

Straff som fortjent: Et negativt krav eller et selvstendig formål for norsk strafferett?

Postdoktor David C. Vogt

Vogt har en ph.d. i filosofi (UiB, 2018) og MA i rettsvitenskap (UiO, 2022). Han er nå postdoktor ved Institutt for filosofi og førstesemesterstudier, Universitetet i Bergen, hvor han leder forskningsprosjektet «Social Injustice and Criminal Justice», med støtte fra Norges forskningsråd (2021–2024).

david.vogt@uib.no

Sammendrag

Ideen om at lovbrøtere fortjener straff, må legges til grunn dersom vi skal kunne forstå og begrunne strafferetten i Norge og i andre rettsstater. Av noen teoretikere har dette kravet til fortjent straff blitt forstått som et negativt krav, som setter en begrensning på oppnåelsen av straffens formål. Straffen må da være «ikke ufortjent». I denne artikkelen argumenterer jeg for at en slik forståelse av fortjenesteideen er utilstrekkelig. Straff som fortjent må ansees som et positivt, selvstendig formål for strafferetten. Artikkelen ser på norsk rettspraksis og lovforarbeider, og drøfter hvorfor det i norsk strafferett må legges til grunn at det er verdifullt å oppfylle lovbrøterens fortjeneste.

Nøkkelord

straff, fortjent, gjengjeldelse, rettferdighet, allmennprevensjon, straffens formål

1. Innledning

I denne artikkelen skal jeg drøfte ideen om at lovbrøtere fortjener straff. Denne ideen, vil jeg hevde, er en forutsetning for å forstå og for å begrunne strafferetten i Norge og i andre rettsstater. Uten denne forutsetningen vil innretningen av norsk strafferett på flere punkter fremstå som umotivert og uhensiktsmessig. Norsk strafferettspraksis vil heller ikke kunne begrunnes eller forsvares moralsk, som en legitim praksis innenfor rettsstaten. Men hva, mer nøyaktig, går fortjenesteideen ut på? Skal den forstås som

et negativt krav som setter en begrensning på oppnåelsen av straffens formål? Eller er det et selvstendig formål for norsk strafferett å gjengjelde forbrytelser med en fortjent straff?

Tradisjonelt har det vært de relative straffeteoriene som har levert hovedbegrunnelsen for norsk strafferettspleie. Disse vektlegger straffens fremtidige, preventive konsekvenser, fremfor dens tilbakeskuende, «absolutte» funksjon, hvor straffen utgjør en fortjent gjengjeldelse av forbrytelsen. På ett tidspunkt var de relative teoriernes posisjon så dominant at Johs. Andenæs, i sin lærebok i strafferett, kunne skrive at «[i] nordisk strafferettsvitenskap spiller gjengjeldelsesteorier ingen praktisk rolle».¹ Ragnar Hauge konkluderte likeledes med at «[i] motsetning til prevensjonsbetraktninger har gjengjeldelse ikke blitt akseptert som begrunnelse for straff i moderne nordisk strafferett».²

Den samme oppfatningen har gjentatte ganger kommet til uttrykk i lovforarbeider. Det heter for eksempel: «Gjengjeldelse kan ikke være straffens formål.»³ I stedet er det de relative straffeteoriene som anses å definere straffens formål: «Departementet legger til grunn at straffens formål etter dette må være å styre atferd i fremtiden [...]. Selve straffeinstitusjonen har således forebygging – prevensjon – som sitt formål.» Videre heter det: «Straffelovgivningens formål er å motvirke handlinger som er kriminalisert.»⁴

Til tross for de relative teoriernes sterke posisjon finnes det en rekke eksempler på at både norske domstoler og lovgiver fremhever straffens funksjon som en fortjent respons på lovbruddet. Slik argumentasjon har blitt mer vanlig de siste tiårene i norsk strafferettspraksis, som vi skal se. Fortjenesteideen spiller dermed *faktisk* en rolle i norsk strafferett – i både lovforarbeider og i rettspraksis. I tillegg, skal jeg hevde, spiller fortjenesteideen en *normativ* rolle i begrunnelsen for norsk strafferett. En rent relativ straffeteori er følgelig utilstrekkelig, både for å beskrive og for å begrunne norsk strafferett. Dette synet gjenspeiles i at norsk strafferettsteori i de senere år har gitt en større plass til absolutte argumenter.⁵ Samtidig har absolutte straffeteorier fått økt innflytelse internasjonalt siden 1970-tallet.⁶

1. Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, Oslo 1974, s. 80.

2. Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996, s. 19.

3. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77.

4. St.meld. nr. 37 (2007–2008) s. 19.

5. Se blant annet Jørn R.T. Jacobsen, *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Bergen 2009; Linda Gröning, Jørn R.T. Jacobsen og Erling Johannes Husabø, *Frihet, forbrytelse og straff: en systematisk framstilling av norsk strafferett*, Bergen 2016; Morten Kinander, «Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett: en kritikk», *Jussens Venner*, 2013; Kirsti Nymo, «Hvorfor straffer vi – egentlig?», *Tidsskrift for strafferett*, 2015, og Kirsti Coward, «Tanker om straffutmåling – etter 16 år i Høyesterett», *Jussens Venner*, 2015.

6. Hauge, *Straffens begrunnelser*, s. 313; Matt Matravers, «Is Twenty-first Century Punishment Post-de-

Selv om man i både teori og praksis nå i større grad fremhever at straffen må være fortjent av lovbrøyteren, har man i norsk rettsvitenskap i liten grad tematisert hva dette innebærer. Man finner sjelden et forsøk på å forklare fortjenestebegrepets innhold, verken når det brukes i politisk debatt, i offentlige dokumenter eller i teorien. Det siste er naturligvis mest overraskende, men kan nok i noen grad forklares med en oppfatning mange teoretikere har om at oppfyllelse av fortjeneste utgjør et fundamentalt moralsk faktum – et såkalt førsteprinsipp, som ikke kan forklares eller begrunnes ut fra mer fundamentale prinsipper.⁷ Med et slikt syn vil en henvisning til fortjeneste kunne ha en tendens til å stoppe videre samtale og utforskning, siden man antar at det ikke finnes et mer grunnleggende moralsk prinsipp som man kan begrunne sin henvisning ut fra.

Mange har også ansett fortjeneste kun som et negativt krav til legitim straff, og derfor ikke sett det som nødvendig å avklare på hvilken måte det tjener et (positivt) formål å oppfylle lovbrøyterens fortjeneste.⁸ Etter dette synet er forbrøyterens fortjeneste kun en skranke for hvor langt det er legitimt å gå i å straffe. I internasjonal teori har dette blitt kalt for «negative retributivism» eller «limiting retributivism», som går ut på at straffen er legitim bare hvis den *ikke er ufortjent*.⁹ Når negativ retributivisme kombineres med et syn om at straffens ultimate formål er kriminalitetsprevensjon, kalles denne kombinasjonen for hybridteori eller «mixed theory». H.L.A. Hart var den fremste talsperson for en slik hybrid mellom en relativ og en absolutt straffeteori.¹⁰ I norsk sammenheng har synet kommet til uttrykk hos flere, blant annet i det følgende avsnittet hos Matningsdal og Strandbakken: «[E]tter vårt skjønns kan det likevel forsvares å straffe under henvisning til allmennprevensjonen. Straffen rammer ikke vilkårlig. Når gjerningspersonen har overtrådt et straffebud, må han finne seg i at straffen til dels blir bestemt ut fra å avskrekke andre.»¹¹

sert?», i *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, red. Michael Tonry, Oxford 2011; Michael Tonry, «Can Twenty-first Century Punishment Policies Be Justified in Principle?», i *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, red. Michael Tonry, Oxford 2011.

7. Michael S. Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford 2010, s. 162; David Miller, *Principles of Social Justice*, Cambridge 2003, s. 150.
8. I nevnte Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 77, hvor det sies at gjengjeldelse ikke kan være straffens formål, hevdes det også at «[f]ormålet med en virksomhet eller aktivitet angir det resultat en ønsker at virksomheten skal gi i fremtiden». Med en slik snever forståelse av «formål», hvor det knyttes til fremtidige resultater, blir gjengjeldelse nærmest per definisjon ikke et av straffens formål.
9. Richard S. Frase, «Limiting Retributivism», i *Why Punish? How Much?*, red. Michael Tonry, Oxford 2011.
10. H.L.A. Hart, «Prolegomenon to the Principles of Punishment», i *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 2008. Se nærmere om hybridteorier i punkt 3.2.
11. Magnus Matningsdal og Asbjørn Strandbakken, «Straffenivå og straffeteorier i norsk strafferett anno 2001», *Jussens Venner*, 2004, s. 15. Også Johs. Andenæs har gitt uttrykk for at kriminalitetsprevensjon må begrenses av lovbrøyterens fortjeneste, i det han kalte en «modifisert nytteteori», *Alminnelig strafferett*, s. 75. Se også Johs. Andenæs, *Straffen som problem*, Oslo 1996, s. 13–16.

