

## ***Instick nr 1, den 1 juli 2008***

### **De fyra elementen samt kvintessensen. Om grunderna för god lagstiftning**

1. Från antika föreställningar känner vi kvintessensen som det femte elementet av vilket himlakropparna skulle bestå, och som skilde sig från elden, jorden, luften och vattnet som de fyra grundläggande elementen här på jorden.

En överföring av denna terminologi till principer för god lagstiftning kan inte bli mera än en ordlek. Denna kan dock bli ett stöd för minnet.

2. En rättsregel består vanligtvis av ett rättsfaktum, vars förekomst kan utlösa en rättsföljd. Ett exempel är att den som olovligen tagit annans egendom (*rättsfaktum*) kan dömas till straff (*rättsföljden*). Regeln uppställs naturligtvis för att motverka stölder (*ändamålet*).

Ändamålet bakom lagregeln om stöld kan förverkligas på olika sätt under förutsättning att regeln verkligen tillämpas i praktiken. Straffet kan i bästa fall avhålla en tjuv från nya brott. Det kan också avhålla andra från stölder både genom avskräckning samt genom moralbildning som stöd för uppfattningen att det är förkastligt att stjäla. Det är fråga om olika *konsekvenser* av rättsregeln om stöld.

En viktig fråga vid all lagstiftning är om konsekvenserna förverkligar det uppställda ändamålet bakom regeln.

3. Exemplet med lagregeln om stöld är enkelt, eftersom det kanske inte finns anledning räkna med så många *oönskade* konsekvenser av ett straffstadgande. I verkligheten är många lagstiftningsfrågor mycket mera komplicerade. Det händer nämligen att en regel medför även oförutsedda och rentav så oönskade konsekvenser, att regeln aldrig borde ha införts.

Om någon sätts i fängelse på grund av stöld kan det visserligen tänkas att de anhöriga drabbas av ekonomiska svårigheter. Det är en oönskad konsekvens i det enskilda fallet, men det kan inte få hindra straffbarheten. Det blir en fråga för de sociala myndigheterna att hjälpa de anhöriga.

I andra fall kan det dock uppkomma så generella och oönskade konsekvenser av en lagstiftning, styrd av ett vackert ändamål, att hela lagregleringen blir förfelad. Ett klassiskt exempel är att totalförbudet mot användning av alkohol drycker i U.S.A. Förbudet visade sig skapa en omfattande brottslighet vars nackdelar övervägde fördelarna av förbudet. Harmonin brister mellan ändamål och konsekvenser av en lagreglering.

4. De nu gjorda iakttagelserna är enkla, rentav banala. Samtidigt är de helt centrala element om man skall lyckas införa en lagregel av god kvalitet i en enskild fråga. Jag vill tala om att en enskild lagregel – liksom för den delen en regel som formas i rättspraxis – bör konstrueras efter noggranna överväganden om

- a) *ändamålet*,
- b) *begreppen* (i rekvisiten för regelns tillämpning),
- c) *konsekvenserna*.

När man diskuterar införandet av en regel måste emellertid detta enkla schema förses med ytterligare ett krav på

- d) *intellektuell rationalitet*.

Ett krav på intellektuell rationalitet, som borde styra varje seriöst tankeutbyte i vilken fråga som helst, kan beskrivas som nödvändigheten av *saklighet* (d.v.s. argument till stöd en lösning skall vara relevanta), *logik* (vilket talar för sig självt), och *öppenhet* i den meningen, att en betraktare skall väga in även motstående synpunkter innan han eller hon själv tar slutlig ställning i en fråga.

Alla dessa villkor a) – d) kan såvitt jag förstår uppställas även om resonemangen vid lagstiftning inte angår teoretiskt sanna eller falska satser utan inkluderar värderingar av olika slag.

Ett sammanhållande element vid de ibland svåra avvägningar som en lagstiftare kan ställas inför kan emellertid vara *det sunda förnuftet*. Även om innebörden av det sunda förnuftet är svårdefinierat är det ett viktigt element att hålla sig till, inte minst inom juridiken till undvikande av alltför invecklade lösningar liksom av överdriven formalism eller tvärtom av alltför stor godtycklighet. Fallgroparna är många.

5) Simsalabim har jag nu skapat en enkel grundmodell som bör hållas i minne vid konstruktionen av alla enskilda rättsregler, d.v.s. ett beaktande av en regels

- a) *ändamål*,
- b) *begrepp*,
- c) *konsekvenser* och
- d) *intellektuell rationalitet* samt
- e) – som ett femte element, kvintessensen – *det sunda förnuftet*.

6) Man kan fundera på om inte även *mänsklig empati* bör vägas in i modellen som jämställt med det sunda förnuftet och som en del av kvintessensen. För min del väljer jag dock att spara den mänskliga empatin till den faktiska tillämpningen av en regel, och inte räkna in empatin som ett självständigt element i den grundläggande konstruktionen.

Vid tillämpningen måste man vara medveten om alla de nämnda elementen a) – e), dels var för sig, dels i samspel. För rättvisa resultat i enskilda fall kan det då också finnas utrymme för mänsklig empati som komplement till det sunda

förnuftet. I varje fall är det viktigt att jurister lär sig betydelsen av både sunt förnuft och empati samt att de kan bibehålla denna förmåga under hela yrkeslivet.

Det skadar förstås inte om även andra än jurister har förståelse för vad jag här har sagt. Särskilt kommer våra politiker i blickfånget.

7) I ett par kommande ”instick” vill jag belysa att vissa lagförslag, ja även införda lagregler, måste få underkänt om man tillämpar den här rekommenderade grundmodellen för god lagstiftning. Så snart tiden medger vill jag belysa den intellektuella olämpligheten, för att inte säga omöjligheten, att bygga upp en god lagreglering om straff för sexuella övergrepp på avsaknaden av offrets samtycke till det påstådda brottet.