

VITENSKAPELIG PUBLIKASJON

# Utsyn over utviklingstrekk i det strafferettslege reaksjonssystemet

AV JØRN JACOBSEN

*Jørn Jacobsen er professor ved Det juridiske fakultetet i Bergen, der han arbeider med og underviser i strafferett. Han har forfatta ei rekkje bøker og artiklar om strafferett, og leia forskingsprosjekt om faget. E-post: Jorn.Jacobsen@uib.no*

**SAMANDRAG** Artikkelen tematiserer dei overordna linjene i utviklinga i det strafferettslege reaksjonssystemet. Ein gjennomgang av hovudtrekka i reaksjonslærene til kriminallova, straffelova 1902 og straffelova 2005 vert nytta som utgangspunkt for å problematisere reaksjonslæra slik den i dag er. Analysen tek utgangspunkt i ei forståing av straff primært som klander, der reaksjonslæra først og fremst skal formast gjennom eit proporsjonalitetsprinsipp. Sett frå det perspektivet vert det peika på fleire spenningsfylte trekk i reaksjonssystemet som kan indikere ei orientering mot reaksjonar på individuelle karakterar. Utviklinga skapar eit behov for nye teoretiske grunnlagsarbeid.

**NØKKEWORD** Strafferett, straffelover, reaksjonslære, proporsjonalitet, karakteransvar

**SUMMARY** This article addresses the contemporary Norwegian law of criminal sanctions. By comparing the contemporary penal code of 2005 with the previous codes from 1842 and 1902, a development is identified, where the principle of proportionality is gradually challenged by other principles related to social security and rehabilitation. The article questions the legitimacy of this development, as it could indicate a turn towards considering punishment as a reaction to individual characters instead of blame. This calls for theoretical investigations into this part of criminal law.

**KEY WORDS** criminal law, criminal codes, doctrine of sanctions and sentencing, proportionality, character responsibility

## Innleiing<sup>1</sup>

Strafferetten kan som kjent delast inn i vilkår for ansvar, og eit utval av reaksjonar som kan verte utløyste som straff der strafferettsleg ansvar vert konstatert å liggje føre. Ansvarsvilkåra har over lange tidshorisonantar hatt ein relativt «stabil» karakter, i alle fall i sine grunntrekk. Når det kjem til reaksjonane, synest desse ved første augekast å ha i mykje større grad ein skiftande karakter, då både straffemåtar og straffenivå har endra seg mykje gjennom tidene.<sup>2</sup> Desse har då heller ikkje vore gjenstand for tilsvarande «stabil» teoriutvikling og systematisk utvikling som ansvarsvilkåra har. Ikkje minst i norsk strafferettsvitskap har det teoretiske grunnlaget for ei reaksjonslære, ei systematisk framstilling og forklaring av dei strafferettslege reaksjonane, vore lite utvikla. Tvert om, kan ein seie: Trass i ei påstått «praktisk» innretting av norsk strafferettsvitskap har dette kanskje mest praktisk viktige av dei strafferettslege emna i liten grad vore gjenstand for meir inngående studiar.<sup>3</sup>

At det strafferettslege reaksjonssystemet, til dømes i norsk strafferett, har endra seg gjennom tidene, er likevel ikkje det same som at feltet har vore flytande. Òg reaksjonssystemet er forbunde med grunnleggande rettviseførestillingar, som gjev ei form for stabilitet òg til denne delen av strafferetten. Særleg *proporsjonalitetsprinsippet* har i denne samanhengen hatt ei særleg stilling.<sup>4</sup> Prinsippet avspeglar seg til dømes i straffeformene, som i sin variasjon i stor grad er forma ut frå ein slik synsvinkel. Fengselet har vore, og er framleis, tenkt som ein «strengare» reaksjon enn bøter, og vert då òg nytta med det som utgangspunkt. Proporsjonalitetsprinsippet har, som vi kjem attende til, òg stått seg i konfrontasjon med andre tankestrøymingar. Prinsippet si sterke stilling spring ut av strafferetten sin sentrale klanderfunksjon og det skuldprinsippet dette føremålet gjev opphav til. Hjå oss har dette vore kombinert med ein «defensiv» strafferettstradisjon, prega av eit (komparativt sett) moderat straffenivå og eit fokus på andre

- 
1. Takk særleg til Sverre Flaatten, Ingun Fornes og ein ukjent fagfelle, alle for nyttige innspel til teksten på ulike stadier. Takk òg til vitskapeleg assistent Andreas Slettevold for god hjelp med ferdigstilling av teksten.
  2. Sjå vidare Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996.
  3. Nokre deltema i faget er nærare behandla, slik som Finn Backer Midbøe, *Bøtestraff og subsidiær fengselsstraff: En undersøkelse av avsoningsrisikoen for bøter i norsk strafferettspleie*, Oslo 1960, og nyare Morten Holmboe, *Fengsel eller frihet – om teori og praksis i norsk straffutmåling, særleg i grenselandet mellom fengsel og mildere reaksjoner*, Oslo 2016. Internasjonal litteratur er likevel rikare, sjå til dømes Tatjana Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin 1999 og Andrew von Hirsch og Andrew Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford 2005, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199272600.001.0001> og Magnus Ulväng, *Påföljds-konkurrens: problem och principer*, Uppsala 2005.
  4. Om proporsjonalitetsprinsippet si sentrale rolle, sjå Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff – en systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016, særleg s. 689 flg.

verkemiddel for å handtere dei utfordringane som kriminaliteten utgjer eller er forbunde med.<sup>5</sup>

Nyare utviklingstrekk i reaksjonssystemet utfordrar denne tradisjonen, mellom anna i form av markante straffeskjerpingar. Ein nyare framstøyt i så måte var framlegget om «Skjerpjet straff ved flere lovbrudd», der strafferammene og straffene skulle skjerpast når det skulle dømmast for fleire brotsverk, med nye strafferammer på 30, inntil 40 års fengsel.<sup>6</sup> Det ville bryte med den etablerte førestillinga om 21 år som eit allment tak, som det no berre er gjort unntak frå for visse internasjonale brotsverk og terrorbrottsverk.<sup>7</sup> Framlegget vart kritisert, og moderert til 26 år som strafferamme ved fleire alvorlege brotsverk.<sup>8</sup> Stortinget vedtok likevel ikkje framlegget, på grunn av innvendingar mot hastehandsaminga av saka.<sup>9</sup> Men innlegga i saka gjev samstundes inntrykk av at spørsmålet fort kan kome opp igjen.

I justiskomiteen vart det samstundes sett fram to andre framlegg om ei utgreiing av behovet for straffeskjerping ved grove integritetskrenkingar, men òg desse utan å få fleirtal. Ei slik drøfting kan verte verdifull, men er samstundes kanskje ikkje den viktigaste drøftinga vi bør gjere no. Snarare inviterer utviklinga til ein breiare diskusjon av om vi i dag ser konturane av eit reaksjonssystem som utfordrar grunnleggande strafferettslege og rettsstatlege førestillingar. Denne teksten vil difor tematisere endringstrekk i reaksjonssystemet i norsk strafferett meir generelt, for nettopp å legge til rette for studiar av og diskusjon omkring reaksjonssystemet si utvikling.

For å få perspektiv på utviklinga startar vi med eit historisk perspektiv, der reaksjonssystema i både kriminallova, som er den av våre straffelover som gjev den tydelegaste kontrasten til det noverande reaksjonssystemet, og straffelova 1902 vert presenterte, før vi går nærare inn på reaksjonssystemet i straffelova 2005. Deretter trekker vi opp nokre andre perspektiv på den nyare utviklinga, og då sær-

- 
5. Skiljet mellom ei «defensiv» som motsetnad til ei «offensiv» strafferettstenking er utvikla i Nils Jareborg, «Vilken sorts straffrätt vill vi ha? eller Om defensiv och offensiv straffrättspolitik», i den same, *Inkast i straffområdet*, Uppsala 2006, s. 11–28.
  6. Sjå <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---strengere-straffer-for-flere-lovbrudd-og-endringer-i-utmalingen-av-oppreisningserstatning/id2524272/> (sist vitja 08.05.17).
  7. Sjå lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (etter dette straffeloven 2005, eventuelt strl. 2005), §§ 101–107, § 109 og § 132 jf. § 131. Om strafferammene ved fastsetting av straff for fleire brotsverk, sjå § 79 bokstav a.
  8. Jf. Prop. 137 L (2016–2017) *Endringer i straffeloven m.m. (skjerpjet straff ved flere grove integritetskrenkninger og styrket oppreisningsvern ved krenkninger begått av flere i fellesskap)*, særleg s. 28–32. Sjå same stad s. 22–28 for ein gjennomgang av høyringa.
  9. Jf. Innst. 428 L (2016–2017) *Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeloven m.m. (skjerpjet straff ved flere grove integritetskrenkninger og styrket oppreisningsvern ved krenkninger begått av flere i fellesskap)*.

leg eit normativt perspektiv, der utviklingstrekk vert sett opp mot nokre grunnleggande prinsipp og førestillingar i reaksjonslæra. Då det er det større biletet av ei utvikling og utfordringar ved denne som er vår agenda, vil detaljar i reglane verte tona noko ned. Teksten vil òg ha ei viss slagside mot forhold som synleggjer dei overordna utviklingstrekk og utfordringane. Mange deltema som vert tekne opp i det vidare, har vore gjenstand for nærare omtale i litteraturen. Utvalet i det vidare er av omsyn til lengda på artikkelen likevel ikkje meint å vere uttømmmande. Referansar til ytterlegare litteratur er gjennomgåande å finne i dei refererte verka

Uttrykk som «det strafferettslege reaksjonssystemet» og «den strafferettslege reaksjonslæra» famnar vidt, i den meining at både reglane om straff og om andre strafferettslege reaksjonar enn straff inngår i dei, i tillegg til at òg straffgjennomføringsretten kan seiast å vere omfatta. Av omsyn til omfanget konsentrerast teksten om straff, som er kjernen i reaksjonslæra, og då straffa si utforming og bruk.<sup>10</sup> Avslutningsvis skal vi likevel kort kome inn på samanhengen både med dei andre delane av det strafferettslege reaksjonssystemet og vidare samanhengar.

## Utviklinga frå kriminallova til straffelova 2005

### *Kriminallova*

Grunnlova 1814 § 94 sitt krav om at vedtaking av ei kriminallovbok, resulterte i kriminallova av 1842.<sup>11</sup> Den er rekna som vår mest «klassiske» straffelov, inspirert av modell-lover godt forankra i europeisk rettsstatstenking. Det allmennpreventive argumentet stod i sentrum for den strafferettsteoretiske forståinga som kommisjonen bygde på. Posisjonen var nærliggande i lys av Feuerbach sin innverknad på epoken, men òg ut frå kommisjonen sin diskusjon av den «absolutte» teorien, som nettopp vart ført i motiva til kapittel 2 med tittelen «Om straffene». Diskusjonen baserte seg på ei misvisande forståing av den absolutte teorien, som kommisjonen dermed meir eller mindre måtte ta avstand frå. Problemet, meinte kommisjonen, var at den absolutte teorien lét strafferetten kollapse inn i moralen, i strid med det kantianske skiljet mellom moral og legalitet. Interessant nok var eit av kritikk-punkta til kommisjonen at ein absolutt posisjon ville leie til ei for sterk orientering

10. Om straffgjennomføring, sjå Linda Gröning, «Straffgenomföring som en del av straffrättsystemet – principförklaring av fängelsestraffets innehåll», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2013, s. 146–195. Om dei andre strafferettslege reaksjonane, sjå til dømes Magnus Matningsdal, *Straffeloven – Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff – Alminnelige bestemmelser – Kommentarutgave*, Oslo 2015, s. 574–674, og Gröning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 639–657.

