

Høyesterett, straffen og tyveriene
Straffeutmålingsbegrunnelser i etterkrigstiden

Sverre Flaatten



FAGBOKFORLAGET

Høyesterett, straffen og tyveriene

Høyesterett, straffen og tyveriene
Straffeutmålingsbegrunnelser i etterkrigstiden

Sverre Flaatten



FAGBOKFORLAGET

Copyright © 2019 by
Vigmostad & Bjørke AS
All Rights Reserved
1. utgave / 1. opplag 2017

ISBN: 978-82-450-3230-7
ISBN (trykt): 978-82-450-1898-1

Tilrettelagt for e-bok: John Grieg, Bergen
Forsidedesign ved forlaget

Sitat på s. 5 – Knut Hamsun *Den siste Glæde*,
1912. Gjengitt med tillatelse fra Gyldendal
Norsk Forlag

Spørsmål om denne boken kan rettes 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 vernet etter åndsverkloven.
Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarframstilling
bare tillatt når det er hjemlet i lov eller avtale med Kopinor.

Mens han gjorde sig istand til å gå sin vei og ikke lenger brukte sit barleie kunde jeg ikke la være å ligge og ynke hans elendige måte å stjele på. Et tyveri av nødtørft, en flæskeside og et tøistykke som skulde prøves avhændet inde i en skog. Ak hvor et tyveri er ophørt å være noget videre! Det kommer også av at lovens straf for forseelser av alle slag er ophørt å være noget videre. Det er bare en kjedelig og human straf, man har tat det religiøse element ut av lovene, en sorenskriver er uten nogen mystik mere. Jeg husker den siste dommer som la ut edens betydning slik som de skulde utlægges og være av virkning. Og da isnet vi i hårroten alle i hop. Kom med litt trolldom igjen og med sjette Mosebok og synd mot den Helligeånd og forskrivninger med nydøpt barns blod. Og stjæl en sæk penger og sølvtøi på handelsstedet og gjem sækken indi i fjældene, så det om høstkveldene kan stå et blåt bluss over stedet. Men kom ikke med tre par votter og en side husholdningsflæsk.

(Knut Hamsun, 1912)

INNHold

Innledning	11
----------------------	----

KAPITTEL 1

Teoretiske tilnærminger

til straffens legitimitet	15
1. Innledning	15
2. Det doble blikk: Straffebegrunnelser mellom rett og samfunn	16
3. Legitimitetsbegrepet som sosiologisk fortolkningstradisjon.	19
4. De etablerte fortolkningstradisjonene i synet på strafferetten og Høyesterett.	25

KAPITTEL 2

Metode og vitenskapsteori: Mellom system

og hermeneutikk	31
1. Innledning	31
2. Lovdata som empirisk utgangspunkt	32
3. Det utforskende metodiske opplegg: Møtet med materialet og valget av straffeutmåling som tema.	34
4. Fortolkningen og valgene som fulgte: Veien mot utvalget av dommer	38
5. Bokas videre oppbygning	42

KAPITTEL 3

Mellom det liberale og det sosiale: Et streiftog gjennom straffens moderne legitimitet

1. Innledning	43
2. Strafferetten i en sadlingstid: Allmennprevensjonens politisk-filosofiske røtter og profil	45
3. Kriminalloven av 1842: Kravet om instrumentell lydighet	50
4. Straffeloven av 1902: De sosiale problemers periode.	54
5. Strafferettsreformen av 1929: Straffeutmålingsideologi i mellomkrigstiden	60

6. Forvaring i venstrestatens Høyesterett: En vandrer på vei mot etterkrigstiden	63
7. Høyesteretts herredømme over forvaringen: Straffeutmålingen og 30-tallets politiserte sosialsfære	66
8. «Bridge over troubled water»: Høyesterett som kontinuitetsbærer	69
9. Avsluttende sammenfatning	70

KAPITTEL 4

Den fintfølede Høyesterett: Domstolens skjønnsrom

i straffeutmålingen	73
1. Innledning	73
2. Straffeutmåling og straffeteori: Samfunnsstyring og problem- og konfliktløsning?	75
3. Den fintfølede Høyesterett	80
4. Den fintfølede Høyesterett befester seg: Etableringen av en stivhengighet	84
5. Straffeutmåling: En problem- og konfliktløsende praksis?	89
6. Avgjørelsestvangen i domstolen og interessedisposisjonene	94
7. Motivene til Høyesterett: Politikk i straffeutmålingen?	97
8. En praktisk og passende straff: Følelser og fornuft i straffeutmålingsbegrunnelsene	104
9. Velferdsstatens hermeneutikk: Å sette den riktige straffen	107
10. Velferdsstatens hermeneutikk og det konflikthulle	109
11. Avslutning	111

