

## Straffutmåling<sup>1)</sup>

Av professor, dr. jur. JOHS. ANDENÆS.

Straffutmåling er et emne som i de siste år er blitt sterkt diskutert i våre naboland. Et nytt grunnlag for diskusjonen ble lagt da daværende byrettsdommer og lektor ved Københavns universitet, senere professor *W. E. v. Eyben* i 1950 ga ut sitt store verk „Strafudmåling“. Boken inneholder en meget inngående teoretisk og praktisk analyse av problemene på grunnlag av omhyggelige studier av trykt og utrykt rettspraksis. Den ga støtet til nye innlegg i debatten, bl. a. fra professor *Hurwitz*, byrettsdommer *Poul Sachs* og professor *Strahl*.<sup>2)</sup> Diskusjonen har ført til en utdyping og avklaring av problemene på mange punkter, men det er fremdeles nok av problematikk i emnet.

At spørsmålet om prinsippene for straffutmålingen har stor betydning, ligger i dagen. Moderne straffelover har gjerne rommelige strafferammer for de enkelte forbrytelser og ofte anledning til å gå utenfor den vanlige strafferamme hvis det foreligger særlig skjerpene eller formildende omstendigheter. For å ta et eneste praktisk eksempel: Straffen for grovt tyveri er etter loven fengsel fra 21 dager til 6 år. Ved forsøk, i visse medvirkningstilfelle og i andre særskilt oppregnede tilfelle kan straffen gå ned til bøter; til gjengjeld kan den gå opp til fengsel i 9 år hvis det foreligger flere forbrytelser eller gjentagelse. Iallfall *teoretisk sett* kan en si at svaret på skyldspørsmålet ikke avgjør så meget om tiltaltes skjebne; vel så viktig er det hvilket punkt av straffeskalaen dommeren blir stående ved. Et ekstremt tilfelle av utmålingsfrihet for domstolene har vi hatt i Norge under etterkrigstidens rettsoppgjør. For bistand til fienden har lovens strafferamme gått fra en bagatellmessig bot opp til livsvarig frihetsstraff eller dødsstraff.

Det kan på denne bakgrunn synes paradoksalt at mens straffeloven med stor omhu definerer gjerningsinnholdene i de enkelte straffebud for å trekke opp grensen mellom straffbart og ikke straffbart så skarpt som mulig, er den absolutt taus med hensyn til utmålingen innenfor lovens strafferamme. Mange fremmede lover regner opp det som lovgiveren har betraktet som de viktigste straffutmålingshensyn, men vår lov har ingen bestemmelse av denne art. „Man vil ved en sådan oppregning vanskelig unngå

<sup>1)</sup> Foredrag holdt i Den Norske Kriminalistforening.

<sup>2)</sup> *Hurwitz* i Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1950 s. 197 og i Den Danske Kriminalret (1952) s. 708, *Sachs* i NTfK 1950 s. 293, *Strahl* i Svensk Juristtidning 1951 s. 401. Se også Forhandlingene ved Dansk Kriminalistforenings Årsmøte 1950 (Nordisk Kriminalistisk Årsbok 1950/51 s. 1), *le Maire* i NTfK 1950 s. 337 og i Ugeskrift for Retsvæsen 1951 s. 16, *Krabbe* s. steds s. 293.

enten ikke å si annet enn det selvfølgelige, eller også å si for lite eller for meget“, var Straffelovkommisjonens begrunnelse for dette standpunkt.

Hvilket prinsipp skal nå domstolene gå frem etter ved utmålingen? Oppfatningene om straffens formål er som bekjent forskjellige. Om en vil sette saken på spissen, kan spørsmålet formuleres slik: Skal dommeren ta utgangspunkt i *individualprevensjonen* og utmåle den straff som han anser nødvendig for å hindre denne tiltalte fra å begå nye forbrytelser? Eller er det først og fremst *generalprevensjonen* han skal ha for øye og utmåle straffen slik han mener det er nødvendig av hensyn til den alminnelige lovlydighet? Eller skal han kanskje sette seg som mål å finne frem til den reaksjon som etter dommerens rettsfølelse er den *rettferdige gjengjeldelse* for brøden og utmåle straffen etter det prinsipp som den sveitsiske straffelov av 1937 gir uttrykk for i art. 62: „Dommeren utmåler straffen etter gjerningsmannens skyld“?

Ganske klart må det være at den enkelte dommer ikke kan legge til grunn sin egen, private oppfatning av hvilke straffeformål er de viktigste. Det ville føre til uholdbare tilstander om én dommer satt og utmålte straff etter almenpreventive synspunkter, en annen etter individualpreventive og en tredje etter rene skyldsynspunkter. Straffutmåling er en konkretisering av lovens straffetrusler, en anvendelse av lovens bud på det enkelte tilfelle. Den må derfor skje i lovens ånd, ikke ut fra den enkelte dommers oppfatning av det prinsipielt riktige.

Nå er det neppe noen straffelov som gjennomfører konsekvent et enkelt straffeformål. Iallfall er det ikke tilfelle med den norske. Straffelover er som regel resultatet av en lang historisk utvikling, hvor forskjellige oppfatninger har avleiret seg som geologiske lag i terrenget. Uten at jeg har kan innlate meg på noen nærmere ettervisning av det, våger jeg å konstatere at vår straffelov bygger på både general- og individualpreventive synspunkter og rene gjengjeldelsessynspunkter. Snart har det ene synspunkt overtaket, snart det annet. Det er naturlig at dommeren som skal utfylle loven i lovgivningens egen ånd, må følge samme fremgangsmåte.

