

## ALLMENNPREVENSJON OG STRAFF \*

AV STIPENDIAT JØRN RT JACOBSEN

*This paper addresses the discussion concerning factual knowledge on general deterrence. It seeks to give a brief overview of recent findings in empirical research on general deterrence in light of the late Johs. Andenæs' contributions to the discussion. In short, though there are reasons to believe that the existence of a criminal justice system in itself has a general deterrent effect, the empirical research gives reasons for being sceptical when it comes to increasing the level of punishment in order to achieve a general deterrent effect. Furthermore, while there has been a great amount of empirical research, the question as to how empirical knowledge on general deterrence should relate to legal argumentation has not been given the same attention: What kind of empirical support is required for legal argumentation about general deterrence to be legitimate? \*\**

Strafferetten er problematisk – på fleire måtar. Eit problem er kva som er *gjeldande rett*: Er ei bestemt handling straffbar? Og i tilfelle – kva straff skal utmålast for handlinga? Men det som kanskje kan seiest å vere det vanskelegaste spørsmålet – i alle fall slik eg opplever det – er spørsmålet om korleis strafferetten skal *legitimerast* – med andre ord korleis ein kan *forsvare* eller *grunnge* eksistensen av instituttet i si noverande form.

Spørsmålet om strafferetten sin legitimitet opptok – som så mykje anna – òg Johs. Andenæs. Drøftingane av desse spørsmåla kom til å utgjere ein sentral del av all den forskinga og det omfattande forfattarskapet Andenæs la bak seg. Ein kan trekke ein raud tråd gjennom dette forfattarskapet, frå dei første innlegga i diskusjonen om krigsoppgjeret, via førelesinga om "Straffens formål" som han heldt då han tiltredde som professor i 1946 og ei lang rekkje andre skrifter, fram til Andenæs la pennen frå seg.

Det er vel ei kjent sak at kjernen i den legitimeringa av strafferetten som *Andenæs* orienterte seg ut frå, var *allmennprevensjonsargumentet* – det vil seie ein tanke om at strafferetten – med andre ord ikkje berre sjølve straffa, men ins-

---

\* Artikkelen er mitt føredrag ved minneseminaret for Johs. Andenæs i Det norske vitenskapsakademi 11. mars 2004. Føredraget er ein kortversjon av ein lengre artikkel - "Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad" – som er under publisering. Eg viser til denne for ei grundigare behandling av spørsmåla. Eg takkar professorane Jan Fridthjof Bernt, Nils Christie og Asbjørn Strandbakken for innspel under arbeidet med føredraget.

\*\* Title in English: *General Deterrence and Punishment*. Original in Norwegian.

tituttet i alle sine former og funksjonar - har ein ønskeleg effekt i form av at den verkar med til *allmenn lovlydnad*. Poenget er med andre ord – for å seie det med Andenæs – at:

”... borgerne på grunn av ... stimuli fra lovgivningen og fra rettsmaskineriet avholder seg fra sosialt uønskede handlinger som de ellers ville ha foretatt. ...” – Andenæs: Straff og almenprevensjon, s. 2.

Noko ”allmennprevensjonsdogmatiker” var Andenæs likevel ikkje. Òg allmennprevensjonsargumentet vart i Andenæs sitt forfatterskap utsett for kritisk prøving.

Forenkla kan vi seie det slik at allmennprevensjonsargumentet har *to sider* ved seg. På den eine sida har ein dei *faktiske* spørsmåla: Verkar strafferetten allmennpreventivt på borgarane og eventuelt i kva grad? På den andre sida har vi dei etiske, moralske eller *verdimesige* spørsmåla: Kan vi rettferdiggjere eller verdimesig sett forsvare strafferettsinstituttet med allmennpreventive omsyn?

