

Strafferettslig (u)tilregnelighet – juridiske, moralske og faglige dilemmaer

Professor dr. juris Aslak Syse

Artikkel publisert i Tidsskrift for Strafferett
Nr. 3/2006 årgang 6 side 141-175

Gjengitt på internett-sidene til:

Kompetansesenter for sikkerhets-, fengsels- og rettspsykiatri for
Helseregion Øst og Helseregion Sør

med tillatelse fra tidsskriftets redaktør Professor Ulf Stridbeck,
og forfatter Professor dr. juris Aslak Syse

Artikkelen er publisert på Kompetansesenterets nettsider i forbindelse med
Rettspsykiatrisk temamøte 30. november 2006 som senteret arrangerer.

Tittel for møtet er:

Strafferettslig tilregnelighet/utilregnelighet - en skarp eller uklar grense?

Bør utilregnelighetsbegrepet justeres?

Bør anvendelsesområdet for særreaksjonen, dom på overføring til tvungent psykisk
helsevern, justeres?

Se: www.kompetanse-senteret.no

Strafferettslig (u)tilregnelighet – juridiske, moralske og faglige dilemmaer¹

Professor dr. juris Aslak Syse

1 Innledning; en mann, et dikt og et uskyldsgrunnlag²

En skotsk trearbeider og protestant, Daniel M’Naghten, utviklet sterke forfølgelsesideer om at politiet var ute etter ham. Siden utviklet ideene seg slik at han oppfattet å være forfulgt av en internasjonal sammensvergelse. Både pavekirken og statsminister Peel, og derved partiet Tory, deltok i denne.

Den 20. januar 1843 rettet han, da 28 år gammel, et målrettet skudd mot personen som han trodde var statsminister Robert Peel; for øvrig mannen som i 1829 fikk opprettet den første ordinære politistyrken i England, the Metropolitan Police.³ M’Naghten hadde fulgt etter Peel i flere dager og skjøt ham bakfra i det han nærmet seg Downing Street. Men mannen han skjøt, var statsministerens privatsekretær Edward Drummond som døde etter et kort sykeleie.

Det var ingen tvil om drapsforsettet; retten la til grunn at pistolen var blitt ladd, og skuddet ble avfyrt «feloniously, wilfully, and of his malice aforethought».

I retten ga M’Naghten blant annet følgende forklaring:

Tory’ene i min fødeby har tvunget meg til dette. De forfølger meg hvor jeg går, og har fullstendig ødelagt min sinnsro. De fulgte meg til Frankrike, til Skottland og over hele England. ... De har beskyldt meg for forbrytelser jeg ikke er skyldig i, de ønsker i virkeligheten å myrde meg. Det er alt jeg har å si.

På grunnlag av hans åpenbart forvirrede sinnstilstand, kom retten til konklusjonen «Not guilty by reason of insanity». Hele ni

1. Denne artikkelen er fagfellevurdert.
2. Denne artikkelen er en utvidet versjon av et foredrag holdt i Vitenskapsakademiet 8. juni 2006. En stor takk rettes til Nils Christie, Alf Petter Høgberg, Georg Høyer, Tom Lockney, Lars Johan Materstvedt og Audgunn Syse for verdifulle samtaler, kommentarer og innspill i forbindelse med forberedelsen av foredraget og slutføringen av artikkel. Takk for kloke, og anonyme, kommentarer ved fagfellevurderingen.
3. Dette er årsaken til at en britisk politimann kalles «Bobby».

Aslak Syse ble cand.med. 1972, cand.jur. 1988 og dr. juris 1996. Han har tidligere hatt diverse legestillinger, blant annet har han vært overlege i Helsevernet for psykisk utviklingshemmede, Finnmark. Han har siden 1989 arbeidet ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, som professor i rettsvitenskap fra 1997. Han er leder i Likestillings- og diskrimineringsnemnda etter den norske diskrimineringslovgivningen.

samstemte sakkyndige tilrådte en slik konklusjon før juryen avsa sin kjennelse.

Dommen førte til sterke reaksjoner blant både leg og lærd. Et samtidig dikt, publisert i *London Standard* 7. mars 1843, skrevet av en Thomas Campbell, kan si noe om folkestemningen:

Ye people of England; exult and be glad,
 Fore ye're now at the will of the merciless and mad.
 Why say ye that three authorities reign –
 Crown, Commons, and Lords! – You omit the insane!
 They're a privileg'd class, whom no statute controls,
 And their murderous charter exists in their souls,
 Do they wish to spill blood – they have only to play
 A few pranks – get asylum'd a month and a day
 – Then heigh! To escape from the mad-doctor's keys,
 And to pistol or stab whomsoever they please.

Heller ikke dronning Victoria ville godta en slik rettstilstand, og ga beskjed om at det måtte utvikles klare – og strenge – regler for «insanity defense». På den bakgrunn ble utfallet av saken – *Regina v. M'Naghten* – diskutert flere ganger i Overhuset, og femten dommere, inkludert Lord Chief Justice Tindal, skulle besvare spørsmål knyttet til galskap og strafferettslig tilregnelighet.

I en sluttvurdering av drøftelsene blant dommerne i *House of Lords* den 19. juni 1843 ble det oppstilt en standard som ble det endelige sluttpunktet i det rettslige etterspillet etter M'Naghten-saken. Etter først å fastslå at utgangspunktet er at en person skal vurderes tilregnelig og stå strafferettslig ansvarlig for sin handling, avgrenses muligheten for «insanity defense» på følgende måte:

[T]o establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong.

The M'Naghten rule (heretter forkortet: *M'Naghten*) er altså oppkalt etter mannen som ble frifunnet før standarden var etablert. Den fikk raskt gjennomslag i hele den anglosaksiske verden. Rettssetningen legges ennå til grunn i England, i mange av USAs stater og i flere andre land som tilhørte det britiske imperiet. Jeg kommer tilbake til kravene som oppstilles for å kunne frifinnes etter *M'Naghten* og enkelte nyere standarder som er oppstilt for å modifisere *M'Naghten*, se nærmere kapittel 4.

Dronning Victoria, som hadde en svært lang regjeringstid (1837–1901), ble i 1870-årene utsatt for flere attentater av utpreget forstyrrede personer. Hun fant det krenkende at personer som antastet dronningen, kunne bli kjent «not guilty». Hun presset derfor fram en lovendring i 1883 slik at domstolens svar dersom kravene i *M'Naghten* ble funnet oppfylt, skulle lyde: «Guilty, but insane».

Formen på kjennelsen ble endret tilbake i 1964 – til «Not guilty, on the ground of insanity» – ved vedtaket av The Criminal Procedure (Insanity) Act. Bakgrunnen var ganske naturlig; når ett av vilkårene for straffeskyld ikke er oppfylt, bør ikke gjerningspersonen erklæres for «skyldig».

Enkelte kan ut fra diktet undres på hvordan det gikk med de impliserte. Statsminister Peel fortsatte i embetet fram til 1846 da han brøt med Tory, og han døde en fredelig død i 1850. Dronning Victoria fikk som nevnt et langt liv. Men hva med Daniel M’Naghten?

Frykten for at de gale skulle slippe raskt ut til nye lovbrudd var overdrevet. Han ble overlatt til forvaring på ubestemt tid – *Until Her Majesty’s Pleasure be known* – først i Bedlam (Bethlem) asyl. Her tilbrakte han nær 20 år før han som en av de første personer – eller fanger eller pasienter – ble overført til det nyoppførte kriminalasylet Broadmore. Der døde han etter få år, av tuberkulose, i 1865.

2 Om straffbarhetsvilkår og kravet til tilregnelighet

I norsk strafferett oppstilles fire kumulative vilkår for at en person, fysisk eller juridisk, kan pålegges straffansvar.⁴ Disse kalles vanligvis *straffbarhetsvilkårene*, og er:

a. Lovskravet som innebærer at den rettsstridige handlingen må kunne subsumeres under et straffesanksjonert handlingsbud. Selve handlingen må være gjort straffbar.⁵

b. Det må ikke foreligge straffrihetsgrunner. Ellers straffbare handlinger kan bli vurdert som rettmessige dersom det foreligger en straffrihetsgrunn. De viktigste av disse er at offeret har samtykket i handlingen, eller at gjerningspersonen har handlet i nødrett, nødverge eller på andre måter har utøvd selvtekt innenfor rammer som er anerkjent av rettsordenen.⁶

4. Tilsvarende gjelder for andre rettsordninger vi vanligvis sammenlikner oss med, men systematikken og terminologien kan være noe ulik.

5. Enkelte straffebud oppstiller også straffetrussel ved unnlattelse, for eksempel strl. § 242 andre ledd (omsorgsplikt i nærmere angitte situasjoner), men de fleste straffebud er rettet mot aktive handlinger.

6. Straffeloven av 1902 har selvstendige, generell virkende, bestemmelser om *nødrett* og *nødverge* (se §§ 47 og 48). Disse er videreført i §§ 17 og 18 i lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven). Straffeloven av 1902 har ingen generelt virkende bestemmelse om *selvtekt*, mens en slik bestemmelse er inntatt i § 19 i ny straffelov av 2005. Bestemmelsene i straffeloven av 1905 er ikke trådt i kraft, men den nye bestemmelsen om straffrihet er ikke ment å endre rettstilstanden. Straffritak pga. *samtykke* fra den handlingen rettes mot, finnes i dagens straffelov i mange av de viktigste straffebudene som for eksempel ved legemsfor nærmelser, legemsskader mv.

c. *Kravet om personlig skyld.* For at en handling skal kunne være straffbar må gjerningspersonen ha handlet med tilstrekkelig grad av subjektiv *skyld*. Skylden må i utgangspunktet foreligge i gjerningsøyeblikket.

d. *Kravet om tilregnelighet.* Selv om alle de tre nevnte vilkårene er oppfylt, vil gjerningspersonen likevel ikke kunne straffedømmes dersom han eller hun på gjerningstidspunktet vurderes å være *utilregnelig*. Det er dette vilkåret som skal undersøkes nærmere i denne artikkelen. Kravet om at lovbrøyteren må ha vært *tilregnelig* for å kunne straffes har lang hevd i vår kultur, se kapittel 5.

Selve tilregnelighetsbegrepet er ikke brukt i straffeloven av 1902 eller dens forløpere, men er et hevdvunnet og allment akseptert begrep.⁷ Begrepet kommer for øvrig ut av «teoriskapet» når ny straffelov trer i kraft. Bestemmelsen i § 20 i lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) lyder:

§ 20. Tilregnelighet

For å kunne straffes må lovbrøyteren være tilregnelig på handlingstidspunktet. Lovbrøyteren er ikke tilregnelig dersom han på handlingstidspunktet er

- a) under 15 år,
- b) psykotisk,
- c) psykisk utviklingshemmet i høy grad, eller
- d) har en sterk bevissthetsforstyrrelse.

Bevissthetsforstyrrelse som er en følge av selvforskyldt rus, fritar ikke for straff.

Felles for de nevnte tilstandene er at den aktuelle personen – pga. en slik tilstand – av rettsordenen *ikke finnes å kunne ansvarliggjøres* for et lovbrudd. Synonymt brukes at vedkommende mangler *skyldevne*, selv om kravet til subjektiv skyld (for eksempel forsett) kan finnes oppfylt slik tilfellet var med Daniel M'Naghten.⁸

Av de spørsmålene som faller utenfor mitt hovedtema, og som derfor bare kort skal avgrenses mot, er:

1 Mindreårighet

Etter norsk lov blir en person strafferettslig tilregnelig den dagen vedkommende fyller 15 år. Et alvorlig lovbrudd som begås to dager før dette, kan derfor ikke forfølges strafferettslig selv om straffeprosessloven åpner for bruk av tvangsmidler i samband med pågripelse og oppklaring.

7. Denne terminologien er for eksempel gjennomført i alle norske strafferettslige framstillinger, i tillegg til Andenæs 2004, se Svein Slettan og Toril M. Øie, *Innføring i strafferett*, Oslo 2001 s. 103 flg., Henry J. Mæland, *Innføring i alminnelig strafferett*, 3. utg., Bergen 2004 s. 129 flg. og Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2. utg. Oslo 2006 s. 326 flg.

8. I strafferettslig sammenheng skilles det ikke mellom begrepene *skyldevne* og *tilregnelighet*; uttrykkene dekker det samme innholdet (Andenæs 2004 s. 288).

At den kriminelle lavalderen skal være 15 år, er imidlertid ikke en selvfølge. Den ble her til lands hevet fra 14 til 15 år ved en lovendring i 1987, som først trådte i kraft 1990.⁹ I andre land varierer den kriminelle lavalderen fra sju år¹⁰ til 16 år.¹¹

2 Utviklingshemning

Personer som er utviklingshemmet i «høy grad», fritas for straffansvar.¹² Dette skyldes at tilstanden fører til problemer med sentrale kognitive funksjoner som vil ha betydning for å kunne forstå konsekvensene av egne handlinger. Blant annet vil det å ha problemer med spørsmål knyttet til «årsak og virkning», kunne føre til problemer for forståelsen av handlingers konsekvenser.¹³

3 De særlige spørsmål knyttet bevissthetsforstyrrelse som følge av selvforskyldt rus

Personer som ved drikk, eller ved andre inntaksmåter, har ruset seg fra «sans og samling», kan foreta alvorlige lovbrudd. Spørsmålet er om rusen da kan gjøre handlingen unnskyldelig, eller om gjerningspersonen like fullt skal oppfattes – og strafferettslig vurderes – som tilregnelig. I norsk rett er det den klare hovedregelen at gjerningspersonen ved selvforskyldt rus skal betraktes som tilregnelig, og det fingeres også subjektiv skyld som gjør at det

-
9. Bakgrunnen for den utsatte ikrafttreddelsen var primært at barnevernet i 1987 ikke ble ansett tilstrekkelig utbygd til å ta seg av de mest kriminelt aktive barn.
 10. Denne alderen gjelder for eksempel i India, Sør-Afrika og flere amerikanske stater.
 11. 16-årsgrensen gjelder i Argentina. De fire andre nordiske land har samme 15-årsgrense som Norge. Ellers er det mange ulikheter mellom jurisdiksjonene, for eksempel mellom statene i USA. Skottland har en åtte-års grense, mens den er ti år i England. For en oversikt se <http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/gn-14-children-in-prison.pdf>.
 12. Se nærmere Aslak Syse, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete*, Oslo 1995, s. 580 flg. Utviklingshemmet i «høy grad» er ingen medisinsk diagnose. Ut fra forarbeidene er meningen at utilregnelighet i utgangspunktet skal fastslås ved en intelligenskvotient (IQ) på 55 eller lavere mot tidligere på 50, se Ot.prp. nr. 87 (1993–94) s. 29. Om IQ-målinger og relevansen av slike i en rettspsykiatrisk sammenheng, se Syse 1995 s. 92–94. Det synes forøvrig som om lovforarbeidene undervurderer de rent faktiske problemene ved å kunne foreta en slik «finjustering» av IQ-grensene for tilregnelighet, se Anne Lill Ørbeck, *Intelligensvurderinger i forbindelse med spørsmål om strafferettslig tilregnelighet*, i *Lov og Rett* 1997 s. 124 flg.
 13. Om man vil sammenlikne utviklingshemning og mindreårighet vedrørende utviklingen av kognitive funksjoner, svarer IQ 50 til en «mental levealder» på åtte år (IQ 100=16 år). En rekke andre forhold spiller imidlertid inn for spørsmålet om personer skal kunne ansvarliggjøres for handlinger og viljeserklæringer, se nærmere Aslak Syse, *Samtykke som kompetansegrunnlag for samhandling med og beslutninger overfor psykisk utviklingshemmete*. Trykket som vedlegg nr. 1 til NOU 1991: 20 *Rettsikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemning*.

straffbarhetsvilkåret blir oppfylt, jf. strl. § 45.¹⁴ Som det framgår av § 20 andre ledd i straffeloven av 2005 (siteret over) videreføres stort sett den strenge norske lovgivningen på dette feltet.