For Matningsdal og Strandbakken er det det preventive hensyn som er straffens formål. Dette formålet kan imidlertid ikke forsvare en hvilken som helst vilkårlig straff. Gjerningspersonens overtredelse av et straffebud utgjør for dem et negativt krav som setter en skranke for oppnåelsen av det preventive formålet. Men Matningsdal og Strandbakken sier ikke hva det er ved det faktum at gjerningspersonen har overtrådt et straffebud, som gjør det legitimt å straffe vedkommende, slik at han «må finne seg i det». Her holder det naturligvis ikke å svare at selve overtredelsen av straffebudet gjør straffen legitim. I så fall skulle man kunne begrunne enhver straff for ethvert lovbrudd, så lenge straffen var spesifisert i straffebudet. Kravet om at straffen må være fortjent, henviser til noe mer enn at lovbrøyteren er formelt kvalifisert til straff. Derfor kan vi ikke forstå fortjenestekravet kun som et negativt krav som kvalifiserer en lovbrøyter til straff.

Vi må i stedet forstå kravet som et positivt krav, skal jeg hevde i denne artikkelen. Det innebærer at oppfyllelse av kravet realiserer en verdi. Dette gjelder uavhengig av om fortjenestekravet inngår i en hybridteori eller en rent absolutt straffeteori. Med andre ord: Fortjenestekravet må forstås som et positivt krav, uavhengig av om man anser fortjeneste som en *nødvendig betingelse* for legitim straff ved siden av andre nødvendige betingelser, som for eksempel betingelsen at straffen har en preventiv funksjon (en hybridteori), eller om man anser fortjeneste som en *tilstrekkelig betingelse* for legitim straff (en absolutt teori, også kalt retributivisme).¹²

De aller fleste straffeteoretikere forfekter en av disse teoritypene – hybridteori eller absolutt teori. Rent relative straffeteorier, skal jeg hevde, er uegnede til å forklare og begrunne strafferetten i en rettsstat som den norske (punkt 3.1. nedenfor). Om man i stedet legger til grunn fortjenesteideen, er det altså to teorityper som potensielt kan brukes til å forklare og begrunne strafferetten i Norge. Jeg skal ikke i denne artikkelen argumentere for den ene eller den andre teoritypen. Poenget mitt er at uansett hvilken av de to man tar som utgangspunkt, hybridteoriene eller de absolutte teoriene, så må oppfyllelse av lovbrøyterens fortjeneste utgjøre et positivt formål for strafferetten. Begge teoritypene – også hybridteoriene – må altså legge til grunn, ikke bare at fortjent straff er et negativt krav, men at det *realiserer verdi* å gi lovbrøyteren den straffen vedkommende fortjener.

Hvilken verdi realiserer det å oppfylle fortjenestekravet? I siste del av artikkelen skal jeg redegjøre for tre syn på dette, som på ulikt vis innebærer at oppfyllelse av fortjeneste realiserer verdien rettferdighet. Svaret på hvorfor straffen må være fortjent, er følgelig at fortjent straff realiserer rettferdighet. Rettferdigheten det her er snakk om,

12. Se definisjoner i fotnote 14.

er såkalt retributiv rettferdighet eller gjengjeldelsesrettferdighet, som kan defineres som «rettferdighet som oppnås ved å påføre straff».¹³

Retributiv rettferdighet kan forklares og begrunnes med henvisning til rettferdighetsteorier om straff, eller «retributive teorier».¹⁴ Disse teoriene, som det finnes en rekke varianter av, kan drøftes og ettergås på en rasjonell måte. Spesifikt kan man kritisk vurdere om de ulike retributive teoriene fremsetter plausible teser om hvordan straffen bøter på den urettferdigheten som forbrytelsen har forårsaket. Man kan med andre ord vurdere om teorien gir en tilfredsstillende forklaring på at gjengjeldelse av forbrytelsen korrigerer (deler av) urettferdigheten som forbrytelsen medfører.

Mot slutten av artikkelen skal jeg kort vise hvordan ulike retributive teorier forsøker å godtgjøre at straff tjener en slik rettferdig funksjon. Det er ikke rom for en inngående drøfting av teoriene, men jeg håper at det jeg skriver vil være tilstrekkelig til å vise at det er plausibelt å legge til grunn at fortjent straff realiserer verdien rettferdighet.

La meg nå presisere hva artikkelen *ikke* hevder: Den hevder ikke at lovbryterens *moralske skyld* og dermed *moralske fortjeneste* er en forutsetning for straffens legitimitet. Strafferettens fortjenestekrav fordrer bare at det er rettferdig i en politisk sammenheng å holde lovbryteren ansvarlig for å ha brutt med de forpliktelsene gjerningspersonen har overfor sine medborgere. Hvorvidt lovbryteren også fortjener sin straff i moralsk (og/eller religiøs) forstand, er ikke noe strafferetten nødvendigvis behøver å ta stilling til. For spørsmålet om moralsk fortjeneste vil det som oftest være flere relevante hensyn enn i strafferetten. Noen vil da også si at spørsmålet er så kom-

13. Dermed ser vi at hovedpåstanden i denne artikkelen kan formuleres på tre ulike vis, uten at påstandens innhold endres: For å kunne forstå og begrunne strafferetten i Norge og i andre rettsstater må vi legge til grunn ideen om at et av straffens formål er å gi lovbryteren den straffen vedkommende fortjener, det jeg forkortet vil kalle fortjenesteideen, hvilket altså er det samme som ideen om rettferdig gjengjeldelse og ideen om retributiv rettferdighet. På engelsk bruker man «retributive justice» i kontrast til «distributive justice» og «corrective justice». På norsk brukes gjerne «gjengjeldelsesrettferdighet», men noen foretrekker «utvekslingsrettferdighet» eller «likevektsrettferdighet», i kontrast til «fordelingsrettferdighet». Dermed skiller man imidlertid ikke mellom «retributive» og «corrective» («korrigerende») rettferdighet, som begge er former for utvekslingsrettferdighet eller likevektsrettferdighet; se Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 4. utgave, Oslo 1997, s. 369, og Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Oslo 2007, s. 190.

14. Med «retributiv teori» menes «teori om retributiv rettferdighet». Med «retributivisme» menes «teori om at retributiv rettferdighet er nødvendig og tilstrekkelig til å begrunne påføring av straff». Merk at etter disse definisjonene kan man anse retributiv rettferdighet som en nødvendig betingelse for legitim straff, og man kan ha en retributiv teori om hvordan retributiv rettferdighet oppnås gjennom straff, og likevel benekte retributivismens ytterligere betingelse om at retributiv rettferdighet er *tilstrekkelig* til å begrunne straff. I så fall har man en hybridteori der både retributiv rettferdighet og kriminalitetsprevensjon er nødvendige betingelser som til sammen er tilstrekkelige for legitim straff.

plekst at det ikke lar seg avgjøre av mennesker, jf. Bergprekenens «Døm ikke, for at dere ikke skal bli dømt».¹⁵

Videre hevder artikkelen ikke at straff alltid er nødvendig for å realisere rettferdighet. At fortjent straff realiserer rettferdighet, er forenelig med at man også kan realisere rettferdighet uten straff, for eksempel gjennom såkalt gjenopprettende («restorative») prosess i konfliktrådet, jf. strpl. § 71 a. Jeg drøfter ikke her betingelsene for at rettferdighet kan oppnås gjennom alternative prosesser.

Merk også at artikkelen ikke tar stilling til om det bør straffes mer eller mindre i Norge. Absolutte straffeteorier blir ofte forbundet med et ønske om strengere straffer, antakeligvis fordi man antar at teoriene ser på den straffedes lidelse som et gode i seg selv. Dette er imidlertid en altfor enkel oppfatning av disse teoriene. For det første er det *noen* gjengjeldelsesteorier som ikke ser på straffens lidelse som det som har verdi. Ifølge disse teoriene er det budskapet som uttrykkes gjennom straffen, som har verdi, ved å være et uttrykk for rettferdighet. Det er ikke selve smerten eller «pinen» ved straffen som ansees som verdifull.¹⁶ For det andre sier påstanden om at gjengjeldelse utgjør et av straffens formål, ikke noe om mengden straff som er nødvendig for å oppnå formålet. Selv de klassiske gjengjeldelsesteoretikerne, som for eksempel Hegel, vektla at mengden straff som anses som fortjent, vil avhenge av samfunnsmessige forhold, og disse vil variere i tid og rom.¹⁷ For det tredje er påstanden om at fortjent straff realiserer retributiv rettferdighet, forenelig med at det etter en totalvurdering er mest rettferdig å avveie retributiv rettferdighet mot andre, motstridende rettferdighetshensyn, for eksempel knyttet til påkjenningen straffen medfører for barna til domfelte. Kort sagt: Å oppfylle lovbryterens fortjeneste er ikke det eneste som har verdi.