I Andenæs sitt forfatterskap var det særleg spørsmålet om allmennprevensjonen sin *faktiske verknad* som stod i sentrum. Det kan truleg seiast å vere fleire grunnar til at det var dette faktiske spørsmålet som i første rekkje opptok Andenæs. Mellom anna nemner Andenæs sjølv erfaringane frå *krigsoppgjeret* som ein viktig årsak. Andenæs – som var ein sentral aktør under krigsoppgjeret – var vitne til at domstolane utmålte til dels strenge straffer i allmennprevensjonen sitt namn. Sjølv tvilte derimot Andenæs på det faktiske grunnlaget for denne argumentasjonen, noko som for han vart ein spore til å arbeide vidare med spørsmåla.

I samspel med andre grunnar medførte dette at Andenæs utvikla ei sterk interesse for og eit sterkt engasjement i diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad. Denne interessa for allmennprevensjonen sitt faktiske grunnlag kombinert med Andenæs sine vitskaplege evner nærast *måtte* sette spor av seg: På dette feltet gav Andenæs heilt vesentlege bidrag til diskusjonen - bidrag som var sentrale nybrottsarbeid ikkje berre på den norske og nordiske arenaen, men òg internasjonalt. Illustrerande i så måte er professor Norval Morris sitt føreord til eit utval av Andenæs sine artiklar om emnet, ei samling som kom ut i USA i 1974:

”Serious analysis of the operation and efficacy of deterrent sanctions is essential to shaping an efficient and humane system of criminal justice. Those who approach this topic find that the writings of Johannes Andenaes tower over the works of others. Andenaes stimulated and deeply influenced all recent studies of deterrence, and his own current scholarship remains on the leading edge of our acquisition of knowledge of the legal threat as an inhibitor of criminal behaviour.” – Andenaes: Punishment and Deterrence s. v.

Det at dei faktiske sidene ved allmennprevensjonen hadde ein slik sentral plass i Andenæs sitt forfatterskap, gjer det naturleg for meg å ta *utgangspunkt* i dette temaet. Sist gong Andenæs skreiv utførleg om forskinga rundt allmennpre-

vensjonen sin faktiske verknad var i ein større artikkel i dette tidsskriftet frå 1977 som hadde tittelen "Nyere forskning om almenprevensjonen – status og kommentar". Dette er nær på tretti år sidan, og den empiriske forskinga om allmennprevensjonen sin faktiske verknad, har ikkje stoppa opp sidan den gong, *vert imot*. Det kan såleis vere av interesse å gjennomgå noko av nyare forskning omkring allmennprevensjonen sin faktiske verknad - for å undersøke om denne stadfestar, supplerer eller eventuelt korrigerer den kunnskapen som førelåg då Andenæs skreiv sin viktige artikkel.

Men før vi går i gang med å sjå på kunnskap den *nyare* forskinga om allmennprevensjonen har gjeve oss, kan det – for å trekke opp det større biletet – vere grunn til å bruke eit par ord på kva kunnskap om allmennprevensjonen sin faktiske verknad som førelåg i 1977.

Mellom anna som ein reaksjon på kraftig kritikk av det manglande faktiske grunnlaget for allmennprevensjonsargumentet frå særleg kriminologisk hald, vart det ei viktig oppgåve for forskinga å undersøke om det faktisk var grunnlag for å tale om noko slags allmennpreventiv effekt av strafferetten. Forskinga fram til slutten av 1970-talet synast å gje grunnlag for å svare stadfestande på dette spørsmålet: Til ein viss grad kunne ein seie at strafferetten hadde ein allmennpreventiv effekt.

