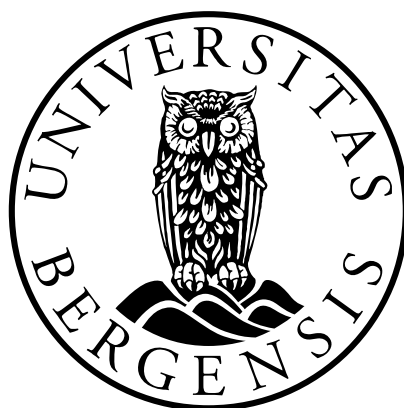


Hvorfor straffes gjengangere strengere?

*En analyse av gjentakelsesreglene
holdt opp mot etablerte straffeteorier*

Kandidatnummer: 115

Antall ord: 14 597



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2016

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	2
1.1	Problemstilling	2
1.2	Spiller det noen rolle?	2
1.3	Avgrensninger og definisjoner	3
1.4	Metodikk og videre fremstilling	4
2	Presentasjon av gjentakelsesreglene	6
2.1	§ 77 bokstav k	6
2.2	§ 79 bokstav b	7
2.3	Hvilke begrunnelser antyder rettskildebildet?	8
3	Begrunnelser for gjentakelsesreglene	11
3.1	Generelt om fremstillingen	11
3.2	Nyttebegrunnelser	12
3.2.1	Generelt om nyttebegrunnelser	12
3.2.2	Individualpreventive hensyn	12
3.2.2.1	Behandlingsposisjonen	13
3.2.2.2	Den avskrekkende posisjon	16
3.2.3	Uskadeliggjørende hensyn	17
3.2.4	Allmennpreventive hensyn	22
3.2.4.1	Avskrekkende virkninger	22
3.2.4.2	Vaneskapende og moraldannende virkninger	25
3.2.5	Sosialt stabiliserende hensyn	26
3.3	Gjengjeldelsesbegrunnelser	27
3.3.1	Generelt om gjengjeldelsesbegrunnelser	27
3.3.2	Straff som hevn	29
3.3.3	Tilbakebetalingsposisjonen	30
3.3.4	Kommunikasjonsorienterte posisjoner	31
3.3.5	Normorienterte gjengjeldelsesposisjoner	33
3.3.6	Klanderorienterte posisjoner	35
3.3.6.1	Gjentakelse som grunnlag for økt klander	36
3.3.6.2	Toleransemodellen	38
3.4	Øvrige begrunnelser	40
3.4.1	Den allmenne rettsfølelse	40
3.4.2	Koherens med konkurrens	42
3.4.3	Redusert risiko for justismord	44
4	Konklusjon	45
	Litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Prinsippet om at gjengangere skal straffes strengere enn førstegangskriminelle har eksistert i norsk rett i lang tid. I dag gir prinsippet seg utslag i strl. 2005 § 77 bokstav k om straffeskjerpning for gjengangere. Utover dette gir § 79 bokstav b doble strafferamme for gjengangere – med noe strengere inngangsvilkår. I tillegg foreligger det unntaksvis særbestemmelser om strafferammer i enkelte straffebud.¹ Tilsvarende straffeskjerpingsregler for gjentakelse finnes i ulike varianter i en rekke land.²

Problemstillingen for oppgaven er: *Hvilke straffeteoretiske begrunnelser og hensyn er egnet til å forklare de norske gjentakelsesreglene på en god og tilfredsstillende måte? Og hvordan?*

1.2 Spiller det noen rolle?

Strafferettsnestor Johs. Andenæs skriver i relasjon til strafferettsteorier at «valg av prinsipielt utgangspunkt sier ofte lite om den praktiske utforming. Det er en trosbekjennelse av nokså ubestemt innhold.» Nytteteoretikere, som har preventive ideologier som sitt utgangspunkt, kan likevel komme til løsninger som best lar seg begrunne i absolutte straffeteorier, og motsatt. Ståle Eskeland maner også til edruelighet på teoriens vegne, og peker på kulturelle og politiske strømninger som viktigere for strafferettsutformingen enn den teoretiske diskursen.³

Det er imidlertid flere grunner til at begrunnelsen bak regler som gjentakelsesreglene bør diskuteres. Dersom kartet ikke passer til terrenget, er det vanskelig å vurdere regelens effektivitet og godhet på en tilfredsstillende måte. Dermed kan vi både få uheldige utfall på grunn av dårlige regler, og på grunn av dårlig indre sammenheng. Nettopp på strafferettens område, som bærer statens sterkeste maktmiddel overfor borgerne, er det avgjørende med en gjennomtenkt, velbegrunnet og koherent grunnmur for de regler som utformes.

Dersom eksempelvis gjentakelsesreglene ikke stemmer overens med de antatte begrunnelsene for straff og utmåling, kan det tale for at gjentakelsesreglene er dårlige eller uriktig utformet.

¹ For eksempel øker strl. 2005 § 293 strafferammen til 21 år.

² Se for eksempel 29 kap. 4 § BrB i Sverige og Section 143(2) i Criminal Justice Act 2003 i England og Wales.

³ Eskeland (2013) s. 56

Det kan også indikere at de begrunnelsene for straff som fremgår av teori og forarbeider ikke er tilstrekkelige for å forklare vårt straffesystem.⁴ Begge utfall vil være interessante.

Prinsippet om at gjengangere skal straffes strengere er intuitivt. Men gjentakelsesreglene er ikke umiddelbart enkle å plassere i det vi kan kalle et begrunnelseskart. Øvelsen med å finne et tilfredsstillende sett av begrunnelser for gjentakelsesreglene, vil dermed uansett kunne gi et bidrag til økt forståelse for hensynene bak denne siden av norsk strafferett.

1.3 Avgrensninger og definisjoner

Med *gjentakelsesreglene* sikter jeg til § 79 første ledd bokstav b og § 77 bokstav k i straffeloven av 2005. Med *gjentakelse* sikter jeg til nye straffbare handlinger som er begått etter dom for tidligere straffbare handlinger. Oppgaven avskjærer altså mot tilfeller hvor flere straffbare forhold dømmes under ett – inkludert konkurrenstilfellene, hvor flere lovbrudd av samme art over tid gjerne ses på som samme forhold (likeartet realkonkurrens).

De norske gjentakelsesreglene har det til felles at de forutsetter at det forrige lovbruddet var av «samme art» eller «liknende» som det nye. Dette trenger ikke være en del av definisjonen for gjentakelse – det er det å bryte loven man gjentar, ikke type lovbrudd.⁵

Det er vanlig å bruke ordet *tilbakefall* når man snakker om gjentakende forbrytelser. Bakgrunnen kan være at konnotasjonene har et mer sympatisk preg. Dette ordet brukes også om sykdom eller avhengighet – en analogi som ikke er ukjent i strafferettsdiskursen. Begrepet synes nettopp derfor å ha et normativt innhold, ved at det forutsetter et syn på kriminalitet som foranlediger en behandlingstilnærming i straffereaksjonen, og vanskeliggjør andre tilnærminger til straff. I denne oppgaven foretrekkes derfor det mer nøytrale *gjentakelse*. Det er også dette som brukes i lovteksten. Likevel brukes også betegnelsen *gjengangere*. Dette er av rent språklige hensyn.

⁴ Riktignok fokuseres det her på utmålingsreglene. Styrken av ulike hensyn kan variere ved forskjellige deler av strafferettssystemet, se Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 78 flg.

⁵ Riksadvokaten, som tok initiativ til utformingen av nåværende § 79 bokstav b, argumenterte mot en begrensning med den begrunnelse at gjengangere ofte var *generalister*, se Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 78.

Tre gjennomgående begreper i oppgaven er *begrunnelse*, *hensyn* og *effekt*. Noen ord må sies innledningsvis om hva jeg legger i disse, og om forholdet mellom dem, innenfor en strafferettslig teoriramme.

Med *begrunnelse* menes det teoretiske grunnlaget som legitimerer å straffe borgerne, i generell og konkret forstand. Man kan snakke om begrunnelser på ulike nivå. Det første nivået er som rettsstatlige begrunnelser for straff i seg selv. Dette er det grunnleggende perspektivet som nok oftere diskuteres i juridisk litteratur enn andre steder. Det andre nivået er begrunnelser for konkrete strafferettsregler. Dette må henge sammen med de generelle begrunnelsene for straff, selv om ulike begrunnelser kan gjøre seg gjeldende med varierende styrke i forskjellige deler av straffesystemet. Det tredje er som tolkningsfaktor for rettsanvenderen. Det er vanlig å her bruke ordet *hensyn*. Disse gjenspeiler begrunnelsene for det konkrete straffebudet, som igjen speiler begrunnelsen for straff i seg selv, og brukes for å klargjøre en rettsregel, eller fastsette utmålingen.

Effekter er derimot de konkrete resultatene av straffen. Det er vanlig å snakke om effekter selv om slike resultater ikke (kan) belegges empirisk, fordi hensikten er å oppnå en slik effekt. Egentlig snakker vi da om effekthensikt. Effektene kan også gjelde på de tre nevnte nivå (som generell effekt, som effekt av den konkrete strafferegulering og som effekt av det konkrete tolkningsalternativ).

Det er viktig å være oppmerksom på at flere av straffeeffektene også fungerer som straffens begrunnelse i et nytteperspektiv. Dette gjør begrunnelsesbildet mindre oversiktlig, og medfører at begrepene *effekt* og *hensyn* blir brukt om hverandre. En slik sammenblanding kan være problematisk. For det første er ikke alle strafferettslige effekter legitime begrunnelser. Eksempelvis er vanligvis ikke det at gjerningsmannen blir separert fra familien sin en tilfredsstillende begrunnelse for straff. For det andre er ikke det å fastslå at strafferegelen har en legitim effekt det samme som å fastslå at denne effekten begrunner strafferegelen.⁶

1.4 Metodikk og videre fremstilling

Opgaven har et rettsdogmatisk utgangspunkt i den forstand at temaet er begrunnelser for de eksisterende gjentakelsesreglene. Jeg vil dermed ikke foreta rettspolitiske betraktninger om

⁶ Thomas Mathiesen skiller mellom tilsiktede og ikke-tilsiktede effekter («funksjoner»), se Mathiesen (1997) s. 39 flg.

hvordan gjentakelse bør reguleres. Drøftelsen kan likevel gi et grunnlag for videre diskusjon også med et normativt mål for øyet.

Ettersom målet med oppgaven er å finne gode og tilfredsstillende begrunnelser for gjentakelsesreglene, innebærer dette også kvalitative underveisvurderinger av begrunnelser og hensyn. Jeg vil benytte alminnelige argumentasjonskrav som utgangspunkt for studier av ulike argumentasjonsmåter.

I kapittel 2 presenteres de norske gjentakelsesreglene i strl. 2005 §§ 77 bokstav k og 79 bokstav b. Gjennomgangen skal gi et grunnriss som de ulike teoretiske posisjonene kan vurderes opp mot. For oppgavens formål vil det viktigste være å få frem hovedtrekkene. Detaljer vil ikke drøftes utførlig, da det ikke bidrar vesentlig til å belyse begrunnelsesspørsmålet.

Hoveddelene av oppgaven befinner seg i kapittel 3, hvor ulike teoretiske posisjoner holdes opp mot de generelle gjentakelsesreglene. Nyttehensynene behandles først, ettersom dette er de etablerte begrunnelsene for gjentakelsesreglene. Deretter vil ulike gjengjeldelsesbaserte posisjoner gjennomgås. Endelig vil jeg behandle den allmenne rettsfølelse som mulig begrunnelse, i tillegg til mulige andre praktiske forklaringer.

2 Presentasjon av gjentakelsesreglene

2.1 § 77 bokstav k

Etter § 77 bokstav k skal det tas i betraktning i straffeskjerpene retning at siktede «tidligere er ilagt en strafferettslig reaksjon». Bestemmelsen er ny, men gir uttrykk for en allmenn og veletablert straffutmålingsregel.⁷ Allerede i Kriminalloven av 1842 var prinsippet om at tidligere straff kan føre til økt straff inntatt – dog den gang med livsvarig straffarbeid som mulig konsekvens.⁸ Ordlyden «ilagt» taler for at gjentakelse kan foreligge når den første dommen er rettskraftig.⁹

Videre må det være snakk om «liknende handlinger» eller «andre handlinger som er av betydning for saken». Det siste alternativet viser at regelen favner noe bredere enn doblingen av strafferamme i § 79 bokstav b.

Regelen i § 77 har ingen tidsbegrensning, til forskjell fra § 79. Etter forarbeidene er tidspunktet for forstraffen likevel ikke irrelevant: «Et forelegg for fartsovertredelse som ligger 30 år tilbake i tid, vil normalt ikke bidra til å skjerpe straffen ved en ny og tilsvarende forgåelse ...»¹⁰ Magnus Matningsdal mener at effekten av det tidligere lovbruddet i praksis er adskillig kortere.¹¹

Paragraf 77 har heller ingen aldersbegrensning, også til forskjell fra § 79. Dette er også i tråd med det bredere virkeområdet til regelen, hvor flest mulige aspekter av vurderingen er overlatt til dommerens skjønn.

Det er umulig å si noe presist om hvor stor økning av eksempelvis fengselsstraffens lengde gjentakelse medfører. De færreste domspremisser inneholder en detaljert utregning. Utmåling er dessuten betinget av en rekke variabler, som type sak og tidsforløp – i tillegg til helt andre

⁷ Det er illustrerende når departementet skriver: «Det kan reises spørsmål om tidligere vandel er et så selvsagt moment ved straffutmålingen at det ikke er nødvendig å ta det inn i bestemmelsen,» jf. Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 272.

⁸ Kriminalloven av 1842, syvende kapittel § 7

⁹ Etter strl. § 79 bokstav b må dommen være fullbyrdet, se kapittel 2.2

¹⁰ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 272

¹¹ Matningsdal (2016), 14. § 77, pkt. 18

skjerpene og formildende forhold. Det er likevel klart at tidligere vandel er blant de vanligste straffeskjerpingsgrunnene. Det er ikke tilfeldig at en av de første opplysningene man får om tiltalte i domssammendrag er om han er tidligere straffet eller ikke. William Edler von Eyben fremhevet i 1950 to hovedfaktorer for straffutmåling: Den aktuelle forbrytelsens grovhet, og de tidligere straffenes karakter, antall, lengde og alder.¹² Dette var riktignok basert på en dansk undersøkelse, men det er grunn til å tro at det ikke stiller seg vesentlig annerledes for norsk praksis.¹³

I forarbeidene til daværende § 61 uttrykte departementet et ønske om særlig å øke straffen for vinnings-, volds- og seksualforbrytelser.¹⁴ I dag må dette antas å først og fremst ha relevans ved straffeskjerpingsvurderingen i strl. 2005 § 77.

