

Denne fil er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Brage
<http://brage.bibsys.no/bi>

Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett: en kritikk

Morten Kinander

Handelshøyskolen BI

Dette er siste forfatterversjon, etter fagfelleevaluering, før publisering i

Jussens Venner, 48(2013)3: 155-192

Tidsskriftets forlag, Universitetsforlaget, tillater at siste forfatterversjon legges i åpent publiseringsarkiv ved den institusjon forfatteren tilhører. Denne fil er lagt ut 10/2013

Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk

Av Morten Kinander

1. Innledning

De aller fleste fremstillinger av norsk strafferett begynner med å påpeke hvor moralsk problematisk straffen i seg selv er ved sin inngripende rolle: "Ved sin negative, destruktive karakter står straffen i en særstilling blant de rettslige institusjoner", som Andenæs formulerer det (2004:67). Dette stiller særskilte krav til for *begrunnelse* for dens anvendelse. Spørsmålet er om den norske rettsvitenskapelige og lovgivningspolitiske litteraturen har en slik god nok begrunnelse.

Norsk strafferett har en lang tradisjon for å begrunne straffen med *prevensjon*; individualprevensjon og allmennprevensjon. Alle fremstillinger av norsk strafferett har disse to hensynene som de dominerende hensynene.¹ At straffen skal virke avskrekkende og være fellesskapets styringsinstrument har vært ansett for å være straffens moderne og humanistiske begrunnelse. At en gjerningsmann skal møtes med *gjengjeldelse* er en oppfatning som har vært i diskreditt i norsk strafferett siden tidlig på 1900-tallet da vi fikk vår nye etter forholdene moderne straffelov, og kanskje enda lenger tilbake.² Gjengjeldelse som straffebe grunnelse har vært slått i hartkorn med hevnen, og dermed med våre nedrigste motiver, motiver som en rettsstat skal verne oss selv mot. Som vi skal se, er det ifølge den norske offisielle utlegningen av straffens legitimitet kun *prevensjon* og *samfunnsnytte* som kan være fungere som en akseptabel begrunnelse for å sette folk i fengsel.

Spørsmålet er imidlertid om det ikke er prevensjonstanken som har de største rettsstatlige og moralske utfordringene, og om ikke gjengjeldelsesteoriene bedre både forklarer og begrunner hvorfor vi straffer. Med "rettsstatlige utfordringer" sikter jeg primært til de grunnleggende rettslige begrepene om uskyldspresumsjon, legalitet og forholdsmessighet. Med "moralske utfordringer" sikter jeg til de normative antakelsene som ligger til grunn for utilitarismen som igjen ligger til grunn for prevensjonstanken. Begge aspektene vil bli behandlet i artikkelen.

Tesen er altså at gjengjeldelsesteoriene er mer moralsk forsvarlige og bedre forklarer straffens funksjon i en rettsstatlig kontekst. I det følgende skal jeg argumentere for at prevensjonstanken ikke klarer å redegjøre for grunnleggende

¹ Når jeg sier "alle" sikter jeg til de rettsdogmatiske fremstillingene av norsk strafferett. Det finnes selvsagt unntak i den noe beskjedne teoretiske litteraturen om skyld og ansvar, som for eks Paul Leer-Salvesen, *Menneske og straff: en refleksjon om skyld og straff som et bidrag til arbeidet med straffens etikk*, Oslo, 1991, og Aina Mee Ertzeid, *Hevn og straff. Studier av hevners strafferettslige legitimitet*, Bergen, 2004. Disse fremstillingene fremhever i sterkere grad gjengjeldelsesaspektet, hvilket også fremheves i denne artikkelen. Men som litteratur er de ikke rettsdogmatiske eller lovgivningsmessige, som er det jeg sikter til med "alle".

² Som for eksempel Hagerup skriver: "Paa ... straffetruslens afskrækkende betydning hviler en af de berømteste og mest udbredte relative straffeteorier, A. Feuerbachs saakaldte psykologiske tvangsteori, der blev tiltraadt bl.a. af Ørsted, og hvis paavirkning kan spores i motiverne til den norske straffelov av 1842", i *Strafferettens almindelige del*, 2. utg., Oslo, 1911:28.

strafferettslige begreper eller praksis. Særlig, som vi skal se, har prevensjonsteoriene problemer med å gjøre rede for den rollen *det strafferettslige ansvaret* spiller i strafferetten.³ De alvorligste forbrytelsene – de såkalte *crimen in se* – kan nemlig ikke uten særlige anstrengelser håndteres i et prevensjonsperspektiv, siden de verken allment eller individuelt ser ut til å bidra til å hindre gjentagelser. Dermed må vi søke andre begrunnelser. Men norsk strafferett ser ikke ut til å ha vesentlige andre begrunnelser, etter at gjengjeldelsesteoriene har blitt så kraftig avvist. Strafferettens tradisjonelle begreper forklares og forstås best innenfor sin rettsstatlige ramme ved hjelp av gjengjeldelsesteorier. Det er i hvert fall påstanden i denne artikkelen.

I det videre drøftes begrepet om straff og dets begrunnelse i norsk strafferett, med særskilt oppmerksomhet rettet mot straffens definisjon, begrunnelse og formål. Vi skal se at den rådende definisjonen av straff mangler berøringspunkter med hvordan de samme forfatterne utlegger straffens formål. Vi skal også se at disse formålene heller ikke makter å gjøre rede for verken de grunnleggende rettsstatlige hensynene som begrunner og kontrollerer straffeforfølgelsen eller de termene som straffene vanligvis diskuteres i. Men dette er vanskelige diskusjoner å føre uten et klart begrep om *hva straff er*, som igjen vanskelig kan skilles fra diskusjoner om *kriminalisering*. Den tradisjonelle norske strafferettsdogmatikken har imidlertid kun i liten grad problematisert begrepet om den straffbare handling.⁴ Vi skal derfor innledningsvis se nærmere på dette.

Et vesentlig element ved artikkelen er derfor også å rette oppmerksomheten mot de prinsipielle grensene for *det straffbare*, det vil si på hvorfor vi kriminaliserer det vi gjør. Det er nemlig ikke alle uønskete eller skadelige handlinger vi kriminaliserer.

2. Begrepet straff – Hva er straff?

Straff defineres i norsk strafferett som "et onde som staten tilføyer en gjerningsmann på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at det skal føles som et onde". Dette er slik Høyesterett definerer straffen i Rt 1977, s. 1207, med en formulering som er hentet fra nestoren i norsk strafferett, Johs. Andenæs (1997:9). Dette utgangspunktet slås fast også i forarbeidene til den nye straffeloven, da med referanse til Høyesteretts definisjon (som igjen baserer seg på Andenæs'). Hva er det den egentlig gir uttrykk for? Både rettsvitenskapen, domstolene og departementet synes nemlig å være enige om definisjonen, selv om disse institusjonene delvis spiller forskjellige roller.⁵ La oss se nærmere på den.

³ Prevensjonsteoriene er de alt overskyggende teoriene i norsk strafferett. Men for grunnriss til en ansvarslære som er utviklet i kontrast til for eks Johs Andenæs' innfallsvinkel til straff, se Jørn RT Jacobsen, "Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarslære" i *Tidsskrift for strafferett*, 2012:5—25.

⁴ Dette i motsetning til strafferettsdiskusjoner i andre land, som for eksempel den tyske diskusjonen om *Der Verbrechensbegriff* eller – for den som ser på tysk rett som i overkant begrepslig orientert – den svenske litteraturen om *brottsbegreppet*, jf Jørn RT Jacobsen, "The methodology of the Norwegian criminal law doctrine", i Thomas Elholm et al (red.) *Liber amicorum et amiconum Karin Cornils – Glimt af nordisk straffrätt og straffeprocessrett*, København, 2010:243—266.

⁵ For en redegjørelse for forskjellen mellom deskriptive og normative definisjoner, se Alf Petter Høgberg, *I språkets bilde. En del elementære logiske emner i juridisk kontekst*, Oslo, 2012. Definisjonen som sådan ligner noe på HLA Harts definisjon i *Punishment and responsibility*, Oxford, 1968, med unntak for det elementet som har vært fremhevet mest, nemlig *tilsiktelsen av ondet*. Men igjen, siden norsk strafferettsvitenskap ikke har for vane å vise til internasjonal litteratur, er det

Definisjonen inneholder flere ledd av sentral viktighet, og vi skal se på flere av dens aspekter – også de som ikke relaterer seg til gjengjeldelse. Grunnen til dette, er at vi må ha en forholdsvis klar oppfatning av begrepet "straff" når vi skal se *både* på straffens begrunnelse og kriminaliseringens grenser.

For det første må det etter definisjonen være snakk om å bli påført et onde dersom noe skal regnes som "straff". Som regel tenker man på frihetsberøvelse som selve ondet, men også bøter og rettighetstap kan være onder. Det er heller ikke hvem som helst som kan påføre gjerningsmannen dette ondet: Det må være staten i egenskap av å være *voldsmonopolist*. Denne avgrensningen er viktig, også i et begrunnelsesperspektiv, fordi den avgrenser mot hevnen. Hevnen er en vilkårlig gjengjeldelse utført av offeret eller dets representanter direkte, uten statens medvirkning. Avgrensningen mot hevnen reflekteres også i neste begrep, nemlig kravet om at gjerningsmannen ikke kan straffes uten at det fastslås at han har *forbrutt seg mot loven*. Stikkordet for dette kravet er *legalitetsprinsippet*, og det finner vi i Grunnloven § 96 og EMK art 7.

Alt dette er ukontroversielt. Vi har ikke for vane i vårt samfunn å dømme folk uten hjemmel i lov, vi tillater ikke vendettaer, og det må være snakk om et ubehag av en eller annen form dersom vi skal kunne snakk om legitimitet og straff i samme åndedrag. Dette følger av de første leddene i definisjonen. Det er derimot det neste leddet som er av mer kontroversiell art; *hensiktens betydning*. I norsk retts definisjon av straff, er hensikten tydeligvis viktig. Dette er komparativt forholdsvis uvanlig, siden få andre jurisdiksjoner synes å inkludere hensikten med straffen som en sentral av selve definisjonen.⁶ Vi skal ville at det skal føles som et onde av gjerningsmannen. Store deler av strafferetten kan imidlertid anses for helt eller delvis å mangle dette aspektet ved straffeadministreringen, og man kan lure på hvor nødvendig dette aspektet er, dersom man skal operere med en forsøksvis verdinøytral definisjon som forsøker å beskrive og samle de sentrale aspektene ved det vi kaller straff. Kravet om at gjerningsmannen skal påføres et onde som han føler som nettopp det, reiser mange problemstillinger. Hva om gjerningsmannen ikke opplever frihetsberøvelsen som et onde? Er det ikke da snakk om straff, og er man da utenfor straffeprosessens beskyttelse? Og videre, hvorfor er det så viktig for oss andre at det skal oppleves som et onde av gjerningsmannen? Kan vi ikke bare være fornøyde med at han ikke går fritt rundt lenger, eller at vi tror at han i bunn og grunn synes det er et onde? Og sist: Må lovgiver eller domstol ha en fandanivoldsk ondepåførende innstilling for at det skal være straff? Det synes altså å være et misforhold mellom den definisjonen av straff som legges til grunn

vanskelig å vite hvordan Andenæs og andre har tenkt denne definisjonens forhold til lignende eller konkurrerende definisjoner. En nyere versjon av definisjonen av straff har blitt lansert av Anthony Duff, som "the "imposition of something which is intended to be burdensome or painful, on a supposed offender for a supposed crime, by a person or body who claims to have authority to do so" i "Legal Punishment", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-punishment/>. Her er figurert ikke hensikten med straffen som noe element. Det er imidlertid viktig å understreke at en definisjon av straff ikke er en *rettsdogmatisk størrelse*, i den forstand at det står enhver forfatter fritt til å definere straff som han eller hun finner mest hensiktsmessig, basert på de argumentasjonstrekk som anvendes når vi ilegger folk straff eller lovgiverne argumenterer for at noe skal være straffbart. For en gjennomgang av norsk strafferetts manglende orientering mot internasjonale grunnlagsdebatter, se Jørn RT Jacobsen, "Zur gegenwärtigen norwegischen Strafrechtsdogmatik – Andenæs und die Folgen" i *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2011:609—633.

