

LIGHED OG ULIGHED I STRAFUDMÅLINGEN

AF DOMMER PETER GARDE

*This article treats the question of whether discrimination in sentencing occurs in Danish criminal justice, esp. as concerns perpetrators from ethnic minorities. While a recent report indicates that conscious discrimination can probably be excluded, such perpetrators are, nevertheless, in some cases sentenced more severely, i.a. because they very seldom plead guilty and thus lose the limited benefit normally caused by the accused's co-operation during the trial.**

Lighedsidealet i strafferetten og strafferetsplejen i videste forstand er et almindeligt anerkendt princip, ja mange anser vel lighedsprincippet som det vigtigste af alle, ikke blot i strafferetten, men i samfundet i sin helhed. Samtidig er det åbenbart, at lighed ikke kan styre alt. "Det lige skal behandles lige." Enig, men hvad er det lige? At anklageren ved afgørelsen af tiltalespørgsmålet af to nøjagtig lige graverende forbrydelser fremmer den første og lader den anden falde, fordi beviserne er stærkere i den første sag, er ikke uberettiget diskrimination, men fornuftig forvaltning. Lige så oplagt er det, at den alvorligere forbrydelse medfører en strengere straf. Nok kan det være svært at afgøre, hvilken forbrydelse er værst, hvis de tilhører hver sin art, jf. den ørkesløse og endeløse diskussion om, hvorvidt vold eller formueforbrydelser medfører eller bør medføre den strengeste straf, men inden for den samme forbrydelsesart er der enighed om, at f.eks. af to med hensyn til udførelsesmåden ens bankrøverier bør det straffes strengest, der gav det største udbytte. Problemet er afgrænsning af acceptable diskriminationskriterier – og lad mig her sige, at af tidsmæssige grunde bliver jeg i resten af mit indlæg stort set hængende i strafudmålingen, selvom anholdelses- og tiltalepraksis i en større sammenhæng ikke er mindre relevant.

For så vidt angår den meget store andel af straffesager uden for straffeloven, særlig færdselsloven, er lighed for loven blevet stadig stærkere gennem detaljerede opregninger af anbefalede straffe, hvilke anbefalinger i de senere år er krøbet fra Rigsadvokatens såkaldte bødekatalog over i selve lovbemærkningerne. Dommerne har brummet over denne udvikling, men jeg er enig med Toftegaard Nielsen¹ om, at der ikke er nogen forfatningsmæssig betænkelighed ved, at lovgiver indskrænker domstolenes spillerum for konkret strafudmåling.

* Title in English: *Equality and Inequality in Sentencing*. Original in Danish.

Ved den store reform af reglerne om straffastsættelsen i 2004, særlig strfl. § 80 ff., indsattes som et novum hensyntagen til ensartethed i rets anvendelsen som et kriterium for udmålingen, endog foran de to traditionelle hensyn, forbrydelsens grovhed og oplysninger om gerningsmanden. Hverken trebindsbetænkningen om straffastsættelse og strafferammer² eller lovforslaget³ begrundede nærmere den ganske frapperende ændring, som i følge betænkningen⁴ er inspireret af svensk ret, hvor den relevante § i Brotsbalken nævner ”intresset av en enhetlig rättstillämpning”. Den manglende udførlige begrundelse skyldes utvivlsomt, at lovændringen kun kodificerede mangeårig praksis. Hermed er lighedsprincippet lovfæstet, om end under en anden etikette.

Der er ingen tvivl om, at forbrydelsens art og grovhed kan medføre forskellig straf, også inden for udmålingspraksis for den samme forbrydelse. Manddrab straffes som udgangspunkt med fængsel i 12 år, drab i familieforhold med 10 år – et kriterium, som jeg anser for dybt umoralsk, men som værende generelt ikke er et udtryk for utilladelig diskrimination – og ved formildende omstændigheder kan straffen synke til 8 år, sjældent mindre, ved skærpene omstændigheder stige helt op til livstid.⁵ Forskelligheder ud fra den pådømte forbrydelsessæregenheder er så godt som aldrig udtryk for ulovlig eller urimelig diskrimination, måske med et lillebitte forbehold for så vidt angår forskelle begrundet i forbryderens motivation. Men nu er jeg i virkeligheden på vej ind i minefeltet, nemlig spørgsmålet om, hvornår det kan forsvarligt at lægge vægt på omstændigheder i forbindelse med gerningsmandens person.

