

NYKLASSISISME, PROPORSJONALITET OG PREVENSJON

AV JOHS. ANDENÆS

Andrew von Hirsch og Nils Jareborg (nedenfor omtalt som H/J) skriver i NTfK 1987 s. 300-324 om »Straff och proportionalitet«. Artikkelen er formet som en imøtegåelse av en tidligere artikkel i tidsskriftet av Madeleine Löfmarck. Denne diskusjon skal jeg ikke gå inn på. Men noen av synspunktene i H/J's artikkel kan trenge visse kommentarer. Det gjelder oppfatninger som til dels er utviklet mer utførlig i tidligere arbeider av forfatterne, og som også har fått gjennomslag i Fængelsestraffkommitténs innstilling (SOU 1986: 13-15). Jeg skal begrense meg til artikkelen.

1. Først et spørsmål om terminologi. Det standpunkt som H/J inntar, er at strafferettslige reaksjoner bør gjenspeile graden av grovhet i gjerningsmannens kriminalitet, eller som det også sies, av hvor klanderverdig gjerningsmannen har oppført seg. Denne oppfatning, som har front mot reaksjonsfastsetting ut fra behandlingssynspunkter eller prognoser om tilbakefallsrisiko, er i de senere års diskusjon gjerne betegnet som nyklassisk. H/J mener denne terminologi er uheldig, selv om de ikke helt kan unngå den: »Den antyder dels at det en gång i tiden fanns en sammanhängande straffrättslig sanktionslära, som kan betecknas som »klassisk«, och dels at de nya tankegångarna i nordisk kriminalpolitik i huvudsak innebär en återgång härtill. Ingetdera är fallet.«

Her kan jeg ikke være enig. De to forfattere har bakgrunn i to helt forskjellige strafferettslige tradisjoner, og forsøket på å dekke utviklingen i begge i noen korte og generelle avsnitt, faller ikke heldig ut.

For amerikansk rett vil det ikke ha noen rimelig mening å tale om nyklassisisme, og det blir som regel heller ikke gjort. I stedet taler man om teorier om »desert« eller »just desert«. (»Rettferdig gjengjeldelse« ville vel være den mest adekvate oversettelse). De nye strømninger betegner også et langt mer dramatisk brudd med fortiden i USA enn i de nordiske land.¹⁾

Nordisk strafferettstenkning og praksis er imidlertid en del av den kontinentaleuropeiske tradisjon, især den tyske. H/J nevner i første rekke Bentham, Kant og Beccaria som strafferettens klassisister. Når man sammenstiller så forskjellige størrelser og tar et så langt sprang i historien, blir en sammenheng med dagens diskusjon om nyklassisisme ikke lett å få øye på. Annerledes hvis man tar utgangspunkt i en noe nærere fortid, som starter med striden mellom forskjellige strafferettsskoler fra siste del av forrige århundre. Det som i de siste 100 år i vår del av verden er blitt betegnet som det klassiske syn, bygget på prinsippet om forholdsmessighet mellom forbrytelse og straff. »Klassisk« ble systemet kalt som motsetning til de reformtanker med hovedvekt på individualprevensjon som ble fremført med stor kraft av von Liszt, Aschaffenburg, Ferri og andre. Disse reformtanker, som ofte tok utgangspunkt i et deterministisk menneskesyn, påvirket i høy grad også den kriminalpolitiskediskusjon og lovgivning i de nordiske land frem til 1950- og 1960-tallet, kanskje mest i Sverige med ledende navn som Olof Kinberg og Karl Schlyter. Ut fra denne historiske bakgrunn finner jeg at nyklassisisme er en treffende

1) Jfr. *Nils Jareborg* og *Andrew von Hirsch*, Påføljdsbestämning i USA. BRÅ-forskning 1984:4.

betegnelse for den tilbakevenden til et tidligere grunnsyn som vi har sett i Norden i de siste årtier.

Med en annen historisk bakgrunn har uttrykket for øvrig vært brukt om en annen tidsperiode. I Frankrike er betegnelsen den nyklassiske skole («l'école néo-classique») blitt brukt om den retning som etter Napoleonstiden og restaurasjonen forsøkte å kombinere kravene om nytte og rettferdighet under slagordet: »ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile.«²⁾ Ikke strengere enn rettferdig, og ikke strengere enn nyttig.