Analysrer en lovens enkelte bestemmelser, vil en faktisk også få mange fingerpek. Det kan gjelde bestemmelsene i den alminnelige del om omstendigheter som nedsetter eller skjerper straffbarheten. Når loven f. eks. sier at den som er under 14 år ikke kan straffes, og at straffen kan nedsettes for den som ikke har fylt 18 år, kan en trygt slutte at ung alder kan betraktes som formildende omstendighet også ved utmålingen innenfor den ordinære strafferamme og utover 18 årsdagen. Også bestemmelsene om medvirkning og forsøk kan gi grunnlag for slutninger ut

over de tilfelle som de direkte regulerer. Det samme gjelder bestemmelsene i den spesielle del om de særlige omstendigheter som gir grunnlag for en gradering av forbrytelsene i grove og mindre grove.

Det som her er sagt, gir imidlertid ingen realistisk forestilling om hvordan straffutmåling foregår i praksis. Jeg har nemlig hittil ikke nevnt den mektige betydning som *straffutmålings-tradisjonen* har. Om vi tenker oss at en dommer som kommer fra et helt annet kulturmiljø — f. eks. fra Kina eller India — ga seg til å studere og analysere den norske straffelov inngående og så skulle til å utmåle straff i lovens ånd, tror jeg han ville føle seg nokså hjelpeløs. Enhver som har vært ute i praksis vet, at arbeidet med en straffutmåling i de fleste tilfelle bare i begrenset utstrekning består av slutninger fra lovens bestemmelser eller av selvstendige vurderinger av hva individual- og almenprevensjon krever i dette tilfelle, men først og fremst i å finne *den passende straff etter vanlige straffutmålingsnormer*. Gjennom praksis blir både det *alminnelige straffenivå* for en bestemt gruppe forbrytelser fastlagt, og de *enkelte straffutmålingsmomenter* — alder, tidligere vandel, miljøforhold, personlighetsutstyr osv. — får sitt *fortegn og tilnærmede vekt*. Dette forhold er satt på spissen i en uttalelse av den sveitsiske jurist Pfenniger: Utmålingen er, sier han, ikke en *rasjonell*, men en *tradisjonell handling*. v. Eybens iakttagelser går langt i samme retning. Hvis disse iakttagelser er riktige, er den frihet for dommeren som de vide strafferammer gir uttrykk for, bare tilsynelatende. Der hvor loven gir opp, der begynner sedvanen. Det er denne sedvane, og ikke dommerens vurdering av den hensiktsmessige straff, som først og fremst blir avgjørende for domsutslaget. Vi har ikke en pristariff i loven, slik som en kan treffe på i lover fra gammel tid, men vi har i domspraksis utarbeidet pristariffer som er mer detaljerte og tar hensyn til mange flere momenter enn en lov kan gjøre.

I allfall for norsk retts vedkommende tror jeg at disse uttalelser er for absolutte og for generelle. Jeg ville foretrekke å si det slik: Ved straffutmålingen gjør det seg gjeldende både et *rasjonelt* og et *tradisjonelt* moment; ved vanlige forbrytelser, hvor det har dannet seg en fast straffutmålingspraksis, er det tradisjonelle moment som regel det sterkeste. Ved siden av det tradisjonelle og det rasjonelle moment tror jeg også en i høy grad må regne med en tredje faktor, den *emosjonelle* (følelsesmessige) — herom senere. Disse forskjellige faktorer virker ikke isolert og uavhengig av hinannen, men er vevet sammen i et komplisert vekselvirkningsforhold.

Det har fra fremtredende hold vært sagt hårde ord om det tradisjonsbestemte „takstsystem“ som vår straffutmåling bygger

på. Først og fremst bygger kritikken på at dommeren savner et *rasjonelt prinsipp* å gå etter. I 1930 årene tok enkelte av våre mest ansette kriminalister til orde for å gå over til en helt individualpreventiv bedømmelse av hva som ut fra gjerningsmannens personlighet må anses nødvendig for å holde ham på rett vei for fremtiden.<sup>3)</sup> Diskusjonen i de sidste år har stort sett gitt uttrykk for en mer forståelsesfull innstilling overfor domspraksis. Personlig slutter jeg meg også til den oppfatning at takstsystemet innenfor visse grenser er en praktisk nødvendighet. Dette behøver imidlertid ikke bety noen bevisst tilsidesettelse av det rasjonelle. Den enkle grunn er, at det som regel ligger utenfor dommerens muligheter å fastsette en bestemt straff ut fra frittstående overveielser over det rasjonelle. Jeg skal utdype dette noe.

Om betydningen for *almenprevensjonen* av en strengere eller mildere straff vet vi svært lite; særlig vet vi lite om hvilken betydning forskjellige prinsipper for graderingen innenfor lovens strafferamme har. Dertil kommer at den *enkelte dom* i alminnelighet ikke kan ha noen nevneverdig betydning for almenprevensjonen. Det som kan tenkes å ha betydning, er det alminnelige straffenivå, som den enkelte dommer ikke er herre over. Det vil derfor være et slag i luften om en enkelt dommer vil gi streng straff ut fra almenpreventive hensyn hvis han ikke kan regne med å få den alminnelige praksis med seg. Det er bare Høyesterett som her står i en særstilling på grunn av sin mulighet for å trekke opp retningslinjer for de underordnede domstoler.