⁶ Til sammenligning forutsetter er ingen av HLA Harts fem vilkår for straff at det skal føles som en straff av lovovertræderen, jf HLA Hart, *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, 2. utg., Oxford, 2008:4—5.

- de vilkårene som være oppfylt for at vi i det hele tatt skal kunne tale om straff
- og de formålene som norsk rett har lagt til grunn at straffen skal tjene.

På den ene siden er definisjonen misvisende; bøter kan ikke uten videre innpasses i "ondekategorien" uten å strekke begrepet for langt. Snarere er det vel i høyden snakk om å frata noen et gode – pengene – og derigjennom bidra til at de ikke gjentar handlingen. Alternativt kan slike reaksjoner ses på som en risikopremie som man betaler til staten for å foreta noe som med rimelighet man ikke bør få lov til. Staten i egenskap av påtalemyndighet har vel heller ingen selvstendig interesse i at noen påføres, og opplever påføring som, et onde. Staten har ingen hensikter, slik sett. Henry John Mæland er inne på dette poenget.⁷ Ståle Eskeland fremhever også at "onde-momentet" er av mindre betydning i definisjonen, når han uttaler at det er "en utbredt oppfatning i dag at tilføyelsen av et onde ikke er noe formål i seg selv. Formåleter med straff er å styre borgernes atferd i bestemte retninger".⁸ Dette er et godt eksempel på at straffens begrep og begrunnelse sammenhenkes litt for tett, ved at begrepet forveksles med begrunnelsen gjennom formålet, som er prevensjon. Dermed får ikke Eskeland definisjonen til å "gå helt opp", og velger derfor heller å oppfordre til at man ser bort fra visse uheldige sider ved definisjonen. Dette er imidlertid å misforstå definisjonens rolle i en akademisk eller – for den saks skyld – læreboksammenheng. Definisjoner i slike sammenhenger er normative, og enten hensiktsmessige eller uhensiktsmessige. Hvis det er elementer i definisjonen som Eskeland ikke mener dekker det vi tenker på som "straff" må han heller definere begrepet annerledes.

Men kan man ikke like gjerne snu spørsmålet på hodet, og spørre om vi *primært* ikke straffer fordi en gjerningsmann eller noen andre ikke skal gjøre noe, men fordi *han har gjort noe galt*. At straffen også skulle ha et avskrekkende element får vi i så fall ta med som en ren bonus.

Spørsmålet kan også reises om hvordan dette straffebegrepet relaterer seg til administrative sanksjoner, og om det i samme grad kan sies å gjøre seg gjeldende når forvaltningen ilegger gebyrer med et pønalt preg.⁹ Det har også så langt vært – kanskje forståelig nok – trukket få praktiske konsekvenser av straffedefinisjonen. Vi har altså å gjøre med et noe spesielt tilfelle; nemlig en enerådende definisjon på et særdeles viktig område av anselig alder uten noen praktiske konsekvenser. Dette – sammen med de elementene som er trukket fram her – skulle tilsi at definisjonen neppe er verken hensiktsmessig eller dekkende.

⁷ Jf Henry John Mæland, *Innføring i almindelig strafferett*, 3.utg., Bergen, 2004:37—38.

⁸ Jf Ståle Eskeland, *Strafferett*, Oslo, 2000:37.

⁹ Se for eksempel Bjørn O. Berg, *Forvaltningssanksjoner*, Oslo, 2005, og Marius Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Oslo, 2012, som begge i bunn og grunn argumenterer for at de delene av det offentlige virksomhet som i realiteten har karakter av å være "straff" også bør behandles som det det er, og dermed underlegges straffeprosessens rettsikkerhetsgarantier i større grad enn hva som for tiden er tilfellet. Her må også nevnes at NOU 2003:15 Fra bot til bedring, trekker et skille mellom straff og administrative sanksjoner som har til formål å forhindre at sanksjoner som vil anses som straff etter EMK faller utenfor begrepet. Utvalget etablerer "sanksjon" som det overordnede begrepet, som det definerer som "en negativ reaksjon som kan ilegges av offentlig myndighet med hjemmel i lov, som retter seg mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som har et hovedsakelig eller vesentlig pønalt formål" (pkt 9.4). Dette dekker både straff og administrative sanksjoner med pønale preg. Administrative sanksjoner som ikke har et pønalt preg, og som er framoverrettete, faller utenfor sanksjonsbegrepet. Disse kalles forvaltningstiltak, i motsetning til reaksjoner, siden det vil gi assosiasjoner til nettopp straff. En proposisjon basert på utredningen er under utarbeidelse.

Det kan også stilles spørsmål ved hva slags definisjon Andenæs har gitt oss. Er den et deskriptivt uttrykk for en gjengs tankemåte i befolkningen? Eller er det en normativ definisjon av hva som kjennetegner det innholdet i et forsvarlig begrep om straff? Eller er det en definisjon som forsøker å samle sentrale karakteristika ved de man innenfor strafferettsvitenskap og –praksis vanligvis forbinder med straff? Sammenhengene denne definisjonen figurerer i, tilsier til dels forskjellige svar, men antakeligvis mest det siste. Og en definisjon av straff er viktig, rett og slett fordi grensedragningen rundt begrepet har store straffeprosessuelle virkninger. Er man utsatt for "straff", har man krav på særdeles viktige rettsgoder og –garantier.

Det er flere ting å si om både definisjonens materielle innhold og at den brukes om hverandre av både litteratur og rettspraksis. For å ta det siste først, Andenæs hevder at definisjonen uttrykker lovgivers formål med straffen, men det eneste belegg han har for dette er Høyesteretts definisjon av straff, en definisjon som igjen bygger på hans egen definisjon fra en tidligere utgave av *Statsforfatningen i Norge*.¹⁰ Det er ikke irrelevant i denne sammenhengen hvilken institusjon som definerer, siden forskjellige institusjoner har forskjellige formål med å definere straff. En rettsanvender vil ha en annen erkjennelsesinteresse enn en lovgiver som igjen vil ha et annet perspektiv enn en rettsviter med deskriptive ambisjoner. Og det kan altså spørres om Andenæs i bunn og grunn har servert en deskriptiv definisjon av straff. Indikasjoner på dette, er han ved nærmere gjennomgang av definisjonen ("ser vi nærmere etter") finner at grensene mellom straffbare og straffrie handlinger viser seg å være flytende: "Definisjonen kan være god som et utgangspunkt. Men det er ikke alltid noe skarpt skille den gir, og det er heller ikke *alltid* den faller sammen med den grense som lovgivningen selv trekker opp" (2004: 10).

En deskriptiv definisjon er naturligvis ikke noe som lovgiver i egenskap av å være lovgiver kan benytte seg av. Lovgiver vil i sin definerende virksomhet av natur være normativ, noe som gir begrepet en helt annen dimensjon, nemlig ved at den evner å skille mellom de handlinger som skal belegges med straff og de som ikke skal belegges med straff. Andenæs er selv uklar med hensyn til hva slags definisjon han opererer med. Se bare på følgende bemerkning om kriteriet om at straff må være "et tilsiktet onde": "Om en vil holde fast på at straffen er et tilsiktet onde, så er denne tilføyelse av et onde etter den vanlige oppfatning i våre dager ikke noe egenformål, men et middel til å hindre lovovertridelser" (1997:12, min uth). Hva er det Andenæs sikter til her? Er det befolkningens faktiske oppfatning (og i så fall, hvordan vet han det?) eller er det den rettsvitenskapelige oppfatningen (i realiteten hans egen, gitt hans innflytelse)? Ut over disse spørsmålene, inneholder definisjonen deskriptive pretensjoner som ikke belegges med kilder.

Det som uansett er klart fra definisjonen, er at dette er en definisjon som er basert på tanker om *gjengjeldelse* i en eller annen forstand, selv om en deskriptiv definisjon i denne sammenhengen ikke har de samme vidtrekkende virkningene i en juridisk, rettsanvendende kontekst som det en normativ definisjon har.

¹⁰ Johs Andenæs, *Statsforfatningen i Norge*, Oslo, 1976:352.

En teori om straff er ikke det samme som straffens rettferdiggjøring eller begrunnelse. Generelt skal en teori om straff forklare oss *hva straff er*, dvs hva som er den nødvendige og tilstrekkelige betingelsene for straff, hvordan straffen relaterer seg til og skiller seg fra tilstøtende områder, osv.¹¹ En slik teori inneholder en definisjon. En rettferdiggjøring og en begrunnelse, derimot, søker ikke å forklare straffen som sådan, men å vise oss hvordan og når det er politisk og moralsk legitimt å anvende straff. Men disse elementene er sjelden helt separate i hva de gir uttrykk for, særlig ikke hvis det er en normativ definisjon som man har med å gjøre. I en normativ forstand vil straffens definisjon ikke være frakoblet begrunnelsesteoriene, selv om det er forskjeller. Slike forsøk på enten å koble sammen eller atskille definisjonen fra straffens formål, synes imidlertid ikke å være gjort i norsk strafferett. Derfor fremstår det som teoretisk utilfredsstillende at vi skal ha en definisjon av straff som er såpass frakoblet diskusjonene om hvorfor det er legitimt å straffe, all den tid mange av definisjonskontekstene er normative. Hvorfor opererer man, som Eskeland gjør, med en normativ definisjon av straff som selv ikke kan gi sin fulle tilslutning til? Står man ikke da i fare for å inkludere forhold i straffebegrepet – med de straffeprosessuelle følger som det måtte ha – som ikke skulle vært inkludert, og omvendt?

Vi sitter uansett igjen med det grunnleggende spørsmålet: Hvorfor straffer vi?

3. Hvorfor straffer vi? Straffens begrunnelse

Spørsmålet om hvorfor vi straffer er atskilt fra definisjonen om straff. Det å definere og å begrunne er to separate aktiviteter. På den ene siden oppstår spørsmålet om *hvilke formål* som leder oss til å anvende straff mot enkeltpersoner. På den annen side involverer spørsmålet også en diskusjon av hvorfor enkelte handlinger er straffbare mens andre er straffrie. Vi kan altså *både* si at vi straffer fordi gjerningsmannen har begått en forbrytelse, *og* at vi straffer fordi vi ønsker å styre en viss type atferd. Men svaret på begge spørsmålene forutsetter en viss oppfatning av "forbrytelsen". Og dette spørsmålet er altså todelt. Vi skal se på det siste først, nemlig spørsmålet om *kriminaliseringen*.¹²

3.1 Kriminaliseringens grenser

Ut fra en liberal forståelse av spørsmålet om kriminaliseringens grenser, er utgangspunkt at staten må begrunne enhver inngripen i individets frihet. Den må identifisere en *legitim grunn* for å anvende tvang overfor sine borgere. Uten en adekvat definisjon av "forbrytelsen" vil det virke vilkårlig hvilke handlinger som

¹¹ I det følgende brukes imidlertid "teori" om både forklaringsaspektet og begrunnelsesaspektet. Men med dette forbeholdet, skulle det være uproblematisk.

¹² Denne måten å stille spørsmålet på har etter min mening fått altfor lite oppmerksomhet i norsk strafferett, som i for stor grad har diskutert dette hvorfor-spørsmålet utelukkende som et formålsspørsmål, også til og med løsrevet fra selve definisjonen av straff. Spørsmålet om hvilke handlinger som skal kriminaliseres stilles som regel som et *tilleggsspørsmål* etter at man har behandlet spørsmålet om hvorfor vi straffer, jf Ot.prp nr. 90 (2003-2004), pkt 7.1: "I vurderingen av hvilke handlinger som bør være straffbare, må de alminnelige begrunnelser for straff som det er gjort rede for i kapittel 6, suppleres med og utdypes av andre rettspolitiske hensyn. Slike hensyn – eller prinsipper for kriminalisering – blir behandlet i kapitlet her". Dette er etter min mening å sette saken på hodet, siden prinsipper for kriminalisering forutsetter et visst syn på hva en forbrytelse er, noe som igjen er et aspekt av spørsmålet om hvorfor vi straffer, eller i det hele tatt hvorfor vi har en strafferett.

blir belagt med straff og hvilke som reguleres gjennom andre juridiske former, som erstatningsrett, kontraktsrett og forvaltningsrett.