Selv om vilkårene er oppfylt, er det ikke gitt at straffen økes. Det må foretas en konkret vurdering. Det finnes flere eksempler på at straffen ikke har blitt økt, selv om vilkårene i både § 79 og § 77 har vært oppfylt.¹⁵

2.2 § 79 bokstav b

Strl. 2005 § 79 bokstav b viderefører i store trekk strl. 1902 § 61. Opprinnelig inneholdt § 61 kun inngangsvilkår for at strafferammen kunne økes ved gjentakelse. Virkningen, altså hvor mye strafferammen skulle økes, fant man i det enkelte straffebed. Det vanlige var at strafferammen økte med en halv gang.

I 2003 ble det utformet en generell regel for dobling av strafferammer ved gjentakelse i en ny § 61. Forslaget ble aktualisert av Bondevik II-regjeringens Sem-erklæring, hvor man ville øke strafferammen for gjengangere – særlig for volds-, vinnings- og sedelighetsforbrytelser. Det konkrete forslaget om en generell regel for økning av strafferammen ble initiert av riksadvokaten i brev av 7. mai 2002 til departementet.¹⁶ Gitt videreføringen av inngangsvilkårene, er rettspraksis fra både den opprinnelige § 61 og 2003-utgaven relevant.

¹² von Eyben (1990) s. 210

¹³ At undersøkelsen er overførbar til norske forhold bekreftes også av Andenæs (1991) s. 403 og implisitt av Mæland (2012) s. 250.

¹⁴ Likevel ikke begrenset til dette – straffeskjerpingen var generell, jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 94-95.

¹⁵ Se Rt. 2005 s. 781 om narkotika til eget bruk og Rt. 2006 s. 996 om gjerningsmann som ikke var blant «de mest iherdige gjengangere», jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 94.

¹⁶ Forarbeidene til regelen er Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 6, 73-86 og 94-95 og Innst.O.nr. 118 (2002-2003) s. 11-15.

Det fremgår av strl. § 79 bokstav b at strafferammen dobles ved gjentakelse, gitt visse vilkår.

For det første må det tidligere lovbruddet være av «samme art» som det nye. I forarbeidene heter det: «Et viktig moment ved denne vurderingen vil være om straffebedene verner de samme interesser. Et annet moment er om straffebedene er plassert i det samme kapitlet i straffeloven.»¹⁷

For det andre må den tidligere straffen være «fullbyrdet». Det er altså ikke tilstrekkelig at straffen fra det første lovbruddet er ilagt eller påbegynt. Fullbyrdelsen omfatter ordinær soning og bøter, men ikke betinget straff.¹⁸ Andre reaksjoner som ikke betegnes som straff omfattes heller ikke.¹⁹

I tillegg må domfelte ha fylt 18 år ved det første lovbruddet, og det må være mindre enn to år siden fullbyrdelsen av straffen ved lovbrudd på strafferamme på ett år eller mindre (tidligere «forseelser»), og mindre enn seks år siden for forbrytelser med høyere strafferamme enn ett år.

Etter lovfestingen av straffeskjerpning for gjengangere strl. 2005 må systemet forstås slik at § 79 bokstav b regulerer dobling av strafferammen, mens § 77 bokstav k regulerer straffeskjerpningen. Samspillet mellom de to er imidlertid åpenbart, i det regelen i § 79 åpner for en strengere straffeskjerpning.

2.3 Hvilke begrunnelser antyder rettskildebildet?

Lovteksten bidrar ikke nevneverdig til klargjøring av den overordnede problemstillingen. Verdt å merke seg er likevel at det hele tiden er snakk om straffeskjerpninger. Det betyr for det første at tidligere straff ikke ses på som en formildende omstendighet, slik enkelte har tatt til orde for at det bør ut i fra et behandlingsperspektiv.²⁰ For det andre betyr det at straffen skal økes *utover* det vi kan kalle normalstraffen. Lovteksten stenger altså for det synspunkt at førstegangsforbrytere gis en strafferabatt som reduseres ved hver gjentakelse, slik flere internasjonale teoretikere argumenterer for.²¹

¹⁷ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 94

¹⁸ Jf. Rt. 1986 s. 550

¹⁹ Jf. Rt. 1971 s. 493

²⁰ Nærmere om dette i kapittel 3.2.2.1

²¹ Nærmere om dette i kapittel 3.3.6.2

Forarbeidene gir mer håndfaste svar på begrunnelsesspørsmålet. Problemet er at man finner de begrunnelser man leter etter. Et illustrerende eksempel er når departementet skriver: «Især gjelder dette for dem som til stadighet begår vinnings-, volds- og seksualforbrytelser, til stor skade og ulempe for andre. Overfor denne gruppen må samfunnet kunne reagere strengt.»²² Departementet viser her til skadefølgene, og kan tolkes som om den strenge reaksjonen er ment å tilsvare denne skaden og ulempen. Dette er klassiske rettferdighets- og proporsjonalitetstanker, hentet fra retributiv teori. Men så, allerede i neste setning, skriver departementet: «Både individualpreventive og allmennpreventive hensyn taler med tyngde for det.» Dermed er man like langt.

Til dette kommer det at departementet som regel stopper drøftelsene sine her. De sier lite om hvordan hensynene kommer til anvendelse. Eksempelvis påpeker de at det «er først og fremst individualpreventive hensyn som gjør det naturlig å reagere strengere mot tilbakefallsforbryteren enn mot førstegangsforbryteren ...».²³ Imidlertid kan individualpreventive hensyn være mye forskjellig. Om det her er behandlingstanken, den individuelle avskrekkingstanken eller inkapasiteringshensyn det siktes til, vites ikke.

Det er illustrerende at riksadvokaten, som foranlediget straffeskjerpningen i nåværende § 79 bokstav b, trekker frem både allmennpreventive hensyn, inkapasiterende hensyn, rettferdighetshensyn og rent praktiske hensyn.²⁴ Dette kan selvfølgelig tolkes slik at regelen oppfyller en rekke bakenforliggende hensyn. Det kan også tolkes dithen at man var mer sikker på *at* man ville ha regelen enn *hvorfor*.

Rettspraksis gir også begrenset med svar. Gjentakelse er en svært praktisk problemstilling, men få rettsavgjørelser drøfter gjentakelsesreglene *i seg selv*. En naturlig forklaring er at et slikt prinsipp har vært lagt til grunn lenge, og premisset om straffeskjerpning problematiseres derfor ikke.

To dommer som også foranlediget lovendringen i 2003 (Rt. 1997 s. 1976 og Rt. 1999 s. 1509) er unntak fra dette. Selv om premisset hele veien er at gjengangere må gis *noe* strengere straff, gir dommene et innblikk i den kriminalpolitiske diskursen rundt straffeutmåling for gjengangere. Men også her kan uttalelsene tolkes i ulike retninger. Førstvoterende i 1997-

²² Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 74

²³ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 79

²⁴ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 73

dommen kan for eksempel både tolkes slik at han legger gjengjeldeshensyn, allmennpreventive hensyn og inkapasiterende hensyn til grunn.

I teorien er tematikken stemoderlig behandlet. Andenæs trekker frem individualpreventive og allmennpreventive begrunnelser, men også rettferdighetstanker.²⁵ Henry John Mæland trekker frem kriminalreduksjon som en mulig begrunnelse.²⁶ Eskeland er taus om begrunnelser. I svensk teori foregår det en viss diskurs omkring temaet.²⁷ På internasjonalt plan for øvrig er den normative debatten om slike spørsmål levende – med George P. Fletcher og Andrew von Hirsch som interessante eksempler.²⁸ Begge begrunner, med retributive innfallsvinkler, hvorfor straffeskjerpning for gjengangere er henholdsvis illegitimt og legitimt.²⁹

Oppsummert peker hver enkelt rettskilde i ulike retninger, og ulike rettskilder i ytterligere ulike retninger. Rettskildefaktorene gir dermed et så sprikende bilde at de ikke kan besvare den overordnede problemstillingen i seg selv.

²⁵ Andenæs (2004) s. 468

²⁶ Mæland (2012) s. 250

²⁷ Se særlig Ulväng (2005) s. 330 flg.

²⁸ Fletcher (2000) og von Hirsch (2010)

²⁹ Skjønt, von Hirsch argumenterer heller med strafferabatt for førstegangsforbrytere.

3 Begrunnelser for gjentakelsesreglene

3.1 Generelt om fremstillingen

Ikke bare finnes det et stort spekter av straffeteoretiske utgangspunkt, det finnes også ulike måter å kartlegge disse utgangspunktene på. Det er likevel vanlig å dele inn strafferettsteorier i såkalte *absolutte* og *relative* teorier.³⁰ En annen måte å omtale utgangspunktene på er gjengjeldelsesteorier (eller retributive teorier) og nytteteorier.

Grovt sett kan man si at de absolutte tar utgangspunkt i en rettferdighetstankegang, mens de relative tar utgangspunkt i en utilitaristisk nyttetankegang.³¹ Retributivister mener at straff kan være formålstjenlig i seg selv, «gjennom at straffen uttrykker misbilligelse overfor gjerningsmannens handlinger ved at han holdes ansvarlig for disse».³² Nytteteoretikerne har et konsekvensetisk utgangspunkt, og et rendyrket syn vil medføre at straffen er illegitim dersom den ikke kan begrunnes i en konkret nytteeffekt.

Også andre, mer praktisk orienterte begrunnelser for gjentakelsesreglene kan tenkes. Det er først og fremst en pragmatisk tilnærming uten prinsipielle betraktninger som har vært rådende i utviklingen av norsk strafferett.³³ Derfor vil også andre innfallsvinkler som hensynet til den allmenne rettsfølelse og mer pragmatiske likhetsbetraktninger vurderes opp mot reglene.

Systematikken i den følgende fremstilling vil være at de ulike posisjonene presenteres generelt *a*), før det vises hvordan posisjonen begrunner, eller kan tenkes å begrunne, de generelle gjentakelsesreglene *b*). Deretter vurderes holdbarheten i å la den respektive posisjonen begrunne gjentakelsesreglene *c*).

Det siste gjøres ut i fra særlig to kriterier. Det første er hvor godt regelen etter gjeldende rett stemmer overens med den teoretiske posisjonen. Det kan for eksempel tenkes at regelen ikke

³⁰ Mæland advarer mot å holde absolutte og relative teorier sterkt opp mot hverandre ettersom de svarer på forskjellige spørsmål, se Mæland (2012) s. 42.

³¹ Andenæs (2000) s. 67 flg.

³² Kinander (2013) s. 182

³³ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 58

oppfyller begrunnelsen på en særlig effektiv måte. Det andre er om andre rettsstatlige prinsipper og hensyn gjør den respektive begrunnelsen mindre god eller holdbar.

3.2 Nyttebegrunnelser

3.2.1 Generelt om nyttebegrunnelser

Andenæs tok som utgangspunkt at «straff bare kan forsvares i den utstrekning den har nyttevirksomheter for samfunnet, i første rekke at den bidrar til å forhindre uønskede handlinger (prevensjon)». ³⁴ En slik tilnærming speiler norsk strafferettsteori. De preventive nytteideologiene dominerer, og har gjort det lenge. Et uttrykk for dominansen er at departementet i forarbeidene til ny straffelov, under overskriften *Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål*, fullstendig tar avstand fra retributive straffeteorier:

«Departementet legger til grunn at straffens formål ... må være å styre adferd i fremtiden, og herigjennom å bidra til et samfunn og en sameksistens som en ut fra gjeldende verdiprioriteringer anser som ønskelig. Selve straffeinstitusjonen har således forebyggelse – prevensjon – som sitt formål ...» ³⁵

Departementet uttaler videre at «hensynet til rettferdighet og humanitet taler mot å påføre mennesker et onde uten at det har noen nytteverdi for samfunnet». ³⁶

I forarbeidene trekkes tre rådende hensyn for straffelovgivningen frem: De *allmennpreventive*, de *individualpreventive* og *hensynet til den sosiale ro*. Departementet hevder at det sistnevnte har sitt utspring i gjengjeldelsesteorier. Tanken er at staten skal ta på seg samfunnsoppdraget med å straffe forbryteren, for å hindre opprør og selvtukt. Dette er etter mitt syn ikke et retributivt hensyn, men et klassisk nyttehensyn, og vil derfor behandles under dette kapitlet.

3.2.2 Individualpreventive hensyn

I forarbeidene til nåværende § 79 bokstav b uttalte Justiskomiteens flertall at «det er hensynet til den individualpreventive effekt som i hovedsak begrunner den foreslåtte lovendring». ³⁷

Tilsvarende hevdet departementet i proposisjonen: «Det er først og fremst

³⁴ Andenæs (1996) s. 15

³⁵ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 77

³⁶ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 77

³⁷ Innst.O.nr. 118 (2002-2003) s. 13

individualpreventive hensyn som gjør det naturlig å reagere strengere mot tilbakefallsforbryteren enn mot førstegangsforbryteren ...».³⁸

Individualpreventive hensyn, forstått som å redusere risikoen for at den enkelte lovbrøyer skal bryte loven på ny, er altså en yndet begrunnelse for gjentakelsesreglene.³⁹ Likevel er det flere veier til målet, og synet på individualpreventive innfallsvinkler har utviklet seg i ulike retninger de siste årene.

I det følgende vil både en *behandlingstilnærming* og en *avskrekkelsestilnærming* vurderes nærmere.

3.2.2.1 Behandlingsposisjonen

a) Tradisjonelt har behandlingstilnærmingen stått sterkt i norsk rett. På samme måte som en lege, skulle domstolen og kriminalomsorgen finne behandlingsmetoden som ville kurere lovbrøyeren for sine kriminelle tendenser. Dette kunne gi seg utslag i både straffens art og grad. Hensynet til helbredelsesprognoser var viktigere enn hensynet til likhet for loven.⁴⁰

Behandlingsoptimismen brøt gradvis sammen utover 1960-tallet, parallelt med at empirien ga liten grunn til optimisme.⁴¹ Det synes i dag klart at troen på behandling i det juridiske fagmiljøet som helhet er svekket, noe som nok også har ført til en redusert status for individualpreventive effekter som strafferettslig begrunnelse og hensyn.⁴²

Likevel fremholdes det i forarbeidene til den nye straffeloven at det kan synes som om «lovgever i den senere tid har lagt større vekt på straffens forbedrende virkning».⁴³

Straffereaksjoner som samfunnsstraff, ungdomsstraff, promilleprogram og lignende er uttrykk for at lovgever for enkelte grupper tror sterkt på slike effekter. I tillegg er behandlingsbegrunnelser fortsatt vanlig i rettspraksis ved straffeutmåling.⁴⁴

b) Etter en behandlingstankegang er gjentakelsen et bevis på at den foreskrevne medisinen ikke fungerte, og man trekker konklusjonen at det skyldes for lav dose. Derfor må denne økes.