Stort mer vet vi i de fleste tilfelle heller ikke om *individualprevensjonen*. Vi vet lite sikkert om hvilken betydning det har for den enkelte, i positiv eller negativ retning, at han blir straffet. Og enda mindre grunnlag har vi for å bedømme den sannsynlige virkning av at straffen blir f. eks. på 30 dager i stedet for på 3 eller 6 måneder. Dommeren mangler som regel både den psykologiske kunnskap og det inngående kjennskap til den domfeltes personlighet som er nødvendig for å stille en pålitelig prognose ut fra forskjellige alternativer.

Heller ikke en *skyldvurdering* fører, *isolert sett*, til et bestemt resultat. Det finnes ikke noe naturbestemt forhold mellom en bestemt forbrytelse og en bestemt straff. Om et tyveri av 500 kroner, begått av en tidligere ustraffet person i moden alder og med normale inntømster, „svarer til“ fengsel i en måned, et år eller kanskje bare en bot, lar seg bare bestemme konvensjonelt — og den konvensjon det er naturlig å falle tilbake på, er naturligvis nettopp straffutmålingspraksis.

Selv om strafutmålingen kunne baseres på et eneste straffeformål, tror jeg derfor den veiledning dette kunne gi ville være

<sup>3)</sup> *Kjerschow* i Norsk Retstidende 1934 s. 1, *Nissen* i Forhandlinger ved Den Norske Kriminalistforenings møte 1935, især s. 18 flg.

så usikker, at dommeren ville være i den største forlegenhet hvis han ikke kunne støtte seg til tradisjonen. Enda mer gjelder det når de forskjellige straffeformål skal avveies mot hverandre. Det er under disse omstendigheter meget naturlig om en dommer stilt overfor straffutmålingsproblemet bevisst eller ubevisst resonnerer som så: „Det er her så mange usikre faktorer å regne med, og så mange subjektive vurderinger å foreta, at det overstiger mine evner og krefter å ta et selvstendig standpunkt til den rasjonelle straff i hvert enkelt tilfelle. Det ville bli altfor tilfeldig og vilkårlig om jeg og mine kolleger skulle gå frem på den måte. Jeg tjener nok min oppgave som et ledd i rettsmaskineriet best ved å holde meg til de utmålingsnormer som har hevd.“

Disse utmålingsnormene er på sin side naturligvis ikke oppstått tilfeldig. Det ligger nedfelt i dem en stor sum av erfaring for det hensiktsmessige og følelse for det rimelige. Ordene „følelse for det rimelige“ fører oss over til den faktor som jeg lovet å komme tilbake til, nemlig den *emosjonelle*. Selv den mest eksakte kunnskap om de almen- og individualpreventive virkninger av den eller den straffutmåling ville ikke kunne gi svar på spørsmålet om den *riktige straff*. La oss tenke oss at vi visste f. eks. at en skjerpelse av straffene for underslag til det tredobbelte ville føre til en tilbakegang i underslagenes antall med 50 %. Ville det så være berettiget å gå til en slik straffeskjerpelse? Avgjørelsen av dette spørsmål forutsetter at en tar standpunkt til en rekke vurderingsspørsmål av vanskeligste art hvor den enkeltes personlighet og moralske vurderingsnormer kommer inn.

Blant de emosjonelle faktorer spiller hensynet til gjerningsmannens subjektive *skyld*, i betydningen av den moralske dom over hans handling, en betydelig rolle for graderingen av straffen. For den som ser straffens hovedoppgave i å etablere en rettferdig soning for den onde handling, er det klart at netopp hensynet til skylden må være det viktigste straffutmålingsmoment — det følger av utgangspunktet. Blant strafferettsjurister i Norden er det dominerende grunnsyn et andet: Vi ser på straffen som et rent praktisk middel i samfunnets hånd til å motvirke samfunns-skadelig opptreden. Men selv om dette er utgangspunktet, gjør skyldforestillinger seg gjeldende og påvirker vår rettsfølelse. Det er ikke så lett å begrunne ut fra almen- og individualpreventive hensyn at ungdom, nedsatte åndsevner, dårlige oppvekstvilkår, sterk fristelse osv. skal virke som strafformildende omstendigheter, men vi føler det umiddelbart rimelig at det er slik. Vi ofrer lettere på samfunnsnyttens alter den som vi føler moralsk indignasjon overfor enn den som vi nærmest synes synd på. Selv den som ut fra et deterministisk syn på mennesket mener at alle skyldvurderinger bygger på en illusjon, vil ha vanskelig for å

frigjøre seg fra denne følelsemessige innstilling, fordi hele vårt åndelige miljø fra vuggen til graven er gjennomvevet av forestillinger om moralsk skyld og fortjeneste.

