

## Individualprevensjonen og juristane sitt kategorimistak

Av vit. assistent LARS MELING, Oslo

I denne artikkelen skal eg ta opp en av dei to måtane som dommarane argumenterer for ein dom på. Det gjeld dei individualpreventive argument som dommaren fører i marka for kva type straff vedkommande lovbrytar skal ha og kor streng den skal vere. Med straff tenkjer eg her på fridomsstraff som vanleg soning, ulike særreaksjonar som ungdomsfengsel, sikring og arbeidsskule. Ungdomsarrest kan ein og ta med, sjølv om det aldri vart innført i Noreg. Når ein straffar ut fra hovudsakleg individualpreventive argument, er tanken den at straffa skal dels skræme vedkommande lovbrytar frå å gjere nye lovbrøt i framtida, dels å „oppseda“ han til eit betre sosialt liv.

Ein annan måte å argumentere for ein dom på, er ut frå almenpreventive grunnar. Då kan kanskje dommaren meine at lovbrytaren vil klare seg godt etter soninga, men almenne omsyn krev ei straff. Desse to måtane å grunngje ein dom på er ofte blanda saman.

Eg vil nå prøva vise at når dommarane (juristane) grunngjev ei straff ut frå individualpreventive grunnar, kjem dei opp i ein del teoretiske vanskar, som dei tykkjest å hoppe bukk over. Tesen er at når ein straffar ut frå ein individualpreventiv tenkjemåte, skjer dette innan ein mål-middel-modell. Men nett denne tenkjemåten fell, når den skal nyttast på livsførselsproblem, som har med mellommenneskelege tilhøve å gjere. Både straff og ein del lovbrøt som t. d. tjueri, bruk av vald, ærekrenkjing o. l. må seiast å vere *handlingar* som fell innan dette område. Med nemninga juristar tenkjer eg i denne artikkelen på dei som arbeider innan påtalemakta, rettsapparatet og fengselssystemet.

Når dommaren står i ferd med å avseie ein dom, ut frå individualpreventive argument, treng han ein del kunnskaper for denne avgjersla. Framfor alt treng han kunnskaper om lovbrytaren, korleis hans sosiale bakgrunn er, hans åtferd, og helst skulle han ha hatt kunnskap om korleis denne lovbrytaren kom til å te seg i framtida. På den måten kunne dommaren kalkulera seg betre fram til å gje den rette straffa som fekk lovbrytaren til å lata vere å gjere nye lovbrøt: å få tilbakefall. På denne måten kunne då juristane og behandlarane innan påtalemakta, domstolane og fengselsvesenet få kontroll med lovbrytaren si framtidige åtferd.

Ut frå denne stoda spring eit ønskje om informasjon. Og dei som skal skaffa denne informasjonen til juristane, er erfarings-

vitskapane som psykologi (særleg åtferdspsykologi), pedagogikk, sosiologi og kriminologi. Men til grunn for dette ligg ein stor diskusjon i siste halvdel av 1800-talet. Den snudde opp-ned på *kvar* merksenda skulle vendast: mot lovbrotet eller mot lovbrytaren.

### *Klassikarane.*

Den eine parten i denne diskusjonen var den *klassiske* skulen. Fremst her sto italienaren Beccaria og engelskmannen Bentham. Den rørsla dei sto i brodden for, reagerte på den store brutaliteten som straffene hadde på 1700-talet og langt inn på 1800-talet. Dei ville ha bort dødsstraffa og samstundes styrkje rettstryggleiken. Difor gjekk dei inn for at statens makt skulle minskast ved at ein gjorde lovene spesifikke, ved å nemme kva som var lovbrot. Tortur ved avhøyr og løynd tiltale måtte bort, og ein måtte kontrollere kor streng straff lovbrytaren skulle få. Klassikarane definerte difor kriminaliteten i legale termar. Bare dei handlingane som sto definerte som ulovlege i lovene, var kriminalitet. Ingen kriminalitet utan ein lov! Såleis kom den klassiske skulen til å stå på lovbrytaren si side ved å krevje ei meir human handsaming og større rettstryggleik.