2. Jescheck sier i sitt standardverk om strafferettens alminnelige del at den ledende tanke omkring tilblivelsen av den tyske straffelov av 1871 var »Generalprävention durch gerechte Vergeltung«.³⁾ Den senere tyske diskusjon har ført til at også andre momenter har fått sin plass i bestemmelsene om straffutmåling. H/J nevner den någjeldende § 46 i straffeloven som sier at gjerningsmannens skyld er grunnlaget for straffutmålingen, men som tilføyer at virkningen av straffen for gjerningsmannens fremtidige liv i samfunnet skal tas i betraktning. H/J tar avstand fra tillegget, og mener at dette kompromiss mellom proporsjonalitetstenkning og behandlingssideologi vil lede til en vilkårlighet som hos almenheten svekker tiltroen til strafferettssystemet. At systemet er blitt inkonsistent har også ført til at man ved universitetene ikke lenger ser denne del av strafferetten som verd å bearbeide. Straffutmåling er noe som sosiologer kan sysle med, men ikke rettsvitenskapsmenn.

Jeg vet ikke hvor H/J har dette fra. Det ville i og for seg være oppsiktsvekkende om en avveining av motstridende mål skulle falle utenfor juristens interesseområde. Det stemmer heller ikke med det jeg leser meg til fra tyske kilder. Jeg nøyer meg med å sitere et par setninger fra Jescheck.⁴⁾ De lyder i oversettelse: »Den nyeste utvikling er kjennetegnet av det oppsving som straffutmålingslæren har tatt, især med Bruns' verk⁵⁾ og de arbeider som det har gitt støtet til. Som følge av den bedre vitenskapelige gjennomarbeiding av straffutmålingen er også rettspraksis på grunnlag av § 46 i straffeloven og § 276.III i straffeprosessloven blitt vesentlig utdypet og forfinet.«

3. For en som tilhører den eldre garde og har opplevd både behandlingssideologiens fremmarsj og dens sammenbrudd, er det også for vår egen tid vanskelig å akseptere historikken hos H/J. Det heter (s. 305) at det ikke er mer enn 20 år siden de første ensomme røster hørtes til kritikk av behandlingssideologien og andre individualpreventive idéer. Disse ensomme røster konkretiseres til artikkelsamlingen »Varning för vård«, som kom ut i Finland i 1967 med Lars D. Eriksson som utgiver.

Denne samlingen handler vesentlig om institusjonsbehandling i sosialvården, bare i liten utstrekning om strafferettslige reaksjoner. Det fremgår også av de reformforslag som avslutter boken. Men bortsett fra dette: Skal man først peke på et bestemt navn som får æren for stormen mot behandlingssideologien, er det mer naturlig å nevne Nils Christies to prøveforelesninger for doktorgraden i 1960.⁶⁾ I den første konstaterte han at vi nesten intet vet om virkningen på lovovertrederne av forskjellige reaksjoner, og der vi har best grunnlag for sammenlikning,

2) Se H. *Donnedieu de Vabres*, *Droit criminel* s. 39-43.

3) *Hans-Heinrich Jescheck*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage 1978, s. 61.

4) *Jescheck* (se note 3), s. 699.

5) *Hans Jürgen Bruns*, *Strafzumessungsrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1974.

6) *Christie*, *Reaksjonenes virkninger*, NTfK 1961 s. 129-144; Noen kriminalpolitiske særforholdsreglers sosiologi, *Tidsskrift for samfunnsforskning* 1962 s. 28-48.

finner vi stort sett ingen forskjeller. Den kriminalpolitiske konsekvens måtte være at vi samlet oss om et reaksjonssystem som vi liker fordi det tilfredsstillende idealer vi måtte ha om rettferdighet, humanitet eller kanskje medynk. I den annen forelesning tok han kritisk for seg særforanstaltningene for visse grupper av lovbrøttere: De psykisk avvikende, vaneforbryterne, alkoholmisbrukerne, de unge. Hans alternativ var å gjøre alle reaksjoner fullstendig tidsbestemte, fastsatt av domstolen.

