

Med rett til å bli straffet

– OM KANT OG HEGELS TEORIER OM STRAFF SOM RESPEKT FOR FORBRYTEREN

David Chelsom Vogt

Stipendiat, Institutt for filosofi og førstesemesterstudier,
Universitetet i Bergen
david.vogt@uib.no

English abstract p. 200

Det kan høres besynderlig ut, men ifølge Kant og Hegel frihetsberøver vi kriminelle av respekt for deres egen frihet. Straffen, hevder de, er et uttrykk for forbryterens egen vilje. Forbryteren er en «medlovgiver i diktingen av straffeloven», en fri og rasjonell person som «tegner opp en straffelov mot meg selv som kriminell». ¹ For Hegel er straffen sågar «en rett for forbryteren selv». ²

På hvilken måte er jeg en medlovgiver i straffeloven? Er straff virkelig en rett? Hvilken interesse beskytter denne retten? Jeg skal i denne artikkelen drøfte disse spørsmålene ved å rekonstruere Kant og Hegels straffeteorier. Jeg vil forsvare deres grunninnsikt: Straff er kun akseptabelt som et forsvar for frihet – inkludert friheten til forbryteren. Om noen skal straffes, bør det være av denne grunnen. Den kantiansk-hegelianske rettsstatsteorien gir, vil jeg hevde, en bedre forklaring på straffens funksjon enn alternative utilitaristiske teorier, både fordi den harmonerer bedre med dagens straffep praksis, og fordi den begrunner straffens rettferdighet.

Kant og Hegel går imidlertid lengre, og hevder at straff ikke bare *kan* være rettferdig, men er et kategorisk imperativ, en plikt. Det er nok denne påståtte plikten til å straffe som har gitt særlig Kant et (nokså ufortjent) rykte som blodtørstig, nærmest hevngjerrig,

straffeforkjemper. ³ Man behøver imidlertid ikke følge de to filosofene så langt som til plikten til å straffe. Jeg vil argumentere for at det kantiansk-hegelianske rammeverket – *contra* Kant og Hegels egne syn – åpner for at ikke-straffende sanksjoner noen ganger kan tjene den samme rettferdige funksjonen som straff. Straff vil da være en mulig måte å skape rettferdighet på, men ikke en nødvendig betingelse for rettferdighet – noe som antakelig vil gjøre teorien akseptabel for flere, da man langt på vei vil imøtegå den vanlige innvendingen om at ikke-utilitaristiske straffeteorier forfejler lidelse for lidelsens skyld.

Kant og Hegel er begge det man kan kalle *rettslige gjengjeldelsesteoretikere* (*legal retributivists*), som ser forbrytelsen primært som en *formal* urett: Den forbryterske handlingens form er uforenelig med at alle har en tilsvarende rett til frihet. Forbrytelsen benekter rettsordenen, definert av Kant og Hegel som

gjensidig frihet og gjensidig anerkjennelse. Med Hegel er også forbrytelsen spesifikt en benektelse av offerets rettsevne. Straffens funksjon er å benekte benektelsen, og slik gjenopprette retten. Formålet er ikke, som en del andre gjengjeldelsesteoretikere hevder, å skape en konkret likevekt mellom straffen og det *materielle* aspektet ved forbrytelsen, for eksempel offerets lidelse, skaden som er forvoldt, forbrytelsens grovhet, ondskapen handlingen manifesterer, eller lignende. Nettopp fordi gjenoprettelsen av gjensidig anerkjennelse ikke er en materiell gjenoprettelse eller balansering, men først og fremst en symbolsk gjenoprettelse, er de materielle midlene for å oppnå formålet i noen grad løsrevet fra det. *Mengden* straff som kreves for å skape rettferdighet er derfor ikke gitt ut fra forbrytelsens grovhet, men avhenger også av de kulturelle praksisene for kommunikasjon av misbilligelse. Som Hegel sa: «En straffelov er derfor alltid et produkt av sin tid og av den aktuelle tilstanden i det borgerlige samfunn».⁴

Det er i forlengelsen av dette at jeg avslutningsvis vil argumentere for at den kantiansk-hegelianske rettsstatsideen åpner for at rettferdighet kan oppnås med ikke-straffende rettsprosesser, altså rettsprosesser som ikke medfører «et onde som staten tilføyer en gjerningsmann på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at det skal føles som et onde», slik Høyesterett definerer straff.⁵ De norske konfliktrådene og andre former for *restorative justice* er eksempler på ikke-straffende prosesser der det er de direkte involverte partene i konflikten som sammen avgjør dens utfall. Under visse omstendigheter kan slike prosesser fungere som en gjenoppretting av gjensidig anerkjennelse, og er da forenelige med motivet bak den hegeliske retten til å bli straffet.

Det er ikke formålet her å argumentere for at *restorative justice* bør utgjøre en del av strafferettspleien, men kun å vise konsekvensene for Kant og Hegels plikt til å straffe av at ikke-straffende rettsprosesser kan tjene det rettferdige formålet som straffen har. Spørsmålet om restorative prosesser bør inkorporeres i strafferetten avhenger også av om disse kan oppfylle andre av straffens funksjoner, noe jeg ikke drøfter her. Det er imidlertid disse andre funksjonene som for det meste har vært tema i debatten om *restorative justice*.⁶ Det kantiansk-hegelianske rammeverket vil formodentlig kunne bidra til en helhetlig debatt der prosessenens rettferdighet også drøftes.

Alternative straffeteorier

Før jeg går nærmere inn på Kant og Hegels teorier, kan det være nyttig å kontrastere dem mot alternative teorier om straff. Såkalte prevensjonsteorier, som hevder kriminalitetsprevensjon og behandling av kriminelle som formålet med straff, har i ulike perioder vært, og er fortsatt, innflytelsesrike ideologier i strafferettspleien.⁷ Det er imidlertid mange problemer forbundet med disse teoriene, som gjør dem uegnede som helhetlige teorier om strafferetten. Det empiriske belegget for straffens effektivitet med hensyn til både prevensjon og behandling er svakt.⁸ Vel så viktig er imidlertid de filosofiske innvendingene mot teoriene. For det første er teoriene dårlig egnede til å forklare den eksisterende strafferettspleien. Kort sagt, dersom kriminalitetsbekjempelse eller behandling virkelig var straffens *telos*, ville straffesystemet vært innrettet vesentlig annerledes. Prevensjonseffekten kunne for eksempel potensielt legitimert drakoniske straffer for relativt bagatellmessige, men utbredte, forbry-

telser, eller tilsvarende lave straffer for alvorlige forbrytelser begått i affekt.

For det andre finnes det sterke prinsipielle innvendinger mot å straffe av hensyn til prevensjon og behandling. Allmennprevensjon innebærer at forbryteren straffes i den hensikt å forhindre andre fra å begå lovbrudd. Forbryteren brukes da som et middel i samfunnets kriminalitetsbekjempelse, og ikke også som et formål, slik Kant formaner i Det kategoriske imperativ. «Å begrunne straffen på denne måten likner å løfte stokken mot en hund», skriver Hegel.⁹ Man forsøker å manipulere atferd ved trusler, som om mennesket var et ufritt dyr. Den samme ufriheten tillegges lovbyrteren dersom behandling er straffens formål. Implisitt i ideen om behandling ligger en forestilling om at ens kriminelle tendenser er uttrykk for sykdom: noe man selv ikke kan hjelpe for, slik man heller ikke kan hjelpe for om man har gulsott. Med en slik umyndiggjøring følger også et stort potensial for et inngripende reaksjonssystem.