4 Rent psykiatrifaglige spørsmål

Det foreligger en omfattende medisinsk, eller rettspsykiatrisk, faglitteratur på dette feltet. Ulike forfattere, stort sett psykiatere og psykologer med erfaring fra rettspsykiatrisk arbeid, presenterer på faglig grunnlag ulike alvorlige psykiatriske sykdomstilstander. Dernest vurderes – og hvordan – det at gjerningspersonen på handlingstidspunktet har en spesifikk lidelse, vil kunne føre til at vedkommende kan – eller bør – oppfattes som strafferettslig utilregnelig i alle situasjoner; eller om dette vil være tilfellet i enkelte situasjoner etter en konkret vurdering, eller nesten aldri og i alle fall ikke av den tilstanden alene.¹⁵

Når Norge, som et av svært få land i verden,¹⁶ baserer (u)tilregnelighetsvurderingen på et rent «medisinsk prinsipp», se nærmere kapittel 5, vil det ofte være konsensus om vedkommendes diagnose og om tilstanden kvalifiserer for straffritak i det konkrete tilfellet.

5 Spørsmål om farlighet og farlighetsbedømmelser

En serie rettsregler tillegger rettsanvenderne å vurdere farlighet. Ofte er spørsmålet om teknisk utstyr, installasjoner, kommunikasjonsmidler mv. er farlige, enten per se, eller i samvirke med andre faktorer som kan bidra til økt farlighet.

I rettspsykiatrien reises spørsmål om folk i seg selv, eventuelt som et ledd i en avvikende sinnstilstand, kan vurderes som farlige. Om så er tilfellet, åpner straffeloven, og også visse forvaltningsrettslige lover som for eksempel barnevernloven, sosialtjenesteloven og psykisk helsevernloven, for samfunnsmessig påført tvang og makt. Bedømmelse av personers farlighet er et omtvistet tema, både moralsk (fagetisk) og rent faglig.¹⁷ Slike

14. Svein Slettan har behandlet slike spørsmål blant annet i «Den strafferettslige betydningen av at gjerningspersonen var beruset i gjerningsøyeblikket», i *Den urett som ikke angår deg selv, Festskrift til Anders Bratholms 70-årsdag*, Oslo 1990. Han understreker at strl. § 45 i dag må tolkes slik at selvforstyldt rus ikke bare fører til unntak fra straffrihetsbestemmelsen i § 44 slik at en «bevisstløs» person skal bedømmes som strafferettslig tilregnelig, men også fra skyldkravet i strl. § 40, jf. § 42 (s. 119). Videre understreker han at man også ved sanseløs rus «etter straffelovens system» kan skille mellom skyld og tilregnelighet (s. 126).

15. Se for eksempel Randi Rosenquist og Kirsten Rasmussen, *Rettspsykiatri i praksis*, 2. utg., Oslo 2004 og Georg Høyser og Odd Steffen Dalgard, *Lærebok i rettspsykiatri*, Oslo 2002.

16. Til tross for søk i relevant internasjonal litteratur har jeg ikke funnet andre land som har samme tilnærming som Norge på dette viktige punktet. Det kan derfor ikke utelukkes at vi er det eneste landet i verden som legger til grunn et renskåret «medisinsk prinsipp» ved vurderingen av strafferettslig utilregnelighet.

17. Se for eksempel Høyser og Dalgard 2002 s. 253 flg.

lovkrav reiser også rettslige utfordringer, både for lovgiver og rettsanvender.¹⁸

Ved rettspsykiatriske undersøkelser tas ofte stilling til både spørsmålet om tilregnelighet på gjerningstidspunktet, vurdering av psyken på domstidspunktet og spørsmålet om farlighet i framtiden, ofte konvertert til et spørsmål om «fare for gjentakelse».¹⁹ I denne sammenhengen er det tilstrekkelig å peke på at rettspsykiatrien framstår som en nødvendig fagdisiplin for at jurister skal kunne lene vanskelige avgjørelser på en etablert og spesialisert disiplin.²⁰ Resultatet blir avgjørelser som åpner for større grad av frihetsberøvelse enn en reaksjon overfor lovbrysteren kun basert på straffverdigheten av de begåtte handlingene.²¹

Dersom det vurderes å foreligge (nærliggende) fare for tilsvarende handlinger i framtiden, åpner de fleste jurisdiksjoner for tilbakehold i egnet institusjon, selv om vedkommende blir funnet ikke-skyldig, slik som i tilfellet M'Naghten. Det var ved de alvorlige lovbruddene at spørsmålet om tilregnelighet først ble reist. Frykten for at en utilregnelig lovbryster skal gjenta alvorlige lovbrudd etter først ikke å kunne straffes for alvorlige handlinger, stiller spørsmål knyttet til strafferettslig tilregnelighet på spissen.

Populistiske utsagn basert på feilaktige forestillinger av farlighet øker samtidig stigmaet overfor alle personer med psykiske lidelser. I media omtales slike personer som «tikkende bomber».²² Også i stortingsdebatter er denne terminologien brukt om personer med psykiske lidelser som har foretatt alvorlige lovbrudd.²³

Jeg skal her ikke ta opp spørsmålet om *hvordan* farlighet (gjentakelsesfare) kan vurderes, og om det bør vurderes. Jeg legger til

18. Se Anders Løvlie, *Beviskrav for bevistema med prediksjonselement*, studentavhandling høsten 2004, Universitetet i Oslo. Her analyseres bevisvurderingene som må foretas om framtidig fare etter strl. § 39 c (krav for kunne idømme forvaring). Det er tilsvarende krav om farlighetsprediksjoner som oppstilles for å idømme særreaksjoner ved utilregnelighet.

19. Formulert for eksempel slik i strl. § 39 (overføring tvungen psykisk helsevern) som selvstendig vilkår etter alternativ 1: «må det antas å være en nærliggende fare for at lovbrysteren på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse».

20. Se Nils Christie, Noen kriminalpolitiske særforholdsreglers sosiologi, i *Tidskrift for samfunnsforskning* nr. 3 for 1962 s. 28 flg., Nils Kristian Sundby, Strafferetten og dens begrensninger, i *Lov og Rett* 1976 s. 51 flg.

21. Se Christie 1962 og Høyser og Dalgard 2002 s. 274 flg.

22. Fagfolk har riktignok statistikken på sin side når de imøtegår denne type populæroppfatninger. Se for eksempel psykiater, og leder av Den rettspsykiatriske kommisjon, Randi Rosenqvist som i intervju med *Aktuell* 25. august 2004, karakteriserer påstander om at samfunnet er fullt av «tikkende bomber» der det bare er et tidsspørsmål før nye drap begås, som «noe i nærheten av hysteri».

23. Blant annet av SVs tidligere justispolitiske talsrepresentant, Inga Marte Thorkildsen, som 11. april 2005 under Odelstingets debatt om ny straffelov på grunnlag av Innst. O. nr. 72 (2004–2005), stilte følgende retoriske spørsmål: «Hvordan skal Høyre sikre oppfølging av denne gruppa, slik at vi ikke slipper tikkende bomber rett ut på gata? Hvordan skal ettervernet sikres?»

grunn at de fleste vestlige land, inklusive Norge, har regler som pålegger rettsanvenderne å ta stilling til farlighetssspørsmål av ulik karakter ved vurderingen av mulige reaksjonsformer.

Mens tilregnelighetsvurderingen tilhører det strafferettslige *skyldspørsmålet*, vil farlighetsvurderingen først komme inn ved valg av egnet reaksjonsform, dvs. ved avgjørelsen av *straffespørsmålet*.²⁴ Men her er det duket for visse endringer i norsk strafferettspleie, se avsnitt 6.4.

Det som jeg i det videre vil behandle i større detalj er: Ulike moralfilosofiske spørsmål som er knyttet til skyld og tilregnelighet, straffansvar og valg av straffereaksjon (kapittel 3), en presentasjon av ulike standarder for strafferettslig (u)tilregnelighet (kapittel 4), et nødvendig – og spennende – sideblikk på den norske strafferettshistorien (kapittel 5), og i kapittel 6 avslutter jeg framstillingen med å presentere – og forsøksvis besvare – enkelte vanskelige spørsmål og dilemmaer av moralfilosofisk og rettslig karakter.

3 Grunnleggende om skyld, straffansvar og valg av straffereaksjon

Spørsmålet om alle mennesker – uavhengig av deres personlige forutsetninger for å forstå handlingers rettsstridige karakter og/eller deres uheldige konsekvenser – kan pålegges straffansvar for sine handlinger, er et moralfilosofisk problem der tilknytningspunktene mellom det strafferettslige og det moralske skyldbegrep blir særlig sterkt.²⁵ Spørsmål om ansvar, valg, fri vilje og straff har opptatt menneskene så lenge lovbrudd er blitt møtt med samfunnsmessige sanksjoner.

Strafferettslige reaksjoner bygger på et grunnleggende aksiom – eller en metafysisk tese – om at mennesket har en *fri vilje*. Denne utvikles i barneårene og anses tilstrekkelig utviklet på det tidspunktet en person passerer den kriminelle lavalder. Fra da av kan samfunnet ansvarliggjøre vedkommende for handlingsvalg som vedkommende burde – og skulle – avstått fra.²⁶ Uten fri vilje ville det å dømme folk til påføring av samfunnsbestemte «onder» framstå

24. Dette er tilfellet i de fleste vestlige land. Her skiller Sverige seg ut ved at (u)tilregnelighetsvurderingene først kommer inn ved straffespørsmålet. Nils Jareborg, *Straffrättens ansvarslära*, Uppsala 1994, understreker at det i Sverige (etter vedtaket av Brottsbalken i 1965) ikke foreligger noen straffrihetsregel på grunn av manglende skyldbevne. Dette er «en för s.k. civiliserade stater unik ordning» (s. 258). I virkeligheten har (u)tilregnelighetsvurderingen i Sverige blitt flyttet fra skyldspørsmålet til reaksjonsspørsmålet. I fem amerikanske stater godtas heller ikke «insanity defense», se note 72.

25. Det strafferettslige skyldbegrep atskiller seg på mange områder fra det moralske skyldbegrep. Men det er også et nært slektskap mellom de to skyldbegrepene, se Paul Leer-Salvesen, *Menneske og straff*. Oslo 1991 s. 356–364 og Andenæs 2004 s. 208.

26. Iflg. Immanuel Kant (1724–1804) (se senere) innebærer fri vilje nettopp at man kunne ha handlet annerledes.

som urettmessig.²⁷ Det er en vurdert mangel på «fri vilje» som også kan rettferdiggjøre at enkelte personer fritas for straffansvar.²⁸

Det kan virke forvirrende, i forhold til personer som ikke kan tillegges subjektiv skyld på grunn av sin sinnstilstand, at den samme sinnstilstanden også vil medføre utilregnelighet (manglende skylddevne).²⁹ Tilregnelighetskravet vil bare få *selvstendig* betydning ved siden av skyldkravet når gjerningsmannen har handlet forsettlig, men befinner seg i en av lovens utilregnelighetstilstander.³⁰ Dette var tilfellet med M'Naghten. Dersom det foreligger utilregnelighet, vil med andre ord spørsmålet om handlingen ble utført forsettlig eller ikke, være uten betydning for straffbarheten (skyldspørsmålet).³¹

Det er mulig gjennom lovendringer å tillegge utilregnelige personer skylddevne, for eksempel barn på 14 år, bare ved å senke den strafferettslige lavalderen. For personer som er alvorlig psykisk syke og uten innsikt i handlinger de foretar, vil det også være teknisk mulig å tillegge disse strafferettslig skylddevne, men dette vil være vanskeligere å begrunne fra et moralsk ståsted.³² Det er derfor ulike former for «galskap» og hvor umotiverte og/eller

-
27. Det er mulig å begrunne straffen selv om vi – metafysisk sett – ikke har fri vilje; i Kants forstand «ikke kunne ha handlet annerledes». For eksempel synes Thomas Hobbes (se hans hovedverk *Leviathan* fra 1651) å legge til grunn et mer deterministisk syn på straffens formål, dvs. som et påført onde/stimuli som skal styre forbryteren inn på rett spor. Det er ingen grunn til å gå nærmere inn på disse spørsmålene i denne sammenheng. For både Kant og Hobbes framstår det som en samfunnsmessig plikt å straffe lovovertredere. Kant uttrykker det i et bilde så sterkt som at selv om det menneskelige samfunn sto foran sin oppløsning – et øyfolk beslutter for eksempel å gå fra hverandre og spres utover verden – måtte først den siste morder i fengslet henrettes for at enhver skal få den skjebnen som hans gjerninger gjør ham fortjent til. Skjer ikke dette, vil blodskylden forsette å hvile over folket som på denne måten har krenket rettferdigheten, se *The Metaphysics of Morals*. AA vol. 6, Translated by Mary Gregor, Cambridge 1991 s. 142 (AK 333). Synspunktet må ses i sammenheng med Kants kategoriske forsvar for dødsstraff, se note 36. Kants bilde er kommentert i Johs. Andenæs, *Straffen som problem*, Oslo 1996 s. 12. – Se også Espen Schaanning, *Den onde vilje: en kriminal-filosofisk pamflett*, 2. utg. Oslo 2002.
28. Den frie viljen har betydning både for vurderingen av om gjerningspersonen var tilregnelig på gjerningstidspunkt og for om vedkommende har opptrådt med subjektiv skyld; som nevnt er dette to *selvstendige* vilkår for å kunne idømme straff.
29. Ved en vurdering av samfunnets legitimitet til å idømme lovbrøtere straff er det, etter mitt syn, mer naturlig å henvise til «manglende skylddevne» enn til «utilregnelighet» som et overordnet prinsipp for personer som på grunn av sine personlige forutsetninger ikke kan – eller bør kunne – straffes. Manglende skylddevne peker mot fraværet av subjektiv klanderverdighet ved personens handlemåte, mens utilregnelighet er et mer straffeteknisk uttrykk. Like fullt har jeg i denne artikkelen holdt meg til hevdvunnen terminologi.
30. Slik også Andenæs 2004 s. 291.
31. Motivasjonsvurderinger vil imidlertid kunne komme inn ved vurderinger under straffespørsmålet, herunder for spørsmålet om bruk av strafferettslig særreaksjoner framstår som hensiktsmessige.
32. Her har som nevnt Sverige avvikende regler fra de fleste land i vår kulturkrets, se note 23.

uforståelige alvorlige lovbrudd kan tilskrives galskapen, som har utviklet kravet om tilregnelighet for straffansvar.³³

Begrunnelsene for samfunnets rett og plikt til – og behov for – å kunne straffe har endret seg gjennom tidene.³⁴ I filosofisk tenkning er plikten begrunnet av blant andre Kant.³⁵ Slik Kant ser det, bør straffen avspeile selve lovbruddets grovhet.³⁶ Dette er en tankegang som fører til en detaljert gjerningsbestemt lovgivning der straffereaksjonene fastsettes ut fra en vurdering av lovbruddets grovhet. Denne tilnærmingen satte sitt preg på den europeiske strafferettstradisjonen helt fram mot siste halvdel av 1800-tallet.