³⁸ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 79

³⁹ Om individualprevensjon se eksempelvis Andenæs (2004) s. 96 og Mæland (2012) s. 40

⁴⁰ Andenæs (2004) s. 91

⁴¹ For en nærmere gjennomgang se Andenæs (2004) s. 91 flg.

⁴² Andenæs (2004) s. 96

⁴³ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 79

⁴⁴ Se eksempelvis Rt. 2004 s. 365

Gjentakelsesreglene har implisitt vært begrunnet med behandlingssynspunkter flere ganger. I forarbeidene til strl. 1902 § 61 ble det fremhevet at «det ikke saa meget er Dommen, men Straffen, som ventes at burde bevirke Forandringen i Forbryderens Tænkesæt og Handlemaade.»⁴⁵ Nordisk strafferettskomité beskriver rasjonalet slik, uten å gi sin tilslutning til det: «At vedkommende forgår seg på ny, viser at den tidligere reaksjon ikke var tilstrekkelig.»⁴⁶

Departementet argumenterer for «samme art»-begrensningen i § 79 bokstav b med at det særlig er individualpreventive hensyn som begrunner gjentakelsesreglene. De mener at behandlingshensyn gjør seg gjeldende for gjentakelsesforbrytelser innenfor samme område, men at en «tilsvarende sammenheng lar seg derimot neppe påvise i saker hvor det nye forholdet er vesensforskjellig fra det gamle».⁴⁷

c) For at behandlingstanken skal kunne begrunne gjentakelsesreglene, må det for det første påvises at økt fengselsstraff er et noenlunde effektivt virkemiddel for å behandle gjengangere. I 2010 gjennomgikk Lila Kazemian den eksisterende internasjonale empirien for å besvare spørsmålet.⁴⁸ Hun fant at økte straffer for gjengangere hadde en marginal effekt på både den generelle kriminaliteten og på gjentakelsesratene. Fra et makroperspektiv kan det altså se ut som om spørsmålet må besvares benektende. Resultatet er ikke overraskende. Fra et behandlingssynspunkt kan det jo like gjerne være *feil* medisin dersom man ikke ser noen bedring. Videre kan også medisinen ha negativ effekt. En like logisk slutning som at den første straffen var for lav, er at den var for høy: Straffen korrelerte med gjentakelse, og medisinen må dermed reduseres.⁴⁹

Det må etter dette konkluderes med at behandlende effekter ikke lar seg påvise i nødvendig grad. Tvert om kan kvalitative resonnementer tale i motsatt retning.

⁴⁵ S.K.M. 1896, s. 109, første spalte

⁴⁶ NU 1984:2 s. 50

⁴⁷ Ot.prp.nr.62 (2002-2003) s. 79. Synspunktet er ikke overbevisende – et slikt resonnement avhenger av om man mener den kriminelle disposisjonen er generell eller spesifikk.

⁴⁸ Kazemian (2010), s. 237 flg.

⁴⁹ En slik slutning svarer til en dansk forskningsrapport fra 2008: *Forbryderen og samfundet*. Her argumenteres det for at fengsling gjør forbryteren mindre attraktiv på arbeids- og leiemarkedet, noe som forsterker hans kriminelle adferd. Også i Norge har det vært poengtert at tidligere straff kan være en unnskyldende omstendighet for gjentakelse, og slik burde medføre straffereduksjon. Se blant annet St.mld.nr. 104 (1977-1978) *Kriminalmeldingen* s. 113, jf. NOU 1983:57 s. 242-243. Se også NU 1984:2 Straffutmåling s. 50-52. Andenæs påpeker imidlertid at «dette argumentet har ikke hatt noen gjennomslagskraft i de senere års debatt», jf. Andenæs (2004) s. 468.

I tillegg kolliderer individualpreventive begrunnelser for gjentakelsesreglene med et bærende prinsipp for straffesystemet: Uskyldspresumpsjonen.⁵⁰

Gjentakelsesreglene medfører utelukkende straffeskjerpning. Dommeren gir forbryteren en høyere straff enn han ellers ville ha fått basert på en prognose om hvorvidt vedkommende kommer til å begå slik forbrytelse igjen. På makronivå kan man si noe om sannsynligheten for at lovbytere vil gjenta sin forbrytelse. Flere studier viser at tidligere straffedom er en sterkere indikator for gjentakelse enn lovbruddets alvorlighetsgrad.⁵¹ På individnivå vil imidlertid en slik prognose være svært upresis.⁵² Dommeren vil ta feil i både negativ og positiv forstand. Som straffelovkommisjonen formulerte det: «For i det hele tatt å kunne snakke om noen renovasjonsvirkning av straffen, må man imidlertid forutsette at en straffedømt vil komme til å bryte loven igjen. Og slike spådommer er selvsagt usikre.»⁵³

Det rettsstatlige straffesystemet kan på ingen måte sies å hjemle straff for forbrytelser som ennå ikke er begått. Det kan være nærliggende å si at risikoen ville blitt stor for *hypotetiske* justismord. Teknisk sett vil imidlertid all prognosebasert straff være justismord, fordi man straffer den dømte for en forbrytelse han ikke har begått. Fremtidige lovbrudd kan ikke bevises ut over enhver rimelig tvil.

Individualpreventive hensyn kan nok likevel begrunne både straffeutmåling og straffegjennomføring i ulike retninger.⁵⁴ Det er ensidige straffeskjerpingsreglene som ikke kan begrunnes i potensielle fremtidige lovbrudd. Dermed stenger uskyldspresumpsjonsprinsippet for å la gjentakelsesreglene hvile på tradisjonelt individualpreventive hensyn. Denne begrensningen gjelder nok også for inkapasiterende hensyn, se kapittel 3.2.3.

⁵⁰ Begrepet *uskyldspresumpsjonen* brukes her som det generelle prinsippet, og ikke til den konkrete rettsregelen i Grunnloven § 96.

⁵¹ Piquero, Farrington and Blumstein (2003) viser at «past offending is one of the strongest predictors of future offending».

⁵² Se også Ulväng (2005) s. 341

⁵³ NOU 2002:4 s. 117

⁵⁴ Se for eksempel Rt. 2000 s. 1335 hvor en gjenganger unngikk ytterligere soning fordi han hadde vist vilje og evne til å unngå ytterligere kriminalitet.

3.2.2.2 Den avskrekkende posisjon

a) En annen individualpreventiv tilnærming er å legge vekt på straffens *avskrekkende* virkninger.⁵⁵ Effekten gjelder den enkelte lovbrøyer, og anslås å være avhengig av straffens art, om gjerningsmannen opplever den som inngripende og om lovbruddet er styrt av rasjonelle avveielser.⁵⁶

b) Justiskomiteens medlemmer fra Høyre og KrF er tydelige på at det er avskrekkelse som er målet med gjentakelsesreglene: «Et slikt tillegg ... kan være en kraftig markering til gjengangeren om å avstå fra en videre kriminell løpebane. En slik form for gjengangerstraff vil kunne styrke straffens individualpreventive virkning betydelig ...»⁵⁷

Den avskrekkende posisjon kan begrunne gjentakelsesreglene på to måter. Den ene er at straffen skal gjøres så streng at gjerningsmannen ikke vil oppleve dette igjen. Dette er likevel bare en variant av den ovenstående behandlingsinnfallsvinkelen – behandling kan også forsøksvis gjøres ved avskrekkelse.

Den andre er at trusselen om økt straff ved neste lovbrudd avskrekker den enkelte forbryter fra å gjøre dette igjen. For at en slik innfallsvinkel skal tilby noe utover de senere nevnte allmennpreventive hensyn, må den gi seg utslag i en straffetrussel som bare gjelder den enkelte lovbrøyer, gjennom en betinget straff.

En tilleggsstraff som kun realiseres dersom den dømte begår nye lovbrudd var også løsningen departementet foreskrev ved lovendringen i 2003: «[S]traffskjerpingen ... [bør] særlig skje i form av en betydelig betinget fengselsstraff som kommer i tillegg til ubetinget fengselsstraff».⁵⁸ Rt. 2005 s. 1186 viser at Høyesterett har vært forholdsvis lojal mot en slik løsning:

«[Lagmannsretten synes] å ha vært skeptisk til hva som eventuelt kan oppnås med deldom i dette tilfellet. Men overfor den gruppen lovovertredere endringen tok sikte på, vil det nok generelt være grunnlag for slik skepsis. Dette må lovgiveren ha vært klar over, og likevel forutsatt at deldom skulle anvendes som en normalordning. Lovvedtaket er etter min mening begrunnet i at deldom generelt sett vil kunne ha en individualpreventiv virkning i denne type saker.»⁵⁹

⁵⁵ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 79

⁵⁶ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 79

⁵⁷ Innst.O.nr. 118 (2002-2003) s. 13

⁵⁸ Ot.prp.nr. 62 (2003-2004) s. 95

⁵⁹ Dommen avsnitt 26

c) Påvisning av faktisk effekt står sentralt også for denne innfallsvinkelens troverdighet. Et forhold som kan tale for sterkere effekter her enn for generelle allmennpreventive avskrekkelseeffekter, er at man gjennom en betinget deldom kommuniserer trusselen direkte til gjerningsmannen. Han har altså fått den med seg. Trusselen er dessuten personlig, og kan derfor oppleves nærere enn en generell trussel gjennom lovverket. Selv om mer empiri behøves for å si om den individualavskrekkende begrunnelsen er god, kan det i hvert fall se ut til at den begrunner løsningen med betinget deldom på en troverdig måte.

Det er imidlertid et langt steg derfra og til å kunne begrunne gjentakelsesreglene. Løsningen med betinget deldom blir ikke alltid foretrukket.⁶⁰ Det har departementet også forutsatt: «Straffskjerpingsregelen er imidlertid ikke begrenset til tilfellene hvor det gis en delvis betinget dom.»⁶¹ En individualavskrekkende innfallsvinkel begrunner derfor bare én av flere mulige reaksjoner (reaksjonen med betinget deldom), og ikke den generelle straffeskjerpingen som gjentakelsesreglene angir. Den avskrekkende posisjonen kan dermed ikke begrunne gjentakelsesreglene som helhet.

3.2.3 Uskadeliggjørende hensyn

a) Det er ikke uvanlig å kategorisere *uskadeliggjøring* under individualpreventive hensyn.⁶² En slik plassering stemmer imidlertid dårlig overens med en tradisjonell forståelse av individualpreventive effekter. Riktignok definerte vi individualpreventive hensyn som at «lovbryteren ikke skal bryte loven på ny» i forrige kapittel, men det synes passende å legge til «... i frihet». Vurderingen av straffens effekt må basere seg på autonome individer. Å regne den fengslede forbryterens manglende mulighet til å begå kriminalitet som vellykket individualprevensjon, fremstår nærmest som juks.

Uskadeliggjøringshensyn bygger dessuten på et motsatt menneskesyn av individualpreventive hensyn. Sistnevnte forutsetter at forbryteren kan forbedre seg. Uskadeliggjøringshensyn forutsetter at forbryteren er uforbederlig: Kriminalitet ligger nærmest i hans natur, og det eneste som kan hjelpe er å stenge ham inne.⁶³

⁶⁰ Et eksempel er Rt. 2015 s. 51.

⁶¹ Ot.prp.nr 62 (2002-2003) s. 95

⁶² Se eksempelvis Mæland (2012) s. 41 og Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 78.

⁶³ Mathiesen snakker her om en renovasjonsfunksjon, se Mathiesen (1997) s. 63.

Det betyr ikke at uskadeliggjøring (eller kanskje mer konkret, inkapasitering) er irrelevant som hensyn. Det er en reell effekt av særlig fengsling, og forarbeider tyder på at tankegangen er aktuell. Derfor vil uskadeliggjøringshensynet behandles som et eget nyttehensyn i denne fremstillingen.

Et første spørsmål er om slike hensyn kan begrunne alminnelig fengselsstraff i det hele tatt. En rekke rettskilder – inkludert forarbeidene til den nye straffeloven – synes å legge dette til grunn.⁶⁴ Flere forhold taler imidlertid mot et slikt utgangspunkt.

For det første taler hensynet til forholdsmessighet – at straffen skal svare til gjerningsmannens klander – med tyngde mot å la et slikt hensyn begrunne tidsbegrenset straff.

Forholdsmessighetshensynet står riktignok på retributiv grunn, men dersom man anerkjenner at forholdsmessighetsbetraktninger har en plass i norsk strafferett (noe de fleste juridiske aktører må antas å gjøre⁶⁵), gir dette sterke begrensninger i slike fremoverrettede hensyn.

For det andre taler også uskyldspresumpsjonen mot å la prognoser for fremtidige forbrytelser tillegges vekt ved straffutmålingen. Se kapittel 3.2.2.1 c) for en utdypelse av forholdet mellom dette prinsippet og fremoverrettede hensyn.

Inkapsiterende hensyn er derfor lite egnet til å begrunne tidsbegrenset fengselsstraff på generelt grunnlag. Rettskildene som nevner inkapsiterende hensyn må altså forstås dit at de snakker om inkapsiterende *effekter* – noe fengselsstraff utvilsomt har på individnivå.

b) Spørsmålet er likevel om gjentakingsreglene er et unntak fra utgangspunktet om at inkapsiteringshensyn ikke begrunner alminnelig fengselsstraff. Inkapsiteringshensynet var tilsynelatende riksadvokatens primærbegrunnelse for å ta initiativ til en generell dobling av strafferamme for gjentakelse. Fordi gjengangere «er til stor skade og plage for andre» er det «maktpåliggende at disse ‘tas ut av sirkulasjon’ i lengre tid enn før». Målet er «i det minste å hindre at det begås nye forbrytelser av denne karakter i tiden reaksjonen varer».⁶⁶

⁶⁴ Se også rettspraksisen nevnt i kapittelets b). Se også Mæland (2012) s. 41 og Bratholm (1979) s. 504. Begge er imidlertid tvetydige, og Anders Bratholm synes mer opptatt av å begrense hensynet enn av å la det begrunne fengselsstraff.

⁶⁵ Se eksempelvis Andenæs (2004) s. 96, Eskeland (2013) og St.mld.nr. 104 (1977-1978) *Kriminalmeldingen* s. 31.

⁶⁶ Otprp.nr. 62 (2002-2003) s. 73

Synspunktet omfavnes ikke eksplisitt av departementet i sin innstilling. I forarbeidene til ny straffelov skriver imidlertid departementet: «I de senere år har det særlig vært overfor de meget aktive og tilbakefallende vinningskriminelle at fengselsstraffens uskadeliggjørende virkning har stått sentralt.»⁶⁷

Domstolene har tradisjonelt vært tilbakeholdne med å tillegge inkapasiteringshensyn vekt ved straffeutmålingen. Likevel kan den senere års praksis tyde på at det er gjort unntak for gjentakelsestilfeller. I Rt. 1997 s. 1976 uttaler førstvoterende om tiltalte som er dømt for vinningsforbrytelser en rekke ganger:

«Både for å styrke samfunnets vern mot de skadelige utslag av denne gruppens aktiviteter, og ut fra mer allmenne forholdsmessighetsbetraktninger, er jeg enig med aktor i at det kan være grunn til en generell skjerpelse av straffenivået for tilbakefallsforbrytere innenfor den mer omfattende vinningskriminalitet.»