For utilregnelige lovbyrtere som dømmes til tvungen psykisk helsevern eller tvungen omsorg etter Strl. § 62 og § 63 er vanligvis alternativet til fengselsstraff opphold på en annen, lignende institusjon, men med et tilhørende behandlingsregime. Står man overfor muligheten til å bli kjent utilregnelig, kan det i så måte gi mening å snakke om en «rett til å bli straffet». Ulempene ved en særreaksjon kan under visse omstendigheter være større enn ved straffereaksjon.¹⁰ Og enda viktigere enn de eventuelle ulempene som følger av behandlingen, er interessen man har av å bli tatt for å være en myndig person. Oppfatningen av at det har en egenverdi for et menneske å kunne holdes ansvarlig ble også nylig lagt til grunn av Tilregnelighetsutvalget: «Det kan med en viss rett

anføres at ved å bli erklært utilregnelig blir man fratatt en grunnleggende side av verdigheten ved det å være menneske. Samfunnet anerkjenner ikke ens evne til å treffe veloverveide valg, og man ansvarliggjøres heller ikke for egen adferd.»¹¹

Disse betraktningene harmonerer godt med Kant og Hegels straffeteorier. Om prevensjon og behandling var hovedformålet med straff, ville det innebære en form for manipulasjon som i liten grad er forenelig med ansvar. Det betyr imidlertid ikke at prevensjon og behandling ikke kan være underordnede formål med straffen, noe Kant og Hegel ville akseptere, så lenge de tjener hovedformålet, respekt for frihet.¹²

Rett som gjensidig frihet

For å forstå Kant og Hegels straffeteorier er det nødvendig å plassere dem i den bredere sammenheng som deres rettsfilosofier angir. Funksjonen som Kant og Hegel tilskriver straff kan bare forstås, for ikke å si forsvares, i lys av formålet de tilskriver retten generelt.¹³ Dette formålet er frihet. «Rettens idé er friheten», sier Hegel.¹⁴ Mer spesifikt, og med Kants ord: «Rett er derfor summen av betingelser under hvilke den enes valg kan forenes med den andres valg under en allmenn frihetslov.»¹⁵

Dette «Universelle Rettsprinsippet»¹⁶ innebærer at en handling er rett så lenge den kan bestå sammen med alle andre personers tilsvarende handlefrihet. En handlings *legalitet* betinges utelukkende av at den i det ytre er forenelig med alle andres valgfrihet – til forskjell fra en handlings *moralitet*, som for Kant fordrer at den allmenne frihetsloven også utgjør den indre motivasjonen for handlingen.¹⁷ Min rettslige frihet strekker seg altså helt til der hvor den støter mot din

frihet. Friheten kan med andre ord kun legitimt begrenses av frihet. Dette innebærer, når man tenker seg om, at retten til frihet også er en rett til å bruke tvang. Uttrykt negativt: Om jeg ikke har rett til å forhindre en urettmessig hindring av min frihet, så har jeg ingen frihet. Frihet og tvang er altså uatskillelige deler av rett. Slik minus minus blir pluss, blir tvang mot tvang frihet. «Rett og fullmakt til å tvinge er altså det samme.»¹⁸

I første omgang (det vil for Kant si i naturtilstanden), innebærer tvangsretten en rett til å forhindre krenkelser av ens fysiske integritet. Frihet, forstått som «uavhengighet av en annens påtvingende valg»,¹⁹ er for Kant en medfødt rettighet, en pre-legal rettighet som mennesket har i kraft av å være menneske. Selv utenfor en samfunnsordning ville man derfor ha rett til å beskytte seg mot krenkelser av ens kropp og umiddelbare bevegelsesrom. Tilsvarende selvforsvarsrett gjelder for ting man har fysisk kontroll over – Kants eksempel er et eple man holder i hånden. Dette gjelder imidlertid ikke for eksterne gjenstander som man ikke har under direkte fysisk kontroll. Det gir ingen mening å hevde at man i naturtilstanden har en rett til å beskytte slike gjenstander mot andres krenkelser. For å kunne hevde en slik rett, for eksempel til et epletre som står i skogen, må det foreligge en rettsorden som muligvis gjør ervervelse og respekt for eiendom.²⁰

Uten en rettsorden vil min frihet være begrenset. Jeg kan ikke dyrke jorden, jeg kan ikke bygge hus, jeg kan ikke inngå kontrakter osv, uten at andre, med like stor rett, kan høste fruktene av mine prosjekter. Nettopp derfor gjør vi ifølge Kant «urett i høyeste grad ved å være og å ville forbli i en tilstand som ikke er rettslig».²¹ Mulighetene for å utøve frihet øker dramatisk når man kan sette seg mål utenfor ens umiddelbare nær-

het med beskyttelse mot andres inngripen. Rettsstaten er slik nødvendig for å bøte på ufriheten som følger av at man i naturtilstanden ikke er uavhengig av andres vilje. Det gjør rettsstaten ved 1) å sørge for regler som er forenelig med at alle gjør dem gjeldende for seg 2) å sørge for en upartisk tvisteløsning, og 3) å stille garanti for at retten blir håndhevet. De lovgivende, dømmende og utøvende myndigheter er slik botemidler for ulike kilder til ufrihet i naturtilstanden.²² Med rettsstaten etableres et system for beskyttelse av enhvers valgfrihet i den grad den er forenelig med alle andres tilsvarende valgfrihet under en allmenn lov. Urett er dermed forstått som krenkelser av gjensidig frihet, og det er dette som er grunnlaget for å kriminalisere visse handlinger i en rettsstat.²³

Samtykke til straff

Når det så foreligger en krenkelse av gjensidig frihet, hva er da den rette reaksjon? Siden rett er definert som gjensidig frihet, sier det seg selv at den rette reaksjon på lovbrudd må være i tråd med gjensidig frihet. Reaksjonen må altså respektere lovbryterens valgfrihet i den grad som er forenelig med alle andres tilsvarende valgfrihet. All den tid straff per definisjon medfører lidelse, vil lovbrytere flest neppe faktisk velge å bli straffet. Uten et slikt samtykke til straff, hvordan kan den sies å være i tråd med lovbryterens frihet til å velge? For det første er det ikke selve straffen lovbryteren skulle måtte samtykke til: «Ingen påføres en straff fordi han har villet *den*, men fordi han har villet en straffbar handling.»²⁴ Det er altså straffeloven, ikke den konkrete straffen, som må være slik at forbryteren skulle kunne ville dens gyldighet for seg og alle andre.

For det andre er det ikke et empirisk samtykke Kant sikter til. Kants forbryter er en idealtipe.²⁵ Forbryteren tillegges en ideell, det vil si en ren, fornuft, og det er fra denne at samtykket til straff må kunne utledes.

Når jeg tegner opp en straffelov mot meg selv som kriminell, så er det den rene rettslovgivende fornuften i meg (homo noumenon) som underlegger meg selv, som en som er kapabel til å begå forbrytelser, og følgelig som en annen person (homo phenomenon), samt alle andre i det borgerlige fellesskapet, under straffeloven.²⁶

Dette må ikke forstås som en benektelse av de empiriske omstendighetene som motiverer og påvirker enhver forbryter i det virkelige liv. Det finnes naturligvis ingen, forbryter eller ei, som fullt ut manifesterer den rene praktiske fornuft. Vi antas likevel å ha muligheten til å overskride våre empiriske behov. Vi antas å kunne styre våre valg ved hjelp av fornuften, selv om vi ikke alltid gjør det i praksis. Forbryteren sees under frihetens synsvinkel, vel vitende om at dette perspektivet ikke gir det hele bildet av vedkommende.

Hvorvidt vi er berettiget i slike antakelser er som kjent et kontroversielt filosofisk spørsmål.²⁷ Det er imidlertid verdt å merke seg at for Kant er vår frihet ikke et faktum som kan stadfestes, men noe vi ganske enkelt må forutsette at vi har. Vi kan ikke teoretisk bevise at vi er frie; friheten er i det kantianske system ikke et fenomen som kan subsumeres under kategorier. Idet man skulle lykkes med å fastholde og begripe friheten, så ville ufrihet oppstå, slik en såpeboble sprekker idet man fanger den. Friheten må likevel antas å ha en praktisk realitet. Vi kan ikke fornuftigvis benekte at vi er frie uten

samtidig å benekte at benektelsen er fornuftig. Vi havner i en performativ inkonsistens.²⁸ Om vi ikke antar at vi besitter en fri, selvlovgivende fornuft, så opphører muligheten for å ta stilling til noe som helst, inkludert muligheten til å felle en negativ dom over vår egen frihet.

For at lovene som forbryteren dømmes etter skal være i tråd med dennes frihet, må de ikke være ensidige (unilaterale), fordi det ville innebære at man var påtvunget en annens valg, altså ufrihet. Hva vil det si at lovene er omnilaterale? Kant definerer omnilateral, eller allsidig, som «utledet fra den særegne viljen til hver og én».²⁹ Lovene må være slik at hver og én kunne ha villet deres gyldighet for seg og for alle andre.³⁰ Kun da medfører de legitime begrensninger i vår frihet, det vil si begrensninger i tråd med gjensidig frihet. Dette kommer til uttrykk i en formulering av Det universelle rettsprinsippet som Kant gir i *Zum ewigen Frieden*: «Min ytre (rettslige) frihet kan heller forklares slik: Den er rettigheten til ikke å adlyde andre ytre lover enn dem jeg kunne ha gitt min tilslutning til.»³¹

Tolker man dette antitetisk, følger det at man *ikke* har rett til å la være å adlyde de lover man kunne ha gitt sin tilslutning. Man kan anse enhver, i kraft av sin rene fornuft, for å ha underlagt seg straffeloven, dersom denne er i tråd med Det universelle rettsprinsippet. Bruk av tvang mot lovbrytere er da legitimt, fordi tvangen er en hindring av en hindring av frihet, og ergo et uttrykk for friheten. Slik etablerer Kant at samfunnets *rett* til å straffe følger av selve ideen om rett som gjensidig frihet. Aksepterer man premisset om at rett er gjensidig frihet, så følger det at man med rette kan tvinges til ikke å krenke gjensidig frihet. Frihet og tvang er som nevnt to sider av retten.