11. Om kriminallova, sjå òg Hauge 1996, s. 142–147. Om straffene i norsk strafferett før kriminallova, sjå til dømes Johs. Andenæs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig straffrett*, 6. utgåve, Oslo 2016, s. 376–377.

mot «individuelle Omstændigheder». Det var ikkje berre «umuligt» for domstolen – og for noko anna «menneskeligt Øie» – å gje ein moralsk dom over handlinga, ei slik vurdering opna òg for «Vilkaarlighed». <sup>12</sup> Den absolutte posisjonen var samstundes ikkje den einaste som kommisjonen var skeptisk til. Det var den òg til individualprevensjonen, som ikkje gav den naudsynte tryggleiken i samfunnet. <sup>13</sup>

Kritikken av den absolutte posisjonen hindra likevel ikkje at reaksjonssystemet i si utforming vart styrt hovudsakleg av proporsjonalitetssynsmåtar. <sup>14</sup> Tilsvarande dominerte proporsjonalitetsomsynet i dei grunnsetningane for kriminallova som Krohg utvikla i 1814. Det heitte til dømes i § 7 første setning: «Som Hovedregel eller Maalestok for Strafferetten i objectiv Henseende, maa antages, at jo mere stridende mod Statens Øiemed en Handling er, desto større maa Straffen være.» Tilsvarande heiter det i § 8: «Jo vigtigere den ved Forbrydelsen krænkede Ret er, og jo virksommere den er angrebet, desto større maa Straffen være.» <sup>15</sup>

Straffene var nærare regulert i lova sitt andre kapittel, og lista opp i kapittelet sin første paragraf. Fire ulike straffformer vart tekne i bruk (§ 1 bokstav a–h): livsstraff (altså dødsstraff), straffarbeid, fengsel og bøter. Straffarbeid var igjen delt inn i fem grader, slik at reaksjonane totalt vart åtte. <sup>16</sup> Gradene var fordelte slik: Første grad = livstid; andre grad = over ni, men ikkje over tolv år; tredje grad = over seks, men ikkje over ni år; fjerde grad = over tre, men ikkje over seks år; og femte grad = frå seks månader inntil tre år straffarbeid. Kroppsstraffene som avkapping av fingrar og pisking var allereie i hovudsak avskaffa, og dei siste overlevingane av desse i andre lover vart oppheva i 1848. <sup>17</sup> Prylestraff for visse grupper av unge, levde likevel vidare òg i kriminallova. <sup>18</sup>

Rekkjefølgja av reaksjonane i lova avspeglar graden av inngrep ved dei ulike reaksjonane (§ 1 andre setning). <sup>19</sup> Proporsjonalitetssynspunkt var òg styrande for

12. Sjå nærare Motiver 1835, s. 17–19, for denne vurderinga av den absolutte posisjonen.

13. Sjå nærare Motiver 1835, s. 19.

14. Å foreine nytteomsyn og proporsjonalitetsargument på ulike nivå i det strafferettslege systemet er ikkje uvanleg i litteraturen (såkalla «mixed theories»), sjå særleg H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, Oxford and New York 1968, s. 3 flg.

15. Prinsippa frå 1814 vart publisert i *Juridiske Samlinger IV* (1829–30), og er inntekne som vedlegg 4 i Hilde Sandvik og Dag Michalsen (red.), *Kodifikasjon og konstitusjon – Grunnloven § 94s krav til lov-bøker i norsk historie: Nye Perspektiver på Grunnloven 1814–2014*, Oslo 2013, s. 340–361. Dei er omtala same stad i Thor Inge Rørvik, «Nils Treschow, Christian Krohg og straffelovens grunnsetninger», s. 85–108.

16. Med reforma i 1874 vart straffarbeid på livstid ein eigen reaksjon, og straffarbeid på 12 til 15 år kom inn i graderinga av straffarbeidet, slik at reaksjonane totalt vart 9.

17. Sjå Henry John Mæland, «Fra kriminalloven til straffeloven», *Tidsskrift for strafferett* 2002, s. 326–337, s. 326. Sjå òg Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016, s. 378, som peikar på at kroppsstraffene alt i stor grad var gått ut av bruk då desse hovudsakleg vart avskaffa ved lov i 1815.

18. Jf. kriminallova kap. 2 § 38.

19. Etter reforma i 1874, § 1 andre leddet.

bruken av dei ulike straffene. Lova gjekk vidare relativt langt i å bestemme fastsettinga av straffa i lova, inkludert med retningslinjer for utmålinga i den første paragrafen i sjette kapittel om «Straffenes Udmaaling, og om deres Nedsættelse eller Forandring i visse Tilfælde». Òg der dominerte moment knytt til karakteren av brotsverket og graden av klander. Lova innebar samstundes ei klar senking av straffene.<sup>20</sup> Kommisjonen var klart skeptisk til strenge straffer.<sup>21</sup> Seinare endringar senka nivået ytterlegare.<sup>22</sup>

Reaksjonssystemet var likevel ikkje strengt bunde til eit proporsjonalitetsmønster. Det inneheldt reaksjonar som kan problematiserast ut frå eit slikt synspunkt, slik som dei «[s]ærege» straffene som lova hadde i § 33 for «Embeds-, Bestillings- og Ombudsmænd», det vil seie «Afsættelse» og «Embedsfortabelse». Desse kan synest å ha eit meir framoverskodande fokus. Den generelle utmålingsregelen i sjette kapittel § 1 var for sin del som nemnt hovudsakleg innretta mot ei proporsjonalitetsvurdering, men inneheld òg moment som er noko vanskelegare å grunngje i eit slikt perspektiv, slik som gjerningspersonen sitt «i hvad der med Forbrydelsen staar i Forbindelse, efter dens Udførelse udviste Forhold». Ved reforma av 1874 fekk lova òg opning for ei meir konstruktiv handtering av unge lovbyrtarar.<sup>23</sup> Etter sjette kapittel § 8 andre ledd kunne dommararen på visse vilkår, i staden for å dømme til straff, tildele «en alvorlig Advarsel og Formaning». Det kunne i og for seg forsvarast ut frå eit synspunkt om mindre klander hjå den unge. Tredje leddet gjekk likevel lenger:

Derhos kan Dommeren, forsaavidt dertil er Adgang, paa Personer i den nævnte Alder [efterat have fyldt ti, men ei femten Aar], istedetfor Straf af Fængsel eller Ris efter indhentet Betænkning fra Fattigkommissionen paa det Sted, hvor Angjældende hører hjemme, anvende Indsættelse i Opdragelses- eller Redningsanstalt, hvis Plan af Kongen er stadfæstet. I saadan Anstalt forbliver Angjældende, saalænge det af Anstaltens Bestyrelse ansees fornødent for hans moralske Forbedring, dog ikke udover det fyldte 16de Aar.

Reforma i 1874 markerer samstundes overgangen fram mot straffelova 1902.

20. Til dømes talar Hauge 1996, s. 146, om «en markert reduksjon i straffenivået».

21. Motiver 1835, s. 20.

22. Slik Hauge 1996, s. 146.

23. Sjå òg mellom anna Tove Stang Dahl, *Barnevern og samfunnsvern: om stat, vitenskap og profesjoner under barnevernets oppkomst i Norge*, Oslo 1992, s. 84–85.

*Straffelova 1902*

Straffelova 1902 utvikla reaksjonssystemet frå kriminallova, men heldt fast ved dei grunnleggjande tankane.<sup>24</sup> Det var først og fremst det omliggjande lovverket som var prega av positivistisk tankegods, der fokus skifta frå gjerninga til gjerningspersonen, og korleis kriminalitet for framtida kunne førebyggast.<sup>25</sup> Straffereaksjonane var no (opphavleg) fengsel, hefte og bøter, medan det i særlege tilfelle kunne dømmast til tap av offentleg teneste.<sup>26</sup> I tillegg kom fire moglege «Tillægsstraffer», lista opp i § 16, det vil seie tap av visse rettar, bortvising frå bestemte stader, offentliggjerjing av dommen, og inndraging av ein bestemt gjenstand. Særleg fengselsstraffa og bot avspeglar proporsjonalitetssynspunkt, stadig forankra i eit allmennpreventivt strafferettsteoretisk grunnlag. Proporsjonalitetsprinsippet si sentrale rolle (og) i denne epoken avspeglar seg til dømes i Hagerup sin strafferettsteori.<sup>27</sup> Domstolen fekk no òg ei noko friare rolle med tanke på å fastsette straffa.<sup>28</sup>

Alt i 1894 hadde det likevel funne stad ein viktig reform i form av reglane om «betinget dom», ei ordning som gradvis vart utvida. Eit anna inntrykk frå den positivistiske strafferettstenkinga var § 39 og § 65 om særlege forholdsreglar, som opna for å halde den domfelte på nærare vilkår «i Sindsygeasyl eller Kur- eller Pleieanstalt, eller Arbeidshus» (§ 39) og for å bestemme at «domfældte kan beholdes i Fængsel, saalænge det findes fornødent, dog ikke længere ud over den fastsatte Straffetid end det tredobbelte af denne og i intet Tilfælde længere end 15 Aar ud over samme» (§ 65). Den sistnemnde regelen vart likevel ikkje i særleg grad brukt, og i 1929 vart reaksjonen bytta ut med ei form for etterforvaring som ikkje var straff.<sup>29</sup> Gradvis fekk så den såkalla behandlingsoptimismen sin epoke. Som nemninga indikerer, vaks det fram ei sterk overtiding om at behandling var meir tenleg til å motverke kriminalitet enn det dei tradisjonelle straffene var. Denne tenkinga sette sitt særlege preg på reaksjonssystemet, til dømes gjennom arbeids-

24. For gjennomgangar av straffene i straffelova 1902, sjå mellom anna Francis Hagerup, *Strafferettens almindelige del*, Kristiania 1911, s. 355 flg., og Jon Skeie, *Den norske strafferett, første bind – Den almindelige del*, Oslo 1937, s. 534 flg. Om straffelova 1902, sjå til dømes Hauge 1996, s. 234–238, Mæland 2002, og Jørn Jacobsen, «i selve Dybderne af den menneskelige Bevidsthed om Ret og Moral: Straffelova av 1902 og den tyske skulestriden», i Geir Heivoll og Sverre Flaatten (red.), *Straff, lov, historie – historiske perspektiver på straffeloven av 1902*, Oslo 2014, s. 44–85. Om utviklinga gjennom straffelova 1902 sin epoke, sjå Ragnar Hauge, «Utviklingslinjer i straffelovgivning i det 20. århundre», NOU 2002: 4 s. 41–77.

25. Sjø Jacobsen 2014.

26. Det opphavlege lovvedtaket er sitert etter *Norsk Lovtidende, 2den Afdeling – Samling af Love, Resolutioner m.m.* 1902, Kristiania 1902, s. 286 flg.

27. Sjø Hagerup 1911, særleg s. 29–30, og vidare Jørn Jacobsen, *Hagerup og den strafferettslege ansvars-læra*, Bergen 2017, mellom anna s. 112–113.