Et kriterium, som altid kan inddrages, er spørgsmålet, om gerningsmanden er tidligere straffet eller førstegangsforbryder. Ganske vist blev 1930-straffelovens oprindelige ordlyd ”Ved Straffens Udmaalning bliver der ... særlig at tage Hensyn til Gerningsmandens foregaaende Vandel” ændret i 1973 ud fra et ønske om at reducere strafskærpelsen for recidivister, men der er ingen tvivl om, at kriteriet stadig spiller en betydelig rolle, særlig ved afgørelsen af det store valg mellem betinget og ubetinget straf,⁶ og dette kan selvsagt ikke betragtes som usaglig diskrimination.

Mere diskutabel er en overdreven hensyntagen til gerningsmanden samlede sociale position. Greve afviser med tilslutning til herskende tysk lære,⁷ at strafudmålingen bliver til en ”Gesamtabrechnung” med den dømtes hele livshistorie. Man kan med samme ret hævde, at den bedrestillede bør straffes særlig mildt, fordi han lider mere ved straffen og derhos rammes særlig hårdt ved straffens stigma, eller særlig strengt, fordi det burde have været lettere for ham at modstå fristelsen. Jeg vil ikke nægte, at det i en undtagelsessituation kan være forsvarligt at forhøje straffen for en særlig privilegeret gerningsmand, jeg indrømmer uden blun, at jeg i den nylige Farumsag behandlede det som en skærpene omstændighed, at forbrydelserne var begåede ikke blot i offentlig tjeneste, men af den person, der

var valgt til den højeste post, som kunne opnås ved et lokalt demokratisk valg, men når et argument i øvrigt som et pendul kan svinge begge veje, gør man klogt i at se helt bort fra det.

På et enkelt væsentligt punkt kan det dog ikke undgås, at gerningsmandens hele sociale situation kan få afgørende betydning, nemlig på ny ved valget mellem betinget og ubetinget dom og særlig mellem samfundstjeneste og ubetinget dom. Idømmelse af samfundstjeneste forudsætter, at tiltalte findes "egnet" hertil, Strfl. § 62, bl.a., at han kan forventes at gennemføre arbejdsforpligtelsen, hvilket vil være lettere for den socialt veltilpassede end for den arbejdsløse misbruger af rusmidler. Det kan således risikeres, at i to sager, hvor den begåede forbrydelse og den kriminelle fortid er ens, bliver sanktionen forskellig, fordi den ene gerningsmand er egnet til samfundstjeneste, den anden ikke. Den grundlæggende betænkning var sig dilemmaet bevidst,⁸ men anbefalede alligevel indførelsen af sanktionen. Jeg er enig heri: At man ikke kan hjælpe alle, er ikke en tilstrækkelig grund til at undlade at hjælpe dem, der kan hjælpes. Men vi må se i øjnene, at uligheden består, i hvert fald i grænsetilfælde.

Gerningsmandens alder har altid været et acceptabelt udmålingskriterium. Strfl. § 82 fremhæver ikke blot som den tidligere § 84, stk. 1, nr. 2, ung alder, men nu også høj alder, "når anvendelse af den sædvanlige straf er unødvendig eller skadelig", hvilket blot er en kodifikation af gældende praksis. Jeg har aldrig kunnet deltage i forargelsen over, at Hamsun undgik straf; en mand på over 85 år sætter man højst ugerne i fængsel, og at han ramtes af den økonomiske erstatningssanktion, var helt ubetænkeligt.⁹ På det mere dagligdags plan vedstår jeg, at jeg i grænseområdet mellem betinget og ubetinget straf i voldssager lader straffri vandel op til ca. 50 årsalderen være en sommetider afgørende omstændighed.