Da overtok mer nytteorienterte tilnærminger, også kalt «relative» begrunnelser. Disse deles vanligvis inn i allmennprevensjon og individualprevensjon, og det kan reises spørsmål om legitimiteten av slike begrunnelser. Det er mulig å problematisere rasjonalitet bak de ulike begrunnelser for å straffe, men det faller utenfor rammene her.³⁷ Et fellestrekk ved de fleste begrunnelser for å straffe er imidlertid at de stort sett vil «svikte» dersom lovbrøyteren

33. For Norges vedkommende er historien presentert blant annet av Georg Høyer, Noen sider ved reaksjonen overfor sinnslidende lovovertredere gjennom tidene, i *Nordisk Psykiatrisk Tidsskrift* 1985 s. 13 flg. Høyer går særlig inn på saken mot Birthe Jonsdatter som i 1735 drepte sitt «herskaps spede barn». Hun ble først dømt for dette barnedrapet, men senere benådet på grunn av sinnssykdom. Det at det manglet en adekvat plasseringsmulighet for henne, førte til pålegget om at det skulle opprettes egne dollhus eller dårkister (s. 15). Det var først i 1895 at en avdeling ved Trondhjems straffeanstalt ble omgjort til Kriminalasylet, som skulle huse «sindssyge forbrytere» og «forbryderske sindssyge». Reitgjerdet ble opprettet som asyl for kriminelle sinnslidende i 1923, ved ominnredning av en tidligere spedalskanstalt.

34. For en oversikt, se Ragnar Hauge, *Straffens begrunnelser*, Oslo 1996.

35. Kant tar i sine verker ikke bare opp menneskets grunnleggende frihet som fører til at mennesket via fornuft og tenkning kan tilegne seg – og adlyde – de rettslige normene i samfunnet. I *Antropologie in pragmatischer Hinsicht* behandler Kant spesifikke rettspsykiatriske problemstillinger. Han framhever nødvendigheten av i straffesaker å ta stilling til hvorvidt tiltalte på tidspunktet for handlingen var i besittelse av «sin naturlige evne til forstand og dømmekraft», eller om en sykdomsprosess har ført til det Kant omtaler som «en unaturlig overskridelse av moralloven». Her sitert etter Arne Thorvik, Frihet som medisinsk problem – rettspsykiatri i filosofisk lys, *Tidsskrift for Den norske lægeforening* 2000 s. 2154 flg.

36. Kant er «knallhard» i sitt forsvar av for eksempel dødsstraff, se *The Metaphysics of Morals*. AA vol. 6, Translated by Mary Gregor. Cambridge 1991 s. 143 (AK 334): «... every murderer – anyone who commits murder, orders it, or is an accomplice in it – must suffer death; this is what justice, as the Idea of judicial authority, wills in accordance with universal laws that are grounded a priori.» – og like før dette: «... one has never heard of anyone who was sentenced to death for murder complaining that he was dealt with too severely and therefore wronged; everyone would laugh in his face if he said this».

37. Se for eksempel Jørn R.T. Jacobsen, *Menneskevern eller menneskeverd? – ei innleiting til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet*, Bergen 2004, og Aina Mee Ertzeid, *Hevn og straff – studier av hevns strafferettslige legitimitet*, Bergen 2005.

er utilregnelig, dvs. mangler skyldevne, og derved vurderes til ikke å kunne ansvarliggjøres for lovbruddet.³⁸

Men dersom en person som finnes ikke-skyldig pga. manglende tilregnelighet, oppfattes å kunne foreta tilsvarende (alvorlige) framtidige lovbrudd, åpner de fleste jurisdiksjoner for inkapasitering, og da i enheter innenfor psykisk helsevern eller i særlige institusjoner innen kriminalomsorgen. Dette anses da ikke som idømming av straff for den begåtte handling, men frihetsberøvelse for å kunne avverge mulige framtidige handlinger; dette kan også ses som en side av individualprevensjonen.³⁹ Dette skjedde med M'Naghten som satt innesperret i ulike asylter til han døde 22 år etter drapet på Drummond.

De utredningene som har vært foretatt her til lands, har alltid vurdert utilregnelighetsreglene sammen med muligheten for å idømme ulike særreaksjoner.⁴⁰ Dette knytter straffrihet pga. utilregnelighet til de førnevnte farlighetsbetraktningene. Den danske strafferettsjuristen Knud Waaben har derfor ganske treffende karakterisert reglene om utilregnelighet som «et konglomerat av moralske vurderinger og mer praktiske formålsbetraktninger».⁴¹

I Norge har vi fra 1902 og fram til 2002, og ganske særlig etter viktige lovendringer i 1929, kunnet dømme både tilregnelige og utilregnelige lovbrøyttere til *sikring*,⁴² en reaksjonsform som for utilregnelige lovbrøyttere nå er erstattet av dom på overføring til *tvungent psykisk helsevern* fordi han eller hun var «psykotisk» eller «bevisstløs» på gjerningstidspunktet,⁴³ eller *tvungen omsorg* fordi han eller hun var «psykisk utviklingshemmet i høy grad», se om sikringsreformen i kapittel 5. Det å frihetsberøve utilregnelige lovbrøyttere ut fra preventive formål vurderes av mange som et hensiktsmessig kriminalpolitisk tiltak for å kunne imøtekomme hensynet til så vel borgernes «alminnelige rettsfølelse» som deres

38. Johs. Andenæs har gitt en samlet framstilling av begrunnelse for utilregnelighetsregler i «Grunnlaget for utilregnelighetsreglene», Oslo 1971. Trykket som vedlegg 1 til NOU 1974: 17 *Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner*.

39. Se Aslak Syse, Dømt til behandling – Frikjent til fengsel, i *Nytt i strafferetten* nr. 1 for 1997 s. 43 flg.

40. Det mest dyptpløyende av disse er NOU 1974: 17 *Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner*. – Her finnes flere vedlegg det er vist til her i noteapparatet, og det er i selve utredningsteksten flere prinsipielle dissenser på spørsmålet om legitimiteten av utilregnelighets- og farlighetsvurderinger.

41. Knud Waaben, *Utilregnelighet og særbehandling*, København 1968 s. 48.

42. Sikring var eneste mulige reaksjonsform for personer som var utilregnelige. Personer som ble funnet delvis utilregnelige, kunne idømmes både straff og sikring (det «dobbeltspored» system).

43. Jørn R.T. Jacobsen, *Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern – straffeloven § 39*, Bergen 2004.

redsel og frykt.⁴⁴ Felles for slike strafferettslige særreaksjoner er at de i prinsippet er tidsbestemte, dvs. at de kan vare så lenge som «farligheten» består.

Straffeloven av 1902 erstattet den strengt gjerningsbestemte kriminalloven av 1848. Det var i 1890-årene, under arbeidet med vår nåværende straffelov fra 1902, at helt nye impulser kom inn i norsk strafferettstenkning. Den nytteorienterte strafferettsskolen med vekt på differensierte reaksjonsmåter overfor lovbrystere hadde fått hegemoni på det europeiske kontinent.⁴⁵ Dette skjedde først gjennom det kjente Marburg-programmet fra 1882, utarbeidet av den tyske strafferetts- og folkerettslærde Franz von Liszt,⁴⁶ og som ble lagt til grunn for arbeidet til den norske Straffelovkommisjonen av 1885 med professor, senere riksadvokat, Bernhard Getz som formann og blant andre professor Georg Francis Hagerup som medlem. Det skulle nå legges større vekt på en individuell vurdering av lovbrysteren ved valget av en reaksjonsform som framsto som hensiktsmessig ut fra både en individuell og en samfunnsmessig synsvinkel.

Det differensierte straffesystemet skulle tjene flere formål:⁴⁷

- forbedring av dem som kunne behandles,
- avskrekking av dem som ikke hadde behov for behandling, og
- uskadeliggjøring av de uforbederlige.

Ut fra disse klart nyttebegrunnede betraktningene reiste et mulig straffritak pga. utilregnelighet særlige problemer. Getz uttalte følgende i Kriminalistforeningen i 1894 om dette:⁴⁸

... at mannen går fri for straff når han finnes utilregnelig, kan være vel nok for ham, men for samfunnet er dette dog lite tilfredsstillende, såfremt følgen herav skal være at det står vergeløst likeoverfor hans forbryterske tendenser. [...] Også her vil da straffelovgivningens begrensnig til det rent strafferettslige etterlate en følelig lakune.

Disse tankene preget både reglene som ble gitt i 1902, og lovendringene i 1929.

44. Se note 22 og 23 om betegnelsen «tikkende bomber» om de personene det her er tale om. Bruken av en slik terminologi synes å kunne «rettferdiggjøre» frihetsberøvelse ut fra samfunnets «beskyttelsesbehov». Da kommer så vel rettssikkerhetshensyn som rettferdighetshensyn i bakgrunnen, noe som kjennes igjen i den globale «kampen mot terror».

45. Se nærmere Helge Røstad, *Sikringsinstituttet*, Oslo 1967. Trykket som vedlegg 3 til NOU 1974: 17 *Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner*. Presentasjonen av Marburg-programmet og Straffelovkommisjonen av 1885 finnes på s. 194 flg.

46. Franz von Liszt (1851–1919) var for øvrig fetter av den førti år eldre komponisten med samme navn.

47. Røstad s. 194.

48. Sitert etter Røstad s. 195.

Lovgiver bør da fastsette vide strafferammer for det enkelte lovbrudd, slik at retten ved fastleggelse av reaksjonen kan vektlegge individuelle trekk både ved lovbruddet og lovbryteren, og ikke minst hensynet til samfunnsvernet.

Strafferettstenkningen i mange land, ikke minst USA, har de siste tiårene av det forrige århundret dreid tilbake til en mer bundet rettsanvendelse ved straffutmålingen med stor vekt på forutberegnelighet, «a just desert». Reaksjonen bør etter en slik tankegang dels avspeile lovbruddets karakter og dels om gjerningspersonen tidligere har utført tilsvarende lovbrudd. Ved gjentakelseskriminalitet øker strammerammene langt utover hva rettferdighetsvurderinger (den konkrete straffverdigheten) skulle tilsi. Gjengjeldelsesargumenter og nyttebetraktninger synes å gå opp i en høyere enhet idet «krigen mot kriminalitet» framstår som en overordnet idé. Rettsanvendelsesskjønnet reduseres tilsvarende. Den amerikanske diskusjonen i 1980-årene har en slående likhet med den norske i 1890-årene og i 1920-årene.

I utgangspunktet burde slike tanker bare få betydning for reaksjonene overfor lovbrytere med «normal» og «nedsatt» tilregnelighet, men ikke for selve tilregnelighetsvurderingen. Imidlertid har ønsket om en «tøffere kriminalpolitikk» og uten de «lakuner» som Bernhard Getz påpekte i 1895, ført til at det i mange land nå er utarbeidet strikere utilregnelighetsstandarder enn den som ble trukket opp i *M'Naghten*. Her framstår Norge som et unntaksland ved at tilregnelighetsvurderingen, etter lovendringene fra 1929, utelukkende skal baseres på selve sinnstilstanden og ikke på sammenhengen mellom denne og den lovstridige handlingen.

4 Nærmere om ulike utilregnelighetsstandarder

Det er i *M'Naghten* oppstilt to krav for at en person skal bli frifunnet pga. utilregnelighet. Det ene kravet gjelder selve sinnstilstanden; «it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind». Dette kan kalles det *psykiatriske kriteriet*.⁴⁹

49. Terminologien i det følgende er basert på framstillingen til Høyer og Dalgard 2002 hvor spørsmålene er nærmere drøftet på s. 246 flg.