1.1 Kort om metoden

Hypotesen i denne artikkelen er todelt. Som utgangspunkt kan vi si at den inneholder en deskriptiv påstand, som sier at vi ikke kan *forstå* strafferetten hvis vi ikke legger til grunn fortjenesteideen – med andre ord at vi behøver ideen om at lovbrytere fortje-

15. Matteus 7,1. I politisk filosofi er John Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Oxford 1999, et eksempel på at moralsk fortjeneste holdes utenom spørsmål om politisk rettferdighet. I strafferettslig sammenheng drøftes moralsk vs. strafferettslig fortjeneste blant annet i Erin Kelly, *The Limits of Blame*, Harvard 2018.

16. Blant slike «ekspressive» rettferdighetsteorier må regnes «frihetsteoriene» til Kant og Hegel, se drøftelsen av dem nedenfor. Om straffens element av «pine», se Nils Christie, *Pinens begrensning*, Oslo 1982.

17. «En straffelov er derfor alltid et produkt av sin tid og av den aktuelle tilstanden i det borgerlige samfunn», Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Rettsfilosofien*, Oslo 1821/2006, § 218, anmerkning.

ner straff, for å kunne beskrive og gi mening til de praksisene og reglene som inngår i strafferetten. I tillegg har den en normativ påstand, som sier at vi ikke kan *begrunne* strafferetten uten fortjenesteideen, med andre ord at vi må legge til grunn at det realiserer verdien rettferdighet når de som straffes, fortjener det, dersom våre praksiser og regler omkring dette skal kunne forsvares moralsk. Men helt så enkelt er skillet mellom det deskriptive og det normative i hypotesen likevel ikke. Forståelse kan tolkes som å innebære at man gir mening til strafferettspraksisene ved å tilby en tolkning som gjør dem moralsk akseptable. Noen kaller denne formen for tolkning for «normativ rekonstruksjon» av eksisterende praksiser.¹⁸ Man tar utgangspunkt i foreliggende praksiser og institusjoner, og forsøker å gi en forklaring på dem, som fremviser hvilket potensial de har for å tjene et moralsk godt formål. Dette gjør det så mulig å fremvise hvilke deler av praksisene som ikke er essensielle for dette formålet, eller som til og med er destruktive, eller «patologiske».¹⁹ Forståelse er dermed nær knyttet til begrunnelse. Michael S. Moore hevder i artikkelen «Justifying Retributivism» at hans teori innebærer en slik «interpretive» eller «functional» måte å underbygge påstanden om at strafferetten forutsetter fortjenesteideen.²⁰ Han kaller strategien for en *rettslig* begrunnelsesmåte – den tar sikte på å vise hva den beste forståelsen av strafferetten er. Strategien skiller seg fra det han kaller en *moralsk* begrunnelsesmåte, som Moore også benytter seg av, og som viser til hvordan strafferetten *bør* være.

Mens Moores rettslige begrunnelsesmåte forutsetter et empirisk grunnlag, som man ved normativ rekonstruksjonen så abstraherer et formål ut fra, behøver ikke den moralske begrunnelsesmåten nødvendigvis et slikt empirisk datagrunnlag. Det sentrale for sistnevnte er at man ved bruk av ens fornuft kan begrunne visse normative konklusjoner. Svein Eng kaller denne metoden for «begrunnelsesperspektivet», fordi den forutsetter at vi besitter evnen til å begrunne våre påstander og praksiser rasjonelt.²¹

I det følgende vil jeg benytte meg av begge disse metodene. Jeg skal først gjennomgå lovforarbeider og rettspraksis for dermed å godtgjøre at det finnes et empirisk grunnlag for å hevde at fortjenesteideen gjør seg gjeldende i norsk strafferett. Deretter skal jeg rekonstruere en forståelse av strafferetten som legger fortjenesteideen til grunn, samt argumentere normativt for at strafferetten er legitim kun dersom den har som (et av sine) positive formål å gi lovbryteren straff som fortjent.

18. Axel Honneth, *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*, New York 2014.

19. Axel Honneth, *The Pathologies of Individual Freedom: Hegel's Social Theory*, Princeton 2010.

20. Moore, *Placing Blame*, s. 159–160. Moore skiller også ut en tredje begrunnelsesform som tar utgangspunkt i straffebegrepet.

21. Eng, *Rettsfilosofi*, s. 3–7.

2 Uttrykk for fortjenesteideen i norsk strafferett

Jeg skal nå vise til eksempler på at fortjenesteideen kommer til uttrykk i lovforarbeider og i rettspraksis. Ordene «fortjent»/«fortjeneste» forekommer imidlertid nokså sjelden i disse offentlige dokumentene, selv om fortjenesteideen eller -begrepet forutsettes. Fortjeneste er, som jeg skal komme til, enten et uttrykk for rettferdighet eller et grunnlag for rettferdighet (avhengig av ens fortjenestebegrep). Når man legger til grunn at en lovbrøyer skal få den straff vedkommende fortjener, legger man til grunn at rettferdighet vil oppnås gjennom en slik straff. Henvisninger til straffens rettferdighet kan derfor forstås som henvisninger til fortjenesteideen. Også henvisninger til en rekke andre begreper kan være henvisninger til fortjenesteideen, selv om dette ikke alltid er like tydelig. Noen ganger er fortjenesteideen implisitt i resonnementet, selv om den ikke kommer direkte til uttrykk.

2.1 Lovforarbeider

I lovforarbeider nevnes rettferdighet som formål flere ganger. I Straffelovkommisjonens mandat (i 1980 og i tilleggsmandatet i 1994) heter det blant annet at de skal «vurdere hvor strengt de enkelte lovbruddstyper skal behandles. I denne forbindelse må de ulike lovbruddstyper veies mot hverandre, og *hensynet til rettferd* stå sentralt» (min utheving).²² I NOU 2002: 4 s. 82 heter det: «Kommisjonen mener at både rettferdighetsbetraktninger og straffens nyttevirksomheter kan begrunne samfunnets bruk av straff.» I Ot.prp. nr. 62 (2002–2003), s. 74, står det: «Straffen må i ethvert tilfelle være rimelig og rettferdig.» I Prop. 97 L (2009–2010) s. 29 heter det: «Straffsettelsen skal gjenspeile den til enhver tid rådende oppfatning om hva som er riktig straff», noe som lest i sammenheng må forstås primært som en oppfatning om rettferdig straff.²³

I NOU 1983: 57, s. 68–69, brukes betegnelsen «straffverdig»: «Strafferammen i et straffebud bør stå i forhold til hvor straffverdig handlingen er, sammenlignet med andre straffbare handlinger.» Det samme gjelder i Ot.prp. nr. 79 (1988–1989) s. 12: «[D]et er behov for å markere at en del voldsovertrедelser må anses for å ha en høyere straffverdighet enn det straffeloven i dag gir uttrykk for». Begrepet «straffverdighet» henviser til hvor alvorlig lovbruddet er, og dermed til hvor mye straff lovbruddet fortjener. Det kan riktignok gis en tolkning der det innpasses i en prevensjonsteori, men begrepet antyder etter mitt syn at det er rettferdighetsgrunner for et visst straffe-

22. Sitert i NOU 2002: 4 punkt 5.1.

23. I Kinander, «Straffens begrep og begrunnelse i norsk rett: en kritikk», s. 22, leses også utdraget som at det er «først og fremst snakk om rettferdighet og ikke samfunnsstyring».

nivå. Et tegn på dette er blant annet begrepets opprinnelse i hegeliansk straffeteori.²⁴ I svensk strafferett anvendes det tilsvarende «straffvärde», og den svenske Fängelses-
traffkommittén har likeledes konkludert med at begrepet viser til rettferdighet: «Vi
anser i stället att straffvärdebedömningar bör grundas på de olika brottens förkastlig-
het. Utgångspunkten vid bestämmande av straffskalor för de olika brotten skall såle-
des vara vad brottet allmänt sett *förtjänar* av straff» (min utheving).²⁵

Som med begrepet «straffverdig» kan begrepet «forholdsmessig» (eller «proporsjo-
nal») brukes med henvisning til prevensjon, men ofte brukes begrepet for nettopp å
understreke at straffen må stå i forhold til det som lovbruddet fortjener, og ikke sim-
pelthen utmåles ut fra hvilken preventiv effekt straffen kan ha. I denne sammenheng
vises det ofte til skadevirkningene av lovbruddstypen, for å konkretisere hvor grov
lovbruddstypen er, som straffen skal gjenspeile.²⁶ I Prop. 97 L (2009–2010), s. 17,
heter det eksempelvis: «Straffenivået må reflektere at voldtekt er en av de mest alvor-
lige forbrytelsene mot en persons fysiske, psykiske og seksuelle integritet, og vil som
oftest ha dyptgripende skadevirkninger og medføre reduksjon i livskvalitet for den
som rammes.» I Ot.prp. nr. 28 (1999–2000), s. 59, står det: «Straffenivået må være i
samsvar med handlingenes grovhet og skadevirkninger, og må markere at samfunnet
ser alvorlig på denne type handlinger.»