28. Sjø mellom anna Hagerup 1911, s. 399, og Hauge 1996, s. 236–237.

29. Sjø Skeie 1937, s. 652–653.

skulen for unge lovbrutarar. Arbeidsskulen vart først sett i verk i 1951, og forsvann så raskt ut igjen.<sup>30</sup>

Straffelova 1902 innebar overordna sett ei vidareføring og utvikling av den særlege norske og nordiske strafferettstenkinga. Dødsstraff og tvangsarbeid vart ikkje vidareført, og gjennom store delar av 1902-epoken modererte ein stadig bruken av straff.<sup>31</sup> Kriminalmeldinga frå 1978 hevda til dømes det som «i seg selv et mål å redusere bruken av straff».<sup>32</sup> I 1981 forsvann livstidsstraffa til fordel for 21 års fengsel som maksimumsstraff. Då hadde likevel livstidsstraffene allereie ei gjennomsnittleg soningstid på elleve og eit halvt år.<sup>33</sup> I tillegg kom nye alternativ til fengsel, særleg samfunnsstenesta, først som ei prøveordning, så som permanent del av reaksjonslæra i 1991, frå 2001 med nemninga samfunnsstraff.<sup>34</sup> I siste del av epoken skifta likevel det kriminalpolitiske klimaet over i ei meir repressiv tenking, i alle fall i delar av reaksjonssystemet. Det leier oss over til vår noverande straffelov.

### *Straffelova 2005*

Det som skulle verte reaksjonssystemet i straffelova 2005, vaks, kan ein seie, i stor grad fram som ein del av norsk strafferett allereie under siste del av straffelova 1902 si levetid, berre delvis som del av straffelovsreforma sjølv.<sup>35</sup> Samstundes var reaksjonssystemet eit sentralt tema for Straffelovkommissjonen alt frå starten av.<sup>36</sup> Drøftinga av reaksjonsspørsmålet i dei sentrale førearbeida kjem vi noko attende til. Resultatet (då lova endeleg vart sett i kraft) vart i alle tilfelle at straffene som er nemnt i straffeбота, er framleis fengsel og bot, som respektive dei strengaste og mildaste straffeformene, i tillegg til at § 29 inneheld ei utfyllande liste av straffeformer, som reknar opp som straffer fengsel, forvaring, samfunnsstraff, ungdomsstraff, bot og tap av rettar.<sup>37</sup> Lova har slik sett fleire straffeformer enn både kriminallova (sett vekk frå graderinga av tvangsarbeid) og straffelova 1902.

30. Sjå mellom anna Kåre Bødal, *Arbeidsskolen og dens behandlingsresultater: en undersøkelse av de første 100 arbeidsskoleelever – deres tilpasningsnivå før, under og etter institusjonsoppholdet*, Oslo 1962, og Sverre Flaatten, *Høyesterett, straffen og tyveriene*, Bergen 2017, s. 147–184. Om behandlingsoptimismen, sjå Hauge 1996, s. 241 flg.

31. Sjå òg til dømes Anders Bratholm, *Strafferett og samfunn – alminnelig del*, Oslo 1980, s. 100, som konstaterte at reaksjonssystemet i et historisk perspektiv «åpenbart [...] har gått i humaniserende retning».

32. St.meld. nr. 104 (1977–1978) *Om kriminalpolitikken* s. 14, sjå òg mellom anna s. 26 og s. 168 om fengselsstraff.

33. Jf. Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016, s. 394.

34. Jf. Gröning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 624 med vidare referansar.

35. Sjå særleg Matningsdal 2015, s. 275–573, Gröning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 607–639, og Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016, s. 376–455, for nærare gjennomgangar av straffene og utviklinga av desse.

36. Sjå til dømes NOU 1983: 57 kap. 10 og kap. 22–29.

37. I tillegg kjem «andre strafferettslige reaksjoner» i § 30, kjenneteikna ved ikkje å vere straff.



Reaksjonssystemet er samansett: *Fengselsstraffa* er innesperring i fengselsanstalt, og primært tenkt som eit proporsjonalt svar til alvorlege brotsverk. Her er samstundes fullbyrdingsutsetting eit særleg viktig alternativ (§ 34) der ei rekkje særvilkår kan inngå. I tillegg til typiske vilkår som å avstå frå bruk av alkohol eller andre «andre berusende eller bedøvende midler» (§ 37 bokstav d) inkluderer lista i paragrafen ei rekkje ordningar som kan seiast å ha preg av å vere særlege reaksjonar, slik som narkotikaprogram med domstolskontroll eller program mot ruspåverka kjøring (bokstav f), opphald i heim eller institusjon for inntil eitt år (bokstav h) og ungdomsoppfølging (bokstav j). *Forvaring* er òg prega av fridomstap. Men sjølv om det vert fastsett ei øvre og (normalt) ei nedre tidsramme, kan reaksjonen forlengast, potensielt sett livet ut. Avgjerande for bruk og eventuell forlenging av reaksjonen er faresynspunkt og vern av samfunnet mot slik fare.<sup>38</sup> I motsetnad til den tidlegare sikringsordninga er forvaring altså ei straff.<sup>39</sup> *Samfunnsstraff* er ikkje innesperring, den dømte må i staden utføre samfunnsstenleg arbeid eller andre plikter bestemt til eit visst tal av timar. *Ungdomsstraff* er den einaste straffeforma (i tillegg til ungdomsoppfølging som vilkår ved fullbyrdingsutsetting) tilpassa ei bestemt gruppe av dømte, unge lovbrutarar, noko som går fram av vilkåra i § 52 a. Reaksjonen er lagt til konfliktrådet, og inneber gjennomføring av eit ungdomsstormøte, der den dømte deltek saman med ein ungdomskoordinator og andre relevante personar.<sup>40</sup> Målet er å utarbeide ein ungdomsplan som skal oppfyllast som gjennomføring av straffa. Bot inneber betaling av eit fastsett beløp, med mindre det vert gjeve fullbyrdingsutsetting.<sup>41</sup> *Rettighetstap* inneber tap av (visse) rettar, slik som tap av rett til å drive ei verksemd eller ha eit verv, eller kontaktforbod.<sup>42</sup>

Straffeformene speglar noko ulike omsyn: Fengsel og bot er klassiske former for fridomstap eller -innskrenking. Forvaring er prega av eit framoverskodande inkapasiteringsomsyn, samstundes som den kan sjåast som ei form for skjerpning av straffene, då den tidsubestemte karakteren kan seiast å gjere reaksjonen særleg tyngande. Det tyngande elementet forsvann ikkje ved å konvertere tilleggsselementet sikring inn i ein samla straffereaksjon. Tap av rettar er i stor grad grunngeve i tilsvarande kontrollomsyn, om enn ved mildare inngrep. Samfunnsstraff og ungdomsstraff er mindre inngripande fridomstap, som skal unngå dei negative effektane av fengselsstraff og virke rehabiliterande. Innføring av desse kan sjåast som humaniserande, meir konstruktive trekk ved reaksjonslæra si utvikling.

38. Jf. § 43 jf. § 40. Paragraferansar i det vidare er til strl. 2005 om ikkje anna er sagt.

39. Om konstruksjonen av sikringsinstituttet, sjå Helge Røstad, «Sikringsinstituttet», NOU 1974: 17

*Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner*, vedlegg 3, s. 186–273.

40. Sjø vidare lov om konfliktrådsbehandling (konfliktrådsloven) av 19. juni 2015 nr. 65, §§ 22 flg.

41. Jf. § 53 fjerde ledd.

42. Lova inneheld utfyllande reglar om dei ulike straffeformene i kapitla 6–10.

Ein analyse av reaksjonssystemet si utvikling bør samstundes ikkje berre sjå på reaksjonsformene, men òg på (omfanget av) bruken av dei. Òg her er biletet samansett. Eit trekk er straffeskjerpingar. Forutan narkotikabrottsverk, det «mest ekstreme eksempel» på skjerping av strafferammene, har særleg seksual- og valdsbrottsverk vore gjenstand for skjerping i perioden.<sup>43</sup> I samband med vedtakinga av den spesielle delen til straffelova vart straffeskjerping gjennomført med auka minstestraffer, utvikling i førearbeida av nye «normalstraffer» med utgangspunkt i konkrete saker, og skjerping for dei mest alvorlege sakene, endringar som òg vart gjort for straffelova 1902 sin del.<sup>44</sup> For til dømes såkalla sovevoldtekter er det tale om ein tolvdobling av straffa frå 2000 til 2013.<sup>45</sup> I tillegg kjem vinningsbrottsverk, særleg prega av ei kraftig skjerping i gjentakingsstilfelle. Tidlegare var ordninga at dei enkelte straffeboda fastsette om straffa skulle skjerpast ved gjentakning, noko strl. 1902 § 61 supplerte med generelle kriterium for straffeskjerping. Dette vart endra i 2003 då § 61 vart omgjort til ein generell regel om skjerpa strafferamme (òg skjerpa straff) ved gjentakning, til det doble av strafferamma, med særleg sikte på å heve straffene for mellom anna residivinningskriminalitet.<sup>46</sup> Det siste framlegget om skjerpa straff ved fleire brotsverk vart som nemnt ikkje vedteke, men då ikkje ut frå ei avvising av skjerpinga i seg sjølv.

Straffeskjerpingane synest i stor grad vere prega av eit proporsjonalitetssynspunkt. Det har vore eit utbreitt ønske om at visse brotsverks skal straffast strengare, dels ut frå synspunkt om kva desse handlingane i seg sjølv «fortener», dels ut frå samanhengen med kva andre (mindre alvorlege) brotsverk vart straffa med. Bruken av forvaring kan òg trekkast inn. Her synest proporsjonalitetssynspunkt å ha trengt seg inn i det som ved innføring av reaksjonen i 2001 var ein særreaksjon styrt av faresynspunkt.<sup>47</sup> Dermed har reaksjonen gradvis fått karakter av å verte «lovens strengeste straff», sjølv om det framleis vert framheva at reaksjonen har som føremål «ikke å utgjøre en særlig streng straff», men å vere ein «særforholdsregel overfor spesielt farlige lovbrøytare».<sup>48</sup>

---

43. Sitat frå Hauge 2002, s. 69.

44. Sjå til dømes om valdtekt i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 224–231 og Prop. 97 L (2010–2011) s. 13 flg.; sjå om det siste HR-2017-751-A, avsn. 31.

45. Slik Magnus Matningsdal, «Høyesterett som straffedomstol – straffutmåling», i Gunnar Bergby mfl. (red.), *Lov Samnhet Rett – Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 548–595, s. 576. Kritisk særleg Rune Bård Hansen, «Fra utuktig omgang til sovevoldtekt – straffutmåling på ville veier», *Lov og Rett* 2013, s. 688–701, sjå òg til dømes Grønning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 663.

46. Sjå vidare Ot.prp. nr. 62 (2002–2003) s. 73–86 og s. 94–95 (s. 94 nemner eksplisitt valds-, seksual- og vinningskriminalitet); sjå òg mellom anna Grønning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 667.

47. Sjå Grønning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 623 med vidare referansar, og HR-2017-751-A, avsn. 16 flg.

48. Første sitat er frå Berit Johnsen og Hans Jørgen Engbo, «Forvaring i Norge, Danmark og Grønland – noen likheter og ulikheter», *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 2015, s. 175–194, s. 181 (òg der i sitatteikn), det andre er frå Prop. nr. 137 L (2016–2017) s. 30, med referanse til Rt. 2007 s. 1056, avsn. 110 der det tredje er henta frå.