Sett på denne måten, blir spørsmålet om kriminaliseringens grenser ensbetydende med hvordan vi definerer begrepet "forbrytelse". "Forbrytelse" kan defineres på mange måter, avhengig av formålet med definisjonen, men den innfallsvinkelen som de amerikanske filosofene Jeffrie G. Murphy og Jules L. Coleman benytter seg av, er et sofistisert utgangspunkt for å tenke rundt hva vi forstår med at en samfunnsmessig uønsket handling er en "forbrytelse", og ikke bare for eksempel en erstatningsbetingende handling.¹³ Merk at vi i denne sammenheng ikke kan bruke den vanlige definisjonen av "forbrytelse", som en handling som er straffebelagt ved lov,¹⁴ siden det ville lede oss inn i en uendelig regress ved en henvisning til nettopp det som skal begrunnes som begrunnelsen. Det er nettopp hvorfor ulike handlinger er forbudt ved lov som interesserer oss i denne sammenheng.

For å nærme oss en fruktbar definisjon av forbrytelse, må vi imidlertid stille et dypere spørsmål, et spørsmål som henger sammen med det overordnede temaet i denne sammenheng; nemlig *hvorfor vi i det hele tatt opererer med en strafferett*. Mengden av uønsket, eller kun av seriøst skadelig atferd, er nemlig mye større enn den atferden vi har kriminalisert. Kontrakter gir ofte adgang til å ilegge såkalte konvensjonalbøter for seriøst skadelig atferd uten at man i det tenker på å gjøre det hele til et spørsmål om "straff" i en formell forstand av begrepet. Erstatningsretten er også en regulering av skadelig atferd, en regulering som skjer utenom strafferetten. En ond og skadelig handling, slik som at en sterk kontraktspart med viten og vilje utnytter den svakere partens uvitenhet og ressursituasjon, er altså ikke en *tilstrekkelig* betingelse for at den blir regulert av strafferetten.

Men er det at man har blitt påført en skade en *nødvendig* betingelse for at en handling skal være straffbar? Antageligvis ikke. Har biltyven skadet meg ved å stjele bilen min *utover* mitt erstatnings- eller forsikringsoppgjør?¹⁵ Kontraster dette med det nye forslaget om å avkriminalisere ærekrenkelser. Ved valget mellom å få min bil stjålet med etterfølgende fullgod erstatning eller bli ærekrenket på det groveste, har jeg få vanskeligheter.¹⁶ Johs Andenæs ser ut til å hevde at skade er en nødvendig forutsetning for straff, riktignok med et par modifierende betingelser, som at straffebudet må kunne håndheves uten å krenke andre, viktigere interesser og at straffen ikke må ha uønskete sidevirkninger som oppveier fordelene (1994:64).¹⁷ Aksepterer vi Murphy og Colemans innfallsvinkel, hvilket jeg gjør, har altså ikke Andenæs gitt oss noe fullgodt svar på hvorfor vi kriminaliserer.

¹³ Jeffrie G. Murphy & Jules L. Coleman, *Philosophy of law. An introduction to jurisprudence*. Revised edition, Boulder, 1990. Mye av fremstillingen her bygger på den innfallsvinkelen som er presentert av Murphy og Coleman på ss 110—117.

¹⁴Jf Andenæs, 2004:6: "Forbrytelse i vid forstand kan defineres som en handling (eller unnlatelse) som er belagt med straff".

¹⁵ Det kan selvsagt problematiseres om forsikringsoppgjøret som sådan representerer en skade. Men vi kan begrense eksempelet til de tilfellene hvor enten bilen blir funnet i god behold eller tyven har midler til å betale meg for en tilsvarende bil.

¹⁶ Murphy og Coleman formulerer dette på følgende måte: "Cases of conduct that is criminalized but (like auto theft) typically causes no serious harm to the victim put heavy strain on the common claim that the sole and unique purpose of the criminal law is to prevent some individuals from mounting major invasions on the rights and interests of other individuals" (1990:111).

¹⁷ Johs. Andenæs, *Straffen som problem*, Oslo, 1994.

Heller ikke det såkalte "skadefølgeprinsippet", som ligger til grunn for straffeloven av 2005, klarer å besvare dette spørsmålet på en tilfredsstillende måte. En ting er å avgrense mot moralske og religiøse krenkelser, men en helt annen ting er å operere med et så vidt og udefinert skadebegrep som gjøres i forarbeidene.¹⁸ Skadefølgeprinsippet lyder iflg Ot.prp nr. 90 (2003—2004) pkt 7.5.1 som følger:

"Atferd bør bare gjøres straffbar dersom den fører til skade eller fare for skade på interesser som bør vernes av samfunnet. I tillegg må to andre kriterier vurderes for at loven skal sette straff for en bestemt atferd: (1) Straff bør bare brukes dersom andre reaksjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige. (2) Straff bør bare brukes dersom nyttevirkningene er klart større enn skadevirkningene".¹⁹

Problemet med denne innfallsvinkelen er at verken skadebegrepet eller interessebegrepet avgrenses presist nok til at det skal kunne gi noen veiledning.²⁰ Det bør derfor ikke overraske at skadefølgeprinsippet har satt relativt få spor etter seg i nyere strafferettslig lovgivning.²¹ Som Claes Lernestedt spør retorisk i sin avhandling om kriminaliseringens grenser: "Kan det ur själva ordet "skada" utvinnas underlag för kriminaliseringsbegränsning? (2003:183—184).²² Svaret, etter en gjennomgang og diskusjon av litteraturen på området er negativt: "'Skada' kan möjligen fylla en funktion som överskrift under vilken

¹⁸ Jeg tenker her særlig på NOU 2002:4 Ny straffelov, pkt 4.2, hvor det kun avgrenses mot og diskuteres rundt forskjellige typetilfeller, som samtykke, paternalisme, selvskading, moral, religion etc., og Ot.ptp nr. 90 (2003—2004), kap 7, særlig 7.1, 7.2 og 7.5. Hvis den eneste konsekvensen av å anvende skadefølgeprinsippet er opphevelsen av irrelevante og ikke-fungerende bestemmelser som rett og slett tiden har løpt fra, som for eksempel å bevirke til dyrtid på livsformødenheter samt et par andre, mindre betydningsfulle straffebestemmelser, kan det spørres om hvor prinsipielt og konsekvensrikt dette prinsippet i realiteten er.

¹⁹ Det kan også spørres om denne definisjonen skiller klart nok mellom det å kriminalisere en handling og det faktisk straffe den. Man kan godt tenke seg at en handling kan kriminaliseres, men at det i det enkelte tilfellet vil være uhensiktsmessig å *anvende* straffen.

²⁰ Man kan ane at skadefølgeprinsippet i norsk sammenheng er inspirert av J.S. Mills "harm-principle", som lyder: "[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.", J.S. Mill, *On Liberty*, London, 1974:68. Heller ikke Mill forklarer nærmere hva han legger i skadebegrepet. Utover dette er det vanskelig å vite om Mills tanker er en inspirasjon for skadefølgeprinsippet, slik det har vært utviklet i norsk rett. For den mest utførlige behandlingen av skadebegrepet som utgangspunkt for strafferetten i tradisjonen fra Mill, se Joel Feinberg, *Harm to others*, Oxford, 1984.

²¹ Et eksempel på manglende etterlevelse av skadefølgeprinsippet er bestemmelsen i strl § 276c om såkalt påvirkningshandel ("trading in influence"), hvor det er straff for den som "(a) for seg eller andre krever, mottar eller aksepterer et tilbud om en utilbørlig fordel for å påvirke utføringen av stilling, verv eller oppdrag, eller (b) gir eller tilbyr noen en utilbørlig fordel for å påvirke utføringen av stilling, vern eller oppdrag." Spørsmålet om hva som er en "utilbørlig fordel" defineres imidlertid ikke, verken når det gjelder hvilke interesser det gjelder eller hva slags skade det skal være snakk om. Forarbeidene gir heller ikke særlig veiledning, utover en henvisning til hva som anses som moralsk riktig til enhver tid, jf Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) pkt 6.4.3: "Grensen mellom straffbare og ikke straffbare påvirkningshandlinger foreslås trukket ved at straffeloven § 276 c bare rammer «utilbørlige» fordeler. Også i forhold til denne bestemmelsen må utilbørlighetsstandardens nærmere innhold fastlegges av domstolene i tråd med det rådende moralsynet i samfunnet til enhver tid". Dette er oppsiktsvekkende av mange flere grunner enn det er anledning til å gå inn på her. Særlig er det problematisk at det skal dømmes etter det "til enhver tid rådende moralsynet i samfunnet" om påvirkning. Hvordan får man kunnskap om dette? Skadefølgeprinsippet ser imidlertid ikke ut til å ha noen innvirkning på denne typen kriminalisering, hvor det synes viktigere å sende et signal enn å begrense bruken av strafferettslige virkemidler. Bestemmelsen har heller ikke funnet sin anvendelse i noen særlig grad.

²² Claes Lernestedt, *Kriminalisering. Problem och principer*, Uppsala, 2003, med videre henvisninger og diskusjon av kriminaliseringsproblemstillingen. Lernestedt påpeker også at det ofte er ubestemt hvem sin skade det er snakk om, offerets eller samfunnets? (2003:189—190).

viktiga principiella frågetällningar samlas och struktureras, men frågan är om inte begreppet även vad avser detta – pga sitt sterkt normativa prægel – snarare verkar hindrande än främjande” (2003: 271).

For å oppnå en mer tilfredsstillende tilnærming til forbrytelsesbegrepet, må det etter min mening tenkes innenfor rammene av en statsfilosofi, om hva statens oppgaver med regulering av samfunnet er. Uten å trekke inn staten og forholdet mellom stat og individ, blir det vanskelig å få noe klarhet i forbrytelses- og kriminaliseringsproblematikken. Det er først og fremst Robert Nozick²³ som har presentert problemet på denne måten. Han hevder at det er to grunner til at vi aksepterer at staten intervenerer på våre vegne på tross av muligheten for erstatning, nemlig (i) de tilfellene som gjelder skadepåføring som ikke kan oppveies gjennom erstatning (typisk drap) og (ii) de handlingene som er så grufulle at tanken om dem medfører frykt. Vi må derfor ha en strafferett for å forhindre at visse individer påfører andre lidelser som enten er uerstattelige eller skaper frykt i potensielle eller aktuelle ofre (1974: 54ff). Dette er i følge Nozick statens legitime oppgave i håndhevelsen av straffebud. Selv om heller ikke dette minimumsbegrepet forklarer strafferettens vesen fullt ut, trekker den i hvert fall inn *staten* som en nødvendig forklaringsmekanisme. I straffeprosessen er det jo staten som opptrer på vegne av individet, til tider også uten eller til og med på tross av individets ønske om å straffeforfølge gjennom offentlig påtale. Til tross for fremveksten av bistandsadvokater, er fortsatt et sentralt kjennetegn ved straffeprosessen at den tas ut av offerets hender og anlegges av staten mot gjerningsmannen. Men det er også på det rene at kriminalitet ikke er et direkte angrep mot *staten som sådan*, men mot dens innbyggere.

Vi kan derfor, som Murphy og Coleman, definere "forbrytelse" som *gjerningsmannens invadering av et beslutningsområde som med rette forbeholdes for staten som ledd i dens utførelse av oppgaver som vi, som statens "klienter" har engasjert staten for å gjøre som vår oppdragstaker* (Murphy og Coleman, 1990: 115). Vi engasjerer staten for å beskytte våre rettigheter på den minst invaderende måten, og utover å beskytte sine borgere på denne måten har staten ingen selvstendige, legitime oppgaver.