### *Den positiva italienske skule.*

I opposisjon til den klassiske skulen kom den *positive* italienske skulen til å stå. Denne retninga gjekk til åtak på den legale definisjonen og såg på kriminaliteten som handlingar av psykologisk karakter. Denne retninga laga difor omgrepet: den naturlige kriminalitet. Visse eigenskapar ved *den kriminelle* vart dregne fram. Og slik kunne t. d. Lombroso snakke om „den fødte kriminelle“. Ein annan av dei fremste positivistane, Garofalo, meinte og difor at omgrepet „den kriminelle“ gjekk førut for omgrepet „kriminell gjerning“. Såleis kan vi seie at positivistane meinte at det var lovbrytaren som skapte kriminalitet, medan klassikarane meinte at lovene skapte kriminalitet, ved å definere nokre handlingar som ulovlege, andre som ikkje ulovlege.

Dette var eit naudsynt skifte å gjere for positivistane, for deira program gjekk ut på å verne staten og samfunnet mot kriminalitet — mot den kriminelle. Klassikarane sto i opposisjon til statsmakta og ville vergje lovbrytaren mot overgrep frå staten. På slutten av 1800-talet samla folk innan fengselsvesen, rettsvesen, skulevesen og andre institusjonar med oppsedande føremål seg omkring positivistane sitt program. Ein måtte skaffa seg kunnskapar om kriminaliteten sine årsaker, og helst skulle ein vite noko om kven som kunne verte kriminell i framtida. Den posi-

tive skule meinte difor at ein ikkje berre skulle granske kriminelle gjerningar og kriminelle personar, men og folk med avvikande, asosial åtferd som likna kriminalitet. Slik skulle ein få tak i dei som sto i faresona til å verte lovbrytar.

For å kunne gjennomføre eit slikt program og skaffe dei kunnskapar ein trong, var kriminalitetsomgrepet til klassikarane ubrukeleg, då det var mest av metafysisk og antropologisk karakter. Det kunne ikkje nyttast i den type forskning, som dei måtte gjennomføre etter sitt program; ei type forskning som det viste seg skulle dominere fram til våre dagar.

### *Kriminalitet og behandling.*

Både hos juristar og folk innan behandlingstinstusjonar fekk denne type forskning og tenking fotfeste. Innan barnevernet slo ho rot. Tankar om „læreheim for uartige born“ vart sette fram (ca. 1920), og i 1928 kom der lov om arbeidsskule. Behandlingstanken slo rot. Personar som *kunne* bli kriminelle, burde isolerast. Særleg innan amerikansk åtferdspsykologi og sosiologi fekk forskingsmetodane og tankane til dei italienske positivistane feste. I USA kom der krav om at fengselssystemet måtte endrast, og lovbrytarane måtte kunne få ulike dommar, slik at sjansen for å behandle han, vart størst mogleg.

Også i Noreg slo denne behandlingstanken rot, særleg etter 2. verdskrigen. Den *optimisme* ein fann då på ymse omkverve — inspirert av gjenoppbygginga etter krigen og den økonomiske utviklinga med aukande levestandard og tilnærma full sysselsetjing — finn ein att innan vitenskapar som psykologi, sosiologi, pedagogikk og kriminologi. Og ein finn han att som ein ny giv innan behandling av avvikarar. Dette at ein trudde ein kunne råde bot på mistilpassing ved ymse slags behandlingsformer, støtta av vitenskapen, førte til fleire tiltak i Noreg på 1950-talet. Barnevernsloven vart endra og liberalisert. I 1955 vart høvet til å gje dom på vilkår utvida, noko som gav høve til meir individuell vurdering av lovbrytaren. Fengselsreformkomiteen leverte i 1956 si innstilling om omforming av fengsla og fengselsloven, ein komite som vart nedsett i 1951. Og Arbeidsskulen vart realisert i 1951, ein tanke som berre hadde vore på papiret frå 1928.

### *Kriminalitetsutviklinga.*

Kriminalitetsutviklinga på 50-talet og først på 60-talet kan, ved sida av forskning og systematisk erfaringsmateriale, på sett og vis danne ein del av bakgrunnen for å forstå ein del av dei kriminalpolitiske tiltaka som kom på den tid. Etter krigen er kriminalitetsutviklinga prega av to hovudtendensar.