Utviklinga går samstundes ikkje einssidig i skjerpande retning. Til biletet høyrer òg dei straffesenkande tendensane. Her handlar det mellom anna om ei stadig utviding av bruken av samfunnsstraff, då særleg når det gjeld unge lovbyrtarar. Ønsket om redusert bruk av fengsel, i alle fall for visse grupper av lovbyrtarar, verkar å vere utbreitt. Høgsterett har følgd opp intensjonane med dei lovendringane som her har vore gjort, og stadig utvikla nedslagsfeltet for samfunnsstraffa. Eit døme er Rt. 2010 s. 1313 om bruk av samfunnsstraff for ran og ransforsøk på grensa mot grovt ran, der gjerningspersonen var 17 år og 4 månader på gjernings-tidspunktet.<sup>49</sup>

## Perspektiv på reaksjonssystemet si utvikling

### *Ulike perspektiv på utviklinga*

Gjennomgangen indikerer ei utvikling frå eit relativt eintydig innretta reaksjonssystem til ei meir samansett løysing på reaksjonsspørsmålet. Kriminallova sitt reaksjonssystem var ikkje «reinskåre», særleg ikkje etter reforma i 1874. Systemet opna seg likevel meir opp i 1902, og i endå større grad i straffelova 2005. Sistnemnde lov har som vist, samanlikna med kriminallova, eit langt meir samansett straffesystem både når det kjem til reaksjonane si utforming og grunngjevinga. Vidare viser straffenivået, frå å ha hatt ein relativt samlande, nedgåande konjunktur, i dag ei sprikande utvikling mellom eit klart skjerpa nivå på nokre område, til eit vesentleg mildare nivå på andre.

Denne utviklinga kan analyserast nærare særleg langs to linjer. Langs den første må vi stille spørsmålet om kva sosiale og sosialpolitiske utviklingstrekk som ligg bak utviklinga av det strafferettslege reaksjonssystemet. Dette sporet tek oss raskt inn diskusjonar om kva faktorar som ligg bak endringar i måtane vi straffar på, diskusjonar som engasjerer både forståingar av statsformer og deira utvikling, kriminalpolitikk og kriminalstatistikk. Særleg på europeisk plan vert endringane i 1902 i stor grad forståtte i lys av den positivistiske strafferettstenkinga, og bak den, moderniteten sitt gjennombrudd ved overgangen til 1900-talet. Eit hundreår seinare er strafferetten sin bakgrunn det seinmoderne samfunnet og (førestillingar om) globalisering eller internasjonalisering, velferdsauke, sosiale skilnader og ulikskap, økonomiske tendensar som nyliberalisme, *New Public Management* og finanskrisa, og strategiane til interesseorganisasjonar for særleg kvinner og barn. Diskusjonen dei seinare tiåra har ikkje minst handla om den amerikanske, og delvis òg

---

49. Sjå vidare om denne og relaterte avgjerder særleg i Ingun Fornes, «Bruk av samfunnsstraff overfor barn – nye tendensar i Høyesteretts praksis», *Lov og Rett* 2012, s. 87–103. Sjå òg den seinare avgjerda i Rt. 2013 s. 67 avsn. 9 flg. om utviklinga.

britiske, strafferettsutviklinga.<sup>50</sup> Dette vert ofte rekna som dei mest repressive, nært forbunde som dei har vore med «law and order»- og «tough on crime»-tenkinga. Men òg inntrykk frå andre europeiske land vert dregne inn i diskusjonen, slik til dømes norsk narkotikapolitikk er trekt fram.<sup>51</sup> Samstundes førekjem her heime dei same fenomena som i den internasjonale diskusjonen, slik som offerorganisasjonar som arbeider aktivt for straffeskjerpingar.<sup>52</sup> På same tid pregar vår rettskultur måten trendane får uttrykk i norsk strafferett, slik persongalleriet i 1902 forma den både banebrytande og moderate norske strafferettspositivismen.<sup>53</sup> Internasjonale trekk i kombinasjon med særlege norske forhold pregar då òg dei heimlege bidraga til diskusjonen, til dømes i rettsosologien.<sup>54</sup>

Desse diskusjonane er viktige perspektiv på utviklinga i reaksjonssystemet. Slike forklarande perspektiv svarar likevel ikkje utan vidare på om (i kva grad) utviklingstrekka er *legitime*. Der kan andre perspektiv bidra. Ein kan til dømes vurdere utviklinga ut frå vår defensive strafferettskultur, som det har vore brei semje om. Argumenta handlar i utprega grad om omsynet til det opne sivilsamfunnet, og om dei menneskelege, sosiale og økonomiske kostnadane ved offensiv strafferettstenking. Denne tradisjonen er då òg ei vesentleg innvending mot til dømes det nemnte høyringsframlegget. Ei utfordring er likevel at denne strafferettskulturen er utvikla innanfor eit pragmatisk orientert paradigme.<sup>55</sup> Pragmatisk tyder kva som er «nyttig» i ein bestemt kontekst, noko som òg (til sist) gjeld kva verdiar vi skal ha. I det rettskulturelle perspektivet ligg der dermed òg eit potensielt forsvar for den pågåande utviklinga: Rettskulturar utviklar seg, og særleg ein pragmatisk rettskultur som den norske har rom for ulike prioriteringar av dei mange ulike omsyna som ein

50. Sjå til dømes David Garland, *Punishment and Modern Society – A Study in Social Theory*, Oxford 1990, David Garland, *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001, og Jonathan Simon, *Governing Through Crime – How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford 2007, og om til dømes dei pønale strategiane til interesseorganisasjonar, Elizabeth Bernstein, «Carceral politics as gender justice? The 'traffic in women' and neoliberal circuits of crime, sex, and rights», *Theory and Society* 41 (3) 2012, s. 233–259. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11186-012-9165-9>. Og studiar frå Noreg gjer seg gjeldande i diskusjonen, slik som (omsettinga av) Nils Christie, *Kriminalitetskontroll som industri: mot GULAG, vestlig type*, tredje reviderte utgåve med to nye kapittel, Oslo 2000.

51. Sjå til dømes Loïc Wacquant, *Fattigdomens fængelser*, sv. overs., Stockholm/Stehag 2004, s. 96–97.

52. Sjå <http://stinesofiesstiftelse.no/?artID=746&navB=1> (sist vitja 13.06.17).

53. Sjå òg om straffutmåling i etterkrigstida i Flaatten 2017.

54. Sjå til dømes Nicolay B. Johansen, *Det nyliberale janusansikt – straff i frihetens tid*, Oslo 2015.

55. Eit nyare, tydeleg dømme på ei slik tilnærming til reaksjonssystemet er Magnus Matningsdal og Asbjørn Strandbakken, «Straffenivå og straffeteorier i norsk strafferett anno 2001», *Jussens Venner* 2004, s. 1–18, s. 17. Meir generelt om norsk strafferettsvitskap, sjå Jørn RT. Jacobsen «The methodology of the Norwegian criminal law doctrine», i Thomas Elholm mfl. (red.), *Liber amicorum et amicorum Karin Cornils: glimt af nordisk straffrätt och straffeprocessrett*, København 2010, s. 243–265, og Jørn Jacobsen, «Nye trender i strafferettsvitskapen», i Asbjørn Kjønstad (red.), *Nye trender i rettsvitskapen*, Oslo 2013, s. 120–129.

her vil vurdere som relevante. Dermed kan til dømes ei kraftig skjerping av straffennivået vere ei utvikling bort frå ei tidlegare oppfatning, men like fullt ei mogleg orientering av norsk strafferett, gjeve den sosiale utviklinga. Ein kan ikkje frå det perspektivet sjå vekk frå at den defensive strafferettskulturen hadde si tid, før den kanskje (symbolsk) kuliminerte med kriminalmeldinga, og at det no er tid for ein anna og meir repressiv strafferettskultur. Det er ikkje mitt syn. Men perspektivet fasar oss lett inn i ein diskusjon langs dei same linjene som den føregåande, om det sosiale sin konstruksjon, styring og utvikling. Dermed kan ein kome til å oversjå eller tone ned dei konstituerande prinsippa for vår politiske og rettslege ordning og deira grunnlag. Dette kan både synleggjere utfordringar ved den norske reaksjonslæra si utvikling og vere retningsgjevande for handtering av utviklinga.

Øg norsk strafferett byggjer på eit prinsippammeverk som, om teke på alvor, gjev oss ein strafferettsteoretisk modell med meir kontur enn pragmatismen har å tilby. Denne kan ein rekonstruere som (ei forståing av) den *klassiske*, eller demokratisk-rettsstatlege strafferettstenkinga.<sup>56</sup> Påstanden er ikkje at norsk strafferett i eitt og alt har vore og er forma i tråd med denne modellen. Tilspissa var kriminallova ei fortolking av modellen som òg dei seinare straffelovene har forsøkt å bygge moderniteten sin kompleksitet inn i, men då med eit meir spenningsfylt regelverk, ikkje minst når det gjeld reaksjonssystemet, som utfall. I alle tilfelle er det ikkje ein modell som i alt bestemmer strafferetten si utforming uavhengig av tid og rom. Det er snarare ei forståing av korleis norsk strafferett i sine hovudtrekk bør strukturast, om den skal svare til dei meir grunnleggande prinsippa den tek sitt utgangspunkt i, ei forståing som så må (re)appliserast i ulike kontekstar i forhold til eit intervall av legitime løysingar. Denne modellen lét oss dermed spørje i kva grad dei samansette og sprikande utviklingstrekk i reaksjonssystemet lét seg foreine med strafferetten sine grunnprinsipp.

Utgangspunktet er at strafferetten grunnleggande sett handlar om identifisering og fastsetting av visse handlenormer som er konstituerande for vår rettsordning. Dette normene har sitt utgangspunkt i den fornuftskapiteten som kvalifiserer samfunnsdeltakarane som *personar*, og som gjev dei krav på fridom, men òg ansvar for sine handlingar. Rettsreglane konkretiserer dette fridomskravet i form av gjensidige fridomssfærar for individa og bidreg dermed til å materialisere den demokratiske rettsstatlege ordninga.<sup>57</sup> Når nokon misbruker sin fornuft

56. Jørn RT. Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Bergen 2009, kap. 3 og 7. Sjå òg framstillinga i Grønning, Husabø og Jacobsen 2016, kap. 2 og 3.

57. Sjå formulering av rettsprinsippet i Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Wilhelm Weischedel (Hrsg.), *Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden*, 6. unveränderte Auflage, Darmstadt 2005, bind IV, s. 337.

og fridom til å handle i strid med desse reglane, er klander den adekvate reaksjonen. Å bere ein slik klander, og dermed norma sjølv, er straffa sitt grunnleggande føremål. På denne måten stadfestar strafferetten at offeret har vorte gjenstand for ei krenking, og underbygger dermed norma som vart krenka. Det gjer at straffansvar og straff er tilbakeskodande, og ikkje primært prega av framoverretta nyttesynspunkt. For reaksjonssystemet inneber dette at straffene primært må utformast og nyttast ut frå eit proporsjonalitetsomsyn samstundes som at andre omsyn som understøttar forma av dei gjensidige fridomssfærane, kan ha relevans innanfor det spelerommet som proporsjonalitetsomsynet trekk opp.<sup>58</sup>

Desse utgangspunkta kan nyttast til ein kritisk analyse av det noverande norske reaksjonssystemet. Eg skal trekke fram to kategoriar av problem i så måte. Den eine kan vi kalle *direkte* innvendingar ut frå eit proporsjonalitetsynspunkt. Mange av desse innvendingane er kjende, men likevel nyttige å sjå i samanheng, då dei samla legg opp til den andre kategorien av *underliggende* proporsjonalitetsutfordringar. Det handlar i stor grad om eit problem knytt til ein meir generell tendens i retning av ein bestemt type *karaktertenking* i strafferetten, ei erkjenning som i sin tur kan bidra til forklaring av (implikasjonane av) dei direkte proporsjonalitetsproblema. Det vert ikkje skilt skarpt mellom desse. Teksten vil likevel orientere seg frå dei direkte til dei meir underliggende problema.