Hva betyr dette? Det betyr at staten overtar de oppgavene vi som individer ikke kan utføre fordi visse skader er av en slik karakter at vi rent praktisk ikke vil kunne forhandle med alle potensielle gjerningsmenn og skadepåførere. Hva ville min rett til å kjøre bil bety hvis jeg og alle andre sjåførere måtte identifisere alle mulige ulykkesofre og på forhånd forhandle med dem for at de skal akseptere den risikoen de blir utsatt for ved at jeg satt meg bak rattet? Ved å følge denne tankegangen er biltyveri straffbart fordi biltyven krenker en rett jeg har som jeg ikke i noen grad kan sies å ha forhandlet bort.

Det er altså grovt sett to typer av handlinger som staten med rette straffer; de som vi ikke kan sies å ville eller vil kunne forhandle bort og de som det er umulig å forhandle bort av rent samfunnsmessige, praktiske grunner. Dette er det normative innholdet i begrepet "forbrytelse", og som det fremkommer er dette ikke først og fremst et moralsk spørsmål om hvilke handlingstyper vi ikke liker

²³ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.

eller er skadelige, men om minstefunksjonen til staten.²⁴ Ved å kriminalisere biltyveri handler staten for å beskytte et etablert system for økonomisk samhandling som vi alle er avhengig av, og ved å kriminalisere drap handler staten for å beskytte livets verdi utover det man er i stand til å forhandle om dersom man måtte det. Man er således på et område hinsides den økonomiske sfæren for nyttekalkuleringer, som ikke kan forstås innenfor rammene av erstatning. Straffen er da altså *både* moralsk ved at den beskytter systemet og reserverer den straffrie handlingen for de som respekterer dets spilleregler *og* den er *parasittær* på individets autonomi. Den forutsetter nemlig at det er den private disposisjonsretten – forhandlingsevnen – som er den primære samhandlings- og sanksjonsformen. Staten trår inn med legitim voldsutøvelse der den private autonomien ikke strekker til.

Dette kan bedre forklare hvorfor grensene for kriminaliseringen trekkes der hvor de gjør, uten at man kan si at denne utlegningen naturligvis er noen reflektert del av lovgivernes selvforståelse når de straffelegger visse handlinger og ikke andre. Men det kan gi en forklaring på begrepet "forbrytelse" som i alle fall forhåpentligvis er normativt informativt og analytisk forklarende. Det viser også at skadefølgeprinsippet kommer til kort som et grensedragningsprinsipp mellom det offentlige og det sivile sanksjonssystemet, eller hvorfor vi for eksempel overlater til erstatningsretten å regulere noen uønskete handlinger men ikke andre.

Vi skal nå se på den andre betydningen av spørsmålet om hvorfor vi straffer, nemlig spørsmålet om dens *formål*.

3.2 Straffens formål

Det er i realiteten to teorier om hvorfor vi straffer mennesker som vi mener har gjort noe galt, og de stammer begge fra opplysningstiden. Den ene teorigruppen kan vi kalle retributivister, eller gjengjeldelsesteoretikere, og den andre er prevensjonsteoretikere. De to retningene representerer en brytning mellom to vesensforskjellige syn på hvorfor vi straffer.

3.2.1 Nytte og prevensjon, moral og empiri

Prevensjonsteoriene har sitt utgangspunkt i utilitarismen og nyttetenkningen til John Stuart Mill og særlig Jeremy Bentham, som i *Principles of morals and legislation* knesatte prinsippet om prevensjonen som straffens *eneste* legitime begrunnelse. Denne teorien var basert på utilitaristenes generelle moralfilosofi, som i bunn og grunn var en tilskrivelse av moralitet til den handlingen som promoterer mest samfunnsmessig lykke, nytte eller velferd,²⁵ alt avhengig av

²⁴ Som Murphy og Coleman skriver: "On this model, then, the criminal, in addition to the harm he does to an individual victim, attacks the basic structure of society through bypassing its established structures of rights protection (its transaction structures, to use the language of economists) and thus by presuming, as it were, to make his own rules with respect to these matters" (1990:116). Dette er et grunnleggende kantiansk poeng, hvor det nettopp er overgrepet mot selve mulighetsbetingelsene for en rasjonell samhandling som utgjør utgangspunktet for den moralske bedømmelsen.

²⁵ Det er ikke formålstjenlig å gå inn på nyansene i utilitarismen her, men den grunnleggende kjernen deles av alle, nemlig at en handling moralske karakter bedømmes først og fremst ut fra dens konsekvenser. Hvorvidt det vektlegges lykke, nytte eller velferd som konsekvens kommer an på den enkelte teoretiker. John Stuart Mill, for eksempel, vektla samfunnsmessig velferd istedenfor individuell psykologisk lykke og lystfølelse, slik Bentham gjorde. Det er også på sin plass å

hvilken utforming teorien ble gitt. Siden det å straffe i seg selv er en velferdsreduksjon for den straffedømte, må straffens formål oppveie denne reduksjonen ved å vise til positive konsekvenser for andre (og for gjerningsmannen selv på lang sikt). Slik sett var utilitarismen et forsøk på å sivilisere det engelske straffesystemet slik det ble praktisert på slutten av 17-1800-tallet.

For Bentham er imidlertid nyttemaksimeringen det overordnede prinsippet, og Bentham er ingen sterk forsvarer av individets ukrenkelighet. Tvert imot, det ligger nettopp i utilitarismen at individet er én av mange faktorer som veies mot hverandre når man skal ta stilling til hva som fører til mest nyttemaksimering. Et mindretall kan derfor i prinsippet ofres på flertallets alter, alt etter som det ville bidratt til mer kollektiv velstandsøkning. Implikasjonene for en strafferett tør være åpenbare, siden man etter denne teorien kan ofre mindretallet – eller individet – på flertallets alter. I henhold til utilitarismen – og prevensjonsteoriene – er ikke individet ukrenkelig, og teorier som ikke setter absolutte skranke for individets ukrenkelighet har en broket historisk suksess i et moralsk perspektiv. I denne sammenhengen er det oppsiktsvekkende å finne at også moderne norsk rettslitteratur åpner for tanken om prevensjonshensyn *også* når det er i konflikt med grunnleggende moralske hensyn. Som det heter i Straffelovkommissjonens utredning, NOU 2002:4 s 126, Ny straffelov, under overskriften 'Bør nyttevirkninger ha noen vekt ved fastsettelsen av strafferammer?':

"På mer prinsipielt grunnlag kan man spørre om det ikke også bør kunne tas rene prevensjonshensyn selv om disse skulle komme i konflikt med rettferdighetshensyn. Når det er den alminnelig aksepterte oppfatning at selve straffesystemet er forankret i samfunnsnyttens, kan man spørre om det ikke er naturlig at den nærmere innretningen av systemet også skjer på bakgrunn av nyttebetraktninger".²⁶

Her tas prevensjonsargumentet et stykke lenger enn vanlig, siden problemstillingen er reist eksplisitt som et spørsmål om nytte versus rettferdighet. Det er dette som gjør sitatet oppsiktsvekkende i en normativ forstand. Det følger nettopp av rettsstatlig grunnlagsargumentasjon at et individ har rett til ikke å bli brukt urettmessig som middel for å oppnå noe annet. Urettmessigheten vil i slike tilfeller bestå for nettopp den delen av straffen som ikke står i noe forhold til gjerningen, og som tilføres ham fordi man skal avskrekke andre fra å gjøre slik han gjorde.²⁷

Denne tankegangen brukes som et argument for å vise flere ting. For det første postuleres det at nyttebetraktninger deles i en stor grad *i konkurranse med rettferdighetsbetraktninger*. At "folk flest" skulle være mer opptatt av nytte enn rettferdighet er en høyst diskutabel påstand, særlig innenfor et så moralsk betent område som strafferetten. Dette er hva man kan kalle en omdreining av Andenæs' posisjon når det gjelder de etiske innvendingene mot

nevne at utilitarismen ikke er noen enhetlig størrelse, noe en rask lesning av Benthams *Principles* og Mills *Utilitarianism* viser. Og det er bare to.

²⁶ Jf også diskusjonen hos Jacobsen, 2004:37—50.

²⁷ Til og med en teoretiker som HLA Hart, som også Andenæs lener seg på, setter en absolutt skranke mot å bruke individet helt fritt, slik det åpnes for her. Se Hart, 1968: 207—208.

allmennprevensjonen.²⁸ For det andre brukes dette for å gjendrive – som "særlig oppsiktsvekkende" – de prinsippene som den svenske straffelovgivningen bygde på når den foretok sin revisjon av straffeloven, hvor de utelukket allmennpreventive hensyn som et moralsk relevant moment for fastsettelsen av strafferammene. Både Sverige og Finland har nemlig benyttet seg av nyklasisistiske argumenter – dvs retribusjonsargumenter – ved sine revisjoner av straffelovene.

Spørsmålet er om ikke prevensjonsteoriene også har visse empiriske utfordringer i et begrunnelsesperspektiv.

Utilitarismen er en teori som foregir å skille det moralske fra det umoralske, det rettfærdige fra det urettferdige ved hjelp av objektive empiriske undersøkelser om *effektene* av ulike valg. Og nettopp denne empiriske dimensjonen er den sentrale forutsetningen for utilitarismen: hvis vi ikke kan vite med empirisk sikkerhet hva konsekvensene av våre handlinger er, har vi heller intet grunnlag for å si om våre handlinger er moralske eller ikke. I en kriminaliserings- og straffeutmålingsdiskusjon er derfor de empiriske og faktiske konsekvensene av kriminaliseringen det sentrale, ikke deres hensikt og ikke deres moralske grunnlag utover dette.

Som Bentham skriver:

"The business of government is to promote the happiness of the society, by punishing and rewarding... In proportion as an act tends to disturb that happiness, in proportion as the tendency of it is pernicious, will be the demand it creates for punishment (1789/1948: kap 7/1).²⁹

Prevensjonstanken er kun den negative formuleringen av utilitarismens positive nyttemaksimeringsmaksime. Promosjon av goder krever prevensjon av onder. Men dette krever, som sagt, et solid empirisk fundament, fordi hele skillet mellom det moralske og det umoralske går nettopp her ved det empirisk bevisbare.

Dette reiser et omgående spørsmål til strafferettsvitenskapen: Hvorfor er den ikke i større grad empirisk fundamentert? Det virker som om man helt har skjøvet ut de empiriske vitenskapene fra et felt som i så stor grad er empirisk begrunnet. For eksempel heter det i Ot.prp. nr. 90, pkt 6.3.1: "Gjenstand for behandling her er bare straffens *tilsiktede* virkninger" (min uth.).³⁰ Hvorfor er det bare de tilsiktede og ikke de faktiske virkningene som er av interesse i et prevensjonsperspektiv? Også Andenæs ser ut til så å si å strekke hendene i været når det kommer til et felt som i utgangspunktet *både* i prinsippet skulle la

²⁸ Se Johs Andenæs, "Ethiske problemer ved almenprevensjonen", i 1974:95—116. Det kan kanskje reises tvil ved tittelen, fordi Andenæs ikke ser noen etiske problemer med allmennprevensjonen. For en kritisk vurdering av Andenæs' argumentasjon, se Jacobsen, 2004:44—50.

²⁹ Jeremy Bentham, *The principles of morals and legislation*, (1798) New York, 1948.