Man skiller i teorien gjerne mellom kardinal og ordinal proporsjonalitet, der først-
nevnte benevner straffenivået i forhold til forbrytelsens grovhet, mens sistnevnte be-
nevner straffenivået i forhold til straffenivået for andre forbrytelser.²⁷ Når man i
Innst. O. nr. 92 (1999–2000) s. 12 argumenterer for økt straffenivå for seksuelle over-
grep, gjør man det blant annet ved at «[k]omiteen viser til at mange andre typer
forbrytelser medfører en betraktelig strengere straffeutmåling». Også ordinal for-
holdsmessighet – likebehandling av forbrytelser etter klanderverdighet – er et spørs-
mål om rettferdighet. Sagt annerledes: Hvor mye straff et lovbrudd fortjener, kommer
også an på hvor mye straff andre lovbrudd fortjener.²⁸

24. Hegel, *Rettsfilosofien*, § 101.

25. Sitert i NOU 2002: 4 punkt 5.2.2.3.3.

26. Se også Sverre Flaatten, *Høyesterett, straffen og tyveriene: straffeutmålingsbegrunnelser i etterkrigstiden*, Bergen 2017, som ser et mønster i Høyesteretts straffeutmålingspraksis, med økt vektlegging av skade-
virkningene for kriminalitetsofrene, noe Flaatten nettopp tolker som et uttrykk for at absolutte straffe-
teorier har fått større gjennomslag i Høyesteretts argumentasjon.

27. Andrew von Hirsch, «Proportionate Sentences: A Desert Perspective», i *Why Punish? How Much?*, red. Michael Tonry, Oxford 2011, s. 212.

28. Det er imidlertid omstridt blant fortjeneste-teoretikere hvorvidt slik komparativ fortjeneste («compara-
tive desert») gjør seg gjeldende bare i ikke-ideelle situasjoner, når det er umulig at alle får det de egentlig
fortjener, og det da blir et spørsmål hvem som fortjener mer enn andre. Owen McLeod, «On the Com-
parative Element of Justice», i *Desert and Justice*, red. Serena Olsaretti, Oxford 2003; Shelly Kagan, *The
Geometry of Desert*, 2014; David Miller, «Comparative and Noncomparative Desert», i *Desert and Justice*,
red. Serena Olsaretti, Oxford 2003.

Endelig kommer fortjenesteideen ofte til uttrykk gjennom henvisninger til «den allmenne rettsfølelsen». Tanken er simpelthen at befolkningens rettferdighetsoppfatninger vil utfordres dersom straffenivåene ikke er proporsjonale i forhold til lovbruddet, slik de kan være ved ensidig vektlegging av prevensjonsformålet. Dette anføres som viktig for tilliten til rettssystemet, se bl.a. Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) s. 59. I Innst. O. nr. 92 (1999–2000), s. 19, heter det: «Komiteen mener at straffeutmålingen i mange tilfeller ikke er i overensstemmelse med den alminnelige rettsoppfatning, og at det er viktig at straffeutmålingen skjerpes, slik at den står i forhold til forbrytelsens grovhet.» I Ot.prp. nr. 5 (2000–2001), s. 75, brukes dette argumentet mot en ensidig vektlegging av sikkerhet ved straffegjennomføring: «Innsettelse i fengsel med lavere sikkerhetsnivå skal heller ikke skje hvor dette kan stride mot den alminnelige rettsfølelse. Ved alvorligere kriminalitet kan dette hensynet føre til at domfelte innsettes i fengsel med høyt sikkerhetsnivå på tross av at sikkerhetsvurderinger isolert sett kunne ha ført til plassering i fengsel med lavere sikkerhetsnivå.» Tanken må være at befolkningen ville føle at gjerningspersoner som har begått alvorlig kriminalitet, ikke ville få som fortjent hvis de sonet under lette forhold.

2.2 Rettspraksis

Parallelt med den økte innflytelsen til rettferdighetsargumenter i strafferettsteorien de siste 30–40 årene har slike argumenter fått økt betydning i rettspraksis. Sverre Flaatten konkluderer i sin undersøkelse av Høyesteretts straffeutmålingspraksis i tyverisaker på 1950-, 1990- og 2000-tallet med at det i denne perioden har skjedd en endring i straffeutmålingsbegrunnelsene. Man gikk fra ensidig å vektlegge prevensjon til å inkludere rettferdighetsargumenter i begrunnelserne. Fra 1990-tallet av «ser en at Høyesterett eksplisitt opererer med det som kan kalles en uttalt hybrid straffeteori, der forholdsmessighet og rettferdighet skal utgjøre en del av straffens legitimitet».²⁹ Et eksempel på dette ser en blant annet i Rt. 1994 s. 1552: «Ut fra rettferdstanker – tanker om forholdsmessighet mellom skadevirkninger og straff for ulike lovbruddstyper – mener jeg det kan være grunn til å høyne straffenivået for noen typer voldtektssaker.»³⁰ I Rt. 1997 s. 1976 argumenterer flertallet for at «det generelle straffenivået bør derfor heves for å oppnå bedre samsvar mellom straffereaksjon og straffverdighet». Også mindretallets argumentasjon er her interessant, fordi rettferdighetsargumentasjonen til flertallet aksepteres, men brukes for å nå en annen konklusjon på spørsmå-

29. Flaatten, *Høyesterett, straffen og tyveriene: straffeutmålingsbegrunnelser i etterkrigstiden*, s. 154.

30. Merk også at her defineres forholdsmessighet eksplisitt som rettferdighet.

let om heving av straffnivået: «Men i en rettferdighetstankegang veier det tungt for meg at de som det er tale om å straffe strengere, er mennesker som gjennomgående har narkotikamisbruk som et helt dominerende problem og også som motiv for sine tyverier.»

Straffverdighet-begrepet brukes i en rekke dommer, blant annet i Rt. 1999 s. 33, og da for å argumentere for nedsatt straff: «Etter mitt syn står misbrukes kjøp av narkotika til eget forbruk når det gjelder straffverdighet i en helt annen stilling enn kjøp med sikte på videresalg.» De senere årene har det vært flere slike eksempler på rettferdighetsargumentasjon for å justere straffnivået i narkotikasaker.³¹ Et eksempel er LE-2021-99526: «Slik lagmannsretten ser det gir dette klare holdepunkter for at den allmenne rettsoppfatning har endret seg hva gjelder synet på straffverdigheten ved slike handlinger som vår sak gjelder.»

På generelt grunnlag uttaler Matningsdal at «straffutmålingen skal alltid ta utgangspunkt i handlingens objektive grovhet og gjerningspersonens subjektive skyld».³² Forholdsmessighet er altså helt sentralt i straffutmålingen. Mæland omtaler forholdsmessighet som «det dominerende prinsipp» i straffutmålingen, og med Gröning, Husabø og Jacobsens ord «er det også i norsk sammenheng betraktninger over handlingens *klanderverdighet* som står i sentrum for vurderingen».³³ Dette kommer blant annet tydelig frem i Rt. 1999 s. 363: «Forsvareren har sterkt fremhevet at en økning av straffnivået ikke vil ha noen preventiv effekt. Jeg er enig i at det er vanskelig å måle hvilken effekt straffnivået – herunder endringer i nivået – har for omfanget av den faktiske kriminalitet. Men dette er ikke alene avgjørende idet *over-tredelsens art og grovhet har grunnleggende betydning for straffnivået*» (min utheving). I Rt. 2010 s. 449 er det ordinal proporsjonalitet i form av likhetsbetraktninger som påberopes mot rene prevensjonshensyn: «Atskillig mer problematisk forekommer det meg å være generelt å reagere strengere overfor asylsøkere med henvisning til allmennpreventive hensyn. Tvert imot må det følge av alminnelige likhetsbetraktninger at det er den straffbare handling som skal bedømmes, og at hver domfelt skal vurderes individuelt.»

31. Eksempelvis HR-2022-731-A, hvor straff for bruk og besittelse ble ansett for å utgjøre «en urimelig tilleggsbelastning» for en tungt rusavhengig domfelt (avsn. 63, jf. strl. § 61 annet ledd). Et annet eksempel er HR-2017-1676-A, hvor 1 år og 7 måneder av en dom for å ha hatt befatning med ca. 88 liter GBL ble gjort betinget på vilkår av narkotikaprogram, delvis begrunnet ut fra proporsjonalitetshensyn på grunn av lovbrysterens narkotikaavhengighet.

32. Magnus Matningsdal, *Straffeloven: lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff: alminnelige bestemmelser: kommentarutgave*, Oslo 2015, s. 687.

33. Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012, s. 247; Gröning, Jacobsen, og Husabø, *Frihet, forbrytelse og straff*, s. 681.

Som nevnt innledningsvis vises det ofte til prevensjonshensyn i norsk straffutmåling. Noen ganger kan imidlertid prevensjonsargumentasjon bedre ansees som en omskrevet henvisning til rettferdighet.³⁴ Som Gröning, Husabø og Jacobsen skriver: «Vektlegging av hensynet til allmennprevensjon er ofte først og fremst et uttrykk for klanderverdighet og at domstolen ser svært alvorlig på handlingen.»³⁵ Når det for eksempel heter at allmennpreventive hensyn taler for skjerpet straff, kan det leses som uttrykk for at lovbruddet er særlig alvorlig, hvilket både tilsier at det er viktig å forhindre fremtidige lignende handlinger, og at lovbruddet fortjener en relativt sett strengere reaksjon enn vanlig.

