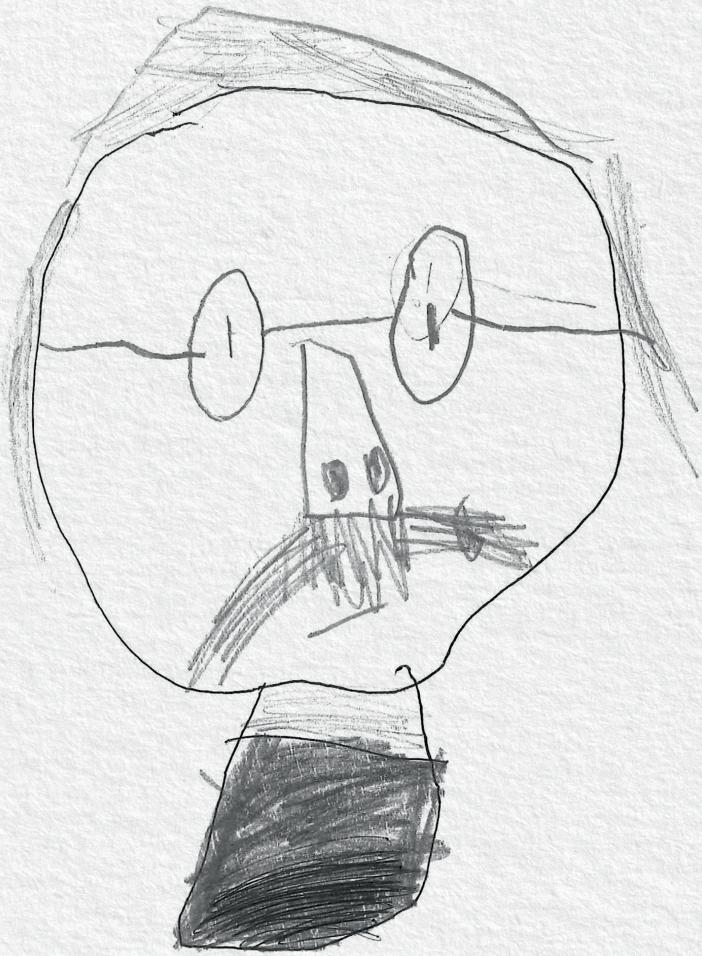
JØRN JACOBSEN

Hagerup og den strafferettslege ansvarslæra



FAGBOKFORLAGET

Hagerup og den strafferettslege ansvarslæra

JØRN JACOBSEN

Hagerup og den strafferettslege ansvarslæra

FAGBOKFORLAGET

Copyright © 2019 by
Vigmostad & Bjørke AS
All Rights Reserved

1. utgåva / 1. opplaget 2017

ISBN: 978-82-450-3228-4
ISBN (trykt): 978-82-450-2238-4

Tilrettelagt for e-bok: John Grieg, Bergen

Framsidedesign ved forlaget
Framsidebilde: Lucas Jacobsen Gröning
Framsidetekst: Jonathan Jacobsen Gröning

Spørsmål om denne boka kan rettast til:
Fagbokforlaget
Kanalveien 51
5068 Bergen
Tlf.: 55 38 88 00 Faks: 55 38 88 01
E-post: fagbokforlaget@fagbokforlaget.no
www.fagbokforlaget.no

Materialet er verna etter åndsverklova.
Utan uttrykkjeleg samtykke er eksemplarframstilling berre tillate når det er heimla i lov eller avtale med Kopinor.

Føreord

Dette arbeidet har sitt utspring i eit større prosjekt knytt til ansvarslæra i norsk strafferett. Eit første utkast til manuskriptet vart til i 2011, forma i samspel med andre arbeid som har resultert i publikasjonar. Sidan dette manuskriptet var både noko større og noko mindre presserande enn ein del andre tekstar eg hadde under arbeid, vart det likevel liggande uferdig ei god stund. Arbeidet vart så teke opp att hausten 2016 etter at *Frihet, forbrytelse og straff* (2016), som eg forfatta saman med Linda Gröning og Erling Johannes Husabø og som aktualiserte seg med at straffelova 2005 tredde i kraft i 2015, var kome litt på avstand.

