensk doktrin brukar dessa tre uppsåtsformer kallas för direkt uppsåt (*dolus directus*), indirekt uppsåt (*dolus indirectus*) respektive eventuellt uppsåt (*dolus eventualis*).⁷ Förklaring till dessa termer har uteslutits här av utrymmesskäl.⁸

⁵ Här har Thyren fokuserat enbart på effekterna och inte de övriga omständigheterna. I fortsättningen kommer jag också att behandla enbart handlingens följder då det är otympligt att i alla sammanhang tydliggöra att vad som sägs om följderna gäller även för gärningsomständigheterna.

⁶ JOHAN C.W. THYREN, *Principerna för en strafflagsreform. III. Brottsbegreppets subjektiva sida, försök, subjektöflerhet*, Lund 1914, s. 33.

⁷ I finländsk doktrin motsvarar »bestämt uppsåt» (*dolus determinatus*) »direkt uppsåt» enligt svensk terminologi, medan vad som kallas för »direkt uppsåt» (*dolus directus*) i Finland heter i Sverige »indirekt uppsåt». När det gäller »den tredje uppsåtsformen» råder dock identitet i benämningshänseende: i såväl svensk rätt som finländsk rätt kallas denna uppsåtsform för eventuellt uppsåt. I början var formuleringarna av det eventuella uppsåtet i finländsk doktrin ganska lik den som var gällande i Sverige och som hade utgått från Thyren: se t.ex. JAAKKO FORSMAN, *Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror ...*, Helsingfors 1893 och (i synnerhet) O. HJ. GRANFELT, *Grundkurs i allmän straffrätt. Föreläsningar*, Helsingfors 1941. Vad som har ansetts vara gällande i mo-

Det bör emellertid betonas i förevarande sammanhang att det är gärningsmannens vilja som är väsentlig för uppsåtsbedömningen, sannolikhet av en viss följd (eller gärningsmannens insikt härom) har ingen betydelse för uppsåtsbedömningen, eller är relevant bara som ett led i fastställandet av gärningsmannens vilja. Vid direkt uppsåt är »[h]uruvida den handlande anser syftets uppnående mer eller mindre sannolikt ... fullständigt likgiltigt».⁹ Följande exempel illustrerar sannolikhetens irrelevans när gärningsmannen haft ett bestämt lagstridigt syfte: »Om en dålig skytt med en dålig bössa, i storm och på långt avstånd, skjutet på sin rival och dödar honom, så föreligger naturligen uppsåt alldeles lika väl, som om han skjutit honom med revolvern intill tinningen».¹⁰ Det samma gäller indirekt uppsåt då bieffekterna är nödvändigt förbundna med det egentliga syftet för handlingen.

Sannolikheten för en viss följd¹¹ är å andra sidan inte utan betydelse för bedömningen om eventuellt uppsåt föreligger. Enligt en mer modern formulering av denna uppsåtsform, krävs, för att eventuellt uppsåt skulle föreligga, dels »att gärningsmannen förstår att följden kan inträffa som ett resultat av gärningen (misstanke), dels det vid ett hypotetiskt prov kan hållas för visst, att gärningsmannen skulle ha företagit gärningen, även om han hade varit säker på att följden skulle inträffa».¹² För det första skall gärningsmannen haft insikt om att följden är sannolik, något krav på hur hög denna sannolikhet är har inte uppställts. Det nästa steget består av en hypotetisk fråga om hur gärningsmannen skulle ha handlat om han vore säker på att följden skulle inträffa. Observera att här är den faktiska (objektiva) sannolikheten för följdens inträde fullständigt ovidkommande i frågeställningen, på samma sätt som i det första steget där det är gärningsmannens uppfattning om risken för följden – och inte den faktiska risken – som är relevant för bedömningen. Det hypotetiska provet skulle tillhandahålla ett sätt att ådagalägga åtskillnaden mellan – som Thyren uttryckte det – »lättsinnet och den deciderade egoismen».¹³ Denna åtskillnad är enligt Thyren betydelsefull ty det är endast »den deciderade egoistens handling» – den som visat »det öppna trotset mot samhällsviljan» – som är så samhällsfi-

dern finländsk rätt – även innan ändringarna i strafflagen trädde i kraft år 2003 – var emellertid den formulering som förespråkats av Honkasalo (se BRYNOLF HONKASALO, *Suomen riksoikeus ... (Finsk straffrätt ...)*, Helsinki 1967 och DAN FRÄNDE, *Allmän straffrätt*, Helsingfors 2001). Enligt denna formulering är gärningsmannens insikt om sannolikheten för följden – och inte det hypotetiska provet – som är utslagsgivande vid uppsåtsbedömningen.