1. I perioden fram til 1954 var det samla tal på registrerte lovbrots omlag konstant for kvart år, også fordelinga på dei ulike aldersgrupper var temmeleg konstant i denne perioden. Men samstundes syner reaksjonsstatistikken at i tida frå 1948 til 1954 var der ein *nedgang* i talet på reaksjonar (dom, bot el. påtaleunnlatning) på 20 %.

2. Men i perioden 1954—1961 steig talet på reaksjonar med 57 % (med basis i 1954). Samstundes ser ein av statistikken at der er ein sterk auke i registrert kriminell aktivitet hos unge under 21 år. Sterkast var auken i byrjinga av denne 7-årsperioden. Lovbrots hyppigheita var i 1961 2½ gong så høg som i 1954 for aldersgruppa 14—18 år. Og det var den aldersgruppa som utgjorde hovudmengden av dei registrerte lovbyrtarane.

Sett på bakgrunn av dette er det ikkje underleg at den optimisme som kom først på 50-talet, på slutten av dette tiåret vende seg til å verte ein *gryande pessimisme*. Først heitte det hos ein framstående jurist då, professor Johs. Andenæs: „Straffen kan i seg selv betraktes som en slags behandling, men det er en behandlingsform som er preget av at straffen tradisjonelt er et tilskattet onde...“<sup>1)</sup>. Og Andenæs konfirmerer inntrykket av at straffa har fått ein meir individualpreventiv karakter. „Utviklingen har i det hele gått i retning av at behandlingstanken har fått større plass på bekostning av straffetanken“<sup>2)</sup>. Men som vi skal sjå sidan, er desse to tankane nærast identiske. Dette er noko juristane synest å ha hatt vanskar med å oppdage.

### *Nye individualpreventive straffetiltak.*

I 1959 heldt Johs. Andenæs eit foredrag på det 19. norske barnevernsmøtet, der han kom inn på spørsmålet om den dåverande behandling av unge lovbyrtarar var heilt hensiktsmessig. Den kampen mot straff som behandlingsoptimismen førte med seg, var særleg utbreidd hos psykiatarar, psykologar, sosiologar og sosialarbeidarar, ikkje så myke blant det breie publikum og hos juristane, meinte Andenæs. Det var to hovedgrunnar til dette. Den praktiske røynsla synte at „tradisjonell straff i mange tilfeller er et lite hensiktsmessig middel overfor den enkelte lovbyrter“. Og for det andre: „Det psykologiserende, kausalt betraktende syn på menneskelig atferd, som i vår tid (i 1956) har fått en ganske annen utbredelse enn tidligere på bekostning av det moralsk vurderende syn, som før var dominerende.“

Men i 1959 såg det ut til at det var på tide å ta opp til vurdering att dei reformer ein hadde gjennomført tidlegare. Fram til

1) Johs Andenæs, Alminnelig Strafferett, 1956, s. 81.

2) same stad, ss. 85.

då hadde reaksjonssystemet i stor grad nytta påtaleunnlatningar andsynes unge. Dessutan hadde reformen i 1955 i bruken av dom på vilkår ført til auka bruk av denne reaksjonstype. Og Andenæs meinte at „Tanken (reduksjon av innsetting på anstalt) er god nok, men det er et spørsmål om man ikke her som på andre områder er for optimistiske men hensyn til hva man kan oppnå med de nye metoder.“ — „Det ser ut til at en eller annen form for kortvarig frihetsberøvelse overfor unge lovovertrudere tvinger seg fram — — — på tross av tradisjonel ideologi i barne- og ungdomsvernet —„ (Sitata er fra foredraget i 1959).

Dette var opptakten til ungdomsfengslet og forslaget om ungdomsarrest, som Straffelovrådet la fram forslag om i si innstilling frå 1963. Ungdomsfengslet starta opp i 1965. Der var både open og lukka avdeling. Maksimumsstraffa var tre år, og innan den rama kunne fengselsadministrasjonen avgjere kor lenge det var naudsynt å halde vedkommande lovbrutar innesperra. Tanken var at ein ved opplæring og arbeid skulle først attende til samfunnet. *Tilpassing* til samfunnet var målsetjinga.