Prosjektet sine koplingar til Francis Hagerup si ansvarslære er alt synlege i dei publikasjonane som ligg føre.[1] Samstundes har ein djupare interaksjon med denne læra vore viktigare for prosjektet enn det desse referansane viser. Hjå Hagerup finn ein det viktigaste norske bidraget til den strafferettslege ansvarslæra slik vi kjenner den i dag. Ansvarslæra til Hagerup var eit nybrott, med ei synleg teoretisk djupn. Den avspeglar, som vi skal sjå, både forfattaren si metodelære og intellektuelle utvikling.

Hagerup sitt bidrag til faget har likevel ikkje fått like mykje merksemd og ros som bidraga til dei to andre store i norsk strafferettsvitskap: Anton Martin Schweigaard (1808–1870) før og Johs. Andenæs (1912–2003) etter han. Tidlegare omtalar har i stor grad handla om Hagerup sin meir allmenne strafferettsteoretiske og kriminalpolitiske posisjon, ofte på eit relativt overordna plan og med lita forklaringskraft. Det siste skuldast ikkje minst at ansvarslæra – det punktet der han gav det kanskje aller mest vektige av sine bidrag til strafferettsvitskapen – har mangla i mange av omtalane. I Hagerup si ansvarslære er der særleg nære koplingar til nokre grunnleggande trekk ved spørsmåla om ansvar og skuld som i lang tid har prega tenking om strafferett, og rett og moral meir allment – og som truleg vil gjere det òg i framtida. Å kople norsk strafferettstenking tydelegare tilbake til desse storleikane har vore eit

1 Sjå til dømes Jacobsen 2012b og Jacobsen 2013, s. 129, for døme på koplingar til Hagerup i dette prosjektet.

overordna siktemål med det prosjektet som er nemnt innleiingsvis. I så måte har Hagerup vore den naturlege både å gå i dialog med og presentere gjennom eit arbeid som dette. Det føremålet pregar då òg den vidare framstillinga.

Når Hagerup her vert meir inngåande presentert, skuldast det òg erfaringa med fråværet av denne læra i den seinare litteraturen. Det gjorde at det tok tid å ta inn over meg det djupet ein finn hjå Hagerup. Slik stoda har vore, kjem utviklingstrekk, intellektuelle samanhengar og ikkje minst meir underliggande trekk for lite til syne og til nytte.[2] Med ei meir utvikla «Dogmengeschichte» i norsk strafferettsvitskap ville det vore enklare å orientere seg i faget og posisjonar i det, og nye tilskot til faget ville ikkje i same grad måtte tråkke opp vegen heilt på nytt i eiga utvikling. Dette arbeidet søker difor å utvikle kjennskap til faget sine eigne føresetnadar og historie, og då på eit heilt vesentleg punkt.

Å gå inn i Hagerup sin strafferett er nyttig på fleire andre vis. Tekstane inviterer ein inn i den strafferettsteoretiske diskusjonen både i Noreg, Norden og Europa ved overgangen til 1900-talet, ein særs viktig epoke for den europeiske strafferetten og strafferettsvitskapen. Undervegs skal vi møte nokre i epoken sentrale bidragsytarar til rettsvitskapen og strafferettsvitskapen særleg. Spørsmåla dei diskuterte, har samstundes prega disiplinen like mykje i nyare tid som på Hagerup si tid. Den måten Hagerup skreiv på, gjer at tekstane fungerer som ei innføring i problema òg i dag. Den følgjande teksten er forma særleg med det for auge å få fram både desse grunnspørsmåla og dei framlegga til svar på dei som Hagerup i si tid gjorde. At Hagerup på denne måten kan stimulere oss til tenking òg i dag, ville han sjølv kanskje sett pris på å ha fått stadfesta. Han døydde visstnok med følgjande dikt på innerlomma:[3]

> «Hvad gjælder vel minde i skrift og i ord,
> naar bare det gror
> i dit plogjerns spor.»