KAPITTEL 5

Bedriftstyveri og allmennprevensjon: Visjonen om industri-

og husmorssamfunnet	113
1. Innledning	113
2. Tyveri og betinget dom: Domstolen inn i en ny tid?	115
3. Bedriftstyveriene og sosialsfærens interesseforhold	119
4. Bedriftstyverier og intimsfærens interesseforhold	123
5. Bedriftstyverienes videre utvikling: Interesseforholdene befester seg	127
6. Ingen blind kategori: Stivhengighet, unntakene, og den materielle rasjonaliserings primat	133
7. Den samfunnsmessig nødvendige straff: Samfunnets sårbarhet og den myndige arbeiderklasse	137
8. Bedriftstyveri: Visjonen om industri- og husmorssamfunnet	140
9. Avslutning	144

KAPITTEL 6

Husets herre: Arbeidsskolen, Høyesterett og individualprevensjonen . 147

1. Innledning	147
2. Arbeidsskolen: Den idealtypiske 50-talls reaksjon?	148
3. Arbeidsskolen og lovverket	150
4. Institusjonen arbeidsskolen	152
5. «Borstal breakout»: Høyesterett ved arbeidsskolens grense	154
6. Hvem er du? Sosialsfærens imperative krav på intimsfæren.	158
7. Den tillitsfulle Høyesterett	160
8. Høyesterett og tillitens grenser	167
9. Høyesterett, arbeidsskolen og sivilsamfunnet: En institusjon dømt til nederlag?	172
10. Husholdet: En visjon om samfunnsautoritet	177
11. Avslutning	183

KAPITTEL 7

Adjø til velferdsstatens hermeneutikk? Lommetyver og de mobile

vinningskriminelle 185

1. Innledning	185
2. Rendezvous på Anker Hostell: Europas farlige klasser i Storgata	187
3. Straffeutmåling i 2013: Lommetyverisaken og rettens rasjonalitetsproblem	192
4. Europavei 39: Mobile vinningskriminelle, et begrep blir til i Høyesterett.	200
5. Mobile vinningskriminelle: Begrepet raffineres	206
6. «Å øse dollar opp av bakken i Norge»: Mobilitet og organisering	210
7. Den fintfølende Høyesterett og de mobile vinningskriminelle	215
8. Sirkelen sluttes	218
9. Avslutning	223

KAPITTEL 8

En liberal vending i norsk Høyesteretts straffeutmåling?

Et teoretisk utsyn. 225

1. Innledning	225
2. Politikk og byråkrati: adjø til den fintfølende Høyesterett?	226
3. En rettferdig straffeutmåling og samfunnets sikkerhet	230
4. Høyesteretts nye følelsesregister: den allmenne liberale frihetssfære og sosial- og intimsfærens interessesituasjoner	235
5. Avslutning	242

Takkeord	245
Registre	247
Domsavgjørelser	247
Arkiver	248
Offentlige dokumenter	248
Litteratur	249
Stikkordregister	259

INNLEDNING

Dette er en bok om straffens begrunnelser, Høyesterett og tyveri i etterkrigstiden. Analysen er retts sosiologisk. I boka beskrives endringer i Høyesteretts straffeutmålingsbegrunnelser i tyverisaker i lys av samfunnsutviklingen de siste 60 år i Norge. Hvorfor denne sammenstillingen av temaer?

Et nærmest ubestridelig faktum er at de siste 60 år har skjedd en økning i bruken av straff i den vestlige verden. Hva som er grunnen til denne økningen, er mer kontroversielt, men den sammenfaller i tid med omfattende samfunnsendringer. I tiden som har gått siden andre verdenskrig, har den kalde krigen tatt slutt, industrialisme som bærende politisk visjon er ikke lenger noen presis beskrivelse, nasjonalstaten har blitt utfordret av mer globale strukturendringer, og 68-generasjonen endret kvinneverken og store deler av sivilsamfunnets kultur. I dag ser vi også konturene av en ny endring: Den registrerte kriminaliteten går ned.