Vidare gav forskinga grunnlag for å stadfeste ei viktig sontring i diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad: Heilt frå klassikarane frå opplysingstida – i første rekkje den britiske rettsfilosofen *Jeremy Bentham* og den italienske strafferettsteoretikaren *Cesare Beccaria* – har det vore hevda at ein i diskusjonen måtte sonde mellom den allmennpreventive effekten knytt til på den eine sida *kor stor oppdagingsrisikoen var* og på den andre sida til *kor streng straff ein risikerte*. Det vart hevda at den allmennpreventive effekten først og fremst knytte seg til det første; oppdagingsrisikoen. Den potensielle lovbrytar skulle med andre ord vere meir oppteken av kor stor sjanse det var for å bli oppdaga, arrestert og straffa, enn kva straff vedkommande eventuelt ville møte. Med forskinga fram til slutten av 1970-talet fekk ein no empirisk grunnlag for ein slik påstand: Forskingsmaterialet synast å stadfeste at den allmennpreventive effekten først og fremst relaterte seg til risikoen for å bli oppdaga.

Men vi må raskt skyte inn at det var stor semje om at denne empiriske kunnskapen likevel bygde både på eit usikkert empirisk forskingsmateriale og på diskutabile metodiske premisar. Heilt overbevist var ein med andre ord ikkje – det rådde framleis tvil om allmennprevensjonen sine faktiske moglegheiter.

Sjølv om denne delinga mellom oppdagingsrisiko og omfang av straffa gav diskusjonen eit meir nyansert preg, verka Andenæs sterkt med til å gje diskusjonen eit endå meir nyansert og avansert preg: Gjennom overbevisande analyser og common sense-argumentasjon framheva Andenæs for det første at ein ikkje kunne operere med den same forventinga til den allmennpreventive verknaden i

forhold til alle former for lovbrøt: For lovbrøt som hadde karakter av å vere emosjonelt motiverte og/eller moralsk forkastelege – som til dømes drap – måtte ein rekne med at den allmennpreventive verknaden av strafferetten var mindre. Var det derimot tale om rasjonelt motiverte lovbrøt som møtte mindre motstand i den moralske vurderinga, var det derimot langt større grunn til å ha forventingar til den allmennpreventive effekten av strafferetten. I denne siste kategori kunne ein mellom anna plassere brot på skatte- og avgiftsplikter.

I tillegg peika Andenæs på at diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad nærast utelukkande fokuserte på den umiddelbart *avskrekkande* verknaden av strafferetten. Men for Andenæs var det eit sentralt poeng at ein ikkje kunne snakke om ein allmennpreventiv verknad som eit enkelt fenomen. Tvert om: Strafferetten kunne verke allmennpreventivt på ulike måtar. Det tradisjonelle fokuset på den avskrekkande verknaden av straffa var viktig. Men det var òg viktig å få fram at strafferetten i tillegg kunne ha noko meir av ein langtidsverknad på borgarane sin lovlydnad. Sagt annleis: Eksistensen av strafferetten hadde ein viktig funksjon i forhold til å påverke borgarane sine moralske standardar og vaner på lengre sikt.

Dette var tankar som verka overbevisande på dei fleste og Andenæs si oppfatning fekk såleis stor tilslutning. Men det skal leggest til at Andenæs sin argumentasjon på desse punkt bygde på til dels manglande og usikkert empirisk materiale, noko som - som nemnt tidlegare - var eit generelt problem med diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad fram til slutten av 1970-talet.

Andenæs oppsummerte i sin artikkel frå 1977 situasjonen slik:

”Sikkert er det at sakligheten og det vitenskaplige nivå i diskusjonen er økt. Det er vanskeligere enn før å bli tatt alvorlig innenfor fagkretser med trosbekjennelser på emosjonelt grunnlag. Det har vært en vekselvirkning mellom empiri og teori. ... Det er også blitt vanskeligere å innta ekstreme standpunkter uten å komme i strid med det foreliggende forskningsmaterialet. På den ene side lar det seg ikke godt gjøre å benekte realiteten av straffebestemmelsenes almenpreventive virkning, eller å hevde at virkningen er uavhengig av en effektiv håndheving. ... På den annen side tilsier de undersøkelser som er gjort om kunnskaper om og innstillinger til strafferettssystemet en viss skepsis med hensyn til virkningen av mindre endringer i systemet. Troen i enkelte kretser på at en økning av straffesatser eller av politiinnsats automatisk fører til lavere kriminalitet, fremstår som klart urealistisk. Men noe gjennombrudd i kunnskap ... har man ikke fått. Forskningen har gitt brokker av kunnskap som kan brukes til kontroll og supplering av common sense-pregede resonnementer som man fremdeles vil være henvist til. Det er meget langt igjen for forskningen kan gi kvantifiserbare resultater om hvilken virkning på kriminaliteten man kan vente som følge av den ene eller annen påtenkte endring i systemet, om man noen gang kommer derhen. ...” – Andenæs: Nyere forskning om allmennprevensjonen s. 95.