⁸ För en precisering av dessa olika begrepp i svensk doktrin, se t.ex. NILS JAREBORG, *Allmän kriminalrätt*, Uppsala 2001, s. 310–312. De fördjupade resonemangen i s. 312 ff. och 315 ff. behövs inte i detta stadium av uppsatsen.

⁹ THYRÉN, s. 18.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Här bortses ifrån gärningsomständigheterna.

¹² JAREBORG, s. 311 (fetstil utelämnats).

¹³ THYRÉN, s. 31.

entlig att den förtjänar att bemötas med straff.¹⁴ Att det första steget likväl är nödvändigt kan förklaras med att gärningsmannens medvetenhet om en viss risk – oavsett hur hög eller låg den är – är en förutsättning för att gärningsmannen skulle kunna välja något annat, dvs. att välja att avstå från att handla på ett visst sätt.

Eventuellt uppsåt är enligt viljeteorin den skuld som kan läggas gärningsmannen till last för att han eller hon haft en viss inställning till vilka följder handlingen kommer att medföra. Eventuellt uppsåt föreligger om till och med vissheten om följdens inträde inte skulle ha utgjort ett skäl med tillräcklig tyngd för gärningsmannen att avstå från ett visst sätt. Att gränsen satts vid den hypotetiska vissheten om följdens inträde återspeglar Thyréns syn på att »den deciderade egoisten» är mer klandervärd än en som enbart är lättsinnlig. Detta innebär också att man ser lättare på en person som handlat (trots en hög risk) i förlitan på att följden inte skulle inträffa; enligt den formulering av eventuell uppsåt som beskrivits ovan skall denna riskstagande persons handling inte heller bedömas som uppsåtligt då han eller hon varken önskat eller trott på att följden skulle inträffa.

Man kan fråga vad det är för inställning som en medvetenhet om en risk tillsammans med ett positivt utfall av det hypotetiska provet utgör. Då endast icke önskade följder kan komma i fråga vid eventuellt uppsåt, »likgiltighet» torde vara det närmaste vardagsspråkligt uttrycket för det val som gärningsmannen gjort genom att handla. Men egentligen är frågan en som man inte behöver besvara – det är det hela sagda som utgör eventuellt uppsåt och det är föga meningsfullt att uttrycka detta med ett enklare ord.

3 Träskmans kritik av det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov

Att utformningen av det eventuella uppsåtet är annorlunda i Finland har redan nämnts i förbigående (se not 7 ovan). Men även i svensk doktrin har kritik framförts mot användningen av det hypotetiska provet för att avgöra huruvida even-

¹⁴ Se THYRÉN, s. 30: »För ett visst slags lättsinne, för den sangviniska, öfverdrifvet optimistiska naturen är det utmärkande, att de negativa motiveras styrka med abnorm hastighet aftager vid möjlighetsgradens sjukande. Vid *full* visshet om skadan skulle denna människa, likasom den normalförsigtige, hafva afstått. Men redan en så ringa möjlighet att undgå skadan, att den hos den normalförsigtige knappast skulle hafva märkbart minskat känslövärdets afhållande kraft, är den sangviniske brottslingen af detta slag nog för att våga sig på handlingen. I allmänhet måste man antaga, att samhällsfarligheten hos denne lättsinnige våghals, som litar på sin stjärna och med samma öfverdåd sätter sitt eget och andras lif och intresse på spel, är mindre djupt rotad, innebär en mindre utpräglad fiendtlighet mot samhällsviljan än hos den ... målmedvetne egoisten och det kan därför väl försvaras, om man, under i öfrigt lika omständigheter, straffar honom lindrigare resp., vid mindre svåra brott, lemnar honom straffri, under det den andre straffas.»