Formulert negativt: Ingen kan hevde en rett til ikke å straffes dersom man gjennom sine handlinger benekter rettens gyldighet. Forbryteren oppgir rettens beskyttelse mot tvang ved nettopp å benekte rettens beskyttelse mot tvang.

En kritiker ville kunne innvende: «Om Camilla stjeler Petters sykkel, så benekter hun Petters rett til å eie denne sykkelen, men hun har ingen intensjon om å benekte rettens beskyttelse mot tvang generelt.» Til dette ville Kant kunne svare ved henvisning til sin distinksjon mellom materiell og formell urett.³² Sykkeltyveriet innebærer en materiell urett mot Petter. Dette var det empiriske formålet Camilla hadde. Men dersom man tar forbryteren på alvor som en rasjonell person, så innebærer sykkeltyveriet også en formell urett mot selve rettsordenen.

Straffens funksjon ifølge Kant

Resonnementet er som følger: I den grad forbryterens handling antas å være alvorlig ment som uttrykk for hennes fornuft, altså i den grad hun fritt har valgt å gjøre handlingen, vil den måtte antas å skulle være fornuftig for alle andre frie, rasjonelle mennesker, altså å være omnilateralt gyldig. Den eneste måten Camillas ervervelse av sykkelen kunne vært omnilateralt gyldig på, var dersom eiendomsretten for alle var opphevet. Men Camilla kan ikke på vegne av alle oppheve eiendomsretten – det ville jo nettopp vært en påtvingning av egen vilje på andre. Den eneste måten Camillas handling kan være rasjonell på, er dersom handlingen utelukkende er selvlovgivende: Hun benekter ikke retten til beskyttelse av eiendom for alle, men bare for seg selv.

Slik må vi forstå Kants enigmatiske påstand om at «ethvert ufortjent onde som du

påfører en annen i folket, det påfører du deg selv. Fornærmer du ham, fornærmer du deg selv; bestjeler du ham, bestjeler du deg selv; slår du ham, slår du deg selv; dreper du ham, dreper du deg selv.»³³ Straffens funksjon er å vende forbrytelsen mot forbryteren selv ved å ta hennes budskap om benektelse av retten på alvor som en rasjonell maksime. Det er rasjonelt, og ergo forenelig med gjensidig frihet, å selv avstå fra en rett, men ikke å påtvinge andre å avstå sin rett.

Mange har tolket det ovenstående sitatet som uttrykk for en primitiv gjengjeldelsestanke: Den objektive skaden ved forbrytelsen balanseres med en tilsvarende skade i form av straff. En slik tolkning finner også en viss støtte i andre passasjer hos Kant. Han sier for eksempel samme sted at «[k]un gjengjeldelsesretten (ius talionis)...kan angi presist straffens kvalitet og kvantitet.»³⁴ Kant har imidlertid neppe ment ytre likhet mellom forbrytelse og straff. For eksempel hevder han at straffen for en person av høy rang som slår en uskyldig person bør være straffarbeid, da det vil medføre en tilsvarende skam for ham som det å bli slått gjorde for offeret, slik at «gjennom skammen likt med likt behørig blir gjengjeldt.»³⁵ Straffen for tyveri bør også være straffarbeid, fordi, som beskrevet ovenfor, tyven frasier sin rett til beskyttelse av eiendom, hvilket innebærer at staten må sørge for hans livsopphold i en periode, noe han må betale for med sin arbeidskraft. Den kritikk enkelte har kommet med mot Kants straffeteori om at den skulle innebære at man måtte torturere torturisten eller voldta voldtektsmannen, virker å tolke gjengjeldelsesretten for bokstavelig.³⁶ En slik straff ville for det første ikke være forenelig med gjensidig frihet, da den medfører en nedverdiggelse som forbryteren ikke rasjonelt kunne samtykket til. For

det andre er det, som nevnt ovenfor, den formale uretten, ikke den materielle eller empiriske, som danner grunnlaget for forbryterens samtykke til straff. Det er forbrytelsen mot selve rettsordenen, altså mot gjensidig frihet, som berettiger at tvang anvendes mot den tvangen som krenker friheten.

Kants teori må altså forstås som en *rettslig gjengjeldelsesteori*, til forskjell fra gjengjeldelsesteorier som forfekter at forbrytere skal lide i proporsjon til den lidelsen de har skapt, eller i proporsjon til deres ondskap.³⁷ Straffens gjengjeldende funksjon er «rettslig» i den forstand at det er krenkelsen av rettsordenen som danner grunnlaget for den, og som søkes gjenopprettet gjennom den. I dette ligger det imidlertid også en kime til kritikk av Kants teori: Om det er krenkelsen av rettsordenen som berettiger straffen, så er én helt sentral part utelatt fra teorien: *offeret*. Den som forbrytelsen har gått ut over, som faktisk har lidd dens konsekvenser, er fraværende i begrunnelsen for reaksjonen, for ikke å si fraværende i bestemmelsen av reaksjonen, jf. diskusjonen av *restorative justice* nedenfor. Straffen henter sin begrunnelse utelukkende i relasjonen forbryterens handlinger har til det rasjonelle prinsippet for rettsstaten. Dens funksjon er å holde forbryteren ansvarlig, men ansvaret forblir i én forstand solipsistisk: Det er et ansvar, ikke overfor offeret, men overfor forbryterens egen rasjonalitet; straffen sørger for at forbryteren behandles konsistent i henhold til egne maksimer.³⁸ Om denne funksjonen er tilstrekkelig til å begrunne at samfunnet skal bruke ressurser på å straffe, kan naturligvis diskuteres. Er det fellesskapets oppgave å sørge for at alle gjennomlever de logiske konsekvensene av sine handlinger? Formodentlig burde straffen tjene en funksjon utover dette dersom sam-

funnet ikke bare skulle ha en *rett til å straffe*, som Kants teori etter min mening lykkes med å etablere, men også ha en tilstrekkelig grunn til å utøve denne retten.

Jeg vender meg nå mot Hegel, som i stor grad bygger sin straffeteori på Kant, men som ser forbrytelse og straff i relasjon også til offeret, og derfor, etter min mening, lykkes bedre med å etablere en tilstrekkelig grunn til å straffe.

Rett som anerkjennelse

For Hegel, som for Kant, er friheten rettens formål. Det universelle rettsprinsippet – at enhver har rett på frihet i den utstrekning som er forenelig med enhver annens frihet under en allmenn lov – anerkjennes også av Hegel. Med Hegel får imidlertid prinsippet en ny formulering: «Vær person og respekter andre som personer.»³⁹ Denne formuleringen er forenelig med Kants formulering. Men den avslører også, i lys av Hegels øvrige filosofi, en forskjell i måten Kant og Hegel ser forholdet mellom rett og frihet. Der Kant postulerer vår medfødte frihet som retten så utledes fra, er rett og frihet gjensidig betingende hos Hegel. Sagt annerledes: Ifølge Kant besitter vi en pre-legal frihet; for Hegel er retten nødvendig for frihet og *vice versa*.