Men på tross av omfattende samfunnsendringer: Ingen samfunnsvitner har sett på Høyesterett og straffeutmålingsbegrunnelser i denne sammenheng. Fraværet av studier er oppsiktsvekkende, gitt den rollen domstolen har i strafferetten. Grunnlaget for denne bokens utgangshypotese om Høyesterett er de omfattende samfunnsendringer som har funnet sted, og den økte bruken av straff i etterkrigstiden:

Gitt de omfattende samfunnsendringer og den økte bruken av straff som har funnet sted siden 1950-tallet i Norge, er det rimelig å anta at dette har preget Høyesteretts begrunnelser for straffeutmåling i saker som omhandler tyveri.

I boka utforskes denne hypotesen ved å fortolke 1950- og 2000-tallets begrunnelser for straffeutmåling i Høyesterett i tyverisaker. Hypotesen kan omformuleres til en toleddet problemstilling:

Hvordan legitimerer Høyesterett straffeutmåling i de gitte periodene i de utvalgte tyveridommene? Hvordan kan man sosiologisk forstå disse begrunnelsene, og de eventuelle likheter og ulikheter som kommer fram gjennom en sammenligning?

Forholdet mellom fagene sosiologi og historie avhenger av problemstilling. Tidsdimensjonen i min problemstilling og det rettslige utgangspunkt for analysen gjør denne boka også til en rettshistorie om norsk Høyesterett som straffedomstol.

Om motivene for å velge ut Høyesteretts straffeutmålingsbegrunnelser er enkle å forklare, er valget av tyveri kanskje mer overraskende. Assosiasjonene til straffen går ofte i mer dramatisk retning, eller mot det til enhver tid politisk betente. Tyveri framstår derimot i dag som noe mer trivielt – hverdagskriminalitet uten den store dramatik. Men denne forståelsen av tyveri er ny. I etableringen av den moderne strafferett mot slutten av 1700-tallet og utover på 1800-tallet var det tyveriene som virkelig mobiliserte straffens strateger, men da var fellesbetegnelsen ikke vinningskriminalitet, som det er i dag, det var ulovlige eiendomsinngrep.¹ Tyveriets alvor fant også veien inn i Høyesterett i Norge på 1800-tallet, som viet tyveriene stor oppmerksomhet.² Både det opprinnelige alvoret sett i tyveriet blant strafferettens moderne pionerer i Norden og den gamle betegnelsen eiendomsinngrep peker mot viktig innsikt: Tyverier berører en av vårt samfunns mest fundamentale verdier og institusjoner: den private eiendomsrett. Den private eiendomsrett er ikke mindre viktig for vår samfunnsform i dag, men i motsetning til i tidligere tider oppleves den ikke truet av tyver.³ Men det forandrer ikke det faktum at eiendomsretten fortsatt utgjør en av vårt samfunns mest grunnleggende verdier. Høyesteretts begrunnelser for straffeutmåling i tyverisaker er et konkret og empirisk utgangspunkt for å studere Høyesteretts syn på en kjerneverdi i vår samfunnsformasjon, og hvordan dette synet eventuelt har endret seg.

Å gjøre tyveri til et av strafferettens kjernelovbrudd har også empirisk dekning utover lovbruddets verdiorientering. Vinningslovbrudd utgjør kjernen i etterkrigstidens utvikling på straffens område. I 2009 ga Statistisk sentralbyrå ut en analyse av det registrerte kriminalitetsbildet over tid.⁴ Der kan vi lese at i dag etterforsker politiet i Norge, hvis en kontrollerer for befolkningsvekst, seks ganger så mange forbrytelser som de gjorde på 1960-tallet. Fram til slutten av 1980-tallet var det først og fremst tyverier og andre vinningsforbrytelser som fikk den registrerte kriminaliteten til å øke. På 1990-tallet var

1 Jf. Peder Carl Lasson (1842): *Om eiendomsindgrebene og straffene derfor: en sammenstilling af gammelt og nyt*. Christiania: Johan Dahl.

2 Nils Rune Langeland (2005): *Siste ord: Høyesterett i norsk historie, 1814–1905*, Oslo: Cappelen, s. 64–94.

3 Et viktig unntak er tyveri ifm. moderne datakriminalitet. Dette tema faller utenfor min fremstilling.

4 Lotte Rustad, Stian Lid og Reid J. Stene (2009): *Kriminalitet og rettsvesen 2009*, Oslo: Statistisk sentralbyrå, s. 43. Med mindre annet er angitt, baserer den følgende presentasjon av kriminalitetsbildet seg på denne publikasjon.

vinningslovbruddene relativt stabile, med tegn til noe nedgang, mens særlig narkotikaforbrytelser sto for økningen.