I norsk rett er dette et nødvendig – og tilstrekkelig – krav for utilregnelighet. Norsk rett er basert på et medisinsk – også kalt biologisk – prinsipp for å fastslå om en gjerningsperson er utilregnelig.⁵⁰ Finner retten at ett av de kravene som oppstilles i straffeloven § 44 første ledd, «psykotisk» eller «bevisstløs», er oppfylt skal vedkommende frikjennes. Jeg har avgrenset meg fra å gå nærmere inn i de faglige spørsmålene om hvilke sykdommer og tilstander som vil kunne føre til at vilkåret finnes oppfylt.⁵¹ I stor utstrekning vil retten her måtte legge vurderingene til de rettspsykiatriske sakkyndige til grunn ved at loven oppstiller ett klart medisinsk alternativ («psykotisk») og ett hevdvunnet rettspsykiatriske alternativ («bevisstløs»). Like fullt er dette juridiske begreper hvor alminnelige tolkningsprinsipper skal legges til grunn ved rettsanvendelsen. Utilregnelighetsvurderingen hører til skyldspørsmålet, og avgjørelsen ligger derfor til retten, eventuelt til lagretten der den skal avgjøre skyldspørsmålet. Det er en sjelden foreteelse at retten tilsidesetter de vurderingene som framlegges av de oppnevnte sakkyndige.⁵²

Det vil alltid være oppnevnt rettspsykiatriske sakkyndige i alvorlige straffesaker hvor det er tvil om lovbrysterens tilregnelighet, og slike skal alltid oppnevnes ved vurdering av idømming av særreaksjon overfor utilregnelige lovbrøtere, se straffeprosessloven § 165.⁵³

50. Jeg har begrenset framstillingen til *strafferettslig utilregnelighet* der det er tilstrekkelig å være «psykotisk» for å bli strafferettslig utilregnelig. Dette avviker sterkt fra for eksempel avtaleretten der det ikke legges et rent medisinsk prinsipp til grunn for at en avtale skal finnes ugyldig. Sinnslidelsen må da også ha virket inn ved transaksjonen, se for eksempel Rt. 1995 s. 1540. Det heter her om den ulovfestede ugyldighetsregelen ved alvorlig sinnslidelse (psykose): «En rettslig disposisjon avgitt av en person som har en alvorlig sinnslidelse, kan erklæres ugyldig om disposisjonen er påvirket av sykdommen. Sinnslidelsen i seg selv kan, avhengig av sykdommens art, gi en viss formodning om at disposisjonen kan være påvirket av sykdommen. En alvorlig sinnslidelse kan få større betydning ved mer omfattende eller sjeldne transaksjoner enn ved de enkle og dagligdagse. Det er en totalvurdering av sykdommen, forholdet omkring avtaleinngåelsen, disposisjonens innhold og etterfølgende forhold som blir avgjørende. Hvis den alvorlige sinnslidelse etter en slik samlet vurdering tillegges betydning, blir disposisjonen ugyldig uavhengig av om medkontrahenten kjente til eller burde forstått at disposisjonen var påvirket av sinnslidelsen.» Dette er i tråd med de strafferettslige utilregnelighetsstandardene som gjennomgås i det videre. – For testamenter som opprettes av personer som er psykotiske, gjelder arveloven § 62. Heller ikke her legges et rent medisinsk prinsipp til grunn for gyldighetsvurderingen. Dersom disposisjonen har vært uberørt av tilstanden, vil testamentet stå seg, jf. «med mindre det er usansynlig at sinnsstoda hans har hatt innverknad på innholdet i disposisjonen».

51. Her finnes en viss hjelp i forarbeidene, og disse spørsmålene er nærmere vurdert fra en faglig synsvinkel i Rosenquist og Rasmussen 2004, se særlig s. 47 flg., og i Høyer og Dalgard 2002 s. 221 flg.

52. Det gjelder i alle fall for forvaringsdommer; se Pål Nilson, Bruk av rettspsykiatriske sakkyndige i forvaringssaker. En undersøkelse av forvaringspraksis i to instanser, *Tidsskrift for strafferett* 2005 s. 47 flg.

53. Det blir også «alltid» oppnevnt sakkyndige i forvaringssaker, men da i motsetning til hva loven krever og forarbeidene forutsetter, se nærmere Nilson 2005.

Dersom gjerningspersonen frifinnes pga. utilregnelighet, må retten under straffespørsmålet ta stilling til om vedkommende oppfyller vilkårene for dom på overføring til tvungent psykisk helsevern, og om så finnes å være tilfellet, om en slik dom bør avsies. Her synes det etter lovteksten å foreligge et «fritt skjønn» ved at vilkårsoppfyllelse er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig grunnlag for idømming av særreaksjon. Retten skal i tillegg foreta en helhetsvurdering, eller hensiktsmessighetsvurdering, jf. strl. § 39 første setnings ordlyd «kan ... overføres». Men dette er bare et rettslig utgangspunkt. Vilårene er så spesifiserte at skjønnet likevel ikke framstår som «fritt».

Ved særreaksjoner overfor utilregnelige lovbrøtere, vil den helhetsbedømmingen som domstolene også skal foreta (jf. «kan ... overføres»), lett framstå som et teoretisk utgangspunkt når en straffritt lovbrøter oppfyller de lovopstilte vilkårene.⁵⁴ Dersom retten først har funnet at vilkåret om at særreaksjon er «nødvendig for å verne samfunnet» er oppfylt, jf. § 39 første ledd, og samtidig at tilleggsvilkåret i § 39 nr. 1 om at det må «antas å være en nærliggende fare for at lovbrøteren på nytt vil begå en alvorlig forbrytelse som krenker eller utsetter for fare andres liv, helse eller frihet» er oppfylt, vil det være vanskelig å sette lovbrøteren på frifot. Dette vil være det eneste alternativet til en særreaksjonsdom idet lovbrøteren allerede – for at særreaksjon overfor utilregnelige lovbrøtere skal være aktuelt – er funnet straffri etter strl. § 44 første ledd.

Den helhetsbedømmingen som lovteksten tilsynelatende gir anvisning på, blir derfor ikke en reell vurdering i den konkrete avveinings situasjonen overfor utilregnelige lovbrøtere, motsatt for eksempel situasjonen ved administrativ frihetsberøvelse etter lov om psykisk helsevern. En alvorlig sinnslidende blir ikke nødvendigvis tilbakeholdt i institusjon selv om de øvrige vilkårene for tvangsretensjon er oppfylt, se Rt. 1981 s. 770, Rt. 1988 s. 634 og Rt. 2001 s. 752.⁵⁵

Mens norsk strafferetts utilregnelighetsvurdering er basert på det medisinske prinsipp, oppstiller de fleste andre land tilleggskriterier av ulik karakter. Fellestrekket er da at oppfyllelse av sykdoms- eller sinnstilstandsvilkåret ikke *per se* er tilstrekkelig for å bli vurdert som utilregnelig. Det kreves en sammenheng mellom sykdom og den lovstridige handlingen ved oppstilling av «tilleggskriterier» eller «normative kriterier». Det skilles mellom det som på den ene siden kan kalles *psykologisk/filosofiske kriterier*, og det som kan kalles *kausaltetskriterier*.⁵⁶

Utgangspunktet blir derfor vesensforskjellig fra norsk strafferett. Spørsmålet er ikke alene lovbrøterens mentale tilstand, men hvilken relevans en avvikende tilstand vil ha for de rettslige vurderingene som skal foretas.⁵⁷ Retten må vurdere muligheten for å

54. Se nærmere Syse 1997 s. 49–52.

55. Se nærmere Aslak Syse, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, Oslo 2004 s. 132–134.

56. Høyer og Dalgard 2002 s. 246 flg. Jeg avgrensner meg til standarder som er oppstilt i angloamerikansk strafferett; Waaben 1986 gir en framstilling også av kriteriene i Norden og i tysk og østerriksk rett.

57. Blant annet medfører dette at det kan reises kompetansespørsmål knyttet til om det i hele tatt kan gjennomføres en straffeprosess mot vedkommende, jf. «competence to stand trial».

tillegge vedkommende skyldvevne; spørsmålet blir om gjerningspersonen hadde «guilty mind» og/eller at det forelå «blame-worthiness» for det aktuelle lovbruddet. En slik tilnærming er langt mer i tråd med de grunnleggende strafferettsteorier enn den norske modellen som redefinerer denne delen av skyldspørsmålet til et psykiatrifaglig anliggende, basert på diagnostisk virksomhet alene. Denne ulike tilnærmingsmåten fører også til at de standarder som gjennomgås i det følgende, ikke er «fikserte». De kan bedre ses som ulike tilnærmingsmåter for at retten skal kunne ta stilling til det overordnede spørsmålet. Kan vedkommende tillegges skyld for lovbruddet, eller eventuelt frikjennes «by reason of insanity»?⁵⁸

M’Naghten er prototypen på at det oppstilles psykologisk/filosofiske tilleggs-kriterier. Disse relaterer seg til evnen til å forstå hva en gjør, og til å forstå om handlingen er rettsstridig eller ikke. Det kreves videre årsakssammenheng ved at sinnstilstanden skal ha innvirket på forståelsen av den lovstridige handlingen; «[so] as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong».

Hvis evnen til å forstå handlingens karakter, og det rettsstridige i denne, er opphevd som følge av en sinnslidelse, skal vedkommende etter *M’Naghten* bedømmes som strafferettslig utilregnelig. I mange år var denne standarden helt enerådende innenfor engelsk og amerikansk rett, men den er etter hvert blitt modifisert på ulike måter.⁵⁹ Enkelte modifikasjoner av standarden synes å være uten egentlig selvstendig verdi, hvilket gjør at det i realiteten er *M’Naghten* som benyttes.

Dette synes for eksempel å gjelde for den standarden som ble utarbeidet av juridiske eksperter⁶⁰ på oppdrag av the American Law Institute (ALI) i 1962, som ledd i *the Model Penal Code*. Regelen fritar for straffansvar dersom gjerningspersonen, som følge av «mental disease or defect», på gjerningstidspunktet ikke hadde «substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to conform his conduct to the requirements of the law». Det som ble tilsiktet var å unngå det ensidige fokus på evnen til å oppfatte og forstå, som i *M’Naghten*, se nedenfor. Også sykdommens innflytelse på viljeslivet bør tas i betraktning.⁶¹ Denne standarden er temmelig vag, slik at de amerikanske statene som benytter denne, i realiteten «faller tilbake» på *M’Naghten*.⁶²

58. Dette forhindrer ikke at de ulike standardene er beskrevet i standardverker i anglosaksisk strafferettslitteratur, se for eksempel Wayne R. LaFave, *Substantive Criminal Law*, à jourført på nett 2006. I kapittel 7 gjennomgås det nærmere innholdet i de testene som er nevnt i teksten.

59. Johs. Andenæs, *Utilregnelighetsreglene i engelsk og amerikansk rett*, Oslo 1971. Trykket som vedlegg 2 til NOU 1974: 17 *Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner*. Likeledes Høyer og Dalgard 2002 s. 227.

60. Etter Andenæs 1971 s. 181 var hovedpersonen bak forslaget strafferettsprofessor Herbert Wechsler.

61. Se nærmere Andenæs 1971 s. 181–184.

62. Høyer og Dalgard 2002 s. 247.

Kritikken mot *M'Naghten* går særlig på at standarden ensidig vektlegger svikten i de kognitive funksjoner som forekommer ved alvorlige mentale sykdommer og forstyrrelser. Denne vektlegging av evnen til å *forstå* er i tråd med tradisjonen fra Kant, se ovenfor. Etter Kants vurdering er fornuften autonom, dvs. uavhengig av følelser, slik at det ikke-kognitive (følelsesmessige) elementet i Kants etikk begrenser seg til aktelsen for moralloven i oss.⁶³ Denne ensidige vektleggingen av kognitive funksjoner, dvs. på betydningen av fornuft og dømmekraft for menneskelig atferd, kan synes i strid med forståelsen av alvorlige sinnslidelsers «natur» og «innvirkning på personligheten». Det kan for eksempel hevdes at en person med schizofren psykose i like stor grad er preget av endringer i følelser og viljesliv ved symptomer som affektavflating, autisme og ambivalens, som av endringer i de kognitive funksjoner.⁶⁴ Enda tydeligere er dette ved affektive psykoser.

Dette har ført til ønsket om å erstatte *M'Naghten* med en bredere tilnærming til hva som kan være sammenheng med lovbruddet, men uten at en ny standard bør føre til at en utvidet personkrets blir straffritatt. Som nevnt er det for tiden en internasjonal tendens i kriminalpolitisk tenkning (nyklassisme) som tilsier at lovbrudd bør møtes med hard håndheving og strenge straffer. Da bør ikke mulighetene for straffritak utvides gjennom vage kriterier. Snarere bør mulighetene for «insanity defense» begrenses til tilfeller hvor noe annet framstår som helt urimelig. Det rettes større krav til at sykdommen må ha ført til lovbruddet (kausalitetskrav).

Fra psykiatrisk hold har det også vært hevdet at spørsmålet om sammenheng mellom sinnslidelsen og lovbruddet snarere er et filosofisk enn et medisinsk/psykiatrisk spørsmål som faller utenfor psykiatriens kompetanseområde. Dette er en av grunnene til at tilleggskriterier ikke er blitt innført i Norge, se kapittel 5.

Kausalitetskriteriene reiser spørsmål om sinnslidelsen kan settes i direkte årsakssammenheng med lovbruddet. Dette kom først til uttrykk ved etableringen av *the Irresistible Impulse Test* (også kalt «volitional test») som særlig ble brukt i USA og England i perioden 1890–1920.⁶⁵ Ifølge denne testen vil en lovovertreder kunne fritas for straff dersom lovbruddet er resultatet av en uimotståelig impuls, selv om de kognitive funksjoner ikke nødvendigvis er svekket.⁶⁶

63. Her nesten ordrett etter Thorvik 2000.

64. Høyer og Dalgard s. 251, Thorvik s. 2155.

65. Iflg. Andenæs 1971 s. 178 skal denne være anvendt for første gang i en dom fra Alabama i 1887.

66. Når denne «testen» like fullt her blir vurdert som en psykologisk tilnærming i oversikten avslutningsvis i kapittel 5, skyldes dette at den i hovedsak i amerikansk rett vurderes til å være en liberalisert utgave av *M'Naghten* idet det kognitive kravet er noe svekket, samtidig som kausalitetskravet ikke er absolutt.

Senere er det blitt utviklet nye standarder basert på et kausalitetsprinsipp og som tar hensyn til både kognitive og ikke-kognitive funksjoner. Særlig viktig her er *the Durham rule*, utformet i USA, og som sier at tiltalte ikke er strafferettslig tilregnelig hvis lovbruddet var et «produkt» av en psykisk lidelse eller defekt.

Monte Durham var en 23 år gammel mann som hadde vært ut og inn av fengsler og psykiatriske institusjoner siden 17-årsalderen. Han ble dømt for innbrudd i 1953, og dommen ble anket til den føderale appellretten i District of Columbia. Dommeren benyttet anledningen til å gå dypt inn (u)tilregnelighetspørsmålene, og forkastet først *M'Naghten* og modifiserte deretter kausalitetskravet slik det var utformet i *the Irresistible Impulse Test*. Etter å ha hørt flere psykiatrisk sakkyndige konkluderte han med at *M'Naghten* var basert på «an entirely obsolete and misleading conception of the nature of insanity». Han sluttet seg til det som var kommet til uttrykk i en tidligere dom: «Moderne psykologi ser det ikke slik at der er en spesiell liten mann oppe i hodet som heter forstanden, og som har til oppgave å rettlede en annen ustyrlig liten mann som vi kaller instinkt, følelse eller innskytelse, om hvilken vei vi skal gå.»⁶⁷

Dommer Bazelon etablerte i dommen det som senere er blitt kalt *the Durham rule*. Standarden fastslår at «an accused is not criminally responsible if his unlawful act was the product of mental disease or mental defect». Begrunnelsen for den nye standarden var av moralfilosofisk karakter: «Våre tradisjoner krever også at når slike handlinger utspringer av og er produktet av en psykisk sykdom eller defekt i den forstand disse begrepene her er brukt, da er det ikke plass for moralsk bebreidelse, og derfor ikke for strafferettslig ansvarlighet. Den regel som vi utformer i denne dom, er beregnet på å tilfredsstill disse krav.»⁶⁸

I føderale domstoler ble denne standarden imidlertid forkastet fordi den åpnet for – og førte til – frifinnelse av blant annet alkoholikere, narkomane og spilleavhengige når deres «mental disease or mental defect» hadde «produsert» lovbruddet. Til tross for en del forsøk på å «innsnevre» anvendelsen av standarden i forhold til den vide og vage ordlyden, er den i dag i bruk i bare et par delstater i USA.