Før vi går vidare til å sjå korleis kunnskapen frå den empiriske forskinga har utvikla seg dei seinare tiåra, er det etter mitt syn verd å understreke eit generelt, men viktig poeng. Vi kan ta utgangspunkt i ein del av det nettopp siterte: Andenæs

påpeika at "[d]et har vært et vekselspill mellom teori og empiri". Med andre ord: Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad handlar nødvendigvis ikkje berre om empirien. Òg gjennom innsiktsfulle analyser av både allmennprevensjonsargumentet sine strukturelle og rasjonelle føresetnader og av den korresponderande samfunnsmessige røyndomen som den allmennpreventiv-motivererte strafferetten skal verke i, vil ein kunne (i det minste) supplere den empiriske kunnskapen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad - og dermed utvikle diskusjonen. Denne typen kunnskap - som sentrale delar av Andenæs sine arbeider på området kan seiast å representere - vil òg ha ein viktig funksjon i forhold til å sette dagsorden for den empiriske forskinga. All empirisk forskning vil byggje på at ein leiter etter *noko*. Eller sagt annleis: Empirisk forskning føreset ein teori - og kvaliteten på denne teorien vil vere avgjerande for om den empiriske forskinga arbeider ut frå ei adekvat problemstilling som er eigna til å ta diskusjonen vidare.

Slik sett kan ein seie at Andenæs sine arbeider med allmennprevensjonen har ein særleg verdi i forhold til å utpensle ei *adekvat spørsmålsstilling* for den vidare empiriske forskinga. Det er likevel ikkje rom for å forfølge dette poenget her - anna enn å påpeike at trass i Andenæs sin store innsats på feltet, gjenstår det etter mitt syn framleis arbeid med å utvikle ein heildekkande og adekvat teori om allmennprevensjonen. Dette seier likevel meir om kompleksiteten i emnet enn om Andenæs sine bidrag. At desse bidraga i seg sjølv representerte sjumilsteg i denne samanhengen kan det ikkje rå tvil om.

Men la oss gå tilbake til den *empiriske forskinga* som har funne stad dei siste tiåra: Har denne forskinga evna å gje oss eit *sikrare* empirisk grunnlag for diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad?

Det som er sikkert er at omfanget av den empiriske forskinga er og blir stadig større. I denne samanhengen vert det med andre ord verken tale om *noko* breitt eller djuptgåande dykk i denne forskinga. Eg skal nøye meg med å gje eit grovt riss av den. Eg bør likevel understreke at samstundes som den empiriske forskinga er omfangsrik, så er den òg til dels innbyrdes motstridande. Dei empiriske funna varierer og dei meir generelle inntrykka som eg i det vidare skal ta opp, må på ingen måte forståast som eintydige oppfatningar i forskingsresultata.

Hovudintrykket frå den nyare forskinga er at det synast som om mange av dei slutningane ein gjorde ut frå den empiriske forskinga fram til slutten av 1970-talet, har fått ytterlegare empirisk forankring dei seinare tiåra. Det synast å vere ei relativt allmenn forståing at den empiriske forskinga gjev grunnlag for å hevde at strafferetten som system eller samfunnsinstitusjon har visse allmennpreventive verknader. Ei avskaffing av strafferetten ville med andre ord mest truleg medføre ei auke i talet på dei handlingane som strafferetten no rammar. Vidare synes det å vere eit relativt godt empirisk grunnlag for å hevde at oppdagingsrisikoen faktisk spelar ei sentral rolle i forhold til den allmennpreventive verknaden. På den

andre sida er det er god grunn til å vere skeptisk til verknaden av eventuelle straffskjerpingar som verkemiddel for å oppnå ein auka allmennpreventiv effekt.