tuellet uppsåt föreligger eller inte. Här finns det anledning att kort beröra den allvarligaste av Träskmans invändningar mot det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov, dels på grund av att Träskmans kritik i detta avseende utgör bakgrunden till diskussionen nedan om insikt om sannolikhet, dels för att kritiken har upprepats av många andra och bör beaktas.¹⁵

Den allvarligaste invändningen mot det hypotetiska provet är att det är ofrånkomligt att tillämpningen av provet blir godtycklig. För det första menar Träskman att det inte är rättspolitiskt godtagbart att fästa vikt vid den åtalades karaktär vid uppsåtsbedömningen. Faran består i schemat

[o]m domstolen menar att den åtalades karaktär (bedömd bl.a. på basen av hans/hennes tidigare brottslighet) är sådan att han allmänt taget är »sammällsfarlig», bör den även sluta sig till att han/hon ej avhållit sig från handlingen ens i det fall att han/hon varit helt viss om effektens inträde.¹⁶

Detta innebär en förskjutning av bevisemat, »bevisningen omriktas på ett sätt som förutsätter en utvidgning av bevisningen utöver det som rättegången egentligen gäller».¹⁷ Konsekvens av detta blir följande:

Det blir legitimt för domstolen att ej enbart döma till straff för en viss gärning, utan även fördöma den åtalades personliga egenskaper. Ifråga om tidigare dömda personer är detta klart diskriminerande: en person som tidigare dömts för brott bedöms lätt ha sådana personliga egenskaper att domstolen finner det vara befogat att uttala ett starkt fördömande även i det aktuella fallet. Den låter därför det hypotetiska provet utfalla positivt.¹⁸

För det andra pekade Träskman på svårigheterna i samband med bevisningen när den åtalade handlat i affekt. Även här skulle den åtalades karaktär spela en icke obetydande roll, vilket rättspolitiskt också är inte godtagbart.¹⁹ För det tredje föreligger en fara att »domstolen när den gör [bedömningen om huruvida den åtalade insett risken] samtidigt gör sig en uppfattning om hur sannolikt följderna (enligt domstolens egen efterhandsbedömning) tett sig för den åtalade», och därigenom är det »rätt rimligt att anta att domstolen låter sin bedömning av hur sannolik gärningspersonen fann följderna vara bli betydelsefull även för hypotetiska provets utfall [min kurs.]: ju mera sannolik följderna enligt domstolen bör ha tett sig för gärningsmannen, desto närmare ligger det att anse att det hypotetiska provet skall utfalla positivt».²⁰

¹⁵ Kritiken har ofta återgivits anonymt i förarbetena och rättspraxis.

¹⁶ PER OLE TRÄSKMAN, »Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden?», i *Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*, N. Jareborg och P.O. Träskman (red.), Uppsala 1985, s. 67.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ TRÄSKMAN (1985), s. 68.

Sammantaget fann Träskman att »bevisning med hjälp av det hypotetiska provet [... vara ...] i alltför hög grad spekulativ för att leda till rättspolitiskt godtagbar säkerhet».²¹ I korthet anser Träskman att den teoretiska konstruktionen av det hypotetiska eventuella uppsåtet har givit domstolarna »en uppgift vars lösning är en praktisk omöjlighet».²²

Det kan inte förnekas att bevisvårigheter med det hypotetiska eventuella uppsåtet är – om bevisningen överhuvud taget är möjlig – betydande.²³ Mot de invändningar, som framförts ovan, kan emellertid konstateras att bevisproblemen inte är begränsade till det hypotetiska provet. Samma problem uppstår redan vid bevisningen om huruvida gärningsmannen insett en viss sannolikhet för följderna vid gärningstillfället. Det kan emellertid argumenteras att den senare uppgiften är i vart fall lättare, då där är det fråga om att bevisa vad gärningsmannen faktiskt har insett om en viss risk vid en given tidpunkt. Vidare är det även av principiella skäl betänkligt att genom det hypotetiska provet klandras den åtalade för någonting som inte fanns vid gärningstillfället och med bevisning som bygger på medel som ligger utanför själva gärningen. Man klandras alltså för något överkligt, eller som majoriteten i den svenska Högsta domstolen i NJA 2002 s. 449 uttryckte det: »gärningsmannen åläggs ansvar efter en bedömning av hur han skulle ha handlat under en förutsättning som inte förelåg». Mot detta kan dock konstateras att en viljeställning hos gärningsmannen som bygger på svaret på en hypotetisk fråga behöver själv inte vara något hypotetiskt, dvs. själva inställningen behöver inte vara överklig. Tvärtom är det svårt att få en fullständig bild av ens inställning om man tar sikte enbart på vad man faktiskt har gjort utan också blicka över vad man skulle ha gjort under ändrade (hypotetiska) omständigheter.