Thorvik 2000 oppfatter at *Model Penal Code* er nærmere knyttet til *Durham rule* ved at den ikke stiller krav om at det skal påvises en brist eller defekt i de kognitive funksjoner,⁶⁹ mens jeg i det foregående har koplet den nærmere til *M'Naghten*, i tråd med tilnærmingen hos Høyre og Dalgard 2002.⁷⁰ Andenæs 1971 framhever at ved konsiperingen av *Model Penal Code* ble alle tidligere standarder eksplisitt forkastet etter en grundigere analyse.⁷¹ Mens Durham-dommen i sin begrunnelse bygde på skyldsynspunkter, går forarbeidene til *Model Penal Code* ut fra allmennpreventive vurderinger. Formålet med utilregnelighetsreglene er først og fremst å skille ut de persongrupper som ikke lar seg påvirke av lovens straffetrussel. Det var dette som var forsøkt oppnådd gjennom *M'Naghten*, men på en for snever måte.

67. Her sitert etter Andenæs 1971 s. 180.

68. Her sitert etter Andenæs 1971 s. 180.

69. Thorvik 2000 s. 2155.

70. Høyre og Dalgard s. 248.

71. Andenæs 1971 s. 181.

Derfor skulle sykdommens innvirkning på viljeslivet ikke vektlegges mindre enn dens innflytelse på evnen til å oppfatte og forstå. I den forstand knytter *Model Penal Code* seg nærmere til *the Durham rule*. På den andre siden kreves ikke den ensidige fokuseringen på kausalitetskravet.

Den siste standarden som her skal nevnes er *the Federal rule* fra 1984. I tråd med økt vekt på kriminalitetsbekjempelse i USA de siste tiårene, og da særlig under republikanske presidenter, er det ikke overraskende at det i 1984, under Reagens presidenttid, ble vedtatt *the Comprehensive Control Act*.⁷² Denne oppstilte nye krav til «insanity defense» i det føderale rettssystemet.⁷³ For det første legges bevisbyrden fullt ut på den tiltalte. Han eller hun skal dokumentere ved «clear and convincing evidence» at vilkårene er oppfylt. Likeledes er vilkårene innsnevret i forhold til *the Model Penal Code*. Vedkommende må dokumentere at han eller hun på gjerningstidspunktet «as a result of a severe mental disease or defect» var «unable to appreciate the nature and quality of the wrongfulness of his acts».⁷⁴ Det er hevdet at med disse formuleringene er ringen sluttet tilbake til at vurderingskriteriet er å *forstå* rett fra galt, og derved er vi tilbake til *M'Naghten*.⁷⁵ Tilstramningene i utilregnelighetsvurderingene de siste årene har også ført til enkelte påfallende resultater som kan synes basert på det sterke underlig-

72. Det er nok heller ikke uten betydning at president Reagan noen år tidligere hadde blitt utsatt for et attentat med skytevåpen av John Hinckley. Én person ble drept, og presidenten og livvakten ble såret. Iflg. dommen hvor Hinckley ble vurdert som utilregnelig, framkom at han hadde bygd scener fra en populær film (*Taxi Driver*) inn i sine forvirringer, og at han gjennom handlingen ønsket å tiltrekke seg oppmerksomhet fra en berømt filmskuespiller (Jodie Foster). Bakgrunnen for frifinnelsen var en vurdering mot impulskontrolltesten i *the Model Penal Code*. Umiddelbart etter dette ble det – både i føderal og delstatslovgivning – startet arbeidet med innstramninger i «insanity defense» tilbake mot *M'Naghten* fra 1843. Drapsforsøket på presidentene med etterfølgende frifinnende dom førte til samme type reaksjoner i pressen og allmennheten som frifinnelsen av *M'Naghten* 140 år tidligere. – For en oppdatert presentasjon og vurdering av situasjonen av dagens system i USA, se James F. Hooper og Alix M. McLearn, Does the Insanity Defense Have a Legitimate Role?, i *Psychiatric Times*, April 2002, Vol XIX, nr. 4.

73. Delstatene i USA har, som vist flere ganger over, egne straffelover, herunder egne regler om utilregnelighetsvurderinger. Flere stater anerkjenner ikke lovbruyeres rett til «insanity defense», og lar bare lovbruyterens sinnstilstand få betydning ved straffespørsmålet. Men dette fører også til at flere psykotiske lovbruyere reelt sett dømmes til – og må sone – langvarige fengselsstraffer. Spørsmålet om det bryter med konstitusjonelle normer ikke å anerkjenne «insanity defense» (dvs. om dette ville være i strid med kravet om retten til «due process» eller forbudet mot «cruel and unusual punishment») er ikke endelig klarlagt. For tiden er det fem stater som i svært begrenset grad åpner for «insanity defense»; Montana, Idaho, Utah, Kansas og Nevada.

74. USC Title 18, Chap 1, Section 17.

75. Hooper og McLearn 2002.

gende religiøse aspektet i amerikansk rettstenkning, og som vi ikke bør overta om vi forlater det medisinske prinsipp.⁷⁶

Det har for norsk strafferetts vedkommende de siste årene vært foreslått at retten under straffespørsmålet skal kunne straffrita en lovbrøyer gjennom en helhetsvurdering der sinnstilstanden ikke i seg selv kvalifiserer for utilregnelighet, se kapittel 5. Dette forslaget er for øvrig også knyttet til muligheten for idømming av særreaksjoner.

5 En avstikker til norsk strafferettshistorie og tilregnelighetsspørsmålet

Som det har framgått av det foregående, har Norge ikke vært en eksportør av idéer vedrørende tilnærming til utilregnelighetsvurderingene i strafferettspleien.⁷⁷ Likevel har det her til lands vært heftige diskusjoner om hvilke prinsipper som burde legges til grunn på dette feltet. For formålet med denne framstillingen er det tilstrekkelig å gå tilbake til kriminalloven av 1842.⁷⁸

Det foreligger en spennende lovhistorie også før dette, fra landskapslovene og over landslovene og fram til 1848. Her skal bare nevnes at allerede i Magnus Lagabøters norske landslov fra 1274–76 (paragraf IV 9) finnes en

76. To kvinner har nylig fått prøvd «insanity defense» etter å ha drept sine egne, mindreårige barn etter «påbud» fra indre stemmer. Begge kvinnene var hjemmearbeidende husmødre og dypt religiøse. Det var ingen tvil om at det i begge tilfellene forelå en alvorlig sinnslidelse. Nøkkelspørsmålet for begge «insanity defense» var om tiltalte kunne skille rettmessige fra urettmessige handlinger, m.a.o. «knowing right from wrong». Den samme rettspsykiater (prof. Park Dietz) bisto aktoratet i begge tilfeller. Mens Mrs. Laney som drepte sine mindreårige med hammer, vant fram med «insanity defense» og derfor ble plassert på mentalinstitusjon, ble Mrs. Yates dømt til livsvarig fengsel for å ha druknet sine. Den grunnleggende forskjellen var at Laney trodde hun gjorde noe riktig idet hun fulgte ordren til stemmer som tilhørte Gud. Når Gud ikke kan beordre noen å gjøre så galt, fant prof. Dietz at dette var bevis for at hun ikke skjønnte forskjellen på rett og galt. Yates derimot fulgte Satans stemme, og hun burde derfor forstå at det var galt å følge denne. For flere detaljer, se http://www.usatoday.com/news/nation/2006-06-20-expert-witnesses_x.htm?POE=click-refer. Yates prøver nå å få gjenopptatt saken sin blant ut fra den sakkyndiges vektlegging av hvem stemmene «tilhørte» for å løse spørsmålet om (u)tilregnelighet.

77. Andenæs 1971 s. 182 finner det imidlertid «bemerkelsesverdig» at lovkomiteen som foreslo *the Model Penal Code* (kapittel 4) ikke tok den norske tilnærmingen med et medisinsk straffrihetsprinsipp opp til alvorlig overveielse, og det til tross for at de norske lovbestemmelsene ble brukt som eksempel på et medisinsk prinsipp der straffrihet følger av «insanity as defined by medical experts».

78. Høyer 1985 presenterer reglene fra eldre tid (Gulatingsloven, Frostatingsloven, Magnus Lagabøters Landslov og Norske Lov). Han presenterer også enkelte saker som er blitt avgjort etter de nevnte lover til belysning av reglernes praktisering, herunder hvilke bevismidler som ble krevd for å kunne bli straffritt på grunn av utilregnelighet. Røstad 1967 foretar en mer detaljert framstilling av selve regelverket i tidligere tiders norske rett (s. 186 flg.).

straffrihetsregel ved drap. Det var medlemmene på tinget som avgjorde om vilkårene var oppfylt. Samtidig framgår at selve «sinnssykeomsorgen» var privatisert. Bestemmelsen lyder:

Dersom en mann blir så galen at han bryter sine bånd og begår drap, da skal han bøte fulle bøter av sitt gods hvis han eier noe. Men dersom han intet har og blir frisk, da skal han reise fra landet og bli borte inntil han får betale full bot for seg. *Dersom det kan påvises at han virkelig er galen*, da kan hvem som helst uten å risikere tiltale, binde ham og føre ham til tinget og tilby hans frender å løse ham. Deretter kan overbringeren løse ham og si seg fri for videre ansvar samt av den galnes gods, dersom sådant finnes, ta til dekning de omkostninger han virkelig har hatt, men heller ikke mer. *Alle bør passe på den galne og risikerer ikke derfor tiltale.* (Mine uth. AS)

Kriminalloven videreførte prinsippet fra landskapslovenes tid om at klart sinnssyke ikke skulle kunne dømmes for sine handlinger, men inneholdt mer detaljerte regler for hvilke psykiatriske tilstander som skulle kvalifisere for straffritakelse. «Galne og Afsindige» skulle i henhold til 1842-loven alltid fritas for straff, uansett om det var sammenheng mellom lovbruddet og sinnslidelsen (det medisinske prinsipp). Samtidig kunne «Alderdoms-Svaghed» og «Sygdom som berøvet den Syge Forstandens brug» gi grunnlag for straffritak (det blandete system). Det er uklart om det medisinske prinsipp ble lagt til grunn i praksis selv ved utvilsomme og alvorlige sinnslidelser.⁷⁹ Loven åpnet ikke for særreaksjoner for utilregnelige lovbrøyttere, og dette skapte problemer med hvor slike lovbrøyttere skulle forpleies.⁸⁰

Denne uklare rettstilstanden var et utgangspunkt under forberedelsene av en ny straffelov. Den nyttepregede strafferettstilnæringen var kommet i høysetet, og denne ble brakt inn i straffelovkommisjonen av 1885, se kapittel 3. Marburg-programmet fra 1882 ble nærmest direkte inkorporert i norsk strafferett, i alle fall i teorien. Men ikke en gang kombinasjonen av professorene Getz og Hagerup nådde fram med sitt forslag om et blandet prinsipp for utilregnelighetsvurderingen. Stortinget foretok viktige endringer i forslaget til ny straffelov, blant annet etter innspill fra Den norske lægeforening.⁸¹

79. Se Røstad 1967 s. 188 flg. med gjennomgang av rettspraksis fra andre del av 1800-tallet.

80. Det ble allerede fra åpningen av Gaustad sykehus i 1855 plassert sinnssyke lovbrøyttere der, og da i strid med intensjonen om at dette skulle være en helseanstalt forbeholdt psykiatriske pasienter. Se nærmere Høyer og Dalgard 2002 s. 94 flg. Dette førte blant annet til bygging av Kriminalasylet i Trondheim, se note 33.

81. Andenæs 1971 s. 168 gir en livfull beskrivelse av konfrontasjonen mellom tilhengere av det medisinske respektive det psykologiske (blandete) prinsipp på et debattmøte i Kriminalistforeningen i 1896. Hovedmotstanderne var Bernhard Getz som ledet straffelovkommisjonen, og politilege Winge som senere deltok i utformingen av legeforeningens henvendelse til Stortinget.

Straffelovkommisjonen tok alvorlig på spørsmål knyttet til plasseringen av personer som ble straffritatt, og på «problemene» skapt av «vanekriminelle» med nedsatt tilregnelighet som fikk «for korte» straffer. Det ble innført strafferettslige særreaksjoner; henholdsvis *sikring* for sinnssyke lovovertridere og *forvaring* for de ikke-sinnssyke vaneforbrytere, særlig de «farlige». Sinnssykebegrepet i straffeloven ble supplert ved at mangelfullt utviklete og/eller varig svekkede «sjelsevner» ble tilstander som kunne kvalifisere for straffritak og derved sikringsdom.⁸²

Den endelige utformingen av strl. § 44 i 1902-loven representerte altså en blanding av det medisinske og psykologiske prinsipp, omtrent like uryddig redigert som den forutgående bestemmelsen i Kriminalloven. Dersom lovbrøyteren var «sindssyg» eller «bevidstløs», skulle dette i seg selv føre til straffrihet (det medisinske prinsipp). Andre tilstander, som blant annet «mangelfull utvikling av sjelsevnerne eller svækkelse eller sygelig forstyrrelse af disse» skulle kunne føre til straffrihet dersom en slik tilstand hadde ført til at «den handlende var ... iøvrigt utilregnelig» (det psykologiske prinsipp). Endelig åpnet lovutkastet for straffenedsettelse for personer med nedsatt tilregnelighet, som oftest knyttet til psykiske lidelser.

Straffeloven av 1902 fikk internasjonal anerkjennelse; her forelå en moderne lov som, i alle fall teoretisk, hadde løst håndteringen av sinnslidende lovovertridere og tilregnelige vaneforbrytere på en forbilledlig måte. Det viste seg imidlertid at de nye reglene i praksis ikke fungerte som forventet. Både sikring og forvaring ble lite brukt, mens ordningen med kortere straffer for personer med nedsatt tilregnelighet ble tilsvarende ofte brukt. Den gruppen som særlig skulle kontrolleres, personer med mangelfullt utviklete og/eller varig svekkede sjelsevner, slapp unna med kortere frihetsstraff enn tidligere, og de ble heller ikke fanget opp av sinnssykeloven av 1848.