Men gjerningsmannens subjektive skyld er ikke det eneste moment som taler til våre følelser; det samme gjelder de *følger* som handlingen har fått. Jeg skal sitere en enkelt uttalelse som illustrasjon. Ved Den Norske Kriminalistforenings møte i 1935 uttalte den daværende riksadvokat Sund: „Når vi — — — straffer en beruset råkjører strengere når han har overkjørt og drept et menneske under sin kjørsel, enn når hans kjørsel ikke har hatt den ulykkelige følge, så tror jeg de fleste vil erkjenne at dette er både riktig og rettfærdig, og gagnlig for rettssikkerheten. Men hvis man ser utelukkende på råkjørerens sinnelag, så kan jo det være likeså dårlig i det ene som i det annet tilfelle.“ Det kan være delte meninger om en bør påberope rettfærdigheten i denne forbindelse. Men at vi følelsemessig reagerer annerledes når en råkjøring har hatt døden til følge enn når lykken har vært bedre enn forstanden, annerledes overfor et mislykket drapsforsøk enn overfor et fullbyrdet drap, annerledes overfor et angiveri i okkupasjonstid når det har ført til tortur og dødsdommer enn når det ikke har hatt noen følger, og at denne følelsemessige innstilling også øver innflytelse på straffutmålingen i slike saker, kan det etter min mening ikke være tvil om. For en tid siden ila Høyesterett en straff på ett års betinget fengsel for forsøk på drap.<sup>4)</sup> Hadde knivstikkene i det tilfelle rammet noe bedre, så døden var blitt følgen, ville det nok til tross for de særdeles formildende omstendigheter ha blitt tale om en straff av en ganske annen størrelsesorden.

Som en emosjonell faktor kan en også regne *trangen til regel-dannelse*. I all menneskelig atferd er det en tendens til gjentakelse og uniformitet, til å handle som en har gjort før eller som en ser andre gjøre i lignende tilfelle. Hos juristen er denne tendens særlig sterk, både fordi vi er vant til å regne sikkerhet og beregnelighet for en betydelig verdi i rettslivet, og fordi det minsker den ellers undertiden trykkende følelse av personlig ansvar, at avgjørelsen kan begrunnes med henvisning til en fastlagt norm. Et visst takstsystem tilfredsstiller altså emosjonelle behov hos dommeren. På den annen side påvirker den vanlige praksis den enkeltes følelse av hva som er en rimelig straff: det som vi er vant til, har vi lett for å akseptere som rimelig og forstandig.

Ved de vanlige forbrytelseskategorier består en straffutmålingsstradisjon som en gitt størrelse, som i regelen bare blir gjenstand for langsomme endringer. De faktorer som har virket med ved fastleggelsen av tradisjonen, lar seg vanskelig ettervise empirisk. Kanskje kan det lykkes å kaste noe lys over de virksomme

<sup>4)</sup> Rt. 1951 s. 1166.

faktorer hvis en tar for seg tilfelle, hvor domstolene stilles overfor nye forbrytelseskategorier, slik at de ikke har noen tidligere praksis å falle tilbake på. Som et ekstremt tilfelle tar jeg forholdene ved etterkrigstidens rettsoppgjør med landsmenn som hadde støttet fiendens sak under okkupasjonen.

Strafferammen gikk, som før nevnt, fra bøter opp til fengsel på livstid eller dødsstraff. Individualpreventive hensyn ga som regel ikke noe utslag — for de aller fleste av de tiltalte var for-gåelsen begrunnet i den spesielle okkupasjonssituasjon og noen grunn til å tro at de ville komme til å forgå seg påny under normale forhold var der ikke. Det var videre alminnelig enighet om at det av almenpreventive grunner var nødvendig å slå fast at landsforræderi er en alvorlig forbrytelse; det var også klart at en måtte ta et visst hensyn til den opprørte opinion og faren for selvtækt. Men hvor på skalaen skulle en bli stående? Usikkerheten var den første tid stor. Interne diskusjoner blant jurister kunne vise at et forhold som den ene ville bedømme med ett eller to års fengsel, ville en annen straffe med 10 eller 15. Et tilfelle som den ene ville betrakte som straffritt på grunn av tvang eller press, ville en annen honorere med en lengre frihetsstraff. Det ble følt som en uomgjengelig nødvendighet å få noen typiske tilfelle for retten og frem til avgjørelse i Høyesterett så snart som mulig. De fleste saker i Høyesterett var i denne første tid enkle straffutmålingsaker; etter at de aller første tilfelle var pådømt, besto advokatens prosedyre for en stor del i sammenligning med andre tilfelle som var kommet for retten litt tidligere og som hadde en nærmerre eller fjernere likhet med det foreliggende. Advokatene visste at enkelte dommere hadde et strengere, andre et mildere syn, men det var forholdsvis sjelden at det i dommene kom til åpen dissens. Som regel ble ytterliggående oppfatninger i den ene eller annen retning frafalt, slik at resultatet ble et slags medium av de kryssende oppfatninger. På denne måte trakk domstolen etter hvert opp for seg selv og for underordnede domstoler retningslinjer for bedømmelsen av forskjellige grupper av forræderihandlinger og for individuelle momenter som tvang, press, ungdom, nasistisk miljø osv. Fra påtalemyndighetens side ble det sørget for en fullstendig og løpende publikasjon av alle Høyesteretts avgjørelser. En kunne her iaktta en straffutmålingstradisjon under tilblivelse. At en viss uniformitet på denne måte ble oppnådd, var utvilsomt av den største betydning for tilliten til oppgjøret. Det som har vært kritisert — med rette eller urette — er at uniformiteten ikke var *sterk nok*: At enkelte dommere ikke var tilstrekkelig lojale overfor flertallets oppfatning, og at heller ikke domstolene tatt under ett holdt et fast nivå etter som tiden gikk.