Her er det verdt å merke seg at både inkapasiteringshensyn og proporsjonalitet blir nevnt som begrunnelser.⁶⁸ Det er dermed vanskelig å si hvor mye inkapasiteringshensynet hadde å si. Mindretallet mente uansett at det utelukkende var snakk om inkapasiteringshensyn:

«[D]et ikke er noe som tyder på at en heving av straffenivået vil føre til nedgang i antallet tyverier utover det som følger av at de domfelte ikke stjeler mens de sitter inne. Noe annet er det overhodet ikke argumentert med i saken.»

Et annet eksempel er Rt. 2012 s. 1580. Førstvoterende hevder at den «uskadeliggjørende virkning av at gjerningspersonen for en tid fysisk hindres fra å foreta nye straffbare handlinger, ligger innenfor den tradisjonelle individualpreventive virkning av straffen ...».

Uttalelsene illustrerer det problematiske i å se *effekter* og *hensyn* som to sider av samme sak. Begge er også obiter dictum-uttalelser, og vekten blir dermed ikke like autorativ som dersom dette synet hadde påvirket utfallet av saken. Like fullt kan dommene ses på som en viss aksept av slike begrunnelser ved gjentakelsestilfeller.

Rasjonalet bak en uskadeliggjøringsbegrunnelse for gjentakelsesreglene er at effekten ved inkapasitering her vil være særlig stor, ettersom sannsynligheten for at disse begår nye kriminelle handlinger er høy. Som Andenæs skriver: «En må her ta i betraktning at de mest

⁶⁷ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 78

⁶⁸ Det sistnevnte er et klassisk retributivt utslag som behandles i kapittel 3.3

iherdige residivister, ikke sjelden narkotikaavhengige tyver, kan begå et tosifret antall lovbrudd hver dag.»⁶⁹

c) Spørsmålet blir så om uskadeliggjøringshensyn kan begrunne gjentakelsesreglene på en holdbar måte.

Det er for det første grunn til å stille spørsmål ved om denne effekten er så stor at den i det hele tatt kan begrunne økt straff for gjengangere. Nevnte Kazemians gjennomgang av internasjonal forskning rundt inkapasiteringseffekt, viste at økt gjengangerstraff var «unlikely to lead to substantial, long-term reductions in crime and recidivism rates». Dette ville kun ha en «negligible impact».⁷⁰

Minst tre forklaringer illustrerer hvorfor. Nordisk strafferettskomité gir en av dem: «For mange typer av lovbrudd er frihetsstraffene, også i tilbakefallstilfelle, så korte eller tilbakefallsrisikoen så pass liten, at man praktisk talt kan se bort fra interneringsvirkningen.»⁷¹ Det er kun *økningen* som legges til grunn for vurderingen av inkapasiteringseffekten, og i de aller fleste tilfeller er denne beskjedne, selv under dagens regelverk.

En annen forklaring er at gjengangere allerede er fengslet betydelig mer enn gjennomsnittsborgeren. Økte gjentakelsesstraffer vil derfor påvirke den totale inkapasiteringen i mindre grad enn en generell økning av straffenivået.⁷² For å bruke Andenæs' analogi videre: Dersom tyven som begår et tosifret antall forbrytelser daglig får to måneder lengre straff, vil han begå disse nye forbrytelsene to måneder senere, før han fengsles på ny. Man har altså ikke avverget lovbruddene, men utsatt dem i to måneder. For at inkapasiteringseffekten skulle være virkningsfull, måtte gjentakelse ha ført til en tidsbegrenset straff – som med «three strikes»-regler i USA – og ikke bare noe forhøyet straff.

En tredje mulig forklaring finnes i et markedsperspektiv. Innenfor organisert kriminalitet – som må antas å utgjøre en betydelig del av gjengangerne – vil det nok være større tilgang på

⁶⁹ Andenæs (2004) s. 468

⁷⁰ Kazemian (2010) s. 244 og 242

⁷¹ De åpner likevel for at det kan stille seg annerledes for de få som begår særs mange store vinningsforbrytelser, jf. NU 1984:2 s. 51

⁷² Bernard og Ritti (1991) og King, Mauer og Young (2005)

potensielle kriminelle enn på soningsplasser. Det generelle inntrykket av kriminalbildet tyder på at dersom man fengsler tre dopselgere, vil disse erstattes av tre nye.

Den inkapasiterende effekten er følgelig tvilsom, og virker ikke tilstrekkelig til å kunne begrunne gjentakelsesreglene.

Gitt at den likevel hadde vært det, er det fremdeles et spørsmål om det er legitimt å begrunne gjentakelsesreglene med uskadeliggjøringshensyn. Utgangspunktet som vist i *a)* er at inkapasitering ikke kan begrunne generell fengselsstraff. Særlig to strafferelaterte institutt markerer et unntak fra dette utgangspunktet. Det ene er reglene om administrativt tvungent psykisk helsevern.⁷³ Det andre er forvaringsinstituttet. Ettersom psykisk helsevern kan legitimeres i individets svekkede autonomi, og forvaring ligger nærere en straffereaksjon, er det mest nærliggende å sammenligne med forvaringsinstituttet. Mer konkret er spørsmålet om det finnes så klare likheter mellom reglene og forholdene de regulerer at det er naturlig å trekke analogislutninger mellom dem.

En forskjell er at forvaringsinstituttet ikke har absolutte tidsbegrensninger på samme måte som alminnelig straff har. Dette er naturlig, ettersom forvaring begrunnes i inkapasitering, og behovet for inkapasitering er umulig å bedømme presist på domstidspunktet. Tidsbegrenset straff er derfor ikke et naturlig svar på å oppfylle hensynet til inkapasitering, noe som taler mot at dette begrunner gjentakelsesreglene.

En annen forskjell er at forvaring betinger at den domfelte utgjør en «nærliggende fare» for andres liv, helse eller frihet, jf. strl. § 40 andre ledd. *Fare* er ikke et aktuelt moment ved gjentakelsesreglene. Dette illustreres også av de nevnte dommene på området. Her blir gjerne trukket frem at lovbryteren «skaper utrygghet» og er «plagsom», men dette er ikke det samme som å utgjøre fare. Gjentakelsesreglene virker dermed mer renovasjonspreget enn ufarliggjøringsdrevet i et inkapasiteringsperspektiv.

Tidligere begått alvorlig forbrytelse er et vilkår for å kunne dømme noen til forvaring for et mindre alvorlig andre lovbrudd. Disse må ha «nær sammenheng», jf. strl. § 40 tredje ledd bokstav b, og man kommer heller ikke unna «særlig nærliggende» fare for liv, helse eller

⁷³ Se lov om tvungent psykisk helsevern § 3-3 nr. 3 bokstav a og b.

frihet etter bokstav c. Det at forvaringsreglene allerede regulerer forholdet til gjentakelse, taler mot analogibetraktninger av bakenforliggende begrunnelser.

Det er altså tydelige forskjeller mellom gjentakelsesreglene og forvaringsinstituttet – forskjeller som bare kan forklares med at den ene straffeformen er begrunnet i inkapasitering, og den andre ikke. Det synes derfor, etter både effektvurderinger og systembetraktninger, ikke legitimt å begrunne gjentakelsesreglene med uskadeliggjørende virkninger.

3.2.4 Allmennpreventive hensyn

Dersom prevensjonstankegangen er bærende for norsk strafferett, tar allmennpreventive hensyn det tyngste løftet. Jørn RT Jacobsen formulerer det slik:

«Sett på bakgrunn av behandlingsideologien sitt fall i andre halvdel av 1900-talet og nyklassisismens manglende rotfeste i norsk strafferett, har allmennprevensjon òg styrka sin plass i norsk rett som grunngeving for straff. På denne bakgrunn, er det grunn til å konkludere med at i Norge kviler den faktiske fungerande strafferetten på ei relativt brei allmennpreventiv plattform.»⁷⁴

Allmennpreventive formål tar utgangspunkt i at straffesystemet skal minimere antallet og alvorlighetsgraden av fremtidige forbrytelser. Straffelovgivningen skal «motvirke de handlinger som er kriminalisert».⁷⁵ To måter å oppnå dette på er gjennom *avskrekkende virkninger* og *moraliskapende og vanedannende virkninger*.

3.2.4.1 Avskrekkende virkninger

a) Avskrekkende virkninger tar utgangspunkt i en jussens *homo economicus*⁷⁶ som vurderer prisen av en straffereaksjon opp mot gevinsten av lovbruddet. I et avskrekkende perspektiv vil det dermed ikke bare være straffens størrelse eller art som avgjør kostnaden, men også risikoen for å bli oppdaget. Sistnevnte har større avskrekkende effekt enn straffenivået.⁷⁷

b) Riksadvokaten skriver i sitt høringssvar til departementet:

⁷⁴ Jacobsen (2004), s. 19

⁷⁵ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 78

⁷⁶ Et tenkt hyperrasjonelt menneske kjent fra økonomifaget som handler på bakgrunn av presise kost/nyttevurderinger.

⁷⁷ Se Jacobsen, TFS (2004)

«Det er også mulig at den allmennpreventive virkning overfor grupper med tilsvarende modus vil øke noe ved skjerpet straff. Høy oppdagelse, og en ikke ubetydelig straff, kan medføre at de kalkulerer omkostninger ved gjentatt kriminalitet bedømmes som så vidt store at andre avstår.»⁷⁸

Videre uttaler han at «lovbryteren har jo ved gjentakelse demonstrert at han ikke lar seg avskrekke av dommen».⁷⁹ Tanken i et allmennpreventivt perspektiv er at man gjennom å skjerpe straffen, øker kostnaden i kost/nytte-vurderingen hos den rasjonelle kriminelle. Et lignende resonnement fremsettes av Nordisk strafferettskomité: «Tanken kan også få en almenpreventiv dreining: De som ikke har latt seg avskrekke ved den vanlige straffetrusel, skal vite at de risikerer strengere straff ved ny overtredelse.»⁸⁰ Både formuleringen til riksadvokaten («mulig at») og i Nordisk utredning («kan ... få») er moderate, og kan vitne om usikkerhet knyttet til styrken i et slikt resonnement.

c) Spørsmålet blir så om allmennpreventive avskrekkende virkninger er egnet til å begrunne gjentakelsesreglene på en holdbar måte.

Det faktum at gjentakelsestillegget er ment å være høyere for mer alvorlige lovbrudd kan forklares med allmennpreventive avskrekkeshensyn. Jo mer alvorlige lovbrudd, jo større er de negative konsekvensene, og jo viktigere blir det å hindre at gjerningsmannen begår det samme lovbruddet på nytt.

Også det at gjentakende promillekjøring blir idømt særlig hardt, jf. for eksempel Rt. 2012 s. 1580 og Rt. 2013 s. 584, kan tale for at allmennpreventive avskrekkeshensyn begrunner gjentakelsesreglene. Ved promillekjøring har de allmennpreventive begrunnelser tradisjonelt stått særlig sterkt, presumptivt på grunn av det store og tilfeldige skadepotensialet.⁸¹

Imidlertid må også allmennpreventive avskrekkende effekter påvises dersom de skal begrunne gjentakelsesreglene. Avskrekkende virkninger er i utgangspunktet krevende å vurdere empirisk. Andenæs formulerer dette slik: «Man kan til en viss grad telle de forbrytelser som blir begått, men ikke de som *ville ha blitt begått* om straffeloven ikke hadde virket.»⁸²

⁷⁸ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 74

⁷⁹ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 76

⁸⁰ NU 1984:2 s. 50

⁸¹ Det er for øvrig antatt at tidsbegrensningen i § 79 første ledd bokstav b ikke gjelder for promillekjøring, jf. Matningsdal (1993) s. 174-175. Dette gjaldt riktignok daværende § 61.

⁸² Andenæs (2004) s. 85-86. Andenæs drøftet den faktiske allmennpreventive effekten flere ganger, se eksempelvis *Nyere forskning om allmennprevensjon – status og kommentarer*, NTfK 1977, s. 61-101.

Overfor gjengangere gir flere forhold begrenset grunn til tro på allmennpreventive effekter. Førstegangsforbrytere har allerede vist at straffetrusselen skremmer dem, og det er derfor rimelig å anta at de er mindre mottagelige for slik avskrekkelse enn dem som enda ikke har brutt loven.

Dessuten er det kun *straffeøkningen* som kan legges til grunn når man skal vurdere avskrekkelseeffekten, og det er grunn til å tro at effekten for denne er lavere enn for den alminnelige proporsjonale straffen. Dette kommer i tillegg til at vi vet at oppdagelsesrisikoen – altså selve kriminaliseringen – har en større allmennpreventiveffekt enn straffen i seg selv.

At en gjentakelsesøkning skal ha avskrekkende effekt forutsetter også at den kriminelle er rasjonell. I økonomisk teori får den totalt rasjonelle *homo economicus* stadig mindre tilslutning, ettersom stadig mer forskning beviser at mennesker ofte er svært irrasjonelle.⁸³ Det er liten grunn til å operere med en *felo economicus* innenfor strafferetten, da forbrytere ikke kan antas å være mer rasjonelle enn mennesker for øvrig.

Samlet sett er det derfor ingen grunn til å anta at gjentakelsesreglene har en vesentlig avskrekkende effekt, hvis de i det hele tatt har det. I forarbeidene til straffeloven bedyrer Justisdepartementet at det vesentlige er «straffens *tilsiktede* virkninger».⁸⁴ Etter mitt syn er ikke denne tilnærmingen holdbar. Selv om man ikke kan måle slike effekter presist, må man i hvert fall kunne sannsynliggjøre at effektene er der. Hvis ikke kan ikke effekten begrunne regelen.

Forarbeidenes uttalelser om allmennpreventive effekter kan tolkes som at gjentakelsesreglene er utformet basert på *gruppepreventive* hensyn heller enn allmennpreventive: Man øker straffetrusselen overfor en utvalgt gruppe for å skremme dem fra å begå nye lovbrudd. Dette er imidlertid en for snever forståelse av allmennpreventivposisjonen. Som H.L.A Hart viser i sin kritikk av Jeremy Bentham fra 1968, kan også avskrekkende effekter overfor andre enn den reaksjonen retter seg mot være legitimt i et allmennpreventivt perspektiv.⁸⁵ Nedslagsfeltet til de avskrekkende effektene blir dermed bredt og uoversiktlig. Allmennpreventive hensyn gir derfor begrenset veiledning ved utformingen av konkrete straffeskjerpingsregler.⁸⁶ Samlet

⁸³ Se eksempelvis Thaler (2000).