#### *Direkte innvendingar frå eit proporsjonalitetsperspektiv*

Startar vi med straffeformene, kan vi konstatere at fengselsstraffa, som dei ulike straffeskjerpningane hovudsakleg har handla om, passerer den første testen vi må gjere, det vil seie om reaksjonen tener klandersynspunkt eller ikkje (dei ulike vilkåra som kan settast ved fullbyrdingsutsetting, fortener ei nærare drøfting, som vi ikkje har rom for her). Òg den andre reaksjonen som vert nemnd i (visse av) straffeboda, bot, passerer testen. Tilsvarende klart er det at forvaringsordninga i si noverande støyping, det vil seie som *straff*, ikkje gjer det. Føremålet med reaksjonen er (framoverskodande) samfunnsvern, ikkje klander. Motsetnaden til klandertenkinga er rett nok forsøkt dempa gjennom dei tidsrammene som skal settast, men det endrar likevel ikkje på det grunnleggande utgangspunktet. Den tidlegare sikringsordninga var for sin del eit tillegg til tidsbestemt straff som tente skuldsynspunkt, og var dermed i grunntrekk betre tilpassa dei allmenne utgangspunkta for reaksjonslæra. Utfordringar frå eit klanderperspektiv er det òg knytt til reaksjonen tap av rettar, då til dømes kontaktforbod primært har karakter av vern for framtida. I dag (som tidlegare) er tap av rettar òg lite konsekvent innpassa i

58. Sjå òg Gröning, Husabø og Jacobsen 2016, mellom anna s. 600–602.

skiljet mellom straffene og dei andre strafferettslige reaksjonane, då ein finn tap av rettar i begge kategoriane.<sup>59</sup>

Samfunnsstraff, og særleg ungdomsstraff, fortener òg nærare kommentar. Begge har eit utprega konstruktivt innhald, prega som dei er dels av ønsket om å redusere bruken av fengsel av omsyn til dei negative følgjene som fengselsstraffer ofte har, dels å erstatte fengsel med reaksjonar som har eit større rehabiliterande potensial. Innslaget av individualpreventive omsyn diskvalifiserer dei likevel ikkje utan vidare som straffer. Prinsippet om at straff er og skal formidle klander, styrer ikkje det presise represjonsnivået, slik at òg andre omsyn kan inngå i vurderinga av kva som er adekvate reaksjonar, og korleis desse skal nærare utformast innanfor eit overordna proporsjonalitetskrav. Bruk av alternative reaksjonar til fengsel kan såleis forsvarast: Så lenge den domfelte vert halden til ansvar i form av ei proporsjonalt inngripande straff, er det i alle fall ikkje i utgangspunktet grunn til å avvise bruk av til dømes ein samtykkebasert samfunnsstraff. Rehabiliteringselementet i den i utgangspunktet proporsjonalt bestemte straffa inneber òg ein form for respekt for individet sin fridom, det vil seie ein sjanse til å gå attende til eit liv der ein kan leve i samkvem med andre, utan fridoms-krenkingar. Det er då av denne grunn at rehabilitering har ein slik naturleg plass i straffgjennomføringa, der klanderomsynet allereie er ivareteke gjennom det fridomstapet som dannar ramma for straffgjennomføringa. Ein viktig bakgrunn for at slike alternativ kan tene som adekvate klanderreaksjonar, er den humaniseringsprosessen som reaksjonslæra har vore gjennom. Vi har så å seie stadig vant oss til ein lågare grad av tvang for å markere verdiane våre, noko som igjen knyt diskusjonen til utviklinga av moderne «penal cultures».<sup>60</sup>

Refleksjonane i det føregåande avsnittet om det moglege spelrommet for alternative reaksjonar gjev òg grunnleggande sett svar på spørsmålet om kva rom der er for *Restorative Justice*-tenking i reaksjonssystemet.<sup>61</sup> Ofte vert sistnemnde tilnærming vurdert som eit (i stor grad kontrært) alternativ til den klassiske straffrettstenkinga, men det avhenger i stor grad av måten den aktuelle reaksjonen er utforma på. Der er eit rom for RJ-tenking i reaksjonssystemet i ein strafferett som byggjer på klassiske synspunkt, men føresetnaden er etter mitt syn grovt sagt at norma og normbrotet ikkje vert «sett i spel», men akseptert som utgangspunkt for

59. I den sistnemnde kategorien finn ein til dømes ei anna form for tap av rettar, det vil seie tap av retten til å føre motorvogn mv. (jf. vegtrafikkloven § 24 a andre leddet, § 33 nr. 1 og 2, jf. nr. 6, og § 35 første ledd) og tap av retten til å drive persontransport mot vederlag (jf. yrkestransportloven § 37 f andre leddet), sjå vidare Grønning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 650–651.

60. Sjå til dømes Garland 2001.

61. Om *Restorative Justice*, sjå til dømes bidrag i Linda Grønning og Jørn Jacobsen (red.), *Restorative Justice and Criminal Justice – Exploring the Relation*, Stockholm 2012.

prosessen og avspegla i utfallet av prosessen. Meir grunnleggande har då òg David C. Vogt argumentert for at særleg Hegel sin rettsfilosofi, som ofte vert rekna som eit meir eller mindre idealtypisk grunnlag for den klassiske strafferettstenkinga, er langt meir kompatibel med ei *Restorative Justice*-tenking enn ofte føresett, og at «potensialet ved restorative prosesser taler [...] for at man bør vurdere å gi dem en større plass i fremtidens strafferett – en strafferett som [...] bør styres etter mottoet: Rettens idé er friheten».<sup>62</sup>

At samfunnsstraff og ungdomsstraff grunnleggande sett tener dei rette føremåla, er likevel ikkje det same som at reaksjonane er problemfrie. Proporsjonalitetsprinsippet kan nyttast til ein kritisk analyse av reaksjonane si meir konkrete utforming. Innslag av individualpreventive omsyn vil lett utfordre proporsjonalitetsomsynet når det kjem til omfanget av reaksjonen. Samfunnsstraffa synest likevel òg her å klare testen. Timetalet som domstolen idømmer, vert primært fastsett av domstolane ut frå alvoret ved den aktuelle handlinga, som dermed definerer det hovudsaklege omfanget av reaksjonen.<sup>63</sup> Ungdomsstraffa kan det derimot rettast innvendingar mot.<sup>64</sup> Òg her er det definert ei ramme for omfanget av reaksjonen, som kan gå frå seks månader til to år, eventuelt tre år i særlege saker. Innanfor ei slik (potensielt) vid gjennomføringstid er det opp til forvaltingsapparatet, no i form av det stormøtet som skal utarbeide ungdomsplanen, å definere omfanget av den aktuelle reaksjonen. Det endelege utfallet, som den unge kan avstå frå å godta, men berre under trussel om fengsel som den alternative reaksjonen, kan godt verte proporsjonalt med det brotsverket som er gjort. Men det kan òg ikkje verte det. Den institusjonen som tradisjonelt er gjeven oppgåva med å utmåle proporsjonale straffer, domstolen, sin kompetanse i sakene er dermed berre å sette ei vidare og potensielt langvarig ramme for reaksjonen, og det endelege utfallet kan ikkje bringast tilbake til domstolane for kontroll. Det er samstundes føresett at ungdomsstraff skal vere ein «streng» reaksjon med «høy intensitet i gjennomføringen».<sup>65</sup> Løysinga er uheldig ut frå omsynet til

62. David C. Vogt, «Med rett til å bli straffet – om Kant og Hegels teorier om straff som respekt for forbryteren», *Norsk filosofisk tidsskrift* 2016, s. 148–165, s. 162.

63. Sjå òg Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016, s. 422, som framhevar proporsjonalitetsprinsippet her.

64. Reaksjonen har vore gjenstand for kritikk, sjå til dømes Jørgen Spangen Iversen, «En kritikk av ungdomsstraffen», *Lov og Rett* 2013, s. 630–639, Morten Holmboe, «Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging: En oversikt og noen kritiske merknader», *Tidsskrift for strafferett* 2014, s. 397–414, Grønning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 632–633, og Morten Holmboe, «Reelt og informert samtykke til ungdomsstraff og ungdomsoppfølging», *Tidsskrift for strafferett* 2016, s. 215–237. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2016-03-01>. Sjå òg, med utgangspunkt i inntrykk frå korleis ungdomsstraffa er brukt dei første åra, Ingun Fornes, «Ungdomsstraffens første år: En undersøkelse av ungdomsstraffens anvendelsesområde og innhold i straffartens første år», *Tidsskrift for strafferett* 2016, s. 238–280. DOI: [10.18261/issn.0809-9537-2016-03-02](https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2016-03-02).



maktfordelingsprinsippet, som i strafferettsleg samanheng nettopp lokaliserer oppgåva med å utmåle straff til ein uavhengig domstol med særlege føresetnader nettopp til å ivareta proporsjonalitetsprinsippet. Den kompetansen har normalt ikkje (i same grad) forvaltningsorgan, som tradisjonelt skal realisere andre føremål.

Domstolen sin (manglande) kompetanse til å gjere proporsjonalitetsvurderingar kan òg nyttast til å problematisere eit anna trekk i utviklinga av den norske reaksjonslæra, det vil seie (skjerping av) *minstestraffer*, noko som særleg seksualstraffelovgjevinga har vorte prega av.<sup>66</sup> Ei målsetjing for proporsjonalitetsprinsippet er jo at straffa skal vere tilpassa karakteren av det aktuelle brotsverket. For å oppnå det er openbert ikkje minstestraffer eit tenleg verkemiddel. Slike minstestraffer, der ei bestemt straff skal utmålast uavhengig av dei aktuelle omstenda i dei konkrete sakene, er slik sett òg eit særleg tydeleg problem i eit likskapsperspektiv. Det har då òg vore eit utprega negativt syn på minstestraffer i både dei sentrale førearbeida til straffelova og i litteraturen.<sup>67</sup>

Ved å insistere på kravet til at reaksjonssystemet skal svare til eit proporsjonalitetsprinsipp, kan vi likevel vere på veg mot eit dilemma. Om vi på den måten forsøker å demme opp for reaksjonar som tener andre føremål enn proporsjonal klander, må vi ikkje då akseptere dei ulike vedtekne eller føreslegne straffeskjerpningane som er grunnleggjende i rettvisekrav og synspunkt om at visse brotsverk for tener meir straff? Vi rører igjen ved ein større problematikk. Vektlegginga av prevensjonsomsyn i strafferettsleg samanheng har historisk sett i mange tilfelle samanheng med ein frykt for den «metafysiske» gjengjeldingstenkinga, som har vore forbunden med ein driv mot ei brutalisert strafferettspleie. Rasjonalisering av straff ut frå meir «faktisk» orienterte nytteomsyn har slik sett vore tenkt som eit progressivt grep, noko opplysningskritikken av strafferetten illustrerer.<sup>68</sup> Har slik sett nyare argumentasjon for ulike former for deontologiske eller retributive strafferettsteoretiske posisjonar, typisk sett med ei tyngre vektlegging av proporsjonalitet, vore eit feilsteg?