I de siste årene har utviklingen gått mot færre etterforskede lovbrudd. Vinningskriminalitet har vært en sentral komponent i denne tendensen. I 2011 var det 18 prosent færre registrerte vinningslovbrudd enn det var i 2004. Det som beskrives fra offisielt hold, er en nedgang i det totale antall vinningslovbrudd. Reduksjonen er betydelig for de fleste underliggende kategorier, med ett unntak: De siste årene har det vært en økning av grove tyverier på offentlig sted, omtrent 80 prosent av dem fant sted i Oslo.⁵ Det er rimelig å anta at en stor del av disse grove tyveriene er lommetyverier.⁶

Går en til straffereaksjoner, er det totale antall straffereaksjoner seks ganger så høyt i dag som i 1960. I 1960 var det registrert i underkant av 60 000 straffereaksjoner. I 2007 var det tilsvarende tallet nærmere 360 000.⁷ Denne økningen må bl.a. forklares med lovendringer. Det som særlig har bidratt, er ifølge Statistisk sentralbyrå forenklede forelegg for trafikkkforseelser. Fra 1980-tallet har pengestrafen gått fra å utgjøre 5 prosent av det samlede antall reaksjoner til i 2007 å utgjøre 56 prosent. For fengselsstraffen har det ikke skjedd en lignende økning.⁸ Fra 1960 og til slutten av 1980-tallet var antall innsatte i fengsel noenlunde stabilt: i underkant av 2000. Fra slutten av 80-tallet og fram mot 2000 økte tallet til rundt 2500. For å forstå denne mer stabile utviklingen i antall innsettelse må en huske at tallet på innsatte til enhver tid er avhengig av fengselkapasitet. I 2007 var vinningskriminalitet den lovbruddsgruppen som medførte flest innsettelse (24 prosent), men ser en på antallet som til enhver tid sitter i fengsel, er bildet noe annerledes. Da er det narkotikalovbrudd som dominerer (29 prosent). 25 prosent hadde vinningslovbrudd som hovedlovbrudd, mens 21 prosent hadde vold.

Grovt sett kan en si at det i Norge har skjedd en økning i den registrerte kriminaliteten og i bruken av straffereaksjoner i perioden 1960 og fram til i dag, men i den siste tiden ser en tegn til at tallene for de anmeldte lovbrudd synker. Antall straffereaksjoner, derimot, er mer stabilt. For samtlige av tendensene er utviklingen innen den registrerte vinningskriminaliteten helt sentral.

5 *Etterforskede lovbrudd*, 2013 (<http://www.ssb.no/lovbrudde>).

6 I kapitlene 7 og 8 drøfter jeg utviklingen i lommetyverier med utgangspunkt i Høyesterett.

7 I 2007 var riktignok tallet sannsynligvis noe høyt på grunn av endringer i registreringspraksis, se «Feilkilder», Statistisk sentralbyrå: <http://ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/straff/aar/2013-01-24?fane=om#om-statisikken-5>

8 For en interessant drøftelse av straffutviklingen og pengestrafen, se Nicolay B. Johansen (2013): «Straff som fortjent», *Samtiden*, og Nicolay B. Johansen (2015): *Det nyliberale janusansiktet: straff i frihetens tid*, Oslo: Novus forlag.

Det denne statistiske gjennomgangen viser, er at vinningslovbrudd er den type lovbrudd som i størst grad forteller om endringer i bruken av straff i etterkrigstiden. Paradoksalt nok er den antageligvis også den minst studerte. I vinningslovbruddene finner jeg m.a.o. en lovbruddsform som er understudert og av stort omfang, som berører en sentral verdi i vårt samfunn. Vinningslovbrudd i Høyesterett gir en mulighet til å analysere store samfunnsendringer med et helt konkret utgangspunkt.

Gangen videre i boka er som følger: For å svare på bokas problemstilling gis først en empirisk forankret beskrivelse av den moderne strafferetts gjennombrudd i Norge og dommerskjønnets plass i straffeutmålingsspørsmålet. Dette kapittelet er det eneste empiriske kapittelet som ikke har høyesterettsdommer som utgangspunkt. Deretter følger bokas mest omfattende del: Gjennom tre kapitler fortolker jeg 1950-tallets begrunnelser for straffeutmåling i domstolen. Så følger et kapittel med utgangspunkt i dagens Høyesterett, og domstolens straffebegrunnelser i vår egen tid. Boka avsluttes med et samlende og drøftende kapittel om endringer i straffens legitimitet.