Det kan neppe vært tvil om at den meningsforskjell som gjorde seg gjeldende under oppbyggingen av denne praksis for den stør-

ste del skyldtes forskjell i emosjonell innstilling — forskjell i graden av moralsk indignasjon, forskjell i holdningen til den lidelse straffen ville medføre for den domfelte og hans familie. Det forekom naturligvis i diskusjonen argumenter av rasjonell kriminalpolitisk natur, f. eks. om den almenpreventive verdi av straffen, men med så mange usikkerhetsmomenter som her gjorde seg gjeldende, kunne argumenter av denne art ikke få noen stor gjennomslagskraft. Appell til forargelse eller til medlidenhet vil i en slik situasjon som regel gjøre større virkning. Den synkende kurve i straffutmålingspraksis etter som krigstidens begivenheter kom på avstand og de opprørte følelser falt til ro, viser også hvordan de emosjonelle faktorer virket inn.

Det kan sies at dette eksempel fra etterkrigstiden ikke er karakteristisk, fordi det i denne situasjon var så sterke følelser engasjert at det var naturlig at de måtte overskygge mer rasjonelle overveielser. Dette er sikkert riktig nok. Men jeg tror erfaringene i en slik ekstraordinær situasjon kan kaste streifly over krefter som virker også på det mer dagligdagse plan, om enn ikke like tydelig. La meg ta et eksempel fra et helt annet område: Straffutmålingen i saker om brudd på de pris-, rasjonerings- og valuta-forskrifter som det moderne reguleringssamfund fører med seg, iallfall i økonomiske krisetider, eller i det hele straffutmålingen ved „white collar crimes“. For samfunnshusholdningen kan en større forretningsmanns brudd på slike forskrifter ha langt større betydning enn den kriminelle virksomhet som blir utført f. eks. av en vanetyv av det lille format. Likevel viser erfaring at det med den nåværende samfunnsstruktur er vanskelig å få domstolene til å reagere med frihetsstraff mot lovbrudd av denne art, till tross for at en må regne med at frihetsstraff her ville ha en betydelig almenpreventiv effekt. Det gjør seg sikkert gjeldende hos domstolene en emosjonell motstand mot å dømme til fengsel en ellers hederlig og vel ansett medborger, som ganske visst har gjort seg skyldig i en lovovertrødelse, men likevel ikke har begått noe som etter den alminnelige moraloppfatning er vanærende på samme måte som en vanlig kriminell handling. I landssvikertilfellet trakk det emosjonelle moment i retning av streng straff, ved „white collar crimes“ i retning av mild straff.

Jeg holder det for sannsynlig at emosjonelle faktorer på samme måte har vært en av de sterkeste faktorer ved fastleggelsen av straffutmålingstradisjonen også for vanlige kriminelle forbrytelser, og jeg skal nevne noen momenter som tyder i denne retning. v. Eyben foretar i sin bok en sammenligning mellom straffutmålingspraksis i forskjellige land, dels på grunnlag av kriminalstatistikken, dels på grunnlag av dommerbesvarelser av hans spørreskjema. Det viser seg enkelte forskjelligheter mellom landene — det ser f. eks. ut til at voldtøkt bedømmes på en mildere måte i Holland enn i de skandinaviske land. Men det som først og fremst



springer i øynene, er den forbausende ensartethet i bedømmelsen av de flestes forbrytelser — en overensstemmelse som ikke godt kan skyldes gjensidig påvirkning. Så usikre som alle slutninger om de forskjellige straffers almen- og individualpreventive virkning er, ville det være mer enn underlig om et regnestykke ut fra disse rasjonelle straffeformål var falt likt ut i forskjellige land. Overensstemmelsen tyder på at det er dypereliggende følelsesmessige faktorer som gjør seg gjeldende, og at disse faktorer i land som hører til samme kulturkrets og lever under lignende økonomiske og sosiale forhold, gir et nokså ensartet utslag.

I samme retning tyder et forhold som v. Eyben har klarlagt på en overbevisende måte, nemlig at det er umåtelig vanskelig for lovgivningen å gripe inn i straffutmålingspraksis ved direktiver til domstolene. Hvis ikke direktivene er av absolutt bindende karakter, f. eks. ved at de fastsetter bestemte minimumsstraffer, fortsetter praksis som regel temmelig uberørt av lovgivningens formaninger. Dette tyder på en sterk emosjonell forankring av straffutmålingspraksis. Som et eksempel fra norsk rett kan nevnes at da det ved revisjonen av reglene om betinget dom i 1929 ble slått fast i lovteksten som en forutsetning for betinget dom, at det måtte være *særlig* grunn til å anta at straffens fullbyrdelse ikke er nødvendig for å avholde den skyldige fra nye straffbare handlinger, hindret dette ikke domstolene fra å fortsette sin praksis med å gi flertallet av tidligere ustraffede betinget dom; presenten av betingede dommer fortsatte til og med å øke.<sup>5)</sup>

Jeg er også overbevist om at det først og fremst er følelsesmessige faktorer og ikke endringer i synet på straffens virkninger som er bakgrunnen for den store formildelse i straffutmålingspraksis som har funnet sted i løpet av de siste menneskealdre. Den fremragende tyske kriminolog *Exner* er inne på dette i en studie fra 1931 over straffutmålingspraksis i de tyske domstoler. Han fremhever at det i nåtiden i stigende grad er blitt anerkjent at forbrytelsen er et resultat av individets medfødte anlegg, av oppdragelse og av mange slags miljøpåvirkninger av annen art. Denne streben etter å forstå forbryteren har med psykologisk nødvendighet ført til en stadig mildere straffutmåling hos domstolene. Som det også er blitt sagt: Vi straffer ikke lenger med den samme gode samvittighet som tidligere. De emosjonelle faktorer har altså her gradvis omformet den bestående straffutmålingstradisjon.