³⁰ Sammenhengen som sitatet fremgår i gjør argumentet ikke mindre oppsiktsvekkende: "Hovedspørsmål blir da om straffen faktisk hindrer kriminalitet og om det preventive formål gjør det nødvendig å ty til et så sterkt middel som straff. For å svare på dette spørsmål blir det viktig hvordan straffen virker. Det er bare gjennom å se nærmere på de ønskede, og eventuelt uønskede virkninger straffen har, at man kan avgjøre om kriminalisering er et egnet middel til å styre befolkningen vekk fra handlinger som bør motvirkes. Gjenstand for behandling her er bare straffens tilsiktede virkninger". Hvorfor er et spørsmål som så eksplisitt avhenger av det faktiske avgrenset mot nettopp de faktiske virkningene? Man skulle tro at en begrunnelsesstrategi for straff som så eksplisitt knytter an til empiriske forhold hadde vært villig til å foreta nettopp slike empiriske undersøkelser.

seg underkaste en empirisk undersøkelse og som så mye avhenger av i et begrunnelsesperspektiv:

”Stort sett kan man si at tilbakefallsstatistikken ikke er bedre egnet til å belyse straffens individualpreventive enn den vanlige kriminalstatistikk er til å belyse dens almenpreventive effekt. En blir ved bedømmelsen av almenprevensjonen henvist til et skjønn ut fra psykologisk viten, praktisk erfaring og sunn menneskeforstand” (1974: 14).³¹

I mange andre vitenskapelige disipliner hadde denne erkjennelsen vært et sterkt argument for å oppgi prevensjon som begrunnelse.³² Andenæs er som vi ser klar over den manglende faktiske realiteten i allmennprevensjonen, men velger likevel å benytte den som en bærebjelke i straffens begrunnelse. Er dette fordi vi i rettsvitenskapen ikke har andre begrunnelser, siden rettsrealismen har lært oss at moralske forestillinger – slik rettsstatsargumentasjon bunner i – ikke tilhører det legitime domenet for en seriøs rettsvitenskap?

En mulig fortolkning av Andenæs’ allmennpreventive lære, er at den istedenfor å ha en direkte empirisk effekt har en mer indirekte normativ effekt over tid. Siden dette er vanskelig å studere, kan altså læren om allmennprevensjonen reddes selv der hvor den ikke har empirisk effekt, men hvor den så å si former sinnene. Til dette er det (minst) to ting å si; for det første skulle man likevel over tid forvente en endring i atferd og for det andre immuniserer dette allmennprevensjonen fra kritikk som grunnlag for straffen. Man sier at noe eksisterer som ikke kan måles, og at dette er det egentlige grunnlaget for straffen. Denne betydningen av allmennprevensjon kan selvfølgelig ikke utelukkes, men den kan like lite bekreftes. Den er med andre ord like riktig som den er gal. Og det er ikke et holdbart utgangspunkt for en strafferettsvitenskap.³³

Prevensjonsteoriene opererer stort sett med to grunnleggende prevensjonsformer; individualprevensjon og allmennprevensjon. Vi straffer med det formål å forhindre at vedkommende skal gjenta handlingen, og vi straffer for å avskrekke andre – allmennheten – fra å utføre samme type handlinger.³⁴ Slik sett er straffen en *trussel* som kan eller ikke kan manifestere seg. Det er en lang rekke dommer som aktivt bruker prevensjonstanker som begrunnelse for å straffe, og som et argument i straffeutmålingen.³⁵ Inntrykket etter en gjennomgang av rettspraksis, er at allmennprevensjon blir brukt særdeles mye hyppigere enn individualprevensjon som begrunnelse for enten å straffe hardere

³¹ Johs. Andenæs, *Straff og lovlydighet*, Oslo, 1974. Disse tre momentene må sies å være forskjellige formuleringer av det siste, om menneskeforstanden hos forskeren.

³² Denne setningen, kombinert med at Andenæs var en varm forkjemper for allmennprevensjon, kan være en illustrasjon på (straffe)rettsvitenskapens vitenskapelige status i skjæringspunktet mellom å være en normativ vitenskap som har normene som sitt forskningsmessige utgangspunkt, og å være en empirisk vitenskap som har normenes virkelighetseffekt som objekt. Det er imidlertid lite rettsvitenskap som foretar empiriske undersøkelser for å underbygge sine (til dels ofte forekommende) påstander om rettsreglens samfunnsmessige funksjon. På den annen side, normativ teori står samtidig svak innen rettsvitenskapen, noe som også kanskje er egnet til å overraske en nøytral observatør. Dette er imidlertid et sidespor i denne sammenhengen.

³³ Se også Jørn RT Jacobsen, @ i *Tidsskrift for strafferett*, 2004@

³⁴ Jf for eks Alf Petter Høgberg, ”Reelle hensyn, rettsanvendelse og straffbarhet”, i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2000:525—649, på s 549.

³⁵ For en gjennomgang av allmennprevensjonens status i norsk rett, se Jørn RT Jacobsen, *Menneskevern eller menneskeverd? Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet*, Bergen, 2004.

eller mildere. Et søk på lovdata gir seks treff på individualprevensjon, mens det gir 86 treff på allmennprevensjon.³⁶ Prevensjonstanken står usedvanlig sterkt i norsk rett. Som Jørn RT Jacobsen uttrykker det: "Sett på bakgrunn av behandlingsideologien sitt fall i andre halvdel av 1900-talet og nyklassisismens manglende rotfeste i norsk strafferett, har allmennprevensjon óg styrka sin plass i norsk rett som grunngeving for straff. På denne bakgrunn, er det funn til å konkludere med at i Noreg kviler den faktiske fungerande strafferetten på ei relativt brei allmennpreventiv plattform" (2004:19).

Et treffende eksempel på dette, er argumentasjonen knyttet til allmennprevensjonens betydning i narkotikasaker. Norge ligger blant verdens strengeste land når det gjelder straff for narkotika, både i hvilke stoffer som omfattes og i straffens styrke. Vi er bare slått av noen muslimske land som praktiserer dødsstraff. Samtidig ligger vi også på i Europatoppen når det gjelder antallet tunge rusmisbrukere, overdoser og dødsfall. Likevel begrunnes straffeutmåling i narkotikasaker ofte med allmennprevensjon, som for eks Rt, 2005.343: "Ved utmåling av straff for grove narkotikaforbrytelser vil de allmennpreventive hensyn veie tungt". Vil de det? Vet vi at strenge straffer har en slik faktisk effekt, eller er det i realiteten her snakk om en fordømmelse av en handling, uavhengig av straffens virkninger for narkotikaomsetningen? Det eneste som er sikkert, er at det ikke henvises til noen undersøkelser som ligger til grunn for slike antakelser om straffens påståtte virkning for allmennheten. Men bør ikke straff begrunnes på en bedre måte enn antakelser i form av rene gjetninger? Hvis det er usikkert og vanskelig å måle den faktiske sammenhengen mellom valg av reaksjonsform og handlingens hyppighet, hvorfor da bruke allmennprevensjonsargumentet som begrunnelse for straff og utmåling i det hele tatt, når det er så alvorlige forhold vi snakker om? Undersøkelser viser tvert imot at det er liten sammenheng mellom utbredelsen av narkotika og reaksjonsformene. Likevel forutsettes det rett og slett en forbindelse, noe som er forståelig når man ikke opererer med *andre* begrunnelser for å straffe enn straffens påståtte virkninger. Da ender det med at man helt lukker øynene for den verden man skal regulere.³⁷ Dette gir grunnlag for å hevde at dersom man vil straffe bruk, innførsel og omsetning av narkotika må man bruke andre argumenter enn prevensjonsargumentene.³⁸

³⁶ Dette sier selvfølgelig kun noe om det som aktivt er brukt som begrunnelse, og man kan tenke seg andre ord og begreper som kan dekke de samme underliggende realitetene, som "hensynet til gjentakelsesfare" og lignende. Men det gir om ikke annet en pekepinn. Grunnene til denne forskjellen kan være mange. En tenkelig grunn er at det er lettere å "synse" om allmennprevensjonen enn individualprevensjonen, rett og slett fordi det er vanskeligere å måle de samfunnsmessige effektene av å straffe på en viss måte enn hva gjelder individualprevensjonen, som jo vil vise seg ganske mye klarere.

³⁷ Se for eks Degenhardt L, Chiu W-T, Sampson N, Kessler RC, Anthony JC, et al. (2008) "Toward a Global View of Alcohol, Tobacco, Cannabis, and Cocaine Use: Findings from the WHO World Mental Health Surveys", *PLoS Med* 2008 5(7): e141. Deres konklusjon er enkel og tydelig: "Globally, drug use is not distributed evenly and is not simply related to drug policy, since countries with stringent user-level illegal drug policies did not have lower levels of use than countries with liberal ones".

³⁸ Prevensjon som formål kan også støtte det motsatte argumentet, nemlig at vi ikke bør straffe narkotikabruk i det hele tatt. Bare Estland har flere narkotikainduserte dødsfall enn Norge i Europa, og vi ligger langt over gjennomsnittet i EU, med våre over 80 døde pr million innbyggere mot EUs ca 20. Krysset med at vi har de høyeste straffene (og dødsfallene øker i takt med straffenivået), gir det grunnlag for en hypotese om at straffenivå er omvendt proporsjonal med dødelighet som følge av narkotikabruk. Men hele prevensjonstanken for narkotikakriminalitet hviler altså på det motsatte utgangspunktet. For en gjennomgang av straff og narkotikautvikling i EU, se *Årsrapport 2011: Narkotikasituasjonen i Europa*. Europeisk overvåkningscenter for narkotika og narkotikamisbruk (EONN), 2011:92. For en påvisning av at avkriminalisering – der dette har blitt foretatt – ikke har ført til høyere narkotikabruk, se rapporten *A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Policies Across the Globe* av Ari Rosmarin og Niamh Eastwood, utgitt av Release: Drugs, the Law and Human Rights, 2012: <http://www.release.org.uk/downloads/publications/release-quiet-revolution-drug-decriminalisation-policies.pdf>

Det er også sikkert mye sannhet i Andenæs' uttalelse om at "[e]rfaring viser at når den moralske indignasjon er sterk, og man synes lovovertrederen fortjener en strengere straff, har man lett for å ukritisk akseptere troen på preventive virkninger som en begrunnelse for å skjerpe straffen" (1994:83—84). Særlig vanskelig å forstå for andre enn jurister, er også argumentet om at straffens virkning i et allmennprevensjonsperspektiv skal variere i tråd med den tiden det tar å få etterforsket og brakt en sak inn til domstolene. Som det heter i Rt. 1993:976: "Hensynet til allmennprevensjonen vil svekkes når det er gått så lang tid uten at de domfelte er å bebreide for tidsforløpet, samtidig som hensynet til de domfelte kommer mer i forgrunnen", en avgjørelse som er sitert senere, jf Rt 2005.343. Står det til troende at den perioden det tar fra en gjerningsmann blir arrestert for narkotikabesittelse til han blir dømt har en virkning for andre i samme miljø, eller er dette uttrykk for en overdreven tro på at narkomane leser Retstidenes høyesterettsavgjørelser?

Samme betraktninger gjør seg i prinsippet gjeldende når det gjelder individualprevensjonsbegrunnelser. Spørsmålet om individualprevensjon er i realiteten et spørsmål om tilbakefallssannsynlighet, et spørsmål som heller ikke ofte diskuteres på en faglig holdbar måte når argumenttypen anvendes. Som påpekt av Andenæs, er det som regel de sosialt mest belastede gjerningsmennene som får de strengeste reaksjonene.³⁹ I slike tilfeller er det også åpenbart at individualpreventive hensyn ikke kan gjøre seg gjeldende på den måten man ser for seg.

Det er ikke formålet her å drøfte i sin fulle bredde hvorvidt prevensjon eller avskrekkelse virker eller ikke virker.⁴⁰ Formålet er kun å vise at det åpenbart finnes områder innen strafferetten som er prevensjonsbegrunnet, men som ikke kan eller vil vise til effekter av straffen eller til alternative normative begrunnelser. Det skulle i seg selv føre til at man betvilte den store tilslutningen som prevensjonstanken har fått i norsk rett som straffens begrunnelse, slik det fremkommer for eksempel gjennom forarbeidene til vår nye straffelov og hos sentrale teoretikere på området.