Når det vidare gjeld eit av Andenæs sine hovudpoeng – at den allmennpreventive verknaden av strafferetten varierer med kva type brotsverk det er tale om – har ein fått noko empirisk materiale som støttar opp om dette, samstundes som anna materiale gjev grunnlag for å hevde at skilnaden mellom dei ulike brotsverka med tanke på ein mogeleg allmennpreventiv effekt kanskje ikkje er så stor som mellom anna Andenæs sine skrifter kan gje inntrykk av.

I tillegg er det grunn til å understreke at det som føreligg av empirisk forskning i all hovudsak knyter seg til den umiddelbart avskrekkande verknaden av strafferetten. Som sagt var det eit sentralt poeng for Andenæs at strafferetten kunne verke allmennpreventivt på andre måtar enn berre gjennom den umiddelbare avskrekking. Men noko empirisk kunnskap med tanke på korleis strafferetten kan verke moral- eller vanedannande, har ein ikkje i særleg grad fått. Dette har mellom anna med å gjere at den moral- eller vanedannande verknaden av strafferetten eigentleg er ein storleik som det nærast er umogeleg å undersøke eller eventuelt avkrefte. På dette punkt må ein såleis framleis bygge på common sense-resonnement.

Skal vi samanfatte kan vi seie det slik at trass viktige utviklingstrekk er situasjonen mykje slik Andenæs skildra den på slutten av 1970-talet: Vi har ei viss mengde empirisk/faktisk kunnskap om allmennprevensjonen som gjev grunnlag for å tru at instituttet i sin heilskap har ein viss allmennpreventiv effekt, men vi er langt unna kunnskap som er presis nok til å gje særleg rettleiing i forhold til korleis strafferetten adekvat kan utformast etter eit allmennpreventivt siktemål. Når vår empiriske kunnskap – trass klare framsteg òg på denne fronten – i tillegg ber i seg store metodiske fallgruver, så er det vanskeleg å konkludere med anna enn at strafferetten sin allmennpreventive plattform framleis byggjer på eit noko ustøtt faktisk/empirisk fundament.

Dette kan synast som eit problem for strafferetten. Men spørsmålet blir då *om det i det heile spelar noko rolle for rettssystemet* at det faktiske fundamentet for allmennprevensjonen er *diskutabelt*?

Spørsmålet synast kanskje underleg, kanskje òg provoserande for enkelte. Dei fleste vil vel meine at denne diskusjonen *på ein eller anna måte* må vere relevant for strafferetten. Andenæs si sterke interesse for temaet skulle i så måte vere eit bevis på nettopp det. Òg heilt frå Montesquieu og andre opplysningsfilosofar sine oppgjer med eineveldet, har det vore ein framtrudande parole i europeisk strafferett at *unødvendige straffer er uetiske*. Men svarar vi stadfestande på spørsmålet om diskusjonen om det faktiske har relevans for strafferetten, så melder det seg straks eit nytt og i vesentleg grad vanskelegare spørsmål: *På kva måte* er diskusjonen relevant?

At dette er eit vanskeleg spørsmål, har fleire grunnar ved seg. Dette skal eg skal kome tilbake til. Men la oss først sjå kva Andenæs meinte om dette spørsmålet.