Også før den tid var det blitt pekt på betenkeligheter mot å bestemme varigheten av reaksjonen ut fra en behandlingsprognose. Ved det nordiske kriminalismøte i København i 1952, hvor et av behandlingselementene var tidsbestemte frihetsberøvelser, fremholdt flere av diskusjonsdeltakerne nødvendigheten av å opprettholde en viss forholdsmessighet mellom lovovertrædelsen og reaksjonen, selv om denne ikke var betegnet som straff.⁷⁾ Men dette var på et tidspunkt da individualprevensjonen fremdeles var på fremmarsj, og kritikken hadde derfor et defensivt preg. Den kunne betraktes som konservative juristers forsvar av den tradisjonelle strafferett overfor de moderne behandlingsvitenskaper. I 1960 kunne sosiologen Christie bygge på den forskning om reaksjonenes virkninger som var foretatt i 1950-årene,⁸⁾ og som hadde vist at behandlingssideologien bygget på ønsketenkning. Det var faktisk for å få en oversikt over den forskningsmessige situasjon at han fikk som oppgitt emne for en prøveforelesning »Problemer og resultater ved kriminologisk forskning om virkninger av forskjellige reaksjoner overfor lovovertredere«. Det vet jeg fordi det var jeg som utformet emnet.

Det heter hos N/J (s. 301) at den amerikanske diskusjon har påvirket den nordiske og vice versa. Dette kan gi et noe overdrevet inntrykk av innbyrdes avhengighet. Påvirkningene fra USA har stort sett begrenset seg til at vi i Norden har gjort bruk av amerikansk forskning om virkningen av forskjellige reaksjoner. Når det gjelder straffutmåling, har de nordiske land hatt lite å lære av USA. Behandlingsideologien var i nordiske fagkretser på avskrivning allerede i løpet av 1960-tallet, selv om offisielle utredninger og lovgivningstiltak kom noe senere, med Finland i lederrollen. Den amerikanske diskusjon om å legge rettferdig gjengjeldelse (just desert) til grunnlag for straffutmåling, begynte først på 1970-tallet. Jeg har for øvrig heller ikke inntrykk av at den amerikanske diskusjon i vesentlig grad har hentet impulser fra Norden og Europa for øvrig. Utgangspunktet har vært den spesielle amerikanske tradisjon og hva man kunne gjøre for å redusere de åpenbare misforhold der.

4. H/J diskuterer *hvorfor* straffen bør graderes etter lovovertrædelsens grovhet (s. 305-309). Grovheten avhenger dels av den skade eller fare som gjerningen har medført, dels av gjerningsmannens skyld.

Ett mulig svar er at forholdsmessige straffer ved sin appell til den alminnelige rettsbevisshet har den beste almenpreventive virkning. Tanken er ikke ny. Den var fremme allerede hos *Beccaria* i en passus som ofte blir oversatt. Ville man straffe den som har drept en fasan på samme måte som den som har drept et menneske eller forfalsket et viktig dokument, sier han, ville man undergrave de moralske forestillinger som er et verk av mange århundrer og har kostet meget

7) Se f. eks. NKÅ 1951/52, s. 243-246 (*Andenæs*), s. 267-268 (*Honkasalo*), s. 274-281 (*Aulie*). Se også *Fr. Grippe*, Rettssikkerhetsproblemer ved den individuelle behandling av lovbrøttere, NKÅ 1962 s. 62.

8) Den mest kjente, og metodisk grunnleggende, var *Herman Mannheim* og *Leslie Wilkins*, Prediction methods in relation to Borstal training, 1955.

blod, forestillinger som uendelig langsomt og møysommelig er bygget opp i menneskesinnet.⁹⁾ I tysk og svensk teori er temaet utviklet mer utførlig, således av Hellmuth Mayer og Per Olof Ekelöf.¹⁰⁾ I Finland stod Salmiala på dette standpunkt på 1940-tallet, i opposisjon mot behandlingsforkjempernes krav om en omforming av straffesystemet i individualpreventiv retning.¹¹⁾ H/J stiller seg noe skeptisk til holdbarheten av resonnementet, bl.a. fordi så lite er kjent om hva som påvirker og ikke påvirker folks moralske hemninger.