Dette blir klarere hvis vi nøster i Hegels forståelse av rett som det å være og å respektere personer. Hva er en person? Hegel svarer: «[N]år ånden opptrer som et abstrakt og fritt jeg med seg selv som gjenstand og mål, da er den *person*.»⁴⁰ Det første leddet her, at personen er en abstraksjon, harmonerer tilsynelatende godt med en vanlig forståelse av ordet. Det ser vi også fra dets etymologi: Det latinske ordet «*persona*» henviste til masken som skuespillere bar, og kommer

muligens av *per sonare*, «å lyde gjennom» (masken).⁴¹ Å være person betyr, i overført betydning, at man bærer en maske: Ens sær-egenheter skjules, de konkrete omstendighetene ved vært enkelt individ abstraheres bort. Nettopp fordi retten innebærer en slik abstraksjon (hele denne delen av *Rettsfilosofien* heter som kjent «Abstrakt rett») er den for Hegel en ensidig virkeliggjøring av friheten. Som vi skal se, åpner Hegel slik et rom for en kritikk av en ensidig rettsliggjøring av konflikter. Men som han sier: «Denne negative friheten eller forstandens frihet er ensidig, men det ensidige inneholder alltid en vesentlig bestemmelse i seg som en ikke må se bort fra.»⁴²

Det andre leddet i Hegels beskrivelse av hva en person er, kan være vanskeligere å umiddelbart begripe. Hva vil det si at jeget er fritt og med seg selv som gjenstand og mål? Hegels svar på dette finner vi i *Åndens fenomenologi*, i det kjente kapittelet om selvbevissthet. Å ha seg selv som gjenstand vil si å være selvbevisst: Bevissthetens objekt er en selv. «Selvbevissthet», sier Hegel, «er i og for seg, idet og ved at den i og for seg er for en annen, det vil si at den bare er i egen-skap av anerkjent.»⁴³ Hegels poeng, kort forklart, er at selvbevissthet dannes i gjensidig samspill med andre selvbevisstheter. Måten dette skjer på, og hvilke momenter som inngår i selvbevisstheten, viser han gjennom den kjente *Herre-Knekt*-dialektikken, som også har blitt tolket som Hegels svar på naturtilstand-allegorien.⁴⁴ Der Kant postulerer vår frihet også i naturtilstanden, hevder Hegel at den kantianske medfødte friheten, kjennetegnet av at individene er atskilte og selvtiltrekkelige, ikke kan være mer enn et moment i en fullstendig selvbevisst frihet. *I-seg-selv* kan en bare oppnå bevissthet om seg selv negativt: som atskilt fra

alt annet. Jeg er *ikke* det andre. Dette er *Herrens* bevissthet: Verden er det andre som jeget kan konsumere, som om alt er *ting*, til bruk for min egen forlystelse. For å overskride denne selvtiltrekkelige selvbevisstheten, er det nødvendig at jeg erfarer at noe blant alt *det andre* er *den andre*. Med andre ord, at jeg erfarer en annen som en selvbevissthet, slik *Knekten* erfarer den befalende Herren som selvbevisst. Dette er en forutsetning for å kunne gjenkjenne meg selv som en tilsvarende selvbevissthet. Når jeg så erfarer meg selv som atskilt fra denne andre selvbevisstheten, slik at jeg er for den andre slik den andre er for meg – og dermed overskrider *Knektens* bevissthet – så oppnår jeg (universell) selvbevissthet. Det er først da jeg kan ha en bevissthet om meg selv som noe – som mann, som filosof, som fiolinist, som noe som helst.

Denne korte gjengivelsen er tilstrekkelig for vårt formål her. Vi kan nå se at for Hegel er det først med anerkjennelsen av den andre som person at man selv så å si «dannes» som person. Det er først når man anerkjenner at det er grenser for hva man kan gjøre mot andre – at andre ikke er *ting* man kan bruke, men er personer med rettsevne – at man kan være bevisst seg selv som en fri person med rettsevne. Med andre ord: Friheten oppstår sammen med retten, og er ikke forut for den. Med atter andre ord: Retten *er* gjensidig anerkjennelse.

Hegels begrep om urett

La oss nå se hvilke konsekvenser dette får for Hegels forståelse av *urett*. Der Kant ganske enkelt ser urett som krenkelse av gjensidig frihet, nyanserer Hegel begrepet om urett i tre ulike typer. Den første er den borgerlige uretten, eller urett uten forsett, som

kan foreligge i for eksempel en strid om eiendomsrett. En slik urett medfører en krenkelse av en persons konkrete, eller særegne rett – man hevder at vedkommende ikke eier noe han eller hun faktisk eier. Det medfører likevel ingen krenkelse mot retten som sådan. Eiendomsretten anerkjennes, det er bare uenighet om hvem som har den: «Dette er rett og slett et negativt utsagn, der bare det særegne blir negert i predikatet mitt.»⁴⁵ Den andre typen urett er bedrageri. Her respekteres den særegne retten tilsynelatende, men retten som sådan anerkjennes ikke – altså omvendt av borgerlig urett.⁴⁶ Den tredje typen urett er forbrytelse, der både den særegne retten og retten som sådan krenkes.

Dette er en *negativt-uendelig dom* i den fullstendige betydningen av ordet (se min *Logikkens vitenskap* II, s. 99). Her blir ikke bare det særegne – det vil si subsumsjonen av en sak under min vilje (§ 85) – benektet, men også det allmenne og uendelige i predikatet «mitt», det vil si *rettsevnen* min.⁴⁷

Distinksjonen mellom borgerlig urett og forbrytelse ligger altså i at førstnevnte i Hegels terminologi er en negativ dom, mens sistnevnte er en negativt-uendelig dom. Disse termene forklares, som han skriver, i *Logikken*: En negativ dom er utsagn av typen «rosen er ikke rød». I slike dommer «forblir det stadig et forhold mellom subjekt og predikat»,⁴⁸ i den forstand at subjektet er *noe*. Rosen er ikke rød, men den har en eller annen farge: hvit, gul eller lignende. En negativt-uendelig dom er derimot utsagn av typen «ånden er ikke en elefant», og «en løve er ikke et bord» (Hegels eksempler). Disse kan det ikke utledes noe fra. Det gir ingen

mening å resonnerer at om løven ikke er et bord, så er den vel en sofa. Det kan ikke utledes noen forbindelse mellom subjektet og predikatet overhodet.

Overført på rettens domene: Å ha rett vil si at det er en positiv forbindelse mellom subjekt og predikat. Hegel sier for eksempel om eiendomsrett: «Når jeg tilegner meg en sak, får den predikatet *min*».⁴⁹ En eiendomstvist ville innebære en negativ dom, en benektelse av at predikatet hører til subjektet; at denne saken er min. Et tyveri ville derimot innebære en negativt-uendelig dom, altså en benektelse av forbindelsen mellom subjekt og predikat overhodet. Det er altså en benektelse av at noe som helst har predikatet «min»; en benektelse av selve rettsevnen. Forbrytelsen innebærer grunnleggende sett en benektelse av offerets status som person, fordi «personlighet innebærer generelt evnen til å være et rettssubjekt.»⁵⁰

En annen måte å forklare dette er gjennom en beskrivelse av eierskap. For Hegel innebærer det å tilegne seg noe, for eksempel en sykkel man kjøper, at man så å si legger sin vilje i denne tingen. Man gjør den til *sin*, og dermed *negerer* denne tingens selvstendighet: «viljen får et positivt forhold til den. I denne identiteten blir saken samtidig noe *negativt*».⁵¹ Man benekter så å si at tingen har en positiv, selvstendig vilje. Det er akkurat det samme som skjer ved en forbrytelse. Forbryteren negerer offerets vilje ved å gjøre den til *sin*. Offeret blir for forbryteren som en ting han kan bruke, i stedet for en person med en selvstendig, positiv vilje.

Forbryterens bevissthet er dermed som *Herrens*. For Herren består omverdenen av uselvstendige ting som han kan konsumere for å tilfredsstille sitt begjær. Han gjenkjenner ikke Knekten som en annen selvbevissthet, slik forbryteren heller ikke anerkjenner

offerets frihet. Men nettopp derfor oppnår aldri Herren sin egen selvbevissthet. Uten gjensidig anerkjennelse kan man aldri bli en fri og selvbevisst person. Analogien blir denne: Slik Herrens bruk av Knekten er destruktiv for egen frihet, er forbrytelsen destruktiv for forbryterens frihet. Av den grunn har straffen, som vi skal se, en funksjon også for forbryterens egen frihet.

Straffens funksjon ifølge Hegel

Uretten er rettens negasjon. Som vi har sett, skiller Hegel mellom tre ulike måter urett kan negere rett – som negasjon av den særegne retten, av rettsordenen eller av begge deler. Avhengig av hvilken type urett det er, kreves en rettslig reaksjon med den hensikt at «retten gjenoppretter seg selv ved å nege denne negasjonen av seg selv.»⁵² Om det dreier seg om en sivil urett, for eksempel om jeg uforvarende rygger bilen min over nabosens sykkel, så kan denne uretten mot nabosens eiendom oppheves med erstatning.⁵³ Om jeg derimot med vilje ødelegger nabosens sykkel, stiller det seg annerledes. En slik handling ville være en forbrytelse, altså en krenkelse av naboen som person, og ikke bare hennes eiendel. I et slikt tilfelle kreves det ifølge Hegel straff for å gjenopprette retten: «Forbrytelsen oppheves når den *gjengjeldes*; ut fra begrepet må den oppfattes som en krenkelse av krenkelsen.»⁵⁴

De ulike funksjonene Hegel tilskriver erstatning og straff i negasjonen av urett kan forklares med distinksjonen vi så hos Kant mellom materiell og formal urett. Erstatningens funksjon er å negere materiell urett. Straffens funksjon er å negere formal urett. Dette gjør Hegel, som Kant, til en *rettslig* gjengjeldelsesteoretiker. Det er den formale uretten som ligger i at handlingens form er

uforenelig med rettsordenen, som utgjør tilleggsdimensjonen som skiller forbrytelse fra sivil urett. Det er altså krenkelsen av retten som rett, som straffen retter seg mot.