Men aller først: Hva innebærer det når jeg skriver at dette er en rettssosilogisk analyse av straffeutmålingsbegrunnelser? Mitt svar på det vil gis i de to neste kapitlene, viet teori og metode. Her vil min kunnskapsinteresse begrunnes, begreps- og analyseapparat presenteres, og framgangsmåten min beskrives.

KAPITTEL 1

TEORETISKE TILNÆRMINGER TIL STRAFFENS LEGITIMITET

1. Innledning

Høyesterettsdommer kan leses med mange siktemål, og muligheten for ulike tolkninger er stor. Min teoretiske interesse ligger i hvordan Høyesterett forvalter og håndterer ulike samfunnsinteresser i sine straffeutmålingsbegrunnelser, og hvordan interesseavveiningene har endret seg over tid. I dette kapitlet vil jeg utdype og begrunne denne underliggende teoretiske fortolkningsrammen. Kapitlet drøfter teoritradisjonen jeg skriver meg inn i, og kobler den til min problemstilling. Det er bokas rettssosiologiske teorigrunnlag det her redegjøres for, en rettssosiologi som både gir retning og brytes mot mine konkrete fortolkninger av høyesterettsdommer senere.

Gangen i kapitlet er som følger: Først kommer en begrunnelse for hvorfor jeg skriver meg inn i en tysk sosiologisk idétradisjon. Her utdypes min grunnleggende kunnskapsinteresse, og sentrale begreper for min analyse presenteres. Denne presentasjonen etterfølges av en fordypning i legitimitetsbegrepet brukt i denne boka. Når jeg går noe mer i dybden her, skyldes det at legitimitetsbegrepet utgjør et nøkkelbegrep i min problemstilling. Til slutt i kapitlet ser jeg den i teoritradisjonen jeg skriver meg inn, og mitt legitimitetsbegrep, opp mot andre etablerte fortolkningsstradisjoner innen samfunns- og rettsvitenskap. Gjennom hele kapitlet vil jeg knytte teoridrøftelsene til norsk strafferett og Høyesterett.

2. Det doble blikk: Straffebegrunnelser mellom rett og samfunn

Den umiddelbare foranledning til denne boka var utgivelsen av tobindsverket *Siste Ord*, om norsk Høyesteretts historie.⁹ Arbeidet mitt med *Heroinister og kontorister*, der tema var rettsbehandlingen av narkotikasaker, hadde gjort meg svært interessert i tysk sosiologi og de mer rettssosiologiske problemstillinger denne sosiologien reiste. Særlig var det Max Webers kritikk av domstolen i den framvoksende tyske sosialstaten som interesserte.¹⁰ Max Webers kritikk av sosialstaten henger tett sammen med Webers egen rettssosiologi, og hans to begreper formell og materiell rasjonalisering.¹¹ Formell rett hos Weber er den skrevne rett. Men den skrevne retten er ikke statisk, den endrer seg hele tiden. Spørsmålet er hva som driver endringene. Weber så for seg to drivkrefter: en formell og en materiell. Den formelle rasjonalisering er endringer drevet fram av de juridiske aktører selv for å skape et system med minst mulig interne motsetninger. Materiell rasjonalisering er de rettslige endringer som oppstår som følge av trykk fra aktører utenfor rettssystemet, det være seg karismatiske enkeltmennesker eller grupperinger i samfunnet som presset på med sine opplevde behov. Et eksempel på materiell rasjonalisering hentet fra denne boka er mobil vinningskriminalitet. Begrepet mobil vinningskriminalitet ble Høyesteretts svar på et økt antall tilreisende utenlandske tyver til Norge. Hvis lovbrysterne lever opp til de kriterier Høyesterett etablerer for å være en mobil vinningskriminell, innebærer det en vesentlig straffeskjerpelse.¹² Et eksempel på formell rasjonalisering er hvordan Høyesterett søker å standardisere straffeutmålingen for mobil vinningskriminalitet med klare føringer på den faktiske straffeutmålingen. Dermed sikrer retten seg en form for intern konsistens.¹³ Filosofen Jürgen Habermas har begrepsfestet forholdet mellom formell og materiell rasjonalisering, som rettens rasjonalitetsproblem.¹⁴ Rettens rasjonalitetsproblem er bokas teoretiske røde tråd, og ligger under mine analyser av mitt utvalg av høyesterettsdommer.