H/J har en annen begrunnelse. Straff innebærer nødvendigvis klander. Tildelingen av straff bør derfor være et tydelig uttrykk for den grad av klander som lovovertrедeren fortjener, og dette beror først og fremst på forbrytelsens forkastelighet. Uforholdsmessige straffer er urettferdige fordi de gir uttrykk for en grad av klander som avviker fra det som gjerningsmannen har gjort seg fortjent til. Strafferettssystemet blir sammenliknet med et karaktersystem. Det er dypt urettferdig å gi ulike karakterer for likeverdige prestasjoner, eller samme karakter for prestasjoner av klart ulik kvalitet.

Såvidt jeg forstår hviler denne begrunnelse i noen grad på et sirkelresonnement. Hvis man har et system som bygger på at straffen skal stå i forhold til lovovertrедelsens forkastelighet, vil avgjørelser som ikke følger dette mønster, rammes av H/J's innvending. Man kan si dommen gir et falsk budskap til almenheten. Hvis man derimot har et system hvor det er akseptert at fastsettelsen av reaksjonen ikke er knyttet til den moralske dom over handlingen, men til hva domstolen anser som den hensiktsmessige reaksjon for denne lovbrøyer, faller innvendingen bort. Selve bedømmelsesnormen er blitt en annen. Man kan til sammenlikning tenke seg et karaktersystem i skolen hvor læreren ikke skal bedømme den objektive kvalitet av prestasjonen, men sette karakter i forhold til elevens evnemessige forutsetninger. Her ville det ikke være urettferdig å gi ulike karakterer for prestasjoner av objektivt likeverdig kvalitet, eller samme karakter for prestasjoner av klart ulik kvalitet.

Hva står man så igjen med som begrunnelse for kravet om proporsjonalitet? Ut fra en demokratisk ideologi kunne man tenke seg å legge avgjørende vekt på om reaksjonen stemmer med det som med et løst uttrykk betegnes som den alminnelige rettsoppfatning. Men dette tar H/J uttrykkelig avstand fra. Like lite som sannheten kan fastlegges gjennom sosiologiske undersøkelser av hva folk synes og tror, kan det som er moralsk motivert fastlegges gjennom slike undersøkelser (s. 309). Det avgjørende blir beslutningsfatterens egen bedømmelse av hva rettferdigheten tilsier. På lovgivningsplanet altså nasjonalforsamlingens, på domstolsplanet dommerens vurderinger. Det erkjennes at bedømmelsen blir temmelig omtrentlig, og at det er tale om en konvensjonell proporsjonalitet. Men H/J er ikke tilfreds med å gi proporsjonalitetsprinsippet (rettferdigheten) rang som et begrensende prinsipp. Det er etter deres mening et *bestemende* prinsipp (s. 317).

Rettferdighet er et krevende ord med metafysiske overtoner. Ut fra deterministisk tankegang er våre tradisjonelle skyldforestillinger blitt betegnet som illusjoner. Som von Liszt i sin tid uttrykte det: Det er ikke vår »fortjeneste« at vi ikke for lengst er kommet for straffedommen, det er ikke forbryterens »skyld« at forholdene har drevet ham på forbryterbanen. Denne moralfilosofiske diskusjon skal jeg la ligge. Uansett filosofiske teorier ser det ut til å være en grunnlov for menneskelig samliv at det voksne og normale individ blir holdt både moralsk og

9) *Cesare Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, publisert med svensk oversettelse Sthlm. 1977, s. 159.

10) Litteraturhenvisninger og sitater i min bok *Straff og lovlidighet*, 2. utg. 1975, s. 118-120.