Den dømtes køn er en mere penibel udmålingsfaktor. Den lidt ældre teori tog det nærmest som en selvfølge, at kvinder straffedes mildere end mænd.¹⁰ Som et makabert eksempel kan det anføres, at de to eneste dødsdømte kvinder (af i alt 78 dødsdømte) i retsopgøret benådedes af hensyn til ubehaget hos eksekutionskommandoen ved at skulle henrette en kvinde.¹¹ To nyere artikler har, omend på et empirisk meget begrænset grundlag, ment at kunne finde en svag tendens til, at kvinder endog straffes strengere.¹² Jeg nærer betydelig skepsis over for disse undersøgelser. At f.eks. kvinderepræsentationen blandt de samfundstjenedømte som påvist af Anette Storgaard er lavere end i den samlede gruppe, der i 1980'erne bedømtes med henblik herpå, kan meget vel skyldes, at kvindernes forsvarere har bedt om en personundersøgelse i et større antal uigennemførlige sager, hvor mændene gav op på forhånd. Selv tror jeg, at der tidligere har været en svag tendens til mildhed over for kvinder, men at dette nu er ophørt. Måske kan det hænge sammen med, at en overvejende ældre og mandlig dommerstand, der

i den klassiske valgsituation lod det veje i vægtskålen for en betinget dom, at den tiltalte kvinde skulle passe sine børn – jeg har selv anført dette som en begrundelse for mildere udmåling i en sag om vold over for en socialrådgiver, men da den dømte kvinde var dum nok til at anke for at slippe endnu billigere, skærpede Østre Landsret straffen i stedet og ophævede mit forsøg på en beskeden lempelse – nu er forynget og præges stærkt af kvinder, som vil mene, at så må faderen passe børnene, medens moderen er i fængsel. I en nylig større narkotikasag ved Hillerød kriminalret med meget hårde straffe var der ingen tendens til mildere udmåling for kvinderne end mændene, bortset fra, at den mandlige bagmand naturligvis straffedes strengere end de kvindelige kurérer, men det skyldtes jo forskellen i de pådømte forbrydelsers alvor.

Det store spørgsmål, som har fyldt de sidste års debat, og som fylder resten af mit indlæg, er, om der i skærpende og/eller formildende retning kan og bør tages hensyn til den dømtes nationalitet, etniske oprindelse, kulturelle eller endog religiøse forestillinger, og om en sådan tendens allerede kan iagttages i praksis.

Det siger sig selv, at enhver diskrimination i negativ retning må være udelukket. Det virkede da også særdeles ubehageligt, at Den europæiske Kommission mod Racisme og Intolerance i sin tredje rapport om Danmark, vedtaget 16. december 2005, udtalte, at ”ECRI er dybt bekymret over meldinger om, at visse dommere er forudindtaget over for vidner og anklagede fra etniske minoriteter”.¹³ Formuleringerne ”meldinger” og ”visse dommere” antyder, at rapporten mere giver udtryk for fornemmelser end for videnskabeligt godtgjorte fakta. En senere pilotundersøgelse¹⁴ under International Commission of Jurists’ auspicer påviser, at diskriminering slet ikke eller kun i ringe omfang forekommer ved domstolene. Grundlaget for undersøgelsen er dog kvantitativt beskedent, hvad forfatterne selv erkender.

Når jeg som mangeårig dommer og anklager, der har set en stadig procentuelt voksende andel tiltalte af anden etnisk oprindelse end dansk – det synes i dag at være den valgte etikette – som tiltalte og vidner, tænker tilbage på mit indtryk af praksis, min egen og mine kollegers, må jeg straks erkende, at en enkelt gruppe straffes klart strengere end det store flertal, nemlig asylansøgere eller turister uden tilknytning til riget, som kommer hertil for at stjæle.¹⁵ I 1990’erne havde jeg i snesevis af sager, hvor russere eller baltere meldte sig som politiske flygtninge i Sandholmlejren og benyttede ventetiden inden det uundgåelige afslag på opholdstilladelse til daglige butikstyperier. Værdierne af det stjalne var for store til bødestraf, men ikke større end, at den forventede straf for en fastboende førstegangsforbryder ville have været en betinget dom; desuagtet idømte jeg hver gang en kort ubetinget straf, i øvrigt efter varetægtsfængsling på flugtfarekriteriet, og frihedsberøvede de dømte med henblik på udvisning. Jeg betragter denne praksis som samfundets simple selvforsvar.¹⁶

Det afgørende spørgsmål er selvfølgelig, om retsvæsenet diskriminerer imod fastboende tiltalte, eventuelt også vidner, fra minoriteterne. Jeg er ganske enig med pilotundersøgelsens forfattere om, at diskriminering ikke finder sted. Samtidig er jeg på det rene med, at der foreligger faktiske omstændigheder, der i praksis medfører en strengere behandling af disse personer, uden at dette kan betegnes som diskriminering.