4 Träskman, insikt och sannolikhet

I avsnitt 2 ovan har jag skildrat viljeteorin med att konstatera att uppsåtsbedömningen sker utifrån gärningsmannens vilja, som uttrycks genom det val som han eller hon gjort mellan olika handlingsalternativ mot bakgrund av ett viss beslutsunderlag, bl.a. den insikt som han eller hon haft vid handlingstillfället.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Det finns dock undantag där det är relativt oproblematiskt att tillämpa det hypotetiska provet, nämligen i fall där den oönskade följdens inträde skulle förfela själva syftet med handlingen. I detta sammanhanget kan också nämnas att i domen d. 6:e april 2004 i målet B 4189-03 framhöll Högsta domstolen i Sverige fortfarande att det inte var uteslutet att det hypotetiska provet kunde tas till intäkt för »en bedömning av gärningsmannens subjektiva förhållande till gärningen vid gärningstillfället» och uppfattas »en användbar test på hållbarheten av bevisningen».

Under den rena insiktsteorin träder man, så att säga, ett steg tillbaka. Uppsåtsbedömningen sker redan på grundval av det beslutsunderlag som gärningsmannen har att tillgå vid gärningstillfället. Det är tillräckligt att insikt föreligger om att det finns övervägande skäl för gärningsmannen att avhålla sig från att handla på ett visst sätt,²⁴ för att han eller hon skall bedömas som uppsåtligt ha handlat på detta sätt. Ytterligare övervägning eller val som gärningsmannens sedan gör mellan olika handlingsalternativ tillmäts alltså inte någon betydelse.

Att skälen för att avstå från att handla skall vara övervägande innebär att sannolikheten för *den oönskade följdens inträde* kommer att ha en självständig betydelse, som den inte har under viljeteorin. Det är bara om denna sannolikhet är tillräcklig hög som skälen för att avstå från handlande kan sägas vara övervägande. Olika uppfattningar finns för hur hög den gränsdragande sannolikheten bör vara. I dansk och norsk rätt har tröskeln placerats vid övervägande sannolikhet, men som Träskman har påpekat, »[f]ör att undvika alltför låga krav på uppsåtsbrott kan det vara motiverat att förutsätta en högre grad av sannolikhet för effekten än blott och bart övervägande sannolikt».²⁵ I en rättsfallskommentar har Träskman också uttryckt sitt gillande för den ståndpunkt som företräds av två svenska justitieråd i NJA 2002 s. 449, nämligen att »[d]en nedre gränsen för uppsåt bör helt enkelt dras vid insikt om att sannolikheten för effekten är alldeles övertygande eller vid insikt om att effekten kommer att uppstå i ett normalt händelseförlopp».²⁶

Denna uppsåtsform (insiktssuppsåt), som bygger på gärningsmannens insikt om en avsevärt hög sannolikhet, är tänkt att ersätta det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov. Insiktssuppsåtet är tillfredsställande då denna uppsåtsform är ägnad att fånga de handlingar som uppfattas som klandervärda men ändå inte skulle anses vara uppsåtliga på grund av ett negativt utfall enligt det hypotetiska provet; det klassiska exemplet härom är tiggaren som stympat barn för att få större sympati.