2 Viktige bidrag til forståing av den historiske bakgrunnen finn ein likevel til dømes i Michalsen (1997).

3 Diktet «Til en venn» er av Vilhelm Krag (1871–1933), sjå Andenæs 1973, s. 49.

Boka er likevel snarare ei kritisk undersøking enn ei lovprising av Hagerup si ansvarslære. Den norske ansvarslæra var det som nemnt grunn til å tenke godt igjennom, og i Hagerup finn vi då òg trekk av dei tankane som skulle prege den seinare.[4] Sjølv om dei største manglane ved den skriv seg frå seinare bidragsytarar, ser vi hjå Hagerup både kva som opna for den seinare utviklinga, og korleis grunninnsikter hjå han kunne vore utvikla i ei anna retning. Ei slik kritisk lesing er samstundes ein honnør. Hagerup sin intellektuelle stil var ikkje ei undertrykkande suverenitetshaldning. I akademisk ande inviterte perspektiva han la på strafferetten, tvert om nettopp til meiningsutveksling og -bryting av den typen vi skal forsøke oss på i dette arbeidet.[5] Han strevde då òg mot den typen standpunkt som er skarpt nok forma til at dei kan underkastast prøving.

Hagerup si strafferettslære har mange sider. Den følgjande aktualiseringa er ikkje nokon fullstendig studie av den, noko eg kjem attende til. Boka vil altså konsentrere seg om Hagerup og *ansvarslæra*, med tanke på å vise fram og drøfte nokre overordna trekk der. Det er likevel eit trekk ved ansvarslæra som fenomen at den gjev oss inngang til endå meir grunnleggande trekk ved Hagerup si tenking om strafferetten, som altså loddar ned i nokre fundamentale førestillingar om retten, samfunnet og menneska i det. Særleg i lys av det siste er håpet at boka òg skal interessere utover strafferettsvitskapen. Difor er òg framstillinga søkt gjort både kort og overordna, og det er lagt vekt på å forklare problemstillingar, samanhengar og sentrale trekk ved Hagerup sin posisjon. Referansar til, og særleg diskusjon med, sekundærlitteratur er prioritert ned.

For min eigen del er boka og aktualiseringa av Hagerup mest av alt som å betale tilbake ei form for intellektuell skuld, ikkje berre for all lærdom, men òg for ankerplassen.

Takk skal i samanhengen rettast til Bergens forskningsstiftelse, og bak den Trond Mohn, for støtte til prosjektet *Criminal Law Theory* (2009–2012), ein periode der dette manuset hovudsakleg vart til.

4 Sjå eit alternativt grunnriss i Jacobsen 2012b, og fullverdig Gröning, Husabø og Jacobsen 2016.

5 Sjå her òg til dømes Dalberg-Larsen 1987, s. 17, som påpeikar korleis Hagerup sin sentrale metodeartikkel – Hagerup 1888a – har stimulert den seinare diskusjonen og posisjonar i den.

For diskusjonar både i den perioden og no seinare er det mange som skal ha takk. Eg må særleg takke Dag Michalsen og Rune Slagstad, som begge har lese og gjeve innspel til teksten. Vidare takkar eg Jørn Øyrehagen Sunde for diskusjonar om ulike rettshistoriske tema, og Linda Gröning og Erling Johannes Husabø, som begge særleg gjennom skrivinga av *Frihet, forbrytelse og straff* har vore essensielle og kraftfulle samtalepartnarar. Vidare må takk rettast til Sverre Flaatten og Geir Heivoll som inviterte meg til eit seminar om straffelova 1902, der delar av dei tankane som denne teksten reflekterer, vart prøvde ut og seinare trykte som eit bidrag til antologien deira.[6] Eg står òg framleis i skuld til ein troika av Nils Jareborg, Heike Jung og Asbjørn Strandbakken, alle støttespelarar for det større prosjektet som denne og dei fleste andre av mine tekstar dei siste ti åra spring ut av. Takk òg til Ingrid Marie Myklebust for hennar arbeid særleg med korrekturlesing av manuskriptet; til staben ved Bibliotek for juridiske fag, Finn Solemdal særleg, for alltid effektiv og kyndig bistand til innhenting av litteratur; og til Fagbokforlaget, då særleg til Marit Hatleskog, den perfekte forlagsredaktør, og til Magdalena Richert-Oktaba for det gode samarbeidet om boka.

Men til sist er det sjølvsagt framtida som er det viktigaste – for meg mest av alt mine to absolutte favorittar, Jonathan og Lucas. «Hva! En bok om en bok?» var reaksjonen frå ein av dei på forklaringa på kvifor eg las så mykje i ei gammal, etter kvart godt brukt bok frå starten av 1900-talet. Spørsmålet er relevant. Eg håper det følgjande forklarer kvifor Hagerup sin *Strafferettens almindelige del* frå 1911 framleis er vel verdt å både lese og skrive om, 106 år etter at den vart trykt.