11) *Salmiala*, *Straffets ändamål*, NKÅ 1947-48 s. 136-147.

rettslig ansvarlig for sine handlinger. Men når man diskuterer forbrytelse og straff, synes jeg det er vanskelig å se bort fra at de som rammes tyngst av straffesystemet, stort sett er mennesker som livet også ellers har fart ille med. Kanskje er det grunnen til at jeg selv liker bedre å bruke mindre sterke formuleringer, f. eks. at det bør være et rimelig forhold mellom forbrytelse og straff, eller at straffen ikke bør være i strid med våre forestillinger om rettferdighet og humanitet.

5. H/J går imidlertid ikke så langt som å hevde at gjerningens grovhet og gjerningsmannens skyld er det *eneste* som bør påvirke sanksjonsvalget. Av billighetshensyn kan man ta i betraktning også andre faktorer enn straffverdigheten (s. 315). »Av humanitetshänsyn finns skäl för att i viss utsträckning avstå från att ådöma påföljder och att ådöma orättvisa påföljder.« (s. 318). Det er vanskelig å få dette til å henge sammen med de kategoriske uttalelser på andre steder om rettferdighetens primat. Men på ett punkt er standpunktet ubetinget: Straffutmåling bør ikke bero på almenpreventive eller individualpreventive overveielser. Det gjelder både på lovgiverplanet og på domstolsplanet. Slike synspunkter har nemlig ikke noe å gjøre med hvor forkastelig en lovovertrødelse er (s. 307).

Først noe om almenprevensjonen. H/J tar det som selvsagt at formålet med kriminalisering er almenpreventivt: Gjennom trussel om straff vil man få mennesker til å avstå fra visse handlinger eller til utføre visse andre handlinger. De erkjenner også at behovet for almenprevensjon kan påvirke det generelle represjonsnivå (s. 318). Men når det gjelder fastsettelse av rammer for forskjellige typer av lovovertrødelse eller utmåling av straff i det enkelte tilfelle, er almenprevensjon irrelevant. At almenprevensjon er grunnlaget for kriminalisering »är givetvis något helt annat än att allmänprevention skulle vara nyklassicismens grundläggande princip: att fråga vore om att maximera avskräckning från önskat beteende.« (s. 306). Språkbruken er eien-dommelig. Å omtale maksimal avskrekking som det grunnleggende prinsipp for almenprevensjonen, har lite med nåtidens virkelighet i Norden å gjøre.

Holder vi oss til lovgivningsplanet, har jeg vanskelig for å forstå det skarpe skille som H/J (og Fängelsestraffkommitténs betänkande) stiller opp mellom selve kriminaliseringen og fastsettelsen av straffen. De to ting hører sammen. Det er vel slik at lovens strafferammer oftest er resultat av en mer eller mindre gjennomtenkt følelse av hva som kan være passende for denne type forgåelser. Man kan gjerne med H/J tale om »någon typ av rättviseresonemang« (s. 311), men jeg tror det er ugjørlig å holde ute fra vurderingen en tanke på hvor viktig det er å motvirke denne gjerningstype, altså en almenpreventiv tankegang. I mange tilfelle, særlig når det er tale om fastsettelse av minimumsstraffer eller forhøyelse av maksimumsstraffen, kommer dette klart frem i begrunnelsen. Særlig tydelig kommer det almenpreventive formål frem i de høye straffesatser som loven setter for militært personell under krig. Dramatiske straffetrusler brukes også overfor atferd som skyldes personlig svakhet og frykt (se. f. eks. BrB 22 kap. 9 og 10 §§). Jeg kan ikke se noen grunn til at en slik bruk av lovgivningsmakten ikke skulle være legitim, så lenge den holder seg innen rimelighetens grenser.

Kan hende er diskusjonen om almenprevensjon eller straffverdighet ofte mer et spørsmål om terminologi enn om realiteter? Om lovgivningen f. eks. oppjusterer straffesatsene for narkotikaomsetning eller moderne økonomisk kriminalitet, kan det begrunnes almenpreventivt med at man anser det viktigere enn tidligere å bekjempe slike former for kriminalitet. Men det kan også begrunnes med at disse kriminalitetsformer på grunn av sin store betydning er mer forkastelige enn den tidligere lovgivning gir uttrykk for. Kanskje er det ofte et spørsmål om tankevaner og språkbruk om man vil tale om almenprevensjon eller om grad av forkastelighet.