Til sammen tegner det seg uansett et klart bilde av at man i norsk rettspraksis, så vel som i lovforarbeider, klart anerkjenner ideen om at lovbrüterens fortjeneste av straff er relevant for straffens legitimitet. Vi har imidlertid i liten grad sett eksempler på at man forsøker å avklare hva som ligger i denne ideen.³⁶ Det er derfor etter min mening behov for en nærmere filosofisk drøfting av ideen, noe jeg nå skal ta fatt på i den følgende delen.

3 Normative begrunnelser for straff som fortjent

Jeg skal nå gi en kort oversikt over noen hovedargumenter for at fortjeneste av straff er en nødvendig betingelse for å forstå og for å begrunne strafferettspraksisene i Norge og i andre rettsstater. Jeg begynner med noen negative argumenter – argumenter for at rent relative straffeteorier *ikke* kan forklare og begrunne våre strafferettspraksiser (3.1). Deretter forklarer jeg hvordan hybridteoriene svarer på manglene ved de relative teoriene (3.2). Så argumenterer jeg for at straff som fortjent må sees som et positivt formål for strafferetten (3.3), før jeg skisserer noen teorier om hvordan fortjent straff realiserer formålet rettferdighet (3.4).

3.1 Om hvorfor relative straffeteorier er utilstrekkelige

Hva slags strafferett ville vi ha dersom vi ikke satte som krav at straff må være fortjent av lovbrüteren? Kunne en slik strafferett forsvares moralsk? Jeg skal i det følgende vise at en slik strafferett ville være svært annerledes enn vår egen strafferett, og at vi i et

34. Coward, «Tanker om straffutmåling – etter 16 år i Høyesterett».

35. Gröning, Jacobsen og Husabø, *Frihet, forbrytelse og straff*, s. 697.

36. Et unntak i så måte er NOU 2002: 4, punkt 5.2.2.3.3., der både rettferdighets- og straffverdighetsbegrepet underlegges en drøftelse.

samfunn som vårt ikke ville kunne forsvare en slik strafferett moralsk. Jeg avviser med andre ord en rent konsekvensialistisk eller relativ strafferettsteori, som foreskriver at strafferetten innrettes for å forhindre kriminalitet, og ikke for å gi lovbrutere den straff de fortjener. Slike teorier har vært svært betydningsfulle siden Cesare Beccaria og Jeremy Bentham utviklet fullstendige versjoner av dem.³⁷ Relative straffeteorier kommer i ulike varianter, alt etter hvilken måte straffen ansees for å bidra til kriminalitetsprevensjon på: allmennprevensjon, rehabilitering, individualpreventiv avskrekking, inkapasitering, forhindring av selvtekt, med mer. Felles for disse teoriene er at de er rent fremtidsrettete; det er morgendagens konsekvenser, ikke gjengjeldelse av gårsdagens lovbrudd, som begrunner straff.

Når man vurderer straffens legitimitet ut fra disse relative straffeteoriene, er kriteriet simpelthen at den alt i alt må ha bedre konsekvenser enn alternativene. Hvis straff skaper «de beste konsekvenser for flest mulig personer» (jf. Benthams utilitaristiske versjon: «the greatest happiness for the greatest number»³⁸), så kan den forsvares moralsk. Enkelt sagt, hvis de negative konsekvensene for den straffedømte (og dennes familie osv.) oppveies av de positive konsekvensene for samfunnet i form av kriminalitetsprevensjon, så er straffen moralsk forsvarlig.

Allerede her ser man en av hovedgrunnene til at teorien ikke kan forklare og begrunne vår strafferett: Det er de aggregerte konsekvensene som teller, ikke konsekvensene for hver enkelt person. Individene underordnes helheten, slik at de potensielt kan ofres dersom det alt i alt gir de beste konsekvenser. Med Benthams berømte ord er rettigheter «nonsense upon stilts». Dermed vil en gjennomført konsekvensialist potensielt kunne forsvare å bryte med straffeprosessuelle regler og den tiltaltes rettsikkerhetsgarantier, dersom det alt i alt forhindrer mest kriminalitet.

Merk at jeg skriver «potensielt». I en konsekvensialistisk teori er det nemlig de reelle konsekvensene som avgjør hva som er moralsk forsvarlig. Man må se hen til empirien; lenestolsfilosofering kan ikke avgjøre spørsmålet. Kanskje er det slik at det reelt sett ikke lønner seg å undergrave rettsikkerhetsprinsipper, fordi det også ville undergrave tilliten til rettssystemet, som igjen vil gi dårlige konsekvenser i form av mer kriminalitet, korrupsjon og så videre. Problemet for teorien forsvinner imidlertid ikke av den grunn. Slike henvisninger til sannsynlige utfall hjelper lite dersom det skulle oppstå en situasjon der det faktisk ville gi de beste konsekvenser for eksempel

37. Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Torino 1764/1965. Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, New York 1781/1988. Prevensjonstanken er imidlertid mye eldre, og kommer blant annet til uttrykk i Platons *Protagoras*-dialog.

38. Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, kap. 1.

å straffe en uskyldig. Vi har altså ingen garanti for at individuelle rettigheter faktisk trumfer konsekvensialistiske hensyn, slik man i en rettsstat forutsetter.

En relativ straffeteori ville på flere måter kunne forsvare en innretning av straffetretten som for oss ville være fremmed. Allmennpreventive hensyn kunne for eksempel tilsi at lite klanderverdige, men utbredte forbrytelser burde straffes svært strengt. Det ville sende et signal til befolkningen, noe som kanskje ville sterkt redusere forekomsten av slike forbrytelser. Dermed ville de aggregerte gode konsekvensene (muligens) veie opp for de negative konsekvensene som relativt få straffedømte måtte lide for å oppnå den allmennpreventive effekten.³⁹ Motsatt kunne man tenke seg at svært klanderverdige forbrytelser som i liten grad lar seg påvirke av straffetrusselen, burde straffes mildt, fordi man ikke kan forvente særlig preventiv effekt av slike straffer. Oppsummert er proporsjonalitet mellom forbrytelse og straff ikke en nødvendig betingelse for et allmennpreventivt begrunnet straffenivå.

Når det gjelder rehabilitering, kan også dette hensynet tilsi uforholdsmessige straffer. Ulik mottakelighet for rehabilitering hos lovbrøyttere kan tilsi ulik straff for like lovbrudd begått av forskjellige personer. Det samme gjelder inkapasiteringshensynet, som i dag begrunner forvaringsinstituttet, og som ville endre straffeutmålingspraksisen betydelig dersom det skulle tjene som primærformål også ved fengselsstraff.⁴⁰ Personer som man antar har en høyere risiko for å begå ny kriminalitet, ville kunne holdes fengslet lenger enn andre personer som har begått et lignende lovbrudd. I teorien kunne man også fengsle personer forut for at de har begått lovbrudd, hvis man anser lovbruddsrisikoen som tilstrekkelig høy.

Videre er en rent relativ straffeteori ute av stand til å begrunne en rekke strafferettslige institutter. Viktigst er kravet til skyldevne, som jo utgjør en kjerne i vår strafferett. Hvis formålet med å straffe utelukkende er kriminalprevensjon, er det ikke nødvendigvis slik at man bare bør straffe personer som har skyldevne. Den preventive effekten kan tenkes å være større hvis man opererer med objektivt ansvar. Bentham var klar over denne innvendingen, men hevdet at en rent utilitaristisk straffeteori foreskriver straff bare for dem som potensielt kunne la seg motivere av straffetrusselen, og at det er nettopp dem som har skyldevne. Til dette ga H.L.A. Hart den berømte

39. Jeg kommer ikke her inn på diskusjonen om allmennprevensjonens faktiske virkning. Det er usikkert hvilken effekt man vil kunne oppnå ved å gjøre som i det tenkte eksempelet, men poenget i denne sammenhengen er at dersom effekten kunne påregnes, så ville teorien kunne forsvare et slikt straffenivå. Om allmennprevensjonens faktiske virkning, se Jørn R.T. Jacobsen, «Diskusjonen om allmennprevensjonen sin faktiske verknad», *Tidsskrift for strafferett*, 2004.

40. For en kritikk av forvaringsinstituttet langs de samme linjer, se Espen Schaanning, «Skal forvaring gjøre vondt?», i *Straff i det norske samfunnet*, red. Espen Schaanning, Oslo 2002.

kommentaren om at Bentham her begikk en «spectacular *non sequitur*».⁴¹ For selv om for eksempel barn, høygradig psykisk utviklingshemmete og personer med sterkt avvikende sinnstilstander og bevissthetsforstyrrelser ikke ansees for å være mottakelige for straffetrusselen, så kan det være at den allmennpreventive effekten ville være større hvis man ikke gjorde unntak for disse persongruppene.