Dette var dei hittil to større reformene som bygde på individualpreventiv tenkemåte. Og nå ser det ut til at dette og tek slutt. Ungdomsarresten (kort fridomsrøving på ei til tre veker) vart det aldri noko av. Det ser og ut til at ordninga med ungdomsfengsel skal opphevast etter forslag frå Straffelovrådet.

### *Forskinga og individualprevensjonen.*

Også denne ordninga hadde feila i høve til dei mål ein hadde med ordninga. Folk innan KROM, tidlegare fangar og forskarar innan kriminologi kjempa mot desse ordningane, både ut frå humanitære grunnar, rettferdsomsyn og det at det var lite sannsynleg at tiltaka ville ha den verknad juristane førestilte seg. I 1961 summerte Nils Christie opp kva for kunnskapar den empiriske vitskapen hadde gjeve oss til då, om dei verknader dei ulike reaksjonar og straff hadde på lovbrutaren: „Vi vet nesten intet om virkningene på lovovertrudere av å bli utsatt for forskjelligartede reaksjoner.“<sup>3)</sup>

Ti år seinare vert dette tema teke opp att ein diskusjon mellom professorane Christie og Andenæs i Lov og Rett. I mellomtida har vi fått ungdomsfengsel og på ny ein auke i den registrerte kriminaliteten. Har forskinga kome noko lenger? Nei, ikkje når det gjeld individualprevensjonen, meiner Christie. „Nesten alle undersøkelser om individualpreventive virkninger har vært dypt nedslående. Man har stort sett *ikke* kunnet få bekreftet alle de vanlige formodningene om at behandling er bedre enn straff, at

3) Nils Christie, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 1961, s.

små fengsler er bedre enn store, eller at intensivt tilsyn med lov-  
overtredere er bedre enn overfladisk.“ — — — „Hovedtendensen  
i den store strøm av undersøkelser som har sett dagens lys etter  
den andre verdenskrigen går så avgjort i mer pessimistisk ret-  
ning, i den retning at ingen reaksjonsform som er underkastet  
grundig vitenskapelig etterprøving gir noe påvisbart bedre resul-  
tat enn noen annen reaksjonsform.“<sup>4)</sup> Og Andenæs er samd i at  
„forskningen har gitt et avgjørende bidrag til å knuse drømmen  
om at strafferettssystemet kan bygges opp på individualpreven-  
sjonen som hovedprinsipp“.<sup>5)</sup>

For ein framstående jurist som Andenæs har altså forskinga  
— frå å finne kunnskapene om midla for den individualpreven-  
tive tenkemåte — snudd seg til å verte ei kraft som motarbeidde  
denne tenkjemåten. Og nå er den individualpreventive tenkje-  
måten på retur også hos jurnstane. I 1974 gav Straffelovrådet  
frå seg ei ny innstilling, der ein sannsynlegvis vil gå inn for å  
opphøve ordninga med ungdomsfengsel og å omforme sikring i  
si nåverande form.

#### *Juristane sitt kategorimistak.*

Kvifor gjekk det så gale med dei tiltak ein sette i verk ut frå  
individualpreventiv tanke? Å stille spørsmålet slik, vil vere feil.  
Det er stilt innan juristane sin tenkjemåte. Eg skal nå prøva  
visa kvifor det er feil, ved å argumentere for det standpunkt at  
juristane og behandlarane *ikkje kunne* løyse dei problema dei  
sto andsynes, etter det program den individualpreventive tenkje-  
måte stilte opp. Så snarare enn å seie at tiltaka slo feil, skal vi  
syne at juristane tenkte feil.

Når den empiriske vitenskapen slo fast at ein ikkje kunne finne  
nokon skilnad mellom dei ulike straffe- og behandlingsmetodane  
om kva for ein som var best for å hindre tilbakefall, kom ein ikkje  
lengre enn til dette negative resultat. Den kunne ikkje seie *kvifor*  
det var slik. Dette skuldast i stor grad at denne type vitenskap  
ikkje har teke inn i seg dei problemstillingar som har vorte lan-  
serte innan seinare antropologisk filosofi. Det syner seg at når  
ein fører desse problemstillingane inn i den individualpreventive  
tenkjemåten, kjem han i ei krise m. o. t. sin indre samanheng.