Tanken er nærliggande i møte med den bruken av «rettviseomsyn» ein finn til dømes i det nemnte høyringsnotatet om skjerpa straff ved fleire brotsverk, utan forsøk på grunnlege framlegget i nyttesynspunkt.<sup>69</sup> Slutninga er likevel for enkel,

65. Prop. 135 L (2010–2011) *Endringer i straffeloven, straffeprosessloven, straffegjennomføringsloven, konfliktrådsloven m.fl. (barn og straff)*, s. 115.

66. Jf. strl. 2005 §§ 292 og 300.

67. Sjø Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 126–137, og til dømes Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther 2016, s. 457–458, og Grøning, Husabø og Jacobsen 2016, s. 663.

68. Sjø til dømes Cesare Beccaria, *Om forbrydelse og straf* & *Voltaire's Kommentar* [1764], oversat med indledning og noter af Sven Helles, efterskrift ved Ditlev Tamm, København 1998.

av fleire grunnar. Vektlegging av proporsjonalitetsprinsippet har stått sentralt òg i utilitaristiske teoriar, samstundes som desse ikkje har vore ein garanti for moderasjon i straffenivået. Narkotikastraffelovgjevinga vart til dømes dramatisk skjerpa innanfor eit pragmatisk-utilitaristisk paradigme. Aksepterer ein deontologisk argumentasjon, kan ein i alle tilfelle ikkje la nytteomsyn avgjere relevansen av den. Vi må snarare diskutere haldbare og ikkje haldbare utviklingar av synspunktet.

Eit utgangspunkt i konfrontasjonen mellom ulike proporsjonalitetsorienterte argumentasjonar er som nemnt at prinsippet om at straff er og skal formidle klander, ikkje avgjer det presise represjonsnivået. Prinsippet krev *ekvivalens*, slik at drap straffast strengare enn til dømes ei kroppskrenking eller eit tjuveri. Om 10 eller 20 år er rett nivå for eit drap, kan i utgangspunktet proporsjonalitetsprinsippet ikkje avgjere, men krev ein applikasjon av prinsippet innanfor ein (i tid og rom) bestemt straffrettskultur. Sjølv om den nordiske strafferettskulturen sitt låge straffenivå er velgrunna, kan ein vanskeleg seie at til dømes den tyske eller italienske strafferetten, begge med eit høgare straffenivå enn vi har, representerer eit brot med proporsjonalitetsprinsippet og det skuldprinsippet som det spring ut av. Tvert om har til dømes skuldprinsippet ei endå tydelegare konstitusjonell forankring i desse landa.<sup>70</sup> Både historiske og komparative perspektiv viser ein høg grad av kontingens i reaksjonssystemet. Det er reaksjonen sin overordna kapasitet *innanfor ein bestemt kontekst*, til å avspegle samfunnet sin klander mot normbrotet som er avgjerande.

Ei offensiv orientering leier likevel lett inn i ein repressiv spiral og ein sosial eksklusjonsprosess. Ved å binde oss til eit lågt represjonsnivå leiast vi over mot former for sosial integrasjon som i sin tur kan avlaste strafferetten. Det er fordelaktig i eit pragmatisk perspektiv, men har òg djupare dimensjonar: Straffa sin funksjon som klander inneber at den er ein form for normativ kommunikasjon og sensur av den aktuelle handlinga, som ei handling utført av eit ansvarleg individ som kunne og burde handla annleis. Eit kjenneteikn ved slik argumentasjon er at den primært

69. Det var semje om at prevensjonsomsyn ikkje kunne grunnge det nemnte framlegget, med visse unntak: Høgre og Frp sine medlemmar i justiskomiteen sa seg «enige med Politijuristene i at en strengere maksimumsstraff for forhold nummer to eller høyere vil få en preventiv effekt. Straffskjerpelse både kan og bør [sic] stoppe overgrep nummer to og videre», jf. Innst. 428 L (2016–2017) s. 4. At ein preventiv verknad «kan» oppnåast, omfattar òg den minste moglegheita for det. Modaliteten gjer med andre ord påstanden triviell og lite relevant i spørsmålet om straffeskjerpingane kan grunnjevast med prevensjonsomsyn. At straffeskjerpinga «bør» få den aktuelle verknaden, står fram som ein normativ påstand som er irrelevant i samanhengen. For tidlegare dømme på hevingar av strafferammer ut frå proporsjonalitetsomsyn, sjå allereie Matningsdal og Strandbakken 2004, s. 6–8.

70. Sjå vidare Jørn Jacobsen, «Konstitusjonelle dimensjonar ved den norske straffelovsreforma (1978–2015)», 153 (2–4) *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 2017 s. 399–414.

bør appellere til dei grunnane som støttar den aktuelle norma som gjerningspersonen har brote og dermed fortent klander for. Det inneber at tvangselementet bør vere så lite som mogleg. Vi har ei plikt til å streve etter å redusere, og i alle fall halde nede tvangsbruken i samfunnet, og i strafferetten særleg, det vil seie ikkje å skape ein strafferettskultur som stadig fordrar meir tvang. Det handlar i ytste konsekvens om å kome nærmare realiseringa av dei nemnte gjensidige fridomssfærane som utgjør føremålet, forma og legitimiteten til rettsordninga. Ikkje all straffeskjerpning er dermed avvist, men slike krev ei særleg grunngeving då utgangspunktet er det motsette.

Å framheve proporsjonalitetsprinsippet som grunnleggande for reaksjonsspørsmålet, ut frå eit retributivt grunnlag, er slik sett ikkje å legge til rette for straffeskjerpning, snarare tvert om. Måten dette argumentet vert brukt til dømes i det nemnte framlegget til fordel for ei auke i represjonsnivået, baserer seg på ei sviktande forståing av proporsjonalitetsprinsippet. Om målet er betre ekvivalens i systemet, bør det å senke straffenivået for brotsverk som ligg for høgt samanlikna med andre brotsverk, vere minst like nærliggande som å skjerpe straffene for dei mest alvorlege brotsverka. Dei ekvivalensproblema som vert framheva i det nemnte framlegget, er ikkje minst eit resultat av at lovgjevar har pressa straffenivået oppover slik at det vert eit trykk mot det «taket» som vi har hatt. Det er ei utvikling som svarar dårleg til den langvarige prosessen knytt til humanisering av straffenivået som har prega føregåande straffelover.

### *På veg mot eit karakterbasert reaksjonssystem?*

Så langt har vi konstaterert at den strafferettslege reaksjonslæra si utvikling er prega av ei blanding av uheldige innslag av andre omsyn enn dei straffeomgrepet legitimerer, i første rekkje inkapasiteringsomsyn, uheldige repressive tendensar og av at domstolen si rolle på sentrale punkt vert redusert. Tendensane kan verke som uavhengige utviklingstrekk. Men dei kan òg sjåast i eit større perspektiv der òg dei humaniserande tendensane, som til dømes samfunnsstraffa og ungdomsstraffa, kan trekkast inn. Spørsmålet er om reaksjonssystemet er i ferd med å redusere eller utfordre den klassiske førestillinga om det frie og ansvarlege individet si rolle som styrande for reaksjonslæra, gjennom ei orientering mot ei form for karakterorientering, ei interesse for (kategoriar av) individuelle trekk ved lovbrytarar, som vi har grunn til å vere på vakt mot.

Først av alt skal det påpeikast at ikkje alle former for karaktertenking vil stå i konflikt med skuldprinsippet. Karakteraspekt kan inngå i sofistikerte moralske og rettslege ansvarsførestillingar, slik tilfellet er ikkje minst med Aristoteles, men òg i nyare bidrag til dømes til strafferettsteorien.<sup>71</sup> Karaktertenking er då heller ikkje

strafferetten heilt ukjend med.<sup>72</sup> Det er generelt vanskeleg for oss å skilje vår endelege dom over ei handling frå kven som har utført den, noko som lett koplar vurderinga til korleis vi vurderer denne personen. Det mest typiske utslaget av det i strafferetten er at gjentakning vert vurdert som skjerpande. Ei handling får ganske enkelt eit noko anna preg om den er gjort (av same person) fem gonger før, samanlikna med om vedkommande har gjort den for første gongen. Karaktertrekk vil òg lett kunne blande seg inn i vurderinga av til dømes måten nokon har utført vald på, for ikkje å seie i tilfelle der det over lang tid er utført mange seksualbrottsverk, noko som speglar seg i – for å ta eitt av mange døme – formuleringar som at tiltalte «fremstår som grenseløs i sin tilnærming til barn og ungdom».<sup>73</sup> Dei rettssubjekta strafferetten feller dom over, er alltid konkrete rettssubjekt, det vil seie ulike personifiseringar av den personstatusen vi deler, personifiseringar med sin historikk, sine særtrekk og sine handlingsmønster.

Men då strafferetten har si forankring i førestillinga om det frie og ansvarlege individet som konstituerande for oss som (straffe)rettssubjekt, er det samstundes rammer for kva spelerom karaktersynspunkt kan få i strafferetten. Rammene for karaktertenking i strafferetten har vi ikkje rom for å fordjupe oss særleg i her, men igjen synest i alle fall den rettsstatlege proporsjonalitetstenkinga å gje eit godt ankerpunkt. Nokre posisjonar søker nettopp å foreine førestillinga om eit ansvarleg individ, karakteren til vedkommande og klander.<sup>74</sup> Problematisk vert det derimot særleg når det er tale om primært strategiske interesser for ulike karakterar, med kategoriar forma ut frå interesser for sosial eksklusjon eller inklusjon, alt avhengig av kva problem eller potensial vi ser i kvar einskild (gruppe av) lov- brytar(ar).

Det kan vere nettopp det som vi kan sjå konturar av i den norske reaksjonslæra.<sup>75</sup> Forvaring som straff er til dømes eit klart uttrykk for det. Den faretenkinga som den byggjer på, er langt på veg den direkte motsetnaden til førestillinga om

71. Sjå til dømes R.A. Duff, «Choice, Character, and Criminal Liability», *Law and Philosophy* 1993, s. 345–383, DOI: <https://doi.org/10.1007/bf01000637>, R.A. Duff, «Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?», *Buffalo Criminal Law Review* 2002, s. 147–184, DOI: <https://doi.org/10.1525/nclr.2002.6.1.147>, og Kyron Huigens, «On Aristotelian Criminal Law: A Reply to Duff», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 2004, s. 465–499.

72. Nokon hevdar i større grad enn andre at strafferetten er prega av karaktertenking, slik som Nicola Lacey, som «argue that there are indeed significant traces at least of the more cautious versions of the character approach in contemporary English criminal law», sjå *In Search of Responsibility – Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford 2016, s. 59, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199248209.001.0001>.