Mer komplisert er forholdet til almenprevensjonen ved domstolenes straffutmåling. Jeg har behandlet dette utførlig annetsteds¹²⁾, og skal her nøye meg med noen få bemerkninger. Man må sondre mellom den almenpreventive betydning av den *enkelt dom* og betydningen av *det generelle straffenivå* som blir fastsatt i rettspraksis. I engelsk og amerikansk rett ser man undertiden at dommeren i saker som har fått stor publisitet fastsetter en uvanlig streng dom til skrekk og advarsel (exemplary sentences). Dette er etisk angripelig allerede fordi det strider mot prinsippet om likhet for loven. Annerledes når almenpreventive hensyn blir trukket inn ved fastleggelsen av det alminnelige straffenivå for forskjellige typer av overtredelser. Dette er en slags fortsettelse av lovgiverens vurderinger, og står for meg som både legitimt og nødvendig.

Domstolenes utfylling av lovgivningens strafferammer blir særlig synlig når det dukker opp nye forbrytelseskategorier, hvor de ikke har noen tidligere straffutmålingstradisjon å støtte seg til. Det var f. eks. tilfellet med narkotikaforbrytelser på 1960-tallet. I land med en effektiv overprøvelse av domstolenes straffutmåling er det de overordnede domstoler som har denne oppgave. Norge er her et særlig illustrerende eksempel fordi Høyesterett har en vid adgang til å prøve underordnede domstolers straffutmåling, og gir mer utførlige premisser for sin straffutmåling enn det er vanlig i de fleste land. Almenpreventive hensyn hører til de begrunnelser som ofte blir brukt i Høyesteretts avgjørelser.¹³⁾

6. Det er når det gjelder individualprevensjon i straffutmålingen at motsetningen mellom behandlingssideologi og nyklassisisme er størst. Nå har nok behandlingssideologien, som Madeleine Löfmarck fremholder, spilt en større rolle i de teoretiske diskusjoner enn i strafferettspraksis. For det store flertall av straffesaker har det også i behandlingstankens glanstid vært lov- overtredelsens grovhet og gjerningsmannens skyld som har vært de viktigste faktorer ved straffutmålingen (inklusive valget av straffart) i de nordiske land. I allfall er det slik i Norge. Det er især gjennom særforholdsreglene at individualprevensjonen har gjort sitt innvalg i strafferettssystemet, og det er avskaffelsen eller innskrenkningen av særforholdsreglene som særlig markerer det kriminalpolitiske klimaskifte.

Men en viss betydning har dette klimaskifte også hatt for straffutmålingen. Hensynet til likhet for loven, og erkjennelse av hvor svakt grunnlag vi har for å bedømme hva som er det beste alternativ fra behandlingssynspunkt, tilsier forsiktighet med å legge avgjørende vekt på behandlingssynet ved sanksjonsfastsettelsen. Det er vel i dag tilnærmet enighet om at behandlingssynet ikke er tilstrekkelig begrunnelse for å gi en strengere straff enn tiltalte ellers ville ha fått. Derimot forekommer det i norsk rettspraksis at individualpreventive hensyn blir anført som begrunnelse for å avvike fra den vanlige straffutmålingsnorm nedad. Således har Høyesterett gått temmelig langt i å gi domfelte med et langt synderegister en ny sjanse i form av betinget dom, hvis det finnes tegn til en positiv utvikling, som kanskje kunne brytes ved soning av ny fengselsstraff. Et typisk eksempel finnes i Rt. 1981 s. 509. Saken gjaldt en 45 år gammel mann, tidligere straffedømt 12 ganger, vesentlig for vinningskriminalitet og promillekjøring. Domfelte ble anket for å få dommen omgjort til ubetinget, men Høyesterett forkastet anken. Først-

12) Se min artikkel Etiske problemer ved almenprevensjonen, Festskrift til Stephan Hurwitz (1971), opptrykt i samlingen Straff og lovdydighet, s. 95-116 (se især s. 103-115).