Dette gjenspeiles i Hegels påstand om at «når retten som rett krenkes, har den riktignok en positiv, ytre eksistens, men inni seg er den ikke noe. Manifestasjonen av at den er ikke noe, får samtidig en eksistens i form av tilintetgjøring av krenkelsen.»⁵⁵ Forbrytelsen har en positiv eksistens i den forstand at den har materielle konsekvenser, altså som materiell urett. Eller som Hegel sier: «En forbrytelse forandrer på *noe*, og saken eksisterer i denne forandringen.»⁵⁶ Men forbrytelsen er «ingenting» i en annen forstand, før den oppheves med straffen. Da manifesteres at den er ikke noe. Hva kan Hegel mene med dette?

En rimelig tolkning er at handlingen *som lovbrudd*, altså som formal urett, ikke eksisterer uten at retten fastslår at det er et lovbrudd. En handling kan for eksempel ha de materielle konsekvensene at den forvolder en annens død, men *som drap* eksisterer ikke handlingen før det foreligger en drapsdom. Først da blir handlingen å anse som en negasjon av retten.⁵⁷ Men om handlingen så klassifiseres som drap, så kunne man si at den er *noe*, nettopp drap. Hva mener Hegel så med at den manifesteres som ikke noe?

Handlingen er ikke noe i den forstand at den er dømt til å mislykkes som negasjon av rett. Forbryteren kan umulig oppnå at retten gjøres ugyldig, altså at hans særegne rett blir stående (får eksistens) som rett. «Retten er noe absolutt, og den kan ikke oppheves.»⁵⁸ Igjen er dette nokså intuitivt: Uansett hvor mange faktiske drap som skjer, oppheves ikke dermed Straffeloven § 275. Vi kjenner også igjen resonnementet fra Kant: Forbryteren, som rasjonell person, kan ikke unila-

teralt påtvinge en forandring i retten for alle. Prosjektet er dømt til å mislykkes, nettopp fordi retten per definisjon, som gjensidig frihet, er omnilateralt gitt. Hos Hegel får dette også en intersubjektiv dimensjon, som beskrevet ovenfor: Forbryterens frihet er betinget av anerkjennelsen av og fra andre frie personer. Benektes gjensidig frihet, så benektes også egen frihet, noe som nettopp umuliggjør selve grunnlaget for at handlingen skulle kunne være rett.

Straffens funksjon er å fremvise denne umuligheten; å manifestere at handlingen ikke kan bli stående. Straffen er dermed en benektelse av gyldigheten av benektelsen av andres og forbryterens frihet. Vi ser nå svaret på hva Hegel mente med at straffen som går ut over forbryteren også er «*i seg selv hans egen vilje, hans egen frihets tilvære, hans rett [...] en rett for forbryteren selv*». ⁵⁹ Retten til å bli straffet er en rett til å kunne ha rett, det vil si en rett til å være en person med rettsevne og ikke en ting. Straffen har den symbolske funksjonen at den gjeninnsetter forbryteren som en gjensidig anerkjent person.

Men om straffens primære funksjon er som en slags soning for forbryteren, med gjenoppsettelse av dennes personstatus som resultat, kan samme kritikk rettes mot denne teorien som mot Kant. Kritikken av Kant ovenfor var at offerets betydning underspilles når straffen begrunnes i relasjon til den formale uretten mot rettsordenen, og ikke den materielle uretten offeret har lidd. Denne kritikken rammer imidlertid ikke Hegels teori. Med Hegel ser vi at den formale uretten som straffen negerer også er en urett mot et konkret offer: Offeret lider ikke bare materiell urett, men også en formal urett bestående i benektelsen av dets rettsevne. Når staten setter ressurser inn på å benekte den-

ne formale uretten, så er det altså ikke bare for å sikre at forbryteren erfarer de rasjonelle implikasjonene av egne handlinger, men for å benekte offerets ufrihet. Straffen har en symbolsk funksjon som en anerkjennelse av en konkret person. Den er en stadfestelse av offerets og alle andres likeverdige frihet. Forbrytelsens budskap blir dermed ikke stående; det blir manifestert som falskt, som ingenting. Med straffen uttrykker samfunnet det Joel Feinberg kaller *symbolic non-acquiescence* – en symbolsk avstandtagen til forbrytelsens budskap. ⁶⁰ For ofrene er straffen som å høre fra storsamfunnet: «Vi tolererer ikke at du behandles som mindreverdig.» Som kjent opplever mange som har blitt fornedret gjennom en forbrytelse, for eksempel voldtekt, at straffen er en oppreisning.

Denne symbolske funksjonen er etter mitt syn viktig – ikke bare fordi slik offentlig misbilligelse bidrar til å forme holdninger som igjen bidrar til å forhindre forekomsten av slike handlinger ⁶¹ – men fordi vi skylder kriminalitetsofre å reagere på deres vegne. Vi skylder dem som har blitt fratatt sin rettsevne å få den symbolske gjenoppsettet. Det er deres rett, og det er samfunnets plikt å oppfylle den. Det følger av Det universelle rettsprinsippet hos Kant og Hegel at vi etter en ugierning har en plikt til å sørge for rettferdighet ved å gjenoppsette gjensidig frihet. Betydningen av denne plikten satte Kant berømte ord på: «Hvis rettferdigheten går under, har det ikke lenger noen verdi at det lever mennesker på jorden.» ⁶²

Har staten en plikt til å straffe?

Spørsmålet er om plikten til å skape rettferdighet også medfører en plikt til å straffe. Kant og Hegel ville hevde det. «Straffeloven er et kategorisk imperativ», ⁶³ sier Kant, og

ifølge Hegel vises «den nødvendige sammenhengen i at en forbrytelse, som i seg selv er en ugyldig vilje, inneholder sin egen tilintetgjøring, og at det er denne som opptrer som straff.»⁶⁴ Argumentene vi hittil har sett i denne artikkelen viser imidlertid bare at straff *kan* tjene en rettferdig funksjon. At straff er en mulig måte å skape rettferdighet på, medfører naturligvis ikke at den også er en *nødvendig* betingelse for rettferdighet, slik Kant og Hegel forutsetter ved å hevde en plikt til å straffe.

Som nevnt legger begge til grunn at straffen opphever den formale uretten som ligger i forbrytelsen. Erstatning, ikke straff, opphever materiell urett. Formal urett, forstått som en krenkelse av retten som rett, er nødvendigvis symbolsk. Den har ingen positiv eksistens, som vi så; det har kun det materielle aspektet ved forbrytelsen. Av den grunn har straffen, som retter seg mot den formale uretten, en symbolsk funksjon. Ettersom straff tjener en symbolsk funksjon, blir spørsmålet om ikke funksjonen kan oppnås på annet vis enn ved straff. Til dette kunne man svare som Feinberg: Ja, muligens, men nå er det nå en gang slik i vår kultur at straff er en effektiv måte å kommunisere budskapet om misbilligelse.⁶⁵ Vi kan sammenligne med skikken å gi gaver: Om en person gjør deg en tjeneste, kan du sagtens formidle din takknemlighet med et enkelt «Takk». Men budskapet formidles nok enda mer effektivt om du i tillegg gir en blomsterbukett eller en flaske whisky. For alvorlige kriminelle handlinger kan det derfor tenkes at straff er nødvendig nettopp fordi den så effektivt formidler budskapet om gjensidig anerkjennelse.

Det er likevel verdt å merke seg at *mengden* straff som behøves ikke kan utledes fra forbrytelsens objektive kjennetegn – igjen, fordi det ikke er det materielle aspektet ved

den som skal oppheves. Hvor mye straff som kreves for å oppheve en forbrytelse – dens *straffverdi* – kan ifølge Hegel ikke fastslås en gang for alle, men avhenger av den aktuelle konteksten og kulturen.⁶⁶ Et nærliggende eksempel er de relativt lave straffesammene i de nordiske landene. Inntrykket som er skapt av at retributivister er tilhengerne av strenge straffer, stemmer derfor ikke nødvendigvis for dem som følger Hegel. De kan godt mene at relativt lite straff er tilstrekkelig for å formidle dens budskap. Igjen kan analogien til gaveutveksling være illustrerende: Hvilke og hvor store gaver som er passende varierer både historisk og etter konteksten. Som alle vet: En dyr gave kan ikke alltid matche en hjemmestrikket lue laget med kjærlighet.