Er det i det hele tenkelig å holde de emosjonelle faktorer ute og gjøre straffutmålingen til en rent rasjonell akt? Åpenbart ikke. Det må alltid i stor utstrekning bli en følelsesak både hvor høyt vi vil vurdere de interesser som straffebudet skal beskytte og hvilken vekt vi vil legge på de lidelser og de omkostninger som straf-

<sup>5)</sup> Jfr. *Bratholm* i Rt. 1952 s. 257.

fen fører med seg. Derfor må de emosjonelle momenter nødvendigvis gjøre seg gjeldende både ved oppbygningen av straffutmålingstradisjonen og ved dommerens vurdering av den enkelte sak; det siste i høyere grad jo mindre støtte han kan finne i tidligere praksis. Faktisk er det vel slik at man selv med sin beste vilje ikke er i stand til å holde ut fra hverandre alle de kompliserte momenter av følelsesmessig og forstandsmessig art som flyter sammen i et helhetsskjønn; man har en omtrentlig fornemmelse av hva man vil akseptere som en rimelig straff, eller hvordan to forbrytelser bør bedømmes i forhold til hverandre, uten at man er i stand til å begrunne sitt standpunkt nærmere.

Forankringen av straffutmålingen i rettsfølelsen har også en direkte praktisk funksjon. Siden dommere stort sett reagerer følelsesmessig omtrent på samme måte som andre samfunnsmedlemmer, fører en straffutmåling ut fra følelsen av hva som er en rimelig straff til at straffen stort sett kommer til å stå i overensstemmelse med almenhetens rettsfølelse, noe som utvilsomt er av betydning for rettens autoritet og folkeoppdragende betydning.

Men samtidig skal en ikke være blind for at våre følelser — også den følelse som vi kaller rettsfølelsen — ofte er et skrøpelig grunnlag å bygge på. Den kan være influert av gammel fordom, massesuggesjon, klasseinteresser, tilfeldige inntrykk. Eller det kan være tale om følelser som vi ikke vil godta som legitime når de blir brakt frem i lyset, f. eks. primitiv hevntvang eller individuelle neurotiske reaksjoner. Å forsøke å klarlegge de emosjonelle faktorer som virker inn på avgjørelsen, er en nødvendig forutsetning for å kunne sette dem under sensur av vår forstand og våre moralske grunnsetninger. Utvidet erkjennelse kan føre til at det intellektuelle grunnlaget for en følelsesmessig innstilling smuldrer vekk. Selve skyldbegrepet, som har spilt så stor rolle både i strafferettsfilosofien og i den praktiske straffutmåling, hører til dem som blir stadig mer problematiske etter som vi får klarlagt kriminalitetens årsaksmekanismer. I praksis viser det seg vel at jo mer man konsentrerer seg om å få klarlagt årsakene til en handling, jo mer har den moralske indignasjon en tendens til å dunste bort.

Jeg har hittil holdt meg til den egentlige straffutmåling. Ved siden av straffen kjenner vi imidlertid også andre reaksjoner mot lovovertrедelser — særlig forholdsregler mot *unge lovovertrедere*, mot *abnorme lovovertrедere* og mot farlige *tilbakefallsforbrytere*. Formålet med disse forholdsregler er dels å gi lovovertrедeren en langvarig behandling som han trenger, dels ved rent fysisk innesperring å hindre ham fra å forgå seg på ny. Ved å gi disse reaksjonsformer særskilte navn og fremheve at her er det tale om noe annet enn straff, har man oppnådd i almenhetens øyne

å få revet dem løs fra de assosiasjoner, bl. a. om forholdsmessighet mellom skyld og reaksjon, som knytter seg til straffebegrepet.

Ved avgjørelsen av om særforholdsregler skal anvendes, står dommeren i en annen stilling enn ved utmåling av straff. Det dominerende hensyn blir: Hva er den mest hensiktsmessige behandling for denne mann? Almenpreventive synspunkter og skyldsynspunkter kommer ikke i betraktning eller blir iallfall skjøvet helt i bakgrunnen. I langt mindre utstrekning enn ved den egentlige straffutmåling blir det her plass for en normdannelse i praksis. Det avgjørende blir i alminnelighet den individuelle personlighetsbedømmelse. Og dommeren har en betydelig lettelse i forhold til straffutmålingstilfellene, idet han ikke behøver ta standpunkt til hvor lenge behandlingen skal vare — dette blir bestemt senere under behandlingstiden.

Det har vært hevdet at ett ledd i straffutmålingen står i en særstilling, nemlig *valget mellom betinget og ubetinget dom*. Professor Strahl har gjort gjeldende at prøvelsen av om en person skal ha betinget dom eller ikke, er av samme type som prøvelsen av om det skal anvendes oppdragende eller sikrende forholdsregler. Det avgjørende er det *hensiktsmessige* ved valget av det ene eller det annet alternativ, og dette beror ikke bare på omstendighetene ved gjerningen, men også på en rekke andre faktorer, f. eks. om hvordan det kan ordnes for den tiltalte hvis han får betinget dom, altså om det finnes tilgang til en passende tilsynsmann, til bosted, sysselsetting, utdanning osv.

Strahl opponerer derfor mot at spørsmålet om betinget dom behandles som et straffutmålingsspørsmål. At det i praksis blir trukket opp normer for avgjørelsen, slik som ved annen straffutmåling, burde, om jeg har forstått ham rett, helst ikke forekomme.