3.2.2 Retribusjonsteoriene og kritikken mot dem i norsk rett

Prevensjonsteorienenes motsats, retribusjonsteoriene, bygger på filosofihistoriens mest kjent kritiker av utilitarismen, Immanuel Kant. Kant hevdet at formålet med straffen er å gjenopprette rettferdighetsbalansen som gjerningsmannen forbrøt seg mot. I forlengelsen av Kant, hevdet Georg Wilhelm Friedrich Hegel at vi straffer av hensyn til gjerningsmannen fordi vi skylder ham det. Vi anerkjenner hans eksistens som en person med ansvar når vi påfører ham straffen, og om han ikke får anledning til nettopp å gjøre opp for seg, berøver vi ham viktige menneskelige trekk. Vi forutsetter nemlig at han kunne ha handlet annerledes, og at han ikke bare er et produkt av naturlige årsaksmekanismer. Det er altså snakk om å respektere gjerningsmannens menneskeverd når vi straffer, og vi straffer for å gi ham det han *fortjener*. Som et ansvarlig individ

³⁹ Ref. @-

⁴⁰ For en nærmere drøftelse av dette spørsmålet, se David M. Kennedy, *Deterrence and crime prevention. Reconsidering the prospect of sanction*, London, 2009.

med rett til å bli anerkjent som nettopp det, er straffen forbryterens *uoppsigelige rettighet*.

Det er flere ting å si om denne innfallsvinkelen til straffen, men det sentrale er at grunnlaget for straffen er gjerningsmannens ansvarlighet for sin egen handling. Det å tilskrive ham ansvarlighet er samtidig å tilskrive ham menneskelighet gjennom å forutsette at han er et tenkende og handlende individ. Hvem vil uansett alltid unnskyldes for sine handlinger? Det er altså spørsmålet om *ansvar* som står sentral for retributivistene, noe som igjen medfører en teori om skyld, uskyldspresumsjon og straffrihet på grunn av nedsatt eller helt manglende ansvarlighet, enten i form av lav alder, kognitivt nedsatte evner eller mentale utfordringer. Som viktige rettsstatlige begreper, er disse begrepene *utgangspunkter* for selve straffen, og ikke bare begrensninger i straffepåføringen fra statens side for å forhindre de mest uheldige virkningene av straffen.

Disse tankene, som formulert av særlig Kant og Hegel, har vært ansett som relevante i norsk strafferett siden Anton Martin Schweigaard som på tidlig 1800-tallet karakteriserte Hegels filosofi som et intellektuelt nullpunkt.⁴¹ Siden har omtrent ingen i norsk strafferettsmiljø turt å ta til orde for gjengjeldelse, av redsel for å bli stemplet som en hegeliansk metafysiker.⁴² Det er mulig at Gunnar Skirbekk har sine ord i behold når han karakteriserte Schweigaard som "tankeløysas apostel" i norsk åndsliv, og at vi fortsatt lider under konsekvensene av denne typen tenkning i norsk rettsvitenskap.⁴³

Det er for øvrig viktig å merke seg at også retribusjonsteoriene er formulert som et sivilisasjonsprosjekt. Man hevner ikke når man reparerer udåden; teorien om et øye for et øye, og en tann for en tann er nettopp konkret og uvilkårlig. Det er ett og for ett øye, ikke to; det er én tann for en tann, ikke hele tannrekken. Slik sett er det begrensningen av hevnen og ondskaper som er det direkte bakgrunnsteppet for retribusjonsteoriene.⁴⁴

Det er også viktig å merke seg at gjengjeldelsesteoriene ikke, i motsetning til hva man kan få inntrykk av hvis man leser norsk strafferett, kun er historiske begrunnelser. Som Leo Zaibert skriver i innledningen til sin bok *Punishment and retribution*, føler han et sterkt behov for å rettferdiggjøre enda en bok om retribusjon.⁴⁵ Internasjonalt er det en stor og levende debatt om straffens begrunnelse som har sitt utgangspunkt, og denne debatten har vært levende, omfattende og kompleks siden 1970-tallet. Men den har i forsvinnende grad funnet sin vei til norsk strafferett og strafferettvitenskap.

Mer konkret tar retribusjonen sitt utgangspunkt i hva gjerningsmannen *fortjener* og hvorfor han fortjener det han blir påført. Dette er kjernen i

⁴¹ Anton Martin Schweigaard, "Om den tyske filosofi", i *Ungdomsarbeider*, Oslo, 1904, 237flg (1835).

⁴² *Muligens med unntak* av Francis Hagerup, 1911.

⁴³ Gunnar Skirbekk, "Schweigaard og den norske tankeløysa : Kriminalhistoria om filosofiens påståtte død i Norge i 1830-åra" i *Jussens venner* (1984) s. 255-flg.

⁴⁴ Det kan for øvrig stilles store spørsmålsteget ved forholdet mellom retribusjonsteoriene og *jus taliones*, i hvert fall slik vi kjenner dem i moderne versjoner. Som Michael Moore fremhever (1997:88), *lex taliones* besvarer først og fremst spørsmålet om straffutmåling, ikke *hvorvidt* man skal straffe, hvilket er retribusjonsteoriens egentlige spørsmål. Retribusjonsteoriene inneholder ingen bestemt teori om straffutmålingen som sådan: "Separate argument is needed to answer these "how much" and "what type" questions after one has described why one is punishing at all".

⁴⁵ Leo Zaibert, *Punishment and retribution*, Aldershot, 2006.

retribusjonsteoriene, og uten denne forutsetningen kan man ikke se at en teori er retributivistisk. Som Moore uttrykker det: "Retributive justice demands that those who deserve punishment get it. To deserve punishment, two things are necessary: one must have done a wrongful action, and one must have done so culpably" (1997:33). Utover dette er det imidlertid mange varianter av retribusjonsteorier.⁴⁶

I henhold til en innflytelsesrik versjon av retribusjonsteoriene, er straffens formål å *uttrykke misbilligelse* i form av straff. Disse teoriene kalles derfor ekspressive straffeteorier. Straffen blir derfor en kanalisering av holdninger til de gjerningene som er belagt med straff. Som mottakere av moralsk kritikk gjennom straffen, forutsetter vi dermed at gjerningsmennene er ansvarlige for sine gjerninger, på linje med alle andre mottakere av kritikk. En forutsetning for kritikk og fordømmelse er nettopp at man er ansvarlig for sine gjerninger, og kunne og burde ha handlet annerledes. Disse straffeteorier forutsetter altså at gjerningsmannen er en moralsk og autonom aktør. Som Anthony Duff uttrykker det: "What matters to the educative [expressive] theorist, however, is that punishment should always address the criminal as a responsible agent, aiming to communicate and persuade, but not to manipulate. The end to be achieved is understanding, not merely (willing) obedience, and the means must accord the criminal the respect that is her due" (1993:xiii).⁴⁷

Felles for retribusjonsteoriene er imidlertid fremhevelsen av *ansvaret*, og forutsetningen om at straff bare er aktuelt når man har med handlende individer med bestemmende innflytelse over eget viljesapparat, eller hvor det foreligger andre grunner, som nødrett, samtykke etc. Straffrihetsgrunnene er derfor en funksjon av retribusjonsteoriene; vi kan ikke straffe individer uten egen vilje, siden dette vil være å forbryte seg mot culpabilitetskravet som vi så Moore inkluderte i definisjonen av retribusjon over. Også prevensjonsteoriene opererer med ansvarlighet som grunnlag for straffens anvendelse, men ansvarligheten er ikke et element i selve definisjonen av straff; det er en sidebegrensning for at straffen ikke skal få uheldige utslag. Selve ansvaret har ingen egentlig egenverdi i prevensjonsteoriene.

Hos retributivistene, derimot, begynner det hele med ansvaret og individets autonomi. Denne autonomien gir seg utslag i to retninger; først som en betingelse for klander og dernest som et hinder for å bruke gjerningsmannen som et middel for å oppnå samfunnsmessige mål.

Det er i realiteten *tre former for begrunnelse* som retribusjonsteoriene kan inndeles i. Det første er en *begrepslig begrunnelse*, ved at den, som delvis gjøres her, peker på at det vanskelig kan være tale om at noe kan gjelde som "straff" dersom det ikke inkluderer en begrunnelse om at lovovertredere skal få som fortjent. Dette er en definisjonsmessig begrunnelse som ofte vil inkludere en drøftelse av nødvendige og tilstrekkelige betingelser for at noe skal være "straff". For eksempel vil et begrep om straff som ikke inkluderer et element om at gjerningsmannen skal få som fortjent, ikke være et retributivistisk begrep om

⁴⁶ For en noe eldre oversikt, se John Cottingham, "Varieties of Retribution", i *Philosophical Quarterly*, 1979:238—246. Se også Zaibert 2004, "A Taxonomy of Retribution", i Zaibert, 2004:96—126.

⁴⁷ Anthony Duff, *Punishment*, (ed.) The international research library of philosophy 4, Aldershot, 1993. Se også Igor Primoratz, "Punishment as language" i *samme*, på ss 1187—205.

straff. Den andre formen for begrunnelse er en *rettslig begrunnelse* i form av å være en fortolkning av gjeldende strafferett ved at man spør om de grunnleggende prinsippene som strafferetten er organisert rundt. Her vil en retributiv fortolkning være at gjengjeldelsen passer bedre enn prevensjonstanken som forklarende prinsipp for strafferetten. Den tredje begrunnelsen er en *moralsk begrunnelse*, som hevder at vi ikke bare har en rett men også en plikt til å straffe lovovertredere hvis praksisen tilfredsstillende våre moralske oppfatninger av hva det vil si å gjøre noe galt, og å pådra seg skyld.⁴⁸ Man trenger ikke være en tilhenger av alle disse tre begrunnelsene for å være en retributivist, men det vil naturligvis ofte være et slags sammenfall.⁴⁹

Men felles, altså, er at retributivistene anser at det å straffe er et gode i seg selv, gjennom at straffen uttrykker misbilligelse overfor gjerningsmannens handlinger ved at han holdes ansvarlig for disse. Dette er rettferdigheten i straffen.

3.2.3 Kritikken mot retributivistene

Retributivistene har fått hard medfart i norsk strafferett; så hard at det knapt er mulig å peke på en eneste kriminolog, rettssosiolog eller rettsvitenskapsmann som har bevilget gjengjeldelsen den minste anerkjennelse.⁵⁰ Johs Andenæs, norsk strafferettsnestor *par excellence*, uttalte bombastisk: "I nordisk strafferettvitenskap spiller gjengjeldelsesteorier ingen praktisk rolle" (1974:80),⁵¹ og som den danske professor Hurwitz også uttaler: "I nyere nordisk doktrine er gjengjeldelseslæren så godt som fullstendig forlatt til fordel for preventive synspunkter" (1964:72).⁵² *Fullstendig forlatt, altså. Ingen praktisk rolle.*

Dette medfører fortsatt for alle praktiske formål riktighet, og denne holdningen til gjengjeldelse har også funnet sitt fulle gjennomslag i arbeidet med den nye straffeloven. Som det heter i ot.prp nr 90 (2003-2004) s 77 Om straffeloven – det politiske dokumentet som ligger til grunn for straffeloven av 2005: "Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål". Det kan være verdt å se nærmere på de etter departementets syn viktigste utgangspunktene for diskusjonen om gjengjeldelse, med det formål å nærlese noen av de få passasjene som finnes som eksplisitt tar sitt utgangspunkt i straffens begrunnelser. Det står å lese:

"[Gjengjeldelse som straffeformål] vil gi mening hvis en forutsetter at det finnes et naturrettslig forankret regelverk som avgjør hva som er rett og galt, og at den som forbryter seg mot naturlovene, bringer ubalanse i det naturrettslige system. Balanse og harmoni i systemet oppnås etter en slik tankegang ved at overtrederen tilføyes et tilsiktet onde. Dette er tanker som i tidligere tider har preget de såkalte absolutte straffeteorierne, men som *står oss mer fremmed i dag*" (min uth.).