Det skal seiast til norsk kriminologi si fortjeneste at han i liten  
grad har lete seg rive med av strafferetten sitt krav om å finne  
dei rette kunnskapane om midla. Og det var strafferetten sjølv  
som skulle stille opp måla, sidan han er eit slags oppslagsverk  
over dei normene som *den* ville skulle gjelde på dette omkverve

4) Nils Christie, Lov og Rett, 1971, s. 50.

5) Johs. Andenæs, Lov og Rett, 1971, s. 61.

av samveret mellom folk. Dogmene i strafferetten skulle vit-skapleggjerast, og individualprevensjonen skulle byggje på „sikker kunnskap“. På den måten kunne ein få ein *rasjonell* kriminalpolitikk.

### *Arven frå positivistane.*

Dette er mykje godt det same vi såg hos dei italienske positivistane. For at denne arven skal kome klårare fram i dagen, har eg gått igjennom innstillinga til Fengselsreformkomiteen for 1956 og innstillinga til Straffelovrådet om ungdomsfengsel frå 1963. Eg skal prøve kort å summere opp dei ting som er aktuelle i denne samanheng. Juristane, administrasjonen (justisdepartementet) og lovgjevarane syntest å ha sams interesser i å minske kriminaliteten. Straffa skulle ha dette som føremål. Og føremålet var sosial livsførsel (tilpassing til samfunnet) hos lovbrytarane. Men når det gjeld dette livsførselsproblemet, viste det seg at juristane tenkte innan ein mål-middel-modell på det. Handlinga — det å straffe — har ei hensikt. Difor galdt det om å finne „hensiktsmessige“ straffer. Framfor alt galdt det om å finne middel som var „formålstjenlige“, „hadde en oppdragende påvirkning“, „som kunne tilretteføre de unge“, „tilpasse de til samfunnet“, „få de inn i ordnede forhold“ og „bort fra den sosiale avsporing som hadde funnet sted“. Særleg var det viktig for ungdomsfengslet som hadde „et særlig individualpreventivt siktepunkt med *pedagogisk påvirkning* og med *yrkesopplæring*“.<sup>6)</sup>

### *Det klassiske daningsidealet.*

Spørsmålet er nå om denne måten å tenkja omkring desse problema på, gjev dei resultata juristane ønskjer seg. Dersom vi ser på straff og behandling som ei form for kommunikasjon, slik Vilhelm Aubert gjer, finn vi ut frå det ovanstående at juristane helst snakkar om lovbrytaren, ikkje til han. Det som set sams rame for forståing, er prinsippet om „balanse mellom yting og motyting“, mellom misgjerning og straff. „Når dette prinsippet følges så noenlunde, kan myndighetene og borgerne møtes i en dialog, ofte en ordknapp og lite byggende dialog, — men mulighetene til forståelse er til stede. Brytes dette prinsippet, vil også kommunikasjonen bryte sammen.“<sup>7)</sup>

For Sokrates var oppseding og daning formidla gjennom dialogen. Han stilte spørsmål til dei han tala med og var open andsynes dei. Den pedagogikken som tek vare på dette prinsippet,

<sup>6)</sup> Straffelovrådets innstilling til Lov om strafferettslege åtgjerder mot unge lovbrytarar, 1963, s. 67.

<sup>7)</sup> Vilhelm Aubert, Likhhet og rett, s. 34.

tek og vare på det Hans Skjervheim kallar for *den primære moralen*. Han skil mellom den primære og *den sekundære moralen*. Med det siste meiner han etikk som vedkjem handlingar som har eit mål utanfor seg sjølv, handlingar der mål-middel-modellen er rett å nytte, som t. d. det å konstruera ein maskin. Med primær moral tenkjer Skjervheim på den delen av etikken som vedkjem handlingar som ikkje har eit konkret mål utafor seg sjølv. Ei handling er i seg sjølv eit mål. Problema her kan ikkje formuleraast innan mål-middel-modellen på fornuftig vis, utan at vi mistar det vesentlege: dei etiske reglane som gjeld i samhandlingar med andre. Dette gjeld livsførselsspørsmåla. Ved desse handlingane gjeld det ikkje å produsera noko. Slikne handlingar kan ein difor ikkje vurdera ut frå føremålssynspunkt. Gjer vi det, kjem vi opp i dei same vanskanane som juristane.