Weber selv anså den formelle rasjonalisering som den foretrukne formen for rasjonalisering av retten. En preferanse som er tydelig i hans kritikk av

9 Nils Rune Langeland og Erling Sandmo (2005): *Siste Ord: Høyesterett i norsk historie 1814–1965*, 2 bind, Oslo: Cappelen Damm.

10 Sverre Flaatten (2006): *Heroinister og kontorister*, Bergen: Fagbokforlaget. For Webers kritikk av velferdsstaten, se s. 15 f.

11 Se Max Weber (1968): *Economy and Society, Volume 2*. Berkley: California University Press, s. 654f.

12 Se kapittel 7 og 8.

13 Ibid.

14 Jürgen Habermas (1998): *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp, s. 244.

domstolens løsning på rasjonalitetsproblemet som hadde oppstått i møte med Tysklands tiltagende industrialisering på slutten av 1800-tallet. Domstolene hadde ifølge Weber begynt å ta hensyn til sosial bakgrunn i sine domsavgivelser. De hadde begynt å dømme ulikt etter standstillhørigheten til den som sto for retten, ut fra rettferdighetsbetraktninger. For Weber var dette et tilbakeskritt til en trosbasert rett, fordi disse begrunnelsene skapte interne motsetninger innen retten, motsetninger som ikke begrunnes rasjonelt. De var religiøse og følelsesbaserte i sin rot: De hadde en kadi-karakter.¹⁵ De var m.a.o. ikke formelt rasjonelle.

Den rettsutviklingen og de veivalg som ble gjort i Tyskland på slutten av 1800-tallet, var ikke særtyske, men felleseuropeiske. Gjennom juridiske offentligheter på tvers av landegrenser ble det utviklet en felles problemhorisont. I Norge på samme tid som Weber skrev sin kritikk av sosialstaten, var straffeloven av 1902 under oppseiling. Dette er straffeloven som Høyesterett anvender i denne boka. En av hensiktene bak den nye straffeloven var at domstolen skulle gjøre sosiale hensyn gjeldende i straffeutmålingen. Straffeutmålingen skulle begrunnes ut fra hvem den tiltalte var.¹⁶ Hadde Weber rett? Var formell rett og materiell rasjonalisering grunnleggende motstridende størrelser? Bygger vår straffeutmåling på en standslogikk, en kadijustis? Gjennom denne bokas analyser vil begrepene formell og materiell rasjonalisering, så vel som rettens rasjonalitetsproblem, brukes aktivt i fortolkningen av dommene. Er det kravet om intern konsistens som er ledende når Høyesterett begrunner straffen, eller er det samfunnets ulike behov? Og er det andre tilnærminger til rasjonalitetsproblemet i dag enn det var for 60 år siden? I så fall hvorfor?

Webers framstilling utgjør bokas teoretiske orientering: Hvordan løser Høyesterett, som straffedomstol, i praksis spennet mellom formell rett og materiell rasjonalisering når samfunnet endrer seg radikalt? Det var også med bakgrunn i denne teoretiske orienteringen utgivelsen av tobindsverket om Høyesteretts historie, *Siste ord*, gjorde inntrykk. Nils Rune Langlands første bind, som tar for seg perioden 1814 til 1905, gjorde at jeg forsto at med Høyesterettsdommer som kilde var det mulig å gi min teoretiske interesse et solid empirisk fundament. Jo mer jeg tenkte på det, jo mer forunderlig framsto

15 Max Weber (1971): *Makt og byråkrati*, Oslo: Gyldendal, s. 133. Om Kadi-justis, se Max Weber (2005): *Wirtschaft und Gesellschaft, teilband 4: Herrschaft*, Tübingen: J.C.B. Mohr, s. 468 f.

16 I kapittel 3 utdypes bakgrunnen for straffeloven av 1902. Se også Sverre Flaatten (2014a): «Skaane de angrende og bekæmpe de trodsige: Straffeloven av 1902 og den positivistiske straffeutmåling», i: *Straff, lov, historie: historiske perspektiver på straffeloven av 1902*, Oslo: Akademisk publisering.

det også for meg at den ellers så maktkritiske sosiologien i praksis hadde fredet landets mektigste domstol fra empiriske studier.