⁸⁴ Ot.prp.nr. 90, pkt. 6.3.1

⁸⁵ H.L.A Hart (2007) s. 48

⁸⁶ Se Jacobsen, TFS (2004) s. 433 og Ashworth (2005) s. 80 i samme retning.

sett virker allmennpreventive avskrekkelseshensyn lite holdbare som begrunnelse for gjentakelsesreglene.

3.2.4.2 Vaneskapende og moraldannende virkninger

a) Andenæs er kanskje vel så opptatt av de vaneskapende og moraldannende virkninger som de avskrekkende: Dersom straffebudet har en tilfredsstillende straff og blir håndhevet regelmessig, kan det oppstå en norm som samfunnet retter seg etter.⁸⁷ Hvor stor en slik effekt er, og om den i det hele tatt finnes, er imidlertid uklart.⁸⁸ Det vil blant annet avhenge av den enkelte lovens legitimitet, ulike samfunnslags forhold til lovverket og samfunnets generelle tillit til og respekt for statlige institusjoner.

Det er uansett verdt å merke seg at selve fenomenet kriminalisering antyder en preventiv utforming. Straffen, før den har blitt realisert, er de facto en trussel bak en forbudt handling. Som von Hirsch formulerer det: «This threat surely has *something* to do with inducing citizens to refrain from the proscribed conduct.»⁸⁹ Om straffesystemet ikke virker normskapende, så har vi i alle fall utformet det som om det gjør det.

b) Dersom vaneskapende og normaldannende virkninger skal kunne begrunne gjentakelsesreglene, er det ut i fra et perspektiv om at vi ønsker å skape en norm om å begå så få lovbrudd som mulig.

c) Det er vanskelig å få et slikt perspektiv til å stemme overens med gjentakelsesreglene. Normhensynet retter seg primært inn mot den lovlydige befolkning, mens det her dreier seg om kriminelle. Det er lite som taler for at reglene skal ha noen særlig vaneskapende effekt overfor denne gruppen. Førstegangsforbryterne har allerede vist at de eventuelle normdannende effekter lovverket måtte ha er mindre virksomme overfor dem enn hos andre.

Dessuten er regler rettet mot en liten gruppe antagelig ikke egnet til å skape en samfunnsnorm. Her kan det innvendes at dersom gjentakelsesreglene i stedet har en utilsiktet normskapende effekt på befolkningen som helhet, vil også dette være et relevant gode for

⁸⁷ Se Andenæs (2004) s. 85

⁸⁸ Andenæs trekker selv frem en rekke andre forhold som kan være vel så normdannende, som oppdragelse, religion og frykten for omgivelsenes dom. Han forutsetter en vekselvirkning mellom lovverket og de andre faktorene, noe det er grunn til å gi han har rett i. For eksempel vil et lovverk som speiler normoppfatningen i folket muligens også ha større normdannende effekt.

⁸⁹ von Hirsch (1990) s. 276

allmennpreventivteoretikere.⁹⁰ Som med avskrekkende posisjoner, blir imidlertid også slike effekter for usikre og uoversiktlige til å bygge straffeskjerpingsregler på.

Samlet sett er derfor ikke vaneskapende og moraldannende effekter egnet til å begrunne gjentakelsesreglene.

3.2.5 Sosialt stabiliserende hensyn

a) Forarbeidene trekker frem hensynet til sosial ro som et produkt av gjengjeldelsesteoriene. Det synes basert på en feilaktig forståelse av hva gjengjeldelsesteoriene går ut på. Som retributivisten Michael S. Moore skriver: «Even in the most well-mannered state, those criminals who deserve punishment should get it, according to retributivism.»⁹¹

Å straffe noen med det formål å oppnå sosial ro (å hindre at noen tar loven i egne hender), er et utpreget nyttehensyn.⁹² Departementet understreker selv dette når de skriver: «Prevensjonsformålet er dobbelt: å forebygge uønsket atferd og å forebygge sosial uro i kjølvannet av uønsket atferd som likevel måtte skje.»⁹³

b) Man kan se for seg, dersom man tenker bort gjentakelsesreglene, at en gjerningsmann som stadig gjentok sin forbrytelse, og ble møtt med den samme (lave) straffen, ville provosert samfunnet i så stor grad at det gikk utover samfunnsharmonien.

c) Dette er imidlertid en usikker spådom, og kunne i så fall vel så gjerne ses på som et uttrykk for at straffen for selve lovbruddet var satt for lavt. I det hele tatt synes sosiale ro-effekter å være for usikre og upresise til å kunne begrunne en slik straffeskjerpingsregel.

Man kan imidlertid argumentere med at den sosiale ro er en av flere effekter som oppnås ved at samfunnet speiler den alminnelige rettsoppfatning. Dette forholdet vil behandles nærmere i kapittel 3.4.1.

Samlet sett viser en gjennomgang av ulike innfallsvinkler at nyttehensyn ikke er egnet til å begrunne gjentakelsesreglene på en god og tilfredsstillende måte.

⁹⁰ Jf. diskusjonen overfor i kapittel 3.2.4.1.

⁹¹ Moore (1988) s. 181

⁹² Kinander omtaler det som negativt preventivt hensyn, jf. Kinander (2013) s. 184.

⁹³ Ot.prp.nr. 90 2002-2003 s. 78

3.3 Gjengjeldelsesbegrunnelser

3.3.1 Generelt om gjengjeldelsesbegrunnelser

I absolutte straffeteorier legger man et tilbakeskuende blick til grunn.⁹⁴ Straffens effekter er underordnet – staten har en *plikt* til å straffe lovbrøyteren. Moore definerer retributivisme slik: «We are justified in punishing because and only because offenders deserve it.»⁹⁵ Dette er, som vi skal se, en noe smal posisjon i gjengjeldelsesfloraen. Like fullt kan den gi et godt startpunkt for å diskutere gjengjeldelse som begrunnelse.

Retributivisme er til en viss grad forenlig med preventive tanker. Man kan begrunne straff med retribusjon, men likevel anerkjenne preventive effekter, og vektlegge disse mer eller mindre.⁹⁶ Dette stemmer også overens med slik straffen begrunnes i straffesystemer preget av mer absolutte straffeteorier.⁹⁷ Det sentrale for retributivister er at straffens effekter ikke alene er nok til å begrunne straffens berettigelse.⁹⁸

De fleste gjengjeldelsesposisjoner gir ikke bare et grunnlag for å straffe, men også for å begrense straffen. Mens preventive hensyn ikke gir noen troverdig begrunnelse for hvorfor vi ikke skal straffe *mer*, gir retributive innfallsvinkler en slik begrunnelse direkte – fordi straffen skal svare til klanderer, skaden, ubalansen eller størrelsen på normbruddet som forbrytelsen representerer.

Et første spørsmål er om gjengjeldeshensyn i det hele tatt er egnet til å forklare norske strafferettsregler. Morten Kinander, som har kritisert den ensidige prevensjonstanken, beskriver nyttehensynenes dominans i norsk strafferett slik:

«At en gjerningsmann skal møtes med gjengjeldelse ... er en oppfatning som har vært i diskreditt i norsk strafferett siden tidlig på 1900-tallet da vi fikk vår nye etter forholdene moderne straffelov, og kanskje enda lenger tilbake.»⁹⁹

⁹⁴ Jeg bruker retributivisme, gjengjeldelse og absolutte straffeteorier om hverandre, selv om man kan argumentere for at sistnevnte favner bredere enn førstnevnte. For en filosofisk og etymologisk kritikk og innsnevring av retributivismebegrepet, se Cottingham (1979).

⁹⁵ Moore (1988) s. 1781

⁹⁶ Se for eksempel von Hirsch (2010). I Norge bruker Grøner, Husabø og Jacobsen (2015) det retributive skyldprinsippet som rettesnor, men begrunner straffereaksjon som opprettholdelse av normer både ut i fra en moralsk plikt og et ønske om å redusere fremtidig kriminalitet (prevensjon).

⁹⁷ Se NOU 2003:15 kap. 4.2.4

⁹⁸ Se Kinander (2013) s. 191

⁹⁹ Kinander (2013) s. 156

Det spørres likevel om ikke departementet i forarbeidene til ny straffelov tar i for hardt når de skriver: «I moderne, vestlig strafferett er prevensjonsteoriene nærmest enerådende ...».¹⁰⁰ I Sverige har nyklassisismen ført til et større innslag av retributive innslag.¹⁰¹

Gjengjeldelsesbegrunnelser i strafferetten er betydelig mer diskutert, og anerkjente, i flere andre vestlige land.¹⁰² Jesper Ryberg hevder at det siden 1980-tallet har «blevet helt almindeligt at berettige straffen fra et såkaldt retributivistisk synspunkt».¹⁰³ Det er også verdt å merke seg at den internasjonale debatten om gjentakelsesregler i stor grad foregår på retributiv grunn.¹⁰⁴

Også i Norge har flere påpekt at man finner klare spor av absolutte strafferettsteorier.¹⁰⁵ Vi opererer for eksempel med maksimumsstraffer (strafferammer), som er ment å proporsjonalt tilsvare lovbruddet og skyldgraden.¹⁰⁶ Proporsjonalitet er ikke et nyttehensyn. Prevensjonseffekter gir ingen veiledning for å *begrense* straffens lengde.¹⁰⁷ Det gjør gjengjeldelsesbegrunnelser.¹⁰⁸ Antagelig gjør også hensynet til den allmenne rettsfølelse det.

Gröning, Husabø og Jacobsen trekker frem skyldprinsippet som «vanskelig [kan] forstås uten en forankring i absolutte synspunkter».¹⁰⁹ Kinander mener at også det norske strafferettssystemet for øvrig, inkludert høyesterettspraksis, stemmer godt overens med en retributiv begrunnelse.¹¹⁰ Eskeland kan tolkes i samme retning:

«Jeg tror det er riktig å si at straffutmålingen i praksis i ganske stor utstrekning beror på anvendelsen av det tankeskjema som ligger til grunn for nyklassisismen, selv om praksisen verken rettslig eller ideologisk er forankret der.»¹¹¹

Han begrunner det i høyesterettspraksis, hvor særlig hensynet til allmennprevensjon, men også rettferdighet, dominerer.

¹⁰⁰ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) er inne på det samme på s. 54, note 125, hvor de omtaler departementets påstand som «i beste fall lite treffende».

¹⁰¹ Se Jacobsen, TfS (2004) s. 431.

¹⁰² Se Kinander (2013) s. 179 flg.

¹⁰³ Ryberg (2016) s. 40

¹⁰⁴ Se særlig Roberts og von Hirsch (red.) (2010)

¹⁰⁵ Se særlig Eskeland (2013) s. 55 og NOU 2003:15 *Fra bot til bedring* kap. 4.2.2. og 4.2.4 s. 49 flg.

¹⁰⁶ «[I] de fleste tilfelle er fastsettelsen av strafferammene mer et uttrykk for hvor grov eller samfunnsmessig forkastelig gjerningen betraktes,» jf. Andenæs (2004) s. 77.

¹⁰⁷ Riktignok kan det argumenteres med hensynet til den sosiale ro her – at for strenge straffer kan føre til opprør. Andre begrunnelser passer likevel bedre.

¹⁰⁸ Se særlig Kinander (2013) s. 181

¹⁰⁹ Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 61

¹¹⁰ Kinander (2013) s. 189

¹¹¹ Eskeland (2013) s. 55

Til tross for forarbeidernes klare avgrensning mot gjengjeldelsesteorier, synes det dermed likevel som om også den norske strafferetten er sterkt påvirket av dem. Gjengjeldelsehensyn har dermed relevans som begrunnelse for norske strafferettsregler.

Videre blir spørsmålet om gjengjeldelsehensyn kan begrunne gjentakelsesreglene. Riksadvokaten trekker frem at gjentakelsesreglene står i «bedre samsvar med de skader gjengangerne påfører samfunnet» dersom straffen for gjengjeldelse økes ytterligere. Dette kan ses på som et uttrykk for et forholdsmessighetssyn som finner sine røtter i en retributiv tilnærming. Som nevnt i kapittel 2.3, kan også enkelte av Justisdepartementets begrunnelser tolkes i en retributiv retning. Det samme gjelder førstvoterende i Rt. 1997 s. 1976, som blant annet støttet en straffeskjerpning av gjengangere på grunn av «allmenne forholdsmessighetsbetraktninger».¹¹² Et annet eksempel er Rt. 2004 s. 365, hvor førstvoterende presiserer at «dessuten setter prinsippet om at det skal være forholdsmessighet mellom handling og reaksjon, en grense for hvor meget straffen kan skjerpes på grunn av tidligere domfellelser.»

På samme måte som for prevensjonsideologier, er det ulike innfallsvinkler og posisjoner blant de absolutte straffeteoretikerne. Selv om det i praksis finnes en stor grad av overlapp mellom ulike gjengjeldelsesteoretikere, kan det være nyttig å forsøke å kategorisere ulike innfallsvinkler for å se om de står seg ulikt overfor gjentakelsesreglene.¹¹³

3.3.2 Straff som hevn

a) Dette er nok den gjengjeldelsesteoretiske posisjonen som det oftest argumenteres mot. I praksis er en ren hevntankegang lite utbredt i moderne straffeteori. Moore trekker frem en slik innfallsvinkel som eksempel på hva som *ikke* er retributivisme.¹¹⁴ Tanken fra et slikt perspektiv, er at straffen tilfredsstillende et hevnbehov hos offeret og samfunnet for øvrig. Når gjerningsmannen forbryter seg på offeret, oppstår det et behov for hevn hos offeret som straffen tilfredsstillende. Samfunnet for øvrig får også en tilfredsstillende, særlig dersom de er berørte av den konkrete handlingen.

¹¹² Dommen s. 1979

¹¹³ Se også Cottingham (1979) som hevder det finnes minst ni ulike retributive posisjoner.

¹¹⁴ Moore (1988) s. 180-181

b) Med tanke på gjentakelse er det vanskelig å se for seg et sterkere hevnbehov hos offeret, med mindre offeret er det samme for hver gang. Fra et samfunnsperspektiv kan det hevdes at hevnbehovet blir sterkere for hvert lovbrudd, noe som krever et straffetillegg for hver gjentakelse.¹¹⁵

c) Det er likevel tvilsomt at en slik begrunnelse kan bære gjentakelsesreglene.

Hevnbegrunnelse er lite utbredt i dag, utover i den generelle «sosial ro»-forstand som diskutert i kapittel 3.2.5. En hevnbasert innfallsvinkel kan vanskelig begrunne straff i et moderne samfunn. Hevnfølelser er ofte irrasjonelle, og blir gjerne sett på som nedrige og irrasjonelle. Det er ikke statens oppgave å gi etter for dem – og i alle fall ikke å basere strafferettssystemet på dem.