For å vise det kan vi ta utgangspunkt i to alternative modellar for oppseding. Den eine modellen er „*fri oppseding*“, der individet ikkje skal rettast på eller trugast til å leve på ein bestemt måte. Her skal det vera fri vokster og naturleg utfolding, då når ein det beste resultat. Den andre modellen er oppseding under tvang, ein skal påverke individet til å få meningar om rett livsførsel. Oppsedaren må her kjenne sitt materiale og kunna meistra det. Dette er typen „*formingsmodellen*“.

Den første modellen er idealtypisk, fordi vi alltid vert påverka og vil påverka andre. Dette har seg slik at vokster og modning ikkje er tilstrekkelege kategoriar å omtale mennesket på. Fornufta vil her komme inn og stå i høve til omverda. Og ho vil formidle det etiske aspekt ved oss: daning, val, fridom og endring — vert sentrale, etiske kategoriar.

For juristane er det derimot ikkje snakk om fri vokster. Etter det vi såg i innstillingane, tenkjer dei innanfor „*formingsmodellen*“. Vi såg at „*tilpassing*“, o. s. b. var sentrale omgrep der.

Men det ville vere feil å tru at vi herrre hadde desse to alternativna å velja imellom m. o. t. oppseding. Dersom vi fører inn skiljet mellom *rette innsikt* og „*berre meiningar*“, finn vi fram til eit tredje, og det formidlar dei to andre. Det er det dialektiske. Kriteriet for „*formingsmodellen*“ er om straffa har ført til det oppstilte mål. Men eit slikt kriterium gjeld ikkje for det dialektiske alternativ. Her vil det ikkje vera rett å snakke *om*, heller vil det ikkje vera tilstrekkeleg å snakka *til* (einvegskommunikasjon), men det korrekte vil vera å snakka *med* (tovegskommunikasjon) lovbrytaren. Det var dette prinsipp som Sokrates følgde. Gjennom dialog skulle ein kome fram til rett innsikt. Han polemiserte mot retorikarane. For desse var det viktigare å ha ei elegant språkføring og det mest slåande argument, å nå fram til ei sanning var underordna. Slik kom desse til å stå for prinsippet om „*berre meiningar*“, noko våre dagars politikarar og kjem



opp i. Det kan t. d. vere viktigare med prestisjen enn å få ei rett innsikt. Ved å gå inn på Sokrates sin praksis, kan ein nå fram til rett innsikt, lovbrytaren vert overtydd (eller ikkje). Dette førutset eit subjekt-subjekt-tilhøve. Og det viktige ved eit slikt tilhøve er at *begge* partar skal nå fram til rett innsikt.

Men vi ser at dette er umogleg, fordi jussen då ville miste sin dogmatiske karakter. Og den ville bli politisk i den forstand at den måtte og ta inn i drøftinga lovbrytaren sine premiss. Så langt kan ikkje jussen gå, den stoppar opp ved „formingsmodellen“. Det gjeld det om å *overtala* lovbrytaren, han skal få „berre meininger“, til å late vere å gjere nye lovbrøt. På denne måten vil rettsapparatet og fengselsvesenet alltid kunne hevde sitt herredømme.

Slik får vi vist fram *dialogen sitt vesen*. Om vi vil ha eit dialogisk tilhøve til andre er ikkje berre ei viljes-sak. Vi vil alltid måtta leve med dette dilemmaet mellom einvegstale og dialog, mellom undertrykkjing og frigjerning. Men undertrykkjarane har ingen garantiar for at deira mål med undertrykkjinga vil lukkast. Slik er det og med retts- og fengselssystemet. Difor vert leitinga etter tekniske løysingar på livsforselsproblem i form av straff og behandling den måten retts- og fengselssystemet prøver å kome seg unna denne posisjonen på. Dette er ikkje mogleg. Kvifor?