Den første omstændighed er den simple demografiske, at en uforholdsmæssig stor del af minoriteterne er unge mænd fra de lavere sociale klasser, ofte arbejdsløse og uuddannede, netop den klasse, hvorfra forbryderne rekrutteres. Allerede dette medfører overrepræsentation af indvandrere, måske især de såkaldte anden generationsindvandrere.

Den anden omstændighed er, at minoriteternes lovovertrædere i høj grad koncentrerer sig om volds- og sædelighedsforbrydelser og særlig med hensyn til de sidstnævnte er i meget høj grad overrepræsenterede, til dels også narkotikaforbrydelser, men ikke klassiske formueforbrydelser bortset fra tyveri. Og netop ved volds- og sædelighedsforbrydelser er straffene i de senere år kraftigt skærpede, hvorimod strafudmålingen er lempet for gængse, uvoldelige formueforbrydelser. Også dette rammer minoriteterne.

Den tredje omstændighed er, at unge med anden etnisk herkomst end dansk aldrig eller kun yderst sjældent tilstår. Pilotundersøgelsen fremhæver det,¹⁷ og efter et langt liv i strafferetsplejen er jeg aldeles enig. Medens den almindelige statistik for de lidt grovere forbrydelser har næsten lige så mange tilståelsessager som domsmandssager, ser man så godt som aldrig en tiltalt med anden etnisk baggrund end dansk acquiescere ved at blive dømt efter sin tilståelse. Det kan skyldes et overdrevet æresbegreb, man bevarer æren, så længe man hævder sin uskyld og til sin tid betegner den uundgåelige fældende dom som justitsmord og diskriminering, men også, som fremhævet i pilotundersøgelsen, at familien støtter, så længe den har figenbladet, "vores søn er uskyldig", men slår hånden af ham, når skylden er bevist, hvad den netop ikke er i familiens øjne, så længe den unge fastholder sin uskyld.

Hvorom alting er, medfører denne pukken på uskylden selv i de mest oplagte sager to ubehagelige konsekvenser, som godt kan opleves som diskrimination af de mest ømskindede:

For det første bliver unge af anden etnisk herkomst end dansk domfældt mod deres benægtelse i langt videre omfang end danske unge, naturligvis, de tilstår jo aldrig.

For det andet mister de den lette mildelse, som tilståelsen i praksis medfører. Ganske vist er tilståelse efter dansk ret, modsat norsk, ikke en formildende omstændighed i sig selv bortset fra de sjældne situationer, at den skyldige melder sig selv, eller at gerningsmanden giver oplysninger, der er afgørende for opklaring af forbrydelser begåede af andre, Strfl. § 82 nr. 9) og 10), men også derudover kan en

tilståelse i ikke ringe omfang medføre lempelser. Tilstår den anklagede f.eks. syv indbrud af de ham påsigtede ti, vil den fornuftige anklager lade de sidste tre falde, hvorefter straffen for de syv bliver lavere end hvis tiltalte efter fuld bevisførelse var blevet dømt for alle ti,¹⁸ men den anklagede er også tjent ved, at hans forklaring med påberåbelse af formildende omstændigheder ikke modsiges af vidnerne, som jo netop ikke inddrages i tilståelsessager. Også denne bonus går tabt for den anklagede af anden etnisk oprindelse end dansk, som ved sin holdning til sagen gennemtvinger fuld bevisførelse med ofte ødelæggende konsekvenser for ham selv.

Men medens jeg ikke er uden forståelse for, at de tiltalte selv har en fornemmelse af diskriminering, er jeg mere kritisk over for de jurister, som gentager beskyldningerne. De burde have tænkt sig bedre om.

Jeg er klar over, at pilotundersøgelsen, hvor samvittighedsfuld og grundig den end er, hviler på et talmæssigt tyndt grundlag, og jeg kan derfor kun anbefale udvidet forskning på dette følsomme og særdeles vigtige område.

Diskriminationsbeskyldningerne omfatter også behandling af vidner fra minoriteterne. Der er ikke tid til at gå i detaljer herom, lad mig blot sige, at tendensen til gruppeloyalitet i sager mod disse unge er udtalt, og at dette uundgåeligt medfører skepsis hos dommerne over for støtteforklaringer fra vidner fra samme etniske gruppe som den tiltalte.