Eksempelene vi har sett, viser at rent fremtidsrettete teorier ikke makter å begrunne helt sentrale deler av strafferetten, slik som skyldkravet og proporsjonalitetskravet.

3.2 Hybridteorier

For å imøtegå de manglene ved prevensjonsteoriene som er nevnt i punkt 3.1, kan man supplere dem med et krav om at straffen må være fortjent av lovbrøyteren. Slike hybridteorier ble introdusert av John Rawls i 1955 og videreutviklet av Hart i 1959.⁴² Tanken er at man kan skille mellom den generelle begrunnelsen for strafferetten – dens «general justifying aim», som er konsekvensialistisk – og begrunnelsen for distribusjonen av straff: *hvem* som straffes og *hvor mye* de straffes. Begrunnelsen for distribusjonen, er rettferdighet. «Retribution in distribution», kalte Hart det.⁴³ Straffen begrenses til lovbrøytere som fortjener straff, og de straffes i henhold til det de fortjener, og ikke i henhold til hva som gir størst preventiv effekt. Rawls beskriver arbeidsfordelingen mellom de to hensynene slik:

[T]he judge and the legislator stand in different positions and look in different directions: one to the past, the other to the future. The justification of what the judge does, qua judge, sounds like the retributive view; the justification of what the (ideal) legislator does, qua legislator, sounds like the utilitarian view.⁴⁴

Med en slik hybridteori, der fortjeneste altså er et krav til oppnåelsen av kriminalitetsprevensjon, vil innvendingene mot rent relative teorier kunne imøtegåes. Prevensjons-

41. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 2008, s. 19.

42. John Rawls, «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, 1955. Hart, «Prolegomenon to the Principles of Punishment».

43. Hart, «Prolegomenon to the Principles of Punishment», s. 12. Harts begrunnelse for distribusjonen tar utgangspunkt i at det er rettferdig å maksimere individuell valgfrihet (s. 46). Individuell valgfrihet tilsier både et skyldkrav (slik at man selv kan velge å unngå å bli strafferettslig ansvarlig) og proporsjonalitet (slik at man på forhånd kan kalkulere kostnaden av å begå et lovbrudd). John Gardner gjør det klart i sin introduksjon til Harts bok at Hart kun stiller negative krav til distribusjonen; den positive verdien som realiseres gjennom straff, er utelukkende kriminalitetsprevensjon, ikke rettferdighet. Gardner er kritisk til at kravene forstås utelukkende som negative, slik denne artikkelen også er. Se John Gardner, «Introduction», i H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 2008.

44. Rawls, «Two Concepts of Rules», s. 6.

hensynene får nemlig ikke prioriteres utover det som er forenelig med den rettfærdige gjengjeldelsen av forbrytelsen. I tråd med Harts hybridteori har det imidlertid vært vanlig å anse prevensjon som strafferettens formål (dens «general justifying aim»), mens gjengjeldelse eller rettfærdighet bare har oppstilt et negativt krav til oppnåelsen av prevensjon.⁴⁵ Dette er etter mitt syn ikke en riktig forståelse av hva som må ligge i kravet om at straffen skal være fortjent.

Forstått som negativt krav kan nemlig ikke fortjent straff gjøre hybridteoriene egnete til å forstå og begrunne strafferetten: Hvis et slikt negativt krav bare refererte til oppfyllelse av straffbarhetsvilkårene i strafferetten, så ville det ikke hindre at innholdet i strafferetten kunne gjøres svært urettferdig, hvis det var mest hensiktsmessig for å forhindre kriminalitet. Som nevnt i punkt 3.1 kunne man for eksempel tenke seg at utbredte, men lite alvorlige lovbrudd fikk strenge straffer for å statuere eksempler – uten at det i seg selv ville utfordre straffbarhetsvilkårene. Hvis man i stedet refererte direkte til rettfærdighet som et negativt krav («ikke urettferdig»), så ville man i teorien unngå problemet med en urettferdig innretning av strafferetten, men det ville forde at man kunne fastslå hva som ikke er urettferdig. For å kunne gjøre det måtte man ha en positiv ide om hva rettfærdighet innebærer i dette tilfellet, som så det negative kravet skulle innebære at man *ikke negerer*. Et negativt rettfærdighetskrav er altså parasittisk på ideen om at straffen kan tjene en positiv funksjon ved å skape rettfærdighet.

Dette skal jeg gå nærmere inn på nå. Grunnen til at dette er viktig, er at det tilsier at vi må kunne forvente av strafferettsteorier – både av hybridteorier og av rent retributivistiske teorier – at de kan forklare og begrunne *hvordan* det tjener et positivt formål for strafferetten å gjengjelde lovbrudd med en fortjent straff.

3.3 Fortjent straff som selvstendig formål ved strafferetten

Å si at X utgjør et nødvendig krav for legitimiteten til en praksis, kan ha to betydninger. I den ene betydningen er det slik at X dermed er et formål ved praksisen. I den andre betydningen er det bare slik at X må oppfylles, men uten at oppfyllelsen av X utgjør et formål ved praksisen. Vi kan beskrive denne distinksjonen ved å skille mellom positive og negative krav.

Ved negative krav er det slik at X, Y, Z, osv. *ikke* må foreligge for at praksisen skal være legitim. Et eksempel er kravet om at ingen må utsettes for tortur (GrL. § 93 annet ledd). Hvis en innsatt utsettes for tortur, så kvalifiserer det vedkommendes straff som illegitim. Straffeprosessen har en rekke slike negative krav til en legitim prosess, for eksempel kravet om at saken mot tiltalte ikke tidligere har blitt avgjort ved rettskraftig

45. Jf. uttalelsen i Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 77, om at «[g]jengjeldelse kan ikke være straffens formål».

dom (strpl. § 51). Kravet om at lovbrysteren må fortjene sin straff, er imidlertid av en annen type. Fortjeneste er et positivt krav. Det er ikke tilstrekkelig at noe ikke foreligger, som for eksempel tortur eller brudd på straffeprosessloven – noe positivt må foreligge, nemlig en tilstand der lovbrysteren får som fortjent.

Merk at det her ikke simpelthen er tale om en lingvistisk distinksjon mellom krav som er stilt i henholdsvis negativ og positiv form. Språklig kan man ofte omformulere kravene, slik at et negativt krav lyder positivt og vice versa. Med negative og positive krav sikter jeg ikke til formuleringene av kravene, men til hvorvidt kravene utgjør en del av det som gjør at praksisen realiserer en verdi.

Et negativt krav realiserer ingen verdi; det er brudd på kravet som realiserer negativ verdi. Sagt annerledes: Det er dårlig hvis noen tortureres, men det er simpelthen «ikke dårlig» hvis noen ikke tortureres. Det er ikke slik at verden blir et bedre sted hver gang noen ikke tortureres. Hvis jeg går til lunsj med en kollega og ikke torturerer ham, så kan jeg ikke si at jeg har gjort verden til et bedre sted. Jeg har ikke realisert noen verdi. Jeg har simpelthen latt være å gjøre verden til et dårligere sted.

Et positivt krav er annerledes i så måte: Når det oppfylles, realiseres verdi. Ta som eksempel foreldreansvaret, som har både negative og positive krav: Et negativt krav til foreldreansvaret er at man ikke skal gjøre noe som skader barnet. Et positivt krav er at man viser omsorg og kjærlighet for barnet. Når man for eksempel trøster barnet og lar det kjenne seg trygt og elsket, så realiseres verdien kjærlighet. Foreldereren har gjort noe som gjør at det realiseres verdi i verden.

Slik er det også når en person får som fortjent. Da realiseres verdi. En utbredt oppfattelse er at oppfyllelse av fortjeneste er et intrinsisk gode: Det er godt *i seg selv* når noen får som fortjent. W.D. Ross viser til at dette er en intuisjon som deles av mange, og som man enkelt kan stimulere ved å tenke seg to tilstander i universet, én tilstand der gode mennesker har det godt og dårlige mennesker har det dårlig, og en annen tilstand der det er de dårlige menneskene som har det godt og de gode menneskene som lider. «[V]ery few people would hesitate to say that the first was a much better state of the universe than the second», konkluderer Ross.⁴⁶

Spør vi nærmere om hva det er som er verdifullt ved at noen får det de fortjener, så kan vi for vårt formål skille mellom tre syn. Det første, som er nokså utbredt i litteraturen om fortjeneste, sier at det har selvstendig intrinsisk verdi å oppfylle fortjeneste. At verdien er selvstendig, innebærer at den er fundamental eller primitiv («explanatorily basic»); dens verdi er ikke utledet fra en annen verdi. Fortjenesteoppfyllelse er altså intrinsisk verdifullt uavhengig av andre ting som også er intrinsisk verdifullt (som å holde løfter, å elske noen, å skaffe seg kunnskap, å være venner, etc.). Prinsip-