### *Handling og hensikt.*

Dersom vi seier at alle handlingane og medvitstilstandane våre er noko vi berre kan skjøne ut frå fortidig kunnskap og noko vi kan stille prognosar om, fører dette med seg eit syn på menneske som eit essensielt passivt og ufritt vesen.

Vi såg at juristane la stor vekt på at straffa skulle ha ei hensikt, vere retta mot eit føremål. I sitt arbeid „Metasosiologisk essay“ (1963) drøfter Dag Østerberg bl. a. tilhøvet mellom den umiddelbare og den middelbare handling. Den umiddelbare handlinga er den første, pre-reflektive handlinga ein gjer. Her vil hensikta med handlinga ikkje stå klart fram før ho er utført. Det er vansskeleg å seie kva som kjem først: hensikta eller handlinga. Difor er der i den umiddelbare handlinga einskap mellom handling og hensikt. Men når vi tenkjer attende på handlinga vil hensikta stå fram i denne refleksjonen.

Den middelbare handlinga er å samanlikne med ei regelbunden handling. Vi veit kva handlinga sikkert vil ende i. Ho er eintydig og gjennomreflektert. Refleksjon er eintydig gjerning av det flertydige, for Østerberg. Straff og behandling er døme på middelbare handlingar som tek form av ein plan. Straff som handling er eintydig bestemt av den eintydige hensikt som er gjeven på

førehand. Såleis har den middelbare handling eintydigheit som siktepunkt, den prøver å spalte hensikt og handling. Men i følgje Østerberg kan aldri det lukkast heilt, den eintydige handling vert ei grense som handlingar kan tendere mot i større eller mindre grad. Difor har den reflekterte, middelbare handlinga den umiddelbare som føresetnad. Og ein får aldri garantiar for at planane lukkast på same måten som når ein konstruerer ein maskin. I eit slikt system tenderer straff og behandling mot å verta reine tekniske handlingar, men kan ikkje verte heilt det heller, fordi dei høyrer heime på det mellommenneskelege omkvervet — det dialogiske. Dei unndreg seg kalkulasjon. Livsførselsproblem som egentleg er tvetydige, vil juristane eintydig gjere. Dei vil unndra seg dialektikken mellom handling og hensikt, ved å skilje denne eininga ved tvang.

Det dilemmaet som juristane står i, men som dei vil unndra seg, er eit ekte dilemma som ein ikkje kan oppheve ved kunstgrep. Ikkje ein gong ved tvang. Når einskapen mellom handling og hensikt er bevart, er hensikta den regulative ide som handlinga er retta mot. Dette gjer det mogleg å forstå mi og andre si åtferd indeterninistisk. Men straffa skiljer handling frå hensikt; gjer dei til to likeverdige og inbyrdes uavhengige storleiker. Ho skal vere eit moment i ein plan for å endre andre si åtferd.

### *Straff og overskriding.*

Men det spørst om straffa kan vere eit slikt overskridande (endrande) fenomen; om ho ikkje berre fullendar i seg sjølv. *Overskriding som handling* har rørsle — i sin historisitet — *mot det tvetydige*, mot framtida. *Men straff og behandling som handling* gjer hensikta med handlinga til „årsak“ for straffa, når ho er individualpreventivt grunngeven. Straffa peikar i sin logiske struktur attende på fortida. Ho har rørsle — i sin historisitet — *mot det eintydige*, mot det fortidige, det ferdig avslutta. Difor kan ho ikkje ha nokon overskridande (endrande) funksjon. Overskridinga er av etisk karakter — ho er daning, val, fridoms-potensiell. Dette gjev ikkje straff rom til. Samstundes som straffa skal virke endrande på framtidig livsførsel, vert ho gjennom retts- og fengselssystemet gjort til eit middel som ei grense ho skrir mot og som ikkje kan ha endrande funksjon i seg sjølv. Å snakka om „at straffa må gjerast framtidsetta“ vert fordekt maktpreik for å vinne herredøme. Dette er juristane sitt dilemma. *Dei vil gje straffa ein logisk struktur ho ikkje kan ha, samstundes som dei ikkje vil engasjere seg i eit dialogisk tilhøve.* I beste fall vil straffa frambringe „berre meiningar“ hos lovbrytaren, i verste fall gjer han nye lovbrot. I den individualpreventive tenkemåte får straffa ein annan logisk stauts enn ho kan ha. Ho skal