Jeg kan ikke dele denne oppfatning og skal begrunne det.

Faktisk er det overordentlig vanskelig å bedømme spørsmålet om hvilken reaksjon som er den mest hensiktsmessige behandling. Forskjellige oppfatninger av frihetsstraffens virkninger kan spille inn og påvirke valget. Skulle en dommer utelukkende være henvist til denne avgjørelsesgrunn, måtte valget mellom betinget og ubetinget dom nødvendigvis bli overmåte usikkert.

Men det er klart at det ved avgjørelsen også må tas hensyn til almenprevensjonen, noe som er uttrykkelig sagt i de någjeldende norske regler om betinget dom.

Og til slutt har vi de emosjonelle momenter, som like lite kan stenges ute ved avgjørelsen om betinget dom som ved den egentlige straffutmåling. Å gjøre en dom betinget, betyr å gi tiltalte en chance til å unngå straff. En dommer vil, på samme måte som andre mennesker, synes mest synd på den som det etter vanlig oppfatning er minst å legge til last, og vil derfor være mer til-

bøyyelig til å gi ham chansen ved en betinget dom. Har en ungdom og en moden mann begått en likeartet forbrytelse, vil den unge ha de største chanser til betinget dom, uten at dette behøver være grunnet i en forskjellig bedømmelse av prognosen. På tilsvarende måte vil dommeren ha vanskelig for å nekte den sosialt dårlig situerte den chance som den mer velstilte får, selv om prognosen er dårligere for den første.

Det blir med andre ord ved valget mellom betinget og ubetinget dom som ved annen straffutmåling spørsmål om en avveining av forskjellige momenter, og det er her som ellers naturlig at dommeren søker støtte i visse normer som utkrystalliseres i praksis. At det faktisk er slik, står utenfor diskusjon. Det er nok å nevne som eksempel den innarbeidede praksis om at det ikke gis betinget dom for motorvognkjøring i påvirket tilstand med mindre omstendighetene er aldeles spesielle. Som et annet eksempel kan nevnes bedømmelsen av vold mot politiet, hvor det flere ganger er uttalt i Høyesteretts voteringer, at det av almenpreventive grunner må ilegges ubetinget dom hvis det ikke foreligger særlig formildende omstendigheter. Jeg tror for mitt vedkommende ikke at det er grunn til å kritisere en slik regeldannelse. Hvilken vekt en skal legge f. eks. på almenprevensjonen, er et så omstridt spørsmål at det ikke bør overlates suverent til den enkelte dommers individuelle oppfatning.

Jeg vil ikke med dette nekte at individuelle behandlingssynspunkter spiller, eller iallfall bør spille, en større rolle ved valget mellom betinget og ubetinget dom enn ved avgjørelsen av om straffen skal settes f. eks. til 30 eller 60 eller 90 dager. Og når en kommer over til spørsmålet om tilsyn og forskrifter som knyttes til den betingede dom, blir behandlingssynspunktet enerådende.

Den foregående fremstilling er først og fremst et forsøk på en analyse av hvordan straffutmåling faktisk skjer og hvilke momenter som gjør seg gjeldende. Men samtidig er den blitt et slags forsvar for det tradisjonelle takstsystem. På grunnlag av en realistisk vurdering av rettspleiens muligheter må en avvise som virkelighetsfjern tanken om at straffutmålingen utelukkende eller overveiende skulle kunne ta sikte på å finne ut hvilken reaksjon som er den beste for å holde den skyldige borte fra forbrytelser for fremtiden.

Men dette forsvaret for et takstsystem er av en nokså betinget karakter. Det er først og fremst basert på at systemet i dag er en nødvendighet fordi en som regel ikke kan presentere et bestemt resultat som det rasjonelle. Hvis det i det konkrete tilfelle lar seg påvise håndgripelige reelle hensyn som tilsier å avvike fra det resultat som er det vanlige for en tilsvarende forbrytelse, er det min oppfatning at dommeren ikke bør være engstelig for å

legge avgjørende vekt på disse hensyn. Straffutmålingstradisjonen bør være noe en faller tilbake på når en ikke har holdepunkt for en annen avgjørelse, ikke en tvangstrøye som hindrer dommeren i å velge et fornuftig resultat. Og fremtidslinjen må være gjennom et utvidet kjennskap til den enkelte lovovertrедers personlighet, en dypere innsikt i lovene for menneskelig atferd, og bedre kjennskap til de behandlingsmuligheter forskjellige institusjoner gir, å gjøre innslaget av rasjonell menneskebehandling sterkere i strafferettspleien.

Faktisk har jeg inntrykk av at det er skjedd en utvikling i denne retning. Ulmålingen er ikke lenger så skjematisk, så tradisjonsbundet som tidligere. Det kommer således tydelig frem ved behandlingen av tilbakefallsforbrytere. Den tradisjonelle behandling har vært en gradvis økning i straffene for hvert nytt tilbakefall — f. eks. 45 dager, 60 dager, 90 dager, 120 dager, 6 måneder. Fra fengselsfolk er det ofte fremhevet hvor lite rasjonell denne praksis med gradvise pålegg er. Fangene vennes til å tåle straffen, de lange straffer som de til slutt kommer opp i, taper i virkningskraft. Det er bra å forsøke med betinget dom, det kan også være rasjonelt å forsøke med en forholdsvis kort frihetsstraf. Men hvis det viser seg at ikke noe av dette nytter, bør det være alvor. Det er misforstått humanitet her å vike tilbake for en håndfast reaksjon. Men til gjengjeld bør det heller ikke være utelukket å gi en tidligere straffet person en chance påny. Det har undertiden slått meg ved studiet av et kriminelt levnetsløp at det kan ha vært tidspunkter i den kriminelle karriere hvor en kanskje kunne ha oppnådd mer ved mildhet enn ved den tradisjonelle, nokså matematiske form for rettferdighet.