Det finns emellertid också fall då en handling kan uppfattas som klandervärd trots den låga sannolikheten för den oönskade följd (det klassiska exemplet här är rysk roulette-spelet) samt handlingar som är mindre klandervärd trots den höga sannolikheten för den oönskade följd.²⁷ Dessa fall har ibland – som det har gjorts i det i not 23 anförda avgörandet av Högsta domstolen i Sverige – åberopats som skäl för att acceptera en insiktssuppsåt baserat på san-

²⁴ Bedömningen skall göras i gärningsmannens perspektiv. Det sagda skall alltså tolkas som »det föreligger övervägande skäl för gärningsmannen att avhålla från ...» och inte »det föreligger övervägande skäl för gärningsmannen att avhålla från ...».

²⁵ TRÄSKMAN (1985), s. 72.

²⁶ PER OLE TRÄSKMAN, »Uppsåtets tredje form – sannolikhet, eller ...?», *Juridisk Tidskrift* 2002–03 s. 624 och 625.

²⁷ De klassiska exemplen för dessa typer av handlingar är rysk roulette-spelet respektive en operation som erfarenhetsmässigt leder till döden i ett övervägande antal fall.

nolikhet som den nedre gränsen för uppsåt. De svårigheter, som dessa fall aktualiserar, kan enligt min mening bemötas, dock inte i nuvarande sammanhang.

Slutligen bör också påpekas att insiktsuppsåtet har sitt användningsområde just i de fall där följderna är oönskade. I många fall kan en mycket hög sannolikhet för en följd i och för sig tas till intäkt för uppsåt, utan att det är fråga om en oönskad effekt. En variant av detta är vad Cavallin har kallats för »gärningsuppsåt» eller »dolus ex re»,²⁸ där gärningsmannens uppsåt kan sägas framgå direkt av själva gärningen. Cavallin har åberopat NJA 1977 s. 630 som ett tydligt exempel där domstolen använt sig av gärningsuppsåt – med motiveringen »[v]id avsiktligt knivhugg av detta slag måste en dödlig utgång ha för gärningsmannen framstått som praktiskt oundviklig. Offrets död har därför omfattats av TT:s uppsåt».²⁹

Den mycket höga sannolikheten (praktiskt oundviklig) för en dödlig utgång talar alltså för att uppsåt föreligger. Här kan man förklara uppsåtet på olika sätt:

1. gärningsmannens insikt om en mycket hög sannolikhet för döden är lika med uppsåt, i så fall är denna insikt ett rättsfaktum;
2. gärningsmannens insikt om en mycket hög sannolikhet är ett bevisfaktum som bevisar att gärningsmannen haft avsikt att döda.³⁰

Den avgörande skillnaden mellan dessa två förklaringar är att i fall 2 (viljeresonemang), men inte i fall 1 (insiktsresonemang), är det – beroende på vilka andra bevisfakta kan läggas till grund för uppsåtsbedömningen – möjligt att uppsåt föreligger, alternativt icke föreligger, trots att det är bevisat att gärningsmannen insåg en mycket hög sannolikhet för X. Det förefaller dock konstlat att under sådana omständigheter sök förklaringen i insikten om en hög sannolikhet. Mer naturligt är att konstatera att bevisningen istället visar att gärningsmannen eftersträvat en önskad effekt, och att det är denna vilja som läggs honom eller henne till last vid uppsåtsbedömningen. Insiktsresonemanget bör därför vara begränsat till området där följderna av handlingen är oönskade.

5 Uppsåtets topologi

Avslutningsvis kan jag sammanfatta vad som sagts ovan genom att anlägga ett topologiskt perspektiv på uppsåtsproblematiken. Gemensamt för de olika for-

²⁸ SAMUEL CAVALLIN, *Skuld*, Uppsala 1999, s. 741–746.

²⁹ CAVALLIN, s. 300–304.

³⁰ Dolus ex re kan förfalla ta hänsyn uteslutande till objektiva omständigheter, men väsentligt är ändå gärningsmannens avsikt. Det vanligaste beviset för »gärningsmannen insåg en mycket hög sannolikhet för X» torde vara en slutledning från (a) ett objektivt konstaterande att den typ av handling som gärningsmannen förövat har typiskt sett X som följd och (b) inget skäl föreligger som talar mot att den aktuella gärningsmannen också insåg detta vid gärningstillfället.

muleringarna av uppsåtet är att man önskar skilja det mer klandervärda från det mindre klandervärda; att skilja dolus från culpa. Föreställningarna har förankrats i en skala som representeras av en (endimensionell) linje där den avsiktliga handlingen i full vetskap om följden (dolus directus) ligger överst, medan den omedvetet tanklösa handlingen ligger underst (negligentia) ligger underst. Någonstans i denna linje skulle det eventuella uppsåtet placeras. Den punkt där det eventuella uppsåtet placeras utgör brytningspunkten mellan uppsåt och oaktsamhet. Ofta talar man också om det eventuella uppsåtet som den nedre gränsen för uppsåt.