73. Formuleringa er henta frå LE-2013-067470.

74. Sjå refererte verk i note 71.

75. Frå den internasjonale litteraturen, sjå til dømes Lacey 2016, s. viii, som hevdar at den samtidige engelske strafferetten er i ein epoke «in which character responsibility, combined in interesting ways with a new discourse of responsibility as founded in risk, is enjoying an renaissance».

det frie og ansvarlege individet, det vil seie nokon ein grunnleggande sett kan ha forventingar til og dermed òg kunne stole på. Faretinkinga byggjer på det motsette utgangspunktet, at vedkommande med nokon grad av sannsyn vil gjere nye brotsverk og slik sett ikkje er til å stole på. Det er heller ikkje berre i sjølve forvaringsinstituttet vi ser denne tendensen. Den avspeglar seg òg i straffeskjerpingane, og ikkje minst i tendensane til å tenke og uttrykke seg om kriminelle, særleg valds-, seksual- og narkotikalovbrytarar og ikkje minst residivistar innan desse felte (grovt teikna, men like fullt effektivt verkande kategoriar i media og i kriminalpolitiske diskusjonar), som samfunnsfiendar og liknande. Det er samstundes verd å legge til at det ikkje berre er i reaksjonslæra at slike faresynspunkt trengjer inn i strafferetten. Dette er òg noko av uroa knytt særleg til utviklinga av terrorstraffelovgjevinga, der utgangspunktet om den frie og ansvarlege samfunnsdeltakaren på området vert sett under press av ei *fiendetinking*.<sup>76</sup> Kva anna er vel fiendar enn nettopp farlege?

Eit viktig poeng er samstundes at karaktertinkinga ikkje berre handlar om at nokre vert vurderte som farlege. Ei slik tenking kan òg sjåast i tendensane til minka represjon og konstruktiv orientering på andre område. Då handlar det ikkje om farlege individ, men snarare om individ med potensial til å kome attende i folden av lovlydige og helst produktive samfunnsdeltakarar. I det større biletet vert dermed slike tilsynelatande humaniserande trekk ved reaksjonssystemet òg ei utfordring.<sup>77</sup> Det perspektivet vert særleg relevant for ungdomsstraffa, der ein altså i større grad flyttar fastsetting av den konkrete reaksjonen over i ein forvaltningsregulert prosess med eit særleg fokus på individet sitt liv, utfordringar og potensial. Men det er ikkje berre for barn synspunktet gjer seg gjeldande, noko dei ovanfor nemnde alternative vilkåra ved fullbyrdingsutsetting kan vitne om. Mellom desse kategoriane står vi igjen med dei med «svak vilje» som har gjort kriminalitet, men utan det fareaspektet som tilseier forvaring eller eit behov for rehabilitering og innfasing i særlege tiltak. Hadde vi teke med i biletet samanhengar som er utvikla mellom strafferett og andre regelverk, straffeprosessen og straffgjennomføringa inkludert, ville vi fått eit endå meir samansett bilete.<sup>78</sup> I alle fall ut frå ei pragmatisk tilnærming, der straffene tener ulike føremål, vert då òg desse samhengane nærliggande å trekke fram, og kanskje òg utnytta.

---

76. Om diskusjonen om terrorisme og fiendestrafretten, sjå Jacobsen 2009, s. 642–659, og Jørn Jacobsen, «Strafferett, forfatning og unntakstilstand», i Dag Michalsen (red.), *Unntakstilstand og forfatning: Brudd og kontinuitet i konstitusjonell rett*, Oslo 2013, s. 260–278.

77. Om bakgrunnen for utviklinga, sjå òg Hauge 1996, s. 350–353.

78. Sjø mellom anna Nicolay B. Johansen, «Det strafferettslige kompleks – strafferetten og biopolitikens nye grenser», i Flaatten og Heivoll 2014, s. 185–219, med utgangspunkt i straffelova 1902.

Dermed får vi konturane av eit fleirspora system inne i reaksjonslæra, med spor som fører stadig lenger vekk frå kvarandre, bygd på førestillingar som i delar ikkje lèt seg foreine med dei for rettsordninga konstituerande og legitimerande førestillingane. Ei slik utvikling kan vere ønska, sett ut frå visse kriminalpolitiske program. Men frå eit rettsstatleg perspektiv gjev den altså grunn til uro. Om spennet mellom ulike omsyn og mellom ulike nivå av represjon i reaksjonssystemet som eit heile vert for vidt, vil den på noko punkt avspegle éi forståing av visse (kategoriar av) lovbrytarar, og ei anna med omsyn til andre (kategoriar av) lovbrytarar, der nokre av dei er vanskelege å foreine med strafferetten og rettsstaten sitt menneskebilete og kravet til likskap.

Når dette uroar, er det ikkje minst på grunn av parallellane til den positivistiske strafferettstenkinga som Franz von Liszt gjekk i bresjen for ved inngangen til 1900-talet.<sup>79</sup> Tankegangen var at straffene burde innrettast etter eit tredelt system, ut frå kva som var tenleg først og fremst etter eit individualpreventivt siktemål. Synspunktet om ulike kategoriar av lovbrytarar som strafferetten si reaksjonslære skal formast ut frå, finn vi slik sett i vår historiske bakgard. Sjølv om ikkje tenkinga fekk det innpasset i norsk strafferettstenking og i straffelova 1902 som ofte meint, så var til dømes Getz og ideen om «at skaane de angrende og bekjæmpe de trodsige» prega av den.<sup>80</sup> Dermed kan det vere grunn til å spørje om vårt noverande reaksjonssystem er ein forseinka siger for den positivistiske tenkinga, der den trengjer grundigare inn i reaksjonssystemet, om den enn ikkje har utspring i eit overordna teoretisk prosjekt. Ler likevel von Liszt sist?

Utviklinga kan samstundes ikkje seiast å vere overraskande. Til dømes trekte allereie i 1996 Hauge opp konturane av denne utviklinga.<sup>81</sup> Mykje av kritikken ovanfor har då òg vore sett fram endå tidlegare, slik Hagerup i si tid kritiserte positivismen, og behandlingsoptimismen seinare vart gjenstand for kritikk særleg frå kriminologisk hald.<sup>82</sup> Om noko er overraskande, så er det at strafferettsvitskapen i så liten grad har drøfta den nyare utviklinga i prinsipielt lys.<sup>83</sup> Sentrale tema i reaksjonssystemet, slik som gjengangarstraffene, har ikkje vore underkasta grundigare drøftingar, sjølv om det lenge har vore vurdert som eit av dei mest sentrale

79. Sjå særleg dei ulike artiklane i Franz von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1: 1875 bis 1891*, DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110901078>, og *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2: 1892 bis 1904*, DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110901085>, (begge Berlin 1905).

80. Sjå nærare Sverre Flaatten, «Skaane de angrende og bekjæmpe de trodsige» – Straffeloven 1902 og den positivistiske straffutmåling, i Flaatten og Heivoll 2014, s. 86–121.

81. Hauge 1996, s. 339–365.

82. Om Hagerup og positivismen, sjå Jacobsen 2017, s. 97–127, om kritikken av behandlingsoptimismen, sjå Hauge 1996, s. 260–272.

83. Men sjå derimot mellom anna Erik Keiserud, Øyvind Precht-Jensen og Jannicke Naustdal, «Advokatforeningens årstale 2013: Straff som fortjent», *Tidsskrift for strafferett* 2013, s. 526–542.

straffutmålingsmomenta.<sup>84</sup> Like passiv har ein vore overfor dei prinsipielle sidene ved reaksjonssystemet si meir overordna utvikling, trass i at utviklinga i straffelovene openbert inviterer til det, og at anna norsk og internasjonal litteratur leverer eit breitt premissgrunnlag for å gjere det. Men utan evne til eller interesse for å gå djupt i reaksjonslæra sitt teoretiske fundament er det då òg vanskeleg å fange inn slike problem, og å modellere ut meir haldbare alternativ. Sjølv om straffelovkommissjonen og særleg Torgersen si utgreiing om strafferammer tok for seg relevante tema, og Hauge klargjorde den historiske utviklinga, mangla den breiare teorikonteksten som ville mogleggjort ei meir samla og overordna analyse av utviklinga.<sup>85</sup>

Denne situasjonen sette samstundes premissane for arbeidet med reaksjonssystemet i straffelova 2005. Desse førearbeida fortener i vår samanheng ein eigen meir inngåande analyse. Kort sagt kan arbeidet i liten grad seiast å ha tematisert dei overordna trekka ved og prinsippa for reaksjonssystemet, sjølv om særleg reaksjonane var eit sentralt tema for Straffelovkommissjonen alt i NOU 1983: 57.<sup>86</sup> Unntaksvis rører drøftingane ved generelle trekk ved systemet, slik som at kommissjonen uttrykte seg «positiv til at det blir utviklet nye alternativer til tradisjonell strafferettslig behandling», men utan å verte koplå til ei heilskapleg forståing av reaksjonssystemet.<sup>87</sup> Den påfølgjande NOU 1992: 27 gjekk i forlenginga endå meir konkret til verks. Samstundes kan ein seie at arbeidet med denne lova, særleg i dei innleiande fasane, på sett og vis «fall mellom to stolar». Kriminalmeldinga, startpunktet for lovforma, som rett nok avviste å bygge arbeidet med ny straffelov på ei «prinsipputredning», signaliserte likevel eit relativt tydeleg kriminalpolitisk program og drøfta fleire sider ved reaksjonssystemet, med synspunkt som Brattholm, den første leiaren av Straffelovkommissjonen, synest å ha slutta seg til.<sup>88</sup> På same tid var det kriminalpolitiske omskiftet ikkje for alvor kome i gang, i alle fall ikkje her heime.

I fråværet av ein teorikontekst ligg det likevel ein kime til håp. Utvikling av teoriar om og modellar av ei haldbar reaksjonslæra kan vere ei nødvendig motvekt mot den pågåande utviklinga. I andre land har ein i større grad klart å etablere eit meir heilskapleg reaksjonssystem.<sup>89</sup> Ut frå den strafferettsteoretiske posisjonen som er skissert ovanfor, treng òg vi ei meir prinsipiell orientering mot proporsjo-

84. Sjø til dømes Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012, s. 249–250.

85. Jf. Hauge 2002. NOU 2002: 4 inneheld òg eit utdrag frå Torgersen si utgreiing, på s. 100–143.

86. Sjø til dømes NOU 1983: 57 kap. 10 og 22–29.

87. NOU 1983: 57 s. 219.

88. Avvisinga av ei prinsipputgreiing som grunnlag for reforma er å finne i St.meld. nr. 104 (1977–78) s. 98.

89. Den nærliggande kontrasten er den svenske reaksjonslæra, med eit tydelegare proporsjonalitetsprinsipp som utgangspunkt, om den enn er «ett resultat av politiska stridigheter och därför präglas av kompromisser, lösningar som avviker från systemets logik och andra ofullkomligheter», jf. Nils Jareborg og Josef Zila, *Straffrättens påföljdsåra*, 4. uppl., Uppsala 2014, s. 97.

nalitet, konsekvent defensivt forstått, der strafferetten avspeglar den same straffande forståinga med tanke på ulike lovbyrtarar, og ei nyvunnen forplikting til den humaniserande tradisjonen i norsk og europeisk strafferett. Eit slikt rammeverk for ei reaksjonslære treng ikkje å ha ambisjonar om presist å meisle ut eit alternativt reaksjonssystem, men bør utvikle grunntankane, mest grunnleggande straffeomgrepet sjølv, og rettleiande prinsipp for reaksjonslæra generelt og for særlege utfordrande tema i den. Det er ikkje minst grunn til å utfordre Kritisk juss-prosjektet på ei orientering frå ein politisk aktivistisk identitet over mot eit prosjekt grunna meir i teoriutvikling, som grunnlag for haldbart å kunne ramme uhaldbare reglar og framlegg til slike, slik som det nemnte høyringsframlegget.<sup>90</sup>

For nokre vil analysen av utviklinga i det føregåande vere ufullstendig, og det med rette. Men det føregåande skal i alle fall vere nok til å aktualisere eit perspektiv på reaksjonslæra som vi bør vere merksame på, og som vi berre kan avklare og eventuelt justere oss vekk frå ved å fordjupe oss både i reaksjonslæra sin teori og praksis. Skulle ei meir fullstendig analyse avdempe relevansen av dette kritiske blikket, ville det sjølvsgatt vere eit gode. Andre er kanskje meir overtydde om at perspektivet fangar inn ei aktuell og viktig utfordring for norsk strafferett, men ser ein slik teoriorientert agenda som ein ufullstendig respons på den breiare utviklinga og dei mange kontrollformene i det «strafferettslige kompleks».<sup>91</sup> Ein stad må ein likevel starte, og forming av ei rettsstatleg, strafferettsleg reaksjonslære er eit godt utgangspunkt og for å diskutere til dømes (samanhengen med) andre, relaterte reaksjons- og kontrollformer og fordringar på desse, ja i det heile for korleis vi kan adekvat skildre den utviklinga vi er vitne til, og kva som nærare er problema med denne.