vere framtdsretta, men eintydig; ho skal vere eit middel, men kan aldri heilt verte det heller innan handlingar på livsførselsomkvervet. Dettevert juristane sitt store tankekors på dette omkverve.

Skal vi så ikkje gjere det slik at lovbrytarane let vere å gjere nye lovbrot for framtida?

Jau, men straffa gjev ikkje nokon garantiar for dette. Snarare viser det seg at fengselsopphald *fremjer* sjansen til at lovbrytaren gjer nye lovbrot. Om framtida har vi *både* kunnskap som byggjer på fortidige hendingar og kunnskap om kva ein vil. Denne einskapen tek ikkje juristane omsyn til, for *den* kjem fram i dialogen som gjev rom for dei etiske kategoriane. Og hos juristane kjem det syn fram at fornufta er eit *tilpassingsorgan*. Det ekte dilemmaet dei står i på dette omkvervet, prøver dei ikkje å løyse gjennom dialogen, men ved teknisk-manipulative handlingar. Samstundes prøver dei å tildekke dette ved å tale på vegne av lovbrytaren. Den individualpreventive tenkjemåte vert difor eit falsum.

### *Nyklassisisme?*

Denne kritikken fører ikkje automatisk til at straff fell bort. Men den fører fram mot ei *atterinnføring av dei etiske kategoriane* i tilhøvet mellom reaksjonssystem og tiltalte. Omsyn som rettferd og rimelegheit må få ein sentral plass att. Dette har V. Aubert slått til lyd for så langt attende som i 1954 — i behandlingsoptimismens blømingstid. Det spørst om vi ikkje må attende til tautologien: „Vi straffar deg for å straffe deg for den illgjerning du har gjort.“ Då er vi attende til ideane frå dei gamle klas-sikarane att. Snarare enn å tenkje på tekniske løysingar, kan vi nytte straffa til å vise kva samfunnet mislikar at nokon gjer. Di større straff, di meir mislikar vi ugjerninga. Såleis kan vi *nytte straffa til å drøfte moralske problem*, der eit dialogisk tilhøve — om enn knapt og vondt — rår. Vi treng ikkje syne til virkningar av ei straff som individualpreventivt ikkje har andre virkningar enn at lovbrytaren vert stemplet. I dette perspektivet har kriminologisk forskning lite å yte av det domarane ønskjer av kunnskap, men høvet til å stå på dei undertrykte si side skulle verte desto større.

*Lars Meling*

### LITTERATUR

- Andenæs, Johs.: Forskning om individualprevensjon og almenprevensjon, Lov og Rett, 1971.  
 Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett, 1956.  
 Aubert, Vilhelm: Om straffens sosiale funksjon, 1954.

- Aubert, Vilhelm: Likhhet og rett, 1964/1969.
- Christie, Nils: Forskning om individualprevensjon kontra almenprevensjon, Lov og Rett, 1971.
- Christie, Nils: Kriminologen — tekniker eller dikter? i Rapport fra det 9. nordiske kontaktseminar, 1969.
- Fengselsreformkomiteen si innstilling til Lov om fengselsvesenet, 1956.
- Jeffery, C. R.: The Historical Development of Criminology, 1959.
- Skjervheim, Hans: Vitskapen om mennesket og den filosofiske refleksjon, Ide og Tanke, 1964.
- Skjervheim, Hans: Det liberale dilemma og andre essays, Ide og Tanke, 1968.
- Straffelovrådets innstilling til Lov om strafferettslege åtgjerder mot unge lovbytara, 1963.
- Østerberg, Dag: Metasosiologisk essay, 1963.
- Østerberg, Dag: Forståelsesformer, 1966.