Professor Hagerup beklaget særlig at etterforvaringsbestemmelsen i strl. § 65 ikke ble benyttet. I et foredrag i Kriminalistforeningen i 1912 påpekte

82. Begrepet *sjelsevner* ble først innført i norsk strafferett av Getz i et lovutkast fra 1887, og han bemerker at dette var hentet fra et russisk samtidig lovutkast (Røstad 1967 s. 199). Stortinget godkjente innføringen av dette strafferettslige begrepet i en serie bestemmelser i 1902-loven (§§ 39, 44 og 56). Det ble forutsatt at psykiatrien her kunne komme til hjelp for å finne ut hvilke lovbrøytere som falt inn under de strafferettslige kategoriene «mangelfullt utviklete», «sykelig forstyrrede» og «varig svekkede» sjelsevner. Allerede før Stortinget fattet sitt lovvedtak, hadde politilege Winge kommet med en klar advarsel om bruken av slike diffuse betegnelser, en kraftsalve som lett kan forstås ut fra hans tidligere beskrevne uvilje mot det blandete straffrihetsprinsippet: «Vil man ha psykiaterne som sakkyndige, får man forelegge dem psykiatriske spørsmål. Ønsker man ikke sådanne spørsmål, men derimot metafysiske, løste, ja, da kan det bli å overveie hvorvidt man skal tilkalle filosofer eller, som det vel heller bør kalles, metafysikere». Han hadde allerede tidligere i skrift gitt uttrykk for at på de «ovennevnte juridisk-metafysiske problemer om sjelsevnenes beskaffenhet, forstår en psykiatiker seg ikke det minste bedre enn andre folk» (her sitert og referert etter Røstad 1967 s. 200).

han at den norske straffeloven internasjonalt ble ansett som svært progressiv da den ble vedtatt i 1902, ikke minst på grunn av de lange tidsubestemte særreaksjonene. Han fant det derfor «litt flaut etter all denne virak, at denne lovpriste bestemmelse ikke var tatt i bruk».⁸³

Denne utilsiktede praktiseringen av det nye regelverket førte til krav om at bestemmelsene måtte revurderes. En ny lovkomité ble nedsatt i 1922, og denne ble spesielt bedt om å vurdere strl. §§ 39 og 65. Deres arbeid førte til lovendringene i 1929 hvor det ble lagt et rent medisinsk prinsipp til grunn for tilregnelighetsvurderingen, men da supplert med et sikringssystem som åpnet for lengre frihetsberøvelse både av personer med nedsatt tilregnelighet og av «vaneforbrytere». Nedsatt tilregnelighet på grunn av «sjelsevne»-defekter ble samtidig opphevd som en mulig straffnedsettelsesgrunn i strl. § 56.

Straffelovkomiteen fastslo i sin innstilling fra 1925 at for personer med mangelfullt utviklete sjelsevner, fantes ikke, som i andre land, et offentlig tilsyn med åndssvake og andre «halvabnorme». Da kan ikke samfunnet «ha en mellomklasse, som har den frie manns rettigheter, men intet ansvar for sine handlinger» (s. 69). Departementet argumenterte tilsvarende for disse endringene i Ot.prp. nr. 8 (1927) s. 9:

Oppgir man forestillingene om straffen som en ren gjengjeldelse, vil det lett sees at ingen grunn taler for å la sådanne halvabnorme forbrytere slippe særlig billig. Det er selvsagt at disse ikke lar sig lettere påvirke av straff og straffetrusel enn fullt normale personer, således at der av den grunn skal mindre til. Og som komiteen nevner hører disse halvabnorme lovovertrедere ofte til de farligste forbrytere.

Endringene fra 1929 ble stående fram til den såkalte *sikringsreformen* som ble vedtatt ved lov 17. januar 1997 nr. 11, supplert med enkelte senere lovendringer. Reformen trådte i kraft 1. jan. 2002, jf. lov 15. juni 2001 nr. 64. De nåværende reglene er nærmere presentert i strafferettslige standardverker. Jeg har i annen forbindelse foretatt en kritisk gjennomgang av sikringsreformen og bakgrunnen for den,⁸⁴ og skal her bare kort nevne de endringene som ble vedtatt som ledd i denne:

1. Det ble foretatt språklige endringer i utilregnelighetsregelen i strl. § 44 (betegnelsen «sinnssyk» ble erstattet av «psykotisk» og «psykisk utviklingshemming i høy grad») uten at dette skulle medføre større endringer i rettstilstanden.⁸⁵
2. Det ble vedtatt tre nye strafferettslige særreaksjoner; *forvaring* (klassifiseres som straff) for tilregnelige lovbrøyttere, og *tvungen psykisk helsevern* (for «psykotiske» og «bevisstløse» utilregnelige lovbrøyttere) og *tvungen omsorg* (for utilregnelige lovbrøyttere som er «utviklingshemmede i høy grad»). Disse erstatter de tidligere ord-

83. Røstad 1967 s. 201.

84. Syse 1997 s. 43 flg.

85. Se note 12 om at det ble tilsiktet en viss heving av IQ-grensen for straffritak av utviklingshemmede som begår lovbrudd.

ningene med *sikring* (mye brukt på opphevingstidspunktet) og *forvaring* (ikke i bruk på opphevingstidspunktet).

3. Det ble vedtatt en ny straffnedsettelsesregel med strl. § 56 bokstav c som innebærer at retten kan sette ned straffen under det lavmål som er bestemt for handlingen, og til en mildere straffart når «lovbryteren på handlingstiden hadde en alvorlig psykisk lidelse med en betydelig svekket evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen, men ikke var psykotisk, jf. § 44, eller var lettere psykisk utviklingshemmet eller handlet under en sterk bevissthetsforstyrrelse som ikke var en følge av selvforskyldt rus». Denne bestemmelsen er i sitt innhold identisk med den tilsvarende bestemmelsen som ble gitt i 1902 og opphevd i 1929.

Da regjeringen foreslo de nye reglene om tilregnelighet og særreaksjoner i 1990-årene, ble det foreslått en *fakultativ straffritaksregel* i lovforslaget strl. § 45, det vil si en bestemmelse som *ville kunne* medføre straffritak etter en skjønnsmessig helhetsbedømmelse.⁸⁶ Da ville rettstilstanden på dette feltet blitt tilbakeført til det blandete prinsipp fra 1902, dog uten at det på noen måte ble klarlagt hvilken sammenheng det skulle være mellom den nedsatte tilregneligheten og det aktuelle lovbruddet.

Dette forslaget var i tråd med tilrådingene fra de forutgående lovutvalgene som alle gikk inn for en slik bestemmelse, men med noe ulik utforming og begrunnelse.⁸⁷ Stortingsflertallet – alle partier unntatt Arbeiderpartiet – avviste forslaget som var gitt følgende utforming:

Den som på handlingstiden hadde en alvorlig psykisk lidelse med en betydelig svekket evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen, men ikke var psykotisk, jf § 44, *kan likevel* fritas for straff.

Den som på handlingstiden var psykisk utviklingshemmet i lettere grad, kan fritas for straff når *særlige omstendigheter taler for det*.

Den som handlet under sterk bevissthetsforstyrrelse, *kan også* fritas for straff. Var bevissthetsforstyrrelsen en følge av selvforskyldt rus, kan den ikke medføre straffritak. (Mine uth. AS)

Denne fakultative straffritaksbestemmelsen skulle altså omfatte lovbytere som på handlingstiden hadde nedsatt tilregnelighet pga. psykisk lidelse (første ledd), psykisk utviklingshemming (andre ledd) eller «bevisstløshet» på handlingstiden, det vil si at handlingen skjer under kortvarige og dyptgående bevissthetsforstyrrelser.⁸⁸

86. Se Ot.prp. nr. 87 (1993–94) særlig s. 30 flg. og Innst. O. nr. 34 (1996–97).

87. Forslaget ble først fremmet i NOU 1974: 17 *Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner*; forslaget fikk så tilslutning i både NOU 1983: 57 *Straffelovgivningen under omforming* og NOU 1990: 5 *Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner*.

88. Den det gjelder, kan handle aktivt, men «vet ikke hva han gjør», fordi forbindelsen med det vanlige «jeg-et» er brutt, se Slettan 1990 s. 120. Strafferettslig bevisstløshet ble for øvrig ved Stortingets vedtak flyttet fra § 45 (fakultativ straffrihet) til § 44 (strafferettslig utilregnelighet).

Personer som eventuelt ville bli straffritatt etter § 45, ville samtidig bli vurdert som utilregnelige, og kunne derved – dersom vilkårene ellers var oppfylt – dømmes til strafferettslige særreaksjoner. Det ble i flere sammenhenger uttrykt sterk skepsis mot å innføre en slik «uklar grense» for den strafferettslige (u)tilregnelighetsvurderingen, særlig når straffrihet samtidig kunne føre til tidsubestemte særreaksjoner.⁸⁹ Det ble altså åpnet for en full hensiktsmessighetsvurdering der særlig muligheten for særreaksjonsdom sto som et mulig alternativ mht. plassering av en lovbrøyer med nedsett tilregnelighet og som ble opplevd som «farlig». Derfor skulle vurderingen av et slikt straffritak etter strl. § 45 foretas under straffespørsmålet; det var ikke en utilregnelighetsvurdering knyttet til selve skyldspørsmålet og lovbruddet.

Det var høyst ulike begrunnelser for Stortingsflertallets avvisning av den foreslåtte strl. § 45. For Fremskrittspartiet og Høyre syntes det viktigst at flest mulig ble gjort strafferettslig tilregnelige, og derved kunne straffedømmes for lovbrudd (Forh. O. (1996–97) s. 271 og 277), mens det fra Sosialistisk Venstreparti ble understreket den nære sammenhengen mellom straffritak og mulighet for å bli idømt særreaksjon (Forh. O. (1996–97) s. 268) med økt straffepotensial til følge.

Lite tyder på at denne lovprosessen om tilregnelighet og særreaksjoner som tok innpå 30 år, har skapt ro omkring disse spørsmålene. Særlig har det vært kriminalpolitisk «bekymring» for ulike lovbrøyergrupper. Én gruppe oppfattes å være strafferettslig utilregnelig, men de begår ikke så alvorlige lovbrudd at vilkårene for særreaksjon er oppfylt.⁹⁰ En annen gruppe oppfattes å svinge mellom strafferettslig tilregnelighet og utilregnelighet, og oppfattes å være uønsket av så vel politi/påtalemyndighet («dette er psykiatriens ansvar») og psykiatrien («dette er ikke vårt ansvar»).

Det interessante med de norske forslagene om en fakultativ straffebestemmelse ved delvis tilregnelighet, og som hadde vært reist fra 1974 og fram til Stortingets lovbehandling desember 1996, er at det ikke oppstilles kriterier som knytter utilregnelighetsvurderingen til selve lovbruddet slik utenlandske standarder gjør. Waaben (1968) har en egen kategori han omtaler som *innholdsløse kriterier* for den type vurderinger som lovforslaget gir anvisning på;⁹¹ henholdsvis «*kan likevel*» (første ledd), «*særlige omstendigheter taler for det*» (andre ledd) og «*kan også*» (tredje ledd).

Jeg ser ikke bort fra at det vil bli tilsvarende kriterier som på nytt foreslås for på en «hensiktsmessig måte» å møte de «brysomme» og «halvgale».

89. Se Georg Høyér og Aslak Syse, Slem, gal eller begge deler. En kritisk kommentar til NOU 1990: 5, i *Lov og Rett* 1991 s. 410 flg. og Syse 1995, se særlig s. 621 flg.

90. Se avsnitt 6.4 om nedsettelsen av Møland-utvalget mai 2006, med tilhørende intervju i Aftenposten med justisminister Knut Storberget 29. mai 2006, se <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article1 332 444.ece>.

91. Se Waaben 1968 s. 36 flg.

Debatten tidlig i 1990-årene var ganske lik den som foregikk i årene 1885–1902 og med tilsvarende argumenter. Men den ble verken så analytisk, ført med tilsvarende kunnskapsbredde og lidenskap, eller med et utsyn mot prinsipielle spørsmål som straffens begrunnelse, tilregnelighetens grunnlag og vurderingers godhet som for hundre år siden. Debatten – og forslagene – preges av ulike former for pragmatiske avveielser med ønske om kriminalpolitiske «grep» for å «vise handlekraft», se nærmere presentasjonen av ulike dilemmaer i kapittel 6.

Kort oppsummert kan forholdet mellom de ulike standardene settes opp i følgende figur (her modifisert etter Høyer og Dalgard s. 248):

STANDARD	KJENNETEGN
<p>I. Det medisinske prinsipp (også kalt det biologiske system)</p>	<p>Strafferettslig utilregnelighet er utelukkende avhengig av diagnosen og sykdomsgraden.</p>
<p>II. Det blandete prinsipp II.A Det psykologiske prinsipp: (også kalt det metafysiske prinsipp)</p> <p><u>Eksempler:</u> <i>The M'Naghten rule</i> (1843) <i>The Irresistible Impulse Test</i> (1878) <i>The Model Penal Code</i> (1962) <i>The Federal rule</i> (1984)</p>	<p>Strafferettslig utilregnelighet er avhengig av både psykisk lidelse og lovoppstilte tilleggsvilkår.</p> <p>Det må foreligge en psykisk lidelse. I tillegg må lovbryteren <i>mangle evne</i> til å forstå at han eller hun handlet rettsstridig for å bli bedømt som strafferettslig utilregnelig.</p>
<p>II.B Det kausale prinsipp</p> <p><u>Eksempler:</u> <i>The Durham rule</i> (1954)</p>	<p>Det må være en årsakssammenheng mellom den psykiske lidelsen og det konkrete lovbruddet.</p>
<p>II.C Ikke-styrt helhetsvurdering <i>Ulike forarbeider og teoretiske overlegninger, blant annet i England, USA og Norge</i></p> <p><u>Eksempler:</u> Forslag til fakultativ straffrihetsbestemmelse i Ot.prp. nr. 87 (1993–94)</p>	<p><i>Innholdsløse tilleggskriterier</i>; dvs. lovgiver gir opp overfor oppgaven å trekke grensen mellom straffansvar og straffrihet og overlater dette til en pragmatisk helhetsvurdering av retten.</p> <p>Presiseringer som «kan likevel» og «kan også».</p>

6 Enkelte mer overordnede spørsmål – og dilemmaer – knyttet til strafferettslig utilregnelighet

Det er ikke få dilemmaer knyttet til straffansvar og frihetsberøvelse; og de bør ikke være få når hensynet til rettferdigheten og rettssikkerheten settes på strekk. Det er de tilsvarende spørsmålene som ble reist og drøftet i England med full tyngde knyttet til M'Naghten-saken for mer enn 160 år siden, og her i landet ved

forberedelsen av ny straffelov for 110 år siden, og senere ved den kriminalpolitiske tilstramningen i 1920-årene.