Dragefjellet, Bergen, 31. januar 2017
Jørn Jacobsen

6 Sjå Jacobsen 2014.

Innhald

Forkortingar 13

Kapittel 1
Kort biografisk note 15

Kapittel 2
Innleiande øvingar 19
2.1 Normer, normbrot og reaksjonar på normbrot 19
2.2 Hagerup si «strafferettslege ansvarslære» som tema 20
2.3 To ulike tilnærmingar til ansvarslæra 22
2.4 Historisk bakgrunn 23
2.5 Hagerup, Liszt og Ihering 26
2.6 To ulike vegar: Den seinare utviklinga 36
2.6.1 Utviklinga i norsk strafferettsvitskap 36
2.6.2 Utviklinga i omverda 37

Kapittel 3
Tekstane og tilnærminga til dei 43
3.1 Dei aktuelle tekstane 43
3.2 Historie og aktualitet 47
3.3 Den vidare framstillinga 49

Kapittel 4
Ansvarslæra sin funksjon 51

Kapittel 5
Handlingsomgrepet i Hagerup si ansvarslære 55
5.1 Innleiing 55
5.2 Handlingsomgrepet sin relevans 56
5.3 Variantar av eit kausalt handlingsomgrep 58

5.4 Nokre utgangspunkt om «vilje» ... 60
5.5 Vilje i eller utanfor handlinga? ... 62
5.6 Nærare om retten og rettsvitskapen og omliggande kunnskapsfelt ... 63
5.7 Dei grunnleggande psykologiske komponentane i handlingsforståinga 66
5.8 Fordjuping av viljesomgrepet ... 69
5.9 Sentrale utfordringar knytt til Hagerup si handlingslære ... 77

Kapittel 6
Viljen sin fridom ... 85
6.1 «… det brændende spørgsmaal» ... 85
6.2 Relevansen for strafferetten ... 86
6.3 Brubyggingsforsøket ... 89
6.4 Avsluttande merknadar om den frie viljen ... 95

Kapittel 7
Hagerup sin strafferettsteoretiske posisjon ... 97
7.1 Innleiing ... 97
7.2 Hagerup si klassiske strafferettslære ... 99
7.3 Har strafferetten eit underliggande verdisystem? ... 111
7.3.1 Utgangspunkt ... 111
7.3.2 Sider av forholdet mellom strafferett, rett og moral ... 113
7.3.3 Nærare om rettsordninga sitt verdisystem ... 118
7.4 Oppsummering ... 125

Kapittel 8
Systematikken i ansvarslæra ... 129
8.1 Inn i framstillinga av den positive retten ... 129
8.2 Grunntrekka ved ansvarslæra – innverknaden frå Liszt ... 131
8.3 «Forbrydelsens gjerningsindhold» ... 133
8.3.1 Nærare om «gjerningsinholdet» som ansvarskategori ... 133
8.3.2 Dei ulike materielle ansvarskomponentane ... 140
8.3.3 «Modaliteter i forbrydelsens ydre fremtrædelsesformer» ... 147
8.4 Rettsstridslæra ... 152
8.4.1 Allmenne merknadar ... 152
8.4.2 Dei ulike rettsstridsaspekta ved ansvarslæra ... 156
8.4.3 Refleksjonar over rettsstridsdelen ... 162
8.4.4 Mot ein tydelegare normativ profil? ... 165

8.5 «Subjektiv skyld som betingelse for straf» 170
8.5.1 Attende til skulestriden 170
8.5.2 Hagerup si systematiske tilnærming til skulddelen av ansvarslæra 172
8.5.3 «Tilregnelighed» 176
8.5.4 «De forskjellige arter skyld» – om forsett og aktløyse 185
8.6 Den siste «restkategorien» 195
8.7 Med Hagerup vidare 196

Kapittel 9
Avsluttande merknadar 199

Kapittel 10
Litteratur 203
10.1 Litteratur av Francis Hagerup (ordna kronologisk, og etter kortformer) 203
10.2 Anna litteratur (alfabetisk, og så kronologisk ordna) 206