På samme måte som med «sosial ro»-perspektivet, er det dessuten vanskelig å få noen særlig veiledning fra en slik begrunnelse. Eksempelvis sier ikke modellen noe om hvordan tilfeller hvor offeret eller samfunnet ikke har behov for hevn skal straffes. Hevnposisjonen er derfor ikke egnet til å begrunne gjentakelsesreglene.

3.3.3 Tilbakebetalingsposisjonen

a) Denne tankegangen baserer seg på balanse og rettferdighet som rettesnorer. Loven som norm krever at vi unngår å begå kriminelle handlinger. Vi må vise selvdisciplin. Gjennom å begå lovbrudd har gjerningsmannen brutt denne kontrakten, og skaffet seg en urettferdig fordel overfor de andre borgerne. Derfor må han straffes, og slik tilbakebetale sin fordel til samfunnet.

I følge von Hirsch, som først forsvarte og deretter avviste modellen, var det Herbert Morris og Jeffrie Murphy som først lanserte denne. Disse gikk også bort fra modellen etter hvert.¹¹⁶ Den forsvars imidlertid fortsatt, særlig fra naturrettslige perspektiver.

En kritikk av modellen er at den legger til grunn at det nødvendigvis er en fordel å begå en kriminell handling. Dessuten forutsetter innfallsvinkelen at de fleste utøver selvdisciplin for å ikke drepe, rane eller voldta. von Hirsch mener i tillegg at mulighetsbalanse ikke er et tilstrekkelig formål for å begrunne inngrep i borgernes autonomi: «To justify invoking that

¹¹⁵ Se også diskusjonen om allmenn rettsfølelse i kapittel 3.4.1.

¹¹⁶ von Hirsch (1990) s. 264

power, the benefits-and-burdens theory would have to endorse an ambitious contractarian theory of the state.»¹¹⁷

I den liberale rettsstaten søkes gjerne ubalanser og skjevheter rettet opp gjennom positive tiltak fra staten, og ikke inngrep i borgernes rettssfære. Det viktigste bidraget fra denne modellen til strafferettsdiskursen i dag, er at begreper som «gjort opp for seg» og «strafferabatt» brukes hyppig, uten at man dermed har abonnert på tilbakebetalingsmodellen.

b) og c) Det er vanskelig å se for seg hvordan et tilbakebetalingsperspektiv skal kunne begynne gjentakelsesreglene. Kjernen i denne posisjonen er tvert om at man skal tilbakebetale de fordelene man har oppnådd. Man har ikke oppnådd fordeler ved gjentakelse utover den ubalansen som oppstår ved hvert enkelt tilfelle.

Riktignok legges det til grunn et slags betalingsperspektiv både for straffebonus- og strafferabattmodellene som omhandles i kapittel 3.3.6. Disse har imidlertid andre formål enn å gjenopprette ubalanse.

3.3.4 Kommunikasjonsorienterte posisjoner

a) Ved en kommunikasjonsorientert posisjon har straffen som formål å kommunisere til forbryteren at det han gjorde var galt. Bare ved å straffes kan forbryteren ta det klanderverdige han har gjort innover seg, og muligens også lære av sine feil.¹¹⁸ En slik tilnærming kan virke til forveksling lik den individualpreventive, men Antony Duff – en av talsmennene for en slik tilnærming – tar avstand fra sammenligningen. Den vesentlige forskjellen er at nytteetikerens mål utelukkende er å forandre forbryterens holdninger, motiver og lyster, uansett virkemiddel:

«What matters to the educative theorist, however, is that punishment should always address the criminal as a responsible agent, aiming to communicate and persuade, not to manipulate. The end to be achieved is understanding, not merely (willing) obedience, and the means must accord the criminal the respect that is her due ...»¹¹⁹

Likevel forutsetter et kommunikasjonsbasert utgangspunkt at den straffede mottakeren, på samme måte som med preventive ideologier, er et rasjonelt menneske som evner å ta til seg

¹¹⁷ von Hirsch (1990) s. 265

¹¹⁸ Se eksempelvis Nozick (1981) s. 363-397

¹¹⁹ Duff (1993) s. xiii

klander. Begge tilnærminger streber altså etter effekter som vanskelig lar seg bevise. Duff mener imidlertid at det er viktig å uttrykke denne klandereren i seg selv, slik at gjerningsmannen har *muligheten* til å ta til seg kritikken.¹²⁰ Slik kan han kategoriseres nærmere en pliktetisk posisjon enn en utilitaristisk.

b) Gjerningsmannens gjentatte forbrytelse kan vise behovet for en tydeligere og strengere tilbakemelding fra staten, etter en slik pliktetisk modell. Han hørte ikke på oss forrige gang, og derfor må vi snakke et tydeligere språk, jf. strl. § 77 bokstav k. Dette vil gjenta seg også for forbryterens neste lovbrudd og det neste etter det igjen.

Det er derimot mer krevende å se for seg en kommunikasjonsmodell begrunne fordoblingen av strafferammen, jf. § 79 bokstav k. Her hever man ikke bare stemmen, man henter inn en forsterker med dobbel effekt, slik at man kan bruke den hvis man vil. Slik forlates den iboende proporsjonalitetstankegangen i kommunikasjonsmodellen.

c) Kommunikasjonsutgangspunktet står seg bedre opp mot gjentakelsesreglene enn individualpreventive begrunnelser, fordi det er kommunikasjonen i seg selv om er målet. Dermed punkteres ikke modellen av manglende påvisning av effekt.

Likevel er det noen betydelige utfordringer med en slik begrunnelse for gjentakelsesreglene. For det første vil tilnærmingen ikke ha en naturlig begrensning ved seg. Med andre ord vil straffen kunne fortsette å øke for hver gjentakelse slik at den til slutt blir mangedobbelt det lovbruddet isolert sett skulle tilsi. Dette bryter med strafferettens krav til forholdsmessighet og humanitet.

Det stemmer også dårlig overens med de norske reglene, ettersom de forholder seg til en strafferamme. § 77 bokstav k skjerper bare straffen innenfor strafferammen. Selv om § 79 bokstav b dobler denne, gjør den det bare én gang. På ett tidspunkt begynner kurven å flate ut.

En mer grunnleggende innvending, som også Duff erkjenner selv, er at det er usikkert om en kommuniserende rolle – uavhengig av effekt – er tungtveiende nok til å begrunne straff.¹²¹

Det kan diskuteres om staten i det hele tatt har i oppgave å innta en slik paternalistisk rolle og

¹²⁰ Se Duff (2001) s. 79 flg.

¹²¹ Duff (1993) s. xiii

om straffesystemet er den beste måten å forvalte den på. Denne usikkerheten styrkes i møte med en gjengangerstraff som potensielt kan bli svært høy.

Det er også et spørsmål om kommunikasjonsmodellen, i likhet med øvrige tilbakeskuende begrunnelser, bryter med forbudet mot dobbel straffeforfølgelse, jf. EMK protokoll 7 artikkel 4 nr. 1. Det er uansett klart at tilleggsstraff for ferdigsonede forhold innebærer et brudd på det bredere prinsippet om at den som har sonet sin straff skal regnes som om han er straffri. Det finnes riktignok unntak fra dette prinsippet utenfor strafferettens område.¹²² Innenfor strafferetten er det imidlertid særlig viktig å opprettholde et slikt prinsipp, ettersom det er her statens mest inngripende virkemiddelapparat befinner seg. Dette taler mot en kommunikasjonsbegrunnelse for straffeskjerpning.

Det kan også legges til at Duff selv er mot en slik begrunnelse for økt straff, fordi den som ikke vil rette seg etter kommunikasjonen fra samfunnet etter hans syn har rett til å gjøre det. Han omfavner i stedet en toleransemodell, som gjennomgås i underkapittel 3.3.6.2.

Samlet sett virker ikke kommunikasjonsmodellen egnet til å begrunne norske gjentakelsesregler på en holdbar måte.

3.3.5 Normorienterte gjengjeldelsesposisjoner

a) Den normorienterte modellen kan minne om den kommunikasjonsbaserte i det at den tar innover seg straffens kognitive effekt, men her er det normen i seg selv det tas utgangspunkt i. Samfunnet har en rekke normer, og er avhengig av normer for at sivilisasjonen skal opprettholdes. Den tyske teoretikeren Günther Jakobs formulerer det slik: «The validity of norms that determine society's identity, need to be guaranteed. The reason is that there are other alternatives to this society.»¹²³

Når en gjerningsmann har brutt normen, må han straffes – ellers svekkes normen. Ut i fra et slikt perspektiv er det i første omgang normbruddet som skal straffes, og ikke bare verdien normen er ment å beskytte. En slik tankegang, hvor normen opphøyes til noe mer enn verdien den verner, finner klangbunn i klassisk konservativ tankegang.¹²⁴

¹²² For eksempel kan vandel tillegges vekt ved ansettelse og ved søknad om serveringsbevilling.

¹²³ Jakobs (2004) s. 491

¹²⁴ Faktisk kan en konservativ tilnærming vekte normen i seg selv så høyt at den blir beskyttelsesverdig, selv om verdien den beskytter i seg selv ikke er det. Det klassiske eksempelet er Burkes kritikk av den franske

b) I møte med gjentakelsesreglene kan den normbaserte innfallsvinkelen gi to utfall. Den ene er at normen allerede blir garantert for hver gang gjerningsmannen straffes, og at gjengangere derfor ikke trenger ytterligere straff. Målet er bare å markere normbrudd – ikke å tvinge gjerningsmannen til å forholde seg til normen. Slik får norminnfallsvinkelen betydning i legitimeringsspørsmålet av straff, men ikke som veiledende faktor i utmålingen.¹²⁵

Den andre bygger på premisset om at normene ved gjentakelse skades mer enn summen av skaden fra det enkelte lovbrudd. Gjengangere har bevist at de ikke bare mangler respekt for andres lovbeskyttede rettigheter, men også for loven i seg selv. Svenske Magnus Ulväng beskriver en slik tilnærming som at man ønsker å straffe den *trass, u lydighet eller likegyldighet* overfor samfunnet og dets normer som gjerningsmannen har utvist.¹²⁶

c) Spørsmålet blir så om en slik tilnærming kan begrunne gjentakelsesreglene. Et forhold som taler for en slik begrunnelse, er at dette muligens er innfallsvinkelen som best kan begrunne at strafferammen dobles, jf. § 79 bokstav b: Det andre lovbruddet viser at dette handler om manglende respekt for loven. Dermed må man ta i bruk andre strafferammer for å beskytte den. Her kommer imidlertid et betydelig problem ved en slik tilnærming inn: Dersom beskyttelsen av normen blir målet, gir det i utgangspunktet ingen begrensning for hvor mye straff et normbrudd kan legitimere.

Det er også problematisk å se hvordan fem vesketyveri begått av ulike personer utgjør en mindre skade på normen enn fem vesketyveri begått av samme person, slik en normbasert gjentakelsesskjerping forutsetter. Dersom den samme gjerningsmannen utøver alle tyveriene, kan jo dette attribueres til forhold hos gjerningsmannen. Dersom fem ulike gjerningsmenn angriper samme norm hver for seg, kan dette ses på som en større likegyldighet overfor loven.

Ulväng avfeier en normbasert innvending: «Det enda som rimligvis kan vara av intresse, när vi frågar vad gärningsmannen har varit likgiltig inför, är den följd som beskrivs i brottsbeskrivningen».¹²⁷ Han understreker at forbryteren kan gjenta forbrytelsen dersom han vil, i tråd med den alminnelige handlefriheten. En ekstrastraff for lovbruddet i seg selv har et

revolusjonen. Den liberale Burke støttet de revolusjonæres idealer, men var motstander av (de raske) endringene, se Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France* (1790).

¹²⁵ Et norsk eksempel på en slik tilnærming er Grønning, Husabø og Jacobsen (2015) s. 66 flg., som både begrunner straff ut i fra et normperspektiv som kan ligne Jakobs, men samtidig holder det mer klanderbaserte skyldprinsippet som rettesnor for straffen.

¹²⁶ Ulväng (2005) s. 335 flg.

¹²⁷ Ulväng (2005) s. 338

preg av livstilsstraff. Dette er et ekko fra Duffs avvisning av kommunikasjonsbaserte begrunnelser som grunnlag for gjentakelsesskjerpning.

Det er imidlertid særlig deskriptive forhold som gjør normposisjonen lite egnet til å begrunne de norske gjentakelsesreglene. Både § 77 bokstav k og § 79 bokstav b inneholder vilkår om at det nye lovbruddet må være i samme kategori som det foregående. Dersom målet er å beskytte normen i seg selv mot trass eller likegyldighet, hvorfor har det noe å si om det foregående lovbruddet var et annet? Dersom en forbryter det ene året begår et ran, og det neste året selger narkotika, kan dette tolkes som et enda sterkere uttrykk for at han ikke respekterer loven som helhet.

Det at § 79 bokstav b opererer med «samme art»-vilkår, og at § 77 bokstav k har et «liknende handlinger»-vilkår, er nettopp et uttrykk for at gjentakelsesreglene er ment å verne de verdiene loven beskytter, og ikke loven i seg selv. Dermed kan en normbasert innfallsvinkel begrunne gjentakelsesregler teoretisk sett, men ikke de norske.¹²⁸

3.3.6 Klanderorienterte posisjoner

a) Slike utgangspunkt ser straffen som klander, og klandereren som verdifull i seg selv. En forbryter har brutt noen grunnleggende normer som vi som samfunn har kodifisert i lov. Straffen er samfunnets måte å holde han ansvarlig på, og det å straffe han er å behandle han som et selvstendig, autonomt individ som er i stand til å ta sine egne valg. Posisjonen skiller seg fra den normbaserte og den kommunikasjonsorienterte ved at den fokuserer på klandereren som målet, og ikke som et middel. Joel Feinberg er et eksempel på en toneangivende klanderteoretiker i moderne tid.¹²⁹ I Norge kan Kinander tolkes inn i en slik tilnærming.¹³⁰ I de senere år er det nok denne innfallsvinkelen som har hatt størst gjenklang hos strafferettsteoretikere internasjonalt.¹³¹

Den internasjonale debatten om gjentakelsesreglene foregår gjerne med klandereren som innfallsvinkel. Likevel fører det til ulike resultat. I det følgende vil to ulike modeller gjennomgås: Gjentakelse som grunnlag for økt klander, og det vi kan kalle *toleransemodellen*

¹²⁸ Det er verdt å merke seg at riksadvokaten ikke ønsket seg «samme art»-begrensningen i § 79 bokstav b, jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 78. For øvrig kan en normbasert innfallsvinkel antagelig gi et godt rasjonale for den amerikanske «three strikes»-tilnærmingen.