Dette bringer oss til et annet poeng som kan utledes fra Hegel: Det finnes flere former for anerkjennelse, som varierer etter konteksten. Den rettslige anerkjennelsen som *person* er ikke den eneste anerkjennelsen vi søker. Friheten som realiseres gjennom denne anerkjennelsen er ensidig og må suppleres av anerkjennelsen man får gjennom familie, venner, arbeid og i den borgerlige offentligheten. Det er gjennom disse anerkjennelsesrelasjonene at vi så å si kommer «bak masken» og anerkjennes som individer med unike egenskaper – enten i nære relasjoner, eller i samfunnsrelasjoner der vi anerkjennes for våre evner til å gjøre nytte for oss i fellesskapet (for eksempel som en dyktig sykepleier eller en begavet fotballspiller).

Flere steder kan Hegel tolkes som at han advarer mot en rettsliggjøring som gjør den abstrakte formen for anerkjennelse dominerende på bekostning av andre former: «Og siden rettferdigheten eksisterer på ulike måter, er det for øvrig slik at den formen den

har i staten, nemlig som straff, ikke er den eneste, og dessuten er ikke staten i seg selv en nødvendig forutsetning for rettferdighet.»⁶⁷ Vi ser her en nyansering av Hegels syn på straffens nødvendighet. I staten, altså i strafferetten, er straff nødvendig for å skape rettferdighet, men han åpner for at rettferdighet kan oppnås uten straff i andre sammenhenger.

En slik annen måte «rettferdigheten eksisterer på» er såkalte *restorative justice*-prosesser. Disse rettsoppgjørene er ikke-juridiske og ikke-straffende. Det er partene selv som bestemmer utfallet av sin egen sak. Møtet foregår uten representasjon, tilrettelagt av en megler som ikke har noen domsmyndighet, og uten at det angis en straff for gjerningspersonen. I Norge er *Konfliktråd* et eksempel på slike *restorative justice*-prosesser. I henhold til Straffeprosessloven § 71 a kan konfliktråd anvendes som alternativ til straffesak under forutsetning av at straffeskylde ansees bevist, at saken egner seg til konfliktråd, og at partene samtykker.

Hvorvidt slike rettsprosesser har en legitim plass «i staten», som Hegel sier, er altså det omstridte spørsmål. Prosessene bryter med sentrale prinsipper for den rettsstatlige strafferetten, som proporsjonalitetsprinsippet, likebehandlingsprinsippet og prinsippet om forutberegnelighet. Der rettsstaten bygger på *objektive* prinsipper som gjelder *universelt*, slik at like saker behandles likt, avgjøres saker i *restorative justice intersubjektivt*, av partene selv, og *singulært*, altså utelukkende for denne ene saken.⁶⁸ Til tross for disse betydelige forskjellene mellom de to prosessstypene, er det etter mitt syn likevel mulig at *restorative justice* kan tjene det samme rettferdige formål som straff i en rettsstatlig sammenheng. Også *restorative justice* kan forstås som en gjenoppretting av

gjensidig autonomi. Man kan sågar argumentere for at slike prosesser innebærer en større grad av ansvarliggjøring av gjerningspersonen: Der strafferetten holder forbryteren for å være autonom frem til og med forbrytelsen, hvorpå tvang anvendes mot vedkommende, holder *restorative justice* gjerningspersonen for å være autonom også i bestemmelsen av sakens løsning.

Dette innebærer en grunnleggende tillit til at gjerningspersonen selv kan ta ansvar for å rette opp sine feil. Også offeret tilkjennes en større grad av autonomi i sin egen sak, ved å inkluderes som en direkte involvert part i møtet og i medbestemmelsen av sakens videre konsekvenser. Noe av motivet for *restorative justice* har vært det Nils Christie kalte for strafferettens «konflikttyveri»: at de profesjonelle aktørene i rettsalen tilsidesetter konfliktens egentlige eiere.⁶⁹ For øvrig et tema vi gjenkjenner fra Hegels advarsel mot «Juriststanden som [...] monopoliserer lovene.»⁷⁰

Autonomihensyn setter også grenser for anvendelsen av *restorative prosesser*. Slike rettsoppgjør kan være utelukket av den enkle grunn at partene ikke ønsker å gå i dialog, noe som vil umuliggjøre en reell anerkjennelse. Frivillighet er en forutsetning, også for å forhindre at rettsoppgjøret blir unilateralt påtvunget forbryteren. Av samme grunn må staten spille en rolle i tilretteleggingen av prosessen. Man overlater ikke simpelthen partene til seg selv, men oppnevner meglere hvis oppgave er å sørge for at prosessen respekterer partenes autonomi, for eksempel ved å forsøke å motvirke maktabalanse mellom dem.⁷¹

Ofte resulterer prosessen i en unnskyldning til offeret. I det minste en anerkjennelse av at gjerningspersonen har krenket offeret, som jo er en forutsetning for at møtet kan

finne sted. Noen ganger er dette nok for ofrene. Det materielle aspektet, kompensasjonen, blir mindre viktig enn det å bli trodd og å få aksept for at en har blitt krenket. Hegels idé om at det å få rett er å få anerkjennelse, virker i så måte å være en svært presis fenomenologisk beskrivelse av konfliktløsning.

Noen ganger vil anerkjennelsen, for å være effektiv, måtte kommuniseres gjennom handlinger. Ugjerningene må *sones* for å kommunisere at de oppheves. Det kan av og til gjøres ved å betale en kompensasjon eller ved å arbeide for offeret. I mer alvorlige tilfeller vil soningen imidlertid måtte skje som straff. Både fordi straffen effektivt kommuniserer budskapet, og fordi det i alvorlige saker er urimelig å anse den for å være en sak som utelukkende gjelder de direkte involverte partene. Når sakene blir av en viss alvorlighetsgrad kan man si at vi alle på en måte blir parter i dem, fordi handlingene skaper utrygghet for flere, og fordi vi engasjerer oss i uretten som har blitt begått. Dette utelukker imidlertid ikke at rettferdigheten noen ganger kan skje fyllest uten straff, eller at en kombinasjon av straff og andre former for soning og forsoning kan være tilstrekkelig. Konklusjonen er at når ikke-straffende rettsprosesser tjener formålet med å gjenopprette gjensidig respekt for autonomi, og slik oppfyller formålet som Kant og Hegel tilskriver straffen, kan man ut fra deres teorier ikke lenger snakke om en plikt til å straffe.

Dette er imidlertid ikke nok til å etablere at restorative rettsprosesser bør anvendes. Disse må, som nevnt innledningsvis, også kunne ivareta andre av straffens formål. I tillegg bør de også tjene en ønskelig funksjon utover straffens respekt for autonomi. Dette siste er det ikke plass til å gå grundig

inn på her, men en fremtidig undersøkelse av dette burde etter mitt syn fokusere på det særegne ved det direkte møtet mellom partene. Tanken bak at partene møtes «ansikt til ansikt» uten representasjon og uten trussel om straff, er at det skal muliggjøre en ærlig erkjennelse av ansvar. *Post hoc*-rasjonaliseringer og bortforklaringer som i strafferetten gjerne understøttes av forsvarsadvokatens mål om å minske klientens straffansvar, blir ofte vanskelige å holde på etter å ha samtalt med den andre om dennes opplevelser, lidelser og utrygghet. At dette kan være emosjonelt krevende for gjerningspersonen, er det ingen tvil om, og dette er i så måte ikke en mild reaksjon på forbrytelsen. Og enda viktigere: Potensialet er til stede for at prosessene kan virke gjenopprettende på anerkjennelsesrelasjoner utover den som ligger til grunn for rettslig skyld. Særlig gjelder det i de tilfellene der partene har relasjoner fra før og der disse har vært skadelidende som følge av krenkelsen. Møtene adresserer derfor ofte forhold utover den spesifikke krenkelsen, som gjerne ville blitt ansett irrelevante i en strafferettslig kontekst, men som kan være viktige for partenes relasjoner i fremtiden. Såkalte ungdomsstormøter i konfliktrådet vil for eksempel kunne inkludere representanter for skolen og andre elever, med tanke på å bearbeide konfliktens følger for skolemiljøet.⁷²

Kanskje er det nettopp i relasjonen mellom partene eller i forbryterens relasjoner til sine omgivelser at de dypere liggende årsakene til den kriminelle handlingen er å finne. Den typiske forbryter er da også en person som på ulike måter kjennetegnes av svakere tilknytning til samfunnet enn andre grupper: en ugift mann mellom 15 og 25 år, som bor i en by og som har svake bånd til skole, arbeid og familie.⁷³ Storbyens anonyme til-

værelse svekker båndene, og dermed den primære kontrollen, som naboskap og nær-samfunn gir. Samfunn kjennetegnet av svak sosial integrasjon har, alt ellers likt, mer kriminalitet.⁷⁴

Restorative justice er motivert av disse innsiktene i det relasjonelle aspektet ved konflikter, og av det man anser som straffeprosessens manglende evne til å adressere disse. Her ser vi igjen en affinitet mellom *restorative justice* og den hegelianske anerkjennelsesteorien. Forbrytelser, hevdet Hegel, er uttrykk for «en motsetning mellom retten i seg selv og den særegne viljen.»⁷⁵ For Hegel er det nettopp ensidigheten ved det abstrakt allmenne som fremtvinger forbrytelsen som en stadfestelse av individualitet. Sagt annerledes: Manglende anerkjennelse som individ i fellesskapet – for eksempel som medelev, som kollega, som den gode naboen, som dyktig i noe – kan ikke oppveies av den abstrakte, og derfor anonyme, anerkjennelsen man får som rettssubjekt. Retten til utdanning er utilstrekkelig om man ikke mestrer skolehverdagen og blir stemplet som en skoletaper. Retten til å ar-

beide hjelper lite for ungdommer som ikke får jobb. Hegels innsikt er at det er ingen av oss som klarer oss uten anerkjennelse *som noen*. Får man det ikke innenfor lovens grenser, kan man komme til å søke det utenfor.