13) Eksempler er gitt i den artikkel som er nevnt i note 12, og i min artikkel »Høyesterett som ankeinstans for straffutmålingen«, Festskrift til Rolv Ryssdal (1984), især s. 272-277 om almenprevensjon og individualprevensjon i straffutmålingen.

voterende uttalte blant annet: »De forhold domfelte er dømt for vil etter vanlig praksis og i lys av hans mange tidligere dommer uten videre tilsi anvendelse av ubetinget fengselsstraff. Ikke minst gjelder dette hans kjøring i alkoholpåvirket tilstand, et forhold som må ses i lys av mange tidligere dommer for tilsvarende forseelser. Men forholdene i nærværende sak ligger ganske ekstraordinært an.« Tiltalte hadde alvorlige psykiske problemer og hadde vært alkoholiker i 25 år. Han gikk nå til behandling, hadde Antabustabletter innsydd, og bodde sammen med en kvinne som var en stor støtte for ham. Etter en beskrivelse av domfeltes situasjon, konkluderte førstvoterende slik:

»Vi står således overfor en person som i de siste 14 år har fristet en nokså håpløs tilværelse, preget av kontaktløshet og alkoholmisbruk. Når det nå, i den tid nærværende sak har versert, synes å være for første gang et konkret holdepunkt for en vesentlig omlegging av hans tilværelse, med en aktiv holdning fra hans egen side og med etablerte kontakter til mennesker som hjelper ham, finner jeg det best i overensstemmelse med det overordnede mål strafferettspleien skal forfølge å la denne domfelte få utnytte den sjansen han nå synes å ha for å komme over i mennesverdige forhold.«

Slike individuelt begrunnede avgjørelser overfor lovovertredere som befinner seg i en rehabiliteringssituasjon, er ikke rent sjeldne (se f. eks. Rt. 1979 s. 849, 1980 s. 1233 og 1983 s. 290). Jeg skal ikke ta standpunkt til enkeltavgjørelser, men jeg ser ikke tilstrekkelig grunn til generelt å ta avstand fra en slik avveining. Totalinntrykket av kriminologisk forskning om virkningen av forskjellige reaksjoner er at det er vanskelig å påstå at én reaksjonsform gjennomsnittlig er bedre enn andre til å forhindre tilbakefall. Men det utelukker ikke at det i det konkrete tilfelle kan være holdepunkter for at den ene løsning er bedre enn andre fra resosialiserings synspunkt. I avgjørelser av den type som er nevnt ovenfor, bedømmer retten forholdet slik at soningen av fengselsstraff vil kunne ødelegge en lovende utvikling, og lar det være avgjørende. Rettens motivasjon i slike tilfelle vil vel for øvrig ofte være blandet: dels en bedømmelse av prognosen ved alternative reaksjoner, dels et rent menneskelig ønske om ikke legge sten til byrden for den som gjør forsøk på å reise seg.

7. Jeg har i det foregående tatt opp enkelte punkter hvor jeg har innvendinger mot H/J's fremstilling. Jeg skal slutte med noen sammenfattende bemerkninger.

Jeg er ikke uenig i at utgangspunktet ved straffutmålingen er og bør være gjerningens objektive grovhet og gjerningsmannens subjektive skyld, selv om min begrunnelse ikke er helt den samme som for H/J. Men dette utgangspunkt bør ikke bety at andre faktorer er avskåret fra å tas i betraktning. H/J erkjenner at billighetshensyn kan tas i betraktning; hvor langt man skal ta slike hensyn, »år i viss mån en åpen fråga« (s. 315). Men jeg synes H/J har et altfor dogmatisk syn når det kategorisk hevdes at almenprevensjon og individualprevensjon skal settes ut av betraktning ved reaksjonsfastsettelsen, både på lovgivningsplanet og på domstolsplanet. At et kompromiss mellom forskjellige hensyn vil føre til en vilkårlighet som hos almenheten vil svekke tiltroen til strafferettssystemet, er en påstand med svakt empirisk underlag. Kravet til konsistens i systemet stilles av H/J, iallfall enkelte steder i fremstillingen, så høyt at det skygger for erkjennelsen av at man ved utformningen av straffesystemet på alle plan står overfor avveininger av motstridende interesser og verdier. Om mitt eget syn kan jeg vise til innstillingen om straffutmåling fra Nordisk Strafferettskomité (NU 1984:2, se især s. 39-43).