I Erling Sandmos bind 2 om høyesterettshistorien dekkes tiden fra 1905 fram til 1965. Sandmos bind dekker i mindre grad etterkrigstidens strafferett. Grunnen til det er ifølge Sandmo selv: (1) at det i den senere perioden skjedde få endringer i strafferetten, (2) at det fantes et eget fag, kriminologien, som dekket denne utviklingen, og (3) å trekke historien lenger enn 1965 innebar å arbeide inn helt nye former for store samfunnsomveltninger.¹⁷ Fra mitt ståsted var det nærmest umulig å ikke lese dette som en oppfordring. Bokas ambisjon er å skrive et bidrag til en rettssosiologisk analyse av Høyesteretts nyere norske strafferettshistorie.

Men opplevelsen av å ha oppdaget en sosiologisk gullgrube ble fort utfordret da jeg begynte å lese dommene: Å forstå dommene innebar også et krav om å forstå jussen tilstrekkelig godt til å svare på min egen problemstilling. Det ligger i Webers eget begrep om formell rasjonalisering; jussen har sin egen interne historie. Problemstillingen min var av rettshistorisk karakter.

Vekkeren lesingen av høyesterettsdommene ga meg, har paralleller til kritikken av høyesterettshistorien til Sandmo og Langeland.¹⁸ Kjernen i kritikken er at de to historikerne ikke tok tilstrekkelig høyde for jussens egenart. Det Sandmo og Langeland ble kritisert for, og som jeg erfarte i mitt møte med eget materiale, er et helt sentralt aspekt ved domstolens sosiologi: rettens differensiering.

Den sosiolog som har gått lengst i å vektlegge differensieringen av retten, er systemteoretikeren Niklas Luhmann.¹⁹ Retten, som alle systemer, konstitueres ved at den skiller seg ut fra samfunnet. Denne utskillelsen er ikke det samme som at institusjonen isolerer seg, men det innebærer at det etableres bestemte og selektive framgangsmåter som sorterer informasjon fra omverdenen på en ikke-tilfeldig måte inn i retten. Det er denne selektive sorteringen av informasjon som er begrepskjennetegnet til et system. Overført til denne boka: Hva Høyesterett vektlegger i sine straffeutmålingsbegrunnelser, avhenger av de etablerte tradisjoner for tolkning av ulike rettskilder. I den grad Høyesterett avviker fra det etablerte, er de med på å bidra til endring av rettens rasjonalisering av virkeligheten.

Det jussen gjør for domstolen, er at den gjør det mulig å sortere i en virkelighet, og en omverden, med et uendelig tolkningsmangfold på en ikke-tilfeldig

17 Erling Sandmo (2005): *Siste ord: Høyesterett i norsk historie 1814–1965. Bind 2*, Oslo: Cappelen, s. 18.

18 Se Dag Michalsen (2006): «Høyesteretts historie som samfunnshistorie», *Nytt Norsk Tidsskrift*, og Anine Kierulf og Rune Slagstad (2012): «Historikernes fortellinger om jussen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*.

19 Niklas Luhmann (1975): *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt: Suhrkamp.

måte. I rettssalen møter dommerne en rekke enkeltskjebner. Ikke alt ved dem er interessant, kun det rettslig relevante. Hva som er relevant, avgjøres av domstolen gjennom juridisk trening. Det er denne evnen til å sortere som er kjernen i differensieringen. Retten har en selvstendighet.

Luhmanns forståelse av retten som et selvstendig system er grunnleggende for mine fortolkninger av høyesterettsdommer. For hvis retten er differensiert, og dermed selektiv i sitt informasjonstilfang, innebærer det at en problemstilling som søker å beskrive endringer i straffeutmålingsbegrunnelsene til Høyesterett, i praksis er en studie av hvordan Høyesterett gjennom sine begrunnelser sorterer i den virkeligheten de møter gjennom straffesakene: Hvilke utsnitt av virkeligheten er det straffen begrunnes med, og hvordan kan dette sies å ha endret seg? Analysen krever med andre ord et dobbelt blikk: et blikk på hvordan endringer i rettens begreper endrer tilfanget av informasjon, og et blikk for hvordan den virkeligheten som møter Høyesterett i straffesakene, har endret seg. Det er sorteringen av en virkelighet som har endret seg, som utgjør essensen i min problemstillings sosiologiske nøkkelbegrep: legitimitet.