En straffeprosess som utelukkende fokuserer på anerkjennelse som rettssubjekter er avskåret fra å adressere eventuelle problemer som finnes i de familiære eller de samfunnsmessige anerkjennelsesrelasjonene, og som kan være viktige årsaker til den kriminelle atferden (samt være viktige å overkomme for å løse konflikten.) Restorative prosesser har her et større potensiale til å tematisere individuelle forhold, og uten at dette går på bekostning av partenes autonomi, nettopp fordi det er partene selv som bestemmer hva som er relevant. Dette potensialet ved restorative prosesser taler etter mitt syn for at man bør vurdere å gi dem en større plass i fremtidens strafferett – en strafferett som, slik jeg har argumentert for i denne artikkelen, bør styres etter mottoet: Rettens idé er friheten.⁷⁶

Noter

- 1 Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, 6:335. Alle Kant-sitater er fra Akademie-Ausgabe og er oversatt av meg.
- 2 Hegel, G.W.F., *Rettsfilosofien*, Oslo: Vidarforlaget, 2006, § 100
- 3 Se f.eks. Johs. Andenæs, *Straffen som problem*, Oslo: Exil, 1994, s. 12
- 4 Hegel 2006, § 218 anmerkning
- 5 Rt. 1977, s 1207. Høyesterett siterer her Johs. Andenæs, som igjen bygger sin definisjon på Francis Hagerups.
- 6 Debatten har bl.a. dreid seg om tilbakefallsraten ved restorative justice versus straff, om prosessenes evne til å adressere årsakene til kriminalitet,

og om partenes tilfredshet og medbestemmelsesrett. Se bl.a. Braithwaite, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge: Cambridge UP, 1989, Christie, Nils «Konflikt som eiendom». I: Hansen, J.-E. E. (red.) *Norsk tro og tanke 1940–2000* Oslo: Tano Aschehoug, 2001, Latimer, Jeff m.fl., «The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis», I: *The Prison Journal*, 2005, (85), nr 2, 127–144. Sistnevnte metastudie gir for øvrig grunn til optimisme for at restorative prosesser kan oppfylle noen av disse andre av straffens funksjoner, noe som naturligvis gjør en avklaring av prosessenes rettferdighet desto mer presserende.

- 7 I Norge har særlig allmennprevensjon stått sterkt, anledet av blant andre Johs. Andenæs, som uttalte at «I nordisk strafferettsvitenskap spiller gjengjeldelsesteorier ingen praktisk rolle» (*Allminnelig strafferett*, 2. rev. utg, Oslo: Universitetsforlaget, 1974, s 80). I Ot.prp. nr 90 (2003–2004) s. 77 «Om straffeloven» står det eksplisitt at «[g]jengjeldelse kan ikke være straffens formål». Det finnes imidlertid noen eksempler på norsk strafferettsteori som tar utgangspunkt i kantiansk og/eller hegeliansk retributivisme, for eksempel: Grønning, Linda, Husabø, Erling Johannes, og Jacobsen, Jørn, *Frihet, forbrytelse og straff*, Bergen: Fagbokforlaget, 2015, Kinander, Morten, «Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett – en kritikk», I: *Jussens Venner*, 2013 (48), nr 3, ss 155–192, Lundestad, Øystein, *The Realm of Right: On the Development and Final Formulation of Kant's Legal Philosophy*, Doctoral Thesis: NTNU, 2013:45.
- 8 Se bl.a. Jacobsen, Jørn, «Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad», I: *Tidskrift for strafferett*, 2004(4), nr 4, ss 394–438. Forskningen har i større grad kunnet påvise en allmennpreventiv effekt av oppdagelsesrisiko enn av straffens omfang.
- 9 Hegel 2006, § 99 tillegg
- 10 NOU 2014:10, punkt 10.4.2.2.1: «Sammenlignet med en tidsbestemt frihetsstraff, vil særreaksjonen kunne innebære en vesentlig større belastning for domfelte».
- 11 NOU 2014:10, punkt 10.4.2.2.2. Vi så et eksempel på en person som krevde sin rett til å bli straffet da Anders Behring Breivik kjempet for å bli kjent tilregnelig i straffesaken mot ham. Det var en kamp for å bli tatt på alvor som *politisk* terrorist; en kamp for at handlingene hans skulle ha et, i hans øyne, rasjonelt budskap, til forskjell fra, for eksempel, en av de mange skolemassakrene i USA, begått av elever som det simpelthen har rablet for. I dommen mot Breivik argumenterer Oslo tingrett for betydningen av å kunne stå til ansvar for sine handlinger ved å sone en straff: «Det er dessuten prinsipielt betenkelig å frata lov-brytere skyldene og derved også moralsk og juridisk selvbestemmelse ved en uberettiget sykelig-gjøring av deres sinn.» (RG 2012, s. 1153 på s. 1196). I kjølvannet av Breiviksaken fulgte en debatt om bevisbyrden i spørsmålet om tilregnelighet, der blant annet Arne Johan Vetlesen tok til orde for en omvendt bevisbyrde: Det som burde bevises utover en rimelig tvil, hevdet han, er ikke at tiltalte er tilregnelig, men utilregnelig. Begrunnelsen var at «det ikke på noen måte er innlysende at å få sin status som rasjonell og fri opphevet, med påfølgende straffrihet for ens handling, er den vurderingen som kommer tiltalte til gode» («Med Hegel i retten», Klassekampen 4/9-2012). Siden har Vetlesen fått et annet syn på spørsmålet om bevisbyrden, i tråd med innstillingen til Tilregnelighetsutvalget som han deltok i.
- 12 For en diskusjon av kriminalitetsprevensjonens rolle i Kants teori, se bl.a. Ripstein, Arthur, *Force and Freedom*, Cambridge, MA: Harvard UP, 2009, særlig ss. 318–322, og Byrd, Sharon, «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat. Retribution in Its Execution», I: *Law and Philosophy*, 1989(8), nr. 2, ss. 151–200. For en tilsvarende diskusjon av Hegels teori, se bl.a. Brooks, Thom, «Hegel and the Unified Theory of Punishment», I: Brooks, Thom (red.) *Hegel's Philosophy of Right*, Malden, MA: Wiley-Blackwell, 2012, ss. 103–123.
- 13 Min rekonstruksjon av Kants straffeteori skiller seg på dette punktet fra Atle Måseides i artikkelen «Kants teori om straff», I: Norsk filosofisk tidsskrift, 2009 (44), nr. 1, ss 6–19. Måseides konklusjon er at Kants straffeteori ikke er forenelig med hans etikk og rettsfilosofi, og kommer til at straffeteorien ikke kan forsvares. Måseide og jeg deler tilsynelatende premisset om at Kants straffeteori bare kan forklares og forsvares dersom man ser den i lys av Kants bredere rettsfilosofi, men vi kommer til ulike konklusjoner. Min utlegning av Kants rettsfilosofi følger i stor grad Ripstein 2009.
- 14 Hegel 2006, § 1
- 15 Kant 1797, 6:230
- 16 Ibid. 6:230
- 17 Ibid. 6:214. Se også Lundestad 2013 for en drøfting av forholdet mellom legalitet og moralitet og utviklingen av dette forholdet gjennom Kants forfatterskap.
- 18 Ibid. 6:232. Se også 6:231: «tvangen...som forhindring av en hindring av frihet, er forenelig med frihet etter allmenne lover, altså rett.»
- 19 Ibid. 6:237
- 20 Se ibid. 6:255: «Jeg er altså ikke bundet til å la være å ta eksterne gjenstander tilhørende andre, med mindre jeg får en garanti fra alle andre om at de vil forholde seg til det samme prinsipp overfor mine ting.» Det er bl.a. fra dette premisset at kriminalitetsprevensjonens legitime rolle i Kants teori kan utledes. Se for øvrig note 12.