Til sidst et par ord om tilladeligheden af mildere behandling, omvendt diskriminering. I 1999 var det et vigtigt debatpunkt på det 35. Nordiske Juristmøde i Oslo,¹⁹ hvor indlederen, den norske menneskeretsnestor Erik Møse i et vist beskedent omfang anbefalede afvigelser til gunst for indvanderne, men blev kraftigt modsat af korreferenten Suzanne Wennberg og det store flertal af debatdeltagerne, herunder mig. Enkelte norske og svenske sager er resulteret i mildere straf til en indvandrer under hensyn til dennes kulturelle forudsætninger, men dansk praksis synes at afvise det helt, efter min opfattelse med rette. Særlig vil jeg pege på hensynet til den forurettede, som fortjener fuld retsbeskyttelse, herunder at strafbare overgreb rammes af samme straf uanset gerningsmandens oprindelse og baggrund. Særlig hvis den forurettede tilhører samme minoritetsmilieu, men har forsøgt at frigøre sig fra det og tilpasse sig flertalssamfundets normer, vil det være et overgreb at fastholde denne i minoritetens normer ved en lempelig behandling af f.eks. en voldsforbrydelse. "Ghazala"-dommen²⁰ lever op til disse krav med straffe op til fængsel på livstid og flere udvisninger for et ualmindelig ondartet "æresdrab", snarere en nøje planlagt opsporing og familiehenrettelse af en ung kvinde, der havde vowed at følge sit eget hjerte.

Noter:

¹ Gorm Toftegaard Nielsen: Strafferet 2 Sanktionerne, 2002, p. 131.

² Nr. 1424/2002.

³ L 99 2003-04.

- ⁴ P. 289 f.
- ⁵ Gorm Toftegaard Nielsen: op.cit., p. 102 ff. gennemgår "udgangs niveaueu" for straffen for bl.a. drab.
- ⁶ Vagn Greve: Straffene, 2. udg., 2002, p. 237 f.
- ⁷ Loc. cit. med citering af Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Berlin 1988, p. 796.
- ⁸ Straffelovrådets betænkning om samfundstjeneste nr. 1211/1992 p. 52 med omtale af svenske betæneligheder ved tilsidesættelse af proportionalitet og lighed i strafudmålingen.
- ⁹ Johs. Andenæs: Det vanskelige oppgjøret, 1979, p. 155 ff.
- ¹⁰ Hurwitz: Almindelig del, 4. udg., 1971, p. 542. Waaben: Sanktionslæren, 5. udg., 2001, p. 103, dog alene "formentlig" og med påpegning af, at kvindekriminalitetens typiske beskaffenhed og hensyntagen til den familiemæssige situation også kan begrunde forskelle i udmålingen.
- ¹¹ Ditlev Tamm: Retsopgøret efter besættelsen, 1984, pp. 355 og 374.
- ¹² Ragnar Hauge & Jens J. Gusland: Betydningen av sosial status og kjønn for straffutmålingen. NTFK 1993, p. 19 ff. Anette Storgaard: Har domfældtes køn betydning for strafudmålingen? NTFK 1993, p. 86 ff.
- ¹³ Op.cit. p. 12, her citeret fra nedennævnte pilotundersøgelse.
- ¹⁴ Louise Victoria Johansen & Mette Høgh Stæhr: Lige for Loven – en pilotundersøgelse af behandlingen af etniske minoriteter i straffesager. 2007 (utrykt).
- ¹⁵ Også iagttaget i pilotundersøgelsen, p. 22.
- ¹⁶ Bemærkninger under debatten efter mit indlæg fra hovrættslagman Martin Borgeke, Hovrätten över Skåne och Blekinge, og førstelagmann Nils Erik Lie, Borgarting lagmannsrett, antyder en lignende praksis i Sverige og Norge.
- ¹⁷ P. 13.
- ¹⁸ Jeg har gjort gældende, at en forsvarer, som ikke gør dette klart for den anklagede, ikke lever op til de fagligt etiske krav for forsvarere, jf. Etik og Etikette, Juristen 1994, p. 435 ff. (p. 436).
- ¹⁹ Skal innvandrernes spesielle bakgrunn tas hensyn til i retsanvendelsen? Forhandlingene Del 2, p. 755 ff.
- ²⁰ UFR 2007,1340 H.

Adresse:
Kriminalretten i Hillerød
Kannikegade 1
DK-3400 Hillerød