En lovovertreder har f. eks. forgått seg på ny kort etter løslatelsen for en tidligere forbrytelse; men før den nye sak er oppklart og kommer for retten, er han kommet i ordnede forhold og har fått fast arbeid. En ny fengselsstraff kan her bryte håpløst ned det som var i ferd med å bygges opp. Eller situasjonen kan være at lovovertrederen har gjort et hederlig forsøk på å rette seg opp, har vært i arbeid og greid seg selv et år eller to, men så går det av en eller annen grunn galt på ny, det blir ny tiltale, ny fengselsdom, og dermed er mannen tilbake i sin gamle tilværelse. Etter at vår lovgivning om betinget dom ble revidert i 1955, slik at domstolene fikk en friere stilling til å ilegge betinget dom også overfor residivister, har vi en rekke eksempler på at denne adgang er brukt også overfor mange ganger tidligere straffede residivister.

Det kan innvendes mot en praksis av denne art at den kan føre til større uensartethet og uberegnelighet i rettsanvendelsen. Jeg tror det er noe riktig i innvendingen. Det er nok også nå slik at det kan forekomme temmelig store avvikelser i straff-

utmålingen; det som jeg tidligere har sagt om „takstsystemet“, har kanskje vært egnet til å gi et noe overdrevet inntrykk av den ensartethet som hersker. Det har til og med — etter min mening med atskillig overdrivelse — vært talt om „den likefrem skrikende ujevnhet, som preger våre domstolers straffutmåling“. Det har vært dem som har anført denne ujevnhet som et argument for å avskaffe all straffutmåling og gå over til systemet med ubestemt dom. For min del tror jeg en må se i øynene at utslagene kan bli større når retten tar sikte på å komme frem til en *hensiktsmessig* dom enn når den tar sikte på en *forholdsmessig* dom. Når det kan være tvil om det i et foreliggende tilfelle er på sin plass med overbærenhet og betinget dom, eller tvert imot med strenghet og langvarig anstaltbehandling, er det naturligvis ikke til å unngå at dommer A kan velge det ene alternativ hvor dommer B ville velge det annet. Jeg legger imidlertid ikke noen avgjørende vekt på dette. Et slikt spillerom for personlig skjønn må en regne med i all menneskebehandling. Uensartede avgjørelser er støtende hvis en betrakter straffutmålingen som en rettferdig utporsjonering av lidelse i forhold til den enkeltes skyld, men ikke på samme måte hvis en gjør alvor av å se på straffen som et praktisk middel til å motvirke kriminalitet. Det behøver ikke være noe uoverstigelig svelg mellom de synspunkter som legges til grunn ved fastsettelse av straff og de som legges til grunn ved anvendelse av andre forholdsregler. Jo klarere dommen fremtrer som basert på en individuell personlighetsbedømmelse, dess mindre plass vil det for øvrig bli for direkte sammenligninger.

Ønsker en at det rasjonelle moment skal få større betydning i rettspleien, må det sørges for at domstolen kan få det best mulige kjennskap til gjerningsmannens personlighet og miljøforhold. Vår straffeprosesslov skriver seg fra en tid da domstolene ikke hadde det utvalg av reaksjonsmidler som de har i dag; loven betrakter avgjørelsen av skyldspørsmålet som det overskyggende hovedspørsmål og legger mindre vekt på at valget av reaksjon blir omhyggelig forberedt. Likevel er det skjedd en betydelig utvikling på dette område. Psykiatriske undersøkelser foretas i langt større omfang enn for en menneskealder eller to siden, og sosialundersøkelser (vernelagsundersøkelser) er kommet til som et nytt hjelpemiddel for dommeren. Denne utvikling må føres videre. Især tror jeg at området for sosialundersøkelsene bør utvides etter hvert som apparatet utbygges, og det bør overveies om ikke undersøgeren i større utstrekning enn nå bør opptre personlig i retten slik som tilfellet er med de engelske *probation officers*, i stedet for å nøye seg med å levere den skriftlige rapport. I England er probation officer knyttet til domstolen som dennes rådgiver, og det blir lagt vekt på den betydning det har for dommer-

nes innstilling at de på denne måte har direkte kontakt med sosialarbeideren. Det juridiske studium er ikke anlagt som en opplæring i menneskeforståelse og menneskebehandling, men som en trening i å analysere og løse juridiske problemer. Jevnlig kontakt med representanter for andre synsmåter er derfor av stor betydning for å hindre at strafferettspleien stivner i juridisk tradisjonalisme. Dommererfaringen er av begrenset verdi på dette område fordi dommeren som regel ikke har anledning til å følge de tiltaltes skjebne etter dommen. „Man kalder en dommer erfaren“, sier den danske strafferettsjurist le Maire, „når blot han har avsagt domme i tilstrækkeligt antal, selv om han ikke har bekymret sig om de indvundne resultater og altså ikke har anden viden herom end apotekeren, der i årevis har langet piller ud over disken“.

*Johs. Andenæs.*