46. W.D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford 1930, s. 138.

pet om oppfyllelse av fortjeneste er etter dette synet å anse som et såkalt førsteprinsipp, som ikke kan forklares eller begrunnes ut fra mer fundamentale prinsipper.⁴⁷ En slik teori om verdien av å oppfylle fortjeneste kombineres imidlertid ofte med en teori om rettferdighet, som hos Aristoteles, Leibniz, Sidgwick og Ross, og hos David Miller og andre i dag.⁴⁸ Rettferdighet, hevder de, består i å gi folk det de fortjener (men det de fortjener, bestemmes uavhengig av rettferdighet). Blant straffeteoretikere deler Michael Moore dette synet: Rettferdig straff består i å gi lovbrøttere det de fortjener (og det de fortjener, er en konsekvens av deres ugjerninger og logisk forut for definisjonen av rettferdig straff).⁴⁹

En annen tilnærming er å anse fortjenesteoppfyllelse ikke som en selvstendig verdi, men som underordnet verdien av rettferdighet. Man kan da si at oppfyllelse av fortjeneste har *konstitutiv verdi* for verdien rettferdighet. Det betyr at en del av hva det vil si å skape rettferdighet, er å oppfylle fortjeneste. Fortjeneste har verdi kun i kraft av å være en nødvendig bestanddel i rettferdigheten.⁵⁰

En tredje tilnærming er å anse fortjeneste for bare å være en alternativ måte å uttrykke rettferdighet på. Hvis man sier «Han fortjener X», så er det simpelthen en annen uttryksmåte for «Det er rettferdig at han får X». Verdien av å oppfylle fortjeneste er da lik verdien av å oppfylle rettferdighet. Fortjeneste har ingen annen verdi – det er verdien rettferdighet.⁵¹

Jeg skal ikke her ta stilling til hvilken av disse tilnærmingene til verdien av fortjenesteoppfyllelse som er riktig. Det vil føre for langt, og dessuten er det i denne sammenhengen unødvendig. I henhold til alle tre tilnærmingene vil det nemlig i praksis være sånn at hvis en straff er fortjent, så realiseres verdien av retributiv rettferdighet, og hvis retributiv rettferdighet blir realisert, så er straffen fortjent.⁵²

47. Miller, *Principles of Social Justice*, s. 150. Moore, *Placing Blame*, s. 162, forklarer at for å «bevise» et slikt førsteprinsipp kan man, i stedet for å appellere til et mer fundamentalt prinsipp, appellere til koherensen av ens moralske dommer, med henblikk på å oppnå «reflective equilibrium», jf. John Rawls, *A Theory of Justice*.

48. For en oversikt over teoretikere som hevder at rettferdighet består i å gi folk det de fortjener, se Serena Olsaretti, «Introduction: Debating Desert and Justice», i *Desert and Justice*, red. Serena Olsaretti, Oxford 2003, og Fred Feldman og Brad Skow, «Desert», i *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2020), <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/desert/>.

49. Moore, *Placing Blame*, s. 168.

50. T.M. Scanlon kan enkelte steder forstås som at han har dette synet, men helt gjennomført er det ikke, da han også mener at det finnes noen få «pure desert claims» som er uavhengige av rettferdighet. Se særlig *Why Does Inequality Matter?*, Oxford 2018, s. 117.

51. Dette synet er forenelig med at rettferdighet består av mer enn oppfyllelse av fortjeneste. Altså: Alle påstander om fortjeneste er påstander om rettferdighet, men ikke alle påstander om rettferdighet er påstander om fortjeneste. For eksempel handler rettferdighet også om rettigheter og plikter, mens fortjeneste spesifikt handler om hvilke goder og byrder det er rettferdig at noen får.

52. Jeg sier at det i praksis vil være slik – i teorien behøver det nemlig ikke være slik. Man kan ha en plu-

Merk at vi foreløpig bare har en ubegrunnet påstand om at fortjent straff realiserer verdien rettferdighet. Jeg skal straks skissere noen retributive teoriers begrunnelser for at så er tilfellet. Men først skal jeg godtgjøre at en slik begrunnelse er nødvendig. Det skal jeg gjøre ved å kontrastere verditeoriene som ligger under de to hovedteoriene om straff.

De relative teoriene tar som utgangspunkt at lidelsen ved straffen er noe dårlig; det realiserer som utgangspunkt *negativ verdi* å påføre straff. Jeremy Bentham ga uttrykk for dette: «All punishment is mischief: all punishment in itself is evil.»⁵³ Ifølge de relative teoriene er straffen likevel et nødvendig onde. Det er moralsk riktig å påføre lovbrøtere dette ondet fordi det *oppveies* av at man forhindrer andre og verre under i form av kriminalitet. Totalt sett ender strafferetten dermed opp med å realisere positiv verdi, hevdes det, selv om hver straff isolert sett realiserer negativ verdi.

De absolutte teoriene har et helt annet utgangspunkt: Straff er ikke noe dårlig som oppveies av gode konsekvenser. Straff, når lovbrøteren fortjener det, er noe *godt*; den realiserer verdi (rettferdighet). Siden straff medfører noe verdifullt, er det ikke behov for at dette oppveies av noe annet. Det er simpelthen bra at en lovbrøter får som fortjent, uavhengig av om dette også har andre gode konsekvenser.

Hvis man legger til grunn en hybridteori, må man dermed akseptere både dette premisset fra de absolutte teoriene og premisset fra de relative teoriene. For en hybridteori er det altså to måter straff realiserer verdi på, og derfor to formål straffen har, som gjør den legitim når disse oppfylles: 1) det formål å gi lovbrøteren det vedkommende fortjener, og 2) det formål å oppveie for negative konsekvenser av straffen gjennom å forhindre kriminalitet.

Satt opp slik kan det se ut som hybridteoriene er internt inkonsistente: Straffen antas både å være god i seg selv og dårlig i seg selv – men hvordan kan den være begge deler samtidig? Inkonsistensen er bare tilsynelatende, dersom man antar at verdiene som de to formålene realiserer, er ulike. Straffen kan realisere retributiv rettferdighet samtidig som den har andre, negative effekter, som igjen blir oppveiet av den positive effekten av kriminalitetsprevensjon. Når både rettferdighet og prevensjon ansees som strafferettens formål (i motsetning til hos Hart og andre hvor bare prevensjon er

realistisk teori om rettferdighet kombinert med det første synet på fortjenestens verdi, slik David Miller har. Da vil forbindelsen mellom fortjeneste og rettferdighet verken være nødvendig eller tilstrekkelig, fordi oppfyllelse av fortjeneste bare utgjør ett (mulig) aspekt ved rettferdighet, *Principles of Social Justice*, s. 132–133. Også John Kleinig tar til orde for et pluralistisk syn, «The Concept of Desert», *American Philosophical Quarterly*, 1971, s. 71. Når det gjelder retributiv rettferdighet, er det imidlertid ingen, meg bekjent, som har benektet at fortjent straff er rettferdig og at rettferdig straff er fortjent.

53. Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, s. 170.

strafferettens «general justifying aim»), kan man tenke seg flere måter formålene kan kombineres på.⁵⁴ En løsning er å introdusere en terskelverdi for straffens legitimitet, som er slik at gjengjeldelse alene ikke når opp til denne terskelen. Da ville man stadig kunne hevde at det isolert sett er en god ting å gi lovbryteren det vedkommende fortjener, men at grunnen til at det ikke er tilstrekkelig til å begrunne at man i strafferettspleien påfører straff, er at det tross alt er mange andre som også gjerne skulle fått det de fortjener (f.eks. elever som fortjener spesialundervisning, kreftpasienter som fortjener livreddende medisiner, osv.). I en ikke-ideell verden er oppfyllelse av fortjeneste altså ikke tilstrekkelig til å begrunne prioriteringen av ressurser. Kombinert med et annet gode, som kriminalprevensjon, kan det imidlertid tenkes at det gir tilstrekkelig grunn til å implementere strafferetten. Anvender vi terminologien fra moralfilosofien, kan man da si at det er *pro tanto* rettferdig å gi lovbryteren den straffen han eller hun fortjener, men at det er – *all things considered* – rettferdig å gjøre det bare dersom straffen har en ytterligere verdi ved å forhindre kriminalitet, slik at *verdiene* av å straffe til sammen er sterkere enn verdien av å oppfylle andre krav på rettferdighet.

Uansett om det er en slik hybridløsning, eller om det er en rent absolutt teori man forfekter, vil det være nødvendig å forklare hvorfor det realiserer verdi å gi lovbryteren det vedkommende fortjener. Det er ikke tilstrekkelig å bare påpeke at en lovbryter kvalifiserer til straff, eller at vedkommende ikke har noen moralsk rett til å klage på å bli straffet, slik Matningsdal og Strandbakken la til grunn i sitatet ovenfor.⁵⁵ Strafferettens begrunnelse fordrer at man kan si *hvorfor* lovbryteren må finne seg i å bli straffet. Som vi har sett, er konsekvensialistiske grunner ikke tilstrekkelige til å forklare dette, og det gjenstår da å kunne si hvorfor det er verdifullt at lovbryteren straffes i henhold til det vedkommende fortjener.