Enkelte dilemmaer er av normativ karakter med referanse til både moralfilosofiske og juridiske vurderinger; hvilke rettsregler kan tåle å bli målt mot rettferdsmessige og rettssikkerhetsmessige standarder? I tillegg er det faglige og fagetiske dilemmaer knyttet til en usikker vitenskap – den medisinske sakkundigheten og ganske særlig den psykiatrifaglige – både vedrørende diagnostisering av alvorlige tilstander, hvordan disse bør henføres til juridiske kategorier, og grunnlaget for å kunne forutsi fare for tilsvarende alvorlige handlinger i framtiden.

Verken moralfilosofien eller jussen, og vel heller ikke rettspsykiatrien, står stort sterkere rustet til å gi allmenngyldige og varige svar på slike problemer i dag enn for 150 år siden. I mellomtiden har vi sett framveksten av den moderne naturvitenskapelige medisinen inkludert nevrologien og den biologisk baserte psykiatrien, psykoanalysen, atferdsvitenskapen og andre medisinske og psykologiske teorier til forklaring av menneskelig atferd. Samfunnsvitenskapelige fag som sosiologi, kriminologi og retts sosiologi har parallelt hatt sammenhenger mellom lovbrudd, strafferettslige reaksjoner og samfunn som et sentralt forskningsområde.

Vi vet tilsynelatende så mye mer om både kroppen, sinnet og sammenhengen mellom individer og samfunn enn mennesker som levde for bare 100 år siden. Denne kunnskapen synes imidlertid ikke å være anvendbar til å gi mer varige svar på de moralfilosofiske spørsmålene som her skal stilles.

6.1 Trenger vi regler om utilregnelighet? – og i tilfelle: Hvilke formål skal slike regler oppfylle?

Mitt svar er: Ja, i *kjerneområdet* for den klassiske alvorlige sinnslidelsen (psykosen) og hvor lovstridige handlinger er knyttet til lidelsens karakter og alvorlighetsgrad. Da vil strafferetten ligne mer på andre rettsområder som avtalerett, erstatningsrett mv. Enkelte individer har en realitetsvurderingsevne, i alle fall på enkelte områder, som er så «forvrengt» at personen ikke bør ansvarliggjøres for sine handlinger. Og formålet med selve utilregnelighetsvurderingen blir da å ta stilling til om straff kan anvendes eller ikke.

Vurderingen av manglende skyldsevne vil med et slikt utgangspunkt reise få faglige problemer, og også legfolk vil klare å foreta de relevante vurderingene, noe de blant annet gjør i lagretten i dag. Dette var avgjørelser som i gammel tid lå dels til legfolk og dels til teologer. Med vår tids tro på ekspertise unngår man ikke at psykiatere skal vurdere selv de mest opplagte «gale», men forhåpentligvis ville denne diagnostiseringen uansett blitt foretatt for å kunne vurdere behandlingsbehov mv.

Etter mitt syn oppstår dilemmaene først når utilregnelighetsbestemmelsene utstrekkes til å omfatte personer som har innsikt i

egen situasjon, og i det klanderverdige i eget handlingsvalg, men like fullt ikke finnes å kunne rettslig ansvarliggjøres, ut fra «frkantede» rettsregler. Det medisinske prinsipp er en slik regel.

6.2 Hvordan bør en utilregnelighetsregel utformes – ut fra et medisinsk prinsipp eller et blandet prinsipp?

Spørsmålet er rent konkret: Bør vedkommende person straffritas pga. en medisinsk diagnose, med tilhørende subsumsjon under juridiske regler, helt uavhengig av om den psykiatriske tilstanden har spilt inn når den lovstridige handlingen ble begått? I følge det blandede prinsipp er det avgjørende ikke selve sinnslidelsen, men ulike tilleggsvurderinger, for eksempel om vedkommende var i stand til å forstå/kontrollere sine handlinger, og da særlig det lovbruddet som skal strafferettslig bedømmes.

Tradisjonelt har vi i Norge vært fornøyd med praktiseringen av det medisinske prinsipp som ble innført i 1929. Men ved denne innføringen ble tilregnelighetsvurderingen samtidig supplert med innføring av et strafferettslig institutt, sikringsordningen, som åpnet for å idømme ikke bare antatt farlige folk, men også plagssomme og brysomme lovbrutere, og dette enten de var helt utilregnelige eller delvis utilregnelige. Sikring kunne altså idømmes for handlinger med svært lav straffverdighet. Sikring ble instituert ut fra et behandlingsmessig perspektiv,⁹² mens virkeligheten ofte var sosial renovasjon, på linje med tvangsarbeideranstalten på Opstad som skulle «behandle» rusmiddelavhengige ved flere års hardt arbeid.⁹³ Begrunnelsen for de langvarige innesperringene var dels hensynet til samfunnsvernet, og dels forbryternes avvikende sinnstilstand og de antatt foreliggende behandlingsmulighetene. Behandlingsoptimismen ga legitimitet til særreaksjonene, mens den bakenforliggende årsaken var hensynet til samfunnsvernet; dette kom eksplisitt fram i lovforarbeidene.⁹⁴

Samfunnskontrollen med uønskete individer økte også på andre områder i mellomkrigstiden. Steriliseringsloven i 1934 åpnet adgang til tvangssterilisering av åndssvake og andre personer som ikke burde forplante seg,⁹⁵ kastrasjonsoperasjoner kom i bruk overfor sedelighetsforbrytere og andre personer med psykiske avvik og et utfordrende seksualliv,⁹⁶ taterne ble utsatt for isolering og sterilisering.⁹⁷ Psykiatriske institusjoner og ulike verne- og spesialskoler ble benyttet til samfunnsrenoverende formål på linje med tvangsarbeidsanstalten.

92. Odd S. Dalgard (red.), *Dømt til sikring*, Oslo 1970.

93. Christie, Nils, *Tvangsarbeid og alkoholbruk*, Oslo 1960.

94. Vilhelm Aubert, Legal Justice and Mental Health, *Psychiatry* 1958 s. 101 flg., Nils Christie, Noen kriminalpolitiske særforholdsreglers sosiologi, *Tidskrift for samfunnsforskning* nr. 3 for 1962 s. 28 flg. og Høyser 1985.

95. Syse 1995 s. 76.

96. Johan Bremer, *Veier og villspor i psykiatrien*, Oslo 1982.

97. Ragnhild Schlüter, *De reisende. En norsk minoritets historie og kultur*, Oslo 1993.

For mange som ble møtt med disse særlige reaksjonene, ville en rent strafferettslig bedømmelse utvilsomt framstått som et bedre alternativ. Frihetsberøvelsen ville blitt kortere – og ikke minst tidsbestemt. Dessuten: Lovbryteren ville blitt tatt mer på alvor som medmenneske, eller som folk flest, for å sitere Nils Christie. Som medlem i lovutvalget som avgav NOU 1974: 17, la han fram en lengre prinsipiell særuttalelse hvor det blant annet heter: «Både ut fra hensyn til lovbrøyttere og behandlere, er det etter mitt skjønn best som et utgangspunkt at folk er som folk flest, og derved både har rett og plikt å stå til rette for sine handlinger.»⁹⁸

Både hensyn til rettferdighet og rettssikkerhet ble kompromittert. Disse erfaringene trekker i retning av å begrense utilregneligheten til alvorlige former for sinnslidelser, eventuelt supplert med et innvirkningsaspekt i forhold til det konkrete lovbruddet. Dette fører til at flere personer vil bli vurdert som strafferettslig tilregnelige og derved kunne møtes med alminnelige reaksjoner som vi andre blir møtt med ved brudd på samfunnets normer.

Det kan også rettes innvendinger mot et rent medisinsk tilregnelighetsbegrep ut fra mer rettferdsmessige synspunkter; begrepet plasserer de psykisk avvikende lovovertrедere i en særstilling når det gjelder straff. Hvorfor skal nettopp disse slippe straff, når en vet at vanskelige sosiale forhold kan være en minst like viktig årsak til kriminalitet som sinnslidelser? Som Høyer og Dalgard formulerer spørsmålene: Hvorfor skal for eksempel en person som i all sin tid har levd under miserable sosiale forhold i en ghetto i en amerikansk storby, gjøres mer ansvarlig for sine lovovertrедelser enn en sinnslidende som lever under gode sosiale forhold? Hvem har størst «frihet»?

Etter min mening er den beste måten å møte lovbrøyttere med nedsatt tilregnelighet på, dersom det foretas en tilstramning ved utilregnelighetsvurderingen, å vurdere den nedsatte tilregneligheten som en straffnedsettende omstendighet. Allerede i dag kan dette skje etter bestemmelsen i strl. § 56 første ledd bokstav c, reinnført i 1997 og helt i tråd med den tilsvarende bestemmelsen fra 1902. Bestemmelsen er gjengitt i kapittel 5. Dette fører til at det i én forstand – ønsket om både en rettferdig og human strafferechtspleie – vil være bedre å innsnevre enn å utvide tilregnelighetskriteriene. Det kan også virke underlig at det ikke er mulig å ilegge bøter til en strafferettslig utilregnelig person som har klar forståelse av det klanderverdige i egen handling, mens en helt psykotisk person i dag kan tillegges erstatningsrettslig ansvar for handlinger han eller hun verken hadde forståelse for eller kontroll over. Det å kunne bøtelegge en person med innsikt i egen skadevoldende handling, kan være en bedre måte å møte lovbrøytteren på enn ved enten å la vedkommende gå helt fri for reaksjon eller å måtte idømme tvungent psykisk helsevern.

98. NOU 1974: 17 s. 145.

Problemet synliggjøres av dommen i Rt. 2005 s. 104 hvor en utvilsomt psykotisk person utførte et drapsforsøk som han ikke kunne stilles strafferettslig ansvarlig for. Han var uten innsikt i handlingen, og han ville utvilsomt blitt vurdert som utilregnelig også ved en innsnevring av denne persongruppen i tråd med det jeg anser som ønskelig. Han ble ved dom overført tvungent psykisk helsevern (strafferettslig særreaksjon). Høyesteretts flertall (dissens 3–2) kom til, og da i strid med tidligere rettspraksis, at gjerningsmannen i sin psykotiske tilstand var klar over at han gjentatte ganger stakk med kniv og at stikkene var rettet mot et menneske. Dermed handlet han forsettlig etter skadeserstatningsloven § 3–5 bokstav a.⁹⁹ På grunn av gjerningsmannens sinnssykdom og begrensede økonomiske evne ble oppreisningen redusert. Skadelidtes krav på kompensasjon vil uansett falle inn under ordningen med voldsoffererstatning.

Etter mitt syn tilsier hensynet til en viss harmoni i vår rettsorden at vedkommende burde blitt fritatt for erstatningsansvar. Om han derimot hadde hatt en viss forståelse for det straffverdige i handlingen, burde han både stått erstatningsrettslig ansvarlig (som følger av dagens rettspraksis) og samtidig burde det da blitt vurdert konkret om han også skulle stått strafferettslig ansvarlig for handlingen (ikke aktuelt i dag ved psykose ut fra det medisinske prinsipp for utilregnelighetsvurderingen).

Hvordan et innvirkningsprinsipp lovmessig bør utformes og håndheves i praksis, herunder de ulike bevissspørsmål som vil oppstå i den forbindelse, er egnet for et lovutvalg. I alle fall er det ikke slik at dette er en umulighet idet Norge er alene om å unngå dette problemet på strafferettens område. Dessuten eksisterer tilsvarende innvirknings- og bevissspørsmål på privatrettens område allerede i dag.¹⁰⁰ Det bør derfor være et formål for et slikt lovutvalg å gjennomgå de ulike reglene på dette feltet for å vurdere sivilrettslige og strafferettslige regler i en bredere sammenheng.

En siste, men ikke minst viktig, grunn til at utilregnelighetsbegrepet bør innskrenkes – og i alle fall ikke utvides – er at et straffritak samtidig vil åpne for idømming av særreaksjonen *overføring til tvungent psykisk helsevern*, og da med hjemmel i straffeloven og ikke i psykisk helsevernloven.¹⁰¹ Dette fører over til dilemmaet med strafferettslige særreaksjoner.

6.3 Forholdet mellom straffrihet og mulighet for særreaksjoner

Det har lenge vært tenkt slik at dersom en person ikke er strafferettslig tilregnelig, vil han eller hun like fullt kunne oppfattes som farlig eller brysom for samfunnet. Medias dekning av et fåtall tra-

99. Se nærmere Lars Duvaland, Sinnssykes erstatningsansvar, *Tidsskrift for erstatningsrett* 2005 s. 287 flg.

100. Se note 49 vedr. privatrettslige forhold der det stilles krav om sinnslidelsen innvirkning på kontrakt, testament eller lignende for at ugyldighetsregelen skal slå inn.

101. Om forholdet mellom disse to regelverkene, se Syse 2004 s. 94 flg. og Høyer og Dalgard 2002 s. 239 flg.

giske drap begått av personer med psykiske lidelser, og etter utskrivning fra sykehus, har gitt allmennheten en oppfatning av at psykiatriske pasienter er særlig farlige, hvilket statistisk ikke kan belegges.¹⁰² Men denne alminnelige oppfatningen gir legitimitet til fortsatt frihetsberøvelse, utover behandlingsformålet, jf. bruk av omtaleord som «tikkende bomber», benyttet både i massemedia og stortingsalen, se nærmere kapittel 2.

I dag er det bare lovbrutere som blir subsumert under straffe-frihetsbestemmelsen i § 44 første ledd, altså som finnes (helt) utilregnelig, som kan bli idømt særreaksjonen *overføring til tvungent psykisk helsevern*. Heri ligger ofte gjemt det kriminalpolitiske ønsket om å utvide utilregnelighetsgrunnlaget, slik vi har sett i alle lovforslag fra 1974 til 1997. Det kan høres betryggende ut for allmennheten at domstolen pga. domfeltes sinnstilstand – vurdert til sterkt nedsatt tilregnelighet uten at man kan vurdere personen som utilregnelig – ut fra et «kan også»-kriterium vil kunne finne at tilstanden kvalifiserer for straffritak og eventuell særreaksjons-dom.