Det var først og fremst på den *kriminalpolitiske* arenaen at diskusjonen etter Andenæs sitt syn hadde interesse. Dette let seg illustrere ved tittelen på ei bok der Andenæs samla mange av sine artiklar om emnet: "Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk". Kunnskapen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad var såleis meint som hjelp for lovgjevaren i forhold til korleis strafferettsinstituttet rasjonelt kunne utformast. At diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad er av interesse for lovgjevar, skulle det vere lett å seie seg einig i: Aksepterer ein allmennprevensjonsargumentet som den i hovudsak legitimerande grunngevinga for norsk strafferett, så er diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad ein viktig premissleverandør for ei rasjonell utforming av instituttet.

Men sjølv om det i mindre grad var eksponert i Andenæs sitt forfattarskap, så synast det ikkje tvilsamt at Andenæs såg for seg at kunnskapen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad ville vere relevant òg for domstolane. Dette kom tydelegast fram i ei replikkveksling mellom Andenæs og Nils Christie i 1971. I eit tilsvar til Christie, uttalte Andenæs mellom anna at:

"... [d]et er domstolene – i første rekke Høyesterett – som fastlegger straffenivået for forskjellige typer av lovovertrедelser. Man kan godt si at det er en slags lovgiverfunksjon domstolen her utfører. Og kunnskap om hvilken betydning et strengere straffenivå har, er her i høyeste grad relevant." – Andenæs: Forsking om individualprevensjon og almenprevensjon s. 66 andre spalte.

Men Andenæs gjekk dessverre verken her eller noko anna stad i særleg grad nærare inn på spørsmålet om på kva måte kunnskapen skulle vere relevant.

Tek vi derimot utgangspunkt i måten Andenæs legitimerer det allmennpreventive omsynet, så kan ein seie det slik at denne byggjer på ei tilnærma reint formell legitimering:<sup>1</sup> I korte trekk kan ein seie at hjå Andenæs er argumentet legitimt så lenge borgarane har høve til å føresjå den allmennpreventivt-motiverte straffa og så lenge straffa ikkje er uproportjonalt streng. Innan desse rammene synast altså lovgjevar og domstol å stå fritt til å gjere bruk av argumentet. I forhold til vårt tema – allmennprevensjonen sin faktiske verknad – kan dette tolkast på noko ulike vis. Det kan tolkast slik at det faktiske ikkje er relevant for vurderinga av om allmennprevensjonsargumentasjonen er legitim. Ein annan måte å tolke det på er at allmennprevensjonen sin faktiske verknad er relevant for legitimitetsvurderinga, men den er ikkje tilstrekkeleg til å legitimere den allmennprevensjonsmotiverte strafferetten. Men same kva tolkingsmåte ein legg til grunn, så blir forholdet til det faktiske ved ei nærare vurdering problematisk.

<sup>1</sup> Sjå nærare særleg Andenæs: Etske problemer ved almenprevensjonen. Sjølv har eg kommentert denne legitimeringa av omsynet i Jacobsen: Menneskevern eller menneskeverd? sjå særleg s. 42-50.

Legg ein den første tolkingsvarianten til grunn, så kuttar ein linjene mellom det faktiske og det normative på ein måte som står for meg som eit mindre heldig utgangspunkt. Vel ein den andre tolkingsmåten, så er her ein relasjon mellom det faktiske og det normative, men denne er igjen uklar: Kva nærare relasjonar er der og kva krav kan ein stille til desse relasjonane for at argumentasjonen skal vere legitim? For dette spørsmålet får ein lite hjelp gjennom Andenæs si legitimering av argumentet.

Det er ikkje tanken å gå inn i ein kompleks rettsteoretisk analyse her. I korte trekk er poenget mitt at desse legitimitetsrammene viser at det med utgangspunkt i det verdigrunnlaget som ligg nedfelt i retten er nødvendig å formulere heilt andre normative legitimitetspremissar for bruk av det allmennpreventive omsynet i strafferetten. Eit av fleire legitimitetsaspekt vil nødvendigvis måtte vere kva kunnskap som føreligg om allmennprevensjonen sin faktiske verknad.