3. Legitimitetsbegrepet som sosiologisk fortolkningstradisjon

Sosiologien som fag lever ikke opp til definisjonen av et system, men det finnes en rekke etablerte fortolkningstradisjoner, og skal mine tolkninger unngå vilkårlighet, er det nødvendig å skrive seg inn mot disse etablerte tradisjoner, for det er bare ved å forholde seg aktivt til tradisjoner at analysen blir sosiologisk meningsfull.²⁰ I problemstillingen min spør jeg etter hvordan Høyesterett legitimerer straffeutmålingen, og hvordan det endrer seg over tid. Spørsmålsformuleringen setter legitimitet i sentrum. Jeg vil her beskrive framveksten av en bestemt måte å forstå legitimitet på, og mot den bakgrunn til slutt systematisere mitt legitimitetsbegreps viktigste komponenter.

20 Denne måten å forstå tradisjoner på er inspirert av Hans-Georg Gadamer's kritikk av Kant, se Hans-Georg Gadamer (2010): *Sannhet og metode: Grunntrekk i en filosofisk hermeneutikk*. Oslo: Pax.

I den klassiske sosiologi er begrepet om legitimitet knyttet til Max Webers herredømmesosiologi.²¹ Weber er en sentral teoretisk forløper og forutsetning for så vel Luhmanns analyse av domstolen som system som Habermas' sosiologiske forståelse av retten. Hos Weber er legitimitet begrunnelser maktthaver gir for sin utøvelse av tvangsmakt, og sannsynligheten for at disse begrunnelsene aksepteres av den eller de som ligger under for tvangsmakten. I sin moderne form er tvangsmakten begrunnet med formelle lover og regler forvaltet av et byråkrati. De maktformer som finner sine begrunnelser i formelle lover og regler, begrepsfester Weber som legalt herredømme. Når Høyesterett gjennom sine begrunnelser ikler relasjonen mellom strafferetten og sivilsamfunnet en juridisk språkdrakt, ligger det i Webers forståelse av herredømme en bestemt maktrelasjon til grunn for dommen, der domstolen begrunner sin makt overfor den tiltalte og borgeren generelt. Webers legitimitetsforståelse, slik herredømmesosiologien formidler den, uttrykker et direkte underordningsforhold der statens representanter besitter makten og borgeren aksepterer underordningen – eller ikke.

Innen systemteorien, derimot, er legitimitet mer et tilfelle av kommunikasjon mellom ulike systemer enn direkte underordning. I Luhmanns analyse er rettsvesenets legitimitet knyttet til hvorvidt rettssystemet evner å ta opp i seg informasjon utenfor retten selv på en strukturert måte.²² Struktureringen av informasjonen gjør det mulig for domstolen å komme til en avgjørelse. Men et strukturert informasjonstilfang må også skje på en måte som ivaretar rettsystemets behov for åpenhet i møte med virkelighetens endringer og fordringer. Imøtekommes ikke dette behovet for åpenhet, forvitrer rettens legitimitet. Hvis prosessen blir for stivbent, eller av andre grunner ikke evner å reagere adekvat på de saker som kommer inn for retten, får retten et legitimitetsproblem. Åpnes retten derimot opp for mye mot sivilsamfunnets mangfold, vil systemet overbelastes. Legitimiteten til domstolen hos Luhmann er balansegangen mellom strukturering av tolkningsmangfold og tilstrekkelig åpenhet for de behov og de endringer som formidles inn i domstolen gjennom rettssaken. Analysen i denne boka beskriver framveksten av domstolens handlingsrom

21 Jf. Max Weber (1968): *Economy and society: Volume 2*, Berkeley: University of California press, Jürgen Habermas (1998): *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp, og Niklas Luhmann (1999): *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt: Suhrkamp. Det finnes også en rik amerikansk liberal tradisjon viet de juridiske begrunnelsers legitimitet, men denne tradisjonen er hovedsakelig normativt orientert. I motsetning til den tyske tradisjonen har den en svakere sosiologisk komponent, se f.eks. John Rawls (2005): *Political Liberalism*, Columbia: Columbia University Press. Om forholdet mellom amerikansk og kontinental rettssosiologisk teori, se Mathieu Deflem (2008): *Sociology of law: Visions of a Socratic tradition*, Cambridge University Press.

22 Utleeringen av Luhmann bygger på Niklas Luhmann (1975): *Legitimation durch verfahren*, Frankfurt: Suhrkamp.