## Litteraturliste

- Andenæs, Johs, Rieber-Mohn, Georg Fredrik og Sæther, Knut Erik, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, Oslo 2016.
- Beccaria, Cesare, *Om forbrydelse og straf & Voltaires Kommentar* [1764], oversat med indledning og noter af Sven Helles, efterskrift ved Ditlev Tamm, København 1998.
- Bernstein, Elizabeth, «Carceral politics as gender justice? The ‘traffic in women’ and neo-liberal circuits of crime, sex, and rights», *Theory and Society* 41 (3) 2012, s. 233–259.  
DOI: <https://doi.org/10.1007/s11186-012-9165-9>.
- Bratholm, Anders, *Strafferett og samfunn – Alminnelig del*, Oslo 1980.
- Bødal, Kåre, *Arbeidsskolen og dens behandlingsresultater: en undersøkelse av de første 100 arbeidsskoleelever – deres tilpasningsnivå før, under og etter institusjonsoppholdet*, Oslo 1962.

90. Om kritiske perspektiv, sjå Christoffer C. Eriksen, *Kritikk – konfrontasjoner med rett og makt*, Oslo 2016.

91. Uttrykket er henta frå Johansen 2014.



- Christie, Nils, *Kriminalitetskontroll som industri: mot GULAG, vestlig type*, tredje reviderte utgave med to nye kapitler, Oslo 2000.
- Dahl, Tove Stang, *Barnevern og samfunnsvern: om stat, vitenskap og profesjoner under barnevernets oppkomst i Norge*, Oslo 1992.
- Duff, R. A., «Choice, Character, and Criminal Liability», *Law and Philosophy*, 1993 s. 345–383, DOI: <https://doi.org/10.1007/bf01000637>.
- Duff, R. A., «Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?», *Buffalo Criminal Law Review*, 2002 s. 147–184, DOI: <https://doi.org/10.1525/nclr.2002.6.1.147>.
- Eriksen, Christoffer C., *Kritikk – konfrontasjoner med rett og makt*, Oslo 2016.
- Flaatten, Sverre, *Høyesterett, straffen og tyveriene*, Bergen 2017.
- Fornes, Ingun, «Bruk av samfunnsstraff overfor barn – nye tendenser i Høyesteretts praksis», *Lov og Rett*, 2012 s. 87–103.
- Fornes, Ingun, «Ungdomsstraffens første år: En undersøkelse av ungdomsstraffens anvendelsesområde og innhold i straffartens første år», *Tidsskrift for strafferett*, 2016 s. 238–280. DOI: 10.18261/issn.0809-9537-2016-03-02.
- Flaatten, Sverre, «'Skaane de angrende og bekjæmpe de trodsige' – Straffeloven 1902 og den positivistiske straffutmåling», i Geir Heivoll og Sverre Flaatten (red.), *Straff, lov, historie – Historiske perspektiver på straffeloven av 1902*, Oslo 2014 s. 86–121.
- Garland, David, *Punishment and Modern Society – A Study in Social Theory*, Oxford 1990.
- Garland, David, *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001.
- Grønning, Linda, «Straffgenomføring som en del av straffrättssystemet – Principförklaring av fängelsestraffets innehåll», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2013) s. 146–195.
- Grønning, Linda, Husabø, Erling Johannes og Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016, særleg s. 689 flg.
- Grønning, Linda og Jacobsen, Jørn (red.), *Restorative Justice and Criminal Justice – Exploring the Relation*, Stockholm 2012.
- Hagerup, Francis, *Strafferettens almindelige del*, Kristiania 1911.
- Hansen, Rune Bård, «Fra utuktig omgang til sovevoldtekt – straffutmåling på ville veier», *Lov og Rett*, 2013 s. 688–701.
- Hart, H.L.A., *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, Oxford and New York 1968.
- Hauge, Ragnar, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996.
- Hauge, Ragnar, «Utviklingslinjer i straffelovgivningens i det 20. århundre», NOU 2002: 4 s. 41–77.
- Hirsch, Andrew von og Ashworth, Andrew, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford 2005, DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199272600.001.0001>.
- Holmboe, Morten, «Ungdomsstraff og ungdomsoppfølging: En oversikt og noen kritiske merknader», *Tidsskrift for strafferett*, 2014 s. 397–414.

- Holmboe, Morten, «Reelt og informert samtykke til ungdomsstraff og ungdomsoppfølging», *Tidsskrift for strafferett*, 2016 s. 215–237.  
DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9537-2016-03-01>.
- Holmboe, Morten, *Fengsel eller frihet – Om teori og praksis i norsk straffutmåling, særlig i grenselandet mellom fengsel og mildere reaksjoner*, Oslo 2016.
- Hörnle, Tatjana, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin 1999.
- Huigens, Kyron, «On Aristotelian Criminal Law: A Reply to Duff», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2004 s. 465–499.
- Iversen, Jørgen Spangen, «En kritikk av ungdomsstraffen», *Lov og Rett*, 2013 s. 630–639.
- Jacobsen, Jørn RT, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Bergen 2009.
- Jacobsen, Jørn RT, «The methodology of the Norwegian criminal law doctrine», i Thomas Elholm et al. (red.), *Liber amicarum et amicorum Karin Cornils: glimt af nordisk straffrätt og straffeprosessrett*, København 2010 s. 243–265.
- Jacobsen, Jørn, «Strafferett, forfatning og unntakstilstand», i Dag Michalsen (red.), *Unntakstilstand og forfatning: Brudd og kontinuitet i konstitusjonell rett*, Oslo 2013 s. 260–278.
- Jacobsen, Jørn, «Nye trender i strafferettsvitenskapen» i Asbjørn Kjønsdal (red.), *Nye trender i rettsvitenskapen*, Oslo 2013 s. 120–129.
- Jacobsen, Jørn, «‘i selve Dybderne af den menneskelige Bevidsthed om Ret og Moral’: Straffelova av 1902 og den tyske skulestriden» i Geir Heivoll og Sverre Flaatten (red.), *Straff, lov, historie – Historiske perspektiver på straffeloven av 1902*, Oslo 2014 s. 44–85.
- Jacobsen, Jørn, *Hagerup og den strafferettslege ansvarslæra*, Bergen 2017.
- Jacobsen, Jørn, «Konstitusjonelle dimensjonar ved den norske straffelovsreforma (1978–2015)», 153 (2–4) *Tidsskrift utgivet av Juridiska Föreningen i Finland*, 2017 s. 399–414.
- Jareborg, Nils, «Vilken sorts straffrätt vill vi ha? eller Om defensiv och offensiv straffrättspolitik», i den same, *Inkast i straffområdet*, Uppsala 2006 s. 11–28.
- Jareborg, Nils og Zila, Josef, *Straffrättens påföljdlära*, 4. oppl., Uppsala 2014.
- Johansen, Nicolay B., «Det strafferettslige kompleks – Strafferetten og biopolitikkens nye grenser», i Geir Heivoll og Sverre Flaatten (red.), *Straff, lov, historie – Historiske perspektiver på straffeloven av 1902*, Oslo 2014 s. 185–219.
- Johansen, Nicolay B., *Det nyliberale janusansikt – Straff i frihetens tid*, Oslo 2015.
- Johnsen Berit, og Engbo, Hans Jørgen, «Forvaring i Norge, Danmark og Grønland – noen likheter og ulikheter», *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 2015 s. 175–194.
- Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Wilhelm Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant, *Werke in sechs Bänden*, 6. unveränderte Auflage, Darmstadt 2005, Bind IV s. 302–634.
- Keiserud, Erik, Precht-Jensen, Øyvind og Naustdal, Jannicke, «Advokatforeningens årstate 2013: Straff som fortjent», *Tidsskrift for strafferett*, 2013 s. 526–542.
- Krohg, Christian, Grunnsetninger for en kriminallov, *Juridiske Samlinger IV (1829–30)*, inntekne som vedlegg 4 i Hilde Sandvik og Dag Michalsen (red.), *Kodifikasjon og konstitusjon – Grunnloven § 94s krav til lov bøker i norsk historie: Nye Perspektiver på Grunnloven 1814–2014*, Oslo 2013 s. 340–361.
- Lacey, Nicola, *In Search of Responsibility – Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford 2016,  
DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199248209.001.0001>.

- Liszt, Franz von, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1: 1875 bis 1891* (Berlin, 1905)  
DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110901078>.
- Liszt, Franz von, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 2: 1892 bis 1904* (Berlin 1905),  
DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110901085>.
- Matningsdal, Magnus, *Straffeloven – Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff – Alminnelige bestemmelser – Kommentaarutgave*, Oslo 2015.
- Matningsdal, Magnus, «Høyesterett som straffedomstol – straffutmåling», i Gunnar Bergby m.fl., (red.) *Lov Sannhet Rett – Norges Høyesterett 200 år*, Oslo 2015 s. 548–595.
- Matningsdal, Magnus og Strandbakken, Asbjørn, «Straffenivå og straffeteorier i norsk strafferett anno 2001», *Jussens Venner*, 2004 s. 1–18.
- Midbøe, Finn Backer, *Bøtestraff og subsidiær fengselsstraff: En undersøkelse av avsoningsrisikoen for bøter i norsk strafferettspleie*, Oslo 1960.
- Mæland, Henry John, «Fra kriminalloven til straffeloven», *Tidsskrift for strafferett*, 2002 s. 326–337.
- Mæland, Henry John, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012.
- Rørvik, Thor Inge, «Nils Treschow, Christian Krohg og straffelovens grunnsetninger», i Hilde Sandvik og Dag Michalsen (red.), *Kodifikasjon og konstitusjon – Grunnloven § 94s krav til lovbøker i norsk historie: Nye Perspektiver på Grunnloven 1814–2014*, Oslo 2013 s. 85–108.
- Røstad, Helge, «Sikringsinstituttet», NOU 1974: 17 *Strafferettslig utilregnelighet og straffrettslige særreaksjoner*, vedlegg 3, s. 186–273.
- Simon, Jonathan, *Governing Through Crime – How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford 2007.
- Skeie, Jon, *Den norske strafferett, Første bind – Den almindelige del*, Oslo 1937.
- Ulväng, Magnus, *Påföljds konkurrens: problem och principer*, Uppsala 2005.
- Vogt, David C., «Med rett til å bli straffet – om Kant og Hegels teorier om straff som respekt for forbryteren», *Norsk filosofisk tidsskrift*, 2016, s. 148–165.
- Wacquant, Loïc, *Fattigdomens fængelser*, sv. overs., Stockholm/Stehag 2004.