Men dersom ein først opnar denne døra, så trer ein inn i svært vanskelege spørsmål som gjeld forholdet mellom det faktiske og normativ argumentasjon: *Kva slags relasjonar til det faktiske kan ein krevje for at argumentasjonen skal vere legitim?* Dette er ei problemstilling med stor både spennvidde og sprengkraft – og sjølv om det ikkje er ei eksklusiv strafferettsleg problemstilling, så kan den seiest å vere særleg eksplosiv i den strafferettslege diskusjonen om allmennprevensjonen.

At problemstillinga har stor sprengkraft i strafferettsleg samanheng har for det første med å gjere at strafferetten eit område der vi – som vi har sett – har relativt mykje empirisk kunnskap sett i forhold til andre rettsområde. Samstundes er denne kunnskapen – som vi òg har sett – usikker både med tanke på innhald og kvalitet. Sett i samanheng med at dei strafferettslege inngrepa er av ein slik karakter at dei synes å krevje særlege grunnar for å kunne legitimerast – ikkje berre er strafferetten av sin natur (i varierende grad) både inngripande, destruktiv og ressurskrevjande, men den er òg *meint* å vere eit vonde – så eksponerar og aktualiserer dette problemstillinga i strafferettsleg samanheng: *Kan vi og bør vi – og i tilfelle i kva grad - ha nærare forventingar til at rettsleg argumentasjon skal kunne forankrast i faktisk kunnskap?*

Den legitimitetsforventinga som spring ut av strafferetten sin inngripande karakter, kunne ein i og for seg møte ved å krevje eit slags "fullt bevis" for ein allmennpreventiv verknad for at den allmennpreventive argumentasjonen skal vere akseptabel. For enkelte av allmennprevensjonen sine kritikarar kan dette synes å vere utgangspunktet. Men å formulere eit slikt strengt legitimitetskrav vil samstundes lett kunne kritisierast for å vere urealistisk sett i forhold til at strafferetten (som retten generelt) – som Andenæs var inne på - i stor grad er eit politisk instrument for styring av samfunnet og at samfunnsstyring nødvendigvis vil måtte byggje på meir eller mindre usikre konsekvens- og nyttevurderingar. Slik sett kan vi seie at dette strengt tatt handlar om at (straffe-)retten har lojalitets-



plikter i flere retningar – både mot eit rettsleg og større samfunnsmessig verdi-grunnlag som stiller både rasjonalitets- og normativitetskrav, og mot lovgjevar som eit resultat av den funksjonen det juridisk kommunikative fellesskap har i det moderne samfunn. Meir presist – inkludert for vårt tema – kan kanskje spørsmålet stillast som *kva innverknad det bør få på spørsmålet om kva som er legitim juridisk argumentasjon når alminneleg og gjerne lovgjevarsanksjonert common sense-argumentasjon får konkurranse frå meir eller mindre overbevisande faktisk-empirisk kunnskap* eller der fråveret av slik kunnskap – og dermed grunnlaget for common sense-vurderingane - er særleg tydeleg.

På grunn av mellom anna snevre og inadekvate rettsteoretiske rammer, har desse spørsmåla om forholdet mellom det faktiske og det normative nærast vore definert ut av den strafferettslege legitimitetsdiskursen – og det til tross for at store delar av diskusjonen om og kritikken av allmennprevensjonen i norsk samanheng har konsentrert seg nettopp om det faktiske.