3.4 Teorier om rettferdig gjengjeldelse

Jeg skal til slutt skissere noen argumenter for at det kan realisere rettferdighet å gjengjelde en forbrytelse med straff. For å forstå hvordan straff kan tenkes å realisere verdien rettferdighet, må vi ta utgangspunkt i situasjonen forut for straffen, og spørre: Hva er det som gjør at rettferdighet ikke er realisert i denne situasjonen? Deretter må vi spørre: Hva er det som gjør at straffen bøter på denne urettferdigheten, slik at

54. For en diskusjon av ulike modeller for hvordan prevensjon og rettferdighet kan kombineres, se Don E. Scheid, «Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1997. Scheid nevner ikke kantianske teorier, som tidligere ble forstått som rent absolutte teorier, men som siden B. Sharon Byrd, «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution», *Law and Philosophy*, 1989, har blitt forstått som å ha en preventiv dimensjon.

55. Matningsdal og Strandbakken, «Straffenivå og straffeteorier i norsk strafferett anno 2001», s. 15.

man med straffens gjennomførelse kan si at situasjonen har blitt rettferdig (eller i det minste, mer rettferdig)?

Svaret på det første spørsmålet er naturligvis at forbrytelsen har skapt en urettferdig situasjon. Men hva, mer nøyaktig, er det som er urettferdig ved forbrytelsen? Ulike absolutte straffeteorier gir ulike svar på dette spørsmålet. Og dermed gir teoriene også ulike svar på det andre spørsmålet, om hvordan straffen korrigerer urettferdigheten ved forbrytelsen.

Vi kan begynne med en teori som var innflytelsesrik fra slutten av 1960-årene og i noen tiår fremover: den såkalte «freeloader»-teorien.⁵⁶ Ifølge denne teorien oppnår forbryteren en urettferdig fordel gjennom forbrytelsen. Lovlydige borgere bidrar til en rekke fellesgoder gjennom å muliggjøre samhandling, kontraktsinngåelser, tillit, trygghet, med mer. Men prisen for disse fellesgodene er at tilstrekkelig mange avstår fra å bryte lovene. De som bryter lovene, høster godene av fellesinnsatsen, men uten selv å bære byrdene i form av lovlydighet. De er altså snyltere – «freeloaders» – hvilket naturligvis er urettferdig. Ved å pålegge lovbrøtere en byrde i etterkant, gjennom straff, utlignes urettferdigheten. Lovbrøterne får dermed som fortjent. Teorien kan enkelt utvides til å gjelde andre goder og fordeler man oppnår gjennom forbrytelser (for eksempel økonomisk vinning), som det så vil være rettferdig å utligne gjennom straffens byrder. Teorien kan imidlertid kritiseres for å gi en upassende forståelse av straffens budskap. Kanskje passer ideen om lovlydighetens byrder for skattekriminalitet eller lignende, men å si for eksempel at vold mot barn bør straffes for å utligne forbryterens fordel, virker ikke dekkende. Med Jeffrie Murphys ord er en slik teori «too creepy to be right».⁵⁷

En annen gjengjeldelsesteori, som riktignok har lite støtte blant teoretikere, men som nok har en viss intuitiv appell, fokuserer på skaden som forbrytelsen påfører offeret. Skaden gjør at lovbrøteren har det bedre enn offeret. Skaden har skapt en urettferdig skjevhet mellom dem. Dersom en tilsvarende byrde påføres lovbrøteren i form av straff, så skapes det en form for ekvivalens. Lovbrøteren bringes ned på det samme lave nivået. Denne tanken ligger til grunn for «øye for øye»-prinsippet, *Lex talionis*, som neppe mange vil vedkjenne seg i våre dager. Men det betyr naturligvis ikke at denne gamle rettferdighetstanken er helt irrelevant. Den påpeker ett aspekt ved straffens rettferdighet: at skjevheten mellom partene er en kilde til urettferdighet som straffen i noen grad kan bøte på. Som med freeloader-teorien passer denne teorien dårlig på en rekke forbrytelser, blant annet på offerløse forbrytelser.

56. Herbert Morris, «Persons and Punishment», *The Monist*, 1968.

57. Sitert i Jean Hampton, «The Retributive Idea», i *Forgiveness and Mercy*, red. Jean Hampton og Jeffrie G. Murphy, Cambridge 1988, s. 116.

En variant av den forrige teorien finner vi i Jean Hamptons teori om det skjeve maktforholdet som en forbrytelse skaper mellom partene.⁵⁸ Her er det ikke den materielle skaden, men det at forbryteren undertrykker og manipulerer offeret, som er kilden til forbrytelsens urettferdighet. Straffen skaper rettferdighet ved å utjevne maktbalansen. Retten kommuniserer gjennom straffen at forbrytelsens budskap er falskt: Forbryteren står ikke over offeret eller noen andre. Straffen fungerer slik som en symbolsk måte å «jেকে ned» forbryteren på. Også andre teoretikere har utviklet slike «ekspressivistiske» teorier, der straffen tjener en rettferdig funksjon ved å annullere eller benekte det urettferdige budskapet som forbrytelsen har meddelt.⁵⁹ En variant finnes i Antony Duffs «kommunikative» teori, der straffen tjener en rettferdig funksjon ved å stimulere til at forbryteren soner eller gjør bot og dermed kommuniserer avstandtaket fra forbrytelsens urettferdige budskap.⁶⁰

Til slutt vil jeg nevne de såkalte frihetsteoriene i tradisjonen etter Kant og Hegel. Også disse anser fortjent straff for å realisere en verdi, nemlig verdien av rettferdig fordeling av frihet. Rettens grunnprinsipp er ifølge Kant og Hegel gjensidig frihet. Man har rett til så stor grad av frihet som er forenelig med alle andres tilsvarende frihet. En forbrytelse innebærer en krenkelse av dette prinsippet, ved at forbryteren tar seg til rette på en måte som er uforenelig med at offeret og alle andre gjør det samme. Straffens funksjon er å gjenopprette gjensidig frihet, både ved å beskytte mot krenkelser av frihet og ved å behandle lovbrøtteren i henhold til den handlingsregelen som kan tilskrives vedkommende i kraft av å være en fri og rasjonell person. Disse straffeteoriene vektlegger individuelle rettigheter og autonomi, noe som gjør dem særlig velegnet for å begrunne strafferetten i en rettsstat.⁶¹ Det er derfor formodentlig ved å videreutvikle disse teoriene for en norsk kontekst at man kan finne det teoretiske grunnlaget for å kunne forstå og begrunne rettferdighetsdimensjonen ved norsk strafferett.

58. Jean Hampton, «Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution», *UCLA Law Review*, 1991.

59. Joel Feinberg, «The Expressive Function of Punishment», *The Monist*, 1965.

60. R.A. Duff, *Trials and Punishments*, Cambridge 1991; Duff, *Punishment, Communication, and Community*.

61. David Chelmsom Vogt, «The Natural Meaning of Crime and Punishment: Denying and Affirming Freedom», *Criminal Law and Philosophy*, 2021. Se også Arthur Ripstein, *Force and Freedom*, Cambridge, MA 2009, og Jørn Jacobsen, *Power, Principle, and Progress: Kant and the Republican Philosophy of Nordic Criminal Law*, Bergen 2024.

4 Avslutning

Dette konkluderer min drøftelse av fortjenesteideens rolle i norsk strafferett. Jeg har vist at ideen om at lovbrøtere fortjener straff, legges til grunn i rettspraksis og i lovforarbeider, om enn i mindre grad enn hensynet til kriminalitetsprevensjon. Jeg har også argumentert for at denne ideen er en nødvendig betingelse for å forstå og for å begrunne strafferetten i Norge og i andre rettsstater. Dette har jeg gjort ved å vise at en relativ strafferettsteori ikke vil kunne forklare og begrunne helt sentrale deler av våre strafferettspraksiser. Det er heller ikke tilstrekkelig å supplere en relativ teori med et negativt krav om at straffen må være «ikke ufortjent». Dersom man bare oppstiller et negativt krav, hvor lovbrøtere kvalifiserer til straff når de oppfyller straffbarhetsvilkårene, så vil strafferetten likevel kunne innrettes på måter som for oss er helt fremmede. En hybridteori som skal kunne begrunne de begrensningene av prevensjonshensynet som strafferetten i Norge har og bør ha, må i stedet legges til grunn at fortjent straff er et positivt, selvstendig formål for strafferetten. Dette innebærer at fortjent straff må ansees for å realisere verdi. I siste del av artikkelen har jeg gitt noen kortfattede argumenter for at straff kan realisere verdien rettferdighet gjennom å korrigere eller oppheve (deler av) den urettferdige situasjonen som forbrytelsen har skapt.

Jeg vil gjerne takke Jørn Jacobsen for hans kommentarer til et utkast til artikkelen. Jeg vil også takke redaktøren og fagfellen til Tidsskrift for strafferett for deres kommentarer.