Dagens regler åpner bare for slik særreaksjonsdom overfor personer som har begått alvorlige lovbrudd. Nå synes justisministeren å ønske at også «brysomme gjengangere» med en viss innsikt kan idømmes særreaksjonsdom, og har nedsatt en hurtigarbeidende utredningsgruppe for å vurdere dette spørsmålet spesielt, se avsnitt 6.4. Dette er personer som psykisk helsevern tradisjonelt ikke ønsker som pasienter, men med straffeloven som utgangspunkt må dørene åpnes.

Men samtidig skal dette – i henhold til forslagene – først skje under straffespørsmålet. Ved en helhetsvurdering kan det da legges vekt på – ved et eventuelt straffritak – om vedkommende bør idømmes særreaksjon av hensyn til samfunnsvernet. For domfelte kan det derfor bli en mer enn tvilsom seier dersom domstolen først finner at han er straffri (han eller hun bør ikke pålegges straffansvar for lovbruddet), hvoretter utmålingen i neste sekund fører til en tidsubestemt overføring til tvungent psykisk helsevern etter de særlige vilkårs- og opphørsreglene i straffeloven, og de særlige gjennomføringsbestemmelsene i kapittel 5 i lov om psykisk helsevern.

Særreaksjonen *dom på psykisk helsevern* er en prinsipielt tidsubestemt reaksjon, der «soningen» først finner sted i psykiatrisk sykehus, men der det også åpnes for fortsatt «soning» i fengsel.¹⁰³ Straffriheten kan derfor bli inngangsbilletten til en strengere – og

102. Om den påviselige «overfarligheten», se Høyér og Dalgard s. 253 flg. med videre referanser til en rikholdig internasjonal forskning.

103. Syse 2004 s. 102 omhandler den særlige regelen i psykisk helsevernloven § 5–6 som åpner for overføring til anstalt under kriminalomsorgen. Foreløpig (juli 2006) er ikke denne bestemmelsen benyttet, men det kan fort bli aktuelt med de kriminalpolitiske utspillene fra Justisdepartementet i 2005 om å utvide målgruppen for særreaksjonsdom, se nedenfor.

mer frihetsberøvende – reaksjon enn tidsbestemt straff. Mange vil selv ha et ønske om å kunne gjøre opp for seg gjennom en strafferettslig reaksjon, dvs. å bli behandlet som «folk flest».

Dersom det er behandling vedkommende trenger for sin sinnstilstand, er det rimeligere å anvende psykisk helsevernlovens alminnelige bestemmelser der kriteriet «alvorlig sinnslidelse» er et videre begrep enn straffelovens utilregnelighetsvilkår. De fleste som vil kunne finnes strafferettslig utilregnelige, og pga. lovstridig atferd vurderes aktuelle for særreaksjon, vil også kvalifisere for tvungent psykisk helsevern etter de ordinære bestemmelsene i psykisk helsevernloven idet både grunnvilkåret og farekriteriet vil være oppfylt. Og hvis vedkommende finnes tilregnelig, er det nettopp de alminnelige bestemmelsene i straffeloven, herunder muligheten for straffenedsettelse, som bør være reaksjonsmåten fra samfunnets side.

Med de reglene som nå foreslås, vil resultatet kunne bli det paradoksale: Dømt til behandling – frikjent til fengsel!¹⁰⁴

Etter mitt syn vil det være mer rimelig å la personer som er strafferettslig tilregnelige, møtes med alminnelige strafferettslige reaksjoner, og at personer som oppfattes å være «for mentalt utenfor» til å kunne gjøres strafferettslig ansvarlige, blir vurdert som alminnelige pasienter i psykisk helsevern, og ikke dømmes til å bli «særpasienter». Det er ikke slik at personer som er innlagt i psykisk helsevern og oppfattes som farlige, nødvendigvis får et kortere opphold enn personer som blir dømt til tvungent psykisk helsevern, se for eksempel Rt. 2001 s. 1481.¹⁰⁵

6.4 Skal vi nærme oss spørsmål om utilregnelighet og særreaksjoner normativt, ut fra synspunkter om skyld, ansvar og begrunnelser for straff? – eller bør utgangspunktet være en pragmatisk «løsning» på kriminalpolitiske utfordringer?

Begrunnelsene for å påføre personer som har begått lovbrudd, et onde (straff) eller noe som oppleves som et onde (en strafferettslig særreaksjon), og vurderingene av om en person rent konkret ikke bør stilles ansvarlig for sine handlinger, er i sin natur normative. De er nært knyttet til samfunnets maktutøvelse, berettigelsen av

104. Da jeg valgte dette som overskrift på en artikkel i *Nytt i strafferetten* i 1997, burde det vært benyttet et spørsmålstegn etter overskriften. Som man vil se av brøtteksten, er det nå tid for et tegnskifte.

105. Pasienten hadde i 1986 under psykose drept legevaktslegen som var på hjemmebesøk for å vurdere hans sinnstilstand. Høyesterett fant i 2001 at han, til tross for at han ikke hadde symptomer på psykisk lidelse, hadde en «alvorlig sinnslidelse» i psykisk helsevernlovens forstand, og videre at han utgjorde en «nærliggende og alvorlig fare» for andres liv eller helse. Administrativt tvangsvern ble derfor opprettholdt, se Syse 2004 s. 128–131.

slik maktutøvelse og mulige begrensninger i denne, og derved overordnede spørsmål i samfunnet.

Slik ble spørsmålene vurdert her i landet i 1890-årene, i 1920-årene og i 1970-årene. Nå synes spørsmålene, ganske sikkert fordi dilemmaene er «uløselige», å bli møtt med mer pragmatiske begrunnelser og løsningsmåter. Dette var tilfellet med utvalget som framla NOU 1990: 5,¹⁰⁶ og ved Stortingets behandling av sikringsreformen.¹⁰⁷ Nå har Justisministeren tatt «grep» for å evaluere sikringsreformen; det skal foretas en ny gjennomgang av regelverket.

I stedet for et bredt sammensatt lovutvalg, ble det ultimo mai 2006 nedsatt en tre-personers utredningsgruppe med et vidt mandat og svært kort tidsramme.¹⁰⁸ Gruppen skal vurdere forvaringsordningen, hvordan utilregnelighetsreglene har fungert og spørsmålet om en skjønnsmessig (fakultativ) straffritaksregel. De to strafferettslige særreaksjonene for utilregnelige lovbrøyttere skal vurderes nøye, likeledes bruken av rettspsykiatrisk sakkyndighet. Og ikke minst skal gruppen særlig vurdere en «utvidelse av anvendelsesområdet for særreaksjoner for utilregnelige». Det er også gitt en overraskende rettslig begrunnelse for forslaget om å utvide anvendelsesområdet for særreaksjoner for utilregnelige:

Som straffrie bør utilregnelige bare ilegges en strafferettslig reaksjon når det er strengt nødvendig. Samtidig kan den klart samfunnsskadelige aktiviteten som enkelte utilregnelige begår, være til stor sjenanse for andre personer og for samfunnet. Derfor bør samfunnet kunne verne seg mot denne atferden. De utilregnelige som det gjelder, har behov for hjelp. Det beste ville derfor vært om det fantes løsninger innenfor helsevesenet. *Helse- og omsorgsdepartementet har lagt til grunn at psykisk helsevernloven neppe kan endres med sikte på å ta hånd om denne gruppen utilregnelige, bl.a. pga. en Europarådsrekommendasjon. Rekommandasjonens begrensninger gjelder ikke når plasseringen iverksettes etter strafforfølgning.*

Et alternativ er derfor å foreslå en snever utvidelse av anvendelsesområdet for særreaksjoner for utilregnelige for å fange opp disse tilfellene. Utredningsgruppen bes vurdere en slik snever utvidelse av anvendelsesområdet for særreaksjoner for utilregnelige. Vilårene bør i så fall være strenge – men det skal vurderes om vedvarende plagsom atferd, der andre tiltak har vist seg åpenbart uhensiktsmessige, bør kunne føre til en særreaksjon. I vurderingen av om en slik snever utvidelse bør skje, skal utredningsgruppen se på samfunnsnyten av et slikt tiltak. Å overføre plagsomme utilregnelige til tvungen psykiisk helsevern må ha en nyttefunksjon som går utover å være en ren oppbevaringsanstalt for denne typen utilregnelige lovbrøyttere. (Min uth. AS)

106. Høyer og Syse 1995.

107. Syse 1997.

108. Utvalget ledes av psykiater Øystein Mæland (Ullevål Sykehus). De to øvrige medlemmene av utredningsgruppen er Berit Sagfossen (Oslo statsadvokatembeter) og Emmanuel Revis (Sentral fagenhet for tvungen omsorg).

Ut fra mandatet skal en ikke-bindende folkerettslig tekst føre til at utilregnelige lovbrøyttere med alvorlig psykisk sykdom (psykose) ikke skal kunne få et behandlingsopphold i psykisk helsevern etter de alminnelige reglene i psykisk helsevernloven, men må dømmes etter straffeloven til å være der på særlige vilkår. Dette er et prinsipielt knefall som må være «gefundenes fressen» for norske psykiatere: Vi slipper ikke syke inn i våre hospitaler før de dømmes til det (!), og da med støtte fra Justisdepartementet og Helse- og omsorgsdepartementet.¹⁰⁹ Og da kan vi sende dem tilbake til fengsel om de ikke passer hos oss.

Kombineres utvidete kriterier for særreaksjon med et utvidet grunnlag for utilregnelighetsvurdering ved en fakultativ straffrihetsbestemmelse, kan resultatet i tillegg bli flere straffritak for å få flere særreaksjonsdømte. Da er vi tilbake til rettstilstanden etter sikringsreformen fra 1929.

De mange prinsipielle spørsmålene skal besvares innen 31. desember 2007. Som en resultatorientert justisminister krever Storberget heller ikke at rapporten leveres samlet. Ett vanskelig og helt prinsipielt spørsmål er muligheten for å dømme strafferettslig utilregnelige lovbrøyttere som ikke begår egentlig farlig kriminalitet, til en tidsbegrenset særreaksjon. Dette spørsmålet skal besvares separat innen 1. oktober 2006, dvs. på fire måneder, inklusive sommerferien, og løsrevet fra sin sammenheng!

I et oppslag i Aftenposten 29. mai 2006 under overskriften *Storberget: Vi må reagere* heter det om utredningsgruppens arbeid: «Justisministeren mener det har oppstått et 'hull i lovgivningen'.¹¹⁰ ... Jeg har bedt gruppen finne en måte å reagere overfor disse lovbrøytterne på, slik at de kommer ut av vanekriminaliteten. Det er i deres egen interesse at de stoppes, det verste som kan skje er at vi ikke gjør noe med dem.»

Når departementet vurderer at strafferettslige særreaksjoner bør brukes med pedagogisk siktemål overfor en person som tydeligvis har forstått at han eller hun handler urettmessig, vil bøter eller tidsbestemt frihetsstraff sannsynligvis være en mer tilpasset reaksjonsform. Personen ville da bli møtt av samfunnets krav på lik linje med oss andre. Og det er heller ikke slik at psykisk helsevern synes beredt til å motta vedkommende. For igjen å sitere Storberget: «Slik regelverket den gang [ved sikringsreformen] ble formulert, kan slike lovbrudd ikke straffes, og til tross for at de fleste av disse lovbrøytterne har en psykose, har ikke det psykiske helsevernet alltid hatt et tilbud til dem.» Dømmer man folk til tvungent psykisk helsevern når psykisk helsevern ikke har et tilbud til dem, åpnes det nettopp for at straffriheten kan ende i fengselsopphold, og da prinsipielt på ubestemt tid.

109. Av mandatet framgår klart at dette er utarbeidet i fellesskap av de to departementene selv om arbeidsgruppen er forankret i Justisdepartementet.

110. Uttalelsen minner – både i språk og innhold – sterkt om Getz' uttalelser fra 1895 om «lakuner» i straffeloven, gjengitt i kapittel 3.

6.5 Debatten i Norge akkurat nå

De store spørsmålene synes like vanskelige og like uløste som tidligere, men de reduseres fra å være prinsipielle spørsmål til rent praktiske spørsmål. Og det er en ganske ahistorisk holdning blant norske politikere. Saksordføreren for sikringsreformen, politijuristen Arild Hiim (Høyre), kunne fastslå at det i komiteen var enighet om at «vi skal prøve å ta et stort skritt i en ny retning».¹¹¹ En velorientert verdikonservativ ville nok heller framhevd den historiske kontinuiteten i lovsaken idet man gjeninnførte rettstilstanden fra 1902.

Det er nyklassisismen som har hegemoniet i den internasjonale strafferettslige debatten: Handlingens grovhet bør avspeiles i reaksjonsmåten, nærmest uavhengig av hvilke formildende omstendigheter av individuell karakter som kan trekkes inn ved straffutmålingen.¹¹² I tillegg vektlegges muligheten for selektiv inkapasitering av de «egentlig farlige», og nå også de «egentlig brysomme». Det ble i 1990-årene fra utvalg og departementer lagt opp til et humanitært særregelverk for psykisk avvikende lovbrutere i et tøft kriminalpolitisk klima, og dette skal nå «rettes opp». Stortingsflertallet vedtok for øvrig en rekke straffeskjerpelser allerede ved behandlingen av sikringsreformen i forhold til det framlagte forslaget.¹¹³

Utgangspunktet for særreaksjonene er samfunnsvernet. For å sikre oss andre mot de «farlige» og «brysomme», brytes forholdsmessigheten mellom den straffverdige handling og idømt reaksjon. Tidsubestemte reaksjoner bryter med domfeltes krav på forutberegnelighet. Det at personer som finnes ikke-skyldig av retten på grunn av utilregnelighet, kan bli sittende i psykiatrisk sykehus og fengselsanstalt på ubestemt tid, reiser grunnleggende spørsmål om rettferdighet og rettssikkerhet i strafferettspleien.

Hensynet til samfunnsvernet synes for tiden å seile i medvind, og helsevesenet skal tas aktivt i bruk i strafferettspleien slik som i tidligere tider. Første prioritet er nå å endre vilkårsreglene for dom på tvungent psykisk helsevern slik at de åpner institusjonene for de «brysomme» i tillegg til de «farlige». Og disse vanskelige spørsmålene skal ikke vurderes i en større sammenheng. De skal fremmes som enkeltstående forslag overfor Stortinget. Det er godt for norske justispolitikere at ikke professorene Hagerup og Getz, og politilege Winge, fremdeles er i live!

111. Forh. O. (1996–97) s. 261.

112. Thomas Mathiesen, *Kan fengsel forsvares?*, 2. utg., Oslo 1995 s. 159 flg.

113. Dette ga seg tydeligst utslag vedrørende både vilkår og utmålingstid for særreaksjonen *forvaring* som kan anvendes som straff overfor tilregnelige lovbrutere, og som ble vedtatt samtidig med de øvrige delene av sikringsreformen.