Stikkordregister 217

Biletliste 220

Forkortingar

IAR	–	Indledning til studiet af den almindelige retslære (Hagerup 1922)
SAD	–	Strafferettens almindelige del, 1911-utgåva (= Hagerup 1911)
SAD 1904	–	Strafferettens almindelige del, 1904-utgåva (= Hagerup 1904c)
TfR	–	Tidsskrift for Retsvidenskab / Tidsskrift for Rettsvitenskap
TfS	–	Tidsskrift for strafferett
ZStW	–	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Kapittel 1

Kort biografisk note

Francis Hagerup vart fødd den 22. januar 1853, i Horten, noverande Borre.[7] Han var son av kontreadmiral, statsråd Henrik Steffens Hagerup (1806–1859) og Nicoline Christine Jensen (1808–1862). Francis Hagerup mista i tidleg alder begge foreldra. Han flytta så til Trondhjem, der han tok examen artium ved Katedralskulen. Etter ei kort tid ved medisinstudiet gjekk han over til det juridiske studiet.

Hagerup vart cand.jur. i 1876, og heldt ved hjelp av eit statsstipend fram studiane i utlandet, ved universiteta i München, Leipzig og Paris. Han var så i eitt og eit halvt år dommarfullmektig. Litt seinare, etter at han hadde returnert til Universitetet i Kristiania som stipendiat, vart han gift med Frederikke Dorothea Bødtker (1853–1919), dotter til sorenskrivaren der han hadde vore dommarfullmektig.

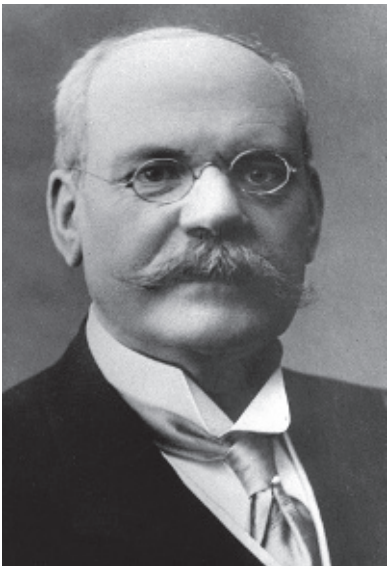
I 1885 tok han den juridiske doktorgraden på ei avhandling *Om Tradition som betingelse for Overdragelse af Løsøre*. Han var i utgangspunktet mest interessert i privatrett (sivilrett), og dei romarrettslege dimensjonane av feltet. Det har vore hevda at så lenge Hagerup sjølv fekk velje tema, var det sivilrettslege slike han gav seg i kast med.[8] I 1885 vart han konstituert til professor, ei stilling som han tiltredde i 1887. Stolen var i strafferett. Det var òg utgangspunkt for ein omfattande produksjon av bøker, artiklar og føredrag om strafferetten – ein tekstmasse vi skal kome nærare inn på i det vidare.

I samband med at han tiltredde som professor, heldt han den vidkjende førelesinga om rettsvitskapleg metode, *Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter*.[9] Den som gav bod om eit rettsvitskapleg

7 Dei bibliografiske opplysingane i det følgjande er sette saman av poengteringar som er gjort i fleire av dei arbeida om Hagerup som er referert til i det vidare, i tillegg til den grundige omtalen av Hagerup i *Norsk biografisk leksikon* ved Bodil Chr. Erichsen (Erichsen 2009).

8 Sjå òg Stang 1922, s. 29.

9 Sjå Hagerup 1888a.



prosjekt som skulle strekke seg vidare enn til berre sivilrett eller strafferett åleine. Hagerup sin samla produksjon avspeglar snarare ein «generalist» med interesse for retten som eit heile – og ein produktiv slik ein.[10] Til den store tekstmassen høyrer òg til dømes ei rekke skrifter av meir allmenn rettsteoretisk karakter. Som rettsvitskapsmann etablerte han seg som ein av dei dominerande i Norden, og kanskje den mest framståande av alle i den norske rettsvitskapen gjennom tidene. Hagerup etablerte i 1888 tidsskriftet *Tidsskrift for Retsvidenskab* (no *Tidsskrift for Rettsvitenskap*), som enno står som det fremste nordiske rettsvitskaplege tidsskriftet.