Som bekant kan en linje på en dimension endast ge uttryck för en måttenhet; olika positioner på linjen anger olika grader av vad som mätts. Om någon beteckning skall fästas vid den linje, på vilken vi placerar det eventuella uppsåtet som en brytningspunkt mellan uppsåtliga och oaktsamma handlingar, torde denna beteckning vara »klander». Att kalla en handling för uppsåtlig är enbart att göra ett normativt ställningstagande att denna handling är (ceteris paribus) mer klandervärd. Men vi har sett att i vår bedömning av klandervärdhet ingår moment som åtminstone berör såväl gärningsmannens vilja som dennes insikt om följden av sitt handlande; handlingens klandervärdhet varierar beroende på hur viljan förhåller sig till insikten om sannolikheten för följden. Kombinationer av dessa moment låter sig dock inte ordnas i ett linjärt förhållande. Det är således topologiskt omöjligt att representera vår uppsåtsbedömning med en endimensionell skala. Utgår man från det gamla talesättet »med vett och vilja», så behöver representationen av vår uppsåtsbedömning minst två dimensioner: dvs. två axlar, nämligen »vett» eller »insikt» respektive »vilja». På detta sätt är det lättare att förklara exempelvis varför en handling bör bedömas som uppsåtlig vid kombinationen stark vilja och låg sannolikhet, eller varför en handling skall inte bedömas som uppsåtlig vid kombination stark motvilja och hög sannolikhet.

Det vid skrivande stund senaste avgörande³¹ av den svenska Högsta domstolen, som berör uppsåtsfrågan, synes ha stannat vid en form av likgiltighetsuppsåt: gärningsmannen har handlat uppsåtligt i vart fall om han eller hon varit likgiltig inför följden. I domskälen har framhållits att »[r]edan den omständigheten att gärningsmannen insett att det förelåg en risk för att gärningen skulle medföra en viss effekt eller att en viss omständighet förelåg innefattar ett mått av likgiltighet». Men samtidigt har det också betonats att »[d]et avgörande [för uppsåtsbedömningen är] att förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen». Den senare bedömningen är inte något som man kan göra utan att beakta alla de faktorer som kan

³¹ Se not 23 ovan.

påverka ett avstående eller icke avstående från att handla från gärningsmannens sida. Detta tyder på att tvådimensionell representation av uppsåtets topos inte skulle räcka. Vad som brukar räknas som skäl för att klandra en handling är bl.a. motivet för handlingen, gärningsmannens omedelbara syfte eller avsikt med handlingen,³² gärningsmannens föreställning eller insikt om konsekvenserna för sitt handlande och gärningsmannens inställning gentemot en följd av sitt handlande som inte är avsedd. Vart och ett av dessa moment kan samverka med andra moment och därigenom också påverka vår bedömning av gärningsmannens skuld. En del av dessa moment har i svensk rätt lyfts ut ur själva uppsåtsbedömningen (t.ex. gärningsmannens motiv för sitt handlande kan istället utgöra ett ytterligare brottsrekvisit alternativt påverka straffmätningen). Andra moment kan ha betydelse enbart i bevishänseende. En ny topologi för uppsåt kan uppritas efter att man har sållat bort vad som inte hör till den egentliga uppsåtsbedömningen. Hur många dimensioner bör uppsåtets topos innehålla kan man nu bara spekulera, men med säkerhet kan man ändå säga att det blir mer än enbart en dimension.

³² Med det omedelbara syftet eller den omedelbara avsikten menas här vad handlingen skulle åstadkomma som en direkt följd. I denna bemärkelse skulle gärningsmannen betrakta handlingen som misslyckad om den direkta följden (syftet/avsikten) inte aktualiseras.