Når desse rettsteoretiske rammene så vert reformulert på ein måte som gjev rom for normative krav til retten, så vil dette forholdet mellom det faktiske og det normative stå som ei stor utfordring, men kanskje òg som eit stimulus for diskusjonen om allmennprevensjonen og straffa sin legitimitet. Men denne diskusjonen må altså - noko den kanskje ikkje har gjort i tilstrekkeleg grad – ta høgde for og inkludere implikasjonane som ligg i at strafferetten i siste instans handlar om *rettsleg* argumentasjon - ettersom det er juristen som har det *avgjerande ordet* i forhold til kva som er *rett* og *ikkje-rett*. Det er med andre ord på den *rettslege* arenaen vi må føre diskusjonen om kva vekt det er forsvarleg å legge på allmennpreventive teoriar og oppfatningar. For meg er det eit viktig aspekt ved diskusjonen om strafferetten sin (rettslege) legitimitet, sjølv om eg rekner med at ein påstand om dette lett vil kunne bli oppfatta som eit strategisk forsøk på å "stele" eller juridisk monopolisere diskusjonen om strafferetten sin livsrett og dermed definere andre ut av den. Så eg kan like godt nytte høvet til å presisere at så ikkje er tilfelle – tanken er heller å verke med til at *premissgrunnlaget* for både diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad og den større diskusjonen om strafferetten sin legitimitet blir så fullstendig som mogeleg.

Skal premissgrunnlaget bli så fullstendig som mogeleg, må ein vere villegge til å stille dei heller utrivelege/spennande spørsmåla: *Kor mykje empirisk grunnlag er det eigentleg for det allmennpreventive argumentet og i kva grad kan rettsleg argumentasjon som baserer seg på slike vurderingar oppfattast som legitim?* Her er det ikkje berre trong for meir nærgåande empiriske studiar, men òg kritisk sjølvrefleksjon frå strafferetten si side over det normative grunnlaget for ein slik allmennpreventiv teori. Vi må med andre ord erkjenne at norsk straffereettsteori ikkje har makta å gje noko overbevisande svar på dei spørsmåla Andenæs reiste om grunnlaget for og gjennomslagskrafta til slik argumentasjon.

Heller ikkje er poengteringa av dei rettslege rammene for diskusjonen nødvendigvis eit uttrykk for at eg vil *forsvare* allmennprevensjonen mot det som lett kan bli oppfatta som eit manglande eller utilfredsstillande empirisk grunnlag for den bruken av allmennprevensjonsargumentet som pregar norsk strafferett i dag. Framleis er det premissgrunnlaget for diskusjonen om allmennprevensjonen sin legitimitet som rettsleg argument eg er på jakt etter å framheve, og eit siktemål med det som eg har gjennomgått ovanfor er tvert om å få fram at allmennpreventiv argumentasjon kviler på eit svært komplisert grunnlag, noko som i høgste grad tilseier at ein er varsam med å motivere straff - særleg større eller mindre straffskjerpingar - på dette grunnlag. Ei forsiktig haldning til allmennprevensjonen sine moglegheiter var eit viktig poeng òg for Johs. Andenæs, og det er eit poeng som på ingen måte fortener å gå i gløymeboka.

### Kjelder:

Johannes Andenæs: *Punishment and Deterrence* – With a Foreword by Norval Morris, Ann Arbor 1974.

Johs. Andenæs: *Etiske problemmer ved almenprevensjonen*, i Jon Palle Buhl (red.): Festskrift til Folketingets ombudsmand Stephan Hurwitz 20. juni 1971: liber amicorum in honour of professor Stephan Hurwitz LL.D, København 1971 s. 31-54.\*

Johs. Andenæs: *Forskning om individualprevensjon og almenprevensjon*. Noen kommentarer til professor Christies artikkel, Lov og Rett 1971 s. 61-69.

Johs. Andenæs: *Nyere forskning om almenprevensjonen* – status og kommentar, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1977 s. 61-101.\*

Johs. Andenæs: *Straff og almenprevensjon*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1966 s.1-47.\*

Jørn RT Jacobsen: *Menneskevern eller menneskeverd?* – Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet, Bergen 2004.

Artiklane merka med \* er òg prenta i Johs. Andenæs: *Straff, almenprevensjon og kriminalpolitikk*, Oslo 1990.

### Adresse:

Det juridiske fakultet  
Universitetet i Bergen  
Magnus Lagabøtesplass 1  
N-5010 Bergen  
Jorn.jacobsen@jur.uib.no