Hagerup var samstundes langt frå berre ein universitetsmann. Han sat òg som ekstraordinær assessor i Høgsterett i perioden 1890–1893, og parallelt med si rettsvitskaplege forfattarverksemd hadde han ei omfangsrik karriere som politikar. Han starta si partipolitiske verksemd i 1892, då han gjekk inn i Høgre sitt sentralstyre. I 1893 vart han utnemnd til justisminister i Emil Stang-regjeringa. Seinare var han i to periodar statsminister, først for ei samlingsregjering i perioden 1895–1898, så i ei koalisjonsregjering frå 1903. I perioden mellom desse regjeringane var Hagerup i ein periode ved universitetet, før han i 1900 kom inn att på Stortinget. Det er ofte påpeika at Hagerup sitt politiske virke i stor grad skuldast press frå andre; han sjølv kjende større dragning mot universitetet.

Hagerup måtte, etter at den forhandlingslinja han gjekk inn for i unionssaka, møtte sterk motstand, gå av som statsminister i 1905 og overlate posten til Christian Michelsen. Nederlaget avslutta Hagerup si politiske karriere, sjølv om han vart sittande på Stortinget fram til

10 For eit oversyn over Hagerup sine verk, sjå bibliografien i Dahl 1922b.

utgangen av perioden i 1906. Etter det gjekk han over i diplomatiet og var frå 1906 Noreg sin minister i København (med Haag og seinare òg Brussel). I 1916 fekk han same stillinga i Stockholm. Hagerup var òg på fleire andre måtar internasjonalt engasjert, og var frå 1897 medlem av Institut de Droit International i Paris. Frå 1906 til sin død var Hagerup medlem av Den norske Nobelkomité. Han heldt òg fram sin omfangsrike rettsvitskaplege produksjon, noko som mellom anna resulterte i det verket som står i sentrum i det følgjande, *Strafferettens almindelige del*.

Francis Hagerup døydde i Kristiania den 8. februar 1921, under eit besøk der i samband med det diplomatiske virket han tente til slutten av sitt liv. Han vart gravlagd på Vår Frelsers gravlund.

Kapittel 2

Innleiande øvingar

2.1 Normer, normbrot og reaksjonar på normbrot

Vårt daglege liv er forma av mange normsystem, slik som språkreglar, spelereglar i idrett, reglar for spark på boks, moral og rett. Utan at skiljet er skarpt, er nokre slike normsystem formaliserte. Eit døme er retten, som i sentrale delar vert vedteken gjennom etablerte prosedyrar og nedteikning i lover. Andre normsystem er uformelle og er først og fremst prega av eit sett av felles oppfatningar om dei. Mange normsystem har òg sanksjonar knytt til seg, anten formelle slik som straff som følgje av ein dom, eller uformelle slik som ei moralsk irettesetting kan vere.

Eit grunnleggande fellestrekk ved desse sanksjonsstøtta normsystema er at dei alle bygger på eit sett av føresetnadar om at det gjeld visse *normer*, at visse handlingar *bryt normene*, og at dei opnar for at det skal *reagerast mot brot på dei*. Desse føresetnadane kan sjølve vere meir eller mindre utvikla, og i nokre tilfelle òg formaliserte. Forventingar til grad av formalisering avspeglar ofte i kva grad den som skal felle dommane og reagere der normene er brotne, står i ein maktposisjon. Gjengen som spelar fotball på løkka, kan ha eit meir avslappa – men ikkje fritt – forhold til val av reaksjonar enn det vi vil late ein lærar i skulen ha.

Når heller ikkje fotballgjengen står fritt, heng det saman med at vi ber på visse grunnleggande førestillingar om samanhengen mellom normer, brot på dei og reaksjon på brot på dei. Det ser vi allereie av korleis det andre av dei kursiverte uttrykka ovanfor bygger vidare på det føregåande, og korleis det tredje bygger vidare på begge dei to føregåande. Vi ser då òg, i alle fall i sine hovudtrekk, uttrykk for desse grunntrekka i alle livets fasar. Barn møter dei alt som små idet vi som foreldre operasjonaliserer dei – eller i alle fall forsøker på det. Trår vi feil, har barnet ofte sjølv ei klar oppfatning om det – «Dette er urettferdig!».

Når vi av og til i ettertid må erkjenne at det ikkje vart heilt rett, handlar det ikkje berre om at faktagrunnlaget for domen vi har late