⁴⁸ For mer om dette, se Michael Moore, "Justifying retributivism", i 1997:153—188, særlig ss 159—160.

⁴⁹ Det finnes også såkalte "mixed theories", dvs teorier som søker å være *både* retribusjonsbaserte og prevensjonsbaserte.

⁵⁰ Et hederlig unntak er Jørn RT Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlige strafferetten*, Bergen, 2009. Se også Aina Mee Ertzeid, *Hevn og straff. Studier av hevners strafferettslige legitimitet*. Oslo, 2004.

⁵¹ Johs. Andenæs, *Almindelig Strafferett*, Oslo, 1974.

⁵² Stephan Hurwitz, *Kriminalret. Almindelig del*, København, 1964.

Er det grunnlag for å si at tankene om retribusjon står oss fremmed i dag?⁵³ Eller er det tvert imot slik at disse tankene egentlig uttrykker straffens rettsstatlige essens? Vi skal diskutere det aspektet ved straffen, etter å ha sett nærmere på hvordan proposisjonen videre begrunner straffens formål. Den fortsetter:

"Enda mer fremmed er det at en helt rendyrket gjengjeldelsesbegrunnelse gjør det likegyldig hvor mange lovbrudd som finner sted, bare en sørger for at gjerningspersonen «betaler» for sin handling. Selv ikke i tider hvor gjengjeldelsen har vært dominerende, har det blitt anlagt et slikt rent tilbakeskuende «betalingsperspektiv».

Man har alltid også tatt i betraktning den virkning det har på menneskers atferd i fremtiden at lovbrudd som har skjedd, blir gjengjeldt. I dag lever arven fra gjengjeldelsesteorien videre i troen på den virkning det har for den sosiale ro i samfunnet at borgerne ser at det blir reagert overfor de som begår lovbrudd."

Det er altså kun det rent pragmatiske elementet i gjengjeldelsen som vi gjenfinner i dag. Det ville blitt sosial uro dersom folk opplevde at gjerningsmenn ikke ble straffet, hvilket i realiteten kun er prevensjonsbegrunnelsen i en negativ formulering. Tanker om "å gjøre opp for seg" har altså blitt forlatt.⁵⁴ Hvor realitetsorientert er denne utlegningen?

Mot slutten av passasjen treffer departementet spikeren på hodet:

"Et tredje perspektiv er at hensynet til rettferdighet og humanitet taler mot å påføre mennesker et onde uten at det har noen nytteverdi for samfunnet. Departementet legger til grunn at *straffens formål etter dette må være å styre atferd i fremtiden*, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig. Selve straffeinstitusjonen har således forebyggelse - prevensjon - som sitt formål. Prevensjonsformålet er dobbelt: å forebygge uønsket atferd og å forebygge sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd som likevel måtte skje" (pkt 6.2., min uth).

Her knyttes prevensjonstanken aktivt til nyttetanken. Men at noe er nyttig løser ikke alle moralske eller normative spørsmål i en begrunnelsekontekst. Det er en stor forskjell på å rettferdiggjøre noe ved å vise til dets nytte og det å vise til dets riktighet eller rettferdighet.

Utilitarismens grunnprinsipp om nyttemaksimering fått et sterkt uttrykk i norsk rett som humanismens og nestekjærlighetens teori.⁵⁵ Formålet med straffen er å

⁵³ For øvrig er det ikke riktig at gjengjeldelsesteoriene forutsetter et naturrettslig rammeverk, og at om man oppgir dette, så oppgir man gjengjeldelse som mulig begrunnelse. Det er vanskelig å vite hvor proposisjonsforfatterne har denne analytiske koblingen fra, rent utover at de historiske forfatterne som skrev om gjengjeldelse også ofte var naturrettstilhengere i en eller annen forstand. Men en sterk retributivist som Immanuel Kant var ingen sterk naturrettstilhenger. For øvrig er det også lite konkret å spore av Kants uttalte straffeteori av innflytelse på straffeteoriene, samtidig som ettertidig, og det er kanskje god grunn til å gjøre en større undersøkelse av gjengjeldelsesteoriene enn å parafasere noen kjente setninger fra Kant.

⁵⁴ Det er for øvrig heller ikke slik at gjengjeldelsesteoriene er utelukkende "betalingssteorier".

⁵⁵ Se særlig Nils Christie, *Pinens begrenning*, Oslo, 1982.

reduere pine og øke lykke.⁵⁶ Dette samsvarer langt på vei med Benthams utgangspunkt i at det er den totale smerte eller ulyst som skal være utgangspunktet for vurderingen, og da teller jo gjerningsmannens lidelse like mye som offerets. Få straffeteorier anser imidlertid gjerningsmannen som fritt vilt etter handlingen. Hensynet til en human straffepraksis eller straffeutmåling er ikke et hensyn som kun én teoretisk retning har monopol på.

Men er det nå slik at utilitaristiske prevensjonstanker er så humane, eller kan man tvert i snu problemstillingen på hodet og hevde at det prevensjonstankene som har et problematisk forhold til grunnleggende moralske rettferdighetstanker? Det ironiske er tvert imot at det er prevensjonsteorene som i prinsippet åpner for drakoniske straffer.

Når vi skal ta stilling til dette spørsmålet er Kants kritikk av utilitaristene særdeles aktuell. Kant kritiserte utilitarismen for helt å glemme de grunnleggende forestillingene om rettferdighet vi gjør oss når vi tenker over moralske spørsmål. Er det slik, spurte Kant, at vi utelukkende vurderer en persons handlinger på grunnlag av de konsekvensene disse handlingene har, helt uavhengig av vedkommendes motivasjon? Eller er det ikke tvert imot slik, at vi vil betakke oss for å tilskrive visse handlinger moralsk verdi selv om de skulle ha gode konsekvenser, dersom disse konsekvensene kun var et resultat av flaks? Det må i hvert fall være en nødvendig sammenheng mellom intensjonene bak handlingen og handlingens konsekvenser. Og da kommer man ikke utenom at man begynner med *viljen* og *intensjonen* som grunnlag for moralsk vurdering av en person og dennes handlinger. Det er med andre ord snakk om skyld og ansvar. Hvis man fjerner disse begrepene fra vårt utgangspunkt for vurderingen av personers handlinger, kaster man barnet ut med badevannet. Da er det ikke noe mer å si om den moralske gehalten, og det blir i en moralsk forstand et tilfeldig forhold mellom *personen* og *handlingen*, eller – om man vil – mellom personen, handlingen og straffen.

Vår (og mange andre lands) strafferett operer med en gradering av forbrytelser. Vi anser den relative graderingen av straffen for å ha sitt utgangspunkt i den moralske graderingen av gjerningene. Dette er et generelt utgangspunkt. Overlagt drap straffes hardere enn forsettlig, og forsettlig drap straffes hardere enn uaktsomt drap. Drap straffes også hardere enn tyveri, og tyveri straffes hardere enn traffikkforseelser. Om vi anlegger et prevensjonsperspektiv, skal denne forskjellen gjenspeile hvilke forbrytelser som kan motvirkes gjennom anvendelsen av straffen som instrument. Men det gjør den jo ikke. Grunnen til at uaktsomt drap straffes mildere er ikke fordi slike drap vanskeligere kan motvirkes gjennom straff, men fordi vi anser vedkommende for å være mindre skyldig, og dermed at det er mindre grunn til å gjengjelde og å holde ham ansvarlig for handlingen. I slike tilfeller ville det jo være meningsløst å straffe drap begått i affekt, siden slike gjerninger per definisjon verken kan forutses eller motvirkes gjennom straffen. Likevel straffer vi altså slike handlinger. Slik forholder det seg gjennom hele strafferetten. Det er ikke prevensjonsevnen som

⁵⁶ På dette området er det til og med en viktig forbindelse mellom Nils Christies arbeider, og det generelle juridiske establishment, selv om Christie ikke er noen tilhenger av allmennprevensjon, noe som er av sentral viktighet for utilitarismen. Men det er altså i den generelle innfallsvinkelen til straff som jeg mener å finne uttrykk for samme synspunkt hos Christie og utilitaristene. Som Christie sammenfatter sitt standpunkt: "Sosiale system bør bygges opp på måter som reduserer til et minimum den pine som det anses nødvendig å bruke for å opprettholde sosial kontroll" (1982:13). Straffen er altså i bunn og grunn et instrument for samfunnsmessig kontroll.

i realiteten bestemmer straffe- og skyldnivå; det er handlingens moralske karakter som gjennomgående er bestemmende for straffens anvendelse. Dette, og den skade som handlingen gjør, bestemmer langt på vei straffens alvorlighet. Skadens inntreffelse forklarer også hvorfor *forsøk* som regel straffes mildere enn fullbyrdete handlinger, siden rene forsøk ikke medfører noen skade, selv om skyldnivået er det samme.⁵⁷

For straffutmålingens del, spesielt for grove forbrytelser, er det sjelden en begrunnelse at straffens strenghet skal reflektere den allmenn- eller individualpreventive effekt som straffen har. Tvert imot, det er handlingens relative karakter og grovhet som i stor grad bestemmer straffutmålingen. Prop.97 L (2009-2010). Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd) viser dette med all tydelighet. For alle de tre nevnte kategoriene av lovbrudd foreslås det en – tidvis ganske sterk – heving av straffenivået. Ingen av disse straffeskjerpelsene begrunnes i preventive hensyn, eller av hensynet til samfunnet. Tvert imot; det er følgende type vurderinger som er utgangspunkt for at straffene generelt heves for denne type kriminalitet: "Straffenivået må reflektere at voldtekt er en av de mest alvorlige forbrytelsene mot en persons fysiske, psykiske og seksuelle integritet, og vil som oftest ha dyptgripende skadevirkninger og medføre reduksjon i livskvalitet for den som rammes" (Prop. 97 L s 17). For vold gjør lignende betraktninger seg gjeldende: "Straffastsettelsen skal gjenspeile den til enhver tid rådende oppfatning om hva som er riktig straff" (op.cit. s 29). En oppfatning av straffens riktighet er noe helt annen enn straffens virkning i et samfunnsstyringsperspektiv. Det er med andre ord først og fremst snakk om *rettferdighet* og ikke samfunnsstyring.

Begge teoriene – som allment anerkjente teorier generelt – representerer noe vi alle kan kjenne oss igjen i. Men hvor den ene har sitt utgangspunkt i forholdet mellom krenkelsene og gjerningsmannens handling, hans ansvar og hans plikt til å gjøre opp for seg, velger den andre seg avskrekkingen, samfunnsstyringen og opplæringseffekten som straffens omdreiningspunkt. Sondringen har også vært formulert som en sontring mellom straff fordi det er syndet og straff for å hindre synd (Hurwitz 1964:63). Gjengjeldelsen oppfattes som å være bakoverskuende, mens prevensjonen har vært sett på som framtid, optimisme og humanitet gjennom vitenskapelig dokumenterbare sammenhenger mellom straff og samfunnsmessig atferd.

Bare i dette gjenkjenner vi den vitenskapelige styringsoptimismen som bekledd 1900-tallets positivisme og troen på den sosiale ingeniørkunsten. Det var på mange måter naturlig at man valgte seg prevensjonen som begrunnelse for straffen i en tid der de empiriske vitenskapene skulle ligge til grunn for tanker om hva som var riktig samfunnsstyring. Dette vitenskapsidealet hadde også stor innvirkning på rettsvitenskapen, hvor det først og fremst var de målbare konsekvensene som dannet utgangspunkt for rettens begrunnelser.

Men det er også en annen viktig forskjell mellom disse teorigruppene, nemlig hvem begrunnelsen og rettferdiggjøringen av straffen retter seg mot. Prevensjonsteoriene er begrunnelser som systemet serverer *samfunnet* for at de tar et medlem av dette samfunnet og påfører det straffens onde.

⁵⁷ Se, HLA Hart, *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford, 1968:234.

Gjengjeldelsesteoriene, derimot, retter sin begrunnelsestrang direkte overfor det *individet* som straffen går utover.