¹²⁹ Feinberg (1970) kapittel 5

¹³⁰ Kinander (2013)

¹³¹ Se særlig von Hirsch og Ashworth (2005)

– hvor tidligere manglende lovbrudd utgjør en strafferabatt, som gradvis reduseres ved hver gjentakelse.

3.3.6.1 Gjentakelse som grunnlag for økt klander

b) I motsetning til for normbaserte modeller er klanderer her knyttet til den konkrete straffbare handlingen. Videre ligger ikke det straffverdige ved gjentakelse i den objektive skadefølge. Skaden påført av et ran blir ikke større av at gjerningsmannen tidligere er straffet for ran.¹³² Altså må noe ved gjentakelsen gjøre at skylden øker ved handlingen.¹³³

To begrunnelser for en slik skyldøkning vil gjennomgå. Den ene er fra Youngjae Lee, som hevder at det – utover den alminnelige skyld – foreligger et unnlatesansvar ved gjentakelse: Gjerningsmannen fikk et pålegg om å endre livsstil. Det at han forbryter seg på ny, viser at han ikke har foretatt de nødvendige handlingsalternativer for å unngå nye lovbrudd.¹³⁴

Den andre er ved Julian V. Roberts, som argumenterer for at det foreligger en mer kulpøs holdning i gjerningsøyeblikket, langs de samme linjene som ved overlagt drap.¹³⁵ Etersom forbryteren allerede har fått straff fra samfunnet, er han i større grad klar over at handlingen hans er gal. Denne mentale bevisstheten ved gjerningsøyeblikket øker graden av skyld, og dermed også klanderverdigheten.¹³⁶ Dette er et ekko av Andenæs: «Den som forgår seg på ny, til tross for den advarsel som ligger i den tidligere domfellelse, har etter den tradisjonelle oppfatning vist et mer forherdet sinnelag, og dermed en større skyld.»¹³⁷

c) Lees modell har en rekke svakheter. For at unnlattelse skal medføre straffeansvar, må det foreligge en konkret alternativ handling. Her er det uklart hva en slik alternativ handling skal være. Om man likevel vil operere med vage alternativer som å unngå situasjoner hvor nye

¹³² Et unntak kan tenkes å være de tilfeller hvor man forbryter seg mot samme person, og at skadene slik kumuleres til å bli større enn summen av handlingene. Slike forhold kan imidlertid best fanges opp av andre type bestemmelser rettet mot trakassering, mobbing og skremmende adferd. Straffeloven 2005 §§ 266 og 267 synes aktuelle. Se også Ulväng (2005) s. 337 note 96 om dette.

¹³³ En innfallsvinkel som må forkastes er at førstegangsforbrytere potensielt er i rettsvillfarelse første gang. I så fall er dette en begrunnelse for at en slik konkret vurdering må foretas, jf. prinsippet i strl. § 78 bokstav a jf. § 80 bokstav j, og ikke en begrunnelse for gjentakelse som generell straffeskjerpingsregel.

¹³⁴ Se Lee (2010) s. 49

¹³⁵ Selv om betegnelsen «overlagt» er fjernet fra straffeloven av 2005, heter det i forarbeidene at sentrale momenter ved straffeskjerpingen «vil blant annet være om drapet ble begått på en særlig graverende måte, med overlegg eller var planmessig utført ...» jf. Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 432.

¹³⁶ Se Roberts (2010) s. 17

¹³⁷ Andenæs (1991) s. 403

lovbrudd er sannsynlige eller å «få livet på rett spor», støter man på et nytt problem: årsakssammenheng mellom denne handlingen og et nytt lovbrudd. Som von Hirsch formulerer det: «... [H]is failure to change his habits would neither be a necessary nor a sufficient condition ...». Han kan gjøre alt for å unngå å havne i en slik situasjon, og likevel bryte loven. Motsatt kan han la være å gjøre slike justeringer, og likevel unngå å bryte loven igjen.

Roberts sin klandermodell har den styrken at den forklarer hvorfor det kun er «samme art»- eller «liknende handlinger»-gjentakelse som skal straffes strengere: Det er en slik handling gjerningsmannen tidligere har fått refs for, og dermed visste var ulovlig. Men kan en slik refs si noe om gjerningsmannens holdning på forbrytelsestidspunktet?

Ulväng hevder at den ikke kan det. Gjentakelse sier kanskje noe om gjerningsmannens karakter, men ingenting «om hans attityd som den kommer till uttryck i den enskilda gärningen. Såtillvida kan den inte påverka skyldsidan i en straffvärdebedömning.»¹³⁸ George P. Fletchers mener også at gjentakelse er irrelevant for skyldspørsmålet: «[T]he law pays no heed to criteria that make a voluntary, intentional act arguably more culpable in some persons than in others.»¹³⁹ Ulväng og Fletchers poeng er at fastleggningen av skyld ved den straffbare handlingen vurderes ut ifra graden av frivillighet og intensjon ved gjerningsøyeblikket. Gjentakelse kan kanskje være et bevismoment ved vurderingen av dette, men det begrunner ikke egne straffeskjerpinger *etter* at skyldvurderingen er foretatt. En slik tilnærming lager et skyldsystem på siden av straffelovens system.

Her kan det riktignok innvendes at også overlegg er på siden av det etablerte skyldsystemet, men likevel relevant ved straffeutmåling. von Hirsch viser imidlertid at analogien til overlegg er tvilsom:

«Premeditation concerns a culpable mental state: the offender's planning the offence suggests that he *means* to do the harm. There seems, however, to be no culpable state necessarily linked with reoffending. Indeed, a mark of much recidivism (especially repeat minor offending) is impulsiveness ... It is not easy to discern any typical mental indicia that underlie the heterogeneous motivations for repeat offending.»¹⁴⁰

¹³⁸ Ulväng (2005) s. 336

¹³⁹ Fletcher (2000) s. 463

¹⁴⁰ von Hirsch (2010) s. 5

Endelig kommer prinsippet om at den ferdigsonede skal stilles som om han aldri begikk handlingen inn. Å tillegge tidligere forbrytelser vekt ved straffeutmålingen bryter med et slikt hensyn, også i et klanderperspektiv.¹⁴¹

Samlet sett synes derfor ikke modellen med økt skyld grunnet tidligere domfellelser å gi en holdbar begrunnelse for de norske gjentakelsesreglene.

3.3.6.2 Toleransemodellen

b) En toleransemodell ser på klander i et bredere perspektiv enn graden av skyld, og innebærer at man snur det hele på hodet: I stedet for å operere med straffeskjerpning for gjengangeren, får førstegangsforbryteren en betydelig strafferabatt.¹⁴² Denne reduseres for hver forbrytelse, ved at straffen gradvis justeres opp mot det en alminnelig proporsjonalitetsvurdering av forbrytelsen tilsier.

En slik tilnærming har fått relativt bred tilslutning i den internasjonale straffeteoretiske diskursen.¹⁴³ Ulväng mener at «[i]nnsikten om att det är mänskligt att ibland fela ger på detta sätt utrymme för en viss tolerans».¹⁴⁴ Duff mener dette er å behandle gjerningsmannen som «a fellow member of the normative community», et ansvarlig menneske som er i stand til å ta til seg klander.¹⁴⁵ von Hirsch beskriver strafferabatten som «a ‘token of recognition’, granted in advance» fordi gjerningsmannen antagelig ikke kommer til å forbryte seg igjen.¹⁴⁶ Man kan nemlig ikke gi en slik rabatt *etter* at gjerningsmannen har bevist at han ikke kommer til å begå nye lovbrudd – da vil det være for sent.

Dette ikke er en modell basert på skylden ved handlingen, som Roberts' begrunnelse. Toleransemodellen kommer i stedet inn som et formildende hensyn ved selve utmålingen: «People do make mistakes, but also have the capacity to try to pull themselves together and try to avoid repetitions. The discount is designed to recognize this capacity.»¹⁴⁷

¹⁴¹ Se nærmere om dette i kapittel 3.3.5 c).

¹⁴² Ulväng kaller det en «privilegeringsmodell», von Hirsch kaller det «progressive loss of mitigation».

¹⁴³ Se for eksempel Ulväng (2005) s. 347, Ashworth 2005 s. 187, Duff (2001) s. 168 og von Hirsch (2010) s. 1 flg.

¹⁴⁴ Ulväng (2005) s. 342

¹⁴⁵ Duff (2001) s. 169

¹⁴⁶ von Hirsch (2010) s. 10

¹⁴⁷ von Hirsch (2010) s. 11

c) Tilnærming har noen åpenbare fordeler. For det første begrunner modellen på en troverdig måte hvorfor straffen ikke skal fortsette å vokse i det uendelige, ved å hele tiden nærme seg normalnivået. For det andre er det en human tilnærming som heller gir redusert straff enn økt straff. For det tredje unngår man sidegradering av skyld som man får med Roberts' modell. En slik tilnærming unngår også problematikk rundt dobbeltstraff, ettersom tidligere forhold ikke begrunner skjerpet straff, men redusert.

En slik modell har imidlertid også noen utfordringer. For det første medfører dette at man mister proporsjonaliteten ved de første forbrytelsene. Dette kan hevdes å være uheldig i seg selv fra et gjengjeldelsesperspektiv. Dessuten kan det tenkes å få negative konsekvenser, for eksempel fordi det kan være i utakt med den allmenne rettsfølelse, eller fordi det svekker de allmennpreventive hensyn bak førstegangsforbrytelser.

For det andre er det uklart hvorfor denne forhåndsrabatten gradvis skal bli mindre. Hvis alle kan feile én gang, kan vel alle også feile to ganger. Hvis gjerningsmannen har gjentatt sin forbrytelse tjue ganger, og deretter aldri begår nye forbrytelser, vil han ha gått glipp av sin tilmålte rabatt. Dette kan imidlertid fint begrunnes med at han har gitt domstolen mindre grunn til å stole på han, og han har dessuten fått rikelig med rabatt allerede.

Alt i alt ser likevel en slik tilnærming ut til å ha gode grunner for seg. Det sentrale spørsmålet er likevel hvorvidt en slik modell kan begrunne de norske rettsreglene.

Et første spørsmål er om den passer med «samme art»-vilkåret i § 79 bokstav b og dens motpart i § 77 bokstav k. Selv om credoet i modellen er at «alle kan gjøre feil», kan det argumenteres for at en rekke lovbrudd av ulik art ikke bør møtes med den samme toleransen.

Det avgjørende motargumentet er likevel den norske lovens ordlyd og system. For det første er gjentakelse en «skjerpende» omstendighet, jf. § 77. Man tar altså utgangspunkt i den proporsjonale straffen ut i fra handling og skyld, før man *legger til* det faktum at gjerningsmannen har forbrutt seg før.¹⁴⁸ For det andre medfører § 79 første ledd bokstav b en *dobling* i strafferammen. Altså gir lovgiver et direkte signal om at det som tidligere var maksgrensen for en proporsjonal straff for forholdet, har blitt økt. Dermed blir konklusjonen klar: De norske gjentakelsesreglene kan ikke forklares med en toleransmodell.

¹⁴⁸ Et slikt syn bekreftes også av Andenæs (2004) s. 467.

Oppsummert har de ovenstående retributive innfallsvinklener ikke vist seg å begrunne gjentakelsesreglene på en holdbar måte.

3.4 Øvrige begrunnelser

3.4.1 Den allmenne rettsfølelse

a) Allmennhetens rettsoppfatning er en ullen størrelse som det juridiskfaglige fellesskapet har et komplisert forhold til. På den ene siden anerkjenner man at det er noe man må ta hensyn til.¹⁴⁹ I innledning til *Rettsfølelsen i strafferettssystemet* skriver redaktørene:

«Det er alminnelig anerkjent at befolkningens antatte følelser omkring rettens rimelighet og rettferdighet har betydning for hvordan retten utformes og praktiseres av strafferettssystemets ulike aktører. Hensynet til den såkalte allmenne rettsfølelsen har også de seneste årene fått stadig større betydning som selvstendig rettslig og rettspolitisk argument ...»¹⁵⁰

På den andre siden er det noe man advarer mot, og kanskje helst skulle ha vært foruten. Den allmenne rettsfølelsen står gjerne som en motsats til den rasjonelle juristen, som begrunner sine standpunkt på en etterprøvbart måte som ivaretar rettssikkerheten.

Spørsmålet om rettsfølelsens plass i utformingen av lover er for stort til å håndtere på en tilfredsstillende måte her. I det følgende forutsettes det derfor at allmennhetens rettsfølelse kan, legitimt, begrunne rettsregler – herunder straffeskjerpingsregler. De forhold som skulle gjøre en slik rettsfølelse lite egnet til å begrunne utformingen av straffesystemet, vil i så fall trekkes inn under den kvalitative vurderingen i c).

b) En rettsfølelsesbasert begrunnelse for gjentakelsesreglene betinger at det er i tråd med allmennhetens oppfatning å dømme gjengangere strengere enn førstegangsforbrytere. I tillegg må det være i tråd med denne oppfatningen at andregangsforbrytere skal kunne straffes inntil dobbelt så strengt, jf. § 79 bokstav b. Rettsfølelsen bør også tilsi at det foregående lovbruddet skal gis forminsket betydning jo lenger tilbake i tid det ligger, og at den økte straffen kun skal inntreffe dersom det nye og det gamle lovbruddet befinner seg i samme kategori.

¹⁴⁹ Se eksempelvis Andenæs (2004) s. 80

¹⁵⁰ Frøseth, Grønning og Wandall red. (2016) s. 15

c) Dersom en slik begrunnelse skal legges til grunn, må det sannsynliggjøres at gjentakelsesreglene *er* i tråd med en slik allmenn rettsfølelse.

Flere har understreket at spørreundersøkelser om straffenivået ikke er særlig verdifullt, fordi svarene ofte bygger på et feilaktig inntrykk av hvordan utmålingspraksisen er innordnet i dag.¹⁵¹ Spørsmålet om hvorvidt gjengangere bør straffes strengere enn førstegangsforbrytere er derimot relativt godt egnet for en slik undersøkelse. Man trenger ikke kunnskap om gjeldende rett for å kunne ta stilling til selve *prinsippet*.¹⁵²

En indikasjon på at rettsregelen likevel *har* en slik legitimitet, er at vi har hatt regler som følger prinsippet om at gjentakelse skal straffes hardere svært lenge.¹⁵³ Ingen har protestert mot ordningen i nyere tid. Det ser snarere ut til å være en etablert selvfølgelighet. Videre er straffeskjerpning for gjengangere svært utbredt internasjonalt, i forskjellige land og jurisdiksjoner.¹⁵⁴ Det gjør det fristende å spørre om det er noe i den menneskelige natur, eller naturlig i menneskelige samfunn, som tilsier at gjengangere bør straffes strengere. En slik tankegang kan både forklares med evolusjonsbiologiske og sosiologiske tilnærminger – men vil ikke utforskes nærmere her. Det synes tilstrekkelig å fastslå at den utstrakte bruken av straffeskjerpning for gjentakelsesforbrytelser indikerer at mennesker generelt sett har en tilbøyelighet til å ville straffe gjengangere strengere.