- 21 Ibid. 6:307
- 22 Ibid. 6:318, Ripstein 2009, ss. 145–181
- 23 Som kriminaliseringsteori har denne også potensial til bedre å forklare faktisk kriminaliserte handlinger enn det såkalte «skadefølgeprinsippet» i tradisjonen etter John Stuart Mill. Skadefølgeprinsippet hevder at en handling legitimt kan kriminaliseres kun dersom den medfører skade på andre. Problemet er at skade verken er en nødvendig eller en tilstrekkelig betingelse for kriminalisering. I noen tilfeller kriminaliserer vi handlinger der det ikke foreligger skade, men som likevel kan ansees for å være frihetskrenkelser (for eksempel beføling av en komatøs pasient). I andre tilfeller foreligger det en skade, men den er i tråd med personens eget valg (for eksempel amputasjon av en fot på et sykehus). I Norge har skadefølgeprinsippet stått sterkt, noe som også harmonerer med prevensjonsteoriens sterke stilling. Se bl.a. NOU 2002:04, kap. 4.
- 24 Kant 1797, 6:335
- 25 Måseide 2009, s 12
- 26 Kant 1797, 6:335
- 27 En strafferettsfilosofisk sentral artikkel om følgerne av våre antakelser om fri vilje er Greene, Joshua og Cohen, Jonathan, «For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything, I: *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2004, nr. 359, DOI: 10.1098
- 28 Se Eng, Svein, *Rettsfilosofi*, Oslo: Universitetsforlaget, 2007, s 381
- 29 Kant 1797, 6:259
- 30 At samtykket gjelder universelt, følger dersom loven er i tråd med enhver fornuftig selvlovgivning, da den rene fornuften er lik for alle som deler i den.
- 31 Kant, Immanuel, *Zum ewigen Frieden*, 1795, Akademie-Ausgabe, 8.350
- 32 Kant 1797, 6:308
- 33 Ibid. 6:332. Se også 6:321 og Ripstein 2009, s 311
- 34 Kant 1797, 6:332.
- 35 Ibid. 6:333
- 36 Måseide problematiserer for eksempel ideen om at man skulle kunne stjele fra en tyv, da tyven jo måtte ha oppnådd eiendomsrett og staten dessuten ville begå heleri. «Nå kunne følgende innvendtes mot problematiseringa mi: Straffa for tjuveri er at tyven blir fråteken retten til eigedom. Men ser vi på dette utfrå eit reint formelt proporsjonaltetsomsyn, bergar det ikkje *Kant*. Å bli fråteken rett til eigedom, kan neppe kallas tjuveri. I tillegg kjem at misser ein rett til eigedom, fell vilkåret bort for at noen kan stele noe frå ein.», Måseide 2009, fotnote 36. Merk at Måseides kritikk av Kants teori her hviler på premisset om at tyveri skal straffes med tyveri, noe jeg mener er en feiltolkning av Kant.
- 37 Se bl.a. Brudner, Alan, *Freedom and Punishment*, New York: Oxford UP, 2009, ss 35–58 for en diskusjon av *legal retributivism*. Den fremste talspersonen for en «moralsk» retributivisme i dag, er Michael S. Moore. Se bl.a. *Placing Blame*, Oxford: Oxford UP, 1997.
- 38 Vel og merke har rasjonelle maksimer universell gyldighet, og det solipsistiske ved ens ansvar overfor egen fornuft overskrides i den forstand. Jeg vil takke en anonym fagfellevurderer for å ha poengtert dette. For øvrig gjelder stadig poenget om at offerets rolle neglisjeres i Kants teori.
- 39 Hegel 2006, § 36
- 40 Ibid. § 35 anmerkning
- 41 Online Etymology Dictionary, etymonline.com
- 42 Hegel 2006, § 5 tillegg
- 43 Hegel, G.W.F., *Åndens fenomenologi*, Oslo: Pax Forlag, 1999, s 118
- 44 Se f.eks. Solomon, Robert C., *In the Spirit of Hegel*, New York: Oxford UP, 1983, s 436
- 45 Hegel 2006, § 85. Forklaring av dette utsagnet følger i hovedteksten.
- 46 Ibid. § 87 tillegg.
- 47 Ibid. § 95
- 48 Hegel, G.W.F., *Logikken*, Oslo: Vidarforlaget, 2011, § 173
- 49 Hegel 2006, § 59
- 50 Ibid. § 36
- 51 Ibid. § 59
- 52 Ibid. § 82
- 53 Se ibid. § 89 tillegg og § 98. En erstatning vil gjøre det mulig for naboen å kjøpe en ny sykkel, og slik gjenopprette hennes rett til å manifestere sin vilje i en sykkel – for å si det på hegelisk.
- 54 Ibid. § 101
- 55 Ibid. § 97
- 56 Ibid. § 97 tillegg
- 57 Det finnes som kjent legale måter å forvolde en annens død.
- 58 Ibid. § 97 tillegg.
- 59 Ibid. § 100. Og videre i § 100, tillegg: «Både forbrytelsens natur og forbryterens egen vilje krever at den skaden han forvolder, blir opphevet.»
- 60 Feinberg, Joel, «The Expressive Function of Punishment», I: *The Monist*, 1965(49), nr. 3, ss 397–423

- 61 Ibid.
- 62 Kant 1797, 6:332
- 63 Ibid. 6:331
- 64 Hegel, 2006, § 101 anmerkning
- 65 Feinberg 1965, s. 423
- 66 Se Hegel 2006, § 101 og § 101 anmerkning:
«Forbrytelsens kvalitative og kvantitative beska-
fenhet og opphevelsen av den opptrer nå i det
ytres sfære, og der er det uansett ikke mulig med
noen absolutt bestemmelse.»
- 67 Ibid. § 100 anmerkning. Se også § 5 tillegg, § 49
anmerkning, § 37, § 215 tillegg. Honneth, Axel,
Kamp om anerkjennelse, Oslo: Pax, 2007 gir en
utfyllende beskrivelse av de tre anerkjennelsesfor-
mene hos Hegel: kjærlighet (anerkjent som unikt
individ), rett (anerkjent som likeverdig), solidari-
tet (anerkjent som individ-i-samfunnet, dvs som
unikt, men i relasjon til universelle fellesverdier).
- 68 Se bl.a. Vogt, David C., «The Aims of Restorative
Justice». I: *Restorative Justice and Criminal Law*,
Stockholm: Santérus Academic Press, 2012
- 69 Christie, 2001
- 70 Hegel 2006, § 215 tillegg
- 71 I Norge må meglerne godkjenne en eventuell av-
tale, mens den i alle andre land der *restorative
justice* praktiseres i straffesaker må forelegges en
domstol for godkjenning. Sistnevnte system vil
naturligvis i enda større grad imøtegå innvendi-
- gen om at prosessen ikke er i tråd med den omni-
laterale viljen.
- 72 Ungdomsstormøter brukes også som del av den
nylig innførte ungdomsstraffen (Strl. § 52), som i
hovedsak er restorativ, men som har elementer av
straff, som navnet tilsier. Slike hybridprosesser
kan etter mitt syn peke ut en fruktbar tredjevei,
som vil kunne øke innslaget av restorative ele-
menter i strafferettspleien der disse ellers ikke vil-
le være egnete alene.
- 73 Braithwaite, 1989, ss. 44–48. I norsk sammen-
heng, se bl.a. Revold, Mathias Killengreen, «Inn-
sattes levekår 2014», Oslo: Statistisk sentralbyrå,
2015. Et av de mest slående funnene der er de
vanskelige familierelasjonene til en stor andel av
innsatte: «40 prosent [har] opplevd å bli mis-
handlet i oppveksten, 38 prosent bodde med noen
som hadde alkohol- eller narkotikaproblemer i
oppveksten og 41 prosent har opplevd at noen i
familien satt i fengsel.»
- 74 Christie, Nils, *Hvor tett et samfunn?*, Oslo: Uni-
versitetsforlaget, 1975, er en klassisk norsk studie
av sosial avstand som kriminogenisk faktor.
- 75 Hegel, 2006, § 82
- 76 Takk til Jørn Jacobsen, Eivind Kolflaath, Johan-
nes Servan og Espen Gamlund for gode innspill,
og til NFT for nyttig fagfellevurdering.