Eldre diskusjoner om straffeteorier har ofte den svakhet at de har forsøkt å finne et prinsipp som gir svar under ett på spørsmål som i virkelighetens verden hører hjemme på forskjellige

plan og kan stille seg forskjellig for ulike typer av lovbrudd og ulike straffer.¹⁴⁾ I tilknytning til den engelske rettsfilosof H. L. A. Hart foretar H/J en sondring mellom forskjellige plan, men oppdelingen kan og bør gå lenger hvis vi skal gi en totalbeskrivelse av straffesystemet.

Vi har for det første det grunnleggende spørsmål om vi i det hele bør ha et strafferettssystem, og i tilfelle hvorfor (Hart's spørsmål om General Justifying Aim). Det er et spørsmål mer for den rettsfilosofiske diskusjon enn for lovgiverne og den praktiske strafferettspleie. I praksis tar man svaret for gitt, og bekymrer seg som regel lite om de generelle straffeteorier.

De viktigste spørsmål som lovgivere og andre myndigheter må ta standpunkt til, kan deles i følgende kategorier:

(1) Hvilke typer av atferd skal være straffbare? Siden grunnstammen av straffebud (drap, ran, tyveri, etc) ligger fast, er det først og fremst når det blir tale om å gi nye straffebud eller oppheve gamle (nykriminalisering og avkriminalisering) at det blir plass for diskusjon om grunnlaget for kriminaliseringen. Erfaring viser at argumentene er mangfoldige og varierer med hva slags atferd det er spørsmål om.

(2) Hvilke nærmere vilkår for straff skal gjelde? Her møter vi spørsmålene om skyld og tilregnelighet, og om straff for juridiske personer.

(3) Hva skal reaksjonen være? Mens de to første spørsmål hører hjemme på lovgivningsplanet, er kompetansen i straffutmålingsspørsmålet fordelt mellom lovgivning og domstoler. Lovgivningen fastsetter strafferammer og til dels prinsipper for straffutmålingen. Domstolene fastsetter reaksjonen i det enkelte tilfelle.

(4) Hvilke lovovertrедelser skal påtales? Her er kompetansen delt mellom lovgiver og påtalemyndighet. Med økende anvendelse av påtaleunntatelse og henleggelse på grunn av manglende kapasitet, har dette spørsmål fått økende betydning, men er i liten grad blitt trukket inn i prinsipdiskusjonene om straff. Krav om påtalebegjæring fra den krenkede hører også hjemme i denne sammenheng.

(5) Hvordan skal straff (og andre reaksjoner) fullbyrdes? Lovgivningen gir visse retningslinjer; innenfor disse står fullbyrdesmyndighetene fritt.

(6) Skal den idømte straff fullbyrdes i sin helhet? Reformkrav i de nordiske land i de senere år går dels i retning av å utvide adgangen til løslatelse på prøve, dels i retning av å begrense eller helt avskaffe adgangen. Usikkerheten avspeiles av de to innstillinger fra Fængelsestraffkommittén (SOU 1981: 92 og 1986: 13-15), som går i motsatte retninger.

Mellom disse forskjellige spørsmål består sammenhenger, men også motsetninger. Det er således innebygget i systemet en indre motsetning mellom det almenpreventive formål for kriminalisering og straffanvendelse, og ønsket om å redusere lidelsen under strafffullbyrdesen. En overordnet målsetting må være å oppnå et slikt samspill mellom de forskjellige ledd at systemet som helhet virker best mulig. Det vil si et system som gir et rimelig vern mot samfunnsmessig uønskede handlinger uten å komme i strid med våre forestillinger om humanitet og rettferdighet.

Adresse: Professor, dr. jur. *Johs. Andenæs*
 Institutt for Kriminologi og Strafferett
 Universitetet i Oslo
 Karl Johans Gate 47
 N-Oslo 1

14) Denne kritikk rammer også min egen tiltredelsesforelesning Straffens formål, TfR 1946 s. 481-499.