Selv om det ovenstående taler for at den allmenne rettsfølelse stemmer godt overens med prinsippet bak gjentakelsesreglene, er ikke det ensbetydende med at rettsfølelsen kan begrunne slike regler. For det første er det usikkert om hensynet til en slik rettsfølelse kan begrunne straff på egenhånd. Antagelig har allmennhetens rettsfølelse betydning for utformingen av lover og regler, men den er neppe tungtveiende nok til å begrunne statens mest inngrepene virkemidler alene. For det andre er ikke inngangsvilkårene i § 77 og § 79 like intuitive i et rettsfølelseperspektiv. For det tredje er det usikkert om det er fornuftig å ta hensyn til allmennhetens rettsoppfatning ved utformingen av strafferettslige prinsipper. von Hirsch argumenterer overbevisende for at en slik rettsfølelse ikke kan få betydning som selvstendig begrunnelse for gjentakelsesreglene:

¹⁵¹ Se eksempelvis Stridbeck (2010)

¹⁵² Det faller imidlertid utenfor rammene av denne oppgaven å gjennomføre slike undersøkelser.

¹⁵³ I alle fall siden Kriminalloven av 1842.

¹⁵⁴ Se Roberts (1997)

«Questions of fairness, for these purposes, should centrally be concerned with the rights and interests of those punished. The public's view may give little consideration to such questions. The basic fairness question in criminal law – whether addressed to sentencing principles or procedural justice – should be dealt with by substantive arguments of justice.»

Han mener likevel at allmennhetens rettsfølelse har en rolle å spille, men på et senere tidspunkt:

«Once such principles have been delineated, the question of their application to issues of actual sentencing policy arises. At this stage, it may be legitimate to ask whether and to what extent one might possibly deviate from those principles, to take into account the public's preferences. That should depend on, among other factors, the degree of importance of the fairness principles involved.»¹⁵⁵

Hvis det stemmer at prinsippet om å straffe gjengangere strengere først og fremst hviler på en begrunnelse fundamentert i allmennhetens rettsfølelse, er det altså problematisk i et rettferdighetsperspektiv.

En tredje sak er at effekter som rettsfølelsesbaserte regler kan bidra til – som et lovverk med høy legitimitet og stabiliserende virkning – antagelig ikke ville svekkes nevneverdig dersom man fjernet reglene. Selv om et slikt prinsipp skulle være i tråd med allmennhetens rettsoppfatning, er det ikke nødvendigvis særlig viktig for allmennheten.

3.4.2 Koherens med konkurrans

a) En annen begrunnelse er hensynet til koherens med konkurransreglene. Dette kan synes å være en innfallsvinkel av mer pragmatisk art. Samtidig kan hensynet til koherens ses på som en manifestering av det rettsstatlige vernet mot vilkårlighet.¹⁵⁶

b) Spørsmålet blir om sammenhengen med konkurransreglene kan begrunne en dobling av strafferammen i § 79 bokstav b. Riksadvokaten trakk frem en slik begrunnelse i sitt brev av 7. mai 2002 til departementet:

«For aktive lovbrøtere kan det være nokså tilfeldig om man står overfor et tilfelle av realkonkurrans (flere lovbrudd begått til ulik tid som kommer til pådømmelse samtidig), eller et tilfelle av «gjentakelse» som kommer til pådømmelse i en ny sak. Likevel er det bare i konkurranstillfellene at straffeloven § 62 øker strafferammen.»

¹⁵⁵ von Hirsch (2010) s. 4-5

¹⁵⁶ Om koherensbegrepet se særlig Alexy og Peczenik (1990)

I den opprinnelige høringen ser det ut til at departementet har tatt til seg dette poenget:

«I Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) har departementet foreslått å endre § 62 slik at strafferammen ved konkurrens ikke bare økes med halvparten, men dobles. Innføres det en generell straffeskjerpingsregel for gjentakelse, bør også i slike tilfeller den ordinære lengstestrafen kunne overskrides med inntil det dobbelte ...»¹⁵⁷

Argumentet er at ettersom det kan være tilfeldig hvorvidt du blir oppdaget og dømt før din neste forbrytelse eller ei, bør straffeskjerpingen for gjentakelse speile straffeskjerpingen for konkurrens.

c) Det ene problemet med en slik begrunnelse er den prinsipielle forskjellen mellom regelsettene. Konkurrensregler har riktignok et straffeskjerpende formål ettersom den økte strafferammen gir rom for å straffe også det andre lovbruddet. Utformingen av de norske konkurrensreglene gir imidlertid en *begrensende* funksjon, ettersom de ikke bygger på et kumulasjonsprinsipp.

Den prinsipielle forskjellen gir seg utslag i det praktiske: Dersom en gjerningsmann blir dømt for de samme to ulike lovbrudd i hver sin rettsak, vil uansett totalstraffen tilsvare eller overstige den straffen han hadde fått idømt en felles straff for begge forholdene etter konkurrensreglene. Lavere straff gis altså til den som begår fem forbrytelser før han blir oppdaget (for alle fem), enn den som begår fem forbrytelser og blir oppdaget hver gang. Dette påpeker blant annet Dommerforeningen i sitt høringssvar til departementet, og legger til at dette gjelder *uten* regler om straffeskjerpning.¹⁵⁸

Med andre ord medfører økningen av strafferammen i nåværende § 79 bokstav b spesielt, og prinsippet om straffeskjerpning for gjengangere generelt, at det blir enda *større* forskjell mellom de forhold som straffes etter konkurrensreglene og de som straffes etter hver sin dom. Hensynet til koherens taler derfor i motsatt retning av det nåværende regelverket, og kan dermed ikke begrunne gjentakelsesreglene.

¹⁵⁷ Høringen s. 5, jf. Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 39.

¹⁵⁸ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 80

3.4.3 Redusert risiko for justismord

a) Den siste begrunnelsen for økt gjengangerstraff som behandles her, er at det ved den første dommen kan være en teoretisk usikkerhet rundt den domfeltes skyld: «[T]he probability of erroneously convicting repeat offenders is lower than that of convicting first-time offenders.»¹⁵⁹

b) Gjentakelsesreglene begrunnes dermed ved at man er sikrere på at han er skyldig etter flere gangers domfellelse enn ved første gang. Dette gjør at dommeren med større selvtillit kan skru straffen opp.

c) En slik begrunnelse kan imidlertid ikke gis for gjentakelsesreglene, eller straffeutmåling i det hele tatt. Det er sikker rett at man kun skal dømme den hvis skyld er bevist «utover enhver rimelig tvil», og det er ved denne vurderingen at tvilen rundt gjerningsmannens skyld kommer inn – ikke ved straffutmålingen. Et motsatt syn vil kunne åpne for en lavere terskel for domfellelse av førstegangsforbrytere, og slik uthule skyldkravet i strafferetten. Andenæs avviser også en slik tilnærming: «Det går ikke an å ta midt på treet ved å domfelle, men ilegge en mildere straff. Det ville være en slags ‘mistankestraff’ .»¹⁶⁰

¹⁵⁹ Chu, Hu og Huang (2000) s. 136

¹⁶⁰ Andenæs (2004) s. 474

4 Konklusjon

Oppgaven har forsøkt å kartlegge hvilke teoretiske posisjoner som på en god og tilfredsstillende måte begrunner gjentakelsesreglene. Etersom rettsvirkningen er strengere straff, er det særlig grunn til å forvente holdbare forklaringsmodeller.

Reglene kan ikke forklares med én enkelt innfallsvinkel. «Bestraffningsideologisk hämtar återfallsregleringen sin motivering i olika ideologier eller teorier och varierande tankegods, vilket ger upphov till en splittrad bild,» skriver Ulväng om svenske gjentakelsesregler.¹⁶¹ Den ovenstående drøftelsen viser at det samme må kunne sies om de norske.

Den sentrale virkningen av § 77 bokstav k er det generelle prinsippet om straffeskjerpning ved gjentakelse. En kritisk gjennomgang av teoretiske posisjoner og andre brukte utgangspunkt har avdekket svakheter ved de uttalte begrunnelsene for regelen. Heller ikke de øvrige etablerte straffeteoretiske posisjonene ser ut til å gi en holdbar begrunnelse for gjentakelsesprinsippet. Enkelte posisjoner fortjener imidlertid utdypende diskusjon. Ytterligere drøfting kan bidra til økt forståelse og avklaring, noe oppgaven forhåpentligvis stimulerer til.

Etter § 79 bokstav b fordobles strafferammen ved gjentakelse. Drøftelsen etterlyser en bedre begrunnelse også for denne rettsvirkningen. Begrunnelsesunderskuddet er dessuten mer problematisk her, ettersom det potensielle inngrepet bestemmelsen åpner for er større.

Straffelovkommisjonen foreslo å fjerne reglene om økt strafferamme.¹⁶² De mente det var «uhensiktsmessig å operere med egne strafferammer for slike tilfeller», og tok følgelig nåværende § 79 bokstav b ut av sitt forslag til ny straffelov.¹⁶³ Dersom strafferammer gir en proporsjonalitetsindikasjon, tilsier § 77 bokstav b at gjentakelsesaspektet potensielt sett er like straffverdig som den forbudte handling i seg selv. Fordoblingen av strafferammen synes dermed krevende å forene med det strafferettslige prinsippet om proporsjonalitet, hvilket igjen øker begrunnelsesbehovet.

¹⁶¹ Ulväng (2005) s. 331

¹⁶² Dette var før lovendringen i 2003, som gikk motsatt vei og økte skjerpningen av strafferammen.

¹⁶³ NOU 2002:4 s. 147

Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett*, 3. utgave, Oslo 1991

Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett - 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn*, Oslo 2004

Andenæs, Johs.: *Straffen som problem*, 2. rev. oppl., Halden 1996

Ashworth, Andrew: *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge 2005

Duff, Antony (red.): *Punishment*, Aldershot 1993

Duff, Antony: *Punishment, Communication, and Community*, New York 2001

Eskeland, Ståle: *Strafferett*, 3. utgave, Oslo 2013

Feinberg, Joel: *Doing & Deserving: essays in the theory of responsibility*, Princeton 1970

Fletcher, George P.: *Rethinking Criminal Law*, New York 2000

Frøseth, Anne Marie/Grønning, Linda/Wandall, Rasmus H. (red.): *Rettsfølelsen i strafferettssystemet – perspektiver fra teori og praksis*, Oslo 2016

Grønning, Linda/Husabø, Erling Johannes/Jacobsen, Jørn: *Frihet, forbrytelse og straff – En systematisk framstilling av norsk strafferett*, Foreløpig versjon av del I og II, Bergen 2015

Hart, H.L.A: *Punishment and responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2. Utgave, Oxford 2007

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

Mathiesen, Thomas: *Retten i samfunnet: En innføring i retts sosiologi*, 3. utgave, Oslo 1997

Matningsdal, Magnus: *Straffeloven 2005, første del. Alminnelige bestemmelser*, Kommentanutgave ved Magnus Matningsdal, digital utgave, januar 2016

Mæland, John Henry: *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012

Nozick, Robert: *Philosophical Explanations*, Oxford 1981

Roberts, Julian V./von Hirsch, Andrew (red.): *Previous Convictions at Sentencing – Theoretical and Applied Perspectives*, Portland 2010

von Eyben, William Edler, *Strafudmåling. Lovens rammer og dommerens utfylling*, København 1950

von Hirsch, Andrew/Ashworth, Andrew: *Proportionate Sentencing*, Oxford 2005

Artikler

Alexy, Robert og Peczenik, Aleksander: *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, Ratio Juris 1990, s. 130-147

Bernard, Thomas J./Ritti, R. Richard: *The Philadelphia Birth Cohort and Selective Incapacitation*, Journal of Research in Crime and Delinquency 1991, s. 33-54

Bratholm, Anders: *Alternativer til fengsel – finnes det?*, Lov og Rett 1979, s. 498-504

Chu, C. Y. Cyrus/Hu, Sheng-cheng/Huang, Ting-Yuan: *Punishing Repeat Offenders More Severely*, International Review of Law and Economics 2000, s. 127-140

Cottingham, John: *Varieties of Retribution*, Philosophical Quarterly 1979, s. 238-246

Jacobsen, Jørn RT: *Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad*, Tidsskrift for norsk strafferett 2004, s. 394-438

Jakobs, Günther: *Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity*, Buffalo Criminal Law Review 2004, s. 491-511

Kazemian, Lila: *Assessing the Impact of a Recidivist Sentencing Premium on Crime and Recidivism Rates*, Previous Convictions at Sentencing, Portland 2010, s. 227-250

Kinander, Morten: *Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk*, Jussens venner 2013, s. 155-192

- King, Ryan S./Mauer, Marc/Young, Malcolm C.: *Incarceration and Crime: A Complex Relationship*, Washington 2005
- Lee, Youngjae: *Repeat Offenders and the Question of Desert*, Previous Convictions at Sentencing, Portland 2010, s. 49-72
- Matningsdal, Magnus: *Nyere reaksjonspraksis m.v. ved promillekjøring og etterfølgende alkoholnyttelse*, Lov og Rett 1993, s. 151-180
- Moore, Michael S.: *The Moral Worth of Retribution*, Responsibility, Character and the Emotions, Cambridge 1988, s. 179-219
- Piquero, Alex/Farrington, David P./Blumstein, Alfred: *The Criminal Career Paradigm*, Crime and Justice: A review of Research Vol. 30, Chicago 2003
- Roberts, Julian V.: *First-Offender Sentencing Discounts: Exploring the Justifications*, Previous Convictions at Sentencing, Portland 2010, s. 17-35
- Roberts, Julian V.: *The Role of Criminal Record in the Sentencing Process*, Crime and Justice: A Review of Research 1997, s. 303-362
- Ryberg, Jesper: *Retsfølelse og kriminalpolitikk*, Retsfølelsen i strafferettssystemet, Oslo 2016 s. 29-46
- Stridbeck, Ulf: *Ytring – Hensynet til den alminnelige rettsfølelse ved straffeutmåling*, Tidsskrift for Strafferett 2010, s. 207-209
- Thaler, Richard H.: *From Homo Economicus to Homo Sapiens*, Journal of Economic Perspectives 2000, s. 133-141
- von Hirsch, Andrew: *Proportionality and Progressive Loss of Mitigation: Further Reflections*, Previous Convictions at Sentencing, Portland 2010, s. 1-16
- von Hirsch, Andrew: *Proportionality in the Philosophy of Punishment: From “Why Punish?” to “How Much?”*, Criminal Law Forum 1990 s. 259-290