Hvis vi tar den rettsstatlige tanken seriøst, som Murphy og Coleman uttrykker det, om at ethvert individ (også de straffedømte) har krav på en grunnleggende respektfull behandling av staten, skylder vi dem også en ordentlig begrunnelse for hvorfor vi påfører dem en pine, begrunnelser som de som rasjonelle vesener kan forstå og akseptere (Murphy og Coleman, 1999:121). Da holder det ikke å fortelle gjerningsmennene at de brukes som midler for å styre *andres* atferd.

På den annen side, hvis vi skulle forestille oss et ideelt straffesystem, så vil jo det være et system som motarbeidet og faktisk reduserte kriminalitet som sådan og ikke bare gjengjeldte den.

4. Kan prevensjonstanken redegjøre for straff i det hele tatt?

Det er tre hensyn som er anerkjente av omtrent alle norske strafferettsfolk i dag: Vi straffer ut fra individualprevensjon, allmennprevensjon og for å forebygge sosial uro. Folk vil reagere dersom forbrytere går fri, hevdes det i departementets fremstilling. Det er jo riktig, men dette er ingen henvisning til rettferdighetsfølelsen. Det er en variant av allmennprevensjonen, straffens negative virkning ved at den ikke brukes. Det er derfor andre hensyn enn prevensjon som ligger til grunn for straffen, men ingen vil altså snakke om dem. La oss prøve.

Prevensjonstankens største problem er at den ikke makter å redegjøre på en grunnleggende måte for "hvorfor"-spørsmålene i strafferetten hva gjelder de grunnleggende strafferettslige *begrepene*: hvorfor vi krever lovhjemmel, hvorfor vi har uskyldspresumsjon, hvorfor vi mener det skal være en forholdsmessighet mellom straffen og gjerningen, og hvorfor vi omtaler straffen som en mulighet for gjerningsmannen til "gjøre opp for seg". Alt dette er tanker som tilhører gjengjeldelsesteoriene, men som visstnok står oss i dag så fremmed. Stikkordet for gjengjeldelsesteoriene, for eksempel slik den er formulert hos Immanuel Kant, er *rettferdighet*. Straffens rettferdighetsaspekt kommer til uttrykk i at straffen er et forhold mellom gjerningsmannen og den krenkelsen han har begått. Det er dette, og ikke samfunnsnyttens, som er straffens omdreiningspunkt. Prevensjonsteoriene bruker gjerningsmannen som et middel for å styre (stort sett) andres atferd.

Når samfunnsnyttens er den største begrunnelsen for å straffe, er det i teorien helt vilkårlig hvorvidt en påstått gjerningsmann er bevist uskyldig og om det finnes et klart lovgrunnlag. Og slik dømmer Høyesterett også, når de idømmer ubetinget fengsel for forhold som tidligere kun har gitt samfunnstjeneste "for å sette et eksempel", som det heter i avgjørelsen inntatt i Rt. 2000.1852. Den som husker Kants utlegning av det kategoriske imperativet, vil vite hva det handler om når man bruker allmennprevensjon som begrunnelse for å straffe. Det handler om rettsstatens og menneskerettighetenes begrunnelse. Som det heter i den tyske grunnloven av 1949 art 1: "Den menneskelige verdighet er uantastbar". Og det er nettopp dette prinsippet som prevensjonstanken så eklatant setter til side når den hevder at lovbryteren kan brukes som et middel for å styre samfunnet. Ved forbrytelsen gir han opp sitt vern mot flertallet, synes

tanken å være. At det skulle være mer humant enn gjengjeldelsestanken, fremstår som vanskelig å forstå.

Det er to måter å se på de grunnleggende rettsstatlige begrepene i strafferetten på, som legalitetsprinsipp, uskyldspresumsjon, forholdsmessighet: Man kan enten se på dem som *begrensninger* på straffens prevensjonshensikter eller man kan se på dem som *utgangspunkter* eller nødvendige *betingelser* for straff. Det er imidlertid verdt å merke seg at for prevensjonsteoriene vil ikke de rettsstatlige begrepene nødvendige elementer i selve begrepet om straff; som begrensninger er de sideordnet et autonomt begrep om straff, og etter disse går det fint an å forestille seg straff som definert i punkt 2 uten å trekke inn rettsstatlige elementer i det hele tatt. De rettsstatlige begrepene er så å si *eksterne* i relasjon til straffens begrep. Omkostningen ved å anse de rettsstatlige begrepene på denne måten, er selvfølgelig at man ikke makter å gjøre rede for mye av det som tradisjonelt hører hjemme i strafferetten, både innenfor rettsvitenskapen, rettspraksis og lovgivning. Kartet stemmer rett og slett ikke med terrenget hvis vi, som de aller fleste som arbeider innenfor strafferettsfeltet gjør, legger prevensjonstankene til grunn i den grad som det åpenbart gjøres innenfor strafferetten.

Når forbrytelsen og straffen derimot ses på som et forhold mellom gjerningsmann og krenkelse, vil oppgjøret nettopp følge de prosedyrene som begrunner vår rettsstat; ansvarlighet, lovhjemmel og etterrettelige bevis. Det er umulig innenfor en rettsstatlig konsepsjon av straffen å forestille seg begrepet om straff uten en skyld- og ansvarlighetsvurdering. For prevensjonsteoretikerne – i hvert fall de som kommer i utilitaristisk tapning – er dette i prinsippet uproblematisk, og det er nettopp for å forhindre at prevensjonstanken går for langt at man har behov for begrensninger. Denne logikken gjelder ikke på samme måte for gjengjeldelsesteoretikerne; de rettsstatlige begrepene er ikke begrensninger, de sentrale elementer i begrepet. Det er for eksempel umulig å tenke straff uten å tenke ansvar. Da er man tilbake i hevnen, og det er nettopp hevnen gjengjeldelsesteoriene avgrenser mot og utvikler sin teori som et motsvar til.

5. Avslutning: straffens virkninger kan ikke være straffens begrunnelse

Straff har mange virkninger. Trafikk og skatt er de beste eksemplene på at straffen har store allmennpreventive virkninger. Men det eneste trafikkforbrytelser og drap har til felles, er at de begge representerer et brudd med en regel som finnes i straffeloven. Handlingenes respektive karakterer er ikke ellers å sammenligne. Det vi kan kalle "de egentlige forbrytelsene" – *mala in se* – har stort sett det til felles at de også er moralske forbrytelser, og at straffen har liten preventiv betydning. De fleste av oss lar ikke være å drepe fordi det er høy straff, men fordi tanken på å våkne opp som drapsmann skremmer de fleste. Og omvendt, grunnen til at drap straffes relativt hardt, er jo at drapet representerer den verste krenkelsen av alle. Sagt på en annen måte, *de egentlige forbrytelsene utgjør et moralsk spørsmål, ikke en styringsutfordring*. Skal vi følge departementets og omtrent hele strafferettsmiljøets syn på straff,

bør de aller fleste drapsmenn gå fri.⁵⁸ Det gjør de selvfølgelig ikke, og det norske rettssystemet setter i praksis legalitetsprinsippet og uskyldspresumsjonen høyt, og det er selvfølgelig det viktigste. Men det betyr også at vi har en strafferettsteori i Norge som ikke vet helt hvorfor vi straffer eller som kan sies å begrunne og å gjøre rede for straffen. Det er muligens grunn til å stille spørsmålet om den rettsdogmatiske strafferetten er i en alvorlig krise. Straff er det mest alvorlige offentlige inngrepet som finnes, og berører det dypeste i oss som individer og som samfunn. Likevel har omtrent hele strafferettsmiljøet latt dens begrunnelse forfalle til et teoretisk lavt nivå, hvor selv de mest sentrale begrepene ikke redegjøres grundig for.

I den internasjonale debatten om straffens begrunnelse har retribusjonsteoriene fått en vesentlig fornyet interesse. Særlig innen de mer teoretiske studiene synes nesten varianter av retribusjon å være klart overrepresentert i forhold til prevensjonsteorier. Som Duff skriver: "Retributivism ... famously (or notoriously) underwent a revival in the 1970s – a revival whose influence is still evident both in penal philosophy and in penal policy".⁵⁹ Denne uttalelsen, som gjelder internasjonal debatt om straff, kan ikke sies å dekke Norge, hvis strafferett i forholdsvis liten grad har vært engasjert i internasjonale teoretiske debatter. Det viser etter min mening forarbeidsuttalelsene om disse temaene.

Vi har i denne artikkelen sett hva den gjeldende strafferettsdoktrinen består av med hensyn til hvordan den begrunner straff. Kort fortalt er dette begrunnelser som bruker straffens virkninger som straffens begrunnelse. Men selv en så sterk tilhenger av allmennprevensjon som Andenæs innrømmer at det er vanskelig å empirisk bevise straffens virkning i et prevensjonsperspektiv. Når store deler av eksistensberettigelsen til prevensjonstanken er empirisk påvisbarhet, er dette et problematisk fundament for en strafferettsvitenskap. Heller ikke ser det ut til at de etisk problematiske sidene ved prevensjonstanken har slått inn hos sentrale aktører i strafferetten.

Som vi har vært inne på i artikkelen, er de sentrale begrepene i strafferetten ikke særlig fremtredende i utlegninger av straffens begrunnelse. Ansvar, legalitet og skyld figurerer ikke i begrunnelsesteorien slik vi kjenner den. Men når samfunnsnytte er det overordnede formålet og den grunnleggende begrunnelsen, er det naturlig at begreper som *ansvar og skyld, forholdsmessighet og formildende omstendigheter* er sideordnede eller nær sagt underordnede begreper. Fjerner man disse begrepene, står man ikke tilbake med et tynt begrep om straff: man står tilbake uten en *strafferett*. Dette er ikke eksterne begreper for å hindre at prevensjonsiveren løper av sted, men nødvendige betingelser for at vi skal kunne forstå *hva straff er*. Like viktig som tid og rom var for Kant som betingelser for erkjennelse, er disse begrepene nødvendige for å forstå straffens grunnleggende karakter.

Straffen er det største inngrepet som staten foretar overfor individet, og styrkeforholdet er massivt overlegent. Dette betyr at selve grunntanken i en *strafferett* er i sin natur liberal. Den skal sikre individets autonomi og dets

⁵⁸ Michael Moore formulerer dette treffende: "On crime-prevention grounds of deterrence or incapacitation, these distinctions between [first degree premeditated and second degree impulsive] manslaughter are hard to justify. The more impulsive the killing, the more punishment there should be on deterrence grounds, for such draconian measures may be the only way to get the impulsive killer to stop and think" (1997:29).

⁵⁹ I Michael Tonry, *Retributivism: It has a past. Does it have a future?*, Oxford, 2011:63—85, på s 63.

verdighet i kampen mot staten og fellesskapet. Det er bare gjengjeldelsesteorien som tar individets autonomi på alvor. Det er feil å tro at prevensjonstanken er mer sivilisert enn gjengjeldelsen. Det er omvendt.

Denne artikkelen har hatt som formål å drøfte straffens begrep og begrunnelse i et overordnet perspektiv, og det er mange spørsmål som fortsatt krever nærmere drøftelse. Vi har for eksempel ikke her sett på sammenhengen mellom de forskjellige straffteoriene og straffens utmåling, utover å poengtere at forholdsmessighetsprinsippet er en integrert del av straffens begrep for gjengjeldelsesteoriene. Slik sett er dette en diskusjon først og fremst av hvordan vi skal forstå straffen som sådan mer enn hvordan vi skal anvende den. Men det vil kunne ha praktiske konsekvenser også, i den forstand at en manglende holdbar begrunnelse – som for eksempel manglende faktisk effekt – vil føre over i et krav om avkriminalisering dersom det ikke foreligger andre grunner som taler for straff etter gjengjeldelsesprinsipper. Og omvendt. Slik sett er det en forbindelseslinje mellom begreps- og begrunnelsesdiskusjonen. Men det